



# TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL PIEMONTE

## RASSEGNA MENSILE

Provvedimenti pubblicati

*Dicembre 2021*

# La giurisprudenza amministrativa

*Anno 2022*

Ufficio del Processo

*Selezione sentenze:*

dott.ssa Mariagrazia D'Amico, dott.ssa Roberta Marion, dott.ssa Valeria Privitera

*Redazione massime:*

dott.ssa Mariagrazia D'Amico

*Redazione focus giurisprudenziali:*

dott.ssa Stella Monegato, tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013

# Indice sommario

## ACCESSO

### **APPALTO – ATTI DI GARA – TERMINE DI IMPUGNAZIONE**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021, n. 1159

## APPALTI

### **RILEVANZA TEMPORALE OBBLIGHI DICHIARATIVI**

T.A.R. Piemonte, sez. I, 02/12/2021, n. 1108

### **PROCEDURA APERTA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI RISTORAZIONE SCOLASTICA CON FORNITURA E DISTRIBUZIONE PASTI - ARTT. 77 E 216 DEL D.LGS. N. 50/2016 - COMPETENZA DEI COMPONENTI DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 06/12/2021, n. 1134

### **SELF CLEANING - DISCREZIONALITA' VALUTAZIONE P.A. – RAPPORTO FIDUCIARIO– SINDACATO G.A.**

T.A.R. Piemonte, sez. I, 23/12/2021, n. 1200

### **ANOMALIA DELL'OFFERTA – VALUTAZIONE RUP**

T.A.R. Piemonte, sez. I, 24/12/2021, n. 1207

### **AFFIDAMENTO FORNITURA DI MATERIALE MONOUSO A.S.L. - D.I. 76/2020 - GARA SU PORTALE MEPA – ESCLUSIONE AUTOMATICA EX ART. 1, CO. 3, D.L. 76/2020**

T.A.R. Piemonte, sez. I, 28/12/2021, n. 1212

## AUTORITA' DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI

### **SISTEMA TARIFFARIO – EFFETTI DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 06/12/2021, n. 1136

## AUTORIZZAZIONI

### **REVISIONE DELLA PATENTE DI GUIDA MEDIANTE NUOVO ESAME DI IDONEITA' – NATURA GIURIDICA – MOTIVAZIONE P.A.**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021, n. 1146

## COMUNI E PROVINCE

### **ART. 119 COSTITUZIONE – AUTONOMIA FINANZIARIA ENT - TRASFERIMENTO FUNZIONI – PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA TRA ESERCIZIO FUNZIONI E ONERI FINANZIARI – ONERE PROBATORIO PREGIUDIZIO LAMENTATO**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021 n. 1160

## CONCESSIONI

### **SERVIZI DI MOBILITÀ IN SHARING A FLUSSO LIBERO CON BICICLETTE ELETTRICHE E MEZZI INNOVATIVI A PROPULSIONE ELETTRICA – OPERATORI ECONOMICI EXTRAEUROPEI – VALUTAZIONE OFFERTA – LEX SPECIALIS**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 03/12/2021, n. 1110

### **CANONE DEMANIALE PER LE CONCESSIONI DI GRANDE DERIVAZIONE DI ACQUA PER USO IDROELETTRICO - GIURISDIZIONE DEL TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE E G.A.**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 07/12/2021, n. 1139

### **CONCESSIONE PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO BAR INTERNO SCUOLA - REVISIONE DELLE CONDIZIONI DI EQUILIBRIO ECONOMICO FINANZIARIO DELLA CONCESSIONE IN PRESENZA DI EVENTI IMPREVEDIBILI**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021, n. 1110

**CONCESSIONE SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE VOTIVA NEI CIMITERI – RISOLUZIONE UNILATERALE CONTRATTO – RIASSUNZIONE PROCESSO**

T.A.R. Piemonte, sez. I, 10/12/2021, n. 1173

**CONCESSIONE IN GESTIONE SOCIALE DELL'IMPIANTO SPORTIVO COMUNALE – COMMISSIONE GIUDICATRICE – CAUSE DI ESCLUSIONE DA COMMISSIONE - CONTRATTO DI AVVALIMENTO – DETERMINAZIONE CORRISPETTIVO – ART. 1657 C.C.**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 20/12/2021, n. 1197

**CONTABILITA' PUBBLICA**

**ATTUAZIONE SENTENZA CONSIGLIO DI STATO – MODIFICA IMPORTO CONTRIBUTI**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 06/12/2021, n. 1126

**EDILIZIA E URBANISTICA**

**ANNULLAMENTO PERMESSO DI COSTRUIRE IN SANATORIA – VICINITAS – INTERESSE E LEGITTIMAZIONE AD AGIRE**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 06/12/2021, n. 1137

**CONFERENZA DEI SERVIZI – GIUDIZIO DI COMPATIBILITA' AMBIENTALE – SINDACATO G.A.**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021, n. 1148

**ESPROPRIAZIONI PER PUBBLICA UTILITA'**

**RAPPORTO FRA PROGETTO DEFINITIVO E PROGETTO ESECUTIVO – NOTIFICA DECRETO DI ESPROPRIO E ORDINANZA DI OCCUPAZIONE**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021, n. 1170

**PUBBLICA ISTRUZIONE**

**CONCORSO PUBBLICO DSGA – VALUTAZIONE COMMISSIONE GIUDICATRICE – SINDACATO G.A.**

T.A.R. Piemonte, sez. II, 07/12/2021, n. 1140

**SANITA', SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE E ASSISTENZA PUBBLICA**

**SERVIZIO DI TRASPORTO DEI PAZIENTI IN AMBULANZA – RAPPORTI FRA P.A. E ORGANIZZAZIONI DI VOLONTARIATO - ESCLUSIONE CODICE DEGLI APPALTI – DIRETTIVA 2014/24/UE – ARTT. 56 E 57 CODICE DEL TERZO SETTORE – DISTINZIONE TRASPORTO ORDINARIO E TRASPORTO DI EMERGENZA**

T.A.R. Piemonte, sez. I, 29/12/2021, n. 1226

**SICUREZZA PUBBLICA**

**SICUREZZA STRADALE – CIRCOLAZIONE MONOPATTINI – POTERI DI REGOLAMENTAZIONE**

T.A.R. Piemonte, sez. I, 20/12/2021, ordinanza n. 627

**UNIVERSITA'**

**CONCORSO PUBBLICO - PROCEDURA DI SELEZIONE PROFESSORI UNIVERSITARI EX ART. 18, COMMA 1 DELLA LEGGE N. 240/2010 – COMMISSIONE – ECCESSO DI POTERE – SINDACATO G.A. – POTERI P.A.**

T.A.R. Piemonte, sez. I, 3/11/2021, n. 1111

**FOCUS DI GIURISPRUDENZA**

**APPALTO**

Responsabilità dei commissari di gara ai sensi dell'art. 77, comma 6, codice dei contratti pubblici

Dott.ssa Stella Monegato, Tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013

## ACCESSO

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021 (ud. 17/11/2021), n. 1159 - Pres. BELLUCCI, Est. FAVIERE**

APPALTO – ATTI DI GARA – TERMINE DI IMPUGNAZIONE.

L'istanza di accesso agli atti di gara, se presentata entro 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, comporta la dilazione temporale dei termini decadenziali per la proposizione del ricorso giurisdizionale quando i motivi di gravame conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (Cons. Stato, A.P. 2.7.2020, n. 12; TAR Calabria, Catanzaro, I, 22.2.2021, n. 359).

In altre parole occorre escludere la necessità dell'aggravio processuale della previa proposizione di un ricorso cd. "al buio" cui far susseguire la proposizione di motivi aggiunti. Tutto ciò a tacere del fatto che anche se risultassero scaduti i termini per un ricorso giurisdizionale a scopo caducatorio avverso gli atti, potrebbe permanere l'interesse ad altre forme di tutela, quale quella risarcitoria, azionabile in termini decisamente maggiori.

Come chiarito dalla più consolidata giurisprudenza "Per il soggetto che abbia partecipato ad una procedura di gara e abbia tempestivamente richiesto l'accesso agli atti, qualora esso ritenga che il solo profilo censurabile della disposta aggiudicazione riguardi il contenuto e la valutazione dell'offerta (o delle offerte) del controinteressato (o dei controinteressati), il termine di impugnazione decorre dal momento in cui ad egli è consentito l'accesso agli atti, senza che possa onerarsi l'interessato della proposizione di un generico ricorso al buio avverso l'aggiudicazione" (T.A.R. Sicilia Catania Sez. III, 18/07/2019, n. 1811).

Ed ancora che "La proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' del termine per proporre eventuale impugnazione quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta" (Cons. Stato Sez. III, 16/02/2021, n. 1428). "In tema di accesso agli atti di una procedura pubblica, l'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché, in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara e dei relativi allegati, il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti" (Cons. Stato Sez. III, 16/02/2021, n. 1428).

## APPALTI

**T.A.R. Piemonte, sez. I, 02/12/2021, (ud. 24/11/2021), n. 1108 - Pres. SALAMONE, Est. MALANETTO**

RILEVANZA TEMPORALE OBBLIGHI DICHIARATIVI.

Si affronta la problematica della rilevanza temporale dell'obbligo dichiarativo delle condanne non automaticamente escludenti ex art. 80, comma 5, lett. c) D.lgs 50/2016 e si ritiene più convincente ed aderente al tipo di causa escludente invocata, omogenea per questo profilo ad ogni altra condanna ritenuta escludente dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, una valutazione che tenga conto del passaggio in giudicato della sentenza, come per altro espressamente imposto dal medesimo art. 80 in tutti i casi in cui menziona esplicitamente la rilevanza di condanne penali.

La lontananza nel tempo della condotta oggetto di reato, per canto suo, entrerà legittimamente nelle valutazioni discrezionali spettanti alla stazione appaltante.

Sulla specifica questione del *dies a quo* del termine di durata dell'efficacia escludente delle condanne tutte, anche alla luce del tenore letterale della disposizione, buona parte della giurisprudenza si è orientata per l'applicazione, anche in caso di condanne non automaticamente escludenti ma rilevanti in quanto possibili illeciti professionali, di un termine di esclusione decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza (cfr. Cons. St. n. 4937/2020; Tar Lazio 4917/2020).

Altra e diversa problematica attiene alla durata triennale di tale termine ed agli effetti, anche sistematici, che essa in concreto produrrebbe nel caso di specie. La problematica si inserisce infatti nel contesto e nella evoluzione giurisprudenziale e normativa in cui è maturata la disciplina del "grave illecito professionale" quale causa di esclusione dalle gara.

In particolare l'applicazione di tale termine produrrebbe intollerabili effetti di incoerenza esterna rispetto a quanto previsto per le condanne per reati tipicamente escludenti, quali ad esempio quelli disciplinati dall'art. 317 bis c.p. Per questi ultimi, infatti, il comma 10 bis dell'art. 80 prevede un termine di rilevanza della causa escludente pari alla durata della pena stessa in ipotesi di pene inferiori a sette o cinque anni; praticamente, quindi, in casi di ben possibile condanna a pene inferiori ai tre anni per taluno dei reati, che per la loro gravità tipica addirittura obbligano la stazione appaltante ad escludere il concorrente e possono comportare la pena accessoria del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, si avrebbe una efficacia temporale della durata dell'esclusione minore di quella che si avrebbe nel presente caso, in cui è stata comminata una pena di due mesi e pochi giorni di reclusione soggetta a valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Ne deriverebbe un effetto contrario alla ratio sottesa al disposto normativo di creare un omogeneo e coerente sistema che garantisca, da un lato, una durata massima degli effetti escludenti conseguenti a qualunque tipo di condanna, dall'altro una omogeneità di trattamento tra le fattispecie che costituiscono grave illecito professionale sub specie di condanne, senza però trascurare la necessaria coerenza esterna della disposizione rispetto ad altre ipotesi di condanne tipicamente escludenti, che, come tali, sono state ritenute per definizione più gravi dallo stesso legislatore.

Tale evidenza impone, a parere del Collegio, un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della normativa, improntata al canone della ragionevolezza e proporzionalità, non potendosi ritenere che il riferimento contenuto nell'art. 10bis "al comma 5", ferma l'individuazione del limite triennale massimo di esclusione per tutte le ipotesi di gravi illeciti professionali, ivi comprese eventuali condanne non tipizzate dal legislatore nella loro valenza escludente, sfoci, per condanne di durata infra triennale e non corredate dalla pena accessoria del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, nella palese violazione del principio di uguaglianza e degli stessi criteri di proporzionalità ed armonizzazione del sistema che hanno guidato il legislatore e la giurisprudenza in materia.

Pertanto, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata e sistematica della normativa, nonché del principio di proporzionalità di derivazione eurounitaria che pure governa la materia deve ritenersi che il termine di tre anni di cui al comma 10-bis sia applicabile agli illeciti professionali contrattuali e alle condanne superiori ai tre anni stessi, mentre laddove la durata della condanna comminata sia inferiore ai tre anni non potrà che applicarsi il criterio del primo periodo del citato comma 10-bis, che impone una esclusione pari alla durata della pena dal passaggio in giudicato della sentenza.

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 06/12/2021, (ud. 17/11/2021), n. 1134 - Pres. BELLUCCI, Est. CATTANEO**

PROCEDURA APERTA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI RISTORAZIONE SCOLASTICA CON FORNITURA E DISTRIBUZIONE PASTI - ARTT. 77 E 216 DEL D.LGS. N. 50/2016 - COMPETENZA DEI COMPONENTI DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE.

Va richiamato l'orientamento espresso dalla giurisprudenza in ordine all'interpretazione dell'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 - ove si prevede che la commissione giudicatrice è "*composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*" - secondo cui: "In tema di componenti le commissioni delle gare di appalto, da un lato, la legittima composizione della commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto; dall'altro il requisito enunciato deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, considerando anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'amministrazione sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali i criteri valutativi siano destinati ad incidere. Non è in proposito necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea" (Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 83; sostanzialmente negli stessi termini ex multis Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595; sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7446).

Il requisito delle competenze nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto - che i componenti della commissione di gara debbono possedere - deve essere interpretato nel senso che la competenza e l'esperienza richieste ai commissari devono essere riferite ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto del contratto (Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2021, n. 2822; conformi ex multis sez. V, 11 settembre 2019, n. 6135; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556).

Nel caso di specie, dando applicazione a questi principi, deve escludersi che i commissari nominati con il decreto impugnato - un dirigente amministrativo del Comune dall'anno 2002, un esperto nel servizio asili nido e settore lavoro e progettazione sociale ed educativa e un componente che è stato responsabile del servizio di refezione scolastica nel Comune di Giaglione ed ha esperienza in materia ambientale - non siano "esperti" nel senso richiesto dall'art. 77 comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

Infine, come condivisibilmente obiettato dalle parti resistenti, la circostanza che il Presidente della Commissione sia un dipendente dell'amministrazione non viola la D.G.C. n. 365/2017, la quale richiede la nomina di un Presidente esterno al Comune committente solo laddove la stazione appaltante sia la centrale unica di committenza, mentre nel caso di specie la gara è stata bandita dal Comune.

**T.A.R. Piemonte, sez. I, 23/12/2021, (ud. 15/12/2021), n. 1200 - Pres. SALAMONE, Est. MALANETTO**

SELF CLEANING - DISCREZIONALITA' VALUTAZIONE P.A. - RAPPORTO FIDUCIARIO-SINDACATO G.A.

Non sussiste un puntuale obbligo sanzionato di immediata e piena collaborazione, restando la valutazione del comportamento del concorrente (nonché attuale o futura controparte contrattuale) nei rapporti con la stazione appaltante demandata, salvo puntuali prescrizioni di legge, all'esclusiva valutazione e responsabilità dell'amministrazione stessa. La stazione appaltante gode infatti di una ampia discrezionalità, trattandosi di rapporti di tipo fiduciario.

Nella valutazione di idoneità delle misure di self-cleaning, che rispondono al generale principio di favor partecipationis, l'amministrazione è tenuta ad esporre una motivazione, cosa che l'ultimo provvedimento ha fatto, e che rappresenta il correlato della piena assunzione di responsabilità da parte della stazione appaltante della scelta effettuata in un rapporto che è e resta fiduciario. In relazione a tale motivazione il sindacato del giudice amministrativo, essendo rimesso alla stazione appaltante di individuare quale sia il punto di rottura dell'affidamento nei rapporti con il pregresso o futuro contraente, deve mantenersi sul piano della verifica estrinseca di non pretestuosità e non può attingere il diverso piano della logica intrinseca o della

mera condivisibilità della valutazione che, nel suo merito, resta sottratta al sindacato giurisdizionale (Cons. St., sez. V, n. 3652/2017; Cons. St., sez. V, n. 5424/2018).

Nel caso di specie l'amministrazione ha articolatamente valutato le adottate misure di self-cleaning ed altrettanto articolatamente ritenuto che, con la loro adozione, la dissociazione della società dalla condotta dell'ex presidente del CDA (attinto da ordinanza di custodia cautelare per reato di corruzione) sia da considerarsi tempestiva rispetto alla gara e sufficiente a giustificare il mantenimento del rapporto contrattuale.

Tale solo aspetto della motivazione rende il provvedimento impugnato legittima espressione della discrezionalità dell'amministrazione, che ha sul punto motivatamente assunto responsabilità delle propria scelta seguendo una logica di favor participationis che è propria della disciplina del self-cleaning. Né appare dirimente che, altrettanto motivatamente, altre amministrazioni abbiano espresso valutazioni differenti, posto che, come detto, si tratta di quel fisiologico margine di opinabilità delle scelte delle singole stazioni appaltanti che, purché motivato, non risulta sindacabile.

**T.A.R. Piemonte, sez. I, 24/12/2021, (ud. 15/12/2021), n. 1207 - Pres. SALAMONE, Est. MALANETTO**

ANOMALIA DELL'OFFERTA – VALUTAZIONE RUP.

Il RUP è fisiologicamente parte dell'amministrazione, e quindi non risulta abnorme che abbia difeso l'operato dell'amministrazione, fermo restando che, in quanto incardinato nell'amministrazione, egli resta avvinto da obblighi di terzietà e buona amministrazione che certamente includono quello di dare corretta esecuzione ad eventuali pronunce giurisdizionali sfavorevoli all'amministrazione.

Il RUP è intervenuto nel procedimento sempre e solo come rappresentante della parte pubblica e non certo a titolo personale, sicché anche il prospettato interesse (necessariamente personale) nella gestione del procedimento non trova fondamento normativo e risulta genericamente adombrato. Né sussiste un obbligo del RUP di demandare alla commissione giudicatrice il giudizio di anomalia, essendovi piuttosto una facoltà di farsi supportare.

**T.A.R. Piemonte, sez. I, 28/12/2021, (ud. 24/11/2021), n. 1212 - Pres. SALAMONE, Est. RISSO**

AFFIDAMENTO FORNITURA DI MATERIALE MONOUSO A.S.L. - D.I. 76/2020 - GARA SU PORTALE MEPA – ESCLUSIONE AUTOMATICA EX ART. 1, CO. 3, D.L. 76/2020.

Il d.l. 76/2020, c.d. Decreto Semplificazioni, ha messo in atto una serie di misure temporanee e derogatorie del codice dei contratti volte ad incentivare gli investimenti pubblici a fronte delle ricadute economiche negative causate dall'emergenza sanitaria da Covid-19 ed applicabili qualora la procedura sia stata indetta successivamente all'entrata in vigore del decreto stesso e allorquando la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia stato adottato entro il 30 giugno 2023. Sullo sfondo di un adeguato bilanciamento tra l'apertura alla concorrenza e la tutela dell'esigenze di efficienza dell'azione amministrativa, tale intervento legislativo ha posto in atto uno sfoltoimento delle procedure di affidamento ed attuato una procedimentalizzazione delle gare soggette a rigidi passaggi sia sotto il profilo delle tempistiche sia della previsione degli obblighi pubblicitari.

Nel caso di specie, la procedura indetta dall'A.S.L. appare inquadrabile nell'ambito applicativo della suesposta normativa emergenziale: la gara è classificabile tra le procedure al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria per le quali è appunto prevista la possibilità di affidare la fornitura mediante un affidamento diretto ovvero una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

Ferma, quindi, la possibilità per la stazione appaltante di procedere nel caso di specie ad un affidamento diretto, tuttavia, la stessa ha optato per l'avvio di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del



bando ex art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, la quale postula un contenimento strutturale dei soggetti coinvolti nella contrattazione. La stazione appaltante, mediante la conduzione della procedura tramite richiesta di offerta sul portale M.E.P.A. — mercato digitale per gli acquisti sottosoglia comunitaria di beni, servizi e lavori di manutenzione — ha di fatto operato una limitazione della concorrenza circoscrivendo la partecipazione alla gara ai soli operatori economici iscritti alla categoria “Beni e Servizi per la Sanità”.

Il requisito della previa consultazione di almeno cinque operatori individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici è stato quindi soddisfatto mediante il ricorso all’elenco presente sul M.E.P.A. con riguardo alla specifica categoria merceologica di riferimento, non essendo necessario operare un’ulteriore selezione, *rectius* estrapolazione, di singoli soggetti iscritti al suddetto elenco atteso che l’iscrizione al portale costituisce *ex se* una selezione all’interno del mercato vieppiù in considerazione del fatto che i precipui requisiti richiesti ai fini della partecipazione hanno comportato in concreto una naturale selezione dei contraenti: solo sette operatori economici tra quelli invitati hanno presentato offerta tempestivamente.

L’utilizzo di siffatto portale informatico ha, peraltro, garantito la possibilità di partecipare ad operatori dislocati su tutto il territorio nazionale, in linea con quanto richiesto dalla stessa normativa emergenziale.

Chiarito, quindi, che la procedura oggetto della controversia non può che essere annoverata tra le procedure negoziate per l’affidamento di appalti di fornitura sottosoglia soggette alla normativa emergenziale e derogatoria dell’art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, è doverosa la conseguente piena operatività dell’esclusione automatica ex art. 1 comma 3, del d.l. n. 76 del 2020 — sebbene la stessa non fosse espressamente richiamata dalla lettera di invito — allorché le offerte presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia calcolata ai sensi dell’art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, in presenza di almeno cinque offerte ammesse, come indicato nella RDO.

Ebbene, l’applicazione di tale norma non costituisce violazione del principio dell’autovincolo, atteso che, come già ribadito da questo Tribunale, il dato letterale del citato art. 1, comma 3, pare idoneo, ove necessario, ad eterointegrare la disciplina di gara, “non risultando funzionale all’obiettivo di celerità delle procedure in questione una, ennesima, previsione di carattere facoltativo con onere di motivazione circa la scelta effettuata (esclusione automatica o meno) in un contesto di atti generali quali le leggi di gara, che fisiologicamente si presterebbe poi a contestazioni circa l’opportunità e/o la sufficiente giustificazione della scelta, con effetti nuovamente potenzialmente opposti al dichiarato fine di rendere celere ed automatico l’esito della procedura” (T.A.R. Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736).

Tale scelta non integra quindi una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione in quanto legittimata dal carattere temporaneo di siffatte misure emergenziali.

## **AUTORITA’ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI**

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 06/12/2021 (ud. 08/06/2021), n. 1136 - Pres. TESTORI, Est. CACCAMO**

SISTEMA TARIFFARIO – EFFETTI DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO.

Nella fattispecie, invero, non è in discussione la pacifica applicazione pro futuro (dunque a partire dal 1° gennaio 2019) del sistema tariffario risultante all’esito delle modifiche apportate da R.F.I. a tutti gli operatori del mercato del trasporto ferroviario merci, ma la riferibilità “retroattiva” dei conguagli derivanti dal nuovo sistema, per i periodi antecedenti il 1° gennaio 2019, anche alla ricorrente, sebbene non parte del giudizio conclusosi con le menzionate sentenze. Detti conguagli, tuttavia, costituiscono un diritto di credito alla restituzione di somme da parte di R.F.I. riconosciuto alle imprese ricorrenti nei giudizi conclusi con le

sentenze 1097-1098 del 2017, che è stato soddisfatto in ottemperanza alle citate sentenze e nei soli confronti delle parti del giudizio.

È palesemente diversa la posizione di Trenitalia, che ambisce, attraverso l'estensione nei suoi confronti degli effetti del giudicato, al riconoscimento di somme derivanti dall'esecuzione di una pronuncia giudiziaria nell'ambito di processi nei quali non è stata parte, ottenendo per tale via la modifica di condizioni che la stessa ha accettato non presentando tempestiva impugnazione avverso le Delibere A.R.T. n. 75/2016 e n. 80/201.

La pretesa di Trenitalia è evidentemente infondata, poiché, secondo il tradizionale brocardo *res inter alios iudicata tertio neque nocet neque prodest*, positivizzato nel nostro ordinamento all'art. 2909 c.c., il giudicato ha effetti soltanto tra le parti del giudizio, i loro eredi o aventi causa e non può incidere sulle posizioni giuridiche di soggetti terzi.

Tale principio trova applicazione anche nel caso di pronuncia di annullamento, come chiarito dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze gemelle nn. 4 e 5 del 2019, secondo cui "il giudicato amministrativo ha di regola effetti limitati alle parti del giudizio e non produce effetti a favore dei cointeressati che non abbiano tempestivamente impugnato. I casi di giudicato con effetti *ultra partes* sono eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto: in particolare, l'indivisibilità degli effetti del giudicato presuppone l'esistenza di un legame altrettanto inscindibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile, logicamente, ancor prima che giuridicamente, che l'atto annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato. Per tali ragioni deve escludersi che l'indivisibilità possa operare con riferimento a effetti del giudicato diversi da quelli caducanti e, quindi, per gli effetti conformativi, ordinatori, additivi o di accertamento della fondatezza della pretesa azionata, che operano solo nei confronti delle parti del giudizio".

## **AUTORIZZAZIONI**

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021 (ud. 3/11/2021), n. 1146 - Pres. CATTANEO, Est. FAVIERE**

REVISIONE DELLA PATENTE DI GUIDA MEDIANTE NUOVO ESAME DI IDONEITÀ – NATURA GIURIDICA – MOTIVAZIONE P.A.

L'art. 128, comma 1 del D.Lgs. n. 285/1992 presenta, al primo comma, una ipotesi di potere discrezionale, mentre ai commi successivi tipizza una serie di fattispecie vincolate nelle quali la revisione della patente consegue direttamente alla violazione di precisi precetti normativi.

La giurisprudenza, anche di questo Tribunale, ha avuto modo di precisare che la revisione della patente di guida di cui all'art. 128, comma 1, non configura né costituisce una sanzione amministrativa, ma rappresenta un provvedimento amministrativo non sanzionatorio, funzionale alla garanzia della sicurezza del traffico stradale (TAR Piemonte, Sez. II, 9.11.2017, n. 1184; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. III, 12.05.2011, n. 3813). Tale ampia finalità può essere definita "cautelare", con la conseguenza che può legittimamente trovare il proprio fondamento in una specifica ed eventualmente anche unica infrazione, purché idonea, nella sua connotazione, ad attestare la sussistenza dei presupposti indicati dalla suindicata normativa.

Ciò rende sufficiente, ai fini della completa istruttoria di tale tipologia di provvedimenti, che l'amministrazione riscontri circostanze e dinamiche sufficientemente palesi e gravi tali da fare sorgere dubbi sulla permanenza dei citati Requisiti. Anche la connotazione dei presupposti normativi evidenzia tale finalità, essendo riservata alla competente amministrazione la valutazione circa i dubbi sulla persistenza dei requisiti e dell'idoneità, e affinché sorgano i prescritti dubbi non sono necessari accertamenti giudiziari di illeciti, civili

o amministrativi, perché l'uso del termine "dubbio" milita nel senso di una cognizione anticipata rispetto a detti accertamenti.

Il collegio è consapevole che a fronte di tale potere discrezionale l'amministrazione ha l'onere di fornire adeguata motivazione a supporto delle decisioni adottate. Sulla ampiezza di tale motivazione è stato altresì stabilito che "non è legittimo il provvedimento con cui l'Amministrazione si limita a fare menzione dell'infrazione contestata (omessa precedenza), la cui natura, peraltro, in assenza di un supporto motivazionale minimo, non appare di per sé sola in grado di giustificare i dubbi circa la persistenza dei requisiti fisici e psichici prescritti o dell'idoneità tecnica idonea per la detenzione della patente di guida" (T.A.R. Friuli-V. Giulia Trieste Sez. I, 20/05/2021, n. 161).

Orbene tale principio trova un significativo contemperamento in tutti quei casi in cui le dinamiche degli eventi, incluse le conseguenze dell'infrazione, siano tali da essere immediatamente esplicative dei dubbi che possono insorgere sul possesso e mantenimento dei requisiti di idoneità di cui all'art. 128, comma 1 citato. Come sostenuto da costante giurisprudenza "la condotta del conducente che non rispettando la distanza di sicurezza provochi un sinistro con l'automezzo che lo precede, con gravi lesioni per sé e per gli altri soggetti coinvolti, integra una violazione che per la sua indubbia gravità, e costituisce una sufficiente motivazione della decisione dell'amministrazione di sottoporla ad esame di idoneità. Infatti, l'assunto che una singola infrazione alle norme del codice della strada, non possa costituire, di per sé presupposto del provvedimento inteso a prescrivere la revisione della patente, è valido essere solo ove la stessa non sia di particolare gravità. Mentre è sempre disposta la revisione della patente di guida quando il conducente sia stato coinvolto in un incidente stradale, se ha determinato lesioni gravi alle persone, stante l'elevata gravità dell'evento" (T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 10/04/2020, n. 613).

## COMUNI E PROVINCE

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021 (ud. 17/11/2021), n. 1160 - Pres. BELLUCCI, Est. FAVIERE**

ART. 119 COSTITUZIONE – AUTONOMIA FINANZIARIA ENT - TRASFERIMENTO FUNZIONI – PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA TRA ESERCIZIO FUNZIONI E ONERI FINANZIARI – ONERE PROBATORIO PREGIUDIZIO LAMENTATO.

Il Collegio è consapevole della portata e dei precipitati dei principi consolidatisi in materia di trasferimento di funzioni tra enti pubblici, sia a titolo universale sia a titolo particolare, e della necessaria corrispondenza con il riconoscimento delle relative risorse.

È pur vero però che tale principio non assume carattere assoluto e rigidamente quantitativo. "La giurisprudenza costituzionale (da ultimo, citata sentenza n. 83 del 2019) è costante nell'affermare che l'autonomia finanziaria costituzionalmente garantita agli enti territoriali non comporta una rigida garanzia quantitativa, e che le risorse disponibili possono subire modifiche, a condizione però che eventuali riduzioni non pregiudichino lo svolgimento delle funzioni attribuite agli enti territoriali medesimi (sentenze n. 275 e n. 10 del 2016, n. 188 del 2015)" (Corte Cost. 24/04/2020, sent. n. 76, conforme Corte Cost. 11/04/2019, sent. n. 83).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di evidenziare che "il principio di corrispondenza tra esercizio di funzioni e relativi oneri finanziari, da una parte, e disponibilità di risorse, dall'altra, è, in conclusione non assoluto, ma tendenziale" (TAR Lazio 13/07/2017, n. 8368; conforme Cons. Stato 11/10/2019, sent. nn. 6930, 6929, 6921).

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che “La giurisprudenza della Corte Costituzionale è costante nel richiedere che "qualora venga lamentata - in via principale o incidentale - la violazione dell'art. 119, quarto comma, Cost. per impossibilità di esercizio delle funzioni degli enti territoriali, venga fornita la prova di tale impossibilità, cioè del fatto che la norma legislativa contestata produce uno squilibrio finanziario eccessivo a danno degli enti stessi" (ex multis, sentenze n. 151, n. 12 e n. 65 del 2016, n. 89 del 2015, n. 26 del 2014). Ancora, per costante orientamento della giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 239, n. 188 e n. 89 del 2015, n. 26 e n. 23 del 2014, n. 121 e n. 97 del 2013, n. 246 e n. 241 del 2012, n. 298 del 2009, n. 145 del 2008, n. 256 del 2007 e n. 431 del 2004), "quanto al pregiudizio recato, in tesi, all'esercizio delle funzioni regionali per sottrazione di risorse finanziarie, va anzitutto ricordato che (...) sono legittime le riduzioni delle risorse regionali, a condizione che non comportino uno squilibrio tale da compromettere le complessive esigenze di spesa e, in definitiva, da pregiudicare l'adempimento dei compiti affidati alla Regione. La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, è altrettanto ferma nel precisare che grava sul deducente l'onere probatorio circa l'irreparabile pregiudizio lamentato, da soddisfarsi dimostrando, anche attraverso dati quantitativi, l'entità dell'incidenza negativa delle riduzioni di provvista finanziaria sull'esercizio delle proprie funzioni (ex plurimis, sentenze n. 239 del 2015, n. 26 e n. 23 del 2014)" (Corte Cost. 1 giugno, 2016, n. 205) (TAR Lazio, 17/06/2019, sent. 7837).

La giurisprudenza costituzionale ha precisato la necessità di tale onere probatorio affinché possa compiutamente contestarsi la violazione del principio sopra richiamato ed “è costante nell'affermare che l'autonomia finanziaria costituzionalmente garantita agli enti territoriali non comporta una rigida garanzia quantitativa. Le risorse disponibili possono subire modifiche e, in particolare, riduzioni, purché tali diminuzioni non rendano impossibile lo svolgimento delle funzioni attribuite agli enti territoriali medesimi. La giurisprudenza di questa Corte è costante e ferma nel precisare che grava sul ricorrente l'onere di provare l'irreparabile pregiudizio lamentato (tra le altre, sentenza n. 23 del 2014).

La centralità di tale comprova è stata ulteriormente ribadita dalla giurisprudenza amministrativa ed è stata ritenuta non raggiunta laddove “il ricorso non dimostra (né compiutamente allega) che la riduzione abbia prodotto, con riferimento alla generalità dei destinatari della disposizione, un vulnus all'autonomia finanziaria, tale da comportare la menzionata impossibilità di svolgimento delle funzioni istituzionali dei detti enti territoriali. Per completezza deve osservarsi come tale dimostrazione di impossibilità di funzionamento non è stata fornita neppure con specifico riferimento al Comune ricorrente, che ha rappresentato solo la differenza tra importi sostenuti e rimborsi prospettati, senza tuttavia evidenziare l'incidenza concreta di tale importo sul bilancio complessivo dell'ente” (TAR Lazio 13/07/2017, n. 8368, conforme Cons. Stato 11/10/2019, sent. n. 6930).

## **CONCESSIONI**

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 03/12/2021 (ud. 17/11/2021), n. 1110 - Pres. BELLUCCI, Est. FAVIERE**

SERVIZI DI MOBILITÀ IN SHARING A FLUSSO LIBERO CON BICICLETTE ELETTRICHE E MEZZI INNOVATIVI A PROPULSIONE ELETTRICA – OPERATORI ECONOMICI EXTRAEUROPEI – VALUTAZIONE OFFERTA – LEX SPECIALIS.

Il collegio premette che la procedura di cui si controverte è annoverabile tra le concessioni di servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016.

L'art. 49 citato (recante "condizioni relative all'AAP e ad altri accordi internazionali") prevede che, nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'Appendice 1 dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di tali accordi, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del presente codice.

Tali disposizioni trovano applicazione anche in caso di concessioni di servizi, anche in forza del richiamo contenuto all'art. 164 del D. Lgs. n. 50/2016 alle norme inerenti le esclusioni dei concorrenti.

È notorio infatti che l'adesione del Regno Unito all'accordo della OMC sugli appalti pubblici (AAP) e l'accordo di cooperazione in materia di appalti pubblici tra Unione Europea e Regno Unito (pubblicato sulla GU L. 444 del 31.12.2020, applicato in via provvisoria dal 01.01.2021, pubblicato nella sua versione definitiva il 30.04.2021 – GU L. 149/2021 - ed entrato in vigore il 01.05.2021) che, al titolo IV, contiene una disciplina specifica per la reciprocità negli appalti pubblici, riservano ai beni, ai servizi ed ai fornitori del Regno Unito un trattamento non meno favorevole di quello accordato dall'Unione europea ai propri fornitori.

Per quanto riguarda gli appalti non contemplati dagli impegni dell'Unione europea a norma dell'accordo dell'OMC (AAP) sugli appalti pubblici e dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (quali ad esempio gli appalti sotto soglia come risulta essere quello di cui si controverte), gli operatori economici del Regno Unito hanno lo stesso status di tutti gli altri operatori economici basati nei paesi terzi con cui l'Unione europea non ha accordi che prevedano l'apertura del mercato degli appalti dell'UE. Sono quindi soggetti alle stesse norme che si applicano a qualsiasi offerente di un paese terzo.

In particolare "gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l'apertura del mercato degli appalti dell'UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo, non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'UE e possono essere esclusi" (cfr. Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti della UE" (cfr. Comunicazione della Commissione, "Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE (2019/C 271/02)").

L'accesso di tali imprese al mercato degli appalti escluso dall'ambito di applicazione del diritto UE, pertanto, non è vietato è solo "non garantito".

...per predicare in giudizio la non conformità del prodotto offerto a quanto richiesto dalla normativa di gara, occorre fornire quantomeno un principio di prova e non una semplice deduzione sul fatto che le trasformazioni apportate con la modificazione di cui si controverte siano effettivamente annoverabili tra le trasformazioni essenziali di cui alla citata comunicazione della Commissione CE.

La stessa Commissione UE, nella citata comunicazione, evidenzia che per giungere a provare la consistenza rilevante delle trasformazioni dei prodotti occorre procedere alle verifiche applicando l'opportuna procedura di valutazione della conformità e, se dalla valutazione del rischio si giunge alla conclusione che la natura del pericolo è cambiata o che il livello del rischio è aumentato, il prodotto modificato deve essere considerato un prodotto nuovo.

Orbene è ragionevole sostenere, anche sotto questo punto di vista, che per giungere a contestare la non conformità di un prodotto debba quantomeno essere offerto in giudizio un inizio di prova circa i maggiori rischi derivanti dalla modifica e dall'assemblaggio.

...La commissione "è vincolato dai criteri e sub-criteri stabiliti nel bando, aventi la funzione di predeterminare la discrezionalità tecnica spettante alla commissione medesima, in modo da assicurare la trasparenza dei punteggi attribuibili e la consapevole formulazione dell'offerta per i concorrenti" (T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 22/02/2021, n. 311)

...Per giurisprudenza costante, anche di questo Tribunale, nelle procedure ad evidenza pubblica è legittimo che l'impresa aggiudicataria si possa dotare anche successivamente di tutti quegli elementi (quali personale aggiuntivo o strutture indicate nell'offerta) che costituiscono il mezzo per adempiere la prestazione dedotta

nel contratto stipulato con la stazione appaltante, purché tali mezzi siano assicurati in sede di esecuzione (cfr. TAR Piemonte, sez. I, 02/02/2018, n. 152).

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 07/12/2021 (ud. 03/11/2021), n. 1139 - Pres. CATTANEO, Est. CACCAMO**

CANONE DEMANIALE PER LE CONCESSIONI DI GRANDE DERIVAZIONE DI ACQUA PER USO IDROELETTRICO - GIURISDIZIONE DEL TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE E G.A.

La ricorrente contesta l'esercizio di un potere amministrativo discrezionale e regolatorio inerente la determinazione del canone e l'introduzione di ulteriori obblighi che trovano causa nella concessione di derivazione. Tali profili, che la ricorrente assume essere aggiuntivi ed estranei al governo delle acque pubbliche, attengono, invece, alla gestione del rapporto consensuale relativo alla risorsa idrica.

Così, la quantificazione del canone per lo sfruttamento delle acque pubbliche e il correlato obbligo di pagamento incidono certamente e in modo diretto sulla gestione del demanio idrico, poiché detto canone costituisce la controprestazione necessaria per poter accedere allo sfruttamento delle acque pubbliche.

Parimenti, la cessione di energia elettrica (peraltro monetizzata) rappresenta una specifica prestazione dedotta in obbligazione e qualificabile anch'essa quale corrispettivo inserito nel sinallagma sotteso alla concessione, il cui oggetto principale e caratterizzante resta la gestione della derivazione idrica.

Gli atti impugnati, pertanto, non si presentano come strumentali o semplicemente connessi allo sfruttamento del bene demaniale, ma costituiscono asse portante dell'architettura strutturale e normativa del rapporto consensuale.

Nel caso in esame trova quindi piena applicazione l'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale "risulta costante nel ritenere che la giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche prevista dal citato art. 143 r.d. n. 1775 del 1933 sussiste ogniqualvolta l'atto impugnato, ancorché proveniente da organi dell'amministrazione non preposti alla cura degli interessi del settore delle acque pubbliche, abbia tuttavia una immediata incidenza sull'uso di queste ultime, interferendo così con le funzioni amministrative relative a tale uso (da ultimo: Cass., SS.UU, sentenze 17 aprile 2009, n. 9149, 20 novembre 2008, n. 27528, citata dal Comune appellato, 27 ottobre 2006, n. 23070, 21 giugno 2005, n.

13293; ordinanze 25 ottobre 2013, n. 24154, 12 maggio 2009, n. 10845, 8 aprile 2009, n. 8509)" (Cons. Stato, Sez. V, 11.07.2016, n. 3055; conf. Cons. Stato, sez. VII, 09.04.2021, n. 2339; Cass. Sez. Un. ord. 5.02.2020, n. 2710). In applicazione di tale principio, in più occasioni è stata riconosciuta la giurisdizione speciale del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche – o del Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche, a seconda del *petitum* – in materia di canoni per le grandi derivazioni idroelettriche e della loro quantificazione, di cui si discute nella presente fattispecie (cfr. Cass. Sez. Un, 12.07.2019, n.18827; Cass. Sez. Un, 20.10.2015, n. 21215; Cass. Sez. Un, 30.07.2007, n. 16798).

Nella fattispecie in esame, sono stati impugnati sia i provvedimenti amministrativi recanti la disciplina del nuovo canone regionale e del canone aggiuntivo per le concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, sia l'avviso di pagamento "Canone demaniale per uso di acqua pubblica e l'avviso di pagamento "Canone demaniale per uso di acqua pubblica e monetizzazione energia elettrica gratuita. Richiesta di pagamento" conseguentemente emessi dalla Regione Piemonte.

Nell'individuare il giudice munito di giurisdizione, ritiene il Collegio di poter richiamare l'insegnamento per cui sussiste "la giurisdizione del tribunale superiore delle acque pubbliche, ove il pagamento dei canoni per derivazione d'acqua (...) risulti contestato dalla parte interessata in forma mediata, quale mera conseguenza della ritenuta illegittimità dei provvedimenti che lo imporrebbero e che siano stati dalla stessa impugnati in via diretta, onde ottenerne l'annullamento". (cfr. Trib. Sup. Acque Pubbliche, 22.03.2004, n. 41). Del resto, il Tribunale Regionale delle Acque, quale giudice ordinario specializzato, non può pronunciarsi in via diretta e

con efficacia di giudicato sull'eventuale illegittimità dei provvedimenti dell'autorità amministrativa – pronuncia richiesta da parte ricorrente con l'azione di annullamento – ma può compiere solo un accertamento incidentale sugli stessi ed eventualmente disapplicarli nel singolo giudizio e con efficacia inter partes (Cass. Civ. Sez. Unite, 30.07.2007, n. 16798).

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021 (ud. 1/12/2021), n. 1110 - Pres. BELLUCCI, Est. FAVIERE**

**CONCESSIONE PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO BAR INTERNO SCUOLA - REVISIONE DELLE CONDIZIONI DI EQUILIBRIO ECONOMICO FINANZIARIO DELLA CONCESSIONE IN PRESENZA DI EVENTI IMPREVEDIBILI.**

Il contratto di concessione, per definizione normativa, prevede che in capo all'affidatario venga trasferito il rischio operativo. Ciò implica che, in condizioni operative normali (per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili), non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto della concessione.

In particolare viene trasferito in capo al concessionario il rischio di domanda, ossia la possibilità di non recuperare investimenti e costi sostenuti in ragione dei diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.

Presupposto per la corretta allocazione di tale rischio è la presenza di condizioni operative "normali", cioè l'assenza di eventi imprevedibili e non imputabili al concessionario in grado di alterare le condizioni di equilibrio. Sicuramente l'emergenza pandemica in corso può essere considerata evento imprevedibile in grado di non garantire l'ottimale allocazione del rischio ed il necessario equilibrio economico finanziario (inteso come la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, vale a dire, ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. fff) del Codice di Contratti, "la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito [e] .... la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento").

Dal tenore letterale dell'art. 165 del D.Lgs. n. 50/2016, comma 6, si desume che l'ordinamento non garantisce ai concessionari il diritto soggettivo alla revisione delle condizioni concessorie ma pone un onere in capo ai concedenti di avviare trattative sul punto. In mancanza di accordo tra le parti, peraltro, è concessa la possibilità di recedere dal contratto.

Anche la normativa speciale emanata in periodo di emergenza pandemica e richiamata dalla ricorrente ha ribadito tale prospettiva. Il DL n. 34/2020, conv. in l. n. 77/2020 ha previsto ipotesi di avvio delle trattative per la revisione delle concessioni per impianti sportivi (art. 216, comma 2).

In sostanza, contrariamente alla prospettiva della ricorrente, sia la normativa generale che quella emergenziale pone un onere di avviare i percorsi di revisione a causa dei periodi di chiusura ed inattività delle strutture, ma non un diritto soggettivo al loro ottenimento.

La citata normativa pone a fondamento e presupposto dei percorsi di revisione l'alterazione delle condizioni di equilibrio. La presenza di eventi imprevedibili (quali l'emergenza pandemica) è condizione necessaria per poter prospettare tale alterazione ma non sufficiente, da sola, a giustificare le pretese di revisione delle condizioni economico finanziarie del rapporto concessorio.

L'equilibrio economico finanziario si verifica quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono quelli derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione dello stesso, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto, alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte.

Per dimostrare il permanere o il venir meno di tali condizioni di equilibrio occorre fare riferimento ai principali indicatori finanziari ed economici presenti nel progetto iniziale di servizio, in grado di dimostrare che lo stesso

possa ancora generare valore (come ad esempio per il TIR, Tasso Interno di rendimento o il VAN, Valore Attuale Netto) e sia finanziariamente sostenibile (ricorrendo ad esempio al DSCR, Debt Service Cover Ratio). Come correttamente indicato anche nelle linee guida ANAC n. 9, la eventuale revisione deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati nelle condizioni di equilibrio anche per misurare cosa possa rientrare nel rischio operativo trasferito e cosa possa invece dipendere dagli eventi di forza maggiore non imputabili al concessionario.

L'orizzonte temporale per misurare l'alterazione delle condizioni di equilibrio, inoltre, deve tenere in considerazione l'intero periodo concessorio, inclusa la gestione pregressa, in modo da compensare eventuali perdite temporanee con eventuali surplus di ricavo intervenuti nel periodo di durata del rapporto.

Nel caso di specie, il Collegio rileva che l'amministrazione scolastica non ha posto in essere alcun comportamento in spregio dei canoni di correttezza e buona fede stabiliti dagli artt. 1175 e 1375 c.c..

Pertanto le pretese della ricorrente non risultano condivisibili, sia perché fondate su un diritto soggettivo che l'ordinamento non riconosce sia perché non viene provata l'esistenza del presupposto per l'avvio di una revisione dell'equilibrio economico finanziario e la dimensione della relativa alterazione in grado di giustificare le citate pretese.

**T.A.R. Piemonte, sez. I, 10/12/2021 (ud. 10/11/2021), n. 1173 - Pres. SALAMONE, Est. RISSO**

CONCESSIONE SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE VOTIVA NEI CIMITERI – RISOLUZIONE UNILATERALE CONTRATTO – RIASSUNZIONE PROCESSO.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso in riassunzione sollevata dal Comune resistente poiché le conclusioni ivi contenute differirebbero da quelle del giudizio civile e la connessa eccezione di tardività della domanda di annullamento è infondata.

Il contenuto diverso delle conclusioni dipende esclusivamente dal diverso tipo di giudizio che si istaura innanzi al giudice civile rispetto a quello che si istaura innanzi al giudice amministrativo.

Solo al giudice amministrativo può essere chiesto l'annullamento di atti amministrativi, mentre al giudice ordinario può solo eventualmente essere chiesta la disapplicazione di atti amministrativi; per questo la domanda di annullamento non poteva essere contenuta nell'atto di citazione innanzi al giudice ordinario ed è invece contenuta nel ricorso al giudice amministrativo.

...Il T.A.R. Napoli ha evidenziato che le concessioni di pubblico servizio (l'oggetto della controversia era proprio la risoluzione di una concessione alla gestione e manutenzione di impianti di illuminazione cimiteriale e distribuzione energia elettrica lampade votive) rientrano nella giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. c) del codice del processo amministrativo, e che pertanto non poteva trovare applicazione la norma sulle garanzie partecipative, poiché essa concerneva il diverso contratto di appalto di opere pubbliche (la cui fase esecutiva è devoluta come noto alla giurisdizione del G.O. ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) n. 1 c.p.a.) (T.A.R. Napoli, sez. II, 12 luglio 2018, n. 4652 confermata dal Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2391).

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 20/12/2021 (ud. 1/12/2021), n. 1197 - Pres. BELLUCCI, Est. CATTANEO**

CONCESSIONE IN GESTIONE SOCIALE DELL'IMPIANTO SPORTIVO COMUNALE – COMMISSIONE GIUDICATRICE – CAUSE DI ESCLUSIONE DA COMMISSIONE - CONTRATTO DI AVVALIMENTO – DETERMINAZIONE CORRISPETTIVO – ART. 1657 C.C.

Perché operi l'esclusione di cui all'articolo 77, comma 6, D.lgs. n. 50/2016, la norma - che è di stretta interpretazione, come tutte quelle che prevedono cause di incompatibilità: cfr. Cons. Stato, V, 5 novembre 2019, n. 7557; Id., 14 gennaio 2019, n. 283; Id, III, 17 giugno 2019, n. 4035 - richiede la sussistenza, in capo ai commissari, di una responsabilità penale, accertata con sentenza non sospesa, a titolo di dolo o di colpa, in



relazione alla approvazione di atti illegittimi in qualità di membri delle commissioni giudicatrici (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 144/2021).

La sola illegittimità dell'atto non è sufficiente a configurare una causa di esclusione da successivi incarichi di commissario. Della correttezza di questa conclusione si trae conferma nell'articolo 77, comma 11, il quale prevede, come regola generale, che *"in caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione"* (cfr., analogamente, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 2581/2021, secondo cui il fatto che il commissario sia stato parte di una precedente commissione in una procedura di gara annullata non si appalesa come autonomo motivo di incompatibilità e di astensione obbligatoria).

... i contratti di avalimento sottoscritti non possono ritenersi nulli per mancanza di causa del contratto.

Non può affermarsi che i due contratti non abbiano natura onerosa, essendo al contrario previsto un corrispettivo a favore dell'impresa ausiliaria; solo la sua quantificazione è rinviata a un successivo atto negoziale.

Come affermato dalla giurisprudenza in fattispecie analoghe, la clausola che prevede che il corrispettivo verrà determinato con un separato atto è suscettibile di essere integrata mediante applicazione in via analogica dell'articolo 1657 c.c. relativa al contratto di appalto, in base alla quale *"se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice"*: *"deve infatti rilevarsi che ricorre, anche (anzi, a fortiori) con riferimento al contratto di avalimento, l'esigenza di ancorare la determinazione del corrispettivo all'effettiva entità della prestazione resa dall'impresa ausiliaria, quale potrà delinearli solo all'esito, o comunque nel corso, dell'esecuzione dell'appalto, alla luce delle specifiche esigenze di "soccorso" manifestate dall'impresa ausiliata ovvero della concreta attività sostitutiva posta in essere da quella ausiliaria"* (Consiglio di Stato, 13 luglio 2021, n. 5294; analogamente cfr. Cons. Stato., sez. III, sent. n. 5290/2021; n. 5286/2021; Tar Lazio, Roma, sent. n. 3105/2021; Tar Torino, sent. n. 261/2021; Tar Sicilia, Catania, sent. n. 3150/2019; cfr. altresì Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 04/11/2016, n. 23).

Inoltre, quanto al requisito di solidità economico e finanziaria, trova applicazione il costante principio giurisprudenziale secondo cui non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (cfr. Cons. St., Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; III, 11 luglio 2017, n. 3422; V, 22 dicembre 2016, n. 5423; III, 17 novembre 2015, n. 5703; III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041).

## **CONTABILITA' PUBBLICA**

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 06/12/2021 (ud. di smaltimento 08/06/2021), n. 1126 - Pres. PICONE, Est. CACCAMO.**

ATTUAZIONE SENTENZA CONSIGLIO DI STATO – MODIFICA IMPORTO CONTRIBUTI.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso per violazione del divieto di bis in idem sollevata dalla difesa dell'amministrazione resistente, secondo la quale le stesse censure articolate nella presente sede sarebbero state già sottoposte al vaglio del Consiglio di Stato, è inammissibile giacché l'azione di nullità esercitata dalla ricorrente nel giudizio di ottemperanza promosso dinanzi al Consiglio di Stato era finalizzata all'accertamento dell'elusione del giudicato formatosi sulla sentenza da parte della Determina.

Con il presente gravame, invece, la ricorrente mira all'annullamento della stessa per vizi propri dell'atto, attinenti alla regolarità del procedimento amministrativo da cui ha avuto origine il provvedimento in questione. Pertanto, in considerazione dei contenuti delle censure articolate nella presente sede, non può affermarsi a priori la violazione del divieto di bis in idem per escludere completamente la sindacabilità della Determina, dovendosi, piuttosto, pervenire a tale esito solo laddove la pronuncia sui motivi di ricorso si sovrapponga a quella già resa dal Consiglio di Stato.

## **EDILIZIA E URBANISTICA**

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 06/12/2021 (ud. di smaltimento 19/10/2021), n. 1137 - Pres. PICONE, Est. BASILICO**

**ANNULLAMENTO PERMESSO DI COSTRUIRE IN SANATORIA – VICINITAS – INTERESSE E LEGITTIMAZIONE AD AGIRE.**

Come questa Sezione ha già affermato in casi analoghi, la "vicinitas", da intendersi come stabile collegamento giuridico con il terreno sul quale siano state eseguite delle opere, è elemento necessario e sufficiente per radicare la legittimazione e l'interesse del proprietario confinante a impugnare il titolo edilizio che legittima l'intervento (tra le tante, si v. le sentt. n. 1174 e n. 424 del 2019 nonché, più di recente, le sentt. n. 483 del 2020 e n. 421 del 2021).

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021 (ud. 1/12/2021), n. 1148 - Pres. BELLUCCI, Est. FAVIERE**

**CONFERENZA DEI SERVIZI – GIUDIZIO DI COMPATIBILITA' AMBIENTALE – SINDACATO G.A.**

La censura è formulata (rispetto al provvedimento di valutazione positiva di conformità ambientale) in maniera alquanto generica poiché non è dato comprendere quali siano state le osservazioni di cui si lamenta la mancata considerazione e su quali aspetti del procedimento esse avrebbero potuto impattare.

Tali precisazioni risultano rilevanti nel giudizio promosso avverso un provvedimento espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo nella misura in cui le relative valutazioni appaiano manifestamente illogiche, irrazionali o frutto di evidente travisamento dei fatti.

Come è stato osservato in giurisprudenza "il principio di separazione dei poteri impone di escludere la possibilità che il Giudice Amministrativo eserciti un sindacato, ad un tempo 'intrinseco' (cioè effettuato utilizzando le cognizioni tecniche necessarie) e 'forte' (ossia tale da consentire all'giudice di sostituire la propria valutazione tecnica a quella dell'amministrazione) sull'esercizio della discrezionalità tecnica; in tale ipotesi, infatti, al giudice sarebbe consentito di sovrapporre sempre e comunque la propria valutazione (rectius: la valutazione dei propri consulenti o verificatori) a quella operata dall'Amministrazione. All'opposto, un simile potere può essere riconosciuto al giudice amministrativo solo qualora nell'operato dell'Amministrazione vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere sotto il profilo del difetto di motivazione, di illogicità manifesta, della erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti" (TAR Campania Sez. VIII, 08/07/2019, n. 3798).

...l'art. 14 della LRP n. 40/1998 (recante "Disposizioni concernenti la compatibilità ambientale e le procedure di valutazione") disciplina la partecipazione ai procedimenti ambientali ma, contrariamente a quanto dedotto dai ricorrenti, non sancisce alcun diritto ad una puntuale motivazione o confutazione delle singole osservazioni presentate, bensì solo l'onere dell'amministrazione precedente di dare conto delle osservazioni pervenute.

## **ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITA'**

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 09/12/2021 (ud. 05/10/2021), n. 1170 - Pres. Est. CATTANEO**

RAPPORTO FRA PROGETTO DEFINITIVO E PROGETTO ESECUTIVO – NOTIFICA DECRETO DI ESPROPRIO E ORDINANZA DI OCCUPAZIONE.

L'apparente discrasia tra i provvedimenti impugnati, che dispongono l'espropriazione delle intere particelle 580 e 860, nonché l'occupazione temporanea della 861 (come da Delibere CIPE n. 30 e 39 del 2018), e il progetto esecutivo in variante dello svincolo di Chiomonte, che prevede l'occupazione in parte definitiva e in parte temporanea della particella 580 e nulla stabilisce per le 860 e 861, ben si spiega alla luce dell'iter progettuale sopra sintetizzato. Difatti, il "progetto esecutivo" cui i ricorrenti fanno riferimento è relativo alla realizzazione dello svincolo stradale di Chiomonte ed è funzionale a tale opera, contenendo, pertanto, solo l'indicazione delle aree oggetto di occupazione che sono necessarie alla sua materiale esecuzione. Ciò non implica, tuttavia, che il progetto esecutivo in questione superi i contenuti della progettazione definitiva e della successiva variante o travolga, facendole venir meno, le disposizioni ivi contenute in merito all'individuazione delle aree da espropriare. La circostanza che le particelle 860 e 861 non siano state menzionate nell'ambito del progetto esecutivo dello Svincolo di Chiomonte e, dunque, neppure interessate da occupazioni, non significa, pertanto, che i relativi terreni siano stati completamente svincolati, ma piuttosto che dette aree non sono interessate dai lavori di realizzazione del citato svincolo e saranno oggetto di occupazione nell'ambito di altro progetto esecutivo.

In questa prospettiva, l'affermazione dei ricorrenti secondo cui la progettazione esecutiva dovrebbe prevalere sui contenuti di quella definitiva, non risulta rilevante né idonea a supportare la censura in esame. Difatti, se anche in astratto si può concordare con tale conclusione, nel caso concreto il progetto esecutivo riguarda uno specifico intervento costruttivo, cioè lo svincolo stradale di Chiomonte, che si colloca su una più vasta area interessata dalla progettazione definitiva (e definitiva in variante) dell'opera nel suo complesso: i progetti in questione, pertanto, sono legati da un rapporto di integrazione reciproca e non di successione cronologica.

...Le mancate notifiche dei decreti di esproprio non inficiano la legittimità della procedura espropriativa. "La mancata notifica al proprietario del decreto di esproprio non costituisce motivo di carenza del potere espropriativo che legittimi il proprietario stesso ad invocare l'illiceità dell'occupazione del fondo, ma comporta soltanto che quest'ultimo non sia soggetto al termine di decadenza per l'opposizione alla stima, impedendone il decorso; infatti, l'effetto traslativo della proprietà alla mano pubblica si verifica alla data della pronuncia del decreto anzidetto, indipendentemente dalla sua successiva notificazione; inoltre detto decreto ha natura di atto non recettizio, per cui la sua comunicazione non è né elemento integrativo, né requisito di validità, né condizione di efficacia, avendo solo la funzione di far appunto decorrere il termine di opposizione alla stima" (Consiglio di Stato sez. IV, 28/07/2016, n.3417; cfr. altresì Consiglio di Stato, sez. IV, 27/07/2017, n. 3730; TAR Piemonte, sent. n. 99/2019 e n. 1442/2016; T.A.R. , Catanzaro , sez. I , 25/01/2021 , n. 150; T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 17/10/2016, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 21/06/2018, n. 1304; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 01/06/2017, n. 190; TAR Sicilia - Palermo, Sez. III, 15 ottobre 2019; TAR Lazio - Roma, Sez. II, 17 dicembre 2018, n. 12255).La medesima conclusione vale anche per l'ordinanza che ha disposto l'occupazione temporanea di aree non soggette ad esproprio, ai sensi dell'art. 49, d.P.R. n. 327/2001: deve, invero, ritenersi che la mancata notificazione non comporti l'illegittimità dell'ordinanza stessa, essendo la notifica solo una forma qualificata di comunicazione del provvedimento, con la conseguenza che la mancata sua notificazione è rilevante soltanto ai fini del dies a quo di decorrenza del termine per l'eventuale

impugnazione dell'atto (cfr., analogamente, Cons. di St., sez. IV, 24 novembre 2014 n. 5802 e 15 luglio 2013 n. 3861).

## **PUBBLICA ISTRUZIONE**

**T.A.R. Piemonte, sez. II, 07/12/2021 (ud. 19/10/2021), n. 1140 - Pres. CATTANEO, Est. FAVIERE**

CONCORSO PUBBLICO DSGA – VALUTAZIONE COMMISSIONE GIUDICATRICE– SINDACATO G.A.  
Nei ricorsi come quello in esame il giudice amministrativo è competente ad un sindacato volto a riscontrare palesi incongruenze, illogicità ed irragionevolezza nell'uso del potere discrezionale da parte dell'amministrazione, non potendosi in alcun modo sostituire alle valutazioni effettuate dalle commissioni. Ciò vale anche nel caso di confronti comparativi tra diverse prove corrette e valutate sulla base dei medesimi criteri, appartenendo alla cognizione di questo giudice solo le manifestazioni di disparità di trattamento di situazioni identiche e la palese applicazione distorta, irragionevole o illogica dei medesimi criteri.

Tali principi sono stati anche recentemente ribaditi dal Consiglio di Stato che ha riconosciuto come “le valutazioni espresse dalle Commissioni giudicatrici in merito alle prove di concorso, seppure qualificabili quali analisi di fatti (correzione dell'elaborato del candidato con attribuzione di punteggio o giudizio) e non come ponderazione di interessi, costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero attitudinale, dei candidati, con la conseguenza che le stesse valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui sussistono elementi idonei ad evidenziarne uno sviamento logico od un errore di fatto, o ancora una contraddittorietà *ictu oculi* rilevabile”(Cons. Stato, sez. ; Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 871; cfr. in termini Cons. di Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6518; Consiglio di Stato, IV, 20 dicembre 2017, n. 5982; Cons. di Stato, IV, 5 gennaio 2017, n. 11; T.a.r Lazio, Roma, I, 31 gennaio 2011, n. 879; T.a.r Lazio, Roma, I, 14 marzo 2012, n. 2503).

## **SANITA', SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE E ASSISTENZA PUBBLICA**

**T.A.R. Piemonte, sez. I, 29/12/2021 (ud. 24/11/2021), n. 1226 - Pres. SALAMONE, Est. RISSO**

SERVIZIO DI TRASPORTO DEI PAZIENTI IN AMBULANZA – RAPPORTI FRA P.A. E ORGANIZZAZIONI DI VOLONTARIATO - ESCLUSIONE CODICE DEGLI APPALTI – DIRETTIVA 2014/24/UE – ARTT. 56 E 57 CODICE DEL TERZO SETTORE – DISTINZIONE TRASPORTO ORDINARIO E TRASPORTO DI EMERGENZA.

La disciplina eurounitaria, art. 10 della Direttiva 2014/24/UE ha introdotto la distinzione tra servizio di soccorso sanitario in emergenza da attuarsi mediante ambulanza (consistente nel trasporto e nell'attività di prima cura del paziente che versa in una situazione emergenziale), eccezionalmente sottratto, se fornito da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, ai sensi dell'art. 10, par. 1, lett. h) della direttiva 2014/24/UE, alla regola della gara, e servizio di solo trasporto in ambulanza (consistente nel trasporto

ordinario di pazienti privo della connotazione dell'urgenza) che, invece, è soggetto alle procedure ad evidenza pubblica, anche se con un "regime alleggerito".

Tale disposizione esclude dall'ambito delle regole classiche di aggiudicazione gli appalti pubblici di servizi relativi a servizi di difesa civile, protezione civile e prevenzione contro i pericoli, alla duplice condizione che tali servizi corrispondano ai codici CPV menzionati in tale disposizione e siano forniti da organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro.

Tale norma di carattere eccezionale contiene tuttavia una "contro-eccezione", nel senso che essa non si applica ai servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, i quali, in base alle disposizioni sopra menzionate, rientrano nel regime semplificato di aggiudicazione degli appalti pubblici di cui agli articoli da 74 a 77 della direttiva n. 2014/24/UE.

All'affidamento dei servizi di trasporto dei pazienti diversi da quelli di emergenza e urgenza, dunque, ai sensi delle disposizioni sopra menzionate, si applica la disciplina dettata al Titolo III "Particolari regimi di appalto", Capo I "Servizi sociali e altri servizi specifici" della direttiva.

... Tale disciplina deve essere coordinata con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore) che detta la disciplina degli Enti del terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b) della l. 6 giugno 2016, n. 106, e segnatamente con gli artt. 55, 56 e 57 che stabiliscono le modalità di coinvolgimento degli Enti del terzo settore.

... ai sensi dell'art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017, le amministrazioni pubbliche possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno 6 mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

Questa è la fattispecie che ha determinato maggiori problemi ermeneutici.

Infatti, da un lato, tale norma sembra richiamare una modalità organizzativa sottratta tout court alla disciplina degli appalti pubblici, laddove prevede che "Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate".

Sul punto, il Consiglio di Stato, con il parere n. 2058/2018 ha chiarito quanto segue: "Occorre intendersi su tale locuzione, atteso che...il rimborso che escluda la remunerazione di tutti i fattori della produzione altrui (capitale e lavoro) e copra solamente le spese vive, nega l'onerosità della prestazione ed enuclea un contesto di servizio di interesse generale non economico, non interferente, in quanto tale, con la disciplina del codice dei contratti pubblici. A questo riguardo, la stessa disposizione del quarto comma dimostra l'impossibilità di pervenire, sul piano dello stretto diritto positivo, ad un approdo sicuro...Per tentare una sintesi, sembra far propendere per la onerosità del servizio sociale di interesse generale oggetto della convenzione la riconduzione tra le spese rimborsabili dei costi indiretti e forse anche degli oneri relativi alla copertura assicurativa, ma è indubbio che si tratta di ipotesi limite, non costruite con previsioni di portata generale, che si collocano quasi in una terra di nessuno".

Ebbene, più di un elemento porta a ritenere che siamo di fronte ad uno strumento che si colloca a cavallo tra la logica della sussidiarietà e quella della concorrenzialità.

Invero, l'art. 56, da un lato, limita la possibilità delle amministrazioni pubbliche di sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, solo al caso in cui ciò sia "più favorevole rispetto al ricorso al mercato".

Sul punto, il già citato parere del Consiglio di Stato, n. 2052/2018 osserva che "La clausola finale induce a ritenere, sul piano sistematico, che siano deducibili nella convenzione servizi economici di interesse generale, in quanto, altrimenti, cioè nella prospettiva della non onerosità, non si porrebbe, sul piano logico prima

ancora che giuridico, il problema della comparazione di convenienza della scelta tra ricorso al mercato e convenzione”.

Sul punto, ha cercato di fare chiarezza il decreto 72/2021 evidenziando che “L’art. 56 del CTS pone in capo alle pubbliche amministrazioni l’obbligo di verificare che il ricorso alle convenzioni risulti «più favorevole rispetto al ricorso al mercato». Si tratta di una locuzione inserita su richiesta del Consiglio di Stato in sede di espressione del parere sullo schema di decreto legislativo (si veda il già citato parere n. 1405/2017) al fine di enucleare il «giusto punto di equilibrio» fra «la tutela della concorrenza [quale] principio eurounitario cui deve uniformarsi sia l’attività legislativa sia quella amministrativa di ciascuno Stato nazionale» ed il favor espresso dal principio di sussidiarietà orizzontale». Una lettura condivisibile della prescrizione induce a ritenere che non si tratti di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle PP.AA. bensì che si richieda di verificare l’effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina. Pertanto, occorre “leggere” la prescrizione del «maggior favore rispetto al mercato» come formula sintetica che compendia una valutazione complessiva svolta dalla P.A. sugli effetti del ricorso ad una convenzione, in luogo dell’applicazione della disciplina di diritto comune per l’affidamento dei servizi sociali (in tal senso, TAR Puglia – Lecce, sez. II, n. 2049/2019, che valorizza il profilo motivazionale)”.

Inoltre, al comma 3 il legislatore precisa che “L’individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime. Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all’attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l’attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all’esperienza maturata, all’organizzazione, alla formazione e all’aggiornamento dei volontari”.

Il Consiglio di Stato, con il parere n. 2052/2018, ha cercato di chiarire il significato di tale norma, evidenziando che “assume rilievo il terzo comma dell’art. 56, a mente del quale “l’individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime”. Sono enunciati principi essenzialmente riconducibili nell’ambito dell’imparzialità e della trasparenza e costituenti il contenuto imprescindibile di ogni procedimento di valutazione comparativa, o, potrebbe dirsi con diversa terminologia, ad evidenza pubblica in senso ampio. Appare peraltro chiaro che non è affermato il principio di concorrenzialità (libera concorrenza), che specifica, di regola, il procedimento finalizzato all’aggiudicazione (ed anche all’esecuzione) degli appalti e delle concessioni. Di tale diversità si ha contezza anche raffrontando i principi individuati nella norma oggetto di disamina con quelli enucleati dall’art. 30 del d.lgs. n. 50 del 2016. Ciò significa che il procedimento volto alla scelta dell’organizzazione di volontariato o dell’associazione di promozione sociale per la stipula di una convenzione finalizzata allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale non è permeato dal principio di concorrenzialità, ma solamente da quello di parità di trattamento. Potrebbe, al più, ritenersi che sia garantito il principio interno di concorsualità, valorizzando il secondo periodo del comma 3, che richiede alle organizzazioni di volontariato ed alle associazioni di promozione sociale il possesso dei requisiti di moralità professionale, di idoneità professionale e di capacità tecnica professionale, seppure non con l’intensità inferibile, rispettivamente, dalla disciplina dettagliata degli artt. 80 ed 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, ma in senso relativo, da valutare cioè, sul piano oggettivo, con riferimento alla struttura ed all’attività svolta e, sul piano soggettivo, con riferimento all’esperienza maturata, all’organizzazione, alla formazione ed all’aggiornamento dei volontari”.

Infine, l'art. 57 del suddetto decreto è dedicato in modo specifico al "Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza".

Anche la norma da ultimo citata ancora l' "affidamento diritto" al fatto che il servizio di trasporto sanitario sia caratterizzato dai requisiti di "emergenza-urgenza".

Il servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza è pertanto l'unico servizio chiaramente ed espressamente sottratto all'applicazione della normativa eurounitaria e nazionale in tema di appalti pubblici. La preordinazione del trasporto mediante ambulanza a far fronte ad una situazione di emergenza (attuale o potenziale) costituisce un connotato ineludibile del servizio, al fine di dimostrare la coerenza del relativo affidamento diretto, disposto dall'Amministrazione in applicazione delle eventuali norme nazionali o regionali, con le regole-cardine dell'ordinamento sovranazionale (sul punto, Consiglio di Stato, sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905).

Peraltro, la connessione funzionale tra servizio di trasporto in ambulanza e situazione emergenziale si trova affermata a più riprese anche dalla giurisprudenza europea, cui non può non attribuirsi un ruolo interpretativo privilegiato laddove vengano in rilievo norme di matrice euro-unitaria.

Ebbene, sul punto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, recentemente, ha avuto modo di precisare che "l'inapplicabilità delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici di cui all'articolo 10, lettera h), di tale direttiva è inscindibilmente legata all'esistenza di un servizio di emergenza", che "la presenza di personale qualificato a bordo di un'ambulanza non è di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza di un servizio di ambulanza rientrante nel codice CPV 85143000-3" e che "L'urgenza può, malgrado tutto, essere dimostrata, perlomeno potenzialmente, qualora sia necessario trasportare un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante detto trasporto. Solo a tali condizioni il trasporto in ambulanza qualificato potrebbe rientrare nell'ambito della deroga all'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici di cui all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24", affermando che rientra nella deroga dell'art. 10 lett. h) direttiva 2014/24 UE "l'assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio), nonché il trasporto in ambulanza qualificato, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione, con riferimento al trasporto in ambulanza qualificato, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto" (C.G.U.E., sez. III, 21 marzo 2019, n. 234, C-465/17, Falck Rettungsdienste GmbH and Falck A/s V Stadt Solingen).

Ancor più di recente, la Corte di Giustizia UE, Nona Sezione, con la sentenza 20 giugno 2019, nella causa C-424/18, Italy Emergenza Cooperativa Sociale, Associazione Volontaria di Pubblica Assistenza «Croce Verde» contro Ulss 5 Polesana Rovigo, Regione del Veneto, come rettificata con ordinanza del 18 settembre 2019, dopo aver ribadito i principi interpretativi affermati con la sentenza Falck, ha statuito in via integrativa che: "tanto i servizi di ambulanza per i quali la normativa nazionale controversa nel procedimento principale stabilisce la necessaria presenza a bordo di un autista soccorritore e di almeno un soccorritore adeguatamente formati, quanto i servizi di trasporto previsti nei livelli essenziali di assistenza effettuati con mezzi di soccorso, non possono automaticamente rientrare nell'esclusione prevista dall'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24. Infatti, la possibilità di beneficiare di tale esclusione presuppone, oltre alla presenza di personale adeguatamente addestrato alla prestazione di cure di primo soccorso, che il servizio di ambulanza venga fornito da organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro ai sensi della disposizione sopra citata e che sussista una situazione di emergenza".

Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pertanto, non è sufficiente, al fine di giustificare la deroga alle cogenti norme pro-concorrenziali ispirate ai principi dell'evidenza pubblica, che il servizio sia reso mediante mezzi di soccorso o preveda la presenza a bordo dell'automezzo di personale particolarmente qualificato all'erogazione di prestazioni di carattere emergenziale, dal momento che tale aspetto attiene alle

modalità con le quali l'Amministrazione sceglie discrezionalmente di eseguire il servizio di trasporto al fine di soddisfare in maniera ottimale le esigenze sanitarie di volta in volta perseguite.

Ai fini della valutazione di coerenza della modalità di affidamento diretto del servizio rispetto alle norme europee, occorre che esso sia caratterizzato da un *quid pluris*, rappresentato appunto dalla esistenza di una esigenza di ordine emergenziale (in atto o in potenza) rilevabile oggettivamente ed ex ante.

Il Consiglio di Stato evidenzia che, a tale conclusione è dato pervenire sulla scorta del richiamo, fatto dal giudice europeo, alla necessità che il rischio di peggioramento dello stato di salute del paziente debba, in linea di principio, poter essere valutato “obiettivamente” (punto 49 della sentenza Falck); “formula che impone all'interprete di verificare che l'impiego di mezzi di soccorso e di personale all'uopo qualificato non scaturisca da una mera valutazione discrezionale dell'Amministrazione in ordine al miglior rapporto tra obiettivi da perseguire e mezzi da destinare alla loro realizzazione, ma costituisca il riflesso della connotazione emergenziale, oggettivamente verificabile, del servizio di trasporto” (in termini, Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905).

Per quanto riguarda, invece, il carattere anche solo meramente potenziale dell'esigenza emergenziale, sufficiente secondo il giudice europeo per attrarre il servizio di trasporto nell'ambito di operatività della deroga (alle norme in tema di evidenza pubblica), esso va inteso “nel senso che non necessariamente l'emergenza deve esistere ab initio, quale finalità del trasporto in atto e ravvisabile a priori, ma può concretizzarsi, secondo una ragionevole valutazione prognostica, nel corso dello stesso trasporto, improntandone quindi, fin dall'inizio della sua esecuzione, l'aspetto funzionale (ed imponendo, di conseguenza, l'impiego di idonei mezzi materiali e personali)” (in termini, Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905).

Il Supremo Consesso precisa che “al fine di vagliare la compatibilità della modalità di affidamento di volta in volta applicata dall'Amministrazione, deve aversi riguardo ai criteri di definizione dell'oggetto del servizio enucleabili dalla *lex specialis*: premesso, infatti, il ruolo “ordinario” del ricorso alla gara ed il corrispondente rilievo derogatorio ed eccezionale dell'affidamento diretto del servizio de quo, solo quando essi siano idonei a “ritagliare”, entro l'ampio spettro dei servizi di trasporto mediante ambulanza, categorie di servizi ai quali sia immanente la suddetta connotazione emergenziale (si ripete: in atto o in potenza), l'affidamento diretto eventualmente prescelto dall'Amministrazione potrà ritenersi armonico rispetto ai principi euro-unitari (non senza sottolineare, da questo punto di vista e per le ragioni innanzi indicate, che la definizione dei mezzi e del personale da utilizzare ha un valore interpretativo di carattere meramente orientativo ed “indiziario”).(Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905).

## **SICUREZZA PUBBLICA**

**T.A.R. Piemonte, sez. I, 20/12/2021 (ud. 15/12/2021), ordinanza n. 627 - Pres. SALAMONE, Est. CERRONI**

**SICUREZZA STRADALE – CIRCOLAZIONE MONOPATTINI – POTERI DI REGOLAMENTAZIONE.**

La disciplina della sicurezza stradale rientra nella latitudine del titolo competenziale “*ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale*” – ricadente nel novero delle materie di competenza statale esclusiva ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. h) Cost. - in quanto finalizzata a garantire una tutela dell'incolumità pubblica uniforme su tutto il territorio nazionale, come chiarito da costante giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., 24/04/2013, n. 77; Corte Cost., 24/06/2010, n. 223; Corte Cost., 29/12/2004, n. 428);



– *mutatis mutandis*, è rimessa alla competenza dell'ente proprietario della strada ai sensi degli artt. 6, comma 4, e 7, comma 1, del d.lgs 285/1992, la regolamentazione della circolazione fuori e nei centri abitati e, segnatamente, la possibilità di stabilire obblighi, divieti e limitazioni di carattere temporaneo o permanente per ciascuna strada o tratto di essa, o per determinate categorie di utenti, in relazione alle esigenze della circolazione o alle caratteristiche strutturali delle strade;

Considerato che, al sommario esame proprio della fase cautelare:

– la gravata ordinanza, nella parte in cui dispone *“la riduzione a 6 km/h nella ZTL del Centro Storico la velocità dei monopattini a propulsione prevalentemente elettrica”*, nonché *“l’obbligo della conduzione a mano dei monopattini nell’area pedonale e ZTL del Centro Storico il sabato, le domeniche ed i festivi dalle ore 14.00 alle ore 20.00”*, esercita poteri *prima facie* riconducibili a quelli intestati all'ente proprietario della strada ai sensi degli artt. 6, comma 4, e 7, comma 1 d.lgs. 285/1992, in sintonia col disposto dell'art. 1, comma 75-ter della l. n. 160/2019 citata, che demanda al Comune la previsione di *“eventuali limitazioni alla circolazione in determinate aree della città”*;

– di contro, laddove l'ordinanza sancisce *“l’obbligo di indossare idoneo casco protettivo anche per i conducenti maggiorenni dei monopattini a propulsione prevalentemente elettrica che circolano sulle strade presenti all’interno del centro abitato del Comune di Novara”*, attinge un ambito modale – le dotazioni e gli ausili di protezione del conducente – che, anche argomentando *ex art. 1, co. 75-novies* l. n. 160/2019 citata, appare inerente alla sicurezza stradale – materia, come detto, esulante dalla sfera di attribuzioni dell'ente comunale e ricadente nella competenza esclusiva statale;

– diversamente opinando, si darebbe accesso ad una applicazione differenziata sul territorio nazionale delle norme in materia di sicurezza stradale con prevedibili ricadute deteriori sulla certezza del quadro disciplinare e sulla conseguente condotta dei conducenti;

Ritenuto, peraltro, che nelle more della delibazione di merito appare fondato il timore di grave nocumento commerciale a danno della società ricorrente essendo altamente plausibile l'impatto negativo del provvedimento sui livelli di fruizione commerciale del servizio in conseguenza della prescrizione relativa al casco protettivo, indi l'esigenza cautelare prospettata dalla ricorrente può trovare adeguata tutela mercé la sospensione dell'ordinanza *in parte qua*.

## UNIVERSITA'

**T.A.R. Piemonte, sez. I, 3/11/2021 (ud. 10/11/2021), n. 1111 - Pres. SALAMONE, Est. CERRONI**

CONCORSO PUBBLICO - PROCEDURA DI SELEZIONE PROFESSORI UNIVERSITARI EX ART. 18, COMMA 1 DELLA LEGGE N. 240/2010 – COMMISSIONE – ECCESSO DI POTERE – SINDACATO G.A. – POTERI P.A.

La complessiva disamina dell'operato valutativo della Commissione evidenzia plurimi profili di illogicità, incongruenza e contraddittorietà, unitamente al travisamento dei fatti rappresentati e dichiarati dai candidati nelle domande di partecipazione, tali da integrare il vizio di eccesso di potere dell'intera attività valutativa espletata sulle candidature alla procedura selettiva.

Il Collegio deve rimarcare come non possa in alcun modo accedersi alla domanda di sindacato sostitutivo invocato dalle parti ricorrenti, sia pur in via ricostruttiva dei segmenti valutativi apparentemente vincolati. Invero, l'interrezza delle valutazioni sottese alla procedura selettiva de qua è permeata da discrezionalità tecnica il cui nucleo più intimo attinge la sfera dello stretto merito amministrativo che non può, e non deve, - in ossequio al fondamentale pilastro della separazione dei poteri – essere invaso dal sindacato del giudice

amministrativo. Né soccorre in tale senso il precedente segnato dall'arresto della Sezione V Consiglio di Stato n. 1321 del 2019 ove la reiterazione dei medesimi vizi ha condotto il giudice di appello a ritenere definitivamente consumata la discrezionalità dell'Amministrazione con attribuzione del bene della vita anelato: ben diverso era, infatti, in tale caso il contesto procedimentale – vertendosi in materia di abilitazione scientifica nazionale – mentre la fattispecie controversa venuta all'esame consta di una selezione comparativa tra più candidature il cui esito non può che restar rimesso all'apprezzamento tecnico discrezionale dell'Ateneo nella rigorosa osservanza dei criteri predeterminati ex ante e dei canoni di corretta spendita del potere pubblico. Lo scrutinio sin qui svolto deve dunque arrestarsi al riscontro delle illegittimità vizianti gli atti della procedura con ineludibile rinvio all'Amministrazione per il successivo ri-esercizio del potere senza alcuna possibilità di procedere alla rettifica dei punteggi – pur sempre postulanti complessi apprezzamenti di merito - e con ferma esclusione di qualsivoglia automatismo valutativo-decisionale.

# FOCUS DI GIURISPRUDENZA

## APPALTO

### Responsabilità dei commissari di gara ai sensi dell'art. 77, comma 6, codice dei contratti pubblici

La ricorrente, con il primo motivo di ricorso, contesta che la composizione della Commissione giudicatrice sia rimasta invariata rispetto al precedente esperimento di gara, nonostante il suo operato fosse stato riconosciuto come illegittimo dalla stessa Amministrazione con un intervento di annullamento in autotutela e, successivamente, con sentenza del T.A.R. Piemonte (che dichiarava cessata la materia del contendere, riconoscendo però nel merito, ai fini della richiesta di condanna alla rifusione delle spese processuali, l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione). Nel caso di specie, in violazione del Disciplinare di gara, la Commissione aveva proceduto ad aprire in seduta riservata, anziché in seduta pubblica, le buste contenenti le offerte tecniche dei concorrenti.

A parere della società ricorrente, i provvedimenti di nomina della Commissione giudicatrice violerebbero palesemente il disposto dell'articolo 77, comma 6, del codice dei contratti pubblici, laddove prevede che debbano essere esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti poi dichiarati illegittimi. In particolare, sussisterebbe la gravità della colpa, perché la Commissione giudicatrice aveva, nella precedente procedura, palesemente violato una disposizione del Disciplinare di gara, che invece avrebbe dovuto ben conoscere. Inoltre, la gravità della colpa sarebbe altresì insita nel fatto che la stazione appaltante, prima ancora della pronuncia giudiziale sull'istanza cautelare, aveva disposto in via di autotutela l'annullamento dell'intera procedura di gara.

Nel giudizio in esame sono molteplici le questioni che vengono in rilievo. Ci si chiede infatti a quali condizioni, ai sensi dell'articolo 77, comma 6, secondo periodo, i commissari possano essere esclusi dalla partecipazione ad una nuova commissione giudicatrice, a seguito dell'annullamento in autotutela del precedente esperimento di gara. In particolare, a prescindere dalle ipotesi in cui sia possibile ravvisare un conflitto di interessi vero e proprio, occorre comprendere, con particolare riguardo al caso in esame, quando si possa affermare che i commissari abbiano concorso con dolo o colpa grave accertati con sentenza non sospesa all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

In materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione occorre avere riguardo alla differenza sussistente tra il settore degli appalti pubblici e i restanti settori dell'attività amministrativa.

Per gli appalti pubblici, la regola prevista dalle direttive europee è la responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione, coerentemente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio. Questo principio, in particolare, è stato affermato dalla sentenza della Corte di Giustizia UE (Terza Sezione) del 30 settembre 2010 nella causa C-314/09, *Stadt Graz contro Strabag AG e altri*, secondo cui "La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo

all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.”

La sentenza della Corte di Giustizia ha poi orientato, inevitabilmente, anche la giurisprudenza nazionale. In una recente pronuncia del Consiglio di Stato (IV, 15/04/2019, n. 2429) si afferma infatti che “Per unanime indirizzo della giurisprudenza amministrativa, la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata –secondo le previsioni contenute nelle direttive europee – a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772; Consiglio di Stato, Sezione V, 19 luglio 2018, n. 4381)”.

Diversamente, per i settori diversi dagli appalti trovano applicazione i requisiti di responsabilità extracontrattuale previsti dall'art. 2043 c.c.

Secondo quanto affermato in particolare dal Consiglio di Stato nella sentenza menzionata (15/04/2019, n. 2429), le direttive europee non possono avere un'applicazione vincolante al di fuori della materia degli appalti pubblici, così che deve ritenersi del tutto legittimo prevedere un sistema di responsabilità dei pubblici poteri fondato sul principio dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), quale nesso strutturale che consente di “legare” il fatto al suo autore sotto il profilo causale, secondo i criteri generali della responsabilità aquiliana. Sottolinea il Consiglio di Stato che tale assetto risponde ad un interesse di rilievo costituzionale e meritevole di tutela, quale è il principio della valorizzazione dell'imputabilità soggettiva del fatto al suo autore, anche ai fini dell'effettività del giudizio di disvalore (in termini di riprovevolezza e di rimproverabilità) che l'ordinamento esprime verso determinate condotte.

Con specifico riferimento all'articolo 77, codice dei contratti pubblici, occorre dunque domandarsi se l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave dei commissari, accertati con sentenza non sospesa, debba ritenersi presunto (secondo la regola vigente in materia di appalti) o se, al contrario, siano applicabili i principi generali previsti per la responsabilità aquiliana (2043 c.c.).

Sul punto è interessante notare come, da una prima disamina della giurisprudenza sulle cause di incompatibilità dei commissari, emerge come alcune pronunce (da ultimo si segnalano Consiglio di Stato, V, 5 gennaio 2021, n. 144; T.A.R. Napoli, V, 29 luglio 2021, n. 5354) tendano a riconoscere natura di responsabilità penale all'accertamento richiesto dall'articolo 77, comma 6, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici. Questa prospettazione, in effetti, sembra compatibile con il dato letterale della norma, che richiede espressamente un “accertamento”, con sentenza non sospesa, dell'elemento soggettivo che ha caratterizzato l'operato, in concorso, dei commissari. Quest'interpretazione appare inoltre coerente con una lettura sistematica dell'articolo 77 del codice dei contratti pubblici, a partire proprio dal comma 6, primo periodo, che prevede l'applicazione ai commissari delle disposizioni di cui all'articolo 35 bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici), dell'articolo 51 c.p.c. (Astensione del giudice), nonché dell'articolo 42 del codice dei contratti pubblici (conflitto di interesse).

Come rilevato in giurisprudenza, quelle indicate dall'articolo 77 codice dei contratti pubblici sono tutte ipotesi di incompatibilità di stretta interpretazione (TAR Lazio, II bis, 21/07/2015, n. 9946), che possono trovare applicazione nei soli casi pienamente aderenti al dato normativo, considerato anche il loro carattere sanzionatorio (sulla scorta della stessa esigenza sottesa al principio di legalità).

Alla luce di queste indicazioni, non sembra possa trovare applicazione la presunzione di colpa invocata dalla ricorrente, proprio in considerazione della diversa *ratio* sottesa alla disciplina delle cause di incompatibilità e astensione dei commissari di gara. In generale, nel settore degli appalti pubblici la Corte di Giustizia ha voluto mettere in evidenza come il diritto, previsto dalla direttive europee, di ottenere il risarcimento dei danni in caso di aggiudicazione illegittima prescinda dall'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa

dell'amministrazione perché prevale l'esigenza, fortemente avvertita dal diritto europeo, di assicurare un tutela giurisdizionale effettiva al ricorrente. La Corte non sostiene che la colpa è presunta, ma che semplicemente non rileva, perché prevale il diritto del ricorrente a ottenere il risarcimento del danno (cfr. punto 37, sentenza C-314/09, *Stadt Graz contro Strabag AG e altri*; secondo la Corte la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non deve essere subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice).

Nel caso in esame, invece, l'accertamento di colpa di cui all'articolo 77, comma 6 è espressamente richiesto dal dato normativo. Esso risponde, infatti, ad un interesse costituzionale (come evidenziato dal Consiglio di Stato), consistente nella valorizzazione del nesso di imputabilità soggettiva di un fatto al suo autore, anche ai fini dell'effettività del giudizio di disvalore che l'ordinamento riconosce a determinate condotte, esigenza comune alla responsabilità aquiliana ex 2043 c.c. e alla responsabilità penale. Tutte le preclusioni negative dell'articolo 77 sono *accomunate dall'immanenza del vizio all'assetto soggettivo dell'organo collegiale e/o all'elemento soggettivo (dolo o colpa grave) connotante l'operato dei suoi componenti, in quanto tali ostative alla rinnovazione della fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche innanzi alla stessa commissione di gara (Cons. Stato, VI, 8.3.2012, n. 1332; idem, 4.9.2014, n. 4514) (TAR Firenze, I, 22/12/2014, n. 2080).*

A conferma di questa impostazione, la sentenza del Consiglio di Stato, III, 26 marzo 2021, n. 2581 sottolinea l'impossibilità di operare automatismi, affermando che "il fatto che il commissario sia stato parte di una precedente Commissione in una procedura di gara annullata non si appalesa come autonomo motivo di incompatibilità e di astensione obbligatoria; *a renderlo evidente è proprio l'art. 77 comma 11, nella parte in cui impone la rinnovazione integrale dell'organo collegiale nella sola ipotesi in cui ne sia viziata in origine la composizione*".

Dott.ssa Stella Monegato

Tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte