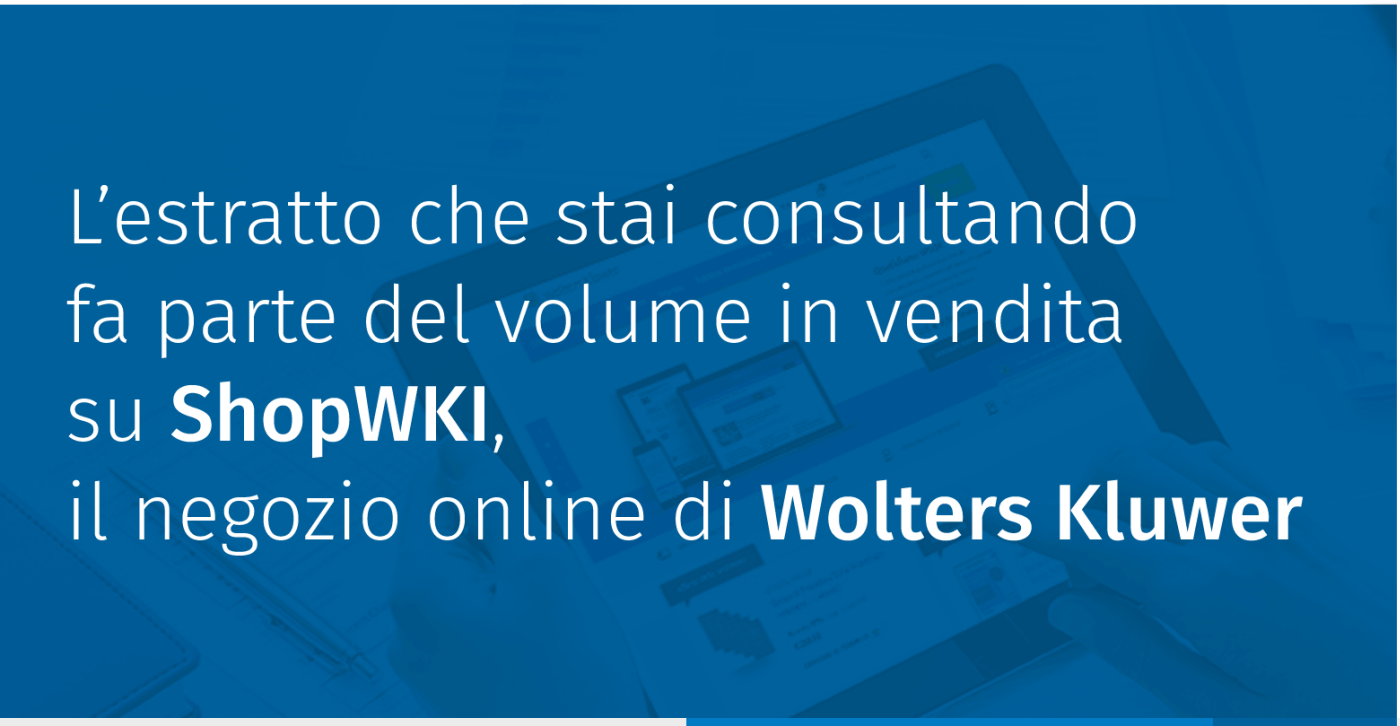
Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

IPSOA

Urbanistica e appalti

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

ISSN 1824-1905 - ANNO XXVIII - Direzione e redazione - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI)

6/2024

edicolaprofessionale.com/urbapp

L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici

La Plenaria si pronuncia sulla sorte delle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto

Contratti pubblici e c.a.m.

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

00264831

DIREZIONE SCIENTIFICA
Francesco Caringella, Oreste Mario Caputo, Rosanna De Nictolis, Luca R. Perfetti, Mariano Protto, Marco Sica

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

Wolters Kluwer

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Wolters Kluwer

Y470ICL

LEGGI D'ITALIA presenta One PA

OLTRE LA PRECISIONE DI SEMPRE

Carlo
Settore finanziario
Ufficio Ragioneria

DA SEMPRE IL PUNTO DI RIFERIMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Leggi d'Italia presenta One PA, la soluzione digitale progettata per la Pubblica Amministrazione di oggi e di domani. Tutta l'affidabilità, l'autorevolezza, l'efficacia di Leggi d'Italia in una soluzione ancora più evoluta al servizio di chi affronta ogni giorno responsabilità crescenti e adempimenti sempre più complessi.
La documentazione ufficiale più completa e aggiornata, l'interpretazione degli esperti, gli strumenti operativi in materia di appalti, pubblico impiego, tributi, edilizia e urbanistica, ambiente per gestire al meglio uno scenario in continua trasformazione.

Scopri di più su **one.it/pa**

One PA FA GRANDE LA DIFFERENZA

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sommario

OPINIONI

Equilibrio contrattuale
L'OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE NEL NUOVO CODICE NEL RISPETTO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI?
di *Giovanni Balocco* e *Giovanna Scaccheri* **713**

Stazioni appaltanti
QUALIFICAZIONE E PRINCIPI PER SUPERARE L'AUTOMATISMO E GARANTIRE EFFICIENZA DI MERCATO
di *Barbara Mameli* **722**

GIURISPRUDENZA

Amministrativa

Permesso di costruire
Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2024, n. 14 **732**
LA DISCIPLINA GIURIDICA APPLICABILE ALLE OPERE PARZIALMENTE ESEGUITE IN VIRTÙ DI UN TITOLO EDILIZIO DECADUTO E NON OGGETTO DI INTERVENTO DI COMPLETAMENTO IN VIRTÙ DI UN NUOVO TITOLO EDILIZIO
di *Roberto Musone* **736**

Segretezza dell'offerta
Consiglio di Stato, Sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789 **754**
UNA LETTURA DEL PRINCIPIO DI SEGRETEZZA DELLE OFFERTE ALLA LUCE DEI PRINCIPI DEL RISULTATO E DELLA FIDUCIA: RIVERBERI OPERATIVI SULL'ESERCIZIO DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA
di *Margherita Amitrano Zingale* **758**

Criteri ambientali minimi
Consiglio di Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701 **764**
LE FUNZIONI DELLA CONTRATTAZIONE PUBBLICA E IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO ALLA LUCE DELL'OBBLIGO DI RISPETTARE I C.A.M.
di *Alessandro Enrico Basilico* **770**

Appalti pubblici e concessioni
T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 30 luglio 2024, n. 2767 **778**
ACCORDI QUADRO E CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME: UN CASO EMBLEMATICO
di *Mauro Giovannelli* **783**

Equo compenso
T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 luglio 2024, n. 483 **795**
AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI INGEGNERIA E ARCHITETTURA ED EQUO COMPENSO: ALLA RICERCA DI UNA CONVIVENZA EQUILIBRATA
di *Marinella Galletto* e *Chiara Pagliaroli* **799**

Siti contaminati
T.A.R. Veneto, Sez. IV, 27 maggio 2024, n. 1192 **813**
DISCIPLINA DEI SITI CONTAMINATI E "NUOVI INQUINANTI": IL CASO DELLE PFAS
di *Claudio Vivani* **823**

Penale

OSSERVATORIO PENALE
a cura di *Alessio Scarcella* **835**

INDICI

INDICE DEGLI AUTORI, INDICE CRONOLOGICO, INDICE ANALITICO **843**
INDICE DEGLI AUTORI, INDICE CRONOLOGICO, INDICE ANALITICO 2024 **845**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi inviati per la pubblicazione alla Rivista *Urbanistica e appalti*, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".
La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.
La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.
I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.
Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.
Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.
Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.
In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle osservazioni del revisore.
In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.
La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

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

Urbanistica
e appalti

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

RESPONSABILI DI SETTORE
Diritto costituzionale: Maria Teresa Semprevіva, Patrizia Vipiana
Diritto civile: Ignazio Pagani
Diritto penale: Alessio Scarcella
Diritto amministrativo:
— Ambiente: Martino Colucci
— Appalti pubblici: Roberto Damonte, Mauro Giovannelli, Barbara Mameli, Carmen Mucio
— Edilizia e Urbanistica: Mario Bassani, Cesare Lamberti, Antonello Mandarano
— Espropriazione e beni culturali: Paolo Carpentieri, Stefano Fantini
— Processo Amministrativo: Massimo Andreis, Paolo Patrito
Diritto comunitario: Francesco Leggiadro

EDITRICE
Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Bisceglie n. 66
20152 Milano, Italia

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

REDAZIONE
Ines Attorresi
Arianna Barsacchi
(arianna.barsacchi@wolterskluwer.com)
Nadia D'Antoni

REALIZZAZIONE GRAFICA
Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE
Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA
GECA s.r.l.
Via Monferrato, 54
20098 San Giuliano Milanese (MI)

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc. scrivere o telefonare a:

WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti
telefono 02-824761
e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati telefonare a:

telefono 02-82476.411

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:

Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
Via Bisceglie n. 66 - 20152 Milano
Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 686 del 18 novembre 1996
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI
Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a:
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via Bisceglie n. 66 - 20152 Milano, entro 90 gg. prima della data di scadenza dell'abbonamento.
L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/urbapp
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/urbapp

ITALIA
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 300,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 265,00 + Iva 4%

ESTERO
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 600,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 265,00

MODALITÀ DI PAGAMENTO
Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi
oppure con bonifico bancario presso Banca Intesa Sanpaolo SpA sul conto
IBAN: IT61M0306933684100000002208
intestato a Wolters Kluwer Italia Srl.
Indicare nella causale del versamento il titolo della Rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 55,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

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

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via Bisceglie n. 66 - 20152 Milano.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Equilibrio contrattuale

L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali?

di Giovanni Balocco e Giovanna Scaccheri (*)

Il nuovo codice dei contratti pubblici formalizza il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, stabilendo il conseguente obbligo di procedere alla rinegoziazione del contratto in caso di sopravvenienze impreviste tali da incidere significativamente sul sinallagma. La disciplina connessa alla violazione di siffatto dovere, che prevede l'intervento del giudice in sostituzione del mancato accordo tra le parti, non sembra tuttavia rispettare le garanzie costituzionali poste a tutela dell'autodeterminazione negoziale delle parti e della separazione tra i poteri dello Stato, che pone il divieto ai giudici di sostituirsi all'Esecutivo nel compimento di scelte rimesse all'esercizio della discrezionalità amministrativa.

L'esistenza di un obbligo di rinegoziazione

Tra le innovazioni più significative introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici, la previsione espressa di un obbligo di rinegoziazione tra le parti merita senz'altro particolare considerazione, anche alla luce del fatto che tale previsione costituisce il primo esempio di codificazione normativa di un dovere, seppur già riconosciuto in dottrina e giurisprudenza quale attuazione diretta del principio di buona fede e solidarietà sociale, mai finora fatto proprio dal legislatore nazionale.

L'art. 9, D.Lgs. n. 36/2023, infatti, detta le condizioni in presenza delle quali la parte che risenta degli effetti negativi di sopravvenienze di portata tale da incidere sull'equilibrio contrattuale originariamente concordato possa pretendere l'avvio di trattative, da condurre in buona fede, finalizzate a rimodulare le condizioni contrattuali e a ricondurle all'originaria ripartizione di rischi ed oneri.

La portata innovativa della disposizione deriva dall'attribuzione di un vero e proprio diritto alla rinegoziazione, configurabile in capo al soggetto svantaggiato dall'oggettiva alterazione del sinallagma contrattuale unicamente in presenza di circostanze straordinarie e imprevedibili, non imputabili al medesimo, che abbiano reso eccessivamente gravose le prestazioni a suo carico.

L'obiettivo della previsione normativa è dunque quello di garantire una conservazione del vincolo contrattuale anche nel caso di anomalo squilibrio del sinallagma che, in assenza di tale disposizione, potrebbe condurre alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, a meno di una spontanea manifestazione di disponibilità, da parte del soggetto avvantaggiato, in ordine ad una *reductio ad aequitatem* (1).

La finalità perseguita mediante l'attribuzione del diritto in questione, ossia il ripristino dell'equilibrio contrattuale nei termini definiti dalle parti al momento della stipulazione, rappresenta al contempo anche il limite all'esercizio di tale diritto. La rinegoziazione dovrà essere infatti limitata a quanto strettamente necessario a ripristinare il predetto equilibrio, senza che tale occasione possa consentire di apportare al contratto modifiche che avvantaggino, in termini di redditività, l'appaltatore o il concessionario. Le modifiche che potranno essere convenute dalle parti dovranno pertanto risultare rigorosamente circoscritte a quanto necessario a

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) V. art. 1467 c.c. che disciplina l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta nel contesto di contratti con prestazioni corrispettive.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

salvaguardare l'interesse del soggetto che risulti compromesso dal peggioramento delle circostanze di esecuzione.

Inoltre, nel rispetto del primario obbiettivo di invarianza economico-finanziaria perseguito dal legislatore nell'ambito del codice dei contratti pubblici, la rinegoziazione trova ulteriore limite nell'impossibilità di apportare modifiche che determinino nuovi o maggiori oneri a carico dell'amministrazione: gli eventuali maggiori oneri dovranno infatti trovare copertura nelle risorse destinate ad imprevisti ed accantonamenti oppure, in caso queste ultime non siano sufficienti, ricavate dalle economie dei ribassi d'asta.

Per la concreta attuazione del diritto, la norma prescrive alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di favorire l'inserimento in contratto di clausole che regolino nel dettaglio i criteri e le modalità da adottare per giungere alla rimodulazione dei termini contrattuali, al fine di consentire il riequilibrio del sinallagma. La previsione di simili clausole risulta particolarmente opportuna laddove le caratteristiche del rapporto, quali ad esempio la lunga durata o il particolare contesto merceologico di riferimento, suggeriscano una maggior probabilità di esposizione a sopravvenienze di questo genere.

La disposizione di principio in questione contiene, inoltre, un riferimento diretto alle disposizioni previste dallo stesso codice in materia di revisione dei prezzi e di modifica dei contratti di appalto nella fase esecutiva: le stesse costituiscono infatti diretta applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio negoziale.

In particolare, a differenza del previgente testo normativo, che prevedeva solamente la facoltà per la stazione appaltante di inserire clausole di revisione prezzi (2), l'art. 60 del nuovo codice dei contratti pubblici impone obbligatoriamente l'inserimento di tali tipi di clausole nei documenti di gara iniziali nelle procedure destinate all'aggiudicazione di contratti di appalto (3). Inoltre, pur riconoscendo alle amministrazioni aggiudicatrici la discrezionalità nello stabilire quali siano le condizioni oggettive in presenza delle quali debba attivarsi il meccanismo di revisione prezzi, il legislatore detta già la misura in cui gli eventuali aumenti e/o diminuzioni possano essere riconosciuti. Il codice stabilisce, infatti, che la modifica dei prezzi verrà riconosciuta unicamente in misura dell'80% della variazione subita e sempre purché venga determinata una variazione del costo complessivo dell'opera superiore al 5% dell'importo originariamente previsto. Si tratta, pertanto, di una revisione che, una volta verificatesi le circostanze alle quali le parti hanno subordinato l'operatività della modifica, opera automaticamente, mediante un meccanismo di quantificazione legato agli indici ISTAT. Si configura dunque non un mero interesse legittimo, ma un autentico diritto soggettivo dell'appaltatore ad ottenere una revisione dei prezzi, slegata da un possibile margine di apprezzamento in capo alla controparte (4).

Diversamente - in caso di mutamento del sinallagma negoziale che non riguardi l'alterazione dei prezzi e laddove non siano state previste le clausole di rinegoziazione che il succitato art. 9 suggerisce di introdurre nei documenti di gara -, l'art. 120 del codice non attribuisce un vero e proprio diritto ad ottenere una revisione del contratto, intesa come modifica alle pattuizioni contrattuali, ma unicamente il diritto della parte svantaggiata a pretendere che controparte si presti a condurre trattative in buona fede e con spirito di collaborazione. In particolare, la previsione normativa prende direttamente in considerazione la sola ipotesi in cui le sopravvenienze cagionino uno svantaggio per l'operatore economico affidatario di un contratto pubblico di appalto e dispone che la richiesta di rinegoziazione, da avanzare senza ritardo, imponga al Responsabile Unico del Procedimento di formulare, entro tre mesi, una proposta di nuovo accordo. Nella predisposizione del testo, il RUP dovrà tenere in considerazione le sopravvenute cause di disequilibrio del contratto evidenziate dall'appaltatore, tentando di ricalibrare i termini del rapporto in modo tale da riequilibrarlo.

(2) V. art. 106, comma 1, lett. a), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 "Codice dei contratti pubblici".

(3) L'imposizione di un'obbligatoria revisione dei prezzi non è del tutto nuova al panorama della legislazione in merito ai contratti pubblici, considerato che già l'art. 115, D.Lgs. n. 163/2006 disponeva che, ai contratti ad esecuzione periodica o continuativa, aventi ad oggetto la prestazione di servizi o forniture, si applicasse un meccanismo di revisione periodica del prezzo in adeguamento all'andamento generale dei costi. L'inserimento obbligatorio di tali clausole era stato imposto anche durante la vigenza del codice del 2016 da parte della normativa emergenziale e, in particolare, fino al 31 dicembre 2023, dall'art. 29, comma 1, lett. a), D.L. 27 gennaio 2022, n. 4 (c.d. Decreto Sostegni-*ter*). L'attuale formulazione dell'obbligo discende direttamente dalla previsione contenuta nell'art. 1, lett. g), L. delega 21 giugno 2022 n. 78.

(4) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25 luglio 2023, n. 7291 in *DeJure*; Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 2022, n. 5651 in *DeJure*; Cass. Civ. SS.UU. 22 novembre 2021, n. 35952 in *Foro. amm.*, 2022, 5, II, 615. In tal senso anche P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, 20 ottobre 2023, in *giustizia-amministrativa.it*. In senso contrario F. Goisis - P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 2023, 1, 113; G.F. Nicodemo, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2023, 5, 565.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Affinché tale obbligo possa dirsi assolto, tuttavia, non sarà necessario che controparte ritenga soddisfacente e di conseguenza accetti la proposta avanzata dal RUP. Ai fini dell'adempimento dell'obbligo sarà sufficiente che la parte si renda disponibile a considerare le richieste e a valutare in buona fede se vi siano spazi di modifica del contratto tali da consentire di salvaguardare l'interesse alla prosecuzione del rapporto, purché le trattative non siano condotte maliziosamente, ossia senza alcuna seria intenzione di addivenire ad una diversa regolazione delle pattuizioni negoziali. In effetti, come non sarebbe corretto lasciare che le conseguenze svantaggiose di eventi imprevedibili e sopravvenuti gravino sulla parte che li subisce, altrettanto irragionevole sarebbe rovesciare il rischio di tali vicende perturbative sulla controparte, imponendo a quest'ultima di modificare i termini dell'operazione economica in accoglimento di ogni richiesta dell'appaltatore, indifferentemente dalla tutela del proprio personale interesse.

Peraltro, la disposizione normativa, pur non prevedendo espressamente l'obbligo dell'amministrazione di addivenire ad un accordo modificativo, consente alla parte che si reputi svantaggiata di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere in tal sede le variazioni necessarie a ricondurre i termini dell'operazione economica all'equilibrio originario. Di fatto, dunque, laddove il RUP non riesca a formulare una proposta che soddisfi le aspettative di rimodulazione dei termini contrattuali, l'operatore economico potrà pretendere che simile tentativo venga effettuato dal giudice, che potrà giungere perfino a riconoscere un risarcimento in caso di eventuale responsabilità dell'amministrazione per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

Come verrà illustrato più approfonditamente in seguito, tuttavia, simile facoltà finisce per scontrarsi inevitabilmente con il rispetto del principio di separazione dei poteri costituzionali, nonché con la tutela dell'autonomia negoziale delle parti, a cui il giudice sembrerebbe potersi sostituire completamente.

Le medesime previsioni, inoltre, non sono riproposte negli articoli del codice dettati con riferimento ai contratti di concessione, i quali non vengono peraltro richiamati neppure dall'art. 9 quali applicazioni del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Tale omissione ha condotto parte della dottrina ad interrogarsi sulla volontà del legislatore in merito all'estensione o meno dei doveri di rinegoziazione anche a quest'ultima tipologia di contratti pubblici.

Inoltre, le norme che, in tema di concessioni, regolano le conseguenze derivanti dalle medesime circostanze disciplinate dalle previsioni precedentemente analizzate e relative ai contratti di appalto, appaiono formulate in modo parzialmente differente da quanto sopra esposto. Nonostante tale apparente discrepanza, il rispetto del principio di non discriminazione impone che le due discipline debbano, sotto questo profilo, essere equiparate, in modo da trattare in maniera uniforme circostanze analoghe. Diversamente opinando, si giungerebbe ad avallare un'ingiustificata ed ingiustificabile disparità di trattamento tra istituti affini.

L'art. 189 del nuovo codice, dettato in merito alla modifica dei contratti di concessione in corso di esecuzione, in effetti, non ripropone l'espressa imposizione circa l'applicazione automatica della revisione dei prezzi, la cui adozione è invece rimessa al libero apprezzamento dell'ente concedente. La disposizione, peraltro, rinvia proprio all'art. 60 sopracitato con riferimento al meccanismo di adeguamento indicizzato quale circostanza che consente alle parti di addivenire ad una modifica contrattuale senza necessità di procedere ad indire una nuova procedura ad evidenza pubblica. Potrebbe dunque sembrare che tale differenza di disciplina non sia frutto di una svista dovuta ad un mancato aggiornamento rispetto al precedente codice, ma di una scelta consapevole finalizzata a trattare diversamente le due tipologie di rapporti.

Se così fosse, però, non si comprende per quale motivo l'appaltatore potrebbe godere di un adeguamento automatico dei prezzi in caso di variazioni significative del mercato di riferimento, mentre il concessionario sarebbe esposto alle conseguenze di simili alterazioni, con l'unica prospettiva di poter chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta e solo eventualmente accettare la *reductio ad aequitatem* che spontaneamente controparte scelga di offrire per evitare la risoluzione.

Anche la disciplina regolatoria della revisione delle convenzioni di concessione, contenuta dall'art. 192 del codice, si discosta apparentemente dalla formulazione adottata dalla disposizione di principio. Pur definendo, infatti, i medesimi presupposti descritti dall'art. 9, ossia il verificarsi di alterazioni significative del sinallagma causate da eventi sopravvenuti ed imprevedibili, nel contesto delle concessioni all'operatore economico è consentito unicamente chiedere (e non pretendere) la revisione del contratto, sempre al solo fine di ricondurlo ad equità. Sembrerebbe essere invece rimessa alla valutazione dell'ente

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

concedente la scelta di avviare o meno trattative volte al riequilibrio. Il verificarsi dei presupposti legittimanti il processo di revisione configurerebbe quindi in capo al concessionario una mera posizione di interesse legittimo, soggetta alla facoltà discrezionale dell'amministrazione concedente di valutare o meno le richieste di controparte mediante l'apertura di una fase procedimentale di rinegoziazione del contratto al fine di ricondurlo ad equità.
Nonostante simili considerazioni, il riferimento dell'art. 9 all'intero panorama dei contratti pubblici, denotato anche dall'utilizzo del termine "enti concedenti" che si accompagna all'indicazione di "stazioni appaltanti" (5), unito all'esigenza, particolarmente sentita anche per tale tipologia di contratti di lunga durata, di predisporre meccanismi utili a reagire ad eventuali sopravvenienze perturbative dell'economia originaria del contratto, impongono di concludere che il principio di conservazione dell'equilibrio negoziale ed il corrispondente diritto alla rinegoziazione siano stati espressi dal legislatore anche con riferimento ai contratti di concessione (6).
In realtà, la giurisprudenza pronunciatasi con riferimento al previgente codice aveva già rilevato l'esistenza di un obbligo delle parti di prestarsi alla rinegoziazione in caso di sopravvenienze incidenti sul sinallagma contrattuale, quale attuazione del dovere di solidarietà sociale ed in adempimento della clausola generale di buona fede oggettiva (7), il cui rispetto è da tempo espressamente imposto dal legislatore anche alle amministrazioni pubbliche (8).
Pure in assenza di un'esplicita previsione normativa, dunque, gli organi giurisdizionali hanno riconosciuto in passato l'obbligo generalizzato delle parti di avviare trattive finalizzate a contemperare, a seguito di eventi turbativi dell'equilibrio contrattuale, definito al momento della stipula, gli interessi contrapposti (9). Non si vede pertanto come simile obbligo potrebbe venir meno nel contesto di una norma che, per la prima volta, codifica chiaramente, riservando addirittura un apposito articolo, l'obbligo di rinegoziazione.

Inadempimento dell'obbligo e intervento giudiziale

Accertata la sussistenza del dovere di intraprendere trattative negoziali in caso di eccessivo squilibrio del sinallagma contrattuale, dovuto all'intervento di circostanze straordinarie ed imprevedibili, resta ad ogni modo da chiarire cosa accada laddove le parti non riescano a raggiungere un'intesa.
L'orientamento maggioritario, seguito dalla giurisprudenza formatasi prima dell'adozione del nuovo codice, pur riconoscendo l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di avviare il procedimento istruttorio volto a considerare il mutamento delle condizioni di esecuzione e le esigenze evidenziate dall'operatore economico in termini di riequilibrio, non solo non imponeva alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di giungere ad un accordo modificativo, ma neppure consentiva che a tale effetto si pervenisse tramite un intervento da parte del potere giudiziario. A fronte dell'inerzia dell'amministrazione, sia in termini di mancato avvio del procedimento a seguito della specifica richiesta di revisione avanzata dall'operatore economico, sia in caso di assenza di un provvedimento espresso di conclusione, eventualmente anche di rigetto, a controparte veniva riconosciuta unicamente la facoltà di agire in giudizio per contestare il silenzio-inadempimento serbato dall'amministrazione. I giudici hanno però sempre affermato come in alcun modo potesse essere demandato loro l'accertamento del diritto all'avvio della negoziazione tra la parte pubblica e quella

(5) Come correttamente notato da P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi*, cit.

(6) V. F. Liguori - P. La Selva, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Riv. interdiscipl. dir. amm. pubbl.*, 2023, 3, 45, ove gli autori, pur sostenendo l'esistenza di un integrale differenza nelle soluzioni predisposte dal legislatore per appalti e concessioni, basano tale conclusione sull'argomentazione per cui, nell'ambito dei contratti di appalto, sussisterebbe un vero e proprio diritto della parte svantaggiata alla conclusione di un accordo riequilibrativo, mentre per le concessioni in capo all'amministrazione sarebbe configurabile unicamente l'obbligo di instaurare le trattative necessarie alla definizione di un accordo. Ricostruisce diversamente l'interpretazione appena illustrata I. Raiola, *Variazioni dei costi e dei prezzi in corso di esecuzione del contratto. Obbligo di inserimento delle clausole di revisione dei prezzi nei documenti di gara (art. 60 d.lgs. n. 36/2023). Profili di riparto della giurisdizione*, Atti del Corso di formazione "I contratti di appalto" presso il T.A.R. Lazio, 23-25 ottobre 2023, in *giustizia-amministrativa.it*.

(7) Per una ricostruzione analitica di tale orientamento v. A.P. Tedesco, *La rinegoziazione del contratto in crisi, tra principi interni e* lex mercatoria, in *Comm. internaz.*, 2021, 2, 295 ss.

(8) V. art. 1, comma 2 *bis*, L. 7 agosto 1990, n. 241, contenente "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi".

(9) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478, in *DeJure*; Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Rel. n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, 8 luglio 2020, 21 ss., con cui la Suprema Corte, esprimendosi in funzione consultiva in merito alle normative emergenziali anti-Covid 19 in ambito contrattuale e seppur con riferimento ai rapporti tra privati, ha precisato che "Proprio la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto *ex* art. 1375 c.c. assume assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute.".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

privata e, men che meno, ad una modifica dei termini negoziali, non potendo il potere giurisdizionale sostituirsi a quello amministrativo rispetto ad un generico obbligo di provvedere (10).

L'impostazione tracciata dal nuovo Codice appare muoversi in direzione opposta rispetto a tali conclusioni, prevedendo, in particolare al comma 8 del succitato art. 120, un vero e proprio potere di intervento giudiziale che consenta di adeguare il contratto alle mutate circostanze di esecuzione, ripristinando l'equilibrio negoziale delineato al momento della stipula.

La proposizione ricalca perfettamente, peraltro, quanto già previsto dalle cd. clausole *hardship* (11) elaborate dai principi Unidroit (12) e dai principi di diritto europeo dei contratti (PECL) (13), entrambi non giuridicamente vincolanti per i soggetti che non scelgano autonomamente di assoggettare il regolamento contrattuale a tali previsioni, ma che certamente evidenziano come l'idea di un intervento riequilibrativo da parte del giudice, a seguito di sopravvenienze che turbino eccessivamente l'assetto contrattuale originariamente definito, non risulti estranea al panorama giuridico sovranazionale.

Mantenendo una prospettiva attenta alle soluzioni adottate dagli altri ordinamenti giuridici europei, si consideri, altresì, che anche il par. 313 del BGB e l'interpretazione fornitane dalla Suprema Corte tedesca riconoscono (alla parte su cui gravino le eccessive conseguenze delle sopravvenienze) un diritto all'adeguamento del contratto ed al conseguente intervento modificativo del giudice in caso di mancato raggiungimento di un accordo, codificando peraltro l'orientamento sul punto già in precedenza consolidatosi in giurisprudenza (14).

In merito, d'altronde, appare quanto mai fondamentale tenere a mente la peculiare impostazione maturata nell'ordinamento italiano in relazione all'identificazione delle diverse tipologie di posizioni giuridiche soggettive tutelabili. La tradizionale bipartizione diritti soggettivi/interessi legittimi, infatti, caratterizza unicamente la cultura giuridica del nostro Paese, mentre risulta estranea agli altri ordinamenti europei, che, pur garantendo i medesimi livelli di tutela con riferimento alle diverse esigenze espresse dai singoli, non definiscono l'interesse legittimo quale figura autonomamente definita e distinta da quella dei diritti soggettivi. La costruzione di tale binomio discende, tra l'altro, dalla particolare sensibilità dell'ordinamento italiano rispetto non soltanto alla tutela degli interessi privatistici in relazione all'agire della Pubblica Amministrazione, ma anche, allo stesso tempo, alla salvaguardia della discrezionalità nell'esercizio del potere pubblico. L'inquadramento di una posizione giuridica nei termini di interesse legittimo, infatti, comporta che, pur continuando a garantire una tutela dell'interesse del privato, le ragioni dell'Amministrazione possano essere sindacate unicamente in relazione alla legittimità dell'operato procedurale seguito nell'esercizio delle attività ad essa attribuite e non nel merito delle scelte di opportunità che l'ordinamento alla stessa rimette.

La descritta impostazione costituisce, peraltro, riflesso dell'applicazione del principio di separazione dei poteri, da cui discende il divieto, per il potere giudiziario, di ingerirsi nell'attività dell'Amministrazione pubblica, in particolare laddove ad essa sia riservato uno spazio di discrezionalità con riguardo alle modalità del proprio agire.

Tenuto a mente quanto appena ricordato, risulta dunque difficilmente giustificabile, nel contesto nazionale, la soluzione prospettata dal nuovo codice dei contratti pubblici, che sembra attribuire al Giudice la possibilità di sostituirsi alla parte pubblica nella decisione di procedere a modificare i termini delle pattuizioni contenute in una convenzione di concessione in occasione di circostanze sopravvenute di carattere imprevisto ed imprevedibile, che abbiano squilibrato

(10) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20 maggio 2024, n. 4476 in *DeJure*; Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2024, n. 1069 in *DeJure*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 15 febbraio 2024, n. 185, in *DeJure*; Cons. Stato, Sez. V, 17 novembre 2022, n. 10133 in *DeJure*; Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7756 in *DeJure*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 10 ottobre 2022, n. 12810, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2023, 1, 135; Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2013. n. 465, in *Foro amm. CDSi*, 2013, 1, 204.

(11) Termine definito dagli stessi principi Unidroit come l'ipotesi in cui si verifichino "eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del Contratto", verificatisi successivamente alla conclusione dello stesso, non ragionevolmente prevedibili al momento della stipula, non riconducibili alla sfera di controllo della parte svantaggiata e il cui rischio di verificazione non sia stato da quest'ultima volontariamente assunto.

(12) V. art. 6.2.3. dei principi dei contratti commerciali internazionali, concepiti nel 1994 dall'*International Institute for the Unification of Private Law* per tentare di offrire agli Stati regole uniformi di diritto privato e con l'auspicio di fornire un modello di regolazione ai legislatori nazionali.

(13) Art. 6:111 dei "Principi dei contratti commerciali internazionali", pubblicati tra il 1995 e il 2002, elaborati dalla Commissione sul diritto contrattuale europeo (c.d. Commissione Lando) sulla base del confronto tra le esperienze giuridiche dei vari paesi europei, pubblicati e redatti al fine di predisporre un insieme di regole comuni, che potessero essere scelte liberamente dagli operatori economici appartenenti ad ordinamenti nazionali differenti.

(14) Per un approfondimento v. A.P. Tedesco, *op. cit.* e S. Grundmann, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Rivista ODC*, 2020, 2.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

il sinallagma. Una tale prospettazione non potrebbe certo dirsi compatibile con i principi costituzionali del nostro ordinamento.

Rispetto all'esperienza tedesca, invece, è stata maggiormente controversa l'introduzione di simile previsione nell'ordinamento giuridico francese, la cui storica attenzione alla salvaguardia dell'autonomia negoziale delle parti e della vincolatività del contratto conduceva ad escludere che fatti sopravvenuti potessero giustificare un intervento esterno sul rapporto negoziale. Il cambio di prospettiva ha avuto avvio a partire da una rivalutazione del principio di buona fede operata da alcune pronunce della *Cour de Cassation* risalenti agli anni 90, che tuttavia, pur affermando l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione in caso di modifiche particolarmente rilevanti ed imprevedibili delle condizioni di esecuzione, non si spingevano a riconoscere un potere di intervento giudiziale. Con la riforma del codice civile francese operata nel 2016, l'ordinamento d'oltralpe ha invece introdotto *ex novo* una disciplina che ricalca pedissequamente i caratteri delle previsioni contenute nei principi Unidroit e nei PECL e che in Francia è stata identificata come teoria dell'*imprévision* (15).

La soluzione normativa in questione non rappresenta un'assoluta novità neppure all'interno dei confini nazionali. Nel 2019, con una proposta di riforma del codice civile (16), il legislatore aveva già tentato di introdurre una disposizione che, in caso di contratti colpiti da significative alterazioni dell'equilibrio negoziale originario, attribuisse alla parte svantaggiata il diritto ad ottenere una rinegoziazione secondo buona fede oppure, in caso di fallimento delle trattative, una pronuncia giudiziale che consentisse il contemperamento delle opposte esigenze. Peraltro, l'Ufficio del Massimario presso la Corte di cassazione, esprimendosi nel 2020 in merito alla normativa emergenziale adottata per affrontare la crisi pandemica (17), aveva in tale occasione affermato l'esistenza di un generale obbligo di rinegoziazione per le parti e, in caso di violazione, del correlativo potere giudiziale di pronunciare una sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c. che tenesse luogo dell'accordo modificativo a cui le parti avrebbero dovuto giungere all'esito delle trattative. Le conclusioni cui era giunta la Suprema Corte, rese in veste consultiva e fondate unicamente sulla considerazione dei doveri di buona fede e cooperazione nell'esecuzione del contratto, quali presupposti da cui ricavare i predetti obblighi, erano nondimeno già state a suo tempo profondamente criticate sotto vari profili (18).

Con il nuovo codice dei contratti pubblici, il legislatore nazionale si espone espressamente a favore di tale impostazione, accodandosi alle esperienze sopra menzionate e limitando tuttavia l'operatività del meccanismo in questione ai soli rapporti negoziali (appalti o concessioni) soggetti all'applicazione del codice in questione. Le critiche e i dubbi interpretativi avanzati nei confronti delle affermazioni contenute nella relazione della Suprema Corte meritano dunque di essere condivise.

In primo luogo, infatti, non può non notarsi la contraddizione intrinseca in cui è incorso il legislatore nell'affermare, in prima battuta, un obbligo limitato al mero avvio di trattative, tese a ripristinare l'equilibrio negoziale delle pattuizioni turbate da eventi eccezionali ed imprevedibili (e dunque qualificabile come semplice obbligazione di mezzi) e nello stabilire, poi, un potere di intervento sostitutivo da parte del giudice (peraltro in violazione del principio di tripartizione dei poteri e di quello di autonomia contrattuale) nell'ipotesi in cui le parti non abbiano raggiunto un accordo riequilibrativo. L'attribuzione di una simile facoltà potrebbe giustificarsi unicamente laddove fosse prevista, a carico delle parti, una precisa obbligazione di risultato, ossia di addivenire alla modifica riequilibrativa. L'obbligo imposto dal nuovo codice dei contratti, tuttavia, non può essere ricostruito nei termini di un obbligo di contrarre, mancando radicalmente gli elementi indispensabili a consentire ai giudici di ricostruire la volontà delle parti: è evidente, infatti, che le stesse non si siano pronunciate, in sede di stipula del contratto, in merito alle eventuali conseguenze derivanti da eventi che non hanno in alcun modo considerato, essendo stati per l'appunto imprevedibili al momento del sorgere del rapporto contrattuale.

(15) V. A.P. Tedesco, *op. cit.* e S. Aceto di Capriglia, *Sopravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale: dalla crisi pandemica a quella energetica. la normazione internazionale e le diverse soluzioni nazional*, in *AJI*, 2023, 18; E. Tuccari, *Note sull'introduzione della "*révision pour imprévision*" nel codice civile francese*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 4, 1517 s.; W. Ben Hamida, *L'imprévision et l'arbitrage après la réforme du droit des contrats en France*, in *ASA Bulletin*, 39, 2, 2021, 378 s.

(16) D.d.l. Senato n. 1151, XXVIII legislatura, presentato in data 19 marzo 2019.

(17) V. Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Rel. n. 56, cit.

(18) V. A. Briguglio, *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 7 ottobre 2020.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Peraltro, la parte della dottrina che inquadra il dovere di rinegoziazione quale obbligazione di risultato (19) sostiene anche la sua coercibilità mediante l'adozione di una sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c. All'organo giurisdizionale sarebbe pertanto concesso di adottare una pronuncia che tenga luogo del mancato accordo modificativo a cui avrebbero dovuto giungere le parti, senza che siano però individuabili i parametri oggettivi necessari per addivenire ad una condanna all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, i cui termini avrebbe già dovuto essere puntualmente predeterminati dalle parti. Nelle ipotesi in questione, ossia di intervento di circostanze eccezionali e imprevedibili, come già anticipato, non sarà possibile rintracciare nel regolamento negoziale alcuna previsione circa la gestione di simili sopravvenienze, che, altrimenti, non potrebbero essere definite imprevedibili (20).

Differente sarebbe, ancora, l'ipotesi in cui le parti avessero inserito autonomamente clausole, come quelle menzionate dal comma 1 dell'art. 120 del codice dei contratti pubblici (21), che subordinino le modifiche al verificarsi di precise circostanze e disciplinino dettagliatamente modalità e termini che dovrebbero consentire il riequilibrio del sinallagma contrattuale, tali per cui sarebbe sufficiente una loro diretta applicazione, senza necessità di procedere all'instaurazione di ulteriori trattative. Si tratterebbe, nondimeno, di un diverso istituto, non riconducibile alla fattispecie dell'obbligo di rinegoziazione.

Il potere di rimodulazione delle pattuizioni negoziali affidato al giudice, attivabile dalla parte onerata dalle sopravvenienze in caso di fallimento dei tentativi di rinegoziazione, si scontrerebbe pertanto inevitabilmente con la salvaguardia della libertà di autodeterminazione negoziale delle parti (22). Laddove queste ultime infatti, pur essendosi obbligatoriamente sottoposte ad un serio e diligente sforzo per giungere ad un accordo riequilibrativo, a pena di una possibile condanna per inadempimento dell'obbligo, non siano ciononostante riuscite ad identificare una soluzione modificativa utile ad adattare in modo soddisfacente i contrapposti interessi alle differenti condizioni esecutive, non è certamente possibile, in base ai principi del nostro ordinamento giuridico, che sia un terzo, seppur imparziale, a sostituirsi alla volontà dei contraenti.

Siffatte considerazioni si svolgono, peraltro, in linea con l'interpretazione che attribuisce alla posizione giuridica, corrispondente all'obbligo di rinegoziare, la natura di diritto soggettivo.

Al contrario, laddove si volesse aderire all'opposto orientamento che riconduce tale istituto di nuova creazione alla natura di interesse legittimo e presupponendo che la parte svantaggiata sia l'operatore economico privato, dovrebbe giungersi alla conclusione che l'intervento riequilibrativo operato dal giudice comporti un'inaccettabile usurpazione del potere di esercizio della discrezionalità amministrativa, in violazione del divieto per i giudici di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio di poteri non ancora esercitati (23), con conseguente inevitabile superamento dei limiti di demarcazione dei poteri costituzionali.

Peraltro, con riferimento alla predetta attribuzione al potere giurisdizionale della facoltà di pronunciarsi in merito a scelte rimesse all'Amministrazione, permangono numerosi dubbi anche in relazione all'identificazione della competenza giurisdizionale. In effetti, sul punto si scontra l'opinione di chi, deducendo dall'obbligo di rinegoziazione il corrispondente diritto soggettivo della parte svantaggiata a che la parte pubblica si presti ad avviare trattative volte al riequilibrio del sinallagma negoziale, riconduce il potere di intervento giudiziale alla giurisdizione ordinaria (24) e quella di coloro che, invece, sostenendo il permanere di uno spazio di discrezionalità amministrativa in merito alla valutazione circa la sussistenza dei presupposti per poter avviare la procedura di revisione, attribuiscono la giurisdizione al giudice amministrativo (25) (26). A prescindere

(19) V. A.P. Tedesco, *op. cit.*, 318 ss.; Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Rel. n. 56, cit.

(20) Cfr. A. Briguglio, *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-covid.*, cit., sottolinea anche la violazione del numero chiuso delle ipotesi di sentenze costitutive pronunciabili ai sensi dell'art. 2932 c.c.

(21) V. art. 120, comma 1, lett. a), D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 "*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*".

(22) La cui tutela è da ricondurre allo stesso art. 41 Cost., laddove attribuisce dignità costituzionale alla libertà di iniziativa economica.

(23) V. art. 34, comma 2, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

(24) Cfr. P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi*, cit.; F. Liguori - P. La Selva, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.

(25) Cfr. F. Goisis - P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici*, cit. Vedi altresì G.F. Nicodemo, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.

(26) Estranea a tali riflessioni resta, invece, la considerazione circa l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie "*relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica*" di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, D.Lgs. 104/2010, che attualmente può essere ricondotta all'applicazione delle clausole di cui all'art. 60 del vigente codice. Nondimeno, anche con riferimento alla scelta circa il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dalla corretta individuazione della giurisdizione presso la quale incardinare le controversie in tema di negoziazione riequilibrativa (giudice ordinario, laddove il meccanismo sia stato inquadrato dal legislatore nel contesto di un rapporto paritetico, o amministrativo, nel caso in cui il potere di rideterminare il contenuto delle pattuizioni negoziali possa ancora essere ritenuto espressione di un potere autoritativo), permane, ad ogni modo, il forte scetticismo riguardo al potere sostitutivo apparentemente attribuito al giudice, che sembra consentire a quest'ultimo di surrogarsi alle parti nell'individuare il risultato della fallita rinegoziazione.

Il Consiglio di Stato: proroga tecnica di una concessione e obbligo di rinegoziazione

Il *favor* mostrato da legislatore ed interpreti rispetto a soluzioni conservative del rapporto contrattuale in caso di vicende perturbative dell'equilibrio negoziale e, in particolare, al meccanismo della rinegoziazione, ha condotto parte della giurisprudenza ad imporre ai contraenti l'avvio di trattative, da condurre in buona fede, in assenza di una fattispecie normativa di riferimento che lo prevedesse.

Più segnatamente, il Consiglio di Stato (27) è giunto ad imporre alle parti di avviare negoziazioni al fine di regolare le condizioni per l'esecuzione di un contratto di concessione, ormai scaduto, la cui esecuzione, limitata alla gestione ordinaria e al mantenimento o, al più, all'incremento degli standard di sicurezza, dovesse essere temporaneamente proseguita al fine di garantire la continuità nella gestione, in attesa dell'individuazione e del subentro del nuovo concessionario.

Alla luce della riduzione dei compiti svolti dalla concessionaria uscente, sia in termini di minori investimenti che di minor rischio operativo sopportato, il Collegio ha stabilito che non fosse possibile "applicare pedissequamente, nelle more dell'affidamento della concessione, le regole che la convenzione scaduta prevede[va] in punto di condizioni economiche e di contenuto del piano economico-finanziario del periodo transitorio". Ciò detto, tuttavia, i giudici respingevano la tesi dell'Amministrazione, secondo la quale ad essa sarebbe spettato il compito di rideterminare unilateralmente le condizioni per lo svolgimento di tali ridotte attività, essendo al contrario necessario ricalibrare la remunerazione spettante al concessionario in applicazione della clausola generale di buona fede, "che informa la condotta tra i contraenti fino a quando permanga tra loro un rapporto" e dalla quale discenderebbe un obbligo di rinegoziazione tra le parti, da attuarsi mediante lo strumento della revisione del PEF.

Con simili affermazioni, il Collegio si unisce alla corrente di pensiero che, prima ancora che l'obbligo di rinegoziazione venisse codificato dal legislatore (anche se unicamente con riferimento ai contratti pubblici), ne rintraccia l'esistenza nel tessuto dei principi generali dell'ordinamento nazionale e, più nello specifico, nel dovere di buona fede. Compiendo tale lettura evolutiva, certamente finalizzata a garantire la salvaguardia degli interessi della parte svantaggiata dall'alterazione dell'equilibrio contrattuale, la Corte sembra tuttavia scordare la normativa codicistica sul punto, che espressamente regola, al secondo comma dell'art. 178, D.Lgs. n. 50/2016, le condizioni di esecuzione di una concessione durante il periodo di c.d. "proroga tecnica". La disciplina previgente applicabile al caso di specie (così come a tutte le concessioni stipulate durante la vigenza del precedente codice) prevede, infatti, che, qualora una concessione sia scaduta senza che nel frattempo sia già stato individuato il nuovo concessionario subentrante, per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure per l'individuazione di un nuovo gestore e per garantire la necessaria continuità del servizio, il rapporto con il precedente concessionario debba temporaneamente proseguire "sulla base delle condizioni contrattuali vigenti" (28).

Nel rispetto di tale previsione, dunque, la Corte avrebbe dovuto confermare l'ultrattiva applicazione delle condizioni negoziali pattuite nella convenzione di concessione, in applicazione della chiara ed esplicita disciplina normativa sul punto, senza che potesse rinvenirsi alcuna lacuna regolatoria, da colmare

riparto di giurisdizione compiuta dalla predetta disposizione potrebbero porsi dubbi in relazione all'attuale compatibilità con le previsioni del nuovo codice. In effetti, considerato che l'inserimento di clausole di revisione prezzi è attualmente reso obbligatorio dal citato art. 60, D.Lgs. n. 36/2023 e che il meccanismo dovrebbe operare automaticamente, in assenza di un vero spazio di discrezionalità da parte dell'Amministrazione, alla quale sembrerebbe sottratta non solo la decisione sul *quantum*, ma addirittura anche quella sull'*an* della pretesa, l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo non sembra più potersi giustificare alla luce di una posizione di interesse legittimo (dapprima individuabile nel potere di verifica della sussistenza dei presupposti per la revisione) strettamente correlata a quella di diritto soggettivo. Cfr. F. Liguori - P. La Selva, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit. Per un ulteriore approfondimento delle tematiche, v. anche I. Raiola, *Variazioni dei costi e dei prezzi in corso di esecuzione del contratto.*, cit.

(27) Cfr. Cons. Stato 10 novembre 2021, n. 7478 cit.

(28) V. art. 178, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, dettato con specifico riguardo ai contratti di concessione autostradale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mediante rinegoziazione, come invece si rinviene nella citata pronuncia.

Inoltre, nello sviluppo delle motivazioni a sostegno della decisione assunta, il Supremo Consesso fa espresso riferimento alla disciplina della revisione, omettendo tuttavia di considerare che la normativa dettata dal previgente codice dei contratti pubblici, in relazione a tale istituto, attribuisce alle parti, quale conseguenza del mancato raggiungimento di un'intesa fra di esse a seguito della rinegoziazione, la facoltà di recedere dal rapporto (29), con conseguente diritto ad ottenere il rimborso corrispondente al valore delle opere realizzate, oltre agli oneri accessori e agli esborsi sostenuti a titolo di penali e di altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione (30). Se realmente dovesse applicarsi tale disciplina, ogni qualvolta si rendesse necessario proseguire il rapporto concessorio in attesa dell'individuazione di un nuovo contraente, l'interesse pubblico sotteso al meccanismo della proroga tecnica sarebbe esposto al rischio che le parti, in caso di mancato raggiungimento di un'intesa circa il nuovo regime di esecuzione durante il periodo di *prorogatio*, optino per recedere dal contratto. Non può non considerarsi come una simile conclusione del rapporto si porrebbe in antitesi con lo stesso interesse pubblico sotteso al meccanismo della proroga tecnica, finalizzata ad evitare l'interruzione di un pubblico servizio e, in particolare, delle prestazioni relative al mantenimento degli standard di sicurezza per l'utilizzo dell'opera da parte degli utenti.

Il nuovo codice si discosta parzialmente dalle previsioni della precedente normativa, riconfermando, con riferimento ai contratti pubblici in generale, che in caso di ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, laddove l'Amministrazione scelga di prorogare il contratto con l'operatore uscente, questi sia tenuto "all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto", ma stabilendo che, laddove le medesime condizioni si realizzino con riferimento ai contratti di concessione, queste siano affidate al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che "in relazione alla specificità della tratta autostradale, per garantire adeguati standard di sicurezza e viabilità, valuta il modello più idoneo della gestione transitoria anche in relazione alle condizioni economiche" (31).

La neo introdotta disposizione normativa, in quanto volta a derogare le clausole delle convenzioni di concessione che stabiliscono, a determinate condizioni, l'ultrattività del contratto, deve essere ricompresa nella categoria delle previsioni che ancora consentono all'Amministrazione di incidere unilateralmente sul contenuto delle pattuizioni contrattuali. L'approccio adottato dalla normativa sovranazionale e formalmente condiviso anche dal nostro ordinamento, tuttavia, è improntato ad una visione dei rapporti concessori quali relazioni paritetiche e prive di una connotazione autoritativa da parte dell'Amministrazione (32). Una simile disposizione, oltre a violare il principio di certezza del diritto (essenziale per garantire la fiducia degli operatori economici, tanto più fondamentale nei rapporti con la pubblica amministrazione), rischia pertanto di esporre lo Stato italiano al possibile avvio di una procedura di infrazione per violazione della normativa euronitaria, come già avvenuto in passato sempre in relazione a modifiche contrattuali, a tutto e solo vantaggio dei concedenti pubblici, imposte dalla legge ai concessionari (33).

In conclusione, il recente intervento normativo contiene plurime disposizioni che sollevano fondati dubbi circa la compatibilità con l'assetto costituzionale e che dimostrano la scarsa attenzione prestata dal legislatore riguardo al rispetto di alcuni dei principi più rilevanti dell'ordinamento nazionale, quali separazione dei poteri, autonomia negoziale e certezza del diritto. Non sembra neppure ammissibile che, a fronte di scelte legislative estemporanee e certamente discutibili, seppur motivate dal lodevole obbiettivo di offrire nuove e più elastiche garanzie alla conservazione dei rapporti contrattuali in corso di esecuzione, debba ricadere sulla dottrina e sulla giurisprudenza il compito di individuare la corretta interpretazione di siffatte previsioni, in modo da offrire una lettura non in contrasto con il nostro diritto costituzionale.

(29) V. art. 165, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016.

(30) V. art. 176, comma 4, lett. a) e b), D.Lgs. n. 50/2016.

(31) V. art. 178, comma 5, D.Lgs. n. 36/2023.

(32) Sul punto, si permetta di citare G. Balocco, *La concessione tra provvedimento e contratto. Riflessioni sui rapporti amministrativi sinallagmatici*, Napoli, 2014, 25 ss.

(33) Cfr. Commissione europea, procedura infrazione C(2006) 2006/2419 avverso l'introduzione, disposta dal D.L. n. 262/2006, di una convenzione unica in sostituzione delle convenzioni di concessione sino ad allora stipulate, determinante la modifica in via unilaterale dei termini di contratti validi, efficaci e ancora in corso di esecuzione, senza che l'intervento potesse dirsi giustificato da un interesse pubblico tale da sopprimere il diritto alla stabilità delle condizioni negoziali a suo tempo pattuite.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Stazioni appaltanti

Qualificazione e principi per superare l'automatismo e garantire efficienza di mercato

di Barbara Mameli

Il contributo intende fornire una riflessione sulle novità introdotte con il nuovo Codice appalti (D.Lgs. n. 36/2023), in riferimento al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, e una valutazione sulla rispondenza delle scelte politiche all'effettivo perseguimento dell'obbiettivo di garantire che stazioni appaltanti e centrali di committenza siano idonee ad assicurare affidamento del contratto e sua esecuzione con tempestività ed efficienza nonché rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, senza pregiudicare le piccole medie imprese e creare ingiustificati accentramenti di potere in capo ad alcuni operatori economici o ancora ingiustificabili limiti alla libera iniziativa economica.

All'inizio... il PNRR

Il recente Codice (1) ha introdotto un nuovo ridimensionamento all'esercizio delle libertà costituzionali, prevedendo la limitazione dell'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni: queste ultime, finora vincolate dalle procedure ad evidenza pubblica nel *quomodo* dell'esercizio del potere discrezionale (2), con la nuova disciplina incontrano anche la limitazione nell'*an* poiché l'accesso al mercato è precluso se non si è preventivamente ottenuta la qualificazione ovvero un provvedimento adottato da ANAC al termine di un procedimento per la verifica di sussistenza del possesso di specifici requisiti normativamente predeterminati e autocertificati dalle imprese.

Da qui l'esigenza di una riflessione che prescinda da valutazioni di opportunità politica, ormai connesse ad esigenze di bilancio, bensì incentrata su ciò che resta del pubblico interesse o, più in particolare, anche di quella parte di interesse pubblico che esula dal rispetto di criteri predeterminati (tra cui l'informatizzazione dell'intero procedimento di acquisto e l'inserimento di ogni dato su apposite piattaforme) destinati a garantire l'efficienza delle commesse pubbliche e un risultato che garantisca buon andamento e concorrenza ma non necessariamente dirimenti per l'attuazione di una buona amministrazione.

Il principio del risultato, quale principio inserito nel nuovo Codice con valenza prioritaria, potrebbe doversi leggere ancora una volta in ottica strettamente aziendalistica (efficienza, efficacia ed economicità) e non connesso al soddisfacimento dei cittadini e, quindi, in termini di raggiungimento della buona amministrazione (3).

In tale approfondimento il punto di partenza non può che essere ravvisato nel PNRR e nelle sue finalità (4): come si legge sul sito del Parlamento italiano il predetto atto di programmazione economica si

(1) D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

(2) S. Vinti, *Limiti all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 221 ss.

(3) Afferma F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "Il risultato da raggiungere consiste nell'affidamento dei contratti di appalto e di concessione e nella loro esecuzione in modo tempestivo, efficiente e parsimonioso".

(4) Come si legge nella Relazione del Consiglio di Stato allo schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022, "l'approvazione di questa riforma costituisce un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che ne dettaglia il contenuto". Sul punto si veda M. Lunardelli, *Dal PNRR come "*corpus *normativo" speciale al nuovo codice dei contratti pubblici: continuità e innovazioni*, in questa *Rivista*, 2, 2024, 186 ss.; M. Clarich, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadra- mento giuridico*, in *Corr. giur.*, 8-9, 2021, 1030 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pone l'obiettivo di dare un impulso decisivo al rilancio della competitività e della produttività del Sistema Paese (5).
Tale missione è suddivisa in differenti componenti, tra i quali digitalizzazione, innovazione e sicurezza. L'asse 4, dedicato a "Contratti pubblici e tempi di pagamento della PA", prevede una serie di misure intese a snellire e digitalizzare le procedure di affidamento dei contratti pubblici, accrescere la certezza del diritto per le imprese e attuare la piena interoperabilità e interconnettività tra le amministrazioni. Tali misure dovranno comportare la riduzione del numero delle stazioni appaltanti, la realizzazione di una *e-platform* come requisito di base per partecipare alla valutazione nazionale della *procurement capacity* e il conferimento a ANAC del potere di rilasciare, rinnovare o revocare la qualificazione delle stazioni appaltanti, consentendo così la libertà di accedere al mercato.
I grossi cambiamenti imposti, come espressamente ricordato dal Presidente del Consiglio di Stato, impongono l'attuazione di ulteriori condizioni non legislative volte a modificare l'attuale assetto delle pubbliche amministrazioni e, in particolare, un'adeguata formazione di funzionari, la selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti e una completa digitalizzazione per garantire l'interoperabilità delle banche dati (6).
Ecco che, prima di approfondire le novità apportate dalla disciplina sulla qualificazione, non si può nascondere la speranza che l'introduzione di obblighi per le P.A. di effettuare investimenti, sia in tecnologia, sia in formazione del personale per poter operare sulle piattaforme, non equivalga ad una completa informatizzazione delle procedure e standarizzazione a priori di presunte qualità necessarie, ma sia idonea a restituire agli operatori economici pubblici la discrezionalità necessaria per operare sul mercato in piena rispondenza ai canoni della buona amministrazione.
La soluzione di ridurre il numero delle stazioni appaltanti è stata politicamente rincorsa già da molto tempo con la finalità di ridurre la spesa pubblica, e tale esigenza ha comportato il potenziamento del modello Consip e l'istituzione dei soggetti aggregatori cui è stato affidato il compito di stipulare, per gli ambiti territoriali di competenza, convenzioni cui possono aderire le pubbliche amministrazioni per le forniture di beni e servizi.
Resta il dubbio se aggregazione e riduzione delle stazioni appaltanti da un lato, e dall'altro il potenziamento delle centrali di committenza, sia di per sé la soluzione idonea a garantire efficienza negli appalti.
La sfida sarà verificare se le stazioni appaltanti qualificate saranno in grado di gestire interamente tutte le proprie procedure e svolgere attività ausiliarie, senza trovarsi anch'esse costrette ad affidare all'esterno alcune fasi o tipologie di appalti, oppure ancora non rendersi disponibili allo svolgimento di attività ausiliarie per mancanza di organico o competenze specifiche da destinare a tali attività.
Altra sfida consisterà nel valutare se il principio del risultato saprà coincidere con la buona amministrazione, dove l'efficacia è valutata in termini di migliore soddisfacimento dei diritti dei cittadini sia quale difesa dal potere pubblico sia come attuazione dell'art. 2 Cost.

La limitazione della libertà di accedere al mercato e l'abito su misura

Il D.Lgs. n. 36/2023 intende delineare un nuovo modello di committenza dove gli strumenti di aggregazione e centralizzazione non rispondono più soltanto a finalità economiche ma anche all'esigenza di garantire l'idoneità delle stazioni appaltanti ad assolvere al processo di approvvigionamento.
L'introduzione di predeterminati requisiti necessari per poter accedere autonomamente al mercato potrebbe trovare ragione nella volontà legislativa di restituire alle sole stazioni appaltanti ritenute idonee quella discrezionalità amministrativa e tecnica fondamentali per operare in regime di concorrenza di mercato. Le stazioni appaltanti più piccole dovranno necessariamente affidarsi alle competenze di altre amministrazioni.
In tal caso la qualificazione potrebbe restituire all'amministrazione qualificata il potere e il dovere di compiere le scelte amministrative di propria pertinenza, in coerenza con i principi del risultato, della

(5) Già da tempo Merusi sottolinea la diffusione dell'l'idea per cui: "un'economia in 'movimento' serve, almeno parzialmente, a nascondere il 'ciclo economico negativo', dando l'impressione che ci sia uno 'sviluppo' e che per di più lo Stato, attraverso il potere legislativo, ne sia un fattore determinante", F. Merusi, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *www.aipda.it*.

(6) Dinnanzi alla estrema fiducia della digitalizzazione e delle possibilità offerte dall'intelligenza artificiale, utile il monito di L. Maruotti, *Introduzione*, in R. Cavallo Perin - M. Lipari - G. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024, 5: "A mio avviso l'intelligenza artificiale può essere utilizzata quando si tratta di scelte vincolate, cioè di quelle scelte che si basano su presupposti facilmente accertabili e che conducono appunto di solito ad atti vincolati".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fiducia, di buona fede e affidamento (rispettivamente artt. 1, 2 e 5 Codice) (7).
La disciplina italiana dei contratti pubblici "si è sviluppata nella direzione della moltiplicazione, e frequente modificazione, di un reticolo minuzioso di regole, redatto con lo stile del prontuario, al fine di dettare disposizioni dirette ad una minuziosa, se non maniacale, disciplina del dettaglio" (8).
Tuttavia, proprio la rigida disciplina dettata allo scopo di conseguire l'imparzialità e arginare la corruzione si è rivelata fonte di gravi ritardi, inefficienza e soluzioni antieconomiche, perché ha frequentemente condotto alla protrazione dei termini, alla rigidità di progetti e regole contrattuali, a continue necessità di revisione e innalzamento dei prezzi finali (9).
Il nuovo Codice si apre con il richiamo dei principi che governano l'agire discrezionale amministrativo, lasciando apparentemente sperare in una maggiore flessibilità in capo alle stazioni appaltanti alle quali è restituita la discrezionalità della scelta.
Lascia però perplessi il fatto che la disciplina delle procedure di acquisto resti minuziosa e dettagliata e che anche la procedura per la selezione delle stazioni appaltanti qualificate sia affidata alla predeterminazione normativa di necessari requisiti presuntivamente tali da garantire l'idoneità della stazione appaltante, che dichiara di possederli, di operare sul mercato nel rispetto di un non definito principio di risultato.
Quest'ultimo, infatti, potrebbe coincidere con la semplice volontà contrattuale della stazione appaltante qualificata che, in quanto tale, è normativamente capace di risultato efficiente e conforme agli obbiettivi dell'ordinamento europeo (10), indipendentemente dagli altri interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie (11).
Nella logica codicistica la qualificazione di una stazione appaltante attesta la sua capacità di gestire direttamente, secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, di un servizio o di un lavoro sia sotto l'aspetto della capacità di progettare le gare e gestire la fase dell'affidamento, sia sotto quella di verificare la corretta esecuzione dell'appalto, *ivi* incluso il collaudo e la messa in opera.
La qualificazione può riguardare uno solo o entrambi gli aspetti (progettazione/affidamento ed esecuzione) e può essere ottenuta per il settore dei lavori o per quello dei servizi e delle forniture, oppure per entrambi.
È indubbio che, oltre a una rigida disciplina che attiene alla legittimità dell'attività compiuta, l'efficace gestione del settore degli appalti richieda importanti investimenti sull'organizzazione delle stazioni appaltanti, affinché possano gestire con maggiore professionalità la procedura di gara e affrontare efficacemente le sfide imposte dalla complessità crescente dei contratti pubblici (12).
Un codice non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo rispetto agli accadimenti concreti in un settore che si caratterizza per continua evoluzione, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per interagire con gli operatori economici.
La tendenza del legislatore nazionale è sempre stata quella di condizionare *ex ante* le scelte dell'amministrazione con dettagliate procedure di aggiudicazione e con schemi contrattuali predeterminati.
Anche questa volta ha previamente individuato elementi a priori idonei a consentire o (in mancanza) escludere l'autonomo accesso al mercato.
L'esempio del sarto è esplicativo: l'amministrazione deve poter assumere il ruolo di un sarto incaricato di confezionare un abito su misura (procedura di aggiudicazione) rispetto all'oggetto dell'affidamento. Il Legislatore nazionale ha finora contrapposto a tale modello quello della produzione in serie in cui sono disponibili una molteplicità di taglie preconfezionate (procedure predeterminate) e spesso il risultato non ha soddisfatto le esigenze dell'amministrazione quando il caso concreto non calza perfettamente l'abito preconfezionato secondo modelli standarizzati.
Specialmente, ma non solo, con riferimento a contratti complessi, i modelli standarizzati (taglie preconfezionate) non possono soddisfare pienamente le esigenze del caso concreto come, invece, potrebbe

(7) Sulla rilevanza che dovrebbero assumere i principi, L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in questa *Rivista*, 1, 2023, 5 ss.
(8) Così L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., 7.
(9) L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice*, cit.
(10) Art. 1, comma 3, D.Lgs. n. 36/2023.
(11) F. Saitta, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, Relazione al Seminario di studi *Il diritto dei contratti pubblici alla luce del nuovo Codice* svoltosi a Cosenza, 16 maggio 2023.
(12) La crescente complessità delle procedure e dei criteri di aggiudicazione (per es. dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione o la selezione fondata sull'offerta economicamente più vantaggiosa) non può prescindere da adeguata organizzazione e preparazione perché si possa garantire non soltanto un provvedimento legittimo ma l'aggiudicazione di un appalto capace di soddisfare adeguatamente le esigenze di interesse pubblico.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

avvenire nel caso del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa (abito sartoriale), capace di individuare la migliore soluzione in rapporto alle specifiche (e sempre differenti) esigenze del caso concreto.
Dinnanzi alla crescente crisi economica, ai vincoli di PIL e all'esigenza di implementare la sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost., l'attuazione piena dell'art. 97 Cost. e il rinnovamento dell'amministrazione si rendono indispensabili per accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, e contrastare il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva" e della "paura della firma" che si annida in ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (13).
Ecco, quindi, l'importanza di soffermarsi a riflettere sul se la qualificazione risponda alla necessità di garantire maggiore discrezionalità, di consentire l'utilizzo di strumenti meno formalistici, più flessibili e aperti a momenti di confronto tra P.A. e imprese, se la stessa si rivelerà idonea a favorire una più ampia liberà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti e, soprattutto, se qualificazione e aggregazioni davvero favoriranno la concorrenza e sapranno soddisfare le esigenze delle piccole amministrazioni.

I requisiti per la qualificazione

Il disegno di qualificazione (e di riduzione nel numero) delle stazioni appaltanti, era già contenuto nel D.Lgs. n. 50/2016, ma non aveva ricevuto attuazione, non essendo mai stato adottato il D.P.C.M. previsto all'art. 38, comma. 2.
La L. delega n. 78 del 2022 (14) aveva previsto tra i criteri la "ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali".
In attuazione delle indicazioni legislative, gli artt. 62 e 63 del nuovo Codice appalti disegnano il composito sistema soggettivo dei contratti pubblici dal lato delle stazioni appaltanti con l'indicazione delle attività che tali soggetti possono porre in essere e del ruolo rivestito da centrali di committenza e stazioni appaltanti qualificate in relazione alla finalità di aggregazione e qualificazione della domanda pubblica.
L'obbiettivo è ridurre la frammentazione delle stazioni appaltanti e tale fine è perseguito con la predeterminazione degli elementi di base del sistema di qualificazione sui quali si regge il nuovo sistema delle commesse pubbliche: il requisito principale per partecipare alla valutazione nazionale della capacità di acquisizione di commesse pubbliche è la realizzazione di una piattaforma telematica; sono previsti incentivi all'uso delle centrali di committenza professionali esistenti e si conferisce a ANAC il potere di riesaminare la qualificazione delle stazioni appaltanti in termini di *procurement capacity* (tipi e volumi di acquisti, come indicato nel PNRR).
Più nel dettaglio, in seguito al protocollo d'intesa sottoscritto tra ANAC e la Presidenza del Consiglio nel dicembre 2021, con l'obbiettivo di "individuare le modalità operative per l'attuazione - anche a fasi progressive - del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento dell'entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici" (15), l'Autorità nazionale anticorruzione ha adottato con deliberazione 28 settembre 2022, n. 441, le Linee guida recepite all'art. 1 dell'allegato II.4 del nuovo Codice appalti (16).
I rischi sottesi a tale disciplina erano già evidenziati della Dir. UE 26 febbraio 2014, n. 24, al *considerando* 59, ultima parte: "nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Questo obiettivo può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici

(13) Cfr. B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforma. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2017, 220.
(14) Art. 1, comma 2, lett. c), Codice.
(15) Così Linee guida del 30 marzo 2022.
(16) All. II.4, art. 1 "Il sistema di qualificazione delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti è regolato dalla delibera ANAC 28 settembre 2022, n. 441".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo. Tuttavia, l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI." (17).
Di fatto, l'applicazione della nuova disciplina di qualificazione, ha comportato il ridimensionamento delle oltre 30.000 stazioni appaltanti operative, spesso incapaci di provvedere al proprio fabbisogno a causa di inadeguata organizzazione e sottodimensionamento che rendevano impossibile la rilevazione dei fabbisogni e la gestione delle commesse.
Si tratta di una notevole riduzione nonostante le diverse deroghe introdotte dal legislatore per non paralizzare il settore (es. appalti Pnrr, appalti sottosoglia) (18). Deroghe che, nell'interesse delle stesse stazioni appaltanti interessate, secondo ANAC sarebbe necessario superare gradualmente, sottoponendo comunque a verifica le effettive capacità possedute dai diversi enti.

Le Stazioni appaltanti qualificate e le attività ausiliarie, un accentramento?

È istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza.
La qualificazione ha per oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti: a) capacità di (programmazione e) progettazione; b) capacità di affidamento; c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, *ivi* incluso il collaudo e la messa in opera.
Si applica a tutte le stazioni appaltanti, ovvero a qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del Codice (19).
Per quanto attiene all'ambito oggettivo di applicazione, la qualificazione è necessaria per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 500 mila euro e per l'acquisizione di servizi e forniture d'importo pari o superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti (140 mila euro). Non si rende, invece, necessaria per l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori.
Tuttavia è prevista una importante eccezione, la stazione appaltante non qualificata che vuole acquistare lavori servizi e forniture con centrale committenza o soggetto aggregatore può farlo, perché sarà qualificata la centrale committenza, deve però trattarsi di acquisti e non negoziazioni (ordini di acquisto).
Potrà poi procedere ad affidamenti per servizi e forniture di valore inferiore alla soglia europea, nonché ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a un milione di euro mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza.
Rilevante è il ruolo affidato a ANAC per garantire concreta attuazione al sistema delineato, individuando le amministrazioni che, grazie al possesso dei requisiti normativamente previsti, sarebbero dotate di uffici e organico in grado di gestire tutte le gare per l'acquisizione ed esecuzione di ogni genere di beni e servizi funzionali a soddisfare il proprio fabbisogno, dalla fornitura di materiale di cancelleria, al servizio di raccolta rifiuti, alla gestione del proprio patrimonio urbanistico e stradale, alla realizzazione di rilevanti e complesse infrastrutture nonché gestire in modo adeguato e completo le soglie di anomalia e predeterminare, adattandoli al caso concreto, i criteri e i parametri della relativa valutazione, compatibilmente con le previsioni di legge (20).

I requisiti per l'accesso al mercato (progettazione e affidamento)

I requisiti di qualificazione per la progettazione e l'affidamento sono disciplinati dall'allegato II.4 del nuovo Codice e attengono: a) all'organizzazione della funzione di spesa e ai processi; b) alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane, *ivi*

(17) In tal senso si veda anche B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, 613 ss., l'aggregazione pone anche dei problemi "che possono tradursi in svantaggi se non se ne tiene conto e non si introducono correttivi" e, tra questi rischi, il maggiore è "è quello dell'alterazione dei mercati, soprattutto a danno delle piccole imprese" (614).

(18) Dal sito ANAC si legge che le stazioni appaltanti qualificate in Italia al primo maggio 2024 sono 4.353. Di queste 545 sono centrali di committenza, ossia enti strutturati che gestiscono gare d'appalto per amministrazioni più piccole, o non qualificate. Le amministrazioni convenzionate a centrali di committenza, a maggio 2024, sono 8.630.

(19) Ai sensi dell'art. 62, comma 17 del Codice e dell'art. 2, allegato II.4: le imprese pubbliche, i soggetti privati titolari di diritti speciali ed esclusivi quando svolgono attività nei settori speciali, gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice.

(20) Si veda già Cons. Stato, parere del 1° aprile 2016, n. 855, reso sullo schema di codice di cui al D.Lgs. n. 50/2016.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

incluso il sistema di reclutamento e la adeguata formazione del personale; c) all'esperienza maturata nell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti, *ivi* compreso l'eventuale utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa delle costruzioni.
Più nel dettaglio, l'art. 4, All. II. 4, elenca i requisiti necessari al fine di ottenere la qualificazione per la progettazione e l'affidamento: a) iscrizione all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA); b) presenza nel proprio organigramma di un ufficio o struttura stabilmente dedicati alla progettazione e agli affidamenti di lavori (SOS- struttura organizzativa stabile, ovvero Ufficio lavori pubblici, Ufficio Gare, un Ufficio Acquisti, un Ufficio Tecnico o similari - inserito in maniera stabile all'interno dell'articolazione organizzativa dell'Ente con funzioni attinenti agli ambiti progettazione tecnico-amministrativa e affidamento procedure/esecuzione dei contratti); c) disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale (dal 1° gennaio 2024), cioè la possibilità di uso permanente delle piattaforme di approvvigionamento digitale certificate di cui agli artt. 25 e 26, D.Lgs. n. 36/2023. Tali piattaforme, ha specificato ANAC, devono essere di proprietà della stazione appaltante o a disposizione della stessa per il tramite di contratti di servizio stipulati con soggetti terzi. Ritiene la predetta Autorità che il mero utilizzo di piattaforme di soggetti terzi (ad es. acquisti mediante catalogo MEPA), in mancanza della disponibilità della stesse nel senso sopra chiarito, non può ritenersi sufficiente ai fini della dimostrazione del requisito.
Le piattaforme di approvvigionamento digitale sono costituite dall'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più attività di cui all'art. 21, comma 1 (programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione) e per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici; interagiscono con i servizi della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'art. 23, nonché con i servizi della piattaforma digitale nazionale dati di cui all'art. 50-*ter*, D.Lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale).
Oltre ai requisiti obbligatori, per ottenere il punteggio qualificante la stazione appaltante ottiene un punteggio in base al possesso di ulteriori requisiti contenuti nella Tabella A del nuovo Codice.
Il particolare rileva la presenza nella struttura organizzativa stabile (SOS) di dipendenti aventi specifiche competenze in materia di contratti pubblici e di sistemi digitali (20 punti).
La valutazione di tale requisito dipende dalle informazioni che le stazioni appaltanti forniranno in merito al numero dei dipendenti coinvolti nelle procedure di affidamento, la loro qualifica, i loro titoli di studio e l'esperienza maturata.
Altro requisito è il sistema attuato per la formazione e aggiornamento del personale. Ad esso è attribuito un peso fino a 20 punti su 100, sulla base delle informazioni fornite sul livello di formazione raggiunto, sul numero di ore di formazione e sugli attestati conseguiti nell'ultimo triennio dai dipendenti coinvolti stabilmente nelle procedure di affidamento.
Molto significativo, tanto da essere pesato fino a 40 punti su 100, è il numero di gare di importo superiore a 500.000 euro svolte nel quinquennio precedente al 31 dicembre 2022. Il punteggio da attribuire a tale requisito dipenderà dai dati tratti dalla BDNCP e, in particolare, dal numero di gare aggiudicate, incluse quelle per conto di altri enti, dai relativi importi, dai tempi di affidamento, dal numero di gare deserte o non aggiudicate. Al crescere del numero di gare svolte e del loro importo, le stazioni appaltanti potranno acquisire un punteggio via via crescente.
Influisce poi l'assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'ANAC. Si alimentano gli archivi detenuti o gestiti dall'Autorità: a tale requisito è attribuito un peso massimo di 10 punti per la qualificazione nell'ambito dei servizi e delle forniture e di 5 punti per la qualificazione nell'ambito dei lavori; lo stesso sarà valutato sulla base dei dati contenuti nella BDNCP.
Per le centrali di committenza valgono gli stessi requisiti previsti per le stazioni appaltanti, con la differenza che le prime, per poter operare, devono qualificarsi almeno per il livello L2 per i lavori e SF2 per i servizi e forniture.

(segue) I requisiti per l'accesso al mercato, l'esecuzione

I requisiti di qualificazione per la fase di gestione e controllo dell'esecuzione, collaudo e messa in opera sono indicati per un unico livello.
La possibilità di eseguire il contratto dipende, quindi, dal possesso dei seguenti requisiti: a) la presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze in materia di contratti pubblici e di sistemi digitali; b) la sussistenza di un sistema di formazione e aggiornamento del personale; c) rilevanza dei contratti eseguiti nel quinquennio

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

precedente la domanda di qualificazione; d) il rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori; e) l'assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'ANAC e infine f) l'assolvimento degli obblighi di cui agli artt. 1 e 2, D.Lgs. n. 229/2011, ovvero una attenta rendicontazione per consentire il monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere e degli interventi di realizzazione di lavori pubblici.
Tuttavia, il sistema di qualificazione per l'esecuzione dei contratti sarà avviato soltanto a partire dal 31 dicembre 2024: fino a tale data, per garantire a tutte le stazioni appaltanti la possibilità di dar seguito ai contratti aggiudicati, le stazioni appaltanti e le centrali di committenza qualificate per la progettazione e l'affidamento si considerano automaticamente qualificate anche per l'esecuzione.
Le stazioni appaltanti non qualificate per la progettazione e l'affidamento potranno eseguire i contratti se sono iscritte all'AUSA e in possesso di una figura tecnica in grado di svolgere le funzioni di RUP.

La scelta di ANAC per l'assegnazione d'ufficio di stazione appaltante o centrale di committenza qualificate

Se la stazione non si qualifica, per propria scelta o perché probabilmente non avrebbe ottenuto la qualificazione, e intende rivolgersi al mercato, è costretta ad avviare specifico procedimento per l'individuazione di un soggetto qualificato che si occupi della procedura.
L'art. 62, comma 10 del nuovo Codice disciplina il procedimento di individuazione e lo affida a ANAC; si prevede altresì l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso: "Le stazioni appaltanti non qualificate consultano sul sito istituzionale dell'ANAC l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate e delle centrali di committenza qualificate. La domanda di svolgere la procedura di gara, rivolta dalla stazione appaltante non qualificata a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata, si intende accolta se non riceve risposta negativa nel termine di dieci giorni dalla sua ricezione. In caso di risposta negativa, la stazione appaltante non qualificata si rivolge all'ANAC, che provvede entro quindici giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata, individuata sulla base delle fasce di qualificazione di cui all'articolo 63, comma 2. Eventuali inadempienze rispetto all'assegnazione d'ufficio di cui al terzo periodo possono essere sanzionate ai sensi dell'articolo 63, comma 11, secondo periodo" (21).
Più dettagliatamente, come ulteriormente specificato nel "Regolamento per l'assegnazione d'ufficio di una stazione appaltante o centrale di committenza qualificata" (22), per gli affidamenti d'importo superiore alle soglie le stazioni appaltanti non qualificate non possono agire autonomamente ma devono necessariamente rivolgersi ad un'altra stazione appaltante o centrale di committenza qualificate. L'individuazione di uno di tali soggetti avviene tramite la consultazione dell'elenco pubblicato sul sito di ANAC, segue quindi la richiesta di collaborazione ad uno di tali soggetti e, in caso di mancato rifiuto nei 10 giorni successivi, l'istanza si intende accettata. Se, invece, è tempestivamente adottato provvedimento di rifiuto espresso, l'ente designato è sostituito d'ufficio da ANAC con altro soggetto incaricato.
L'assegnazione d'ufficio è disposta entro cinque giorni (salve sospensioni o esigenze istruttorie) sulla base di molteplici criteri tra cui il settore e livello di qualificazione, l'ambito amministrativo di appartenenza e la collocazione territoriale con preferenza per le stazioni appaltanti e centrali di committenza più prossime all'ente richiedente e per quelle che abbiano manifestato la disponibilità a svolgere attività di committenza, assicurando comunque una rotazione tra le varie stazioni appaltanti e centrali di committenza selezionate nel corso dell'anno.
Se a fronte dell'interpello avviato dall'ANAC pervengano disponibilità da parte di più stazioni appaltanti o centrali di committenza qualificate, ANAC procede all'assegnazione in base di principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione delle caratteristiche tecniche e funzionali dei vari enti.
In caso di manifestata indisponibilità, l'ANAC può individuare enti ulteriori rispetto a quelli interpellati in prima battuta o procedere comunque con una designazione in via autoritativa e, nel caso accerti l'infondatezza delle motivazioni opposte alla disponibilità, può avviare un procedimento sanzionatorio nei confronti dell'ente.
Segue la stipula di convenzione con l'ente individuato.
Il Codice non contempla l'eventualità di un'inerzia dell'ANAC nel procedimento di assegnazione e nemmeno prevede strumenti/azioni da poter

(21) Art. 62, comma 10, D.Lgs. n. 36/2023.

(22) Adottato con delibera ANAC 20 giugno 2023, n. 266.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

intraprendere per poter superare il divieto di accesso al mercato.
Il giudice amministrativo difficilmente potrà sostituirsi all'ANAC e provvedere all'assegnazione di Stazione appaltante qualificata poiché l'individuazione da parte di ANAC è ampiamente discrezionale e sorretta dall'applicazione dei principi normativamente indicati. È pertanto possibile che le stazioni appaltanti non qualificate si trovino, loro malgrado, nell'impossibilità di soddisfare il principio del risultato.

Il regime della responsabilità

Aggregazione e accentramento hanno imposto una chiara ripartizione della responsabilità che segue la ripartizione delle attività effettivamente svolte dai vari enti coinvolti nel circuito della committenza.
Si supera l'approccio di quella parte della giurisprudenza che qualificava la centrale di committenza alla stregua di un modulo organizzativo privo di una propria individualità e inidoneo a rappresentare un centro formale di imputazione (23).
L'art. 62, comma 13 del nuovo Codice delinea la disciplina della responsabilità nel rapporto tra soggetto qualificato che cura la procedura e soggetto nel cui interesse essa si svolge: "Le centrali di committenza e le stazioni appaltanti che svolgono attività di committenza anche ausiliaria sono direttamente responsabili per le attività di centralizzazione della committenza svolte per conto di altre stazioni appaltanti o enti concedenti. Esse nominano un RUP, che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile del procedimento per le attività di propria pertinenza".
Tale soluzione è stata applicata già da recente pronuncia del Consiglio di Stato che, in fattispecie antecedente alla nuova disciplina codicistica, ha interpretato l'art. 37, comma 9, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, richiamando il *considerando* n. 69 della Dir. UE n. 24/2014, ai sensi del quale: "Occorre inoltre stabilire regole per ripartire tra la Centrale di committenza e le amministrazioni aggiudicatrici che ad essa fanno direttamente o indirettamente ricorso la responsabilità di vigilare sull'osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva. Nel caso in cui la responsabilità esclusiva per lo svolgimento delle procedure di appalto competa alla Centrale di committenza, la stessa è anche esclusivamente e direttamente responsabile della legittimità delle procedure. Se un'amministrazione aggiudicatrice gestisce alcune parti della procedura, ad esempio la riapertura della gara nell'ambito di un accordo quadro o l'aggiudicazione dei singoli appalti basata su un sistema dinamico di acquisizione, la stessa amministrazione dovrebbe continuare ad essere responsabile per le fasi che gestisce" (24).
Il Supremo Consesso conclude, pertanto, affermando che è responsabile per il risarcimento del danno la centrale di committenza che ha svolto la gara e non il Comune, l'ampiezza della definizione di "stazione appaltante" contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. o), D.Lgs. n. 50 del 2016, che ricomprende la nozione di "amministrazioni aggiudicatrici" di cui alla precedente lett. a), ben si presta a includere nel richiamo anche le centrali di committenza come definite dalla successiva lett. i) (25).

Il ruolo rilevante assunto da ANAC

Il procedimento per la qualificazione è avviato con domanda presentata dal soggetto che aspira a qualificarsi e termina con l'attribuzione da parte dell'ANAC del livello di qualifica per progettazione e affidamento e/o per l'esecuzione (con revisione dei presupposti alla scadenza ed onere dei soggetti istanti di aggiornare i dati e le informazioni), fungendo così da spartiacque tra soggetti che possono accedere al mercato e soggetti che sono privati dell'iniziativa economica per determinate soglie (26).
Il soggetto nominato dalla stazione appaltante quale responsabile per l'Anagrafe Unica (RASA) accede ai servizi messi a disposizione da ANAC e provvede all'invio della domanda di iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate ai sensi degli artt. 62 e 63 del nuovo Codice.
L'ANAC effettua verifiche, anche a campione, sulle informazioni e sui dati forniti dalle stazioni appaltanti e dalle centrali di committenza ai fini del controllo della veridicità dei medesimi e della conferma del livello di qualificazione.
Per accertati casi di gravi violazioni la stessa Autorità può irrogare una sanzione entro il limite minimo di euro 500 euro e il limite massimo di euro 1 milione e, nei casi più gravi, disporre la sospensione della qualificazione precedentemente ottenuta (27).

(23) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2014, n. 635; Cons. Stato, Sez. V, 18 aprile 2007, n. 1800; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 19 maggio 2015, n. 1190.
(24) Cons. Stato, Sez. III, 15 marzo 2024, n. 2544.
(25) Cons. Stato, Sez. III, 15 marzo 2024, n. 2544.
(26) G. Cumin, *Nuove perplessità sulla capacità di agire delle PP.AA. in ambito negoziale?*, in questa *Rivista*, 11, 2016, 1191 ss.
(27) Cfr., ANAC, delibera 23 aprile 2024, n. 195.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Costituiscono gravi violazioni le dichiarazioni dolosamente tese a dimostrare il possesso di requisiti di qualificazione non sussistenti, comprese, in particolare:
a) per le centrali di committenza, la dichiarata presenza di un'organizzazione stabile nella quale il personale continui di fatto a operare per l'amministrazione di provenienza;
b) per le stazioni appaltanti e le centrali di committenza, la dichiarata presenza di personale addetto alla struttura organizzativa stabile, che sia di fatto impegnato in altre attività;
c) la mancata comunicazione all'ANAC della perdita dei requisiti.
Se la qualificazione viene meno o è sospesa, l'art. 63, comma 12, prevede che le procedure in corso siano comunque portate a compimento (28). La stessa soluzione interpretativa pare dover essere utilizzata anche nell'ipotesi in cui la qualificazione venga meno nella fase esecutiva poiché, nonostante la disposizione si riferisca testualmente alle "procedure", evidenti esigenze di continuità suggeriscono la prosecuzione del rapporto contrattuale (29).
Il punteggio di qualificazione è aggiornato ogni due anni.
Entro tre mesi dalla scadenza, le stazioni appaltanti qualificate accedono all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA) e aggiornano o forniscono le informazioni e i dati necessari per la revisione della qualificazione. Per la revisione della qualificazione l'ANAC può valutare anche alcuni requisiti premianti: la disponibilità ad essere inseriti nell'elenco di cui all'art. 62, comma 10, del Codice ed effettuazione di affidamenti per conto di stazioni appaltanti non qualificate; l'aggregazione di stazioni appaltanti per lo svolgimento in comune degli affidamenti e dell'esecuzione.
In caso di richiesta di iscrizione "a regime" da parte delle stazioni appaltanti qualificate con "riserva", per l'attribuzione dei punteggi relativi ai requisiti delle gare svolte, delle comunicazioni all'ANAC e dell'uso della piattaforma telematica, sono prese in considerazione sia le procedure di affidamento nel quinquennio di riferimento 2018-2022, che quelle relative al periodo nel quale la stazione appaltante ha beneficiato della qualificazione con "riserva". In questo modo si potrà valorizzare l'esperienza maturata nella progettazione e gestione delle procedure di gara nel periodo della "riserva" ai fini dell'attribuzione del livello di qualificazione.

Osservazioni e perplessità

Il rischio di concentrazione di un forte potere di mercato in mano a poche stazioni appaltanti qualificate/centrali di committenza indubbiamente esiste, così come la possibilità che il possesso dei requisiti normativi per la qualificazione non risponda a risorse umane e capacità organizzative tali da consentire all'amministrazione/stazione appaltante qualificata di provvedere alla gestione di tutte le fasi di gara per qualsiasi fabbisogno.
La carenza di organico e le difficoltà organizzative, oltre all'implementazione delle competenze dei singoli uffici, non paiono facilmente superabili con l'imposizione di pesanti investimenti in tecnologia e formazione del personale per poter operare sulle piattaforme, soprattutto laddove il personale dei singoli uffici amministrativi è spesso destinato a cambiare competenze in brevi periodi di tempo (rotazione del personale negli uffici amministrativi).
Certamente può considerarsi un primo passo per restituire alle amministrazioni la discrezionalità amministrativa, ma il timore che intelligenza artificiale e algoritmi anche in questo settore intendano sostituire la scelta umana esiste (30). L'enorme investimento tecnologico richiesto e l'attività di controllo introdotta grazie alle piattaforme (che potrebbe essere presto implementata magari mediante creazione di apposita Agenzia) potrebbe costituire l'avvio di un percorso dove la diffidenza verso la scelta del pubblico dipendente è sostituita dalla fiducia riposta in chi preconfeziona complessi programmi informatici.
Resta poi il dubbio di quale risultato intenda essere perseguito con la nuova disciplina. Il principio del risultato (31) "costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed

(28) Si cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2020, n. 6975 (c.d. Caso Asmel), dove il giudice amministrativo ha annullato gli atti di una gara indetta da centrale di committenza iscritta in carenza dei requisiti.

(29) M. Nunziata, *Gli approvvigionamenti pubblici tra qualificazione e aggregazione delle stazioni appaltanti*, in *www.federalismi.it.*, 15 maggio 2024.

(30) G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023.

(31) Osserva D. Capotorto, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 14 giugno 2023: "Tempestività, miglior rapporto qualità prezzo, trasparenza e concorrenza nella formulazione della norma divengono corollari, strumenti o, in alcuni casi, vincoli, che si accompagnano e limitano il risultato, ma è quest'ultimo che ha valenza centrale e diviene la punta più estrema del nuovo sistema piramidale (cfr. articolo 1, co. 2 e 3)".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto" (32).

Buon andamento, obbiettivi dell'Unione europea e interessi della collettività locale non necessariamente coincidono a meno che s'intenda identificare l'interesse della persona con il criterio economico.

Da non sottovalutare poi il rischio di un arretramento della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione con conseguente indebolimento della posizione di interesse legittimo in tutte le ipotesi in cui gli interessi pubblici e privati devono soccombere dinnanzi al prioritario principio del risultato (perseguimento della scelta amministrativa di contrarre) (33).

In tutte le ipotesi in cui l'amministrazione dimostri che il risultato è raggiunto sussiste il rischio che il giudice amministrativo non offra tutela poiché il sindacato incontrerebbe l'ostacolo delle scelte politiche effettuate dalla P.A. Assisteremmo così ad un drastico ridimensionamento della discrezionalità a favore dell'espansione di scelte di merito insindacabili.

Il principio del risultato comporterebbe una non auspicata rivisitazione del confine tra discrezionalità e merito questa volta, invertendo la tendenza, a favore del secondo.

Piani di formazione, copertura assicurativa dei funzionari, limitazioni di responsabilità, anche contabile, uniti ad accentramento e insindacabilità del risultato lasciano perplessi.

Un risultato individuato dalla scelta politica e, quindi, insindacabile, unito ad accentramento del potere di agire sul mercato costituisce una novità da non sottovalutare e il rischio che l'interesse pubblico per cui si contrae leda altri interessi pubblici degni di tutela esiste.

Resta, quindi, l'incognita se fiducia, risultato e concorrenza saranno in grado di regalarci una buona amministrazione o trasformeranno il pubblico in scaltro imprenditore abile sul mercato (34).

Oltre quindi al dubbio precedentemente sottolineato ovvero se il possesso dei requisiti per la qualificazione risponda effettivamente ad una stazione appaltante organizzativamente idonea a soddisfare le proprie esigenze e tutte le fasi di ogni procedura di gara, l'incognita principale risiede nello spazio che può intercorrere tra buon andamento e buona amministrazione.

Il principio della fiducia, strettamente collegato al risultato, richiama la "reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici" (35). È, però, ben noto che una azione può essere legittima ma non rispondente alla migliore soddisfazione del benessere della collettività (36).

(32) Art. 1, comma 3, Codice.

(33) In tal senso si veda già la pronuncia del Cons. Stato, Sez. VI, 28 novembre 2022, n. 10483, dove si afferma chiaramente la primazia del principio del risultato. In senso contrario T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 marzo 2023, n. 4499.

(34) La tensione fra principi è palpabile, in particolare, laddove l'economicità si confronta con le esigenze sociali ed altri interessi collettivi assunti come obiettivi di politiche pubbliche, condizionando il rispetto del principio di concorrenza. Si pensi al campo degli appalti e delle concessioni dei servizi sociali, dov'è evidente la difficoltà di comporre elementi inerenti ad un'ispirazione solidaristico-fiduciaria con elementi inerenti ad una logica economico-concorrenziale, così F. Saitta, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit. Si veda anche D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova* governance *della solidarietà*, in *www.federalismi.it*, 3, 2018; Id., *Servizi sociali, riforma del Terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 733 ss.

(35) Art. 2, comma 1, Codice.

(36) M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza* (Relazione al 61° Convegno di Studi amministrativi su: "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione" - Varenna, 17-19 settembre 2015), in *www.astrid-online.it*, 19, 2015, 12-13.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Permesso di costruire

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2024, n. 14 - Pres. Cirillo - Est. Santoleri - *Omissis* c. *Omissis*

In caso di realizzazione, prima della decadenza del permesso di costruire, di opere non completate, occorre distinguere a seconda se le opere incomplete siano autonome e funzionali oppure no:
- nel caso di costruzioni prive dei suddetti requisiti di autonomia e funzionalità, il comune deve disporne la demolizione e la riduzione in pristino ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, in quanto eseguite in totale difformità rispetto al permesso di costruire;
- qualora il permesso di costruire abbia previsto la realizzazione di una pluralità di costruzioni funzionalmente autonome che siano rispondenti al permesso di costruire considerando il titolo edificatorio in modo frazionato, gli immobili edificati - ferma restando l'esigenza di verificare se siano state realizzate le opere di urbanizzazione e ferma restando la necessità che esse siano comunque realizzate - devono intendersi supportati da un titolo idoneo, anche se i manufatti realizzati non siano totalmente completati, ma - in quanto caratterizzati da tutti gli elementi costitutivi ed essenziali - necessitino solo di opere minori che non richiedono il rilascio di un nuovo permesso di costruire;
- qualora invece, le opere incomplete, ma funzionalmente autonome, presentino difformità non qualificabili come gravi, l'amministrazione potrà adottare la sanzione recata dall'art. 34 del testo unico;
- è fatta salva la possibilità per la parte interessata, ove ne sussistano tutti i presupposti, di ottenere un titolo che consenta di conservare l'esistente e di chiedere l'accertamento di conformità di cui all'art. 36 del testo unico nel caso di opere "minori" (quanto a perimetro, volumi, altezze) rispetto a quelle assentite, in modo da dotare il manufatto - di per sé funzionale e fruibile - di un titolo idoneo, quanto alla sua regolarità urbanistica.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Non risultano precedenti negli esatti termini. Affermano la liceità delle opere parzialmente eseguite nella vigenza del titolo se autonome e scindibili: Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2022, n. 5258 e Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2021, n. 1378, ord.
Difforme	Con riferimento all'inefficacia meramente *ex nunc* della decadenza, limitata alla parte non eseguita: Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2023, n. 11195; Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 2020, n. 2078; Cons. Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8605.

Il Consiglio di Stato (*omissis*)

Diritto

1. - Viene sottoposto all'esame dell'Adunanza Plenaria il seguente quesito: "*quale sia la disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e che non siano state oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio*".
La fattispecie in questione è del tutto peculiare:
- (*omissis*) ha rilasciato il permesso di costruire n. 33 del 24 novembre 2010 per la realizzazione di una autorimessa interrata;
- i lavori hanno avuto inizio, ma sono stati poco dopo sospesi in seguito alle indagini penali seguite dalla sentenza penale ormai irrevocabile;
- con il provvedimento n. 54834 del 22 novembre 2016, il Comune non ha annullato l'originario permesso di costruire, ma ne ha dichiarato la decadenza per mancata ultimazione dei lavori, rilevando inoltre come la sentenza penale abbia accertato che le opere erano state assentite in contrasto con la normativa urbanistica e quella paesaggistica;
- le parti interessate hanno presentato due diversi progetti, che sono stati seguiti da dinieghi, poiché nella zona sono ammessi solo interventi edificatori di iniziativa pubblica;
- con provvedimento n. 24101 del 17 maggio 2018, il Comune ha ordinato in base all'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 "*il ripristino dello stato dei luoghi per come risultante in via antecedente all'esecuzione delle opere parzialmente eseguite in forza del permesso di costruire n.ro 33/2010*";
- a tale atto ha fatto seguito l'ordinanza n. 59 del 2021 di acquisizione dell'intera particella al patrimonio comunale.
Il T.A.R. ha ritenuto legittime l'ordinanza *ex* art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001 e la successiva ordinanza n. 59/2021 di acquisizione dell'intera particella.
La Seconda Sezione, dovendo pronunciarsi su questo specifico aspetto, ha richiamato i principi desumibili dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, richiamati dalle due parti appellanti ed in precedenza indicati, secondo cui le opere eseguite sulla base di un efficace titolo edilizio non possono essere oggetto di ordine di demolizione *ex* art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, che riguarda le opere eseguite abusivamente, sicché - data la tassatività delle norme sanzionatorie - tale previsione non potrebbe essere estesa a fattispecie non espressamente contemplate.
Nella sentenza non definitiva, la Seconda Sezione ha svolto ulteriori riflessioni:
- l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 ha previsto per gli "*interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire*" l'ingiunzione alla rimozione o alla demolizione; l'art. 38 dello

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stesso testo unico ha previsto, nel caso di "*interventi eseguiti in base a permesso di costruire, poi annullato*", la possibilità che in luogo dell'ingiunzione a demolire possa essere applicata dall'Amministrazione una sanzione pecuniaria che quindi lasci salve le opere;
- il Consiglio di Stato (cfr. ad es. sent. n. 6753/2018 della Sez. VI) ha evidenziato che l'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001 si ispira ad un principio di tutela degli interessi del privato, mirando ad introdurre un regime sanzionatorio più mite proprio per le opere edilizie conformi ad un titolo abilitativo successivamente rimosso, rispetto ad altri interventi abusivi eseguiti sin dall'origine in assenza di titolo, sì da ottenere la conservazione del bene (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato Sez. VI, sent. n. 2155/2018).
La Sezione Seconda ha, dunque, ritenuto che "*striderebbe con i principi ritraibili dall'esame comparativo di tali norme un'applicazione estensiva della più grave sanzione demolitoria* ex *art.31 del T.U. prima citato, in una fattispecie di opere eseguite in conformità ad un titolo (nemmeno rimosso ma semplicemente) decaduto*".
Nondimeno la Sezione remittente - pur rilevando come l'orientamento del T.A.R. sia ragionevole - si è posta la questione se la disciplina vigente consenta all'Amministrazione di ordinare la demolizione delle opere parzialmente eseguite, non completate per l'assenza di un nuovo titolo (come nel caso in questione, in cui l'impresa promissaria acquirente si è vista respingere per due volte l'istanza di completamento, con atti cui ha prestato acquiescenza).
La Seconda Sezione ha rilevato che le opere parzialmente realizzate potrebbero essere qualificate come un "manufatto difforme" da quanto autorizzato, e pertanto se ne potrebbe ordinare la demolizione.
Peraltro, ritenendo che tale tesi "*potrebbe porsi in frizione con gli orientamenti precedentemente richiamati*", la Sezione Seconda ha sottoposto all'Adunanza plenaria il quesito prima richiamato.
2. - Innanzitutto è opportuno precisare che tale quesito è stato posto in via generale e non specificatamente in relazione alla decisione della controversia: ciò comporta che questa Adunanza Plenaria si limiterà a rispondere al quesito, demandando, poi, alla Sezione competente la definizione della controversia sulla base dei principi affermati.
3. - Per chiarezza espositiva, è opportuno partire dalla disciplina normativa.
L'art. 15 del testo unico approvato con il d.P.R. n. 380 del 2001, per quanto qui rileva, così dispone:
"*1. Nel permesso di costruire sono indicati i termini di inizio e di ultimazione dei lavori.*
2. Salvo quanto previsto dal quarto periodo, il termine per l'inizio dei lavori non può essere superiore ad un anno dal rilascio del titolo; quello di ultimazione, entro il quale l'opera deve essere completata, non può superare tre anni dall'inizio dei lavori. Decorsi tali termini il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga. La proroga può essere accordata, con provvedimento motivato, per fatti sopravvenuti, estranei alla volontà del titolare del permesso, oppure in considerazione della mole dell'opera da realizzare, delle sue particolari caratteristiche tecnico-costruttive, o di difficoltà tecnico-esecutive emerse successivamente all'inizio dei lavori, ovvero quando si tratti di opere pubbliche il cui finanziamento sia previsto in più esercizi finanziari. Per gli interventi realizzati in forza di un titolo abilitativo rilasciato ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, il termine per l'inizio dei lavori è fissato in tre anni dal rilascio del titolo.
3. La realizzazione della parte dell'intervento non ultimata nel termine stabilito è subordinata al rilascio di nuovo permesso per le opere ancora da eseguire, salvo che le stesse non rientrino tra quelle realizzabili mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'articolo 22. Si procede altresì, ove necessario, al ricalcolo del contributo di costruzione".
Dunque, l'art. 15 prevede l'efficacia temporale del titolo e la sua decadenza qualora le opere non siano state ultimate entro il termine *ivi* previsto (3 anni).
L'indicazione dei termini nel titolo abilitativo trova la sua ragione nella necessità di avere una certezza temporale riguardo le attività di trasformazione urbanistico edilizia del territorio, che per propria natura è frazionata nel tempo, al fine di impedire che l'eventuale modifica delle previsioni pianificatorie possa essere condizionata senza limiti temporali da antecedenti permessi di costruire.
Il legislatore ha previsto la possibilità per l'interessato di richiedere e di ottenere la proroga del termine prima della scadenza del permesso di costruire, così evitando la decadenza, ed ha anche stabilito che, in caso di decadenza, l'interessato possa richiedere un nuovo permesso di costruire per il completamento delle opere, sempreché quelle mancanti non possano realizzarsi ai sensi dell'art. 22 dello stesso testo unico (in quanto soggette a s.c.i.a.).
In base al principio del *tempus regit actum*, il nuovo permesso di costruire presuppone la compatibilità delle opere da realizzare con la disciplina urbanistica vigente al momento del suo rilascio.
L'efficacia del permesso di costruire decade, infatti, con l'entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche; nondimeno, il comma 4 dell'art. 15 ha introdotto una deroga al principio di decadenza, nel caso dei lavori assentiti dal permesso di costruire, già cominciati e completati entro il termine di tre anni dalla data del loro inizio (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 3283/2017).
Il legislatore ha operato un bilanciamento tra la tutela dell'affidamento del privato al completamento dell'opera in fase di realizzazione sulla base di un permesso di costruire, il principio di conservazione e quello di proporzionalità, al fine di evitare la distruzione di ricchezza conseguente all'abbandono di progetti in avanzato stato di attuazione, conservando, comunque, la vigilanza sull'attività di edificazione attraverso la previsione del limite temporale triennale, pari a quello di durata dell'efficacia del permesso di costruire.
Ai principi di conservazione e di affidamento si ispirano anche gli artt. 36 e 38 del testo unico, il primo dei quali (sull'accertamento di conformità) prevede la possibilità - nei limiti *ivi* contemplati - di sanare gli abusi purché "*l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso,*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sia al momento della presentazione della domanda"; il secondo invece consente, in taluni casi, la conservazione dell'immobile realizzato sulla base di un titolo edilizio successivamente annullato, prevedendo in luogo della demolizione la sanzione pecuniaria.
In particolare, il regime più favorevole stabilito dal legislatore nell'art. 38 cit. (relativo all'annullamento del permesso di costruire che produce effetti *ex tunc* e, dunque, rende illecite le opere realizzate) rispetto alla decadenza del permesso di costruire (che ha efficacia *ex nunc*) ha fatto sorgere dubbi alla Sezione remittente circa l'applicabilità dell'art. 31 alle opere realizzate sulla base di un permesso di costruire dichiarato decaduto.
Secondo la Sezione remittente, tali opere, eseguite sulla base di un titolo edificatorio legittimo, non potrebbero ritenersi abusive, e dunque non sarebbero passibili di demolizione e di restituzione in pristino.
Tale tesi non può essere condivisa.
4. - L'art. 31 del testo unico si riferisce agli "*interventi eseguiti in assenza del permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali*" e, al comma 1, dispone che "*Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso*".
Il permesso di costruire è qualificato, in base all'art. 10 del testo unico, come il provvedimento che legittima le trasformazioni urbanistiche ed edilizie *ivi* individuate (nuove costruzioni, ristrutturazioni urbanistiche ed edilizie nei limiti indicati nella disposizione).
La sottoposizione del potere di edificazione al previo rilascio del permesso di costruire assolve alla funzione di consentire che gli interventi edilizi siano realizzati in conformità con la disciplina pianificatoria, contemperando l'interesse privato allo sfruttamento della proprietà con l'interesse pubblico alla regolare trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio e, quindi, in definitiva assolve alla funzione di garantire il corretto inserimento del manufatto sul territorio.
Il permesso di costruire non abilita, infatti, il titolare a realizzare qualunque manufatto, ma gli consente l'edificazione di quello specifico fabbricato descritto nel progetto (quanto all'area di sedime, al perimetro, alla sagoma, ai volumi, alle altezze, ecc.).
Qualunque realizzazione dell'edificio difforme dal progetto, anche se sia ridotta la volumetria o ne siano modificati il perimetro, le sagome e le altezze, comporta una "divergenza tra consentito e realizzato" che in quanto tale - affinché vi sia la "regolarità urbanistica" - o deve essere previamente autorizzata dal Comune o necessita di un atto di "accertamento di conformità", qualora questo sia consentito dall'ordinamento.
L'edificazione deve quindi avvenire nel rigoroso rispetto del principio di conformità tra l'opera risultante dal progetto assentito con il permesso di costruire e quella concretamente realizzata.
L'art. 31 del testo unico sanziona allo stesso modo le ipotesi di edificazione in assenza del permesso di costruire con le ipotesi dell'edificazione in totale difformità o con variazioni essenziali, provvedendo a disciplinare le singole fattispecie, equiparando la carenza del titolo edificatorio con la totale difformità del bene edificato con quello autorizzato.
La "totale difformità" si verifica non solo in caso di ampliamento non autorizzato, ma anche nel caso di mancato completamento della costruzione e vi sia un *aliud pro alio*.
Il permesso di costruire consente di realizzare solo l'opera descritta nel progetto e avente caratteristiche fisiche e funzionali ben determinate: l'abuso per totale difformità sussiste nel caso di realizzazione di "*un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche e planivolumetriche*".
Ciò è ravvisabile quando il manufatto sia stato parzialmente edificato con il cd. "scheletro" e anche quando sia oggettivamente diverso rispetto a quello progettato, dovendosi un'opera qualificare abusiva per totale difformità ogni qual volta il risultato finale consista in una struttura che non è riferibile a quella assentita.
Nei casi di "divergenza tra consentito e realizzato" rientra il "non finito architettonico", il quale è ravvisabile quando le opere realizzate sono incomplete strutturalmente e funzionalmente, tanto da far individuare un manufatto diverso da quello autorizzato, oppure quando vi è stata la modifica dello stato dei luoghi con la realizzazione di un *quid* che neppure consenta di ravvisare un "volume".
Ne consegue che, contrariamente a quanto dedotto dalle parti appellanti, sussiste il fondamento normativo per disporre la restituzione in pristino - in caso di decadenza del permesso di costruire - qualora siano state eseguite solo opere parziali, non riconducibili al progetto approvato sotto il profilo strutturale e funzionale.
Se non sono completate, e neppure possono esserle, in quanto non può essere rilasciato un nuovo permesso di costruire, il mancato completamento - e cioè la cd opera incompiuta - comporta di per sé un degrado ambientale e paesaggistico.
In altri termini, rileva un principio di simmetria, per il quale, così come l'Amministrazione non può di certo rilasciare un permesso per realizzare uno "scheletro" o parte di esso (titolo che di certo non è consentito dalla legislazione vigente) o una struttura di per sé non abitabile per assenza di solai o tamponature, scale o tetto o di elementi portanti, corrispondentemente l'Amministrazione deve ordinare la rimozione dello "scheletro", che risulti esistente in conseguenza della decadenza del permesso di costruire.
Non tutto quanto è stato lecitamente realizzato può dunque essere mantenuto *in loco*: va rimosso quanto è stato realizzato, in difformità (anche *in minus*) da quanto è stato assentito.
5. - Prima di delineare più nel dettaglio quando l'incompletezza dell'intervento edificatorio possa integrare la totale difformità ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. 380/2001, va chiarito cosa debba intendersi per "costruzione", tenuto conto che le parti appellanti hanno sostenuto che, nel caso di specie, le poche opere realizzate sull'area non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

potrebbero qualificarsi in tal modo e che, dunque, per questa ragione, (*omissis*) non avrebbe potuto adottare l'ordinanza di riduzione in pristino *ex* art. 31.
Una "costruzione" è ravvisabile, per la giurisprudenza consolidata, ogni qualvolta "*l'intervento edilizio produca un effettivo e rilevante impatto sul territorio e, dunque, in relazione alle opere di qualsiasi genere con cui si operi nel suolo e sul suolo, se idonee a modificare lo stato dei luoghi determinandone una significativa trasformazione*" (Cons. Stato, Sez. VI, 03/04/2024, n. 3031).
La giurisprudenza - che si è ispirata alle argomentazioni poste a base della sentenza di questa Adunanza Plenaria, 10 marzo 1982, n. 3 - ha chiarito che anche la realizzazione di muri di cinta o di contenimento di ragguardevoli dimensioni - così come anche l'attività di movimento di terra che modifichi la conformazione dei luoghi - è soggetta al rilascio del permesso di costruire.
Occorre il rilascio del permesso per le opere di qualsiasi genere che modifichino il suolo e lo stato dei luoghi, determinandone una significativa trasformazione (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 29 novembre 2023, n. 10291; Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2023), pur quando si tratti di movimento terra, in assenza di volumi e per realizzare una strada (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 24 marzo 2020, n. 2050).
A tali principi si ispira anche la giurisprudenza penale, per la quale si configura il reato di costruzione senza permesso di costruire in seguito a lavori di sbancamento (cfr. Cassazione penale, Sez. III, 2 dicembre 2008, n. 8064; Sez. III, 5 marzo 2008, n. 4243; Sez. III, 29 gennaio 2014, n. 19845).
6. - La "divergenza tra consentito e realizzato" sussiste, dunque, non solo quando "si costruisce in più del consentito", ma anche quando vi è il cd "incompleto architettonico", configurabile sotto il profilo temporale qualora vi sia stata la decadenza del permesso di costruire, secondo le regole generali, e non sia possibile ottenere un nuovo titolo abilitativo, ovvero l'interessato non lo richieda.
Tale divergenza è configurabile quando vi è la realizzazione parziale di un complesso intervento edificatorio autorizzato (ad es. una sola costruzione autonoma e scindibile al posto di plurime costruzioni), quando i lavori si siano fermati prima dell'ultimazione del manufatto (durante la fase degli scavi o dopo la realizzazione anche parziale del solo "scheletro", senza la copertura, le scale, i solai, il tetto o la tamponatura esterna.
Un caso particolare - in cui verosimilmente è consentito l'accoglimento di una istanza di accertamento di conformità, salve regole speciali - si ha quando vi è l'edificazione solo parziale dell'unica costruzione autorizzata (ad es. solo il primo piano, sia pure con la predisposizione dei pilastri per realizzare il secondo piano) o quando sia stato realizzato un edificio dal perimetro più contenuto e dunque inferiore rispetto a quello assentito.
La casistica può essere molto varia.
Possono fornirsi in questa sede alcuni elementi interpretativi.
Innanzitutto occorre considerare che dopo la decadenza del permesso di costruire spetta al Comune constatare che vi è stata una "divergenza tra consentito e realizzato" ed adottare la determinazione conseguente, che può essere - a seconda dei casi - quella della demolizione *ex* art. 31 cit., ovvero la sanzione prevista dall'art. 34 del testo unico.
La parte interessata potrebbe anche chiedere, se ne sussistono i presupposti, l'accertamento di conformità previsto dall'art. 36 dello stesso testo unico.
Gli esiti, quindi, possono essere vari a seconda della tipologia di incompletezza dell'opera.
6.1 - L'art. 31 si applica quando le opere incomplete non sono autonome, scindibili e funzionali.
Quando l'opera incompleta non ha tali caratteristiche e si riduce, ad esempio, alla realizzazione dei soli pali di fondazione, allo scavo del terreno, alla costruzione di pilastri o della struttura in cemento armato senza la tamponatura (c.d. scheletro), si tratta di un'opera riconducibile alla totale difformità dal permesso di costruire, in quanto di certo non può essere rilasciato il titolo abilitativo per la realizzazione di un manufatto privo di una autonoma finalità.
Tale manufatto, per le proprie caratteristiche di grave incompletezza non superabile mediante il rilascio di un ulteriore permesso di costruire se richiesto, costituisce anche causa di degrado dell'ambiente circostante.
Sotto questo profilo è condivisibile quanto sostenuto dal T.A.R., in quanto la riduzione in pristino dell'area deturpata dall'intervento edilizio cominciato, che non può essere terminato, è necessaria per ripristinare lo stato dei luoghi: se il proprietario decide di abbandonare i lavori, e comunque quando i lavori rimangono incompiuti, l'ordinamento non consente che vi sia il nocumento alle finalità perseguite in sede di pianificazione territoriale ed esige il rispetto della pianificazione urbanistica e, dunque, del principio per il quale le modifiche dello stato dei luoghi risultano lecite solo se vi è la coincidenza tra quanto è stato assentito e quanto è stato realizzato.
6.2 - Più variegate possono essere le misure adottabili dal Comune in caso di opere parziali che siano invece autonome, scindibili e funzionali.
Possono valere in questi casi - in sede interpretativa da parte dell'Amministrazione comunale competente - i principi di proporzionalità e di conservazione, che in più occasioni ha utilizzato il legislatore per disciplinare situazioni similari, come ricordato in precedenza.
Deve ritenersi, ad esempio, "frazionabile" il permesso di costruire che riguardava un complesso di edifici, dei quali solo uno o solo alcuni sono stati in concreto realizzati (salve le misure da adottare, quando le opere di urbanizzazione siano state realizzate in modo diverso da quanto progettato).
Possono risultare conformi al titolo edificatorio originario i manufatti autonomi funzionalmente anche se non sono propriamente completi, qualora vi siano tutti gli elementi costitutivi ed essenziali del manufatto e manchino soltanto opere marginali che non richiedono il rilascio del permesso di costruire (art. 15, comma 3).
6.3 - Nel caso di opere parzialmente edificate, autonome funzionalmente, che però presentino variazioni rispetto al titolo abilitativo, spetta al Comune stabilire, nell'esercizio del proprio potere di gestione del territorio, se esse

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

risultino realizzate in conformità con il permesso di costruzione, ovvero se ricadano nella fattispecie *ex* art. 34, ovvero se possano essere sanate in base all'art. 36.

7. - Infine, per completezza espositiva va sottolineato che non sono fondati i dubbi di proporzionalità evocati dalla Sezione remittente tra la disciplina recata dall'art. 38 e quella dell'art. 31 del testo unico: l'abuso, sanzionato con la demolizione, infatti, deriva dalla accertata "divergenza tra consentito e realizzato" che non sussiste nell'ipotesi dell'art. 38 cit., in quanto in quel caso il legislatore ha ritenuto di disciplinare una fattispecie peculiare, caratterizzata dall'annullamento del permesso di costruire e dalla conformità delle opere al titolo ormai annullato.

Si tratta dunque di due situazioni del tutto differenti.

8. - In conclusione, al quesito posto dalla Sezione remittente può così rispondersi:

"*- in caso di realizzazione, prima della decadenza del permesso di costruire, di opere non completate, occorre distinguere a seconda se le opere incomplete siano autonome e funzionali oppure no;*

- nel caso di costruzioni prive dei suddetti requisiti di autonomia e funzionalità, il Comune deve disporne la demolizione e la riduzione in pristino ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, in quanto eseguite in totale difformità rispetto al permesso di costruire;

- qualora il permesso di costruire abbia previsto la realizzazione di una pluralità di costruzioni funzionalmente autonome (ad esempio villette) che siano rispondenti al permesso di costruire considerando il titolo edificatorio in modo frazionato, gli immobili edificati - ferma restando l'esigenza di verificare se siano state realizzate le opere di urbanizzazione e ferma restando la necessità che esse siano comunque realizzate - devono intendersi supportati da un titolo idoneo, anche se i manufatti realizzati non siano totalmente completati, ma - in quanto caratterizzati da tutti gli elementi costitutivi ed essenziali - necessitino solo di opere minori che non richiedono il rilascio di un nuovo permesso di costruire;

- qualora invece, le opere incomplete, ma funzionalmente autonome, presentino difformità non qualificabili come gravi, l'Amministrazione potrà adottare la sanzione recata dall'art. 34 del T.U.;

- è fatta salva la possibilità per la parte interessata, ove ne sussistano tutti i presupposti, di ottenere un titolo che consenta di conservare l'esistente e di chiedere l'accertamento di conformità ex *art. 36 del T.U. nel caso di opere 'minori' (quanto a perimetro, volumi, altezze) rispetto a quelle assentite, in modo da dotare il manufatto - di per sé funzionale e fruibile - di un titolo idoneo, quanto alla sua regolarità urbanistica*".

Ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., l'Adunanza Plenaria ritiene opportuno restituire per il resto il giudizio alla Sezione remittente, per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito, nonché sulle spese del giudizio.

La disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e non oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio

di Roberto Musone (*)

Una recente pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato fornisce importanti chiarificazioni sul regime sanzionatorio del "non finito architettonico" in caso di decadenza del permesso di costruire e qualora non sia più possibile ottenerne uno ulteriore per ultimare le opere. Pur sposando l'orientamento rigorista, apparentemente avversato dalla sezione remittente, la sentenza mostra una notevole elasticità nel differenziare il trattamento repressivo, contemperando al meglio i principi del legittimo affidamento, conservazione dei beni giuridici, unitarietà del trattamento sanzionatorio, proporzionalità, tutela del territorio.

La fattispecie in causa

Per un'esauriente comprensione delle statuizioni del giudice amministrativo di nomofilachia sul regime giuridico del "non finito architettonico", è imprescindibile ricostruire il complesso e peculiare caso che ha portato la seconda sezione del Consiglio di Stato a chiamare in causa l'Adunanza plenaria (1).

La vicenda origina da un contratto preliminare di compravendita del diritto di superfice al di sotto del suolo stipulato nel 2006 da un privato, promittente venditore, e una società, promissaria acquirente, la cui efficacia era subordinata al rilascio, a nome della parte promissaria acquirente (o, nel caso, della stessa parte promittente venditrice in veste di procuratrice), del permesso o autorizzazione della d.i.a. a realizzare *boxes* e *garages* interrati. Sulla scorta di

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tale scrittura privata, nel 2010 la società otteneva il permesso di costruire per la realizzazione di un'autorimessa interrata, avviando i relativi lavori. Questi però venivano ben presto sospesi perché, a seguito di un esposto, veniva avviata un'indagine penale che sfociava in una sentenza di condanna dei commissari provinciali *ad acta* che avevano rilasciato il permesso di costruire (2), del rappresentante legale della società e del proprietario dell'area (3). Pur assolvendo quest'ultimo, la pronuncia di appello - confermata in cassazione (4) - condannava gli altri imputati accertando "la assoluta e macroscopica illegittimità del permesso a costruire" (mai però annullato nell'intera vicenda) per violazione del Piano Urbanistico Territoriale, del Piano Regolatore Generale, del Piano Urbanistico Comunale e del Regolamento comunale di attuazione per la realizzazione dei parcheggi, precisando che nella zona interessata potevano essere realizzati solo interventi pubblici (5).

Subito dopo la condanna di primo grado, il comune notificava al proprietario del fondo e all'impresa il provvedimento di presa d'atto della decadenza del permesso di costruire, per lo spirare del termine di ultimazione dei lavori previsto dal d.P.R. n. 380 del 2001, con contestuale avviso di avvio del procedimento per l'emissione dei provvedimenti repressivi e/o sanzionatori previsti dalla normativa urbanistico-edilizia e di tutela paesaggistico-ambientale.

Successivamente, WWF Italia Onlus Italia sollecitava il comune alla definizione del procedimento repressivo, allo scopo di ristabilire il rispetto delle disposizioni urbanistiche e ambientali violate, adottando i dovuti provvedimenti sanzionatori. Non ottenendo alcun riscontro, essa ricorreva avverso il silenzio del comune su tale istanza e, in accoglimento del ricorso, il T.A.R. ordinava all'amministrazione di provvedere nel termine di trenta giorni (6).

In esecuzione di tale sentenza, il comune emetteva un'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi per come risultante in via antecedente all'esecuzione delle opere parzialmente eseguite in forza del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001. La stessa precisava anche che l'intervento presentava profili di criticità già emersi in sede penale da valutarsi in sede amministrativa, che nella zona urbanistica in cui era situato il cespite oggetto di intervento non era consentita la realizzazione di strutture private, quali potevano essere qualificate le autorimesse a suo tempo assentite dai commissari *ad acta*, né risultava configurabile deroga per intervento della tipologia di quello in esame, e disattendeva l'intenzione della proprietà di proporre una soluzione alternativa e diversa, dato che anche tale soluzione sarebbe stata connotata dalla violazione delle medesime disposizioni urbanistiche, venendo in rilievo la natura non pubblicistica dell'intervento. Nondimeno, l'ordinanza rilevava che la decadenza del permesso di costruire assorbiva ogni immediata valutazione in ordine alla legittimità dello stesso, anche perché questo non era stato emesso dagli organi comunali competenti, ma da commissari *ad acta*, nominati dell'amministrazione provinciale *pro tempore*.

Tale provvedimento veniva quindi impugnato davanti al T.A.R. dalla sola società, che con ricorso per motivi aggiunti impugnava anche l'ordinanza comunale di acquisizione gratuita al proprio patrimonio del fondo interessato, emessa nelle more del giudizio dall'amministrazione ai sensi dell'art. 31, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, una volta accertata la mancata ottemperanza alla prima ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi, mentre il proprietario del fondo impugnava solo la seconda ordinanza.

Nel procedimento dinnanzi al T.A.R. la società contestava la validità della prima decisione comunale, tra l'altro perché la decadenza del titolo edilizio per mancata ultimazione dei lavori avrebbe avuto efficacia *ex nunc* e non *ex tunc*, per cui le opere edilizie realizzate nel periodo di validità del titolo non potevano essere ritenute abusive, mentre l'ordinanza di demolizione gravata risultava comunque illegittima per la violazione e falsa applicazione dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, in relazione all'art. 15, comma 2, del medesimo d.P.R.

Nel respingere il ricorso, il T.A.R. evidenzia che, quando i lavori edilizi non vengono ultimati, in linea di principio la decadenza del permesso di costruire riguarda per intero i suoi effetti, salvo il

(2) L'istanza di rilascio del permesso di costruire era stata in un primo momento respinta, a seguito dell'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica (rilasciata con decreto commissariale n. 1 del 2 luglio 2008, emesso dal Commissario *ad acta* nominato dal Presidente della Provincia di Napoli) da parte della Soprintendenza per i Beni architettonici e paesaggistici di Napoli e Provincia, con decreto del 5 agosto 2008, tuttavia a sua volta annullato da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 2 luglio 2009, n. 3672, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(3) Cfr. la sentenza penale Trib. Torre Annunziata 14 settembre 2016, richiamata dalla pronuncia in commento, punto n. 1 della parte in fatto.

(4) Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228, cit., punto 10 della parte in fatto.

(5) Cfr. App. Napoli, Sez. II, 4 giugno 2020, n. 1579, richiamata dalla pronuncia in commento, punto 1 della parte in fatto.

(6) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 17 aprile 2018, n. 2502, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

caso in cui sia consentito ultimare l'edificio, mentre ammettere che a seguito della decadenza possano in ogni caso restare *in loco* le opere incompiute significherebbe riconoscere che il titolare del permesso di costruire avrebbe il diritto di non ultimare l'opera e di lasciarla incompiuta e funzionalmente non autonoma, con ingiustificato deturpamento del contesto circostante. Ora, nel caso di specie, le opere realizzate in esecuzione del permesso di costruire successivamente decaduto risultano sicuramente incompatibili con la disciplina giuridica dell'area - come ritenuto prima dal giudice penale, poi dalla soprintendenza e infine dallo stesso comune - e neppure conformi a quelle formalmente assentite.
Più esattamente, una volta richiamato il testo dell'art. 15, d.P.R. n. 380 del 2001, il collegio rileva che, se da un lato risponde al vero che il permesso decade - decorso inutilmente il termine di conclusione dei lavori - per la sola parte non eseguita, ciò tuttavia presuppone, come emerge dal tenore letterale della norma, la possibilità - sia in termini di astratta compatibilità con gli strumenti urbanistici e con i vincoli gravanti sull'area, sia in concreto previo rilascio di proroga o di nuovo titolo abilitativo - di portare a compimento l'opera iniziata. Infatti, diversamente opinando, dovrebbe ammettersi la possibilità per il privato titolare di un permesso di costruire di abbandonare l'opera incompiuta - specie se funzionalmente non autonoma - con ingiustificato deturpamento del contesto circostante, in particolare quando *in loco* sussista un vincolo paesaggistico, evidentemente pregiudicato dalla presenza di opere prive di compiutezza e destinate a futuro ulteriore degrado. La *ratio* della norma si trova, con ogni evidenza, nella necessità di regolamentare quelle ipotesi in cui, per ragioni indipendenti dalla volontà dell'interessato o comunque meritevoli di positiva considerazione (come risulta dall'indicazione tassativa dei casi in cui può essere concessa la proroga), si renda necessario un allungamento dei tempi di realizzazione dell'intervento. Nel caso in esame, tuttavia, l'intervento progettato è sicuramente incompatibile con la disciplina giuridica dell'area, come accertato prima dal giudice penale, poi dalla soprintendenza e come fatto proprio altresì dal comune mediante il provvedimento impugnato, nella cui motivazione l'amministrazione ha esposto in modo esaustivo le ragioni per le quali l'opera non è suscettibile di essere completata (7).

La decisione d'appello

La sentenza viene appellata da entrambe le parti soccombenti, le quali prospettano anzitutto che l'originario permesso di costruire non è mai stato annullato in alcuna sede, ma è divenuto inefficace per decorrenza del termine di conclusione dei lavori, con conseguente liceità delle opere realizzate nel periodo di efficacia dello stesso. Ne deriva che il comune non avrebbe potuto adottare l'ordinanza di ripristino dei luoghi senza prima annullare il permesso di costruire.
In secondo luogo, un'ordinanza di demolizione emessa ai sensi dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, non avrebbe potuto riguardare opere eseguite in virtù di un titolo edilizio efficace ma poi decaduto, dato che la norma in questione sarebbe applicabile unicamente quando le opere eseguite siano state realizzate abusivamente. In sostanza, l'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, non potrebbe essere applicato al caso in questione, in cui è stata ingiunta la demolizione di opere realizzate durante l'efficacia del permesso di costruire, solo successivamente dichiarato decaduto.
In terzo luogo, si ribadisce che, poiché le opere delle quali è stata ingiunta la demolizione sono state eseguite sulla base di un permesso di costruire dichiarato decaduto, la decadenza opererebbe *ex nunc* e non *ex tunc*, non consentendo dunque di ritenere abusive le opere realizzate in esecuzione del permesso.
Infine, nel caso di specie, le opere non potrebbero qualificarsi come costruzione, sanzionabile ai sensi dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, trattandosi di attività preparatorie a quella costruttive, per quanto - in realtà - consistenti in sbancamenti di terra, fissazione di pali di fondazione trivellati completi anche del getto di conglomerato cementizio, sterro dell'impianto vegetale del fondo e quant'altro posto in essere in via prodromica all'edificazione, rimasti ormai privi di finalizzazione (8).
Il Consiglio di Stato rileva anzitutto che il primo motivo di appello, relativo alla legittimità o meno dell'ordine di ripristino di opere legittimamente eseguite in virtù di un titolo poi decaduto, è inammissibile, come correttamente eccepito dal comune

(7) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 22 febbraio 2022, n. 1197, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(8) Sul punto cfr. l'efficace sintesi di G. Oreto, *Opere incompiute e decadenza titolo edilizio: cosa fare?*, in *www.lavoripubblici.it*, 20 agosto 2024. In effetti, come aveva rilevato la sentenza appellata, è la stessa società ricorrente che nel ricorso per motivi aggiunti contro l'ordinanza di acquisizione in danno descrive le opere eseguite come "mancato ripristino degli sbancamenti e livellamenti del terreno e ... mancata ricostituzione dello stato superficiale del fondo agricolo mediante il reimpianto di essenze arboree (agrumi)" (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 22 febbraio 2022, n. 1197, cit.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

resistente. Infatti, nonostante le sentenze penali abbiano rilevato l'illegittimità del permesso di costruire, lo stesso non è mai stato annullato né in sede di autotutela né in sede giurisdizionale, per cui le argomentazioni spese in merito alla legittimità dell'intervento risultano irrilevanti. Il ripristino dello stato dei luoghi è stato ingiunto in relazione all'intervenuta decadenza del titolo edilizio, constatata nel 2016 con un atto mai impugnato da alcuno. La stessa ordinanza di ripristino non è stata impugnata dal proprietario del fondo, che ne ebbe conoscenza quanto meno al momento della notifica del ricorso di primo grado da parte dell'impresa. Essa è stata esplicitamente adottata in conseguenza della decadenza del permesso di costruire - dichiarata, appunto, con atto non impugnato -, pur avendo il comune introdotto in narrativa un'ampia dissertazione circa l'illegittimità del permesso stesso, che, però, non è stato annullato. Ne consegue, quindi, l'irrilevanza delle questioni sollevate dall'impresa in relazione ad un titolo edilizio decaduto ma mai annullato, posto che l'ordine di ripristino è stato emesso in conseguenza della dichiarata decadenza. In definitiva, le argomentazioni svolte dall'appellante in tema di interesse ad agire e relativo giudicato interno risultano, all'evidenza, fuori fuoco: l'inammissibilità scaturisce dalla mancata impugnazione degli atti di decadenza e repressivi, la cui inoppugnabilità preclude all'appellante ogni contestazione.

Il vero problema che i giudici di Palazzo Spada si trovano a risolvere riguarda invece il profilo dell'appello relativo alla sorte delle opere eseguite in costanza di un titolo edilizio successivamente decaduto.

Come si è detto, nella sentenza appellata il collegio di prime cure ha affermato che, sebbene il permesso decada - decorso inutilmente il termine di conclusione dei lavori - per la sola parte non eseguita, il mantenimento delle opere presuppone la possibilità di portare a compimento l'opera iniziata, perché, diversamente opinando, dovrebbe ammettersi la possibilità per il privato titolare di un permesso di costruire di abbandonare l'opera incompiuta - specie se funzionalmente non autonoma - con ingiustificato deturpamento del contesto circostante, specie se l'opera contrasti con la regolamentazione urbanistica dell'area. Al contrario, l'appellante, nel censurare tale capo di sentenza, osserva che le opere eseguite in virtù di un titolo edilizio valido ma poi decaduto non possono essere oggetto di ordine di demolizione ai sensi dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, che riguarda le opere eseguite *sine titulo* ovvero abusivamente e che, data la tassatività delle norme sanzionatorie, non può essere esteso a fattispecie non espressamente contemplate.

La sezione osserva che sulla questione si è ripetutamente espressa la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale ha affermato che la decadenza dal titolo edilizio per mancata ultimazione dei lavori nei termini - cioè per fatto imputabile al titolare e relativo alle modalità di utilizzo/inutilizzo del titolo - ha efficacia *ex nunc* e non *ex tunc* e quindi non implica l'obbligo di disporre la demolizione delle opere realizzate nel periodo di validità del titolo edilizio (le quali, perciò, non possono essere ritenute abusive) - ove queste risultino conformi al progetto approvato con il permesso di costruire - ma comporta semplicemente la necessità, per il titolare del permesso decaduto, di chiedere un nuovo permesso per l'esecuzione delle opere non ancora ultimate. In mancanza di proroga o rinnovo del titolo, gli interventi effettuati successivamente alla decadenza del titolo risultano abusivi, il che comporta la legittimità dell'ordine di demolizione solo per quanto realizzato successivamente all'intervenuta decadenza, ma non per quanto realizzato in precedenza (9). In particolare, un'eventuale decadenza del titolo edilizio per mancata ultimazione dei lavori nel termine triennale non consentirebbe la demolizione del manufatto, operando l'effetto decadenziale *ex nunc* e lasciando, pertanto, salve le opere a tale data già realizzate. In effetti, in una corretta interpretazione dell'art. 15, d. P.R. n. 380 del 2001, la decadenza impedisce solo l'ulteriore corso dei lavori ma non determina l'illiceità urbanistica di quanto già realizzato nella vigenza del titolo edificatorio. In tal senso, l'abusività dell'opera (e la sua conseguente demolizione) potrebbe legittimamente predicarsi solo per effetto dell'annullamento del permesso di costruire per vizi di legittimità, ipotesi che non viene quindi in rilievo quando questo non sia stato disposto (10).

D'altra parte, se l'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, ha previsto per gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire l'ingiunzione alla rimozione o alla demolizione, l'art. 38 del medesimo d.P.R. ha disciplinato il particolare caso di interventi eseguiti in

(9) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2022, n. 5258; Cons. Stato 19 marzo 2021, n. 1377, ord.; Cons. Stato, Sez. IV, 6 agosto 2019, n. 5588, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, richiamate da Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228, cit.

(10) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8605, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, richiamata da Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

base a permesso di costruire annullato, prevedendo la possibilità che in luogo dell'ingiunzione a demolire possa essere applicata dall'amministrazione una sanzione pecuniaria che quindi lasci salve le opere. La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha evidenziato che l'art. 38, d.P.R. n. 380 del 2001, si ispira ad un principio di tutela degli interessi del privato, mirando ad introdurre un regime sanzionatorio più mite proprio per le opere edilizie conformi ad un titolo abilitativo successivamente rimosso, rispetto ad altri interventi abusivi eseguiti sin dall'origine in assenza di titolo, sì da ottenere la conservazione del bene (11). Motivo per cui striderebbe con i principi ritraibili dall'esame comparativo di tali norme un'applicazione estensiva della più grave sanzione demolitoria di cui all'art. 31 in una fattispecie di opere eseguite in conformità ad un titolo (nemmeno rimosso ma semplicemente) decaduto.
Anche se l'orientamento del collegio di prime cure appare non irragionevole, tuttavia, in carenza di una norma che espliciti il regime delle opere parzialmente eseguite cui non faccia seguito il completamento dei lavori in virtù di un nuovo titolo (come nel caso in questione, in cui l'impresa si è vista respingere per due volte un progetto di completamento, in virtù di atti cui ha prestato acquiescenza), andrebbe esclusa l'applicazione analogica di una disciplina sanzionatoria espressamente circoscritta ad opere eseguite senza titolo o in totale difformità dallo stesso.
Del resto, anche qualora si ritenga che l'opera parziale costituisca un manufatto difforme dall'intervento edilizio autorizzato, e per questa via possa ritenersene precluso il mantenimento, tale tesi potrebbe porsi in frizione con gli orientamenti giurisprudenziali precedentemente richiamati.
Quantunque traspaia il *favor* della sezione remittente per la soluzione più garantista per il privato, in realtà è a fronte della totale assenza - non solo di una norma specifica per l'ipotesi della fattispecie ma anche - di prese di posizione giurisprudenziali dove la stessa sia stata oggetto di disamina, che il collegio ritiene di sollecitare l'intervento dell'Adunanza Plenaria. Riservando la decisione degli appelli alla pronuncia di quest'ultima, la sezione le rimette quindi il quesito su "quale sia la disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e che non siano state oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio" (12).

La pronuncia della Plenaria

In via preliminare, la Plenaria precisa che il quesito sottopostole dalla sezione remittente è stato posto in via generale e non specificatamente in relazione alla decisione della controversia, per cui essa si limita a rispondervi demandando poi alla sezione la definizione della controversia sulla base dei principi di diritto che verranno affermati.
Ciò premesso, la motivazione in diritto della pronuncia in rassegna può essere divisa in diverse parti, non tutte radicalmente innovative.
Anzitutto, il supremo consesso ricorda che, ai sensi dell'art. 15, d.P.R. n. 380 del 2001, l'indicazione dei termini nel titolo abilitativo dei termini di inizio e di ultimazione dei lavori a pena di decadenza - e in particolare di quello triennale di ultimazione - trova la sua ragione nella necessità di avere una certezza temporale riguardo le attività di trasformazione urbanistico-edilizia del territorio, che per propria natura è frazionata nel tempo, al fine di impedire che l'eventuale modifica delle previsioni pianificatorie possa essere condizionata senza limiti temporali da antecedenti permessi di costruire. La *ratio* della durata temporale limitata del titolo è quindi confermata dalla previsione del quarto comma, secondo cui l'efficacia del permesso di costruire decade con l'entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche.
Del resto, il legislatore ha previsto per l'interessato la possibilità sia di richiedere e di ottenere la proroga del termine prima della scadenza del permesso di costruire per evitare la decadenza - nelle cinque ipotesi previste dal secondo periodo del terzo comma - sia, in caso di decadenza, di richiedere un nuovo permesso di costruire per il completamento delle opere, sempreché quelle mancanti non possano realizzarsi ai sensi dell'art. 22 dello stesso testo unico in quanto soggette a segnalazione certificata di inizio di attività, e fermo restando che, in base al principio del *tempus regit actum*, il nuovo permesso di costruire presuppone la compatibilità delle opere da realizzare con la disciplina urbanistica vigente al momento del suo rilascio. Il rinnovo del permesso di costruire implica infatti il rilascio di un nuovo ed autonomo titolo, subordinato ad una nuova ed autonoma verifica dei presupposti richiesti dalle norme urbanistiche vigenti al momento del suo rilascio.

(11) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 novembre 2018, n. 6753 e Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2018, n. 2155, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, richiamate da Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228, cit.

(12) Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In tal senso, alla sopravvenuta inefficacia dell'originario titolo abilitativo, che si verifica *ex se* in via diretta con l'infruttuoso decorso del termine prefissato - con la conseguenza che l'eventuale dichiarazione di decadenza ha natura vincolata, meramente ricognitiva del venir meno degli effetti del titolo per inerzia del titolare - si contrappone l'istituto della proroga dei termini, quale provvedimento di secondo grado che modifica, ancorché parzialmente, il complesso degli effetti giuridici delineati dall'atto originario, accedendo all'originaria concessione ed operando uno spostamento in avanti del suo termine finale di efficacia. Conseguentemente, la proroga è disposta con provvedimento motivato sulla scorta di una valutazione discrezionale, che si traduce nella verifica delle condizioni oggettive che la giustificano, secondo i presupposti espressamente indicati nella norma, di stretta interpretazione, costituendo una deroga alla disciplina generale in tema di edificazione (13).

Il secondo aspetto concerne la precisazione del fondamento della deroga al principio di decadenza, previsto dall'ultima parte dell'art. 15, comma 4, d.P.R. n. 380 del 2001, che accomuna anche il regime più agevolato di cui agli artt. 36 e 38 del medesimo decreto. Infatti - anche per il giudice amministrativo di nomofilachia - il legislatore ha operato un bilanciamento tra la tutela dell'affidamento del privato al completamento dell'opera in fase di realizzazione sulla base di un permesso di costruire, il principio di conservazione e quello di proporzionalità, al fine di evitare la distruzione di ricchezza conseguente all'abbandono di progetti in avanzato stato di attuazione, conservando, comunque, la vigilanza sull'attività di edificazione attraverso la previsione del limite temporale triennale, non a caso pari a quello di durata dell'efficacia del permesso di costruire.

Nondimeno, la *ratio* complessiva della disciplina resta l'obiettivo di mantenere il controllo del comune sull'attività di edificazione, ovviamente per sua natura non istantanea, non solo al momento del rilascio del titolo abilitativo ma, anche, successivamente al momento della realizzazione, garantendo solo entro limiti temporali ragionevoli il compimento dell'opera iniziata. Altrimenti, verrebbero messi in discussione l'indefettibilità delle sopravvenute previsioni urbanistiche (volte per definizione ad un più razionale assetto del territorio per la soddisfazione degli interessi pubblici e privati coinvolti), ed il correlato principio dell'esclusione dell'ultrattività delle normative precedenti e dei provvedimenti con esse compatibili. Da ciò, la natura eccezionale della deroga, inserita a tutela dell'affidamento dei privati già titolari di abilitazione, oltre che funzionale ad evitare la distruzione di ricchezza che deriverebbe dall'abbandono di progetti in avanzato stato di attuazione (14).

Al medesimo bilanciamento tra i principi di conservazione e di affidamento si ispira poi la disciplina di cui all'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001. Infatti, nelle specifiche ipotesi *ivi* previste - interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, in difformità da esso, in assenza di segnalazione certificata di inizio attività in alternativa al permesso di costruire nei casi di cui all'art. 23, comma 01, del medesimo decreto, o in totale difformità da essa - è possibile richiedere l'accertamento di conformità e ottenere - nei limiti e alle condizioni *ivi* previsti - il permesso di costruire in sanatoria se l'intervento risulta conforme alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione dello stesso sia al momento della presentazione della domanda.

Agli stessi principi si ispira anche la disciplina di cui all'art. 38, d.P.R. n. 380 del 2001. In tal caso, a fronte dell'annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino - come pure in presenza degli interventi edilizi di cui all'art. 23, comma 01, del medesimo decreto in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo - l'amministrazione comunale irroga una sanzione pecuniaria la cui integrale corresponsione produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'art. 36.

È proprio da tale disposizione che si sviluppa il terzo punto articolato dal supremo consesso, che confuta la tesi della sezione remittente secondo cui il regime più favorevole stabilito dal legislatore nell'art. 38 - relativo all'annullamento del permesso di costruire, che avrebbe efficacia *ex tunc* - rispetto alla decadenza del permesso di costruire, che ha efficacia *ex nunc*, farebbe sì che l'annullamento renderebbe illecite opere già realizzate, mentre la decadenza non inciderebbe sulla liceità delle stesse, con conseguente inapplicabilità dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, alle opere realizzate sulla base di un permesso di costruire dichiarato decaduto. In sostanza, secondo la sezione,

(13) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 2017, n. 3283, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, richiamata dalla pronuncia in commento.

(14) *Ibid.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tali opere, eseguite sulla base di un titolo edificatorio legittimo, non potrebbero ritenersi illecite, e dunque non sarebbero suscettibili della più grave sanzione della demolizione e riduzione in pristino.
Al contrario, il supremo consesso rileva che non sono fondati i dubbi di proporzionalità evocati dalla sezione tra la disciplina recata dall'art. 38 e quella dell'art. 31 del testo unico: l'abuso, sanzionato con la demolizione, infatti, deriva dalla accertata "divergenza tra consentito e realizzato", che non sussiste nell'ipotesi dell'art. 38, in quanto in quel caso il legislatore ha ritenuto di disciplinare una fattispecie peculiare, caratterizzata dall'annullamento del permesso di costruire e dalla conformità delle opere al titolo ormai annullato.
In tal senso, delle tre tipologie di interventi sanzionati dall'art. art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001 - in quanto eseguiti "in assenza di permesso di costruire", "in totale difformità dal medesimo" o "con variazioni essenziali", la "totale difformità" - per come definita dal primo comma - riguarda gli interventi "che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, plano-volumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, *ovvero* l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso ed autonomamente utilizzabile".
Nel contesto della pronuncia, sebbene essa si limiti a riportare solo la prima parte della disposizione, si ribadisce che la sottoposizione del potere di edificazione al previo rilascio del permesso di costruire assolve alla funzione di consentire che gli interventi edilizi siano realizzati in conformità con la disciplina pianificatoria, contemperando l'interesse del privato allo sfruttamento della proprietà con l'interesse pubblico alla regolare trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio e, quindi, in definitiva, assolve alla funzione di garantire il corretto inserimento del manufatto nel territorio.
Alla luce di tale premessa, il permesso di costruire è qualificato dall'art. 10, d.P.R. n. 380 del 2001, come il provvedimento che legittima solo le trasformazioni urbanistiche ed edilizie *ivi* individuate, quali nuove costruzioni, ristrutturazioni urbanistiche ed edilizie nei limiti indicati dalla disposizione, mentre non abilita il titolare a realizzare qualunque manufatto, consentendogli l'edificazione di quello specifico fabbricato descritto nel progetto, per quanto riguarda tutte le variabili rilevanti quali l'area di sedime, il perimetro, la sagoma, i volumi, le altezze, ecc. È consentito cioè realizzare solo l'opera descritta nel progetto e avente caratteristiche fisiche e funzionali ben determinate. Ne deriva che qualunque realizzazione dell'edificio difforme dal progetto, anche se sia ridotta la volumetria o ne siano modificati il perimetro, le sagome e le altezze, comporta una divergenza tra consentito e realizzato che in quanto tale deve essere previamente autorizzata dal comune o necessita di un atto di accertamento di conformità, qualora questo sia consentito dall'ordinamento, affinché sia rispettato il requisito della regolarità urbanistica. L'edificazione presuppone cioè il "rigoroso" rispetto del principio di conformità tra assentito e realizzato.
In questo quadro, l'ipotesi della "totale difformità" del realizzato dal permesso di costruire - che l'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, parifica quanto al trattamento sanzionatorio alle ipotesi di edificazione "in assenza di permesso di costruire" o "con variazioni essenziali" - non si verifica soltanto in caso di ampliamento non autorizzato ma anche di mancato completamento della costruzione, sempreché vi sia un *aliud pro alio*, ossia "un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche e planivolumetriche". In sostanza, non tutto quanto è stato lecitamente realizzato può essere mantenuto *in loco*, ma va rimosso quanto è stato realizzato in difformità anche *in minus* da quanto è stato assentito.
La "totale difformità" è ravvisabile sia quando il manufatto sia stato parzialmente edificato con il c.d. "scheletro" che quando sia oggettivamente diverso rispetto a quello progettato, dovendosi un'opera qualificare abusiva per totale difformità ogni qual volta il risultato finale consista in una struttura che non è riferibile a quella assentita. Nei casi di divergenza tra consentito e realizzato rientra quindi il c.d. "non finito architettonico", il quale è ravvisabile sia quando le opere realizzate sono incomplete strutturalmente e funzionalmente, tanto da far individuare un manufatto diverso da quello autorizzato, sia quando vi è stata la modifica dello stato dei luoghi con la realizzazione di un *quid* che neppure consenta di ravvisare un volume.
Se le opere non sono completate, ma "neppure possono esserle, in quanto non può essere rilasciato un nuovo permesso di costruire", per cui il mancato completamento esita nella "c.d. opera incompiuta" (15), vi di per sé un degrado ambientale e paesaggistico. In sostanza, la divergenza tra consentito e realizzato sussiste, dunque, non solo quando si

(15) Pronuncia in commento, punto n. 4 della parte in diritto (corsivo non testuale).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

costruisce in più del consentito, ma anche quando vi è il c.d. "incompleto architettonico", configurabile sotto il profilo temporale qualora vi sia stata la decadenza del permesso di costruire, secondo le regole generali, e non sia possibile ottenere un nuovo titolo abilitativo, ovvero l'interessato non lo richieda.

In tal senso, rileva un principio di simmetria, per il quale, così come l'amministrazione non può di certo rilasciare un permesso per realizzare uno "scheletro" o parte di esso - titolo che di certo non è consentito dalla legislazione vigente - o una struttura di per sé non abitabile per assenza di solai, tamponature, scale, tetto o elementi portanti, corrispondentemente essa deve ordinare la rimozione dello "scheletro", che risulti esistente in conseguenza della decadenza del permesso di costruire.

Ne consegue - con riferimento al caso di specie - che, anche in caso di decadenza del permesso di costruire, sussiste il fondamento normativo per disporre la restituzione in pristino qualora siano state eseguite solo opere parziali, non riconducibili al progetto approvato sotto il profilo strutturale e funzionale.

Il quarto punto sviluppato dalla Plenaria, preliminare alla chiarificazione in dettaglio di quando l'incompletezza dell'intervento edificatorio possa integrare la totale difformità ai sensi dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, concerne cosa debba intendersi per "costruzione", tenuto conto che nel caso di specie le parti appellanti hanno sostenuto che le poche opere realizzate sull'area non potrebbero essere qualificate in tale modo, per cui il comune non avrebbe potuto adottare l'ordinanza di riduzione in pristino di cui all'art. 31. In realtà, secondo giurisprudenza consolidata, una nuova costruzione è ravvisabile tutte le volte in cui l'intervento edilizio produca un effettivo e rilevante impatto sul territorio e, dunque, in relazione alle opere di qualsiasi genere con cui si operi nel suolo e sul suolo, se idonee a modificare lo stato dei luoghi determinandone una significativa trasformazione (16). In effetti, la giurisprudenza, che si è ispirata alle argomentazioni poste già a base di una pronuncia della Plenaria (17), ha ampiamente chiarito - come è noto - che anche la realizzazione di muri di cinta o di contenimento di ragguardevoli dimensioni - così come anche l'attività di movimento di terra che modifichi la conformazione dei luoghi - è soggetta al rilascio del permesso di costruire. Più in generale, occorre il rilascio del permesso per le opere di qualsiasi genere che modifichino il suolo e lo stato dei luoghi, determinandone una significativa trasformazione (18), anche quando si tratti di movimenti di terra, in assenza di volumi e al solo scopo di realizzare una strada (19). Del resto, a tali principi si ispira anche la giurisprudenza penale, per la quale si configura il reato di costruzione senza permesso di costruire in seguito a lavori di sbancamento (20).

Il quinto punto, infine, introduce le eccezioni alla regola dell'applicabilità dell'art. 31 in ipotesi di divergenza tra assentito e realizzato, dove è consentito il rilascio di un permesso di costruire in sanatoria previo accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, oppure la sanatoria può avvenire mediante l'irrogazione di una sanzione pecuniaria, ai sensi dell'art. 34 del medesimo decreto, o anche non è nemmeno necessario un provvedimento sanzionatorio, in quanto si è in presenza di un titolo valido, nonostante la persistenza di una divergenza tra assentito e realizzato.

Ad esempio, un caso particolare - in cui verosimilmente è consentito l'accoglimento di una istanza di accertamento di conformità, salve regole speciali - si ha quando vi è l'edificazione solo parziale dell'unica costruzione autorizzata (ad esempio solo il primo piano, sia pure con la predisposizione dei pilastri per realizzare il secondo piano) o quando sia stato realizzato un edificio dal perimetro più contenuto e dunque inferiore rispetto a quello assentito.

In realtà, a fronte di una casistica molto varia, in via generale occorre ricordare che dopo la decadenza del permesso di costruire spetta pur sempre al comune accertare se vi è stata una divergenza tra consentito e realizzato e, in ipotesi affermativa, adottare la determinazione conseguente, che può essere - a seconda dei casi - quella della demolizione ai sensi dell'art. 31, la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 34 o, in caso di richiesta della parte interessata, se ne sussistono i presupposti, l'accertamento di conformità previsto dall'art. 36 dello stesso testo unico. Gli esiti, quindi,

(16) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2024, n. 3031, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, con ampi richiami conformi, richiamata dalla pronuncia in commento.

(17) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 10 marzo 1982, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, richiamata dalla pronuncia in commento.

(18) Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 29 novembre 2023, n. 10291 e Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2023, n. 9123, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, richiamate dalla pronuncia in commento.

(19) Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 24 marzo 2020, n. 2050, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, richiamata dalla pronuncia in commento.

(20) Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 29 gennaio 2014, n. 19845; Cass. Pen., Sez. III, 2 dicembre 2008, n. 8064; Cass. Pen., Sez. III, 5 marzo 2008, n. 4243, tutte richiamate dalla pronuncia in commento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

possono essere vari a seconda della tipologia di incompletezza dell'opera.
In particolare, quando le opere incomplete non sono autonome, scindibili e funzionali, si applica l'art. 31. Quando l'opera incompleta non ha tali caratteristiche - perché si riduce, ad esempio, alla realizzazione dei soli pali di fondazione, allo scavo del terreno, alla costruzione di pilastri o della struttura in cemento armato senza la tamponatura (c.d. scheletro) - si è in presenza di un'opera riconducibile alla totale difformità dal permesso di costruire, in quanto di certo non può essere rilasciato il titolo abilitativo per la realizzazione di un manufatto privo di un'autonoma finalità. Tale manufatto, per le proprie caratteristiche di grave incompletezza non superabile mediante il rilascio di un ulteriore permesso di costruire se richiesto, costituisce anche causa di degrado dell'ambiente circostante.
Sotto questo profilo è condivisibile quanto sostenuto dal collegio di prime cure nel caso di specie, in quanto la riduzione in pristino dell'area deturpata dall'intervento edilizio cominciato, che non può essere terminato, è necessaria per ripristinare lo stato dei luoghi: se il proprietario decide di abbandonare i lavori, e comunque quando i lavori rimangono definitivamente incompiuti, l'ordinamento non consente che vi sia il nocumento alle finalità perseguite in sede di pianificazione territoriale ed esige il rispetto della pianificazione urbanistica e, dunque, del principio per il quale le modifiche dello stato dei luoghi risultano lecite solo se vi è la coincidenza tra quanto è stato assentito e quanto è stato realizzato.
Per contro, in presenza di opere parziali che siano invece autonome, scindibili e funzionali, le misure che il comune può adottare sono più variegate, e in questi casi l'amministrazione comunale competente, in sede interpretativa, può avvalersi degli anzidetti principi di proporzionalità e di conservazione, che in più occasioni lo stesso legislatore ha utilizzato per disciplinare situazioni similari.
Deve ritenersi, ad esempio, "frazionabile" il permesso di costruire riguardante un complesso di edifici, dei quali solo uno o solo alcuni sono stati in concreto realizzati, e salve le misure da adottare, quando le opere di urbanizzazione siano state realizzate in modo diverso da quanto progettato.
Possono poi risultare conformi al titolo edificatorio originario i manufatti autonomi funzionalmente anche se non sono propriamente completi, qualora vi siano tutti gli elementi costitutivi ed essenziali del manufatto e manchino soltanto opere marginali che non richiedono il rilascio del permesso di costruire, in conformità all'art. 15, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001.
In ogni caso, anche in tali ipotesi, va ribadito che a fronte di opere parzialmente edificate, autonome funzionalmente, che però presentino variazioni rispetto al titolo abilitativo, spetta sempre al comune stabilire, nell'esercizio del proprio potere di gestione del territorio, se esse risultino realizzate in conformità con il permesso di costruzione, se ricadano nella fattispecie di cui all'art. 34, ovvero se possano essere sanate in base all'art. 36.
In definitiva, i principi di diritto affermati dalla Plenaria si articolano in una quadruplice classificazione del regime sanzionatorio delle opere non completate, realizzate prima della decadenza del permesso di costruire, che corre lungo il criterio discretivo della presenza o assenza nelle opere incomplete dei requisiti dell'autonomia e della funzionalità. In particolare:
- nel caso di opere prive dei suddetti requisiti di autonomia e funzionalità, il comune deve disporne la demolizione e la riduzione in pristino ai sensi dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto eseguite in totale difformità rispetto al permesso di costruire;
- nel caso di opere fornite dei suddetti requisiti, ossia qualora il permesso di costruire abbia previsto la realizzazione di una pluralità di costruzioni funzionalmente autonome (ad esempio villette) che siano rispondenti al permesso di costruire considerando il titolo edificatorio in modo frazionato, gli immobili edificati - ferma restando l'esigenza di verificare se siano state realizzate le opere di urbanizzazione e ferma restando la necessità che esse siano comunque effettivamente realizzate - devono intendersi supportati da un titolo idoneo, anche se i manufatti realizzati non siano totalmente completati, ma - in quanto caratterizzati da tutti gli elementi costitutivi ed essenziali - necessitino solo di opere minori (21) che non richiedono il rilascio di un nuovo permesso di costruire;
- nel caso di opere incomplete, ma funzionalmente autonome, che presentino difformità non qualificabili come gravi, il comune potrà adottare la sanzione prevista dall'art. 34, d.P.R. n. 380 del 2001;
- nel caso di opere incomplete "minori" (quanto a perimetro, volumi, altezze) rispetto a quelle assentite,

(21) In particolare, si hanno "abusi minori" quando gli interventi "non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi" (Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2020, n. 4058, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*), sebbene qui la nozione sia riferita al D.Lgs. n. 42 del 2004.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la parte interessata, ove ne sussistano tutti i presupposti, ha la possibilità di ottenere un titolo che consenta di conservare l'esistente e di chiedere l'accertamento di conformità di cui all'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, in modo da dotare il manufatto - già di per sé funzionale e fruibile - di un titolo idoneo, quanto alla sua regolarità urbanistica.

Considerazioni critiche

Ad un'attenta lettura, la nuova presa di posizione del giudice amministrativo di nomofilachia sul permesso di costruire non pare "reazionaria", meno garantista delle attese e dissonante rispetto alle pregresse acquisizioni giurisprudenziali.

Indubbiamente, sebbene con alcuni temperamenti, la Plenaria sposa l'orientamento rigorista circa la diatriba sull'efficacia *ex nunc* o *ex tunc* della decadenza del permesso di costruire. Deludendo forse gli auspici velati della sezione remittente, che sembrava caldeggiare la prima ipotesi, la seconda tesi non è espressamente formulata nei principi di diritto ma implicita nelle conclusioni, anche per il richiamo alla conforme giurisprudenza, tra cui la pronuncia Cons. Stato n. 3283 del 2017, la quale è chiara nel sancire che - in contrapposizione alla proroga - la decadenza del permesso di costruire "ha decorrenza *ex tunc*" (22).

In effetti, secondo la giurisprudenza maggioritaria, la pronuncia di decadenza del titolo edilizio è espressione di un potere strettamente vincolato, ha natura dichiarativa e non costitutiva, perché accerta il venir meno degli effetti del titolo edilizio in conseguenza dell'inerzia del titolare, ovvero della sopravvenienza di una nuova e diversa strumentazione edilizia, e - soprattutto, per quanto qui rileva - assume decorrenza *ex tunc* (23).

Del resto, anche alla luce della disciplina previgente di cui all'art. 4, commi 3-6, L. 28 gennaio 1977, n. 10, di contenuto quasi analogo all'art. 15, d.P.R. n. 380 del 2001, la giurisprudenza affermava che, non ravvisandosi la presenza di una norma che imponesse l'emanazione di un provvedimento di decadenza della concessione edilizia per mancata osservanza del termine di inizio dei lavori, la stessa si verificava di diritto a seguito dell'infruttuoso decorso del termine prefissato (24).

Per contro, del tutto minoritaria è la tesi che "la decadenza del titolo edilizio per mancata ultimazione dei lavori ha efficacia *ex nunc* e non *ex tunc*, per cui le opere edilizie realizzate nel periodo di validità del titolo edilizio non possono di certo essere ritenute abusive" (25), sostenuta nel ricorso introduttivo del caso di specie ma ripresa da scarsa giurisprudenza pregressa (26). È chiaro che aderendo alla tesi per cui la decadenza del permesso di costruire opererebbe solo con effetto dall'adozione del provvedimento comunale che la dichiara, occorrendo un atto dell'amministrazione che ne accerti i presupposti e ne renda operanti gli effetti, l'attività svolta prima della dichiarazione di decadenza è lecita e non dà luogo ad abuso sanzionabile (27). Una parte di tale orientamento della giurisprudenza parla anche di retroattività "parziale" del provvedimento di decadenza, la quale, operando di diritto, consente di far risalire l'effetto *ex tunc* dal momento della formale dichiarazione di decadenza a quello in cui ne sono sorti i presupposti, facendo salvo quindi quanto realizzato

(22) Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 2017, n. 3283, cit., richiamata dalla pronuncia in commento.

(23) Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2024, n. 2851; Cons. Stato, Sez. VII, 23 novembre 2023, n. 10065; Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2022, n. 3173; Cons. Stato, Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1451; Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2020, n. 4179; Cons. Stato, Sez. II, 29 agosto 2019, n. 5978; Cons. Stato, Sez. IV, 15 aprile 2016, n. 1520; Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 4823; Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1013; Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4206; Cons. Stato, Sez. III, 4 aprile 2013, n. 1870; Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2915; Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2011, n. 5028, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(24) Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 18 gennaio 2013, n. 51, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(25) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 22 febbraio 2022, n. 1197, cit., punto n. 7 della parte in diritto.

(26) In tal senso, "Va, invero, al riguardo ricordato che - così come del resto già precisato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. St., Sez. IV, 13 febbraio 2007, n. 804) - la decadenza dalla concessione edilizia non implica la demolizione delle opere realizzate, ma comporta solo la necessità di chiedere un nuovo permesso per la esecuzione delle ulteriori opere. La circostanza, invero, che il provvedimento di decadenza della concessione edilizia abbia carattere dichiarativo e che l'effetto di decadenza del titolo edilizio si verifica automaticamente *ope legis* a causa del semplice decorso dei termini stabiliti per l'inizio e per il completamento dei lavori, comporta la conseguente legittimità dell'ordine di demolizione solo per quanto realizzato '*successivamente*' alla intervenuta decadenza (Cons. Giust. amm. Reg. Sic., 16 settembre 1998, n. 474), ma non per quanto realizzato in precedenza. In estrema sintesi, *la decadenza del titolo edilizio per mancata ultimazione dei lavori ha efficacia* ex nunc *e non* ex tunc*, per cui le opere edilizie realizzate nel periodo di validità del titolo edilizio non possono di certo essere ritenute abusive*; di conseguenza, l'ordine di demolizione di tali opere può essere disposto solo in presenza di un interesse pubblico particolarmente rilevante e non per il semplice fatto che il titolo edilizio è nel frattempo decaduto" (T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 14 novembre 2014, n. 449, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, corsivo non testuale).

(27) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 1982, n. 63, in *Amm. it.*, 1982, 1276, su cui cfr. le critiche di R. De Nictolis - F. Grassi, *Art. 15*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, III ed., Milano, 2015, 409 ss., 421-422.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prima della scadenza del termine (28). Nondimeno, sono stati i giudici di prime cure a sostenere che, poiché l'art. 15, d.P.R. n. 380 del 2001, prevede che nel permesso di costruire venga indicato il termine di ultimazione dei lavori, decorso il quale "il permesso decade di diritto per la parte non eseguita", argomentando *a contrario* il permesso edilizio decaduto dovrebbe ritenersi efficace per la parte già eseguita. Infatti, il permesso di costruire abiliterebbe non solo la realizzazione della costruzione, ma anche l'esecuzione di ogni fase intermedia in quanto parte del risultato finale, cosicché dovrebbe ritenersi per definizione conforme al titolo non solo l'opera ultimata ma anche ogni sua parziale realizzazione (29).

Quanto al criterio discretivo della autonomia e della scindibilità delle opere non completate rispetto al progetto complessivo assentito, indubbiamente, è giurisprudenza costante e consolidata che la valutazione dell'abuso edilizio presuppone una visione complessiva e non atomistica dell'intervento giacché il pregiudizio recato al regolare assetto del territorio deriva non dal singolo intervento ma dall'insieme delle opere realizzate nel loro contestuale impatto edilizio. Ne consegue, da un lato, che, nel rispetto del principio costituzionale di buon andamento, l'amministrazione comunale deve esaminare contestualmente l'intervento abusivamente realizzato; e, dall'altro, che non è dato scomporne una parte per negare l'assoggettabilità ad una determinata sanzione demolitoria, in quanto - appunto - il pregiudizio arrecato al regolare assetto del territorio deriva non da ciascun intervento ma dall'insieme delle opere nel loro contestuale impatto edilizio e nelle reciproche interazioni (30).

Nondimeno, se la giurisprudenza pregressa ha ben chiara l'esigenza che non venga mai "scalfito il principio di unitarietà della sanatoria", ha del pari altrettanto presente l'esigenza di tutela del principio di salvaguardia dei beni giuridici, che può portare a circoscrivere la sanatoria a parti autonome e scindibili del complessivo organismo edilizio interessato (31).

Per questo, se per consolidata giurisprudenza, il concetto di costruzione da sottoporre ad accertamento di conformità deve essere inteso in termini unitari, e non in relazione a singole parti autonomamente considerate, nel senso, cioè, che la costruzione non può essere scissa nei vari elementi che la compongono ai fini della sanatoria di singole porzioni di essa, una simile preclusione non è da reputarsi, tuttavia, rigidamente operante, allorquando l'abusività investa non già la costruzione in senso unitario, ossia riguardata nel suo complesso, bensì singole porzioni di essa che non siano tra loro inestricabilmente connesse, ma autonome e scindibili sotto il profilo materiale e funzionale (32). In altri termini, in sede di sanatoria di un immobile abusivo, le singole parti di un fabbricato possono essere valutate, ai fini di una sanatoria parziale, soltanto se autonome e scindibili rispetto al corpo di fabbrica (33). Del resto, l'assenza di scindibilità è motivo ostativo anche al rilascio del permesso di costruire qualora il progetto contenga

(28) Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 14 marzo 2014, n. 746; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 3 gennaio 2014, n. 2; T.A.R. Toscana, Sez. III, 26 novembre 2013, n. 1637, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, richiamate - peraltro in senso critico - da M. Calabrò, *Decadenza del permesso di costruire e "non finito architettonico". La rilevanza della coordinata temporale nelle trasformazioni edilizie*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, II, 229 ss., 238.

(29) Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 16 luglio 2013, n. 1713, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*. Cfr. anche T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 29 dicembre 2011, n. 755, *ivi*, secondo cui "alla luce dei principi ricavabili dai citati artt. 15, 31, 33 e 34, [che] il permesso di costruire abilita non solo la realizzazione della costruzione, ma (necessariamente) anche l'esecuzione di ogni fase intermedia in quanto parte del risultato finale, cosicché deve ritenersi per definizione conforme al titolo non solo l'opera ultimata ma anche ogni sua parziale realizzazione. Ne consegue che quanto realizzato nella fattispecie (volume sensibilmente inferiore rispetto al preesistente), ponendosi come una parte del tutto, è necessariamente ricompreso nell'ambito di operatività del permesso". Similmente, più di recente, cfr. T.A.R. Liguria, Sez. I, 13 settembre 2022, n. 767, *ivi*, secondo cui "Che non si possa prescindere del tutto dal precedente permesso di costruire si desume, anche dal fatto che l'opera realizzata in base al precedente permesso di costruire è comunque espressione dello stesso, ancorché in via ridotta. Cosicché quanto realizzato (*in minus*) rispetto a quanto assentito e realizzabile, non va considerato nuova e diversa opera che possa costituire un nuovo stato di fatto indipendente dall'originario progetto", che riporta per il resto T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 29 novembre 2011, n. 755, cit.

(30) Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, 11 marzo 2024, n. 2321; Cons. Stato, Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 9257; Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2022, n. 10358; Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4919; Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2020, n. 4170; Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2019, n. 7601; Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2018, n. 4568; Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2012, n. 3330, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(31) Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 14 maggio 2019, n. 750, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(32) Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 18 marzo 2024, n. 663; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 28 dicembre 2023, n. 1466; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 20 marzo 2023, n. 663; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 24 giugno 2022, n. 1799; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 3 maggio 2022, n. 387; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 16 marzo 2022, n. 259; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 14 dicembre 2020, n. 1939; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 19 ottobre 2020, n. 1472; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 4 agosto 2020, n. 997, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(33) Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 6 ottobre 2023, n. 2870; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 18 novembre 2022, n. 3006; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 18 ottobre 2021, n. 787; T.A.R. Umbria, Sez. I, 2 marzo 2021, n. 145; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 21 aprile 2020, n. 1466, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

opere abusive volte al perseguimento della finalità unitaria di questo (34).

Non c'è dubbio che opinare diversamente significherebbe imporre al richiedente un'opera diversa dal progetto sul quale ha chiesto la concessione e il permesso in sanatoria ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 (35), perché ammettere la sanatoria relativa soltanto ad una parte degli interventi abusivi realizzati contrasta ontologicamente con gli elementi essenziali dell'accertamento di conformità, i quali presuppongono la già avvenuta esecuzione delle opere e la loro integrale conformità alla disciplina urbanistica (36). Ma, sempre, "salvo che il progetto edilizio non sia scindibile in parti autonome" (37).

Del resto, anche l'annullamento parziale del titolo edilizio, e quindi la sua correlata parziale sopravvivenza, è ammissibile solo quando l'opera autorizzata sia scindibile, così da poter essere oggetto di distinti progetti e realizzazioni, ma non nel caso che riguardi una realizzazione unitaria, rispetto alla quale l'annullamento non può che essere del titolo nella sua interezza (38).

Oltretutto, è parte della stessa giurisprudenza richiamata dalla pronuncia della sezione remittente a ricordare non solo la distinzione tra operatività *ex tunc* della decadenza e liceità di quanto già realizzato, da un lato, ed autonomia e scindibilità delle opere incomplete, dall'altro, ma anche la subordinazione della prima condizione alla seconda (39).

Anche l'argomentazione giustificativa della Plenaria che fa leva sulla durata temporale limitata del permesso di costruire è pienamente conforme alle pregresse acquisizioni giurisprudenziali del Consiglio di Stato sull'art. 15, d.P.R. n. 380 del 2001 (40).

(34) In tal senso, "il rilascio di un permesso di costruire riferito soltanto a talune delle opere realizzate e l'amministrazione riscontri l'esistenza di altre opere abusive, non scomponibili in progetti scindibili, ma funzionalmente connesse al perseguimento di uno scopo unitario, l'ente procedente non può accogliere una domanda riguardante singole opere, dovendo aversi riguardo al complessivo intervento all'uopo realizzato" (Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2020, n. 1848, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

(35) Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 4 ottobre 2019, n. 233; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 17 maggio 2019, n. 487; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 18 luglio 2018, n. 4768; T.A.R. Veneto, Sez. II, 7 marzo 2018, n. 261; T.A.R. Toscana, Sez. III, 18 maggio 2016, n. 862, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(36) Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. IV, 21 marzo 2024, n. 1050; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 4 luglio 2023, n. 2229; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 25 gennaio 2021, n. 202; T.A.R. Liguria, Sez. I, 29 maggio 2013, n. 848, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(37) Cfr., *ex multis*, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 24 giugno 2024, n. 810; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 28 dicembre 2023, n. 1466; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 3 maggio 2022, n. 387; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 1° ottobre 2021, n. 818; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 23 luglio 2020, n. 3309; T.A.R. Toscana, Sez. III, 16 marzo 2020, n. 340; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 4 ottobre 2019, n. 233; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 17 maggio 2019, n. 487; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 18 luglio 2018, n. 4768; T.A.R. Veneto, Sez. II, 7 marzo 2018, n. 261; T.A.R. Marche, Sez. I, 3 aprile 2018, n. 215; T.A.R. Toscana, Sez. III, 18 maggio 2016, n. 862, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(38) Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2018, n. 1991 e Cons. Stato, Sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5598, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(39) In tal senso, "è sì vero il principio secondo cui l'inutile decorso del termine triennale d'efficacia del titolo edilizio, operando *ex tunc*, inibisca solo l'ulteriore corso dei lavori ma non determina l'illiceità di quanto già realizzato nella vigenza del titolo stesso, ma occorre che dette opere siano in effetti autonome e scindibili, rispetto a quelle da demolire" (Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2021, n. 1377, ord., cit.). Parimenti, "In generale, va ribadito che ai sensi dell'art. 15 d.P.R. n. 380/2001, l'inutile decorso del termine triennale d'efficacia del titolo edilizio comporta la decadenza dello stesso titolo per la parte non eseguita alla scadenza dei relativi termini e inibisce l'ulteriore corso dei lavori, ma non determina l'illiceità di quanto già realizzato nella vigenza del titolo stesso, purché dette opere siano autonome e scindibili rispetto a quelle da demolire" (Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2022, n. 5258, cit.). Ancora, "la mancata realizzazione della tettoia prevista su una porzione del contestato piazzale ha determinato solo la decadenza *in parte qua* della concessione edilizia originaria, circostanza, questa, che non inficia in alcun modo la legittimità dal punto di vista edilizio e urbanistico del piazzale. È infatti consolidato 'il principio secondo cui l'inutile decorso del termine triennale d'efficacia del titolo edilizio, operando *ex tunc*, inibisce solo l'ulteriore corso dei lavori ma non determina l'illiceità di quanto già realizzato nella vigenza del titolo stesso (cfr. di recente Cons. St., IV, 6 agosto 2019, n. 5588; id., VI, 19 dicembre 2019, n. 8605)', quando si tratti 'di opere autonome e scindibili, rispetto a quelle da demolire' (così Cons. Stato, Sez. VI, n. 5258/2022)" (T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 21 novembre 2023, n. 351, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

(40) In tal senso, "Giova ricapitolare i principi pronunciati dal Consiglio in materia di art. 15 TU edilizia: a) l'art. 15 d.P.R. n. 380/2001 riprende e adatta quel che già stabilivano il terzo, quarto e quinto comma dell'art. 4 della legge 28 gennaio 1977, n. 10 (Norme per la edificabilità dei suoli), e l'art. 31, undicesimo comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (Legge urbanistica). Nel delimitare l'arco temporale di validità dei titoli edilizi, la normativa statale detta standard uniformi e si rivela di cruciale importanza in un ordinato governo del territorio, che non può tollerare difformità tra Regioni con riguardo all'aspetto prioritario della durata e dell'efficacia dei titoli edilizi (Corte cost., 28 gennaio 2022, n. 24); b) in materia urbanistico-edilizia, la proroga del titolo edilizio presenta carattere derogatorio rispetto al sistema e, non a caso, può essere consentita nei soli casi previsti dall'art. 15 del d. P.R. n. 380/2001. Disposizione, quest'ultima, che individua l'ambito applicativo dell'istituto contemplando anche una serie di fattispecie accomunate dalla circostanza che la necessità di disporre di un tempo più lungo di quello ordinario per completare i lavori dipende sempre da ragioni oggettive non imputabili al titolare del permesso di costruire (Cons. Stato, Sez. IV, 24 aprile 2023, n. 4133); c) i fatti sopravvenuti estranei alla volontà del titolare del permesso possono consistere nel *factum principis* o in altri casi di forza maggiore (Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 2021, n. 5385); d) gli impedimenti e i ritardi, pertanto, non devono essere imputabili al titolare del permesso di costruire non potendosi configurare una sospensione dei termini rimessa a mere scelte di opportunità imprenditoriale (Cons. Stato, Sez. IV, 14 marzo 2022, n. 1769)". Coerentemente, "la durata limitata nel tempo dei titoli edificatori costituisce un principio cardine dell'intero sistema della disciplina urbanistica ed edilizia, il quale risponde, non solo all'esigenza di assicurare la realizzazione entro tempi certi delle trasformazioni assentite con il titolo abilitativo, prevenendo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

È chiaro poi che la nozione di "opere non ultimate" accolta dalla pronuncia in commento con valenza generale riprende quella già presente nelle varie leggi di sanatoria (41), pur con le inevitabili differenze legate alle esigenze normative condonistiche (42). Del resto, il requisito della funzionalità è richiesto anche per la concessione del condono straordinario alle opere non completate in base alle singole leggi di sanatoria (43). In realtà, l'art. 15, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, non fornisce particolari indicazioni sulla nozione di ultimazione dei lavori, per cui la giurisprudenza ha dovuto osservare che un'opera può dirsi effettivamente completata qualora essa sia idonea allo scopo per il quale è stata progettata, ovvero se siano state eseguite tutte le parti strutturali di cui essa si compone, vale a dire non solo le

situazioni di degrado legate alla presenza di costruzioni non ultimate, ma anche alla necessità di tutelare l'interesse pubblico a consentire soltanto quelle sole trasformazioni del territorio che corrispondono alle esigenze attuali della collettività, quindi individuate dalla pianificazione urbanistica vigente. Questa esigenza verrebbe o potrebbe essere vanificata dal protrarsi a tempo indeterminato dei lavori di realizzazione degli interventi edilizi" (Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2023, n. 11197, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*). Similmente, "per giurisprudenza costante di questo Consiglio la durata limitata nel tempo dei titoli edificatori costituisce un principio cardine dell'intero sistema della disciplina urbanistica. Si tratta, infatti, di una regola che risponde non solo all'esigenza di assicurare la realizzazione entro tempi certi delle trasformazioni assentite con il titolo edilizio, prevenendo situazioni di degrado legate alla presenza di costruzioni non ultimate, ma anche alla necessità di tutelare l'interesse pubblico a consentire quelle sole trasformazioni del territorio che corrispondono alle esigenze attuali della collettività, quali individuate dalla pianificazione urbanistica vigente. Esigenza, questa, che verrebbe irrimediabilmente frustrata dalla possibilità del protrarsi a tempo indeterminato dei lavori di realizzazione degli interventi edilizi, una volta che le trasformazioni assentite siano ritenute non più rispondenti all'interesse pubblico. In tale prospettiva, la proroga del titolo edilizio presenta carattere derogatorio rispetto al sistema e, non a caso, può essere consentita nei soli casi previsti dall'art. 15 d.P.R. n. 380 del 2001. Disposizione, quest'ultima, che individua l'ambito applicativo dell'istituto contemplando, come ricordato, anche una serie di fattispecie accomunate dalla circostanza che la necessità di disporre di un tempo più lungo di quello ordinario per completare i lavori dipende sempre da ragioni oggettive non imputabili al titolare del permesso di costruire (Cons. Stato, Sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1747; Sez. III, 2 marzo 2015, n. 1018; Sez. V, 28 maggio 2015, n. 2682)" (Cons. Stato, Sez. IV, 24 aprile 2023, n. 4133, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

(41) Così, ai sensi dell'art. 31, comma 2, L. 28 febbraio 1985, n. 47, per opere ultimate devono intendersi "gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura, ovvero, quanto alle opere interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando esse siano state completate funzionalmente". Tale disposizione, cioè, "prevede due criteri alternativi per la verifica del requisito dell'ultimazione (alla data del 1° ottobre 1983), rilevante ai fini del rilascio del condono: si tratta del criterio 'strutturale', che vale nei casi di nuova costruzione; e del criterio 'funzionale', che opera, invece, nei casi di opere interne di edifici già esistenti oppure di manufatti con destinazione diversa da quella residenziale. Quanto al criterio strutturale del completamento del rustico, per edifici 'ultimati', si intendono quelli completi almeno al 'rustico', espressione con la quale si intende un'opera mancante solo delle finiture (infissi, pavimentazione, tramezzature interne), ma necessariamente comprensiva delle tamponature esterne, che realizzano in concreto i volumi, rendendoli individuabili e esattamente calcolabili. La nozione di completamento funzionale implica, invece, uno stato di avanzamento nella realizzazione tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione; in altri termini l'organismo edilizio, non soltanto deve aver assunto una sua forma stabile nella consistenza planivolumetrica (come per gli edifici, per i quali è richiesta la c.d. ultimazione 'al rustico', ossia intelaiatura, copertura e muri di tompagno), ma anche una sua riconoscibile e inequivoca identità funzionale che ne connoti con assoluta chiarezza la destinazione d'uso" (Cons. Stato, Sez. VII, 12 giugno 2023, n. 5754, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*). Ne deriva che l'art. 43, comma 5, della medesima legge - secondo cui "Possono ottenere la sanatoria le opere non ultimate per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali limitatamente alle strutture realizzate e ai lavori che siano strettamente necessari alla loro funzionalità" - "va inteso nel senso che le 'strutture realizzate', necessitanti lavori di completamento funzionale, devono consistere in manufatti che abbiano acquistato una fisionomia tale da renderne riconoscibile il disegno progettuale e la destinazione e debbano solo essere completati ai fini della loro funzionalità (cfr. ad es. Consiglio di Stato Sez. VI, 09/01/2014, n. 39 e 27/06/2008, n. 3288). Ai fini della sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 43, comma 5, l. n. 47/1985 per l'ottenimento della sanatoria, per opere non ultimate devono intendersi quelle completate almeno al rustico, ossia mancanti solo delle finiture, ma necessariamente comprensive delle tamponature esterne che realizzino in concreto i volumi rendendoli individuabili ed esattamente calcolabili; per lavori attinenti alle strutture realizzate e che siano strettamente necessari alla loro funzionalità si intendono i soli lavori necessari per assicurare la funzionalità di quanto già costruito in modo tale da aver già acquistato una fisionomia tale da renderne riconoscibile il disegno progettuale e la destinazione e non lavori destinati ad integrare le opere con interventi edilizi che danno luogo di per sé a nuove strutture" (Cons. Stato, Sez. VI, 20 febbraio 2023, n. 1699, *ivi*). Conf. Cons. Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2022, n. 11110 e Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2022, n. 6325, *ivi*.

(42) In tal senso, "sul punto sostanziale dell'applicabilità della disposizione di cui all'art. 43, comma 5, della legge n. 47/1985 va rilevato che tale disposizione si riferisce chiaramente all'ipotesi in cui, contestualmente alla richiesta di sanatoria degli abusi commessi, l'interessato abbia necessità di completare funzionalmente le opere interrotte a causa di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali (p.es. un sequestro o un ordine di sospensione), per tale evenienza legittimando una nozione di 'ultimazione' degli abusi - per così dire - *più elastica* di quella adottata in via ordinaria" (Cons. Stato, Sez. II, 13 novembre 2020, n. 7006, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, corsivo non testuale). Del resto, come è noto, mentre "il 'rustico' è costituito dalla tamponatura priva di rifiniture, tale non può per certo essere il semplice 'scheletro' del fabbricato, costituito viceversa dai soli muri portanti e dai telai della costruzione" (Cons. Stato, Sez. II, 2 aprile 2020, n. 2242, *ivi*).

(43) In tal senso, "per insegnamento pretorio assolutamente costante e condivisibile 'Ai sensi degli artt. 43 comma 5, l. 28 febbraio 1985, n. 47 e 39, l. 23 dicembre 1994, n. 724, in sede di condono straordinario è consentito il completamento delle sole opere già funzionalmente definite [...], che si realizza quando si è in presenza di uno stato di avanzamento nella realizzazione del manufatto tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione; in altri termini, l'organismo edilizio deve aver assunto una sua forma stabile ed una adeguata consistenza planovolumetrica, come per gli edifici, per i quali è richiesta la c.d. ultimazione al rustico, ossia intelaiatura, copertura e muri di tompagno' (così Cons. Stato, Sez. IV, 28/06/2016, n. 2911" (Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2023, n. 5199, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fondamenta, le strutture portanti, la copertura, ma anche i muri perimetrali, le tramezzature interne, i solai, i pavimenti, gli infissi, con esclusione solamente degli impianti e delle rifiniture di carattere accessorio (44). Anche per la dottrina, in assenza di chiarimenti da parte del dettato normativo, la nozione può essere individuata utilizzando i criteri elaborati dalla giurisprudenza ai fini del condono edilizio, per cui può farsi riferimento indifferentemente sia al criterio strutturale, di esecuzione del rustico e completamento della copertura, che al criterio funzionale, più restrittivo (45), normalmente riferito alle ipotesi di condono edilizio, in base al quale il fabbricato dovrebbe risultare non solo completamente formato, ma anche potenzialmente idoneo a svolgere le funzioni cui lo destina il progetto approvato (46).

D'altra parte, anche interpretazioni estensive di matrice teleologica del testo unico si porrebbero in contrasto con la disciplina del termine di efficacia del permesso di costruire di cui all'art. 15, che, in applicazione del principio di autoresponsabilità, pone a carico del privato le conseguenze del mancato completamento dei lavori nel termine di legge a tal fine previsto, onerandolo della richiesta di rilascio di un nuovo permesso di costruire. Per questo, l'ultimazione di una costruzione iniziata ma non completata non potrebbe essere assimilata ad una ristrutturazione edilizia, perché implica una finalità non di ripristino, mediante ricostruzione di una realtà fisica preesistente, bensì di completamento di una realtà fisica mai venuta prima ad esistenza. In tal modo verrebbe snaturata la finalità di recupero insita nella ristrutturazione, annettendovi anche interventi di carattere innovativo dell'esistente. Il completamento delle opere iniziate e non completate nel termine di efficacia del titolo edilizio trova invece una propria autonoma disciplina nell'art. 15, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, che è estranea alla definizione di ristrutturazione edilizia di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), del medesimo decreto, e non giustifica - appunto - interpretazioni estensive di matrice teleologica (47). Peraltro, è chiaro che quanto detto non potrebbe valere per gli abusi realizzati su suoli di proprietà pubblica (48).

Semmai, è sulla nozione di "totale difformità" che la pronuncia in commento mostra la maggiore carica innovativa rispetto alle pregresse acquisizioni giurisprudenziali, propense ad identificare il concetto di "volumi edilizi oltre i limiti", di cui alla seconda parte dell'art. 31, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001, come "volumi aggiuntivi".

Ad onta del fatto che "[L]a nozione di totale difformità è ben delineata dal testo unico dell'edilizia" (49), la giurisprudenza non mostra infatti una particolare elasticità sul punto. In effetti, diversamente dal

(44) Cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. II, 4 aprile 2007, n. 1396, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*. Sul punto cfr. A. Senatore, *La decadenza dal permesso a costruire: decorrenza e proroga dei relativi termini*, in questa *Rivista*, 2014, 460 ss., 464.

(45) Per giurisprudenza consolidata, la nozione di ultimazione delle opere, cui occorre far riferimento ai fini dell'applicabilità della disciplina sul condono edilizio, ruota attorno al concetto di "completamento funzionale", coincidendo con l'esecuzione del rustico (da intendersi come muratura priva di rifinitura e da non confondere con lo scheletro, le pareti esterne non potendo considerarsi mere rifiniture) e il completamento della copertura (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2011, n. 5625 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 23 febbraio 2004, n. 1674, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*). Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 1 giugno 2012, n. 2612, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, secondo cui - premesso che con l'espressione "completamento funzionale" deve intendersi una situazione per cui le opere, pur non perfette nelle finiture, possano dirsi individuabili nei loro elementi strutturali e con caratteristiche necessarie e sufficienti ad assolvere la funzione cui sono destinate - ai fini dell'applicabilità della normativa in materia di condono edilizio, la locuzione "ultimazione" riferita alle opere abusive va intesa in senso funzionale, con riguardo cioè al momento in cui l'immobile ha acquisito caratteristiche oggettivamente e univocamente idonee alla nuova destinazione, anche se i lavori non risultino completati con gli interventi di finitura.

(46) Cfr. De Nictolis - Grassi, *op. cit.*, 416; A. Mandarano, *Art. 15*, in G. De Marzo (a cura di), *L'attività edilizia nel Testo unico. Concessione, denuncia di inizio attività, certificato di agibilità. Commentario*, Milano, 2003, 185 ss., 186 s.; F. Saitta, *Efficacia e decadenza del permesso di costruire*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, II, 588 ss., 596.

(47) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 6 agosto 2019, n. 5589, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(48) In tal senso, di fronte al rilievo che tali abusi "sarebbero comunque opere minori, ossia abusi per i quali sarebbe irrogabile esclusivamente una sanzione pecuniaria e non quella demolitoria / ripristinatoria di cui agli artt. 35 del D.P.R. n. 380/2001 [...]. Infatti, le opere realizzate non costituiscono una ristrutturazione edilizia o comunque un'opera soggetta a permesso di costruire o alla scia alternativa di cui all'art. 23, comma 1, D.P.R. n. 380/2001, né una variazione essenziale o una modifica sostanziale rispetto a quanto autorizzato", il Consiglio di Stato, richiamo la propria pregressa giurisprudenza, ha anche di recente ribadito l'infondatezza della censura, perché "l'abuso realizzato su suolo di proprietà dello Stato determina l'applicazione dell'art. 35, d.P.R. n. 380/2001 che, in tale ipotesi, prevede quale unica ed esclusiva conseguenza la demolizione a spese del responsabile. La norma non contempla alcuna ipotesi alternativa alla demolizione, essendo evidentemente preordinata a evitare l'indebito utilizzo del bene demaniale per cui, nei casi di edificazione *contra legem*, non occorre alcun accertamento ulteriore e occorre verificare solo che trattasi di suolo di proprietà pubblica e che nessun titolo è stato rilasciato. Pertanto, dall'abusività dell'opera scaturisce con carattere vincolato l'ordine di demolizione, che in ragione di tale sua natura non esige una specifica motivazione o la comparazione dei contrapposti interessi, né deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento o tenere conto del lasso di tempo intercorso (Cons. St., Sez. VII, n. 6011 del 19 giugno 2023)" (Cons. Stato, Sez. VII, 19 febbraio 2024, n. 1653, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

(49) T.A.R. Liguria, Sez. I, 23 giugno 2016, n. 725, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

trattamento sanzionatorio degli abusi meno gravi, con riferimento alle ipotesi di interventi eseguiti in totale difformità - così come in assenza di permesso di costruire o con variazioni essenziali -, la sanzione della demolizione e della riduzione in pristino è ritenuta l'unica applicabile, quale strumento per garantire l'equilibrio urbanistico violato (50).
Ricorrente è quindi l'affermazione che nella nozione di totale difformità rientrano opere viziate "per l'esecuzione di volumi edilizi ben oltre i limiti indicati nell'originario progetto" (51).
Così, in caso di costruzione di una pluralità di manufatti non riconducibili all'unico corpo di fabbrica assentito dal comune con il permesso di costruire rilasciato, si ammette la presenza di nuove costruzioni - che avrebbero quindi necessitato del preventivo rilascio di un permesso di costruire, avendo radicalmente alterato l'assetto edilizio preesistente, con conseguente aggravio del carico urbanistico - quando le opere hanno comportato la creazione di superfici e volumi ulteriori - e non solo diversi - da quelli assentiti con il progetto di cui al permesso di costruire (52).
Similmente, per la qualificazione come pertinenza di un'area aggiuntiva rispetto a quella assentita, si esclude la totale difformità dell'opera principale rispetto al permesso di costruire solo quando l'opera asseritamente pertinenziale, tra i propri requisiti, ha anche quello di non occupare aree e volumi ulteriori rispetto a quelli interessati dalla *res principalis* (53).
Analogamente, esula dalla nozione di totale difformità una modifica costruttiva che abbia comportato un contenuto aumento planivolumetrico della consistenza dell'unità immobiliare assentita, per rientrare nel concetto di parziale difformità, con conseguente illegittimità della sanzione demolitoria di cui all'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, e applicabilità invece della sanzione pecuniaria di cui all'art. 34 del medesimo decreto (54).
Più in generale, la totale difformità si verifica allorché si realizzi un *aliud pro alio* rispetto alla costruzione progettata, e cioè qualora siano ravvisabili opere non rientranti tra quelle consentite, che abbiano una loro autonomia e novità - oltre che sul piano costruttivo - anche su quello della valutazione economico-sociale, e può riconnettersi sia alla costruzione di un corpo autonomo sia all'effettuazione di modificazioni, ma pur sempre con un intervento incidente sull'assetto del territorio attraverso l'aumento del carico urbanistico (55). Del resto, il riferimento dell'art. 31, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001, alla "autonoma utilizzabilità" non impone che il corpo difforme sia fisicamente separato dall'organismo edilizio complessivamente autorizzato, ma ben può riguardare anche opere realizzate con una "difformità quantitativa" tale da acquistare una sostanziale autonomia rispetto al progetto approvato (56).
Nella nozione di totale difformità anche la dottrina ha tradizionalmente inteso la realizzazione di volumi ulteriori rispetto a quelli oggetto del titolo rilasciato (57).
Non diversa è poi la posizione della giurisprudenza penale. In relazione al previgente art. 7, comma 1, L. n. 47 del 1985, secondo cui "[S]ono opere eseguite in totale difformità dalla concessione quelle che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto della concessione stessa, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile" - la cui seconda parte è identica a quella dell'art. 31, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo cui "[S]ono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire [...] l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile", la Cassazione ha da tempo chiarito si ha totale difformità dalla concessione edilizia nel caso in cui vi sia "eccedenza volumetrica", creazione di un organismo edilizio o di parte di esso, rilevanza specifica dell'opera e sua autonoma utilizzabilità. Questi elementi devono, per dare luogo ad una delle due ipotesi di difformità legislativamente disciplinate, sussistere tutti

(50) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 marzo 2022, n. 2273, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.
(51) T.A.R. Marche, Sez. I, 1° febbraio 2008, n. 34, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.
(52) Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 16 novembre 2020, n. 12035, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.
(53) Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 3 agosto 2023, n. 2452 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 16 aprile 2015, n. 2184, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.
(54) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 29 luglio 2022, n 5119, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.
(55) Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 30 giugno 2022, n. 4401; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 21 luglio 2020, n. 3214; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 19 febbraio 2019, n. 934; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 10 dicembre 2018, n. 7060; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 13 luglio 2017, n. 1207, tutte, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.
(56) Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 26 marzo 2019, n. 508; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 5 dicembre 2018, n. 1828; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 1° giugno 2017, n. 2931, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.
(57) Cfr., ad esempio, F. Vetrò, *Art. 31*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, III ed., Milano, 2015, 749 ss., 756.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contemporaneamente. La "rilevanza specifica" va interpretata nel senso che non ogni superamento dei limiti volumetrici configura il reato *de quo*, ma soltanto quella che abbia una notevole consistenza. All'uopo il giudice deve avvalersi di un duplice criterio, e cioè sia di una valutazione assoluta ed oggettiva, che di altra relativa alla struttura realizzata. L'"autonoma utilizzabilità" poi non vuol dire che il corpo eseguito sia fisicamente separato, ma soltanto che dia luogo ad una eccedenza, la quale non si stemperi nella globalità dell'organismo, ma conduca alla creazione di una struttura precisamente individuabile e suscettibile di un uso indipendente, anche se l'accesso allo stesso sia possibile esclusivamente attraverso lo stabile principale (58).

In ogni caso, anche sotto questo profilo il risultato cui giunge la Plenaria non è del tutto avulso - nelle premesse - dalla giurisprudenza pregressa. In tal senso, mentre il concetto di "parziale difformità" presuppone che un determinato intervento costruttivo, pur se contemplato dal titolo autorizzatorio rilasciato dall'autorità amministrativa, venga realizzato secondo modalità diverse da quelle consacrate a livello progettuale, per cui il metodo valutativo utilizzabile per individuarlo ha carattere analitico, quello di "totale difformità" è ancorato, più che al raffronto tra la singola difformità e le previsioni progettuali dell'intervento edilizio, alla comparazione sintetica tra l'organismo progettato e quello scaturente dalla complessiva attività di edificazione, fondandosi quindi su di una valutazione di sintesi correlata alla omogeneità o meno del risultato complessivo dell'attività edilizia rispetto a quello preventivato in fase di assenso amministrativo (59).

Nondimeno, anche prescindendo dall'accezione prevalente di totale difformità, in relazione alla decadenza del permesso di costruire nella pregressa giurisprudenza si registra una copiosa casistica su profili quali la necessità o meno di un provvedimento formale che la sancisca, i presupposti in base ai quali è possibile ottenere una proroga, la facoltà del privato concessionario di ultimare i lavori attraverso il rilascio di un nuovo titolo abilitativo, le ipotesi di *factum principis* o di causa di forza maggiore - in cui, nonostante il decorso del termine finale, la decadenza non opera e il titolare del permesso di costruire può proseguire i lavori, la facoltà del proprietario - una volta divenuto inefficace il titolo abilitativo - di richiedere un nuovo permesso al fine di portare a termine l'opera, ecc. Si tratta, come si vede, di ipotesi tutte in cui viene dato per indiscussa, quasi sottintesa, la volontà del titolare del permesso di costruire di ultimare l'opera solo iniziata, mentre manca del tutto un approfondimento in relazione alle ipotesi in cui questa volontà non sussista, lacuna che si ritrova pedissequamente anche a livello dottrinale (60).

In effetti, la dottrina che si è occupata *funditus* della questione in esame è estremamente scarsa. Ancora alla metà del decennio passato, si constatava che il fenomeno delle conseguenze della decadenza del permesso di costruire sul "non finito architettonico" sino ad allora non era stato oggetto di adeguati approfondimenti di carattere giuridico (61), situazione che è continuata invariata fino all'odierna presa di posizione della Plenaria.

Nondimeno, i rari approfondimenti emersi sembrano preannunciare la tesi della Plenaria, pur senza operare le utili differenziazioni riconosciute da questa.

In tal senso, anzitutto, l'art. 42 Cost. non attribuisce al diritto di proprietà il carattere dell'inviolabilità assoluta, ma ne consente l'apposizione di limiti - sia pure con riserva di legge - strumentali al conseguimento di funzioni sociali, astraendolo dalla sua mera dimensione personale (62). Nel quadro normativo costituzionale lo statuto della proprietà si distingue quindi rispetto al passato proprio perché basato su un rapporto non più bilaterale "individuo-bene" ma trilaterale "individuo-bene-società". Riconoscendo alle amministrazioni e ripartendo tra le stesse competenze in materia di governo del territorio, inclusive della possibilità di esercitare poteri conformativi della proprietà, la Costituzione repubblicana ha reso il diritto di proprietà funzionale al perseguimento di un dato interesse pubblico ritenuto prevalente, sia esso l'ambiente, la sicurezza, il paesaggio, l'igiene, il decoro urbano, ecc. Si tratta di una conclusione su cui convergono tanto la

(58) Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 23 aprile 1990, n. 5891, in *Riv. giur. edil.*, 1991, I, 1185. Similmente, "Ai sensi della definizione, offerta dall'art. 7, 1 comma, L. 28 febbraio 1985, n. 47, di opere eseguite in *totale difformità* dalla concessione (la cui realizzazione concretizza il reato previsto dal successivo art. 20, lett. *b)*, detta fattispecie viene a prospettarsi quando si costruisce qualcosa di nuovo rispetto al provvedimento amministrativo e che ha una sua autonomia e funzionalità tale da potere essere considerato a sé stante, ovvero quando sono stati realizzati lavori *nuovi o aggiuntivi* rispetto a quelli per cui fu data la concessione, rispetto ai quali, se considerati autonomamente, sarebbe stata necessaria la concessione edilizia" (Cass. Pen., Sez. III, 25 novembre 2008, n. 47108, in *Riv. giur. edil.*, 2009, I, 352).

(59) Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 30 giugno 2022, n. 4401; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 1° giugno 2021, n. 3678; Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2018, n. 2337; Cons. Stato, Sez. IV, 13 novembre 2017, n. 5204, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(60) Cfr. Calabrò, *op. cit.*, 237-238.

(61) In tal senso cfr. Calabrò, *op. cit.*, 230.

(62) *Id.*, 231 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giurisprudenza amministrativa (63) quanto, ancor prima, quella costituzionale (64). Alla luce, quindi, della funzione sociale della proprietà, va respinta la tesi che il permesso di costruire consenta al titolare di realizzare - delle opere assentite - anche solo una parte di esse, purché non eccedente i volumi complessivi autorizzati (65). In realtà, ciò che viene assentito non è un'astratta volumetria ma anche la finalità (residenziale, produttiva, ecc.) che essa è chiamata a soddisfare in ragione della funzione sociale riconosciutale (66).

In secondo luogo, la tesi minoritaria della giurisprudenza si appoggia solo sul tenore letterale dell'art. 15, comma 2, secondo periodo, d.P.R. n. 380 del 2001 - secondo cui, una volta decorso il termine di ultimazione dei lavori, il permesso decade di diritto "per la parte non eseguita" - che sembrerebbe "indiscutibilmente" imporre di ritenere quanto costruito come perfettamente legittimo, indipendentemente dal livello di avanzamento dei lavori (67). Tuttavia, essa si scontra con il dato letterale dell'art. 31, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001, dove l'edificazione di volumi ulteriori rappresenta solo una delle ipotesi di difformità assoluta dal titolo abilitativo. Al contrario, il riferimento della prima parte della disposizione alla diversità delle caratteristiche planovolumetriche o funzionali appare perfettamente compatibile con ipotesi di manufatti edificati solo parzialmente, e quindi inferiori dal punto di vista volumetrico al progetto originario, dovendosi un'opera qualificare come abusiva per totale difformità tutte le volte in cui il risultato finale consista in una struttura che non è in alcun modo riferibile a quella assentita (68).

In terzo luogo, la *ratio* dell'istituto della decadenza riposa sulla necessità di dare certezza temporale all'attività edilizia, per cui evitare che il titolare del permesso di costruire possa liberamente disporre dei tempi del proprio *ius aedificandi* è il solo mezzo per ottenere che le singole trasformazioni edilizie siano effettivamente funzionali anche alla tutela dell'interesse pubblico all'effettività della pianificazione urbanistica (69).

In quarto luogo, la tesi contraria parte dall'erroneo - per quanto implicito - presupposto che al titolare del permesso di costruire sia concessa la facoltà di realizzare ciò che desidera "purché entro un certo volume", mentre in realtà gli è solo accordata la possibilità di dare vita ad un'opera con caratteristiche fisiche e funzionali ben determinate (70).

In quinto luogo, opinare diversamente significherebbe ammettere che l'amministrazione avrebbe rilasciato il permesso di costruire anche acconsentendo a che il progetto originariamente presentato fosse poi quello realizzato nella forma del non finito architettonico, il che è palesemente assurdo (71).

In sesto luogo, dal momento che in base alla giurisprudenza integrano il concetto di abuso edilizio anche le opere realizzate discostandosi dalle clausole poste nel titolo (72), è chiaro che tra di esse non potrebbero non annoverarsi i termini di inizio e di ultimazione dei lavori (73).

In settimo luogo, già da tempo, ancor prima del testo unico dell'edilizia e sulla base della normativa

(63) In tal senso, "l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. In definitiva, il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contemperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti" (Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4731, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*). In termini analoghi cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, *ivi*. In effetti, la giurisprudenza riconosce che l'art. 42 Cost. "prima di statuire che la proprietà privata può essere sottoposta ad esproprio, sancisce il principio della funzione sociale di detta proprietà e dunque ammette che, senza ricorrere alla procedura di esproprio, essa possa essere urbanisticamente conformata, per fini di interesse generale, nell'esercizio degli ampi poteri che la legislazione urbanistica attribuisce agli enti locali" (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 12 gennaio 2012, n. 98, *ivi*). Similmente, "La funzione sociale della proprietà, in stretto raccordo con l'articolo 2 della Carta fondamentale, impone a tutti i cittadini l'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà economica e sociale, che ben possono giustificare limiti al diritto di proprietà a fronte di interessi pubblici meritevoli di tutela. Essa esprime, accanto alla somma dei poteri attribuiti al proprietario nel suo interesse, il dovere di partecipare alla soddisfazione di interessi generali, nel che si sostanzia la nozione stessa del diritto di proprietà come viene modernamente intesa e come è stata recepita dalla nostra Costituzione" (Cons. Stato, Sez. I, 8 febbraio 2023, n. 183, par., *ivi*).

(64) In tal senso, la funzione sociale della proprietà può giustificare per l'interesse pubblico anche ragionevoli limiti ablatori di certe utilità economiche, purché non assumano carattere espropriativo. Ne deriva che un determinato interesse pubblico prevalente può giustificare la normazione conformativa del contenuto dei diritti di proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale, per cui anche la riserva di legge stabilita dall'art. 42 Cost. può trovare attuazione anche in leggi regionali, nell'ambito, si intende, delle materie indicate dall'art. 117 (cfr. Corte cost. 31 maggio 2000, n. 164, punto n. 4 del cons. in dir., in *www.giurcost.org*).

(65) Cfr. Calabrò, *op. cit.*, 234.

(66) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2000, n. 1755, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*. Sul punto cfr. Calabrò, *op. cit.*, 239.

(67) Cfr. Calabrò, *op. cit.*, 238.

(68) *Id.*, 240.

(69) *Id.*, 239.

(70) *Ibid.*

(71) *Ibid.*

(72) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 agosto 2013, n. 4241, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(73) Cfr. Calabrò, *op. cit.*, 239 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

previgente, il Consiglio di Stato aveva chiarito che, nella misura in cui la normativa di legge impone al titolare della concessione edilizia di richiederne una nuova per i lavori che non siano stati ultimati nel termine stabilito, sancisce in tal modo sia implicitamente l'automaticità della perdita di efficacia della concessione che - soprattutto, per quanto qui rileva - l'illiceità delle opere compiute dopo la sua scadenza (74).

Infine, in un contesto di endemica crisi dell'edilizia, non bisognerebbe pensare al non finito architettonico come ad un problema ma ad una risorsa per l'amministrazione comunale. Quest'ultima, infatti, una volta acquisita l'area al patrimonio comunale, potrebbe decidere di non demolire l'opera e - con un limitato investimento di risorse pubbliche - ultimare essa stessa i lavori, realizzando un edificio pubblico da adibire ad attività di interesse generale, nel rispetto del disegno complessivo di sviluppo del territorio. Alternativamente, ove la normativa lo consenta - e, ora, ove risultino applicabili i principi di diritto affermati dalla Plenaria, anche in relazione alle ipotesi sanzionatorie diverse dalla demolizione - l'amministrazione potrebbe optare per un adeguato differimento dell'esercizio del potere sanzionatorio, ovvero per la stipula di una convenzione con il privato interessato, al fine di venire incontro alle sue esigenze consentendogli la modifica della destinazione d'uso dell'immobile, contestualmente alla cessione al pubblico di parte dell'opera per la realizzazione di impianti e servizi di interesse pubblico (75).

Non manca infine, in dottrina, anche chi ha intravisto nella pronuncia in commento un trampolino di lancio affinché la Cassazione amplifichi la fattispecie penale della mancata conclusione dei lavori nei termini, con la conseguente applicazione della sanzione prevista dall'art. 44, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 380 del 2001. In tal senso, anche quando, nel caso di mancata ultimazione dell'opera autorizzata nel termine fissato dal titolo edilizio, la condotta illecita dell'edificazione abusiva trasmuta da quella commissiva - collegata ai lavori - a quella omissiva - insorgente con la loro interruzione e la mancata rimozione del non finito architettonico -, la necessità di applicare non solo la sanzione amministrativa di cui all'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, ma anche quella penale di cui all'art. 44 del medesimo decreto, discende dal fatto che - come ampiamente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa -, il consapevole mantenimento *in loco* di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del privato contraria al quadro giuridico di riferimento (76) e *contra legem* (77), posto che l'ordinamento tutela l'affidamento solo se sia incolpevole, mentre la realizzazione e il consapevole mantenimento *in loco* di un'opera abusiva, foss'anche per mera inerzia del proprietario, non ne giustifica in alcun caso il mantenimento (78). Del resto, come si evince dal tenore dell'art. 15, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, la condotta omissiva di edificazione abusiva non è punibile solo qualora la mancata ultimazione delle opere assentite dipenda da cause estranee alla volontà del concessionario - verificabili anche dall'autorità penale, in ispecie al fine di accertare se l'amministrazione concedente la proroga agisca *secundum legem* - e questi si adoperi, prima della scadenza, a chiedere la proroga del termine di conclusione dei lavori. Oltretutto, la posizione assunta dalla Plenaria è perfettamente in sintonia con il concetto di urbanistica quale fissato dall'art. 80, d.P.R. n. 616 del 1977 (79), per cui, fino a quando una costruzione non ultimata impegna il territorio, questo viene usato in violazione della disciplina urbanistica, la quale impone che tutto sia ordinato e mantenuto tale. Di qui l'auspicio che, alla luce della sentenza in commento, la giurisprudenza penale di legittimità rimeditи in senso più stringente il concetto di momento di cessazione della condotta illecita nell'abuso edilizio in chiave di protezione ambientale, di decoro urbano, di tutela del patrimonio culturale e di igiene dell'abitato (80).

Prescindendo da considerazioni penalistiche, che esulano dalla presente prospettiva, è certo che la soluzione raggiunta dalla Plenaria appare anche pienamente collimante con la pregressa giurisprudenza costituzionale, atteso che "l'avente diritto può solo costruire entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici" (81).

(74) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2000, n. 1755, cit. Sul punto cfr. Calabrò, *op. cit.*, 239.

(75) Cfr. Calabrò, *op. cit.*, 239.

(76) Cfr. Cons. Stato, Sez. I, 12 luglio 2019, n. 2032 (par.), in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(77) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 4580, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(78) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 agosto 2019, n. 5755, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

(79) "Le funzioni amministrative relative alla materia urbanistica concernono la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente".

(80) Cfr. M. Grisanti, *È da rimeditare l'acquisito concetto di momento di cessazione della condotta illecita nell'abuso edilizio*, in *www.lexambiente.it*, 1° agosto 2024.

(81) Corte cost. 30 gennaio 1980, n. 5, punto n. 4 del cons. in dir., in *www.giurcost.org*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Principio di segretezza dell'offerta

Consiglio di Stato, Sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789 - Pres. Contessa - Est. Marzano - RTI Soc. Costruzioni P. S.r.l. c. Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro/MIUR; Sa.Mi. S.r.l.

Il principio di segretezza delle offerte, di cui è espressione il divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica, non va inteso in senso assoluto, dovendosi invero verificare in concreto se vi sia stata commistione tra elementi dell'offerta tecnica ed economica.

I principi del risultato e della fiducia, applicabili anche alle procedure di gara indette nella vigenza del precedente codice dei contratti in quanto principi aventi valenza ricognitiva di canoni generali immanenti dell'ordinamento, funzionalizzano l'esercizio della discrezionalità amministrativa verso il miglior risultato possibile ed ostano pertanto ad una gestione della procedura di gara improntata ad eccessivo formalismo ed eccessiva rigidità della piattaforma informatica.

Non può parlarsi di provvedimento "plurimotivato" allorché in esso si richiama, quale motivazione ulteriore, una motivazione "*per relationem*" che in realtà manca in radice, per la mancanza dei requisiti minimi per cui possa integrarsi il rinvio (nella specie il T.A.R. aveva tratto un'ulteriore motivazione, in realtà mancante - relativa alla presunta incompletezza dell'offerta - dalla relazione del RUP il cui contenuto non era stato riversato né richiamato nel provvedimento impugnato, se non limitatamente all'affermazione che il RUP condivideva il parere dell'Avvocatura di Stato circa l'asserita violazione del principio di segretezza delle offerte).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Sull'immanenza dei principi del risultato e della fiducia: Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2024, n. 7573.
Difforme	Parzialmente difforme rispetto al ricorso del *link* "*we transfer*" e rispetto del principio di segretezza: T.A.R. Puglia, Sez. III, 3 aprile 2024, n. 401.

Il Consiglio di Stato (*omissis*)

Fatto e Diritto

(*omissis*)

7.1. Le doglianze di parte appellante risultano fondate innanzitutto in fatto.

7.1.1. Non è contestato, in punto di fatto, che la stazione appaltante abbia modificato il disciplinare con DDG n. 56 del 16 gennaio 2023, sostituendo integralmente il paragrafo "16.2 Busta telematica B - Offerta tecnica" ed è stato integrato il paragrafo "16.3 Busta telematica C - Offerta Economica ed Offerta a Tempo": con tali modifiche, diversamente da quanto inizialmente stabilito, è stato richiesto ai partecipanti il deposito, a pena di esclusione, nella busta "B", di un "progetto definitivo redatto ai sensi dell'art. 23, comma 7, del codice e costituito dagli elaborati previsti dagli artt. 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 e 32 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207", laddove, nella prima versione, il disciplinare richiedeva di caricare sulla piattaforma soltanto una bozza di progetto, "dovendo essere sviluppato a seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto un completo progetto esecutivo da sottoporre all'approvazione degli organi della Stazione appaltante".

Parimenti non è contestato, in punto di fatto, che la stazione appaltante non ha previsto l'aumento della capienza di MB *in upload*, che sarebbe stato necessario o, quanto meno, opportuno in dipendenza della disposta modifica del disciplinare, consistente nella richiesta di allegare un vero e proprio progetto definitivo: il limite della capienza è, infatti, rimasto fissato in 100 MB.

Infine non è contestata la tempistica descritta dal RTI appellante, quanto a: orario di inizio dell'*upload* dell'offerta, tempestività della segnalazione al RUP di insufficienza della capienza di 100 MB per cartella, orario di apertura del *ticket* sulla piattaforma, assenza di riscontro al RTI segnalante sul punto, tempestività della trasmissione dell'offerta di gara (10 marzo 2023, ore 17:59).

Su tale ultimo punto, va chiarito che risulta smentita dai fatti l'affermazione della difesa erariale, contenuta nella memoria del 12 aprile 2024, secondo cui "Non vi è contestazione sulla circostanza che il costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese COSTRUZIONI P. S.R.L. - R. COSTRUZIONI S.R.L. - CO.E.S. ha presentato l'offerta oltre il termine ultimo fissato dal bando, adducendo un malfunzionamento della piattaforma informatica U-BUY" (così testualmente alla pag. 4).

Dalla documentazione in atti risulta, infatti, l'esatto contrario.

È smentita anche la tesi del malfunzionamento tecnico, dal momento che il problema che l'appellante ha tempestivamente segnalato non è di malfunzionamento bensì di incapienza.

7.1.2. I profili che non convergono nella ricostruzione dei fatti sono: l'orario in cui è stato disposto l'aumento del limite di *upload* dei file, che la stazione appaltante assume essere intervenuto prima delle ore 18:00 del 10 marzo 2023, mentre l'appellante sostiene essere avvenuto solo alle ore 18:19, quando oramai era spirato il termine di presentazione delle offerte; la presenza, nel manuale di utilizzo e di presentazione delle offerte telematiche, la cui

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

consultazione era prescritta dall'art. 3 del disciplinare, di indicazioni circa la necessità di effettuare un *refresh* dell'applicativo dopo eventuali modifiche.
7.1.3. L'attenzione del Collegio si deve soffermare innanzitutto sui suddetti due profili in fatto.
7.1.3.1. Quanto al primo profilo, dalla documentazione allegata al fascicolo di primo grado (allegato 6 "*ticket* telefonico" dell'Università), risulta che il sig. A.F., tecnico del Cineca che ha "preso in carico" il *ticket* su segnalazione di P. alle ore 17:34 del 10 marzo 2023, ha comunicato sullo stesso portale "Aumentato il limite di *upload* dei file da parte degli operatori economici su Portale Appalti. Limite singolo file 200MB limite busta 1000Mb. A. Lo stato della tua richiesta è cambiato in Risolto con risoluzione Complete", soltanto alle ore 18:19 del 10 marzo 2023, ossia quando il termine per caricare l'offerta era ormai spirato.
Non risultano in atti comunicazioni inviate a P., con qualunque mezzo, prima dello spirare del suddetto termine, recanti né la notizia dell'intervenuto aumento, né l'indicazione di altre possibili soluzioni: pertanto non può essere condivisa la tesi della difesa erariale secondo cui "Per ovviare all'inconveniente tecnico la concorrente decideva, autonomamente e senza alcuna manifestazione di consenso da parte dell'Università" di trasmettere "al responsabile unico del procedimento tutta la documentazione progettuale tecnica tramite il diverso supporto informatico weTransfer".
Ciò che emerge dagli atti è che la concorrente, come già detto, non ha ricevuto alcun riscontro da parte del RUP.
La difesa dell'amministrazione sostiene che la ricorrente avrebbe fatto riferimento ad un "malfunzionamento" a pag. 7 del ricorso introduttivo: tuttavia, come è agevole rilevare dalla lettura del suddetto ricorso, *ivi* la ricorrente non ha mai menzionato alcun "malfunzionamento" avendo invece riferito, a pag. 7, che "proprio al fine di garantire la completezza dell'offerta il R.T.I. - dopo avere segnalato al RUP l'impossibilità ad inoltrare per intero l'offerta tecnica e richiesto un intervento tecnico - in assenza di positivo riscontro, ha generato, a mezzo WeTransfer, un *link* (contenente 3 elementi per un peso totale di 200 MB) sì da consentire all'amministrazione di scaricare l'intero contenuto della Busta B - Offerta Tecnica".
Risulta, pertanto, inconferente anche il richiamo, effettuato dalla difesa erariale, all'art. 79 del d.lgs. n. 50 del 2016.
7.1.3.2. Quanto al secondo profilo, dalla lettura del manuale di utilizzo e di presentazione delle offerte telematiche, non risulta alcuna indicazione o *alert* ai concorrenti circa la necessità di effettuare alcun "*refresh*" dell'applicativo dopo eventuali modifiche apportate alla piattaforma.
7.1.4. Osserva il Collegio che, a fronte di tali dati oggettivi e incontestabili, l'amministrazione prima e il Tar dopo, hanno recepito del tutto acriticamente le affermazioni dell'operatore del Cineca A.F. (contenute nella email inviata in data 14 marzo 2023, alle ore 11:14, in risposta alla richiesta urgente del sig. G.L. dell'Area servizi tecnici e negoziali dell'Università), il quale riferisce di aver effettuato la modifica alle ore "17:30 circa" e che l'operatore, nell'ultimo tentativo, "è stato bloccato per il limite della busta in quanto la modifica non era stata recepita dall'operatore non avendo effettuato un *refresh* dell'applicativo".
Si tratta, a ben vedere, di affermazioni non solo indimostrate ma anche contrastanti con quanto risulta dagli atti di causa.
Infatti, tenuto conto che il *ticket* è stato "preso in carico" solo alle ore 17:34 è impossibile che la modifica (su segnalazione) sia stata effettuata alle ore 17:30; inoltre, come già detto, sul manuale in nessuna parte risulta segnalato che l'operatore è tenuto ad effettuare un "*refresh*" dell'applicativo dopo eventuali modifiche apportate al sistema.
Quindi le affermazioni dell'operatore del Cineca sono smentite dalla documentazione in atti, con la conseguenza che la relazione del RUP, ritualmente impugnata e censurata alla ricorrente in primo grado, sulla base della quale, a prescindere dalla sussistenza del contestato richiamo *per relationem*, è stato adottato il provvedimento di esclusione, poggia su presupposti di fatto inesistenti.
Ne discende che la sentenza impugnata, la quale ha sostanzialmente aderito alla tesi dell'amministrazione, riproducendone le motivazioni in fatto, va riformata.
7.2. Tanto chiarito in punto di fatto, le doglianze dell'appellante risultano fondate anche sotto ulteriori profili.
Il primo giudice ha affermato che la determinazione espulsiva è basata sul parere dell'Avvocatura dello Stato del 1 giugno 2023, nonché sulla relazione del RUP del 14 luglio 2023 e sui motivi in esso espressi, acquisiti dall'impugnato provvedimento mediante un rinvio agli stessi *per relationem*.
Tale affermazione non è condivisibile.
7.2.1. Osserva il Collegio che, nel provvedimento impugnato, non è rinvenibile alcun rinvio *per relationem* né al parere dell'Avvocatura dello Stato né alla relazione del RUP: tali documenti, infatti, non sono citati per essere chiamati ad integrare il contenuto motivazionale della decisione, né sono riportati per intero nel loro contenuto, né infine ad essi si fa rinvio in alcun modo.
Viceversa il provvedimento ne ha riportato in minima parte il contenuto, quanto al primo come segue: "VISTO il parere P-aoocz AL:2047/2023 del 01.06.2023 dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro, la quale, ... Relativamente al secondo Concorrente, l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro ha ritenuto di evidenziare il fatto che la concorrente ATI: Costruzioni P. S. r.l. (mandataria) - R. Costruzioni S.r.l. (mandante) CO.E. S. S.r.l. (mandante), con la trasmissione a mezzo pec dell'offerta tecnica, ha, di fatto, violato il principio di segretezza delle offerte e non può essere ammessa alla fase successiva della procedura selettiva".
Quanto alla relazione del RUP il provvedimento si limita ad affermare quanto segue: "VISTA la relazione del RUP che ha condiviso il parere espresso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro, argomentando sui motivi per cui a parere di quest'ultimo i Concorrenti SA.MI. s.r.l. e RTI

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

COSTRUZIONI P. S.R.L. - R. COSTRUZIONI S.R.L. - CO.E.S., per ragioni diverse, non possono essere ammessi alle successive fasi di gara".
Quanto riportato tra virgolette rappresenta l'unico supporto motivazionale del provvedimento di esclusione.
Pertanto la sentenza del Tar va riformata nella parte in cui afferma che il provvedimento impugnato avrebbe un contenuto "plurimotivato": invero il Tar ha tratto l'ulteriore, in realtà mancante, motivazione, ossia quella relativa alla presunta incompletezza dell'offerta, dalla relazione del RUP il cui contenuto non è stato in alcun modo riversato né "richiamato" nel provvedimento impugnato, se non limitatamente all'affermazione che il RUP ha condiviso il parere dell'Avvocatura circa l'asserita violazione del principio di segretezza delle offerte.
Così facendo il Tar ha, per la seconda volta, integrato la motivazione del provvedimento di fatto sostituendosi dell'amministrazione nell'assolvere all'onere motivazionale: la prima integrazione risiede nell'aver riportato (e avallato) la ricostruzione della tempistica degli accadimenti contenuta nella relazione del RUP, mutuata, come già visto acriticamente e senza alcuna verifica di attendibilità, dalla email del tecnico Cineca; la seconda integrazione è consistita nell'aver attribuito al provvedimento la paternità di una valutazione, quella concernente l'asserita incompletezza dell'offerta, che invece manca del tutto nel provvedimento ma è riconducibile alla sola relazione del RUP.
Deve, pertanto, essere accolta la censura con cui l'appellante contesta che il provvedimento impugnato sarebbe "plurimotivato".
7.3. Da quanto precede emerge l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità dell'appello, sollevata dalla controinteressata, secondo cui l'appellante non avrebbe impugnato il capo della motivazione della sentenza in cui si ritiene fondata la valutazione di incompletezza dell'offerta.
Come è stato innanzi rilevato, l'incompletezza dell'offerta è stata affermata dal Tar sul presupposto, del tutto errato, che il provvedimento dell'amministrazione sia plurimotivato: profilo, questo, che l'appellante ha espressamente contestato.
7.3.1. In ogni caso e per dovere di esaustività va rimarcato che, al netto di quanto si dirà e salva la valutazione che in concreto dovrà effettuare la stazione appaltante nel prosieguo della gara, l'offerta allo stato va considerata formalmente completa, essendo composta da quanto caricato sulla piattaforma U-Buy e da quanto generato, a mezzo WeTransfer, e trasmesso mediante invio via pec del *link* all'indirizzo protocollo@cert.unicz.it alle ore 17:48.
In proposito va osservato che il ricorso alle modalità telematiche di gara risponde alla ratio di snellire e velocizzare le procedure, riducendo gli adempimenti formali, promuovendo l'interazione tra stazione appaltante e concorrenti, in un'ottica di semplificazione e di leale collaborazione.
È del tutto contrario alla suddetta finalità, viceversa, utilizzare piattaforme telematiche strutturate in modo tale da rendere la presentazione dell'offerta una sorta di gara ad ostacoli.
D'altra parte, in disparte la considerazione che, a fronte dell'incremento della documentazione tecnica richiesta, è stata mantenuta una capienza di *upload* la cui insufficienza non era in astratto da escludere, una volta avuta tempestiva contezza delle difficoltà della concorrente nel caricare l'offerta, in ossequio al principio di leale collaborazione, la stazione appaltante avrebbe potuto essa stessa disporre una proroga del termine di presentazione dell'offerta o, in mancanza, consentire l'integrazione della documentazione incompleta, caricata sulla piattaforma U-BUY.
7.3.2. La constatazione che l'altra concorrente sia comunque riuscita a caricare la sua offerta non è di per sé dirimente, dipendendo tale evenienza dal "peso" complessivo dei file da caricare, a sua volta correlato all'ampiezza e alla corposità del progetto da presentare, che non necessariamente coincide per tutti i competitori.
D'altra parte l'appellante ha circostanziato, con evidenze non contestate, di aver comunque spacchettato e "zippato" i file e di non essere comunque riuscita a caricare l'offerta per intero sulla piattaforma, stante l'insufficienza dei previsti 100 MB per busta.
7.4. Non può essere condivisa la tesi della difesa erariale secondo cui la concorrente si sarebbe apprestata "a presentare la domanda di partecipazione l'ultimo giorno all'approssimarsi del termine ultimo delle 18.00" (così a pag. 4 della memoria del 12 aprile 2024).
Infatti, non può essere ascritta all'appellante una violazione del principio di autoresponsabilità con riguardo al tempo da essa stimato congruo per caricare l'offerta sulla piattaforma: il RTI ha, infatti, iniziato le operazioni alle ore 13:59 del 10 marzo 2023, avendo così programmato di avere a disposizione quattro ore per caricare l'offerta, ossia un tempo che non può considerarsi in astratto insufficiente.
Infatti la concorrente ha apposto la firma e la corretta marcatura temporale alla propria offerta e, stante l'impossibilità di caricare per intero la stessa sul portale, ha trasmesso la sola offerta tecnica sulla pec della stazione appaltante, avvalendosi del sistema "WeTransfer", la cui sicurezza o vulnerabilità non rientra nell'oggetto del presente giudizio.
7.5. Non è superfluo osservare che, sebbene la procedura per cui è causa sia stata indetta nella vigenza del decreto legislativo n. 50/2016, l'operato della stazione appaltante non appare in linea col principio del risultato, ora codificato nell'art. 1 del decreto legislativo 1° aprile 2023, n. 36 "Nuovo codice dei contratti pubblici" (si tratta di un principio la cui valenza ricognitiva di canoni generali consente di predicarne l'applicabilità anche alle procedure indette nella vigenza del 'Codice 50').
Tale articolo, collocato in apertura della disciplina del nuovo codice, dispone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il principio del risultato, secondo la declinazione datane dal legislatore:
- costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea;
- costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.
Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse, da perseguire attraverso il rispetto della concorrenza della trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice.
Il principio della fiducia di cui al successivo art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici (anch'esso applicabile alla vicenda in esame per le ragioni già esposte) amplia, poi, i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.
Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).
Osserva il Collegio che l'eccessiva "rigidità" della piattaforma informatica approntata per la presentazione delle offerte, unita all'eccessivo "formalismo" con cui la stazione appaltante ha gestito la gara, arrestata sul nascere, abbiano nella sostanza frustrato i riportati principi che, val bene ricordarlo, sebbene codificati soltanto con il decreto legislativo n. 36 del 2023, non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, rappresentano comunque principi già immanenti dell'ordinamento.
7.6. La riforma della sentenza impugnata impone lo scrutinio del motivo, non esaminato dal Tar, con cui si censura l'unico argomento speso dall'amministrazione per disporre l'esclusione dell'appellante.
Si tratta dell'affermazione della stazione appaltante, avallata dal Tar, secondo cui generando il file WeTransfer l'appellante avrebbe violato il principio di segretezza delle offerte, non risulta condivisibile.
7.6.1. In punto di fatto non può non rilevarsi la contraddittorietà intrinseca alla relazione del RUP laddove, da una parte si ritiene sia stato violato il principio di segretezza e, dall'altro, si afferma testualmente che "Alla ricezione del *link* wetransfer, il sottoscritto Responsabile del Procedimento ha provveduto allo scaricamento delle cartelle trasmesse sul proprio computer e alla protezione delle stesse mediante l'inserimento di una password": dunque è lo stesso RUP a confermare che la segretezza dell'offerta tecnica era tecnicamente salvaguardabile ed è stata comunque garantita.
7.6.2. Inoltre, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio, laddove la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, come nella specie, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, non è consentito al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 2022, n. 1785).
Il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi.
7.6.3. È stato affermato che "il divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica costituisce espressione del principio di segretezza dell'offerta economica, ed è posto a garanzia dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, *sub specie* della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti. Ciò in quanto la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della commissione aggiudicatrice può essere di per sé potenzialmente idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa; di conseguenza nessun elemento economico deve essere reso noto alla commissione stessa prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612; Id., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1335).
Nondimeno, proprio alla luce della ratio che lo ispira, il principio non va inteso in senso assoluto: per consolidato intendimento, infatti, tale divieto di commistione (pur rilevando anche solo sotto il profilo potenziale) non deve essere inteso in senso meramente formalistico, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché si tratti di elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i mezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica, che non consentano cioè in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica ovvero consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3609).
Ne discende che il divieto di commistione va apprezzato in concreto e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4284)" (Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2020, n. 2732).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il principio della segretezza dell'offerta, dunque, postula essenzialmente che l'offerta economica non debba essere conosciuta in alcun modo nella fase di valutazione dell'offerta tecnica e che l'eventuale commistione tra offerta tecnica e offerta economica va interpretata in modo non formalistico: solo laddove travalichi i limiti indicati dalla citata giurisprudenza, la rilevata commistione può comportare la violazione delle esigenze di segretezza delle offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2024, n. 5125 che richiama id. 11 giugno 2018, n. 3609).
7.6.4. Nel caso di specie tale commistione, peraltro neanche prospettata nel provvedimento di esclusione, non può ritenersi posta in essere soltanto sulla base della diversa modalità con cui è stata trasmessa parte dell'offerta tecnica stante l'impossibilità di caricarla sulla piattaforma telematica.
Il principio di segretezza delle offerte sarebbe stato violato se la stazione appaltante avesse riscontrato, all'interno dell'offerta tecnica, elementi tali da consentire di risalire all'offerta economica: criticità questa che, da una parte, nel caso di specie non è stata in alcun modo rilevata e, dall'altra, si sarebbe potuta in astratto verificare anche se il progetto definitivo fosse stato caricato sulla piattaforma telematica.
7.7. Dunque il provvedimento di esclusione impugnato si fonda su un presupposto, quello della violazione della segretezza delle offerte, allo stato indimostrato e giuridicamente insussistente, risultando così viziato per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione.
Conclusivamente, per tutte le suesposte considerazioni, assorbite le ulteriori censure, ininfluenti ai fini della decisione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso introduttivo con annullamento degli atti ivi impugnati e riammissione dell'appellante alla gara.
(*omissis*)

Una lettura del principio di segretezza delle offerte alla luce dei principi del risultato e della fiducia: riverberi operativi sull'esercizio della discrezionalità amministrativa

di Margherita Amitrano Zingale (*)

La sentenza in commento si rivela di particolare interesse, tra l'altro, perché offre una ulteriore concreta applicazione dei principi del risultato e della fiducia - ora codificati dal nuovo codice appalti, ma già riconosciuti come immanenti al sistema - e di cui le SA devono fare attenta applicazione nell'esercizio della loro discrezionalità per la soluzione delle problematiche che possono verificarsi nel corso delle procedure di gara.

La vicenda oggetto del giudizio

La sentenza in commento (1) appare di particolare interesse sotto almeno quattro profili, come di seguito approfonditi nei successivi paragrafi dedicati.
In breve, la vicenda. Una stazione appaltante indiceva una procedura di gara aperta per l'affidamento di un appalto integrato volto alla realizzazione di aule all'interno del proprio campus universitario e, nella versione originaria del disciplinare, veniva previsto espressamente che una serie di allegati ivi specificati non dovevano essere depositati con l'offerta tecnica, posto che l'attività di progettazione sarebbe poi stata sviluppata successivamente dal solo aggiudicatario. Correlativamente, sulla piattaforma telematica su cui si espletava la procedura in questione veniva fissata la capacità massima di 100 mb per ciascuna busta telematica contenente l'offerta di ciascun concorrente. Alla gara partecipavano solo due concorrenti. In corso di gara, la SA modificava il disciplinare in ordine alla documentazione da produrre e dunque stabilendo, contrariamente a prima, la necessità di allegazione all'offerta tecnica di un "progetto definitivo" con tutti i relativi elaborati. Al contempo, però, non veniva modificata la capacità di memoria messa a disposizione degli operatori sulla piattaforma telematica di espletamento della gara (che rimaneva quindi di 100 mb).
Una delle due concorrenti, avviando le operazioni di caricamento dell'offerta a quattro ore dalla scadenza, si avvedeva di non poter caricare tutti gli allegati all'offerta tecnica come richiesti dalla riformulazione del

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Reperibile, come tutte le sentenze amministrative menzionate, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove non diversamente precisato.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

disciplinare sul punto, in ragione del suddetto limite di capienza e ne dava immediata segnalazione al RUP.
L'Amministrazione apriva un *ticket* di "media gravità" sulla piattaforma a mezz'ora dal termine di scadenza della presentazione delle offerte ma non ne dava riscontro all'operatore, il quale quindi, stante l'incipiente scadenza del termine, trasmetteva comunque entro il termine di scadenza la propria offerta tramite la piattaforma telematica ed inviava altresì all'indirizzo pec della SA un *link* generato tramite il servizio WeTransfer con il contenuto completo dell'offerta tecnica. In aggiunta, dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, inviava anche una nota in cui spiegava quanto accaduto e allegava nuovamente il *link* WeTransfer. Dopo il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta risultava che l'Amministrazione avesse aumentato il limite per l'*upload* e che di ciò fosse data comunicazione all'operatore tre giorni dopo.
A distanza di diversi mesi veniva poi comunicata l'esclusione di entrambi gli unici due operatori partecipanti alla gara: uno per mancanza del possesso di un requisito di qualificazione, l'altro sul presupposto che la trasmissione a mezzo pec dell'offerta tecnica avesse di fatto violato il principio di segretezza delle offerte.
Seguiva pertanto l'impugnazione della propria esclusione da parte di quest'ultimo operatore e il giudizio di primo grado si concludeva con il rigetto del ricorso poiché l'esclusione era basata su parere dell'Avvocatura di Stato e relazione del RUP richiamati "*per relationem*" e da cui emergeva una diversa ricostruzione dei fatti.
In specie, nella sentenza di primo grado veniva rilevato che, sulla base della richiamata relazione del Rup, non vi sarebbe stato alcun "malfunzionamento" e che il mancato completo caricamento dell'offerta tecnica sarebbe in fin dei conti ascrivibile al RTI escluso, che in violazione dei principi di buona fede oggettiva e affidamento, non avrebbe effettuato il "*refresh*" dell'applicativo dopo l'intervento del tecnico sulla piattaforma, come da manuale operativo che avrebbe dovuto essere previamente consultato, e non avrebbe suddiviso i file in più sottocartelle per consentirne il più agevole caricamento. In più si rilevava che, oltre al mancato inoltro tempestivo dell'offerta tecnica tramite la piattaforma telematica, sarebbe stata integrata anche la violazione del disciplinare in ordine all'inoltro di un'offerta completa di tutti gli allegati richiesti.
Ritenuto esservi un contenuto "plurimotivato" del provvedimento di esclusione, si considerava assorbito lo scrutinio della doglianza inerente alla violazione del principio di segretezza.

Il g.a. anche in appello si conferma giudice del "fatto"

Un primo profilo di interesse della sentenza in commento attiene alla circostanza che in essa emerge con evidenza come il giudizio amministrativo, ormai sdoganato in termini di giudizio sul rapporto (2), implichi anche un calarsi in concreto nella corretta ricostruzione del fatto stesso (3), smentendo l'approccio tradizionale per cui il g.a., pur dopo l'avvento del codice del processo amministrativo, prediligerebbe la ricostruzione dei fatti offerta dall'amministrazione parte in causa (4).
Ed invero, nel caso di specie, il Consiglio di Stato nel ritenere fondate le doglianze del RTI appellante si è basato anzitutto sulla parte in "fatto" e su quale fosse la corretta ricostruzione fattuale della vicenda.
In tal senso, rileva come vi sia stata una modifica del disciplinare da parte della SA con introduzione di nuova prescrizione relativa al caricamento di tutta la documentazione progettuale da allegarsi all'offerta tecnica e non sia stata, al contempo, aumentata la capienza di MB in *upload* a disposizione degli operatori- fatti non contestati in giudizio, così come non era stata contestata la tempistica per come rappresentata dal RTI appellante sotto i vari profili (orario inizio dell'*upload*, tempestività della segnalazione al

(2) R. Villata, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela, Relazione al Convegno tenuto a Palazzo Spada il 20 novembre 2019 e dedicato ai 130 anni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. V. anche: S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in *Judicium*, 13 ottobre 2016, in *http://www.judicium.it/giudice-amministrativo-allaprova-dei-fatti-specialita-servizio-2*; G. Soricelli, *Il processo amministrativo ovvero il problema del complesso equilibrio tra il potere dell'amministrazione e la tutela del privato*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2018, 1, 7 ss. G. Abbamonte, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, 2002, in *www.giustamm.it*. Sulle conseguenze in termini di successivo esercizio del potere, v. S. Menchini, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, 2020, 253-254.

(3) Tendenza ormai inaugurata con il codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010): R. Greco, *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, 2011, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cfr.: G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jusvitaepensiero*, 2020, 3; G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, 2003, 283 ss. Sul giudizio sul fatto quale componente essenziale anche del giudizio di legittimità, v. già: F.G. Scoca, *Tribunali amministrativi regionali*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, 1985, II, 1558 ss.

(4) G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in C. Cudia, *op. cit.*, 271 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

RUP, tempestività della trasmissione dell'offerta di gara) smentendosi perciò la diversa ricostruzione della difesa erariale.
Parimenti, il giudice d'appello si sofferma ampiamente soprattutto sui "fatti" oggetto di contestazione relativi, rispettivamente, all'orario in cui era stato disposto l'aumento del limite di *upload* dei file (per la SA avvenuto prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, mentre per l'operatore ben diciannove minuti dopo lo spirare di tale termine) e alla presenza nel manuale di utilizzo della piattaforma, la cui consultazione era prescritta dal disciplinare, di indicazioni circa la necessità di effettuare un *refresh* dell'applicativo dopo eventuali modifiche.
In particolare, dalla mera disamina della documentazione del fascicolo di primo grado risultava che la "presa in carico" da parte del tecnico della SA era sì avvenuta circa mezz'ora prima dello spirare del termine ma la comunicazione della soluzione del problema sul portale era avvenuta effettivamente diciannove minuti dopo lo spirare del suddetto termine, né risultavano inviate comunicazioni tempestive in tal senso al RTI né riscontri dal RUP. La corretta ricostruzione del fatto e delle doglianze di parte consentiva anche la corretta qualificazione in termini di "incapienza" dei MB disponibili sulla piattaforma in luogo del "malfunzionamento" richiamato in modo inconferente dalla difesa erariale.
Ugualmente, in ordine al secondo profilo fattuale, in quanto nell'evocato manuale di utilizzo della piattaforma non era presente alcuna indicazione relativa alla necessità di effettuare *refresh* dell'applicativo.
Sotto tali profili, pertanto, il giudice di primo grado aveva travisato (5) il fatto, aderendo in modo acritico alla ricostruzione offerta dall'Amministrazione.

Motivazione "*per relationem*" e atto plurimotivato

Un ulteriore profilo di interesse della sentenza attiene al concetto di atto plurimotivato, rispetto a cui il Consiglio di Stato chiarisce l'effettivo significato in relazione al rapporto tra la sussistenza di una plurima motivazione e la presenza, all'interno dell'atto, di un rinvio "*per relationem*".
In particolare, nel caso in esame viene anzitutto negata la presenza di un rinvio "*per relationem*" - in specie al parere della difesa erariale e alla relazione del RUP - non essendo sufficiente la loro mera menzione all'interno del provvedimento di esclusione e nemmeno che ne fosse stato riportato in minima parte il contenuto, laddove ci si era appunto limitati a riportare come l'Avvocatura di Stato avesse espresso parere negativo e la relazione del RUP aderisse alla tesi dell'Avvocatura, senza tuttavia - al di là del richiamo in sé - riportare i passaggi contenutistici necessari a fare emergere come (nella valutazione anche autonoma dell'Avvocatura e poi del RUP) il contegno tenuto dall'operatore avesse di fatto violato il principio di segretezza delle offerte.
Difatti, la motivazione *per relationem* si traduce in un rinvio ad altro atto acquisito al procedimento del quale si fanno proprie le ragioni (6) che, da come chiarito nel giudizio d'appello, appaiono dover essere riportate quanto meno nei contenuti essenziali, non bastando il mero richiamo a questo o a quel documento ma dovendo le ragioni in esso contenute essere appunto "fatte proprie" dal provvedimento succedaneo (7).
Solo in tal modo, difatti, quella motivazione "*per relationem*" avrebbe assunto un contenuto autonomo all'interno del provvedimento di esclusione, ne avrebbe integrato cioè un'ulteriore autonoma motivazione, dando luogo al contempo ad un atto plurimotivato (8), con la conseguenza tipica di questi casi, ossia che "è sufficiente la legittimità di una sola delle giustificazioni per sorreggere l'atto in sede giurisdizionale, dal momento che nel caso di un atto fondato su una pluralità di ragioni indipendenti ed autonome le une dalle altre, il rigetto delle censure proposte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento" (9).
Errata anche sotto tale profilo, dunque, la decisione di primo grado che di fatto aveva dato luogo, a propria volta, ad un'inammissibile integrazione

(5) Su cui, v. A.D. Giannini, Voce *Travisamento*, in *Enciclopedia italiana* (1937), *www.treccani.it*; nell'ambito della giurisdizione ordinaria, v.: R. Poli, *Logica del giudice e travisamento della prova (a proposito di Cass. 29 marzo 2023, n. 8895)*, in *www.cortedicassazione.it*. Per un'applicazione recente, in quella amministrativa: Cons. Stato, Sez. VII, 18 gennaio 2024, n. 579, su cui M. Di Salvo, *Illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà o travisamento del fatto nella valutazione discrezionale amministrativa*, in *www.salvisjuribus.it*. Sulle conseguenze, v.: M. Noccelli, *La responsabilità civile del giudice amministrativo*, 16 gennaio 2019, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(6) Cfr. sul concetto di motivazione "*per relationem*": M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 2022, 170. V. anche: B. Marchetti, *Il principio di motivazione*, in M. Renna - F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 2012, 523 e 527.

(7) Impostazione invero risalente, v.: T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 21 febbraio 2012, n. 406.

(8) D. Gambetta, *Dal provvedimento redatto "in forma semplificata" a quello "plurimotivato": traiettorie giurisprudenziali in tema di motivazione del provvedimento amministrativo*, in *www.diritto.it*, 2020.

(9) *Ex multis*: T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 26 febbraio 2024, n. 157; T.A.R. Veneto, Sez. II, 2 aprile 2024, n. 620; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 13 giugno 2024, n. 3740; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V-Stralcio, 12 settembre 2024, n. 16349; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*ter*, 26 ottobre 2023, n. 15859; Cons. Stato, Sez. II,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della motivazione del provvedimento, sostituendosi all'amministrazione.

Il principio di segretezza delle offerte alla prova delle procedure telematiche

Il terzo profilo di interesse - invero centrale insieme a quello relativo all'applicazione dei principi del risultato e della fiducia, come approfonditi nel prossimo paragrafo - concerne l'approccio interpretativo del principio di segretezza delle offerte e la sua concreta operatività nell'ambito delle procedure telematiche, il cui utilizzo è ormai obbligatorio in termini generalizzati (10).

Preliminarmente, si osserva - a livello processuale - che ciò (*id est*, la violazione del principio di segretezza) costituiva l'unico argomento speso dall'amministrazione per disporre l'esclusione dell'operatore e motivo, censurato in appello, non esaminato dal giudice di prime cure (11).

Nel merito, la sentenza, in linea con l'orientamento consolidato, ribadisce che il principio di segretezza dell'offerta (economica) implica un divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica onde non determinare un condizionamento nella valutazione degli elementi tecnici offerti e ciò a garanzia ed in attuazione anzitutto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (12). Non di meno viene chiarito che tale principio non va inteso in senso assoluto, per cui il divieto di commistione - pur da valutarsi anche in termini astratti e potenziali - non va però inteso in senso formalistico e dunque va apprezzato "in concreto" (13).

A fronte di tale premessa, invero, viene rilevato anzitutto come una simile "commistione" non fosse stata nemmeno prospettata nel provvedimento di esclusione e, in concreto, come non potesse automaticamente integrare il divieto di commistione tra offerte il ricorso ad una diversa modalità di trasmissione di parte dell'offerta tecnica.

In sostanza, non è la tipologia di procedura utilizzata - il *link* "we transfer" - a comportare l'automatica commistione tra offerte, in assenza di un concreto riscontro da parte della SA di elementi all'interno dell'offerta tecnica tali da consentire di risalire a quella economica.

Quanto al ricorso alla piattaforma "we transfer" in luogo della piattaforma telematica abilitata dalla SA, la sua sicurezza o vulnerabilità non era stata oggetto di contestazione e dunque esulava dal *thema decidendum*.

Invero, in ordine all'utilizzo della piattaforma "we transfer" attraverso cui è possibile generare un *link* tramite cui inviare file ad un indirizzo di posta elettronica, anche certificata, da cui il destinatario può "scaricarli" entro una certa data (servizio gratuito) ovvero senza limiti temporali (servizio a pagamento), la giurisprudenza è ancora esigua.

Giova comunque osservare in proposito che un aspetto da considerare nel caso di utilizzo di tale strumento riguarda la circostanza che trattasi di *link* "ad accesso libero" e che tale modalità di invio può venire considerata come corrispondente, "in un contesto pre-digitale, alla consegna di una busta non chiusa" (14).

In concreto, pur indirizzando il *link* alla SA (ad es., anche ad un canale "ufficiale" quale la pec del protocollo), non di meno, così facendo, alla documentazione inviata possono avere accesso tutti coloro che trattano quel servizio, con potenziale pericolo di diffusione incontrollata dei dati tecnici offerti (ed in disparte il pericolo di commistione con l'offerta economica).

Nel caso di specie, da quanto si evince dalla sentenza, comunque ciò non dovrebbe essere accaduto (né risulta essere stato contestato) posto che si riporta come lo stesso Rup abbia provveduto, nel momento di ricezione del *link*, allo scaricamento dei file contenenti l'offerta tecnica sul pc e alla loro protezione

18 gennaio 2023, n. 640; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 29 maggio 2023, n. 818; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 25 novembre 2019, n. 5565.

(10) Cfr.: Parere M.I.T. n. 2196/2023 "*Affidamento diretto e utilizzo strumenti telematici*", per cui: "Dall'1° gennaio 2019 le pubbliche amministrazioni sono obbligate a ricorrere al MEPA per forniture di beni e l'acquisto di servizi di importo superiore ai 5.000 euro. Tuttavia, occorre considerare che nel nuovo codice dei contratti, all'art. 25 è stato previsto, dal primo gennaio 2024, l'obbligo per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di utilizzare le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere tutte le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, piattaforme certificate secondo le regole tecniche di cui all'articolo 26 [...]". F. D'Alessandri, *L'uso di procedure automatizzate per la gestione degli appalti nel nuovo codice*, in *Quotidiano giuridico*, 8 maggio 2023.

(11) La circostanza che tale argomento fosse oggetto di specifica censura in appello consente il pieno esplicarsi dell'effetto devolutivo di cui all'art. 101, comma 2, c.p.a., per cui il giudice d'appello può decidere, nei limiti della domanda riproposta dinanzi a lui, anche sui motivi di ricorso non affrontati dal primo giudice: cfr. F. Saitta, *Art. 101 c.p.a.*, in G. Falcon - F. Cortese - B. Marchetti, *Commentario Breve al Codice del processo amministrativo*, 2021, 799.

(12) Di cui, come di seguito approfondito, il "principio del risultato" rappresenta una derivazione "evoluta": v. *Relazione allo schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, 2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(13) Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2020, n. 2732.

(14) In questi termini, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 3 aprile 2024, n. 401.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tramite password. Tuttavia, risulta anche come, anche in questo caso, il *link* sia stato trasmesso alla pec del protocollo della SA ma - si osserva - trattandosi di invio a ridosso del termine di scadenza, non pare potersi essere configurato in concreto quel pregiudizio alla segretezza delle offerte ed alla concorrenza come sopra delineato.

Infine, giova osservare come la salvezza della modalità telematica alternativa consenta di risolvere positivamente anche la questione della completezza o meno dell'offerta.

In tal senso, è principio consolidato quello per cui, stante la tassatività delle cause di esclusione, le "offerte tecniche debbono essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta. ... Tale incompletezza è sindacabile in sede giurisdizionale quando il relativo giudizio prescinda dall'esame di profili tecnico-discrezionali intrinseci al contenuto progettuale e riguardi invece difetti palesi che rendano la scelta tecnica abnorme o gravemente inadeguata, ovvero riguardi elementi specifici componenti l'offerta, autonomamente valutabili" (15).

È parimenti principio consolidato quello che inibisce il soccorso istruttorio riguardo ad offerta tecnica ed economica (16). Aver dunque ritenuto valido l'invio di tutti i file componenti l'offerta tecnica- entro il termine di scadenza - sebbene anche con modalità telematiche alternative rispetto alla piattaforma telematica individuata dalla SA per lo svolgimento della gara e per incapienza della stessa, comporta la conseguente valutazione, in termini positivi, circa la completezza dell'offerta tecnica, rispetto alla quale, altrimenti, nessun soccorso istruttorio sarebbe stato configurabile (17).

I principi del risultato e della fiducia: i binari guida per le decisioni discrezionali delle SA

Un aspetto particolarmente importante della pronuncia in esame attiene all'applicazione dei principi del risultato e della fiducia, pur a fronte di una gara indetta sotto la vigenza del precedente codice dei contratti (D.Lgs. n. 50/2016), a riprova dell'immanenza di tali principi (18) ed in linea con le prime pronunce sul punto (19).

Come osservato già dai primi autorevoli commentatori (20), il principio in questione *eleva a un ruolo di primazia il principio del perseguimento e della attuazione dell'interesse pubblico all'esecuzione del contratto, vale a dire alla realizzazione dell'opera o al conseguimento del bene o servizio* - il che, porterà a dover *ripensare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa*. In questi termini invero la scelta normativa, sottesa all'elaborazione dell'art. 1 dello schema definitivo, presenta un carattere innovativo di grande interesse (21).

Il principio del risultato (22), cui è strettamente ancorato quello della "fiducia" - per cui le due disposizioni sono in sostanza espressione di un indirizzo unitario (23) - si traduce dunque nel criterio

(15) Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2020, n. 2851.

(16) V. ANAC, delibera del 26 luglio 2023, n. 370. Cfr.: Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870; Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2024, n. 2845. Cfr.: C. Contessa, *Recentissime Consiglio di Stato - Limiti del soccorso istruttorio nelle pubbliche gare*, in *Giur. it.*, maggio 2024, 5, 1018.

(17) Nel caso in esame la *lex specialis* disponeva a pena di esclusione l'invio di una offerta tecnica completa (integrata cioè anche dal "progetto definitivo" *ex* art. 23, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016, non richiesto nella prima versione del disciplinare). Invero, non pare comunque essere necessario che il bando specifichi che il mancato caricamento dell'offerta è "a pena di esclusione", v.: T.A.R. Umbria, Sez. I, 22 luglio 2022, n. 591.

(18) Oltre alla sentenza qui in esame, si esprime nei medesimi termini anche: Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2024, n. 7573. Cfr. *Relazione allo schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, 2022, cit.: "I principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una 'memoria del tutto' che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ('nomogenetica') rispetto alle singole norme. Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni. Così, ad esempio, il principio del risultato (art. 1) è destinato ad operare sia come criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia, insieme con quello della fiducia nell'azione amministrativa (art. 2), come criterio interpretativo delle singole disposizioni".

(19) Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665.

(20) Cfr. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Portale l'Amministrativista.it*, gennaio 2023. Sulla medesima *Rivista*, v. anche: M.A. Sandulli, *Riflessioni sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, febbraio 2023.

(21) *Ibidem*, nota precedente.

(22) Su cui, v.: L.R. Perfetti, *Art. 1*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, 2023, 3.

(23) Così F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, 2023, in *www.giustizia-amministrativa.it*. V. anche: Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prioritario per l'esercizio del potere discrezionale (24) e l'individuazione della regola del caso concreto nella serie di vicende che possono verificarsi non solo nel corso della procedura di gara (25) - dalla richiesta di chiarimenti (26), a quella di sopralluogo tardivo (27), all'applicazione dei c.d. criteri ambientali minimi (28), alle valutazioni sull'affidabilità degli operatori (29) - ma anche nella fase dell'esecuzione del contratto, in chiave manutentiva (30) e nella successiva eventuale valutazione in sede processuale (31).

Nella sentenza in esame, il Consiglio di Stato ha richiamato tali principi per chiarire come la SA avrebbe dovuto gestire la problematica insorta facendone attuazione.

Appare invero integrata a pieno, nel caso di specie, l'osservazione di quella autorevole dottrina per cui la codificazione di tali principi rappresenta un passaggio chiave, anche sotto il profilo dogmatico, poiché *in esso, infatti, vi è il riconoscimento che l'obiettivo dell'azione amministrativa non consiste (soltanto) nel rispetto di precetti normativi e soprattutto che quello stesso rispetto non costituisce il fine, quanto lo strumento di garanzia di effettività della tutela dal momento che il conseguimento del risultato amministrativo è inscritto nella norma di legge attributiva del potere: anche rispetto al suo conseguimento o alle ragioni del suo mancato conseguimento può essere allora effettuato un vaglio anch'esso di legittimità dell'azione amministrativa* (32).

Questa portata "orientante" dei principi del risultato e della fiducia nell'esercizio del potere pubblico, appare quindi di rilievo, sebbene - come rilevato da altra dottrina - non così innovativa (33): se da un lato dovrebbe consentire alle SA di meglio esercitare la propria discrezionalità operando un bilanciamento in concreto con tutti gli altri principi (34), dall'altro - e soprattutto (35) - apre nuovi orizzonti al sindacato giurisdizionale, apparendo il g.a. *chiamato ad operare, con attenzione induttiva, analizzando le singole vicende* e contestualizzandole alla luce del principio del risultato (36).

(24) G.F. Nicodemo, *Il principio del risultato detta la latitudine della discrezionalità amministrativa negli appalti pubblici*, settembre 2024, in *www.appaltiecontratti.it*.

(25) In generale si v. L. Carbone - F. Caringella - G. Rovelli, *Manuale dei contratti pubblici*, 2024.

(26) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959.

(27) T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

(28) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377, su cui M. Di Donna, *Appalti, principio del risultato: le prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Quotidiano giuridico*, 26 gennaio 2024.

(29) T.A.R Sicilia, Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

(30) M.E. Comba, *La modificazione dei contratti pubblici ed il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Spunti per una comparazione*, in *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 2024, 391 ss. Per le interazioni tra principio del risultato e quello di conservazione dell'equilibrio contrattuale, v. R. Esposito, *Il principio (di conservazione) dell'equilibrio contrattuale tra risultato e intelligenza artificiale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2024.

(31) Così in termini innovativi, v.: T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 giugno 2023, n. 1344 la cui decisione implicherebbe, tra l'altro, di ancorare al principio del risultato anche l'ammissibilità del ricorso giudiziario. In linea con tale lettura, v.: M. C. Calciano, *Impugnazione del bando senza partecipazione alla gara*, in *https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/impugnazione-bando-senza-partecipazione-gara-AESUsJtD?refresh_ce=1*; M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024, 9, 225.

(32) M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere,* op.cit., 9, 223 ss.

(33) Cfr. G. Taglianetti, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *Federalismi.it*, 2024, 14, 238 ss., per cui "La propensione verso il risultato è, dunque, caratteristica di ogni azione amministrativa (anche di quella vincolata e tecnico-discrezionale), perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare. Sicché, la conclamata funzionalizzazione della discrezionalità amministrativa alla realizzazione di specifici interessi pubblici rende tautologica l'enfasi posta dal legislatore sulla rilevanza del risultato" e pertanto "il d.lgs. n. 36/2023 non sembra idoneo a realizzare i propositi di rilancio della discrezionalità amministrativa enunciati dal legislatore".

(34) Sui possibili rischi, v.: D. Capotorto, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2023, 14.

(35) *Ibidem*, nt. 33, 249.

(36) *Ibidem*, nt. 32, 227.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Criteri ambientali minimi

Consiglio di Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701 - Pres. Corradino - Est. Tulumello - *omissis* c. Società regionale per la sanità - So.Re.Sa. S.p.a. e a.

Non vi è un onere d'immediata impugnazione del bando di gara che si assuma illegittimo per violazione della disciplina in materia di criteri ambientali minimi (c.a.m.), la quale comunque non influisce sulla possibilità di formulare un'offerta.
L'obbligo d'inserire nei documenti di gara le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei c.a.m. non è soddisfatto mediante rinvio ai decreti ministeriali che li disciplinano, né opera alcuna eterointegrazione del bando, dovendo piuttosto la stazione appaltante declinare tali criteri nella *lex specialis* in modo da conformare gli obblighi negoziali al perseguimento degli obiettivi di tutela ambientale e di sviluppo sostenibile che l'Amministrazione è tenuta a perseguire (anche) mediante il contratto.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2023, n. 2795; Cons. Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773.
Difforme	T.A.R. Lazio, Roma, 6 marzo 2024, nn. 4493, 4494, 4495.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (*omissis*)

Diritto

(*omissis*)
3.1. Tutti e tre i ricorsi incidentali censurano il capo della sentenza gravata che ha respinto il mezzo, proposto in via incidentale, con cui si deduceva l'irricevibilità per tardività delle censure proposte dalla ricorrente contro il bando di gara.
La questione, con specifico riferimento ai c.a.m., è stata già affrontata da questa Sezione nella sentenza n. 2795/2023, che ha applicato alla specifica materia dedotta i princìpi sanciti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018, nel senso dell'insussistenza di un onere di immediata impugnazione delle clausole che si assumono lesive per violazione della disciplina in materia di criteri ambientali minimi.
La decisione gravata con gli appelli incidentali si basa sul richiamo a tale giurisprudenza.
In argomento va osservato: che il ricorso incidentale (*omissis*) contesta la conclusione cui è pervenuto il T.A.R. ma non contiene elementi od argomenti di critica rivolti al nucleo centrale di tale decisione, *id est* all'orientamento giurisprudenziale cui la stessa aderisce; che il ricorso incidentale (*omissis*) neppure menziona tale orientamento, richiamandosi direttamente alla citata sentenza della Plenaria n. 4/2018 (che però, come detto, ha trovato specifica applicazione nella materia in questione ad opera del precedente espressamente richiamato dal T.A.R., ma non contestato); e che il ricorso incidentale (*omissis*) si cura invece di prendere atto di tale orientamento (costituente, come accennato, il nucleo della motivazione del capo di sentenza impugnato), sollecitandone una rimeditazione. Il Collegio ritiene di confermare in proposito la conclusione già espressa nella citata sentenza n. 2795/2023, condividendo gli argomenti posti a fondamento della stessa.
Non si ravvisano, in particolare, ragioni per addivenire - come sollecitato - ad una rimeditazione di tale orientamento, posto che proprio i criteri sanciti dalla ricordata sentenza n. 4/2018 dell'Adunanza Plenaria, correttamente applicati dalla richiamata sentenza alla specifica fattispecie oggetto di giudizio, impediscono di addivenire ad un diverso esito interpretativo.
In alcun modo, infatti, l'illegittimità dei criteri ambientali minimi influisce sulla formulazione dell'offerta: non solo in termini di impossibilità assoluta, ma neppure in termini di condizionamento relativo (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 1300 del 2024).
Sono pertanto infondati il primo motivo dell'appello incidentale (*omissis*), la seconda parte del secondo motivo dell'appello incidentale (*omissis*), ed il primo motivo dell'appello incidentale (*omissis*).
(*omissis*)
4. Venendo all'esame dell'appello principale, va anzitutto osservato che, come ricordato dal primo giudice, le prestazioni dell'appalto in questione "*concernono la manutenzione degli impianti di climatizzazione, elettrici, idrici e gas medicali, degli impianti e apparecchiature antincendio, degli impianti elevatori e la manutenzione edile*".
In estrema sintesi il ricorso di primo grado censurava in particolare il fatto che i criteri ambientali minimi richiamati nell'art. 14 del Disciplinare tecnico non fossero poi coerentemente declinati nella legge di gara; e altresì il fatto che l'allegato A5, relativo ai criteri di valutazione delle offerte, destinasse soltanto 4 punti su 70 alla sostenibilità ambientale, peraltro sotto il profilo delle misure migliorative.
Il T.A.R. ha respinto tali censure sostanzialmente osservando:
- che la fattispecie dedotta sarebbe difforme rispetto a quelle oggetto dei richiamati precedenti;
- che il principio di eterointegrazione farebbe sì che i criteri ambientali minimi genericamente richiamati entrino a far

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

parte della legge di gara (richiamando in tal senso la sentenza del T.A.R. Veneto n. 329/2019);
- che la ricorrente avrebbe genericamente lamentato la mancata trasposizione specifica nella legge di gara, ma "*non esplicita di quali carenze sia concretamente affetta la legge di gara*".
5. Con un unico, articolato motivo di gravame l'appellante principale censura la sentenza gravata nella parte in cui ha respinto il ricorso di primo grado, con cui si deduceva l'insufficienza - ai fini del rispetto dell'art. 34 del d. lgs. 50/2016 - del mero richiamo ai decreti relativi ai criteri ambientali minimi applicabili nel caso in esame.
Si chiede anche di rimettere all'Adunanza Plenaria la questione della sufficienza del mero richiamo eterointegrativo, ove si riscontrasse un contrasto di giurisprudenza sul punto.
L'appellante principale critica poi la parte della sentenza impugnata in cui il principio del risultato viene invocato a supporto della decisione di rigetto, di fatto quale antagonista della effettiva applicazione della disciplina dei criteri ambientali minimi.
Deduce, inoltre, il gravame che "*è proprio la specificazione tecnica sul verde pubblico a dimostrare la carenza della legge di gara su tutti gli altri settori e quindi a rendere evidente come i CAM per le diverse parti del servizio e inerenti gli altri enunciati Decreti Ministeriali siano rimasti chiaramente inapplicati*".
6. Le parti appellate hanno dedotto l'infondatezza dell'appello principale.
Il nucleo centrale degli argomenti in tal senso sviluppati consiste nel ritenere che nella fattispecie in esame, a differenza di quella che aveva costituito oggetto della sentenza n. 8773/2022, la legge di gara avrebbe rispettato il disposto del citato art. 34 del d. lgs. n. 50 del 2016.
Tali argomenti attengono ad una duplice prospettiva: quella della ritenuta genericità delle censure della ricorrente; e quella della conformità al richiamato parametro normativo della censurata disciplina negoziale, in quanto - a differenza del precedente evocato - rispettosa dello stesso.
6.1. Quanto al primo profilo, valgono le considerazioni già svolte a proposito dell'esame degli appelli incidentali: tale rilievo, rivolgendosi contro una censura che lamenta un'omissione, è strutturalmente contraddittorio.
In ogni caso, come si dirà più avanti, la censura avanzata in primo grado dalla ricorrente, e riproposta in appello, ancorché formulata "in negativo", individua con sufficiente precisione il contenuto mancante che rende illegittima la legge di gara.
6.2. Sul secondo dei segnalati profili di ritenuta infondatezza del gravame si è, in particolare, diffusa la difesa della stazione appaltante, che nella memoria conclusionale (pag. 24) ha affermato che "*nella fattispecie sopra illustrata, oggetto di pronuncia da parte del Consiglio di Stato, la legge di gara non aveva previsto, disciplinato e articolato in nessun modo i C.A.M. riferiti alle categorie merceologiche e ai servizi compresi nell'appalto, limitandosi a richiamare genericamente l'applicabilità di tutte le disposizioni di legge e regolamentari vigenti in materia, senza alcuna ulteriore specificazione. È di tutta evidenza che la vicenda sottesa alla pronuncia del Consiglio di Stato si fonda su presupposti fattuali e giuridici non sovrapponibili alla fattispecie de qua. Dunque, non pare sussistere la violazione di legge dedotta dalla appellante. Pare il caso di rammentare, ancora una volta, che So.Re.Sa., sul presupposto di non essere in possesso dei dati e delle informazioni relativi ai livelli e certificazioni di prestazione energetica per gli immobili oggetto di gara, ha rinviato all'applicazione dei CAM per i servizi energetici secondo quanto previsto dal CASO A dell'Allegato 1 al Decreto Ministeriale del 7 marzo 2012 i quali delineano, esaustivamente, le specifiche tecniche premianti - in quanto non sono previste quelle di base per la detta fattispecie - le clausole contrattuali, la selezione dei candidati, la documentazione da inserire nella legge di gara, i mezzi di prova e i procedimenti di verifica del rispetto dei principi di sostenibilità ambientale*" (argomenti analoghi sono stati comunque svolti da parte di tutte le difese delle parti appellate).
6.3. I superiori argomenti non risultano condivisibili.
A ben vedere, l'unica differenza fra le due fattispecie (quella oggetto della sentenza n. 8773/2022, e quella oggetto del presente giudizio), risiede nel fatto che mentre nel primo caso la disciplina di gara conteneva un generico rinvio alla normativa applicabile, nel caso di specie essa rinviava alla disciplina dei criteri ambientali minimi relativi ai settori considerati (ma comunque con esclusione di quello dei rifiuti), senza tuttavia declinare coerentemente tale richiamo all'interno della "*documentazione di gara*".
Tale connotato strutturale, che pure ha costituito oggetto di dialettica processuale, è in realtà pacificamente ammesso dalla stessa stazione appaltante a pag. 25 della propria memoria conclusionale, laddove ha affermato che "*La mancata previsione della normativa in materia di criteri ambientali minimi nella documentazione di gara non inficia la procedura ad evidenza pubblica in quanto la scelta dei criteri di valutazione delle offerte, operata dalla Stazione Appaltante, rientra nell'esercizio della discrezionalità che la legge attribuisce alla Pubblica Amministrazione nella fase di valutazione delle offerte per perseguire l'interesse pubblico*" (affermazione che, peraltro, evidenzia una non adeguata individuazione dell'interesse pubblico sotteso alla gara, alla stregua di quanto sarà ulteriormente chiarito ai successivi punti 8. e seguenti).
6.4. La questione in merito alla quale le parti appellate hanno sollecitato un intervento chiarificatore di questo giudice concerne l'individuazione della soglia (minima) normativa di esigibilità della previsione dei criteri ambientali minimi all'interno della legge di gara.
Il Collegio, nel farsi carico dello scrutinio di tali difese, ritiene anzitutto che tale questione abbia carattere alquanto serio, determinando un antagonismo fra l'esigenza di semplificazione della *lex specialis* (e della gara stessa) per un verso, e la non meno rilevante esigenza di effettività dell'operatività dei criteri ambientali minimi nella fase di esecuzione del contratto.
La soluzione di tale dialettica va individuata tenendo conto anzitutto del dato testuale: l'art. 34, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 prescrive espressamente "*l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (…)".
Si tratta di un dato non formale, ma piuttosto sostanziale, dal momento che le prescrizioni in questione mirano a conformare l'esecuzione della prestazione contrattuale (come meglio si preciserà in seguito).
È appena il caso di osservare come identica disciplina sia contenuta, nonostante solo apparenti difformità testuali, nell'art. 57, secondo comma, del d. lgs. n. 36 del 2023, che si pone in relazione di continuità con il carattere c.d. *mandatory* dei criteri ambientali minimi: anche in considerazione del rilievo (non solo meramente esegetico) che tale processo di successione di norme è stato segnato, *medio tempore*, dalla riforma del parametro costituzionale rappresentato dagli artt. 9 e 41 della Costituzione (e fermo restando, comunque, che la parte della previsione del citato art. 57 avente ad oggetto la graduazione, ove possibile, dei criteri sulla base del valore del contratto non è rivolta alle stazioni appaltanti, ma all'attività di predisposizione dei decreti ministeriali).
Date le superiori premesse, nel caso di specie tre dirimenti elementi, in particolare, impediscono di accedere alla tesi delle parti appellate che hanno allegato, anche graficamente, la conformità all'indicato parametro normativo dell'indicata legge di gara.
6.4.1. Il primo è che il T.A.R. in tanto ha ritenuto legittima la legge di gara così strutturata, in quanto ha fatto ricorso al principio della eterointegrazione del bando ad opera di norme imperative (così confermando la lacuna contenutistica della disciplina di gara): tesi che, però, non è condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria di questo Consiglio di Stato, come peraltro riconosciuto dalla stessa sentenza impugnata (che tuttavia ritiene il richiamo ai decreti ministeriali sufficiente allo scopo, in quanto "*l'onere di diligenza impone al concorrente di adeguare la propria offerta ai criteri ambientali minimi che la stazione appaltante non ha trascurato, e che l'operatore economico è così messo in grado di conoscere e valutare, per formulare un'offerta consapevole*").
Il Collegio ritiene di non poter condividere tale conclusione, perché essa limita gli effetti del richiamo ai decreti ministeriali alla "formulazione di un'offerta consapevole" (fermo restando che la genericità del richiamo a criteri semplicemente "non trascurati" attenua fortemente il relativo onere del partecipante), e non anche alla coerente disciplina della valutazione delle stesse.
Una simile conclusione risolve semmai il - diverso - problema di conformità del bando di gara all'art. 71 dell'abrogato d. lgs. n. 50 del 2016: ma non anche di rispetto dell'art. 34 dello stesso codice, come subito si dirà.
6.4.2. Le superiori conclusioni sono ulteriormente rafforzate da un secondo elemento: quello - dedotto a pag. 8 dell'appello principale - per cui "*SO.RE.SA. abbia (illegittimamente) destinato solo 4 punti sui 70 disponibili alla sostenibilità ambientale e per di più con riferimento alle eventuali misure migliorative*". Tale dato è confermato dal primo giudice, che lo ha ritenuto legittimo in relazione all'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante in sede di distribuzione dei punteggi.
Orbene, in disparte la condivisibilità o meno di tale assunto (in relazione alla funzionalizzazione comunque della discrezionalità agli interessi pubblici primari fissati dalle norme, come meglio si specificherà in seguito), sul piano strutturale ciò che si ricava oggettivamente da tale dato è che i criteri ambientali minimi hanno inciso in sede di valutazione dell'offerta solo per 4 punti su 70, e segnatamente - ciò che qui rileva - solo sul piano delle misure migliorative.
Tale elemento - unitamente a quello della necessità di una eterointegrazione della legge di gara - conferma quanto già osservato: vale a dire che nella gara in questione i criteri ambientali minimi hanno avuto un ruolo, in sede di selezione dell'offerta migliore, solo in chiave accessoria.
Non è qui direttamente in rilievo l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella distribuzione dei punteggi (anche se il citato art. 34 individua i criteri premianti come una *species* del più ampio *genus*: e, dunque, presuppone un loro impiego non alternativo ma piuttosto integrativo, contrapponendo al contenuto necessario oggetto del primo comma quello eventuale indicato nel secondo).
Né si tratta di individuare in capo alla stazione appaltante un "*obbligo meramente formale di riproduzione del suo contenuto*", come ritenuto dal primo giudice: la formulazione del primo comma dell'art. 34 non è casuale, ma impone una conformazione degli obblighi negoziali funzionale, sul piano sostanziale, all'effettiva esecuzione della prestazione dell'appaltatore in conformità alle specifiche tecniche portate dai criteri ambientali.
Rimane dunque confermato, anche nel caso in esame, che "*La conseguenza della richiamata disciplina di gara è infatti quella di relegare un contenuto necessario all'alea delle offerte migliorative*" (sentenza n. 8773/2022, cit.; nello stesso senso sentenza 972/2021).
6.4.3. Tanto ciò è vero, che - come dedotto dall'appellante alle pagg. 28 e 29 del ricorso in appello - dei criteri ambientali minimi genericamente richiamati dalla legge di gara uno soltanto, quello relativo alla cura e alla manutenzione del verde, è stato tradotto in specifiche tecniche.
Il che contraddice la tesi della mera sufficienza del richiamo generico, o quanto meno esprime una contraddittorietà nella tecnica di formulazione della legge di gara che, di per sé, non garantisce l'adeguato rispetto della norma primaria. Né può accedersi alla tesi della sentenza gravata, secondo la quale "*La circostanza che la stazione appaltante abbia inteso operare alcune specificazioni per una delle prestazioni richieste non denota il lamentato vizio degli atti di gara. Tali specificazioni si mostrano corrispondenti alla scelta di chiarire taluni aspetti delle parziali attività affidate, rimanendo il contenuto delle prestazioni richieste, per le restanti attività, ancorato ai criteri ambientali minimi, dettati dai decreti ministeriali a cui è fatto riferimento*".
La richiamata norma primaria detta infatti un modello disciplinare che non consente applicazioni differenziate all'interno della stessa *lex specialis*: e ciò, giova ripeterlo, non già in ossequio ad un canone formale, ma piuttosto per assicurare l'effettiva conformità delle modalità di esecuzione della prestazione al modello individuato come rispettoso delle esigenze ambientali.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

6.5. Tanto chiarito, emerge che effettivamente una apparente differenza strutturale sussiste fra la fattispecie in esame e quella che ha costituito oggetto della più volte richiamata sentenza n. 8773/2022: in un caso il rinvio è stato genericamente operato alla "disciplina applicabile", mentre in questo caso esso ha riguardato i decreti ministeriali relativi ai (soli) criteri ambientali minimi ritenuti applicabili.
Tuttavia, ai fini dello scrutinio della conformità della legge di gara al parametro normativo evocato, non è dato riscontrare significative diversità fra le due ipotesi; in entrambi i casi, infatti, il rinvio - se pure assolve ad uno scopo formale - non è idoneo a conformare la funzione del contratto, in punto di scelta della migliore offerta, agli obiettivi avuti di mira dalla norma.
La memoria conclusionale (*omissis*) ha in proposito invocato la sentenza della V Sezione di questo Consiglio di Stato n. 9879 del 2022: ma anche tale sentenza, conferma che "*L'obbligatorietà di detti criteri e le gravi conseguenze che se ne devono trarre nella sede giudiziale di valutazione di legittimità delle procedure pubbliche di affidamento che non ne tengano debito conto depongono nel senso, seguito dalla sentenza impugnata, di valutare la questione del loro recepimento nella legge di gara sotto il profilo sostanziale, piuttosto che sotto il profilo formale del loro richiamo*".
6.6. La stazione appaltante, a pag. 25 della propria memoria conclusionale, ha dedotto che "*La mancata previsione della normativa in materia di criteri ambientali minimi nella documentazione di gara non inficia la procedura ad evidenza pubblica in quanto la scelta dei criteri di valutazione delle offerte, operata dalla Stazione Appaltante, rientra nell'esercizio della discrezionalità che la legge attribuisce alla Pubblica Amministrazione nella fase di valutazione delle offerte per perseguire l'interesse pubblico. Il potere discrezionalmente esercitato dalla Stazione Appaltante è sindacabile solo in sede di giurisdizione di legittimità e, unicamente, qualora sia macroscopicamente illogico, irragionevole e irrazionale*".
La tesi non è condivisibile.
In primo luogo va considerato che la discrezionalità in sede di valutazione delle offerte incontra un (auto)limite nella legge di gara: e nel caso di specie si discute proprio della legittimità della *lex specialis*.
In secondo luogo, tale conclusione è sintomatica di una incompleta percezione della nozione di "perseguimento dell'interesse pubblico", che come detto si connota di una componente non rimessa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, ma obbligatoriamente richiesta dalla legge come condizionante il contenuto delle offerte e delle prestazioni.
In terzo luogo, e in conseguenza delle superiori considerazioni, dall'insieme delle prescrizioni normative relative ai criteri ambientali minimi risulta che la sostenibilità ambientale delle scelte negoziali dell'amministrazione pone un problema di rispetto di canoni normativamente stabiliti, più che di esercizio di discrezionalità propriamente intesa.
6.7. Alla luce delle osservazioni che precede va conclusivamente esaminato il profilo - cui si è già in parte accennato - relativo alla possibilità di eterointegrazione della legge di gara, anche per effetto del rinvio in essa contenuto ai decreti ministeriali.
La citata sentenza n. 8773/2022 ha precisato che "*La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è pacifica nel rinvenire la ratio dell'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi nell'esigenza di garantire "che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, 'circolari' e nel diffondere l'occupazione 'verde' (così, da ultimo, la sentenza n. 6934/2022). La previsione in parola, e l'istituto da essa disciplinato, contribuiscono dunque a connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd. green public procurements si connotano per essere un 'segmento dell'economia circolare'*".
L'applicazione di tali princìpi alla fattispecie dedotta importa l'accoglimento del relativo profilo di censura.
Ne deriva che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, il ricorso alla eterointegrazione della legge di gara ad opera dei decreti che disciplinano gli specifici criteri ambientali non è sufficiente a far ritenere rispettato l'art. 34 del d. lgs. n. 50 del 2016.
Sempre la sentenza 8773/2022 ha chiarito che "*non possono ritenersi rispettate tali previsioni allegando il generico rinvio della legge di gara alle disposizioni vigenti, ovvero opponendo in memoria - in un'ottica di risultato - che l'aggiudicataria avesse comunque 'offerto in gara prodotti biologici e possiede certificazioni idonee a minimizzare l'impatto ambientale nella fase esecutiva della commessa'*".
Il Collegio anche sul punto - essendo, peraltro, la richiamata ricostruzione coerente ad una complessiva logica normativa non frazionabile per segmenti - aderisce al richiamato orientamento, dal momento che la fattispecie oggetto del presente giudizio non presenta - come già rilevato - differenze sostanziali rispetto a quella oggetto della sentenza da ultimo indicata, posto che in un caso i criteri ambientali minimi sono stati indicati in maniera generica, mentre nel caso in esame sono stati indicati con specifico riferimento ai relativi decreti ministeriali, ma senza che a tali riferimenti abbia fatto seguito un'effettiva declinazione nella documentazione di gara, come prescritto dal citato art. 34, primo comma.
Ne consegue che non sussistono i presupposti per la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, posto che l'opposta opzione esegetica fatta propria dal primo giudice si richiama ad una giurisprudenza del giudice di primo grado isolata e comunque superata dal più recente orientamento di questo Consiglio di Stato, non sussistendo peraltro le condizioni di cui all'art. 99, comma 3, cod. proc. amm.
Va conclusivamente osservato sul punto che la tesi della eterointegrazione, che ha consentito al primo giudice di ritenere legittima la legge di gara, per un verso contraddice - come accennato - la tesi delle parti appellate circa la completezza della relativa documentazione; per altro verso - stante la genericità sul punto di disciplinare e capitolato, e la conseguente necessità di integrarne *ab extrinseco* la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

disciplina - ha l'effetto di spostare nella fase di esecuzione del contratto ogni questione relativa alla conformità della prestazione ai criteri ambientali: così contraddicendo la logica del risultato (della quale ci si occuperà ulteriormente ai successivi punti 8. e seguenti), che mira piuttosto ad una sollecita definizione, in termini di certezza e stabilità del rapporto negoziale, dei reciproci diritti ed obblighi (posto che lo stesso art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 36 del 2023 - ponendosi in linea di coerenza e continuità con risalenti ed autorevoli indicazioni teoriche - costruisce la nozione di risultato in un'ottica di unitarietà strutturale e funzionale fra aggiudicazione ed esecuzione).

7. Un ulteriore argomento di censura concerne il mancato, radicale richiamo (e, non dunque, il richiamo non seguito da adeguata declinazione nelle specifiche tecniche) da parte della legge di gara ai criteri ambientali minimi relativi alla gestione dei rifiuti.

7.1. Sul primo profilo la sentenza gravata ha ritenuto che "*non vale il riferimento operato alla previsione del punto 12.8 del capitolato tecnico, poiché esso non include nell'oggetto dell'appalto le specifiche prestazioni in materia di rifiuti, enunciando l'obbligo dell'aggiudicatario di far corrispondere la propria attività alla qualità di produttore e detentore di rifiuti, non abbandonando i rifiuti e favorendo il trattamento da parte di altri soggetti (significativamente, il disciplinare specifica che l'aggiudicatario dovrà rivolgersi 'ai soggetti autorizzati allo svolgimento delle relative operazioni di gestione ai sensi dell'art. 212 del D.Lgs. 152/2006 e compilando la documentazione ambientale')*".

7.2. Sul punto l'appellante in memoria di replica ha dedotto che "*avendo Soresa disciplinato e declinato anche l'affidamento del servizio di gestione del verde pubblico e fornitura prodotti per la cura del verde di cui al DM n. 63 del 10 marzo 2020, la stessa sarebbe stata obbligata anche ad applicare, declinare e contestualizzare il DM 13 febbraio 2014 sui rifiuti urbani, che è collegato appunto al verde pubblico*".

Va anzitutto osservato che l'allegato 1 del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 febbraio 2014, relativo ai "*Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani*", risulta essere stato abrogato dall'art. 3, comma 3, del Decreto del Ministero della transizione ecologica 23 giugno 2022, a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso (3 dicembre 2022).

Alla data in cui è stata bandita la gara in esame - indetta con determina n. 184 del 16 settembre 2022 - era dunque in vigore il citato d.m. 13 febbraio 2014.

7.3. Tale decreto stabilisce, come detto, i "Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani": dunque, di un servizio distinto, e collocato "a valle", rispetto a quello costituente oggetto del contratto per cui è causa, il quale contempla la produzione e la detenzione di rifiuti, ma non anche il loro smaltimento.

Va peraltro considerato che, come ricordato dal primo giudice, il contratto in questione disciplina altresì le attività relative ai rifiuti prodotti nel senso di favorirne "*il trattamento da parte di altri soggetti*"; e che il citato d.m. 13 febbraio 2014 non disciplina esclusivamente lo "smaltimento", ma piuttosto la "gestione" dei rifiuti, e in particolare (allegato 1, punto 2) "la parte del servizio di gestione dei rifiuti relativa alla raccolta dei rifiuti".

Si tratta dell'attività di raccolta operata dalle amministrazioni istituzionalmente competenti, ma nell'ottica della "prevenzione della produzione dei rifiuti" (punto 3.3.1.), anche attraverso il "compostaggio domestico", "in particolare nelle situazioni ove siano presenti case sparse e giardini" (punto 3.3.2.), e della raccolta differenziata (punto 3.3.3.).

Orbene, se nel caso di specie oggetto del contratto sono anche le attività dirette a favorire il trattamento dei rifiuti prodotti (prodromiche alla diversa attività concernente la successiva gestione degli stessi), non può negarsi che in tale oggetto rientri una pur minima (ma non marginale, se considerata in relazione al ciclo dei rifiuti) attività di gestione vera e propria.

7.4. Ciò è del resto testualmente confermato dal punto 12.8 del Capitolato: dove alla genericità della previsione di cui al primo periodo ("*L'Assuntore si impegna, nel corso dello svolgimento del contratto, a salvaguardare l'integrità dell'ambiente, rispettando le norme attualmente vigenti in materia e adottando tutte le precauzioni possibili per evitare danni di ogni genere*"), fa invece seguito, nel secondo periodo, la più precisa e significativa previsione secondo la quale "*Le attività oggetto del presente appalto implicano la produzione di differenti tipologie di rifiuto che l'Assuntore dovrà gestire nel pieno rispetto della normativa vigente, con particolare riferimento al D.Lgs. 152/2006*".

Il Capitolato, opportunamente (considerato il potenziale rilievo inquinante dei rifiuti relativi alle plurime attività oggetto del contratto), fa carico al contraente non già del mero conferimento dei rifiuti a soggetti autorizzati, ma anche della loro produzione in forma differenziata: il che, come detto è oggetto del punto 3.3.3. del citato allegato 1 al d.m. 13 febbraio 2014.

Né può ritenersi esaustivo, in argomento, il rinvio alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 152 del 2006, in quanto richiamato dal Capitolato solo in via esemplificativa. La stazione appaltante ha pertanto - correttamente ed opportunamente - incluso nell'oggetto dell'appalto una fase di gestione "interna" dei rifiuti, funzionale all'effettivo smaltimento degli stessi secondo criteri di protezione ambientale, che come tale implica l'esecuzione della prestazione negoziale secondo le specifiche recate dai criteri sopra richiamati.

La censura è pertanto, questi termini, fondata.

8. Alla luce delle considerazioni fin qui svolte in merito ai contrapposti argomenti delle parti sulla legge di gara e sul contenuto del relativo parametro normativo, devono essere esaminate le critiche rivolte dall'appellante alla parte della sentenza di primo grado che ha respinto il ricorso facendo riferimento al principio del risultato (oltre a quanto già osservato in argomento al precedente punto 6.7.).

Il T.A.R. ha utilizzato tale argomento, declinato come "*esigenza di garantire il conseguimento dell'obiettivo dell'azione pubblica (con il riconoscimento del prioritario interesse al pronto raggiungimento delle finalità dell'appalto), essendo destinati a recedere quei formalismi ai quali non corrisponda*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

una concreta ed effettiva esigenza di tutela del privato", ritenendo che, poiché "*in ragione della formulazione specifica degli atti di gara, l'operatore economico non potesse dirsi inconsapevole delle modalità attraverso cui formulare la propria offerta*", nel caso di specie andrebbe privilegiata l'esigenza di un sollecito affidamento e svolgimento del servizio.

8.1. Tale impostazione, che considera l'interesse della stazione appaltante e del singolo operatore alla presentazione dell'offerta e all'effettuazione della gara, trascura in realtà di considerare che il risultato avuto di mira dalla legge in questo caso non è "*l'effettivo e tempestivo*" svolgimento del servizio (a qualsiasi condizione), ma lo svolgimento del servizio finalizzato all'attuazione delle politiche ambientali alle quali risultano funzionali i criteri ambientali minimi.

La nozione, nel caso di specie, deve appuntarsi sul soddisfacimento dell'interesse pubblico primario portato dalle norme che si assumono violate.

Diversamente, si legittimerebbe una divaricazione fra la politica ambientale predicata dalla norma primaria regolante l'esercizio del potere in questione, e quella effettivamente praticata mediante la disciplina dei concreti obblighi negoziali.

8.2. È nota del resto, in tal senso, la qualificazione funzionale dei contratti pubblici operata in relazione all'evoluzione normativa della causa degli stessi: dalla concezione c.d. unipolare (limitata elle esigenze contabilistiche); a quella bipolare (che alla prima ha affiancato il perseguimento dell'interesse proconcorrenziale e alla libera circolazione); a quella, infine, multipolare, mediante la quale l'arricchimento funzionale della disciplina assegna al contratto anche il ruolo di strumento di politiche sociali ed ambientali (soprattutto per effetto del considerando 2 della Direttiva 2014/24/UE).

Questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di affermare in proposito che "*Nell'attuale quadro normativo, soprattutto per effetto delle direttive di seconda e terza generazione, il contratto di appalto non è, infatti, soltanto un mezzo che consente all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma - per utilizzare categorie civilistiche - uno 'strumento a plurimo impiego' funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato: in altre parole, uno strumento - plurifunzionale - di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente*" (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 11322/2023; in argomento, da ultimo, e con ampia motivazione, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 807 del 2024, in materia di clausole sociali).

Il che, a ben vedere, si pone in chiave di coerenza evolutiva rispetto all'originaria funzione, posto che si amplia l'area dell'interesse pubblico primario: che è sempre quello alla scelta del migliore offerente, ma non più tale solo sul piano dell'affidabilità e dell'economicità, bensì anche sul terreno della capacità di concorrere a concretamente tutelare gli ulteriori interessi pubblici nel frattempo normativamente assegnati alla cura dell'amministrazione (con la conseguenza di trasformare il contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica, sociale ed ambientale: in tal senso già la citata sentenza n. 8773/2022).

Come chiarito dalla Sezione nella citata sentenza n. 11322/2023, la nozione di risultato "*anche alla luce del significato ad essa attribuito dal sopravvenuto d. lgs. n. 36 del 2023, (…) non ha riguardo unicamente alla rapidità e alla economicità, ma anche alla qualità della prestazione*"; *(…) Se si considera tale, fondamentale quadro, la "migliore offerta" è dunque quella che presenta le migliori condizioni economiche ma solo a parità di requisiti qualitativi richiesti*".

Non trova dunque giuridico fondamento la tesi per cui la positivizzazione in materia contrattuale del principio del risultato avrebbe sancito il primato logico dell'approvvigionamento: non foss'altro perché tale principio è strettamente correlato a (e condizionato da) quello della fiducia, e dunque si differenza dalla logica del risultato "statico" di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 per rivolgersi invece alla effettività della tutela degli interessi di natura superindividuale la cui cura è affidata all'amministrazione, fra i quali quello della tutela ambientale assume un ruolo decisamente primario alla luce sia della richiamata Direttiva 2014/24/UE, che del riformato art. 9 della Costituzione.

8.3. Così individuato il "risultato" normativamente rilevante (anche, dunque, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa), l'argomento di censura in esame risulta fondato in relazione a quanto già affermato dalla sentenza di questa Sezione n. 2866/2024, che ha chiarito sul punto - anch'essa in una prospettiva indotta dalla portata esegetica del principio del risultato in quanto già immanente al sistema, e dunque correttamente valutabile, come ha fatto il primo giudice, anche in fattispecie non ancora soggette alla specifica previsione di cui all'art. 1, comma 4, del d. lgs. n. 36 del 2023 - che "*L'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario, come pure è stato efficacemente sostenuto successivamente all'entrata in vigore del richiamato d. lgs. n. 36 del 2023, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo*", facendo "*transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili*" (in senso analogo, successivamente, anche la sentenza della IV Sezione di questo Consiglio di Stato, n. 3985/2024).

Nella specifica materia dei criteri ambientali minimi già la più volte richiamata sentenza n. 8773/2022 aveva affermato che il mero richiamo ai criteri ambientali da parte della legge di gara "*non equivale a prospettare la conformità del risultato della gara allo scopo voluto dai parametri normativi*".

8.4. La memoria conclusionale (*omissis*) ha in proposito affermato che "*La codificazione del principio è precipuamente volta a privilegiare l'aspetto sostanziale su quello meramente formale, come spiega la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 36/*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2023, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea".
Orbene, alla luce di quanto si è già osservato, è proprio la valorizzazione del profilo sostanziale a deporre nel senso della fondatezza del gravame: nella duplice prospettiva della necessità - per potersi predicare la legittimità della legge di gara di un riscontro di effettività della cura degli interessi ambientali in sede di disciplina degli obblighi negoziali (in ciò consistendo il risultato avuto di mira dalla norma in questione); e della insufficienza del dato disciplinare meramente formale consistente nel generico richiamo ai criteri in questioni.
A ciò si aggiunga quanto si è già osservato rispetto alla contrarietà al principio del risultato di una legge di gara che genericamente richiami una disciplina non declinata nelle specifiche tecniche, in vista di una successiva integrazione tale da incrementare il tasso di complicazione e di incertezza del contenuto degli obblighi negoziali.
9. La presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), che ha consentito di derogare all'ordine logico di esame delle questioni e tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2022, n. 339), con la conseguenza che gli argomenti difensivi non accolti e ciononostante non espressamente richiamati - in ossequio al principio di sinteticità di cui all'art. 3, comma 2, cod. proc. amm. - sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione, in ragione dell'economia della stessa, e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.
Dalle considerazioni che precedono discende:
- che gli appelli incidentali sono infondati e come tali devono essere respinti;
- che l'appello principale è fondato e che va pertanto accolto, con riforma della sentenza del T.A.R. qui gravata e conseguente accoglimento del ricorso di primo grado, nel senso dell'annullamento degli atti con esso impugnati.
(*omissis*)

Le funzioni della contrattazione pubblica e il ruolo del giudice amministrativo alla luce dell'obbligo di rispettare i c.a.m.

di Alessandro Enrico Basilico (*)

L'inosservanza, da parte della stazione appaltante, dell'obbligo d'inserire il rispetto dei c.a.m. nella documentazione di gara determina problematiche di ordine processuale, relative al dubbio circa l'onere d'immediata impugnazione della *lex specialis*, nonché di tipo sostanziale, concernenti l'alternativa tra caducare l'intera gara in quanto illegittima o ritenere che il bando possa essere "eterointegrato" dai decreti del Ministro dell'ambiente.
Il Consiglio di Stato, sul piano processuale, ha escluso che la violazione dei c.a.m. da parte dell'Amministrazione produca una lesione prima della conclusione della gara, e, su quello sostanziale, ha affermato che le esigenze di tutela dell'ambiente e di promozione di uno sviluppo sostenibile impongono alla stazione appaltante di non limitarsi a rinviare ai c.a.m., ma di declinare la *lex specialis* tenendone conto.
La soluzione della problematica sostanziale appare condivisibile alla luce dell'accresciuta importanza della tutela dell'ambiente nel quadro degli interessi che le Amministrazioni sono chiamate a curare, culminata con la legge costituzionale di modifica dagli artt. 9 e 41 Cost., la quale accentua il sindacato giurisdizionale.
Sul piano processuale, invece, si può dubitare che il mancato rispetto dei c.a.m. nella predisposizione del bando risulti lesivo solo in sede di aggiudicazione, potendosi ipotizzare casi in cui ne derivi l'impossibilità di predisporre un'offerta consapevole.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Introduzione

Una delle linee evolutive dell'ordinamento più significative è il progressivo ampliamento degli obiettivi perseguiti mediante la disciplina dei contratti pubblici, la quale, in origine orientata in via pressoché esclusiva al soddisfacimento delle esigenze di approvvigionamento dell'Amministrazione - mediante individuazione del contraente e dell'offerta più idonei a tal fine - è poi divenuta, per la forte influenza del diritto della Comunità (oggi Unione) europea, strumento di promozione della concorrenza tra imprese, e oggi ben può essere intesa quale mezzo per curare in senso ampio gli interessi della collettività, in una prospettiva multivaloriale (1).

Questa tendenza è particolarmente evidente nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il cui art. 57 impone d'inserire nei documenti di gara di tutti gli affidamenti - a eccezione di quelli aventi natura intellettuale - "specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore" (comma 1), e "almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi".

La menzione, all'interno della medesima disposizione, sia delle clausole sociali, sia dei criteri ambientali non deve stupire, "perché sia l'inclusione sociale che la tutela dell'ambiente rappresentano fondamentali pilastri dello sviluppo sostenibile, che integra le politiche economiche con la salvaguardia degli habitat naturali" (2), e che viene collegato a "un canone di doverosità intergenerazionale" e considerato il denominatore comune delle varie transizioni - ecologica, digitale, demografica, per evocare le principali - che interessano le società contemporanee (3).

Proprio il rispetto dei criteri ambientali minimi (c.d. c.a.m.) è stato individuato dal legislatore come strumento cruciale per il perseguimento degli obiettivi connessi alla transizione ecologica (4), che rappresenta senza dubbio una delle maggiori sfide del nostro tempo (5).

I c.a.m. dal diritto dell'Unione europea al nuovo codice dei contratti pubblici

Come per numerosi altri istituti (6), anche in questo caso l'impulso è giunto dall'Unione europea, il cui ordinamento da tempo annovera la tutela dell'ambiente tra i suoi principi fondativi (7): il Trattato istitutivo della Comunità europea esigeva infatti l'integrazione delle esigenze connesse con la tutela dell'ambiente nella definizione e nell'attuazione delle politiche della Comunità nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile (8), nonché prefigurava una politica in materia ambientale volta a perseguire la salvaguardia della qualità dell'ambiente, la protezione della salute, l'uso accorto e razionale delle risorse naturali (9) - e queste previsioni sono poi sostanzialmente confluite anche nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea attualmente vigente (10).

Con riferimento agli appalti pubblici, inoltre, già sul finire degli anni Ottanta la Corte di giustizia ha

(1) Sull'uso della contrattazione pubblica per perseguire anche obiettivi non strettamente economici, le c.d. "*secondary considerations*" o "*horizontal policies*", si v. E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021, nonché E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, soprattutto 131 ss.

(2) O. Fratamico, *Art. 57. Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in R. Giovagnoli - G. Rovelli (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, 588 ss.

(3) F. Fracchia, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, 56 ss.

(4) Sul tema si v. F. De Leonardis, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercati*, Torino, 2023; M. Petrachi, *La tutela dell'ambiente nel prisma della transizione ecologica*, Torino, 2023; L. Becchetti - G.A. Forte, *Il libro bianco della transizione ecologica*, Soveria Mannelli, 2021; G. Rossi - M. Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020.

(5) Non casualmente, la giurisprudenza ha affermato che l'obbligo di rispettare i c.a.m. contribuisce a marcare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: sul punto si v. Cons. Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773). Anche in letteratura si è posto in luce come i "*green public procurements*" siano un "segmento dell'economia circolare" (M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare: sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020, 69 ss.).

(6) Per una panoramica generale sull'influenza del diritto dell'Unione europea rispetto al diritto amministrativo nazionale si v.: I. M. Delgado - F. Di Lascio, *Diritto amministrativo europeo e diritti nazionali*, Napoli, 2018; F. Caringella (a cura di), *Manuale ragionato di diritto costituzionale europeo*, Roma, 2020, 191 ss.; G. Della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2008. Con particolare riferimento all'inclusione di obiettivi di tutela ambientale nell'ambito della regolazione delle attività economiche si v. D. Bevilacqua - E. Chiti, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024.

(7) In materia si v. F. Ferraro, *I grandi principi del diritto dell'Unione europea in materia ambientale*, in *DPCE online*, vol. 58, n. Sp2 (2023).

(8) Art. 6 TCE.

(9) Art. 174 TCE.

(10) Art. 11 e art. 191 TFUE.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ammesso che per la valutazione delle offerte possano essere considerati anche parametri non strettamente economici, a condizione che siano indicati nel bando e che non ne risultino effetti discriminatori diretti o indiretti a seconda dello Stato membro di provenienza dell'offerente (11), e all'inizio del XXI secolo ha esplicitamente escluso "che ciascuno dei criteri di attribuzione adottati dall'amministrazione aggiudicatrice al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa debba necessariamente essere di natura meramente economica", ritenendo che possano incidere sul valore dell'offerta anche "fattori che non siano meramente economici" (12).
Sul piano normativo, se le direttive del 2004 non ponevano particolari obblighi in materia ambientale, già con la comunicazione della Commissione COM (2003) 302 del 16 giugno 2003 su *Politica integrata dei prodotti - Sviluppare il concetto di "ciclo di vita ambientale"* gli Stati membri erano stati invitati a elaborare e rendere accessibili al pubblico "appositi piani di azione per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici".
La L. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), con l'art. 1, comma 1126, ha quindi previsto il finanziamento, l'attuazione e il monitoraggio di un "Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione", predisposto dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico, d'intesa con le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, e sottoposto all'approvazione di Consip S.p.a.
Parallelamente, il D.Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, ha inserito nel codice dell'ambiente, approvato con D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, gli artt. 3-*ter* ("Principio dell'azione ambientale") e 3-*quater* ("Principio dello sviluppo sostenibile"), secondo cui "la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali [...] deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati" e "anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile".
Poco dopo, con decreto interministeriale 11 aprile 2008, n. 135, è stato adottato il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale (chiamato anche Piano d'azione nazionale sul *green public procurement*), poi revisionato con decreto del 3 maggio 2013, nonché di recente rinnovato con decreto 3 agosto 2023, il quale prevede l'adozione di misure volte all'integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi sulla base di quali criteri la riduzione dell'uso delle risorse naturali, della produzione di rifiuti, delle emissioni inquinanti e dei rischi ambientali, nonché la sostituzione delle fonti energetiche non rinnovabili con fonti rinnovabili.
Con successivi decreti del Ministro dell'ambiente, periodicamente aggiornati, sono stati quindi definiti i criteri ambientali minimi (c.a.m.) per le singole specifiche categorie merceologiche (per esempio, arredi per interni, carta, cartucce e stampanti, arredo urbano, edilizia, eventi culturali, pulizia e sanificazione, rifiuti urbani e spazzamento stradale, ristorazione collettiva, distributori automatici, veicoli).
La logica sottesa al sistema è che l'obbligo di rispettare i c.a.m. induca le imprese che non vogliano essere progressivamente estromesse dal mercato delle committenze pubbliche a investire in tecnologie che riducano l'impatto sull'ambiente dei loro beni e servizi, con successive ricadute anche sul mercato tra privati (e, potenzialmente, dall'Unione europea al mondo intero) (13).
Rispetto a questo obiettivo, tuttavia, il primo codice dei contratti pubblici approvato con D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, risultava poco incisivo (14), perché l'art. 85 in origine prevedeva la mera facoltà, rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, di valutare le "caratteristiche ambientali" del prodotto o del servizio, poi specificate in "caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto".
La sensibilità per i temi ambientali si è notevolmente intensificata con la Dir. 2014/24/UE, sia alla luce del considerando 91 - secondo cui l'atto "chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di

(11) Corte di Giustizia UE 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjes*, relativa a una condizione del bando inerente l'impiego di disoccupati stabili.

(12) Corte di Giustizia UE 17 settembre 2002, *Concordia Bus*, che argomenta anche richiamando la direttiva del Consiglio 92/50/CEE che consente espressamente di valutare le caratteristiche estetiche di un'offerta.

(13) Sostiene la tesi che l'Unione europea, apparentemente in declino, resti invece un'autorevole superpotenza capace d'influenzare molti aspetti del commercio globale, tra l'altro contribuendo a rendere più rigorosi gli standard di tutela dell'ambiente, A. Bradford, *Effetto Bruxelles. Come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021, in particolare 343 ss.

(14) In questi termini si v. I. Raiola, Art. 57, in R. Garofoli - G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina e giurisprudenza*, Molfetta, 2024.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo" - sia in forza dell'art. 67 della Dir. 2014/24/UE, secondo cui la qualità da valutare ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa comprende anche le "caratteristiche [...] ambientali" del bene, servizio o lavoro, nonché dell'art. 68 della medesima Dir. 2014/24/UE, che consente di tenere conto dei costi del relativo ciclo di vita, compresi quelli correlati al "consumo di energia e altre risorse" e quelli "imputati a esternalità ambientali [...] a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato", con la precisazione che "tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici".

In questo contesto, la L. 28 dicembre 2015, n. 221, espressamente volta a promuovere misure di *green economy*, con l'art. 19, comma 3, ha integrato l'art. 64, comma 4-*bis*, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - che era stato inserito dall'art. 4, comma 2, lett. h), D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in L. 12 luglio 2011, n. 106 - prevedendo che i bandi-tipo approvati dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (confluita poi nel 2014 nell'Autorità nazionale anticorruzione-A.n.a.c.), in base ai quali le stazioni appaltanti predisponevano i documenti di gara, contenessero indicazioni per l'integrazione dei c.a.m.; inoltre, con l'art. 18, comma 1, ha introdotto nel codice l'art. 68-*bis*, che ha previsto un vero e proprio obbligo per le stazioni appaltanti d'inserire nella documentazione di gara delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute in una serie di decreti elencati nella stessa disposizione, che è stato ribadito dall'art. 34 del codice successivo, approvato con D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Già in passato, dunque, la giurisprudenza aveva avuto modo di affermare che le disposizioni in materia di c.a.m. "lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti" (15), il cui rispetto è ineludibile per assicurare "che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, 'circolari' e nel diffondere l'occupazione 'verde'" (16).

A tal proposito, l'art. 1, lett. f), L. delega 21 giugno 2022, n. 78, aveva posto, tra i principi e criteri direttivi cui il Governo si sarebbe dovuto conformare nel ridisciplinare la materia dei contratti pubblici, quello della "previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, in particolare attraverso la definizione di criteri ambientali minimi, da rispettare obbligatoriamente".

L'art. 57, comma 2, del codice - il quale si applica sia agli appalti, sia alle concessioni - ha dunque stabilito che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal *Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento*, nella *lex specialis*, (almeno) delle specifiche tecniche e delle clausola contrattuali contenute nei criteri c.a.m., aggiungendo che questi sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Come è stato osservato, i c.a.m. sono ormai divenuti "requisiti volti ad individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo l'intero ciclo di vita", in alcuni casi favorendo la raccolta differenziata ovvero il riuso di materiali riciclati, in altri traducendosi in veri e propri criteri di "ecoprogettazione", promuovendo "l'economia circolare in ogni fase della catena del valore dalla progettazione, all'uso, allo smaltimento finale", in una prospettiva che è stata definita di "*circular procurement*" (17).

Sul perseguimento di obiettivi di sostenibilità e di transizione ecologica, e sull'interpretazione delle disposizioni dettate al riguardo, non può poi non avere un sicuro impatto il fatto che la tutela dell'ambiente, già riconosciuta come valore di rilievo costituzionale dalla giurisprudenza e, implicitamente, dalla L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, di riforma del Titolo V, sia oggi assurta a principio fondamentale della Carta in forza della L. 11 febbraio 2022, n. 1, che ha modificato l'art. 9 Cost. inserendovi un comma 3 secondo cui la Repubblica "tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni" e disciplina con legge statale "i modi e le forme di tutela degli animali", nonché l'art. 42 Cost., aggiungendo salute e ambiente tra i limiti posti all'attività d'impresa e precisando che questa è indirizzata, mediante i programmi e controlli opportuni stabiliti dalla legge, a fini ambientali (oltre che sociali) (18).

(15) Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972.
(16) Cons. Stato, Sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934.
(17) O. Fratamico, *Art. 57*, pp. 588-590.

(18) Benché la legge costituzionale sia stata approvata da meno di due anni, è già oggetto di un'ampia letteratura, all'interno della quale è opportuno ricordare quantomeno le seguenti relazioni

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La questione dell'immediata impugnabilità del bando per violazione della disciplina sui c.a.m.

Considerato che il perseguimento degli obiettivi connessi alla tutela dell'ambiente e alla transizione ecologica dipende anche, e in misura significativa, dall'applicazione in concreto dell'obbligo d'inserire il rispetto dei c.a.m. nei documenti di gara, non stupisce che in materia in giurisprudenza stiano maturando posizioni diverse.

Le questioni principali oggetto di dibattito, e di contrasto, attengono tutte alle conseguenze della mancata previsione nei bandi e negli avvisi del rispetto dei c.a.m. e sono essenzialmente due, una di tipo processuale, l'altra di natura sostanziale: se questi bandi e avvisi carenti siano direttamente lesivi, dunque immediatamente impugnabili, ovvero se occorra attendere l'esito della gara per censurarli insieme all'aggiudicazione; se sia sufficiente un generico rinvio ai decreti del Ministro dell'ambiente che stabiliscono i c.a.m. e se comunque questi ultimi siano idonei a "eterointegrare" la normativa di gara, le cui mancanze risulterebbero quindi irrilevanti.

Sulla prima questione, la sentenza Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701, si è espressa nel senso "dell'insussistenza di un onere d'immediata impugnazione delle clausole che si assumono lesive per violazione della disciplina in materia di criteri ambientali minimi".

Il Supremo Consesso è giunto a questa conclusione sostenendo di conformarsi ai principi sanciti dalla sentenza dell'Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4, secondo cui l'onere d'impugnare direttamente il bando, senza attendere l'adozione degli atti che ne fanno applicazione (esclusione ovvero aggiudicazione al concorrente), riguarda solo le clausole immediatamente escludenti, tali essendo sia quelle che fissano - in tesi, restrittivamente - i requisiti soggettivi di ammissione alla gara, sia quelle che rendono impossibile la formulazione dell'offerta tecnica o di quella economica (dunque, quelle che rendono la partecipazione incongruamente difficoltosa o impossibile, quelle che impediscono un calcolo di convenienza ai fini della partecipazione alla procedura ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini, quelle che determinano un rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, quelle che impongono obblighi illegittimi, nonché nell'ipotesi di gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta o di formule matematiche errate): diversamente, "si imporrebbe all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità".

Secondo la sentenza in commento, l'ipotesi della (denunciata) illegittimità del bando per violazione dei c.a.m. "in alcun modo [...] influisce sulla formulazione dell'offerta: non solo in termini di impossibilità assoluta, ma neppure in termini di condizionamento relativo" (19).

Sotto questo profilo, la decisione risulta conforme alla giurisprudenza maggioritaria, la quale tende a escludere che gli operatori economici abbiano un onere d'immediata impugnazione della *lex specialis* che non contenga l'obbligo di rispettare i c.a.m., sulla base dell'argomento per cui questi non riguardano requisiti soggettivi di partecipazione immediatamente escludenti, ma piuttosto la struttura del contratto, e, sotto altro profilo, pur attenendo a obblighi informativi che gravano sulla stazione appaltante, la loro imposizione non comporta oneri incomprensibili oppure sproporzionati, tali da impedire la partecipazione della impresa, secondo quanto ordinariamente esigibile da un operatore professionale; di conseguenza, l'omissione della loro applicazione rileverebbe solo all'esito della valutazione dell'offerta, determinando uno svantaggio competitivo ingiusto a favore dell'aggiudicatario, risultato in grado di formulare un'offerta più competitiva perché scevra dal rispetto delle esigenze della sostenibilità ambientale (20).

Il mancato inserimento dei c.a.m. nella legge di gara rappresenterebbe dunque un vizio che inficia l'aggiudicazione e che deve essere denunciato impugnando quest'ultima, per quanto il suo riscontro da parte del giudice comporti poi la caducazione dell'intera procedura (21).

Si deve tuttavia dar conto del fatto che parte della giurisprudenza di primo grado adotta una prospettiva

tenute al convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti tenutosi a Roma il 12 maggio 2023 e dedicato a "La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale", tutte pubblicate sulla *Rivista AIC*, 3, 2023: R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*; F. Fabrizzi, *Dal paesaggio all'ambiente: conflitto o composizione*; D. Porena, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*; S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*.

(19) Sul punto si richiama, quale precedente, Cons. Stato, Sez. III, n. 1300/2024 e Cons. Stato, Sez. III, n. 2795/2024.

(20) In questi termini si v. Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972.

(21) Cons. Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

diversa: il T.A.R. del Lazio, con sentenze 6 marzo 2024, nn. 4493, 4494 e 4495, ha infatti sostenuto che, quando il ricorrente "non indica specifiche violazioni dei c.d. CAM operate dai concorrenti in sede di offerta, bensì si duole, in via del tutto generale e senza precisare altro, che le prescrizioni dei due decreti ministeriali e dei relativi allegati non sarebbero in alcun modo contemplate nella legge di gara", ha l'onere d'impugnare immediatamente il bando, a pena d'irricevibilità del ricorso proposto contro l'aggiudicazione (22).

La portata dell'obbligo di rispettare i c.a.m. e le conseguenze della sua violazione

Se rispetto alla prima problematica, relativa alla (non) diretta impugnabilità della *lex specialis* per mancato inserimento dell'obbligo di rispettare i c.a.m., la sentenza del Cons. Stato n. 4701 del 2024 s'inserisce in un solco già tracciato dalla giurisprudenza precedente, essa risulta assolutamente innovativa per come risolve la seconda questione, attinente al rilievo della denunciata carenza ai fini dell'annullabilità del bando e dell'aggiudicazione.

A tal proposito, occorre ricordare che la procedura riguardava l'affidamento del multiservizio tecnologico presso gli immobili di proprietà o in uso alle aziende e istituti sanitari della Regione Campania, compresa dunque la manutenzione degli impianti e degli ascensori e la manutenzione edile, e che il ricorso di primo grado lamentava il fatto che i c.a.m. erano sì richiamati dal disciplinare, ma non erano poi "coerentemente declinati" nella legge di gara, la quale, oltretutto, destinava solo 4 punti ai profili di sostenibilità ambientale sui 70 previsti per l'offerta tecnica.

Il T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377 aveva respinto le censure sostenendo che i c.a.m., pur essendo richiamati solo in modo generico dalla legge di gara, entrassero comunque a farne parte in forza del principio di "eterointegrazione", la cui validità sarebbe rafforzata dal principio del risultato - espressamente sancito dall'art. 1 del codice del 2023, ma comunque deducibile anche in precedenza dal principio del buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. (23) - il quale comporterebbe che sono "destinati a recedere quei formalismi ai quali non corrisponda una concreta ed effettiva esigenza di tutela del privato", nella specie insussistente poiché le imprese erano consapevoli di dover formulare l'offerta tenendo conto di quanto stabilito dai decreti del Ministero dell'ambiente attuativi del Piano di azione ambientale per la pubblica amministrazione (24).

Il Consiglio di Stato, invece, ha ritenuto di discostarsi esplicitamente dalla giurisprudenza fino a oggi maggioritaria, che reputa sufficiente il rinvio ai c.a.m., in quanto questa "limita gli effetti del richiamo ai decreti ministeriali alla 'formulazione di un'offerta consapevole' [...] e non anche alla coerente disciplina della valutazione delle stesse", come invece necessario per assicurare l'effettiva operatività dei criteri nella fase di esecuzione del contratto e rispettare così quanto previsto dall'art. 34, comma 1, del codice del 2016 (applicabile al caso di specie) e oggi dall'art. 57, comma 2, del codice del 2023, letti anche alla luce dei riformati artt. 9 e 41 Cost.

Secondo la sentenza in commento, queste norme impongono "una conformazione degli obblighi negoziali funzionale, sul piano sostanziale, all'effettiva esecuzione della prestazione dell'appaltatore in conformità alle specifiche tecniche portate dai criteri ambientali", mentre nella specie soltanto quello relativo alla cura e manutenzione del verde era stato "tradotto in specifiche tecniche".

La tesi della "eterointegrazione", dunque, non può essere accolta sia perché insufficiente a conformare la funzione del contratto agli obiettivi di sostenibilità ambientale, sia in quanto "ha l'effetto di spostare nella fase di esecuzione del contratto ogni questione relativa alla conformità della prestazione ai criteri ambientali: così contraddicendo la logica del risultato [...] che mira piuttosto ad una solletica definizione, in termini di certezza e stabilità del rapporto negoziale, dei reciproci diritti ed obblighi".

Anche sotto quest'ultimo aspetto, i giudici di Palazzo Spada sono giunti a conclusioni opposte a quelle del T.A.R., precisando che il "risultato", in casi come questo, "non è 'l'effettivo e tempestivo' svolgimento del servizio (a qualsiasi condizione), ma lo svolgimento del servizio finalizzato all'attuazione delle politiche ambientali alle quali risultano funzionali i criteri ambientali minimi", alla luce della mutata funzione del contratto pubblico "da mero strumento

(22) Sarà interessante verificare se questa tesi verrà seguita anche in appello dal Consiglio di Stato, perché nel caso, trattandosi di una materia assegnata alla V sezione, potrebbe profilarsi con contrasto con l'orientamento sopra richiamato cui aderisca la III sezione, tale da rendere opportuna una remissione all'Adunanza Plenaria.

(23) In questi stessi termini si v. Corte cost. 16 luglio 2024, n. 132.

(24) Sul punto viene richiamato quale precedente T.A.R. Veneto n. 329/2019.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica, sociale ed ambientale".
Per tale ragione, non si può ritenere che la legge di gara richiami genericamente i c.a.m. - circostanza che rappresenterebbe sì un mero formalismo, probabilmente superfluo - ma occorre che definisca in conformità a essi le clausole contrattuali e, in particolare, le specifiche tecniche della prestazione richiesta.

Il rispetto dei c.a.m. e il ruolo del giudice amministrativo nella transizione ecologica

La visione sostanzialista e orientata all'effettività della tutela ambientale sottesa alla sentenza del Consiglio di Stato risulta assolutamente innovativa - anche più degli altri precedenti in essa richiamati, i quali avevano "preparato il terreno", ma riguardavano casi nei quali i c.a.m. non erano proprio menzionati nella *lex specialis* - ed è condivisibile, in quanto coerente con la descritta evoluzione che ha portato all'affermazione di obblighi di perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale, dalla legge di stabilità per l'anno 2007 al nuovo codice dei contratti pubblici del 2023.
Il principio di integrazione della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile nelle varie politiche pubbliche di cui all'art. 11 TUE e agli artt. 3-*ter* e 3-*quater* del codice dell'ambiente, nonché il nuovo comma 3 dell'art. 9 Cost. impongono infatti che l'obbligo dell'inserimento dei c.a.m. all'interno della legge di gara, sancito dall'art. 34, D.Lgs. n. 50 del 2016 e dall'art. 57 del codice dei contratti pubblici del 2023, non possa essere inteso quale mero rinvio formale ai decreti ministeriali, ma debba vedersi tradotto in specifiche norme del bando e, soprattutto, del capitolato speciale.
A supporto di questa conclusione milita anche la considerazione che gli stessi decreti del Ministro dell'ambiente sono invero articolati e non si limitano a stabilire delle specifiche tecniche e dei requisiti prestazionali predeterminati - che, essendo inderogabili, verrebbero in rilievo in sede di esecuzione più che in quella di aggiudicazione e rispetto ai quali si potrebbe astrattamente invocare l'eterointegrazione - ma spesso impongono alla stazione appaltante di richiedere determinati requisiti di capacità tecnica e professionale o di riconoscere un punteggio premiale per determinate caratteristiche, lasciando tuttavia a quest'ultima discrezionalità nel definirne la misura (25).
L'approccio seguito dalla pronuncia in esame, se sarà confermato dalla giurisprudenza successiva, comporterà un particolare impegno alle stazioni appaltanti, le quali non potranno limitarsi a rinviare ai decreti ministeriali attuativi del Piano di azione ambientale, ma dovranno predisporre i documenti di gara tenendo conto, oltre che delle loro esigenze di approvvigionamento, degli obiettivi di tutela ambientale.
Anche il giudice, poi, dovrà verificare che il rispetto dei c.a.m. non sia meramente formale, ma incida realmente sui contenuti della *lex specialis* e del regolamento negoziale, essendo divenuta la tutela dell'ambiente - con le varie disposizioni sopra richiamate, a cominciare dal nuovo art. 9 Cost. - un parametro di legittimità delle scelte amministrative: da questo punto di vista, la sentenza del Consiglio di Stato s'inserisce in un percorso evolutivo che ha visto il controllo giurisdizionale estendersi progressivamente a questioni che in passato erano ritenute attinenti al "merito" amministrativo insindacabile (26) in conseguenza della codificazione di parametri di legittimità quali economicità ed efficacia (27) e, più di recente, del principio del risultato (28), soprattutto ove questo sia inteso - come invero sembrerebbe dover essere, in un'ottica

(25) Per esempio, i c.a.m. per progettazione ed esecuzione dei lavori di interventi edilizi, approvati con D.M. 23 giugno 2022, n. 256 (poi modificati con D.M. 5 agosto 2024) prevedono requisiti di capacità tecnica e professionale, specifiche tecniche e progettuali, nonché criteri premianti (per esempio, l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo - la cui misura è rimessa alla stazione appaltante - all'operatore economico che si impegna che si impegna ad approvvigionarsi di almeno il 60% in peso sul totale dei prodotti da costruzione ad una distanza massima di 150 km dal cantiere di utilizzo. Oppure, i c.a.m. relativi all'organizzazione di eventi, adottati con D.M. 19 ottobre 2022, n. 249, prevedono l'attribuzione di un punteggio premiante per chi favorisca la mobilità sostenibile installando un parcheggio per le biciclette oppure per chi utilizzi tovaglie e tovaglioli dotati di certificazioni o etichette ambientali.

(26) In tema si v. F. Benvenuti, *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 206 ss., e, più di recente, P. Chirulli, *Il mobile confine tra legittimità e merito: rileggendo Eugenio Cannada-Bartoli*, in *www.giustizia-insieme.it*.

(27) Art. 1, L. 7 agosto 1990, n. 241.

(28) Art. 1, D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Sul fatto che la declinazione del principio del risultato possa tradursi in un ampliamento del perimetro del sindacato giurisdizionale, anche perché letto in armonia con le norme costituzionali sui diritti di azione e difesa e quelle eurounitarie sull'effettività della tutela, si v. H. Simonetti, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.judicium.it*, nonché M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *www.federalismi.it*. Per una diversa prospettiva si v. S. Vaccari, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024, 677, secondo cui, a ben vedere, il nuovo codice dei contratti pubblici non apporta novità a un sistema che già si era da tempo evoluto nel senso di una erosione degli spazi d'insindacabilità delle scelte amministrative mediante un ampliamento del perimetro del vizio dell'eccesso di potere.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sistematica - come comprensivo anche degli obiettivi correlati alla promozione di uno sviluppo sostenibile (29); in questa prospettiva, dunque, anche il giudice, nel sindacare l'esercizio della discrezionalità dell'Amministrazione, non può non tenere conto dell'importanza che l'ambiente ha assunto nel quadro degli interessi che questa è chiamata a curare (30).

Proprio tali considerazioni, tuttavia, se rendono condivisibile la soluzione data dalla sentenza alla questione relativa alle conseguenze sostanziali del mancato rispetto dei c.a.m., inducono però a dubitare della conclusione raggiunta rispetto alle conseguenze processuali, quantomeno nella sua assolutezza: se infatti le esigenze di sostenibilità ambientale devono essere tenute presenti fin dalla predisposizione della documentazione di gara, la quale non può limitarsi a rinviare ai decreti ministeriali ma deve "declinarli", occorrerà verificare in concreto se lo spazio lasciato dai c.a.m. e non riempito di contenuto dalla stazione appaltante non si traduca in un'ambiguità della *lex specialis*, che renderebbe impossibile formulare un'offerta consapevole: il riferimento non è tanto ai casi in cui i decreti ministeriali impongono di richiedere determinati requisiti di capacità tecnico-professionale o di attribuire un punteggio premiale per determinate caratteristiche dell'offerta - poiché in questa ipotesi la lesione derivante dall'inosservanza dei c.a.m. emergerebbe solo in caso di mancata aggiudicazione - quanto piuttosto a quelli in cui stabiliscono specifiche tecniche rimettendone tuttavia all'Amministrazione la definizione in concreto (31).

Su entrambe le questioni affrontate dalla sentenza, dunque, è ragionevole attendersi ulteriori sviluppi da parte della giurisprudenza.

(29) In questi termini, si v. E. Caruso, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, nonché E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni tra continuità e innovazioni*, entrambi in *Dir. amm.*, 4, 2023, 895. Per la tesi opposta, secondo cui il principio del risultato imporrebbe solo il primato logico dell'approvvigionamento si v. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, 288.

(30) In questi termini, G. Tulumello, *Il giudice amministrativo e il cambiamento climatico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 38.

(31) È quanto avviene, per esempio, nei c.a.m. relativi agli interventi edilizi, laddove si stabilisce che la stazione appaltante decida "in base ai propri obiettivi ambientali ed in base alla destinazione d'uso dell'edificio" quale, tra i requisiti minimi previsti dal decreto, applicare alle pitture e vernici da utilizzare nel corso dei lavori.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Appalti pubblici e concessioni

T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 30 luglio 2024, n. 2767 - Pres. Lento - Est. Fichera - Z. S.r.l. c. Agenzia Industrie Difesa

Le note di disdetta di un accordo quadro per pretesa nullità della clausola che ne disponeva il rinnovo automatico dopo il primo quadriennio, sottoscritte dal Capo dell'Ufficio Affari Legali e Contenzioso dell'Agenzia Industrie Difesa, hanno valore di atti di gestione e, come tali, sono legittimamente assunti dal Capo di una struttura incardinata nella Direzione Generale e a cui possono attribuirsi poteri amministrativi di natura gestoria, in coerenza con quanto previsto dagli artt. 139 e 140 del d.P.R. n. 90/2010.
Gli accordi quadro stipulati da un'amministrazione autonoma (nel nostro caso Agenzia Industrie Difesa), tramite procedure ad evidenza pubblica, per prestazioni di cantieristica navale consistenti nella manutenzione ordinaria, straordinaria e per la trasformazione di imbarcazioni e navi da diporto da realizzare nell'Arsenale Militare di Messina, hanno valore di contratti normativi, prefigurando le condizioni generali dei servizi di cantieristica per imbarcazioni e navi da diporto, che l'operatore economico richiederà all'Amministrazione presso l'Unità Produttiva di Messina.
L'accordo quadro stipulato tra Amministrazione e operatore economico ha valenza di accordo bilaterale realizzato tra un soggetto pubblico e un soggetto privato, che si colloca al di fuori delle concessioni demaniali e, in particolare, al di fuori delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative, non rientrando nelle categorie di cui alle lettere da a) ad f) dell'art. 1, comma 1, del D.L. n. 400/1993 e come tale ad esso non sono applicabili i principi statuiti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza n. 458/2016 e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenze n. 17 e n. 18/2021, in materia di divieto di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative.
Le argomentazioni prospettate in giudizio dall'amministrazione resistente per giustificare le decisioni assunte sono inammissibili in quanto espresse in violazione del divieto di integrazione postuma della motivazione in sede processuale.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cons. Stato, Sez. VII, 21 giugno 2022, n. 5103; Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2017, n. 1658; T.A.R. Toscana, Sez. IV, 2 aprile 2024, n. 367.
Difforme	*Parzialmente difformi*: Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2021, n. 4216. *Inter. difformi:* Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 462; Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2151.

Il T.A.R. Sicilia (*omissis*)

1. Z. s.r.l., odierna ricorrente, è una società che svolge attività di manutenzione ordinaria e straordinaria di grandi yacht, la quale ha stipulato in data 12.03.2020 con l'Agenzia Industrie Difesa (A.I.D.) un accordo quadro avente ad oggetto le condizioni generali per la fornitura di lavori di cantieristica per imbarcazioni e navi da diporto presso l'Unità Produttiva di Messina. I servizi oggetto del contratto consistono in "*prestazioni lavorative di cantieristica navale, a misura, a tempo o a cottimo per la manutenzione ordinaria, straordinaria e per la trasformazione di imbarcazioni e navi da diporto, da realizzare nelle aree di pertinenza dell'Arsenale Militare di Messina*".
Il medesimo accordo stabilisce che la "*Z. potrà richiedere, qualora disponibili, l'utilizzo degli impianti fissi presenti in cantiere (bacini, officine, depositi, uffici, etc.) o mobili (gru, mezzi navali, etc.) per i quali corrisponderà un compenso a misura, a tempo o a cottimo ...*".
La durata dell'accordo è stata fissata in "*4 anni rinnovabili, decorrenti della sottoscrizione dello stesso*", con possibilità di rinnovo "*... per tre volte consecutive, salvo che non venga data disdetta scritta da una delle parti a mezzo PEC o raccomandata a/r almeno sei mesi prima di ciascuna scadenza*". Ai sensi dell'art. 3 dello stesso accordo la disdetta formulabile dalla A.I.D., con riguardo rispettivamente al primo rinnovo e a quelli successivi, viene correlata alla presenza di specifiche condizioni ivi indicate.
La società ricorrente asserisce di non aver avuto la possibilità, nei primi quattro anni, di sviluppare in pieno il proprio piano industriale per le attività di manutenzione di yacht a causa della indisponibilità dei bacini di carenaggio, in quanto il bacino in muratura è stato principalmente utilizzato dalla A.I.D. per la manutenzione dei traghetti delle Ferrovie dello Stato e reso disponibile alla Z. solo in due occasioni, mentre il bacino galleggiante è risultato costantemente non utilizzabile.
Con pec del 23.04.2024 la A.I.D. ha invitato la società ricorrente "*... a lasciare libera, da persone e cose, e in pristino stato, l'area demaniale in oggetto*", considerato che l'accordo "*... è venuto in scadenza il 12 marzo 2024, essendo stato sottoscritto il 12 marzo 2020 per una durata di quattro anni*", evidenziando che "*La clausola di cui all'art. 3, comma 2, della Convenzione, relativa all'ipotesi di rinnovo, salvo il caso di disdetta, è infatti nulla e priva quindi di ogni effetto, atteso che le concessioni demaniali marittime non possono essere rinnovate né prorogate in moto automatico, a ciò ostando la normativa europea, come peraltro applicata ed interpretata anche dal*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Giudice nazionale (cfr. Cons. Stato sent. n. 17 e n. 18 del 9.11.2021; TAR Salerno n. 913/2022)".

Con successiva pec di riscontro del 16.05.2024 la Z. ha contestato il contenuto della predetta missiva, sostenendo la legittimità del rinnovo dell'accordo quadro e chiedendo la revoca della richiesta di rilascio delle aree dell'arsenale.

La società ricorrente ha evidenziato, in particolare, la natura commerciale dell'accordo, stipulato in attuazione dell'art. 133, comma 4, del D.P.R. n. 90/2010, aggiungendo che l'uso delle aree nella propria disponibilità all'interno dell'arsenale di Messina è stato autorizzato mediante due successive convenzioni di couso per fini commerciali (n. 9 del 24.06.2021 e n. 2 del 2.02.2022), previamente autorizzate con determinazione n. AOP/2019- G/15/02.00007 del 27.04.2021 del Ministro della Difesa.

Ha fatto seguito la pec del 30.05.2024, con la quale la A.I.D. ha confermato la richiesta di rilascio delle aree in uso alla Z. s.r.l., rilevando che l'accordo quadro "*... ha carattere di contratto normativo e prefigura le condizioni generali dei servizi di cantieristica per imbarcazioni e navi da diporto che la Z. richiederà all'A.I.D. presso l'Unità Produttiva di Messina*" e che entrambe le convenzioni di couso "*sono venute a scadenza per espressa previsione*" ivi inserita.

2. Con ricorso notificato in data 21.06.2024 e nello stesso giorno depositato Z. s.r.l. ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare dei relativi effetti, dei seguenti atti: 1) nota protocollo M_D AF47957 REG2024 0004408 del 23.04.2024 a firma della Dott.ssa Isabella Cimmino, Capo Ufficio Affari Legali e Contenzioso dell'Agenzia Industrie Difesa, a mezzo della quale è stata comunicata la scadenza dell'accordo quadro stipulato tra l'Agenzia Industria Difesa e la Z. s.r.l. il 12.03.2020 ed è stata formulata richiesta di rilascio delle aree oggetto dello stesso entro sessanta giorni dalla comunicazione con la rimessione in pristino; 2) nota protocollo M_D AF47957 REG2024 0005637 del 30.05.2024 a firma della Dott.ssa Isabella Cimmino, Capo Ufficio Affari Legali e Contenzioso dell'Agenzia Industrie Difesa, a mezzo della quale è stata confermata la richiesta di rilascio delle aree in uso alla Z. in relazione al contratto quadro del 12.03.2020.

I suddetti atti sono stati impugnati per i seguenti motivi di ricorso: 1) *Difetto di competenza riguardante la rappresentanza di A.I.D.*; 2) *Violazione di legge - Eccesso di potere per sviamento, travisamento, erronea valutazione dei fatti e carenza di motivazione*.

2.1. Con il primo motivo di gravame la società ricorrente lamenta il difetto di competenza delle due note avversate, in quanto sottoscritte dalla dott.ssa Isabella Cimmino, Capo Ufficio Affari Legali e Contenzioso dell'Agenzia Industrie Difesa, la quale non sarebbe legittimata a rappresentare l'A.I.D. nei rapporti con i terzi, essendo tale potere di rappresentanza riservato dall'art. 136, lett. a) del D.P.R. 90/2010 al Direttore Generale, firmatario dell'accordo quadro stipulato con la stessa Z. e unico soggetto che può incidere sulla validità della clausole facenti parte del predetto accordo.

2.2. Con la seconda doglianza viene rilevata la presunta erroneità dell'asserita nullità della clausola di cui all'art. 3, comma 2, dell'accordo quadro, motivata dal fatto che "*...le concessioni demaniali marittime non possono essere rinnovate né prorogate in modo automatico, a ciò ostando la normativa europea, come peraltro applicata ed interpretata anche dal giudica nazionale (cfr. Cons. Stato sent. 17 e 18 del 9.11.2021; Tar Salerno n. 913/2022)*", in quanto l'accordo quadro per cui è causa non sarebbe da qualificarsi quale atto di concessione di aree demaniali in favore dell'odierna ricorrente, avendo al contrario natura imprenditoriale ed essendo stato stipulato in attuazione dell'art. 133, comma 4, del D.P.R. n. 90/2010 per l'erogazione di servizi di cantieristica navale. A tale attività di cantieristica navale sarebbero funzionali, tra l'altro, sia l'uso delle banchine che l'utilizzo degli impianti fissi e mobili del cantiere navale di Messina, così come le due convenzioni di couso per fini imprenditoriali (n. 9 del 24.06.2021 e n. 2 del 2.02.2022) stipulate per attuare il nuovo corso produttivo del suddetto arsenale.

Ciascuno di tali atti non sarebbe sottoposto alla disciplina di cui all'art. 36 del Codice della Navigazione, con conseguente impossibilità di applicare i principi stabiliti in materia dalle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 2021.

Anche ove tale clausola venisse qualificata come nulla, continua la parte, la A.I.D. avrebbe dovuto comunque rivolgersi al giudice competente per la relativa declaratoria, piuttosto che dichiararla *ex se*.

Tale nullità, inoltre, secondo la prospettazione di chi ricorre in giudizio non avrebbe potuto esser fatta valere dopo che la suddetta clausola avesse già prodotto i propri effetti.

In ogni caso, conclude la parte, l'Agenzia Industrie Difesa non avrebbe il potere di adottare un provvedimento con il quale viene disposta la riconsegna dei beni e se ne vieta l'utilizzo, risultando necessario - anche in questo caso - rivolgersi al giudice competente per ottenere il relativo provvedimento giurisdizionale.

3. Con decreto monocratico n. 252 del 21.06.2024 il Presidente della Sezione ha accolto l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dalla ricorrente, rilevando il requisito dell'estrema gravità e urgenza. È stata quindi disposta la sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati sino alla camera di consiglio del 24.07.2024, fissata per la trattazione collegiale della predetta istanza cautelare.

4. L'Agenzia Industrie Difesa si è costituita in giudizio per resistere al ricorso in data 1.07.2024.

5. Con successiva memoria del 10.07.2024 parte ricorrente ha insistito per l'accoglimento del proprio ricorso e della relativa istanza cautelare collegiale, ulteriormente argomentando in ordine alla non applicabilità dei principi sanciti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 2021 alle concessioni relative ad aree, strutture e infrastrutture dedicate alla cantieristica navale, le quali sarebbero da qualificarsi come concessioni di couso ai sensi dell'art. 133, comma 2, del D.P.R. 90/2010, secondo cui "*Previa autorizzazione del Ministro, l'Agenzia può affidare a terzi in co-uso aree totali o parziali degli stabilimenti, qualora tale affidamento sia mirato al fine della piena valorizzazione*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle risorse disponibili e all'incremento delle attività delle Unità produttive ad essa affidate in gestione". Nel caso di specie tali le convenzioni di couso sarebbero state autorizzate con la già richiamata determinazione n. AOP/2019- G/15/02.00007 del 27.04.2021 del Ministro della Difesa, che, alla luce dei contenuti e delle finalità perseguite con l'accordo tra AID e società Z. s.r.l., ha autorizzato l'affidamento in couso di aree dell'arsenale di Messina per realizzare, ai sensi dell'art. 3, comma 4, della convenzione triennale, la piena valorizzazione delle risorse disponibili e l'incremento delle attività produttive dello stabilimento.
6. Con memoria del 16.07.2024 l'Amministrazione resistente ha controdedotto in ordine ai motivi di ricorso.
6.1. Con specifico riguardo alla prima doglianza, relativa al presunto difetto di competenza del responsabile dell'ufficio firmatario delle note avversate, viene evidenziato che per decreto di conferimento incarico tale soggetto sia stato autorizzato a rappresentare l'Agenzia nei rapporti con l'esterno.
6.2. Per quanto concerne la seconda censura, l'Amministrazione ha preliminarmente ribadito la natura di contratto normativo dell'accordo quadro del 12.03.2020, il quale rinvia alle successive convenzioni per la concessione in couso n. 9/2021 e 2/2022. Ciò rilevato, l'Ente che resiste in giudizio ha osservato che la previsione del preavviso di sei mesi contenuta sia nell'art. 3, comma 2, del suddetto accordo quadro ai fini della disdetta, sia nell'art. 6 delle due convenzioni ai fini della loro revoca, non possa considerarsi valida alla luce della normativa europea in materia di concessioni demaniali marittime, trattandosi, nel caso di specie, di concessioni con finalità commerciali.
In subordine, la parte rappresenta che sussistono documentate, sopravvenute e motivate esigenze superiori e di interesse nazionale tali da giustificare la revoca prevista dall'art. 6 delle predette due convenzioni n. 9/2021 e 2/2022, come si evincerebbe - in particolare - dalla nota del 17.05.2024 M_DMCOMLOG prot. 0014766, versata in atti, con la quale il Comando Logistico della Marina Militare nella persona del Sotto Capo di Stato Maggiore ha evidenziato l'importanza di "*rinforzare e migliorare*" le procedure di gestione delle soste presso l'Unità produttiva Arsenale Militare di Messina, ribadendo l'intenzione della Forza Armata di disporre a favore della citata unità produttiva le manutenzioni strutturate per tutto il naviglio minore e per le unità navali attualmente in sede di Augusta, in ragione della necessità di decongestionare lo stabilimento di lavoro di Augusta.
È altresì evidenziato che durante il periodo di esecuzione contrattuale l'equilibrio delle prestazioni contrattuali si fosse sbilanciato in favore della società ricorrente in quanto le somme versate da quest'ultima risulterebbero inferiori a quanto previsto in ambito contrattuale, ossia alla cifra di euro 600.000,00 da corrispondere dal terzo anno di esecuzione dell'accordo quadro e per ciascun anno successivo (secondo la previsione dell'art. 3, comma 2, dello stesso accordo quadro), senza che alcun rilievo possa attribuirsi al fatto che la società Z. non abbia avuto la possibilità di sviluppare pienamente il proprio piano industriale per le attività di manutenzione di yacht a causa della indisponibilità dei bacini di carenaggio.
7. Con memoria del 18.07.2024 la società ricorrente ha eccepito che attraverso la memoria difensiva del 16.07.2024 l'Amministrazione resistente abbia posto a fondamento del provvedimento impugnato argomentazioni nuove, ponendo in essere l'integrazione postuma in giudizio della sua motivazione.
La società contesta altresì di essere inadempiente rispetto ai propri obblighi di pagamento, come sostenuto da controparte, in quanto le soglie di trasferimenti economici previsti nell'accordo quadro non costituirebbero obblighi di pagamento ma esclusivamente parametri finalizzati a consentire la disdetta alla scadenza quadriennale, la quale, nonostante tali soglie non siano state raggiunte, non è stata esercitata dalla A.I.D.
8. Alla camera di consiglio del 24.07.2024, previo avviso della possibile definizione con sentenza in forma semplificata, data dal Presidente alle parti presenti, che nulla hanno osservato, la causa è stata posta in decisione.
9. Il ricorso è fondato per quanto di seguito esposto e considerato.
10. Il primo motivo di gravame è privo di pregio.
10.1. Ai sensi dell'art. 136, comma 1, lett. a) del D.P.R. n. 90/2010 il Direttore generale dell'A.I.D. "*rappresenta l'Agenzia*". La stessa disposizione prevede, alla successiva lett. d), che il Direttore generale "*stipula la convenzione di cui all'articolo 133, comma 3, del presente capo*", ossia la convenzione stipulata ogni tre anni con il Ministro della Difesa "*ai sensi e con i contenuti previsti dall'articolo 8, comma 4, lettera e), del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*".
Il successivo art. 139 stabilisce, al comma 1, che "*L'Agenzia si articola in una struttura direzionale centrale e nelle unità, come eventualmente rideterminate ai sensi dell'articolo 134, comma 2, lettera a), e dell'articolo 136, comma 1 lettera e), numero 3), del presente capo*". Il comma 3 prevede che "*Le unità hanno il compito di eseguire i lavori e i servizi indicati per ciascuna nei programmi annuali e triennali di attività dell'agenzia*". Ogni unità, ai sensi del successivo comma 4, "*a) opera per programmi di attività con autonomia gestionale, nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie a esse attribuite; b) ha una propria struttura direzionale, di livello dirigenziale o di livello dirigenziale generale, posta alle dipendenze di un capo unità; le strutture direzionali delle unità di livello dirigenziale generale non possono essere in numero superiore a tre*".
Le attribuzioni dei capi unità sono disciplinate dall'art. 140, il quale stabilisce che quest'ultimi "*a) dipendono dal Direttore; b) curano l'attuazione dei programmi di ciascuna unità, adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi e di gestione ed esercitando i relativi poteri di spesa; c) dirigono e coordinano l'impiego del personale e dei mezzi; d) sono responsabili del raggiungimento degli obiettivi assegnati all'unità cui sono preposti*".
Le note avversate dall'odierna ricorrente, con le quali viene comunicata l'asserita nullità della clausola di cui all'art. 3, comma 2, dell'accordo quadro e la società ricorrente viene invitata al rilascio dell'area demaniale, non rientrano tra gli atti che, ai sensi del predetto art. 136, comma 1, lett. a) e d) del D.P.R. 90/2010, sono di esclusiva competenza del Direttore generale. Tali atti, invero, non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

risultano qualificabili come atti di "rappresentanza" della A.I.D (art. 136, comma 1, lett. a)), né integrano la stipula della convenzione di cui all'art. 133, comma 3, dello stesso testo normativo (art. 136, comma 1, lett. d)).
Allo stesso modo, non può ritenersi che tali atti siano inquadrabili nell'ambito dell'art. 133, comma 4, il quale prevede che "*Per il raggiungimento dei propri fini istituzionali l'Agenzia, nel rispetto, in quanto applicabili, dei principi che regolano la concorrenza e il mercato, può stipulare convenzioni, accordi e contratti con soggetti pubblici e privati per la fornitura o l'acquisizione di beni e servizi, nonché partecipare a consorzi anche internazionali e a società previa autorizzazione del Ministro*", dentro il cui perimetro si colloca la "stipula" dell'accordo quadro del 12.03.2020.
Le note avversate hanno invero valore di atti di gestione (non costituendo una stipula) da riservarsi alle figure amministrativo-dirigenziali della A.I.D sia per principio generale (cfr. art. 107 d.lgs. 267/2000) che alla luce di una coerente lettura sistematica delle sopra riportate disposizioni del D.P.R. n. 90/2010, ai sensi delle quali non può ritenersi che atti aventi valore "dichiarativo" in ordine agli effetti di una clausola di un accordo precedentemente stipulato ed espressione del potere di autotutela esecutiva dell'Ente siano da riservarsi all'organo di vertice del suo organigramma, ossia il Direttore Generale.
Entrambe le note gravate dal presente ricorso, le quali state adottate dalla "*scrivente Direzione Generale*", come si evince - tra l'altro - dall'intestazione delle stesse (ove essa viene riportata), sono state quindi sottoscritte da un organo dirigenziale, il Capo Ufficio Affari Legali e Contezioso dott.ssa Isabella Cimmino, il quale, previo conferimento del relativo incarico, avvenuto nel 2021, è parte di una struttura (l'Ufficio Affari Legali e Contenzioso) incardinata presso la Direzione Generale, la quale costituisce una "unità" dotata di una organizzazione dirigenziale a cui possono attribuirsi i poteri amministrativi di natura gestoria di cui gli atti oggetto del presente scrutinio costituiscono una manifestazione, in coerenza, in particolare, con quanto previsto dagli art. 139 e 140 del D.P.R. 90/2010.
La doglianza, pertanto, deve essere disattesa.
11. Il secondo motivo di ricorso è fondato.
11.1. L'accordo quadro stipulato in data 12.03.2020 dall'A.I.D. e da Z. s.r.l., come già sopra riportato, ha ad oggetto le condizioni generali per la fornitura di lavori di cantieristica per imbarcazioni e navi da diporto presso l'Unità Produttiva di Messina, i cui servizi consistono in "*prestazioni lavorative di cantieristica navale, a misura, a tempo o a cottimo per la manutenzione ordinaria, straordinaria e per la trasformazione di imbarcazioni e navi da diporto, da realizzare nelle aree di pertinenza dell'Arsenale Militare di Messina*".
Trattasi quindi di un "accordo" stipulato dall'A.I.D. ai sensi di quanto previsto dall'art. 133, comma 4, del D.P.R. 90/2010, il quale, lo si ribadisce, stabilisce che "*Per il raggiungimento dei propri fini istituzionali l'Agenzia, nel rispetto, in quanto applicabili, dei principi che regolano la concorrenza e il mercato, può stipulare convenzioni, accordi e contratti con soggetti pubblici e privati per la fornitura o l'acquisizione di beni e servizi, nonché partecipare a consorzi anche internazionali e a società previa autorizzazione del Ministro*".
Ai sensi dell'art. 3, comma 2, del predetto accordo quadro "*L'accordo verrà rinnovato per la stessa durata del presente accordo* [quattro anni] *per tre volte consecutive, salvo che non venga data disdetta scritta da una delle parti a mezzo PEC o raccomandata a/r almeno sei mesi prima di ciascuna scadenza*".
Con specifico riguardo al "primo rinnovo", il successivo comma 3 precisa che "*l'A.I.D. potrà formulare disdetta al rinnovo solo qualora la Z. abbia corrisposto alla stessa un importo complessivo (a qualsiasi titolo o ragione) dal terzo anno di esecuzione del presente accordo e per ciascun anno successivo, inferiore a euro 600.000,00 (euro seicentomila/00) annuali. Nel computo del suddetto importo vanno compresi anche i lavori e servizi commissionati in corso di esecuzione per la porzione già completata, ancorché non ancora pagati*".
Dal combinato disposto del secondo e del terzo comma dell'accordo si ricava, pertanto, che: (i) il rinnovo è automatico, salvo disdetta di una delle parti da comunicarsi almeno sei prima della scadenza: (ii) la possibilità per la A.I.D. di formulare disdetta al fine di evitare il primo rinnovo è correlata "solo" alla presenza di una specifica condizione ivi espressamente indicata.
Orbene, dal tenore della comunicazione di invito al rilascio dell'area demaniale inviata dalla A.I.D. alla società ricorrente in data 23.04.2024 si desume chiaramente che la clausola di cui all'art. 3, comma 2, dell'accordo quadro è stata considerata nulla e quindi priva di effetto dall'Amministrazione che resiste in giudizio in quanto, in applicazione di quanto statuito - in particolare - dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 2021, "*le concessioni demaniali marittime non possono essere rinnovate né prorogate in modo automatico*". Nulla viene osservato, invece, così come nella successiva nota del 30.05.2024, anch'essa impugnata, in ordine al fatto che la disdetta e, quindi, il mancato primo rinnovo, sia da correlare all'integrazione della fattispecie di cui all'art. 3, comma 2, del predetto accordo quadro (ossia la mancata corresponsione di una somma inferiore a euro 600.000,00 a partire dal terzo anno di esecuzione dell'accordo), argomentazione - questa - rappresentata per la prima volta nel presente giudizio.
A nulla rileva, peraltro, che nell'ambito della propria attività difensiva l'Amministrazione resistente evidenzi la presenza delle ragioni (di interesse nazionale) tali da giustificare la revoca delle convenzioni di concessione in couso n. 9/2021 e n. 2/2022, atteso che: (i) gli atti impugnati, concernenti il rilascio dell'area demaniale interessata, sono motivati esclusivamente sulla base dell'asserita nullità della clausola di cui all'art. 3, comma 2 dell'accordo quadro, relativa alla disciplina del suo rinnovo, in considerazione dell'applicabilità della normativa europea in materia di concessioni demaniali marittime (e di quanto statuito, nello specifico, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e n. 18 del 2021); (ii) nella nota del 30.05.2024, in particolare, si specifica che entrambe le convenzioni di couso n. 9/2021 e n. 2/2022 "*sono venute a scadenza per espressa previsione*" - nella specie l'art. 4 di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

entrambi tali atti - senza accenno alcuno alla presenza di profili di "merito" (ossia di interesse nazionale, come rappresentato dall'Amministrazione resistente in questo giudizio) tali da giustificare la mancata proroga della loro durata originaria.

Le argomentazioni prospettate in sede difensiva dall'Amministrazione che resiste in giudizio, poste quali giustificazioni della decisione assunta dall'Amministrazione con i provvedimenti impugnati, non risultando evincibili nemmeno implicitamente dalla motivazione sono quindi da ritenersi inammissibili, in quanto espresse in violazione del divieto di integrazione postuma della motivazione in sede processuale (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 10.05.2022, n. 3632).

Ciò preliminarmente rilevato, il Collegio deve quindi valutare se la motivazione addotta dall'Ente che resiste in giudizio al fine di giustificare il "*rilascio delle relative aree*" interessate dall'accordo quadro per cui è causa - ossia il richiamo alla giurisprudenza amministrativa in materia di concessioni demaniali marittime dalla cui applicazione promanerebbe il divieto di rinnovo automatico dello stesso accorso - sia da considerarsi erronea e, quindi, debba essere censurata.

A tal fine, deve osservarsi che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 2021 ha espressamente disposto che "*Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative - compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 - sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione*".

Dal principio di diritto enunciato dal Giudice amministrativo di secondo grado nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, come sopra riportato, discende che: (i) devono essere disapplicate le "*norme legislative nazionali*" che hanno disposto la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime; (ii) le concessioni demaniali marittime incise da tale statuizione sono quelle che hanno "*finalità turistico-ricreative*".

Trattasi di un principio che, ad avviso di questo Collegio, non avrebbe dovuto essere richiamato dall'Amministrazione resistente per giustificare l'asserita nullità della clausola di rinnovo automatico prevista dall'art. 3, comma 2, del summenzionato accordo quadro del 12.03.2020, per due ordini di ragioni.

Da un lato, deve evidenziarsi che l'accordo rispetto a cui opererebbe il principio dell'Adunanza Plenaria non costituisce una "norma legislativa" che regolamenta il rinnovo delle concessioni; dall'altro, e tale evidenza appare dirimente, tale accordo, come chiarito dalla stessa Amministrazione resistente, non può essere qualificato come una concessione demaniale marittima avente finalità turistico-ricreativa, ma, come evidenziato dalla stessa Amministrazione, "*ha valore di contratto normativo*", prefigurando le "*condizioni generali dei servizi di cantieristica per imbarcazioni e navi da diporto che la Z. richiederà all'A.I.D. presso l'Unità Produttiva di Messina*".

L'accordo quadro per cui è causa ha quindi valenza di accordo bilaterale, realizzato tra un soggetto pubblico e un soggetto privato, che si colloca all'esterno del perimetro delle concessioni demaniali, e rispetto al quale questo Collegio deve limitare il proprio scrutinio, tenuto conto delle censure espressamente formulate dalla parte ricorrente.

Anche a voler estendere il vaglio di legittimità, in astratta ipotesi, alle successive convenzioni per la concessione in couso n. 9/2021 e 2/2022, e alla loro ritenuta non "prorogabilità", deve comunque escludersi che a tali atti siano applicabili i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 2021, in quanto, come affermato dalla costante giurisprudenza amministrativa, la nozione di "*concessione di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative*" - a cui tali principi espressamente si riferiscono - secondo quanto previsto dall'art. 1 del d.l. n. 400 del 1993 e dalla norma di interpretazione autentica di cui all'art. 13 della l. n. 172 del 2003 deve riferirsi alle concessioni per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie.

A tale elencazione la giurisprudenza riconosce carattere tassativo (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 11 gennaio 2023, n. 6377; Cons. Stato, Sez. VII, n. 5103 del 21 giugno 2022; Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2017, n. 1658), nel senso che solo le fattispecie di cui alle lettere da a) ad f) dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 400/1993 sono riconducibili alla nozione di "*concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*": ad es., non vi rientrano le concessioni riguardanti i punti di ormeggio (Cons. Stato, Sez. VI, n. 1658/2017), né le concessioni di cantieri navali e scali d'alaggio (Cass. pen., Sez. III, 23 maggio 2006, n. 34101) e neppure le concessioni dei servizi di biglietteria per trasporto pubblico marittimo.

L'accordo quadro stabilisce che i "*servizi oggetto del contratto consistono in prestazioni lavorative di cantieristica navale, a misura, a tempo o a cottimo per la manutenzione ordinaria, straordinaria e per la trasformazione di imbarcazioni e navi da diporto, da realizzare nelle aree di pertinenza dell'Arsenale Militare di Messina*". Tali servizi non risultano suscettibili di rientrare in una delle sopra riportate categorie di cui alle lettere da a) ad f) dell'art. 1, comma 1, del d. l. n. 400/1993. Conseguentemente, le due convenzioni per la concessione in couso n. 9/2021 e n. 2/2022, le quali sono state stipulate in attuazione di detto accordo, sono funzionali all'esecuzione dei predetti servizi di cantieristica navale "*per la manutenzione…e per la trasformazione di imbarcazioni e da navi da diporto*", collocandosi anch'esse al di fuori della sopra riportata elencazione tassativa.

A ciò consegue l'inapplicabilità, anche sotto tale profilo, dei principi statuiti dal Consiglio di Stato in materia di proroghe

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

automatiche delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, i quali non possono rappresentare la causa della "disapplicazione" della clausola di rinnovo automatico prevista dall'art. 3, comma 2, dell'accordo quadro stipulato il 12.03.2020 tra l'A.I.D. e la società ricorrente, e della conseguente richiesta di rilascio delle aree interessata, specificatamente censurate nel presente giudizio.

La doglianza, pertanto, è per le ragioni sopra esposte fondata.

12. Il ricorso, in quanto fondato, deve quindi essere accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

13. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

Accordi quadro e concessioni demaniali marittime: un caso emblematico

di Mauro Giovannelli

Il commento esamina i quattro temi che emergono anche dalle massime della sentenza del T.A.R. Catania. Il primo riguarda i poteri dei dirigenti di strutture complesse delle Amministrazioni autonome ad assumere legittimamente atti di gestione. Il secondo esamina la natura degli accordi quadro e i limiti della loro stipulazione. Il terzo si sofferma sulle concessioni demaniali e in modo più specifico su quelle marittime per finalità turistico ricreative, con riferimento alla Direttiva 2006/123/CE (Direttiva Bolkestein) ed alla giurisprudenza eurounitaria e nazionale sul divieto della loro proroga automatica. Infine il quarto tema riguarda il divieto di motivazione postuma di provvedimenti amministrativi in sede processuale, con uno sguardo più preciso al caso in esame. Le conclusioni del T.A.R. Catania vengono di massima condivise, sia pure con qualche ulteriore precisazione.

Fatto

1. La sentenza in commento della Sezione III del T.A.R. Sicilia, Catania esamina la legittimità della richiesta di rilascio dell'area demaniale, costituita dal couso dell'Arsenale Militare di Messina, facente seguito ad un accordo quadro sottoscritto tra l'Agenzia Industrie Difesa (di seguito anche "*AID*") e la S.r.l. Z. nel marzo 2020. L'accordo quadro era caratterizzato da una previsione di scadenza dopo quattro anni e da rinnovo per altre tre volte consecutive, salva disdetta da darsi con sei mesi di preavviso e con possibile diniego di rinnovo alla prima scadenza nella sola ipotesi in cui l'Agenzia non avesse conseguito il corrispettivo previsto nell'accordo (pari ad euro 600.000,00 con inizio dal terzo anno in avanti).

A quanto si rileva, l'accordo quadro aveva ad oggetto "prestazioni di cantieristica navale, a misura, a tempo e a cottimo per la manutenzione ordinaria, straordinaria e per la trasformazione di imbarcazioni e navi da diporto, da realizzare nelle aree di pertinenza dell'Arsenale Militare di Messina".

L'accordo prevedeva, in modo specifico, che la società "Z. potrà richiedere, qualora disponibili, l'utilizzo degli impianti fissi presenti in cantiere (bacini, officine, depositi, uffici, etc.) o mobili (gru, mezzi navali, etc.) per i quali corrisponderà un compenso a misura, a tempo o a cottimo ...".

Omissis

In sostanza la società ricorrente censurava l'errore dell'Agenzia nell'invocare la nullità della clausola di cui all'art. 3, comma 2, dell'accordo quadro, perché - come detto - le concessioni demaniali non potrebbero essere rinnovate o prorogate in modo automatico, ostandovi la normativa europea, come del resto aveva statuito anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

L'accordo quadro in essere con l'Amministrazione, infatti, non sarebbe configurabile come concessione di aree demaniali, avendo invece natura imprenditoriale ed essendo stipulato in attuazione dell'art. 133, comma 4, d.P.R. n. 90/2010 per l'erogazione di servizi di cantieristica navale, mentre le convenzioni di couso dell'Arsenale di Messina non sarebbero sottoposte alla disciplina dell'art. 36 c. nav. con conseguente impossibilità di applicare al caso di specie i principi stabiliti dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le due richiamate sentenze.

Diritto

Sul potere di rappresentanza delle pubbliche amministrazioni autonome

2. La prima questione che la sentenza in esame pone a chi la commenta riguarda il preteso difetto di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rappresentanza dell'Agenzia Industrie Difesa da parte del Dirigente, costituito dal Capo Ufficio Affari Legali e del contenzioso, che aveva sottoscritto la nota dichiarativa della scadenza dell'accordo quadro e intimato il rilascio delle aree oggetto dello stesso.
Tali atti, ad avviso del ricorrente, avrebbero dovuto essere adottati dal Direttore Generale dell'Agenzia, con la conseguenza della eccepita incompetenza dell'organo ad assumere il provvedimento impugnato.
Il rilievo, come ha correttamente statuito il T.A.R., è privo di pregio.
Il T.A.R. fonda la propria determinazione su un duplice ordine di argomenti.
In primo luogo, il Giudice amministrativo indugia sull'ordinamento e sull'organizzazione dell'AID, realizzando una lettura sistematica delle pertinenti disposizioni individuate nel d.P.R. n. 90 del 2010 (c.d. T.U. dell'ordinamento militare).
Lo sforzo interpretativo del Giudice è senz'altro apprezzabile, tenuto conto della peculiarità dell'ordinamento dell'AID (1).
L'AID è istituita per disposto dell'art. 22, D.Lgs. n. 300 del 1999 che, a sua volta, fa rinvio all'art. 49, D.Lgs. n. 66 del 2010 (c.d. "Codice dell'ordinamento militare"): quest'ultima disposizione ne ha previsto l'istituzione "nelle forme disciplinate dagli articoli 8 e 9 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, con personalità giuridica di diritto pubblico ... sotto la vigilanza del Ministro della difesa", con lo scopo "di gestire unitariamente le attività delle unità produttive e industriali della difesa indicate con uno o più decreti del Ministro della difesa" (così il comma 1).
Il rinvio operato dal predetto art. 49 agli artt. 8 e 9, D.Lgs. n. 300/1999 inquadra l'AID, a pieno titolo, nell'ambito delle cc.dd. "Agenzie", investite di "attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale", già di competenza ministeriale (cfr. art. 8, comma 1, D.Lgs. n. 300 cit.) e dotate di un ordinamento autonomo, disciplinato da appositi regolamenti ministeriali (art. 8, comma 4, D.Lgs. n. 300 cit.).
Tale regolamento è, nella specie, costituito proprio dal d.P.R. n. 90/2010 che, difatti, disciplina l'organizzazione dell'AID nell'ambito delle più generali norme dedicate alla "Amministrazione della Difesa" (Titolo II, del Libro I) e, in dettaglio, alla "area tecnica - industriale" (Capo VII).
Nel disciplinare l'ordinamento interno dell'AID, il d. P.R. n. 90 cit. - come riassunto dal Giudice amministrativo - specifica i principi e criteri direttivi dell'art. 8, comma 4, D.Lgs. n. 300/1999, particolarmente in punto di (disciplina della) "attribuzione al direttore generale e ai dirigenti dell'agenzia dei poteri e della responsabilità della gestione".
Al riguardo, il d.P.R. n. 90/2010 configura il "Direttore Generale" come vero e proprio organo dell'AID (art. 135, comma 1), investito della rappresentanza dell'Agenzia (art. 136, comma 1, lett. a).
L'assetto organizzativo dell'AID (art. 139, d.P.R. n. 90/2010) contempla una struttura direzionale generale, di supporto al Direttore Generale (comma 2), nonché singole unità, dotate di "propria struttura direzionale, di livello dirigenziale o di livello dirigenziale generale, posta alle dipendenze di un capo unità" (comma 4, lett. b).
Nel ripercorrere questo quadro normativo, il Giudice amministrativo evidenzia la previsione dell'art. 140, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 90/2010, secondo cui i "capi unità" - tra cui, appunto, v'è il funzionario autore delle note impugnate - "curano l'attuazione dei programmi di ciascuna unità, adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi e di gestione ed esercitando i relativi poteri di spesa".
Questa norma ricalca - anche solo a livello semantico / terminologico - le più generali previsioni sulle competenze dirigenziali, inserite nel testo unico del pubblico impiego (art. 4, comma 2, D.Lgs. n. 165 del 2001) (2) e, soprattutto, nel testo unico degli enti locali (art. 107, D.Lgs. n. 267 del 2000) (3).
3. In secondo luogo, il T.A.R. evidenzia la natura di "atti gestori" delle note impugnate, come tali, ad avviso del Giudice amministrativo, non rientranti nelle singole prerogative del Direttore Generale tipizzate dal d.P.R. n. 90/2010 (in particolare all'art. 136, comma 1, lett. a, non trattandosi di atti di "rappresentanza"), né essendo le stesse inquadrabili nell'ambito della più generale categoria degli atti convenzionali stipulabili dall'AID.
In effetti, dal tenore della pronuncia (specie dalla narrativa) si evince che le note impugnate si sostanziano in meri atti dichiarativi dell'efficacia della clausola convenzionale relativa al (mancato)

(1) Per un'analisi generale sulle Agenzie amministrative, si veda: L. Casini, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, f. 2, 2003, 393 ss.; F. Toth, *La diffusione delle agenzie amministrative in Italia*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 1, aprile 2007, 135 ss.

(2) Sulla dirigenza della P.A., *ex plurimis:* cfr. F. Carinci - S. Mainardi (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2 tomi, 2004; S. Raimondi, (voce) *Dirigenza*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; C. Colapietro, (voce) *Dirigenti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 119 ss.; S. Cassese - A. Mari, *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, in *Pol. dir.*, 2001, 3 ss.

(3) Cfr. M. Rusciano, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *Lavoro nelle p.a.*, 6, 2002, 893 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rinnovo dell'Accordo Quadro. Come tali, questi atti si configurerebbero come (meramente) gestori.

4. Muovendo da questo, duplice, ordine di argomentazioni, il T.A.R. ha ritenuto la competenza del dirigente all'emissione delle note suddette:

- sia per il parallelismo, facilmente intuibile per il tenore letterale delle norme, tra la competenza del Capo Unità dell'AID e quella, generale, della figura dirigenziale all'emanazione degli atti gestori;
- sia, comunque, perché la lettura sistematica del d.P.R. n. 90/2010 non consente di ascriverli alle ipotesi "tipiche" degli atti facenti capo al Direttore Generale.

Questo ragionamento del T.A.R. pare, in linea di principio, condivisibile, ed esprime una tendenza più generale della giurisprudenza amministrativa a valorizzare la competenza generale - residuale della compagine dirigenziale all'adozione degli atti "gestionali" nell'ambito dell'esecuzione dei contratti pubblici (4).

Si tratta di una tendenza già manifestatasi anche con riferimento al (differente tema del) rapporto delle competenze tra RUP (non dirigente) e compagine dirigenziale dell'Ente, nell'ambito della gestione dei procedimenti di aggiudicazione (5).

Il ragionamento, tuttavia - pur nella sua chiarezza e solidità logico/argomentativa - trascura di considerare che l'art. 136, d.P.R. n. 90/2010, individua tra le prerogative "tipiche" del Direttore Generale dell'AID anche l'adozione di "atti e i provvedimenti amministrativi e gli atti di gestione necessari per il conseguimento degli obiettivi dell'agenzia ed esercita i relativi poteri di spesa, fatte salve le competenze dei direttori delle unità" (lett. f).

Una simile previsione, anche se non presa in considerazione dalla sentenza, non pare possa escludere a favore dei dirigenti apicali, come era nel caso di specie il Capo Ufficio Affari Legali, una competenza gestionale generale e residuale (al pari di quella vantata dai dirigenti comunali rispetto, dicasi, alla Giunta comunale, investita di competenze tassative, *ex* art. 48, D.Lgs. n. 267/2000), per cui la decisione del T.A.R. sul punto non merita censura.

Sulla natura degli "accordi quadro"

5. La questione che coinvolge il secondo motivo appare più complessa e merita di essere chiarita, con qualche preliminare premessa.

Si apprende dalla narrativa contenuta nella sentenza in commento, che le attività appaltate alla società Z. erano rappresentate da "prestazioni di cantieristica navale a misura e a tempo o a cottimo per la manutenzione ordinaria, straordinaria e per la trasformazione di imbarcazioni e navi da diporto da realizzare nelle aree di pertinenza dell'Arsenale Militare di Messina".

Si rileva, poi, dalla stessa narrativa che il couso delle aree messe a disposizione dell'appaltatrice era stato autorizzato con successive convenzioni (degli anni 2021 e 2022), approvate dal Ministero della Difesa, come prevedeva l'art. 133, comma 2, d.P.R. n. 90/2010, secondo cui tale affidamento era subordinato alla valutazione discrezionale di "essere mirato al fine della piena valorizzazione delle risorse disponibili e all'incremento dell'attività dell'Unità produttiva ad essa affidata in gestione".

Si apprende, infine, che l'appalto del servizio in questione era stato dato attraverso un "accordo quadro", avente ad oggetto le condizioni generali per la fornitura di lavori di cantieristica per imbarcazioni e navi da diporto presso l'Unità Produttiva di Messina.

Altro sul punto non emerge.

6. Occorre in primo luogo esaminare la natura giuridica dell'"accordo quadro" (6) e le sue principali caratteristiche al fine di valutare se, anche astrattamente, esso potesse riguardare le "concessioni demaniali marittime" a cui l'amministrazione lo ascriveva e se, poi, in concreto, il servizio affidato potesse rivestire una tale natura.

L'accordo quadro, da ultimo disciplinato dall'art. 59 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (vigente codice dei

(4) Cfr. ad es. la recente decisione del T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 8 luglio 2024, n. 1444, ove, sulla base di analogo ragionamento, si è ritenuto il dirigente comunale competente all'emanazione di provvedimento di "cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro" di una concessione, *ex* art. 176, D.Lgs. n. 50/2016.

(5) Cfr. la decisione del Cons. Stato, Sez. V, 10 maggio 2022, n. 3638, sulla competenza dirigenziale generale.

(6) Sugli Accordi quadro si vedano in via generale: Cianflone - Giovannini - Lopilato, *L'Appalto di Opere Pubbliche*, Milano 2018, I, 234 ss.; F.S. Cantella, in *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2019, 147-180.

Quest'ultimo autore, nel commentare la L. n. 228/2012 (art. 2, comma 157), che consentiva alla P.A. la stipula di accordi quadro anche per l'aggiudicazione di concessione di servizi, ne sostiene (*op. cit.*, 177-178) la dubbia legittimità comunitaria, "dal momento che la direttiva 2014/25/UE sulle concessioni non prevede espressamente la possibilità di ricorrere a tale strumento e comunque - pur volendo ritenere, di per sé, irrilevante l'assenza di una previsione espressa sul punto, considerata la mancanza nella medesima direttiva di una disciplina dei metodi di aggiudicazione - deve ricordarsi come l'accordo quadro, per sua espressa definizione, abbia l'obbiettivo di consentire l'affidamento di appalti e non di concessioni di servizi; in termini ancora più generali, appare davvero difficile conciliare la disciplina dell'accordo quadro con il contenuto di un contratto di concessione caratterizzato da un rapporto trilatero e dalla remunerazione delle prestazioni ad opera non dell'amministrazione concedente bensì degli utenti beneficiari del servizio, oltre che da trasferimento in capo al concessionario dei relativi rischi".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contratti pubblici), è istituto tratto dalla prassi del commercio internazionale (7), tramite il quale si accordano uno o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici con lo scopo di "stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste" (così l'art. 3, comma 1, lett. iii, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

L'Istituto ha risalenza più remota nella contrattualistica pubblica, facendosi risalire all'art. 16, D.Lgs. n. 158/1995, riguardante, nella prima fase, gli appalti dei settori speciali e dopo, in attuazione della Dir. 2004/18/CE, con valenza estesa ai settori ordinari, ma limitato, per quanto riguarda i lavori, a quelli di manutenzione, con esclusione in particolare della progettazione e dei servizi di natura intellettuale.

L'attuale configurazione si deve alla Dir. 2014/24/UE per i settori ordinari (e alla Dir. 2014/25/UE per i settori speciali), di cui i due più recenti codici dei contratti pubblici recepiscono quasi pedissequamente l'art. 33.

Anche la "*ratio*" dell'Istituto viene enunciata dalla direttiva, ove, in particolare per quanto riguarda i settori ordinari, il considerando 59 rileva che "nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggiudicazione della domanda da parte dei committenti pubblici al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi, nonché un miglioramento e una maggiore professionalità nella gestione degli appalti. Questo obbiettivo può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo. Tuttavia l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare una eccessiva concentrazione del potere di acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI".

La disciplina più recente (quella contenuta nella direttiva del 2014) porta a ritenere, come la prassi ha confermato, che le originarie limitazioni (ai soli lavori di manutenzione, con esclusione della progettazione in materia di lavori e delle prestazioni intellettuali) siano venute meno e che l'istituto si applichi in modo generalizzato ai lavori, ai servizi e alle forniture (8).

La stipula dell'accordo quadro deve essere necessariamente preceduta dall'effettuazione di una procedura pubblica selettiva delle offerte presentate, secondo le previsioni delle direttive e del codice, non potendo le stazioni appaltanti ricorrere agli accordi quadro in modo da eludere l'applicazione del codice o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza, tanto che, in particolare, per quanto riguarda i cosiddetti accordi multifornitore, cioè quelli conclusi con più operatori economici, non è possibile il ricorso all'accordo quadro "ove l'appalto conseguenziale comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo" (art. 59, comma 1, D.Lgs. n. 36 del 2023).

Le necessità, poi, di mantenere gli accordi aderenti ai principi di concorrenza, apertura al mercato e non discriminazione giustifica le ulteriori limitazioni, sempre previste dalla direttiva e dai codici di recepimento, costituite, da un lato, nella limitazione temporale degli accordi, che - tranne casi eccezionali da motivare in modo specifico - non possono avere durata superiore a quattro anni e, dall'altro, dalla necessaria individuazione del prezzo, nonché delle quantità previste, almeno nei limiti in cui esse servano a dare indicazioni circa "*il valore stimato dell'intera operazione contrattuale*" (cfr. art. 59, comma 1, D.Lgs. n. 36 del 2023).

Sul piano definitorio l'accordo quadro, denominato significativamente "accordo" e non "contratto", non corrispondendo la tipologia alla definizione dell'art. 1321 c.c., perché non costituisce "un rapporto giuridico patrimoniale", determinato in ogni suo profilo, appartiene alla categoria dei cosiddetti contratti normativi (9), in quanto tende a delimitare la cornice delle condizioni entro le quali le parti svolgeranno la futura ed eventuale contrattazione. Si tratta di una figura negoziale pienamente ammissibile secondo i principi di autonomia contrattuale, in quanto "il cosiddetto accordo o contratto normativo che, avendo ad oggetto la disciplina di negozi giuridici

(7) Si veda: G. Morbidelli, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Rassegna giur. en. el.*, 1983, 805 ss.; Cianflone - Giovannini - Lopilato, *op. cit.*, 1201; F.S. Cantella, *Accordo quadro*, cit., *passim* 150. In giurisprudenza: Cass. Civ., Sez. II, 18 dicembre 1981, n. 6720, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, 12.

(8) Così, su tutte, le FAQ Anac, reperibili in *https://www.anticorruzione.it/-/accordo-quadro*, a loro volta riferite agli orientamenti per i funzionari espressi dalla Commissione Ue - Appalti Pubblici, nel 2015.

(9) Sui contratti normativi, si veda, in particolare, la dottrina classica: Messineo, *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 116 ss.; Scognamiglio, *Dei contratti in generale, artt. 1321-1352 c.c.*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 18 ss.; Guglielminetti, *I contratti normativi*, Padova, 1969; Id., *Contratto normativo*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1 ss.; Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, 37 ss.; Gitti, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 892 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

eventuali e futuri, dei quali fissa preventivamente il contenuto, non comporta il sorgere di un rapporto da cui scaturiscono immediatamente diritti ed obblighi per i contraenti, ma detta norme intese a regolare il rapporto, nel caso che le parti intendano crearlo" (10).

7. La particolarità della fattispecie, presa in considerazione dalla sentenza in esame, è costituita dal dato che l'accordo quadro, sottoscritto tra amministrazione ed operatore economico (Z.), era a controparte unica (monofornitore) (11), afferiva al servizio di manutenzione ordinaria, straordinaria e per la trasformazione delle imbarcazioni e navi da diporto e prevedeva la concessione delle "aree di pertinenza dell'Arsenale Militare di Messina".

Nella sostanza i successivi contratti, che l'Agenzia Industria Difesa doveva stipulare con l'operatore economico - si presume - avrebbero dovuto riguardare i diversi e specifici lavori (di manutenzione o di trasformazione delle imbarcazioni da diporto), nonché i corrispettivi di volta in volta pattuiti per le singole operazioni nel quadro dell'offerta oggetto di gara e contenuta nell'accordo ed i tempi di realizzazione delle opere appaltate.

A qualche rilievo si presta anche la durata, nel caso in esame, dell'accordo quadro, prevista per quattro anni, secondo quanto disponeva l'art. 54 D.Lgs. n. 50/2016 (codice *ratione temporis* vigente), nonché la Direttiva comunitaria 2014/24/UE, ma prorogabile per tre volte consecutive, tranne disdetta, da darsi da una delle parti sei mesi prima di ciascuna scadenza e sotto la condizione che, a partire dal terzo anno, l'operatore economico versasse all'amministrazione una somma non inferiore ad euro 600.000,00, probabilmente (non si evince dal testo della sentenza) per l'utilizzo delle attrezzature dell'Arsenale e dei servizi complementari messi a sua disposizione dall'Agenzia.

Altro aspetto che risulta affrontato più in specifico nella motivazione della sentenza riguarda il rapporto esistente tra l'accordo quadro e i successivi contratti di appalto stipulati, da un lato, e la concessione in couso delle aree nella propria disponibilità all'interno dell'arsenale di Messina, dall'altro, che - secondo quanto emerge - erano state date all'operatore economico con due convenzioni successive alla stipula dell'accordo quadro (rispettivamente dell'anno 2021 e 2022), le quali peraltro risultavano scadute. Tali convenzioni non paiono essere state nella diretta disponibilità dell'Agenzia Industrie Difesa, come del resto emerge dall'art. 133, d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, se per la loro attribuzione era stata necessaria la determinazione da parte del Ministero della Difesa.

8. La sentenza ha necessariamente trascurato i profili che si sono qui sopra accennati, essendo tenuta, per il principio dispositivo, ad attenersi ai motivi di impugnazione dell'atto amministrativo o ai limiti della domanda rappresentati dal *petitum* e dalla *causa petendi* (si veda quanto esposto al par. 17), costituiti dalla richiesta di rilascio dell'area demaniale, nella considerazione che la clausola dell'accordo quadro che ne prevedeva il rinnovo per il successivo quadriennio e per altri due era "nulla e priva quindi di ogni effetto", in quanto contrastante con la normativa europea che non consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime.

Comunque si può rilevare che l'accordo quadro sottoscritto tra l'AID ed operatore economico avrebbe potuto cessare per motivi ben più rilevanti da quello invocato dalla Stazione Appaltante e, come vedremo, a nostro avviso correttamente respinti dal T.A.R., che potevano essere costituiti, oltre che dalla sua disdetta comunicata tempestivamente dall'Agenzia (sei mesi prima della scadenza): dal mancato verificarsi della condizione di rinnovo (non corresponsione della somma minima pattuita per l'utilizzo dei servizi e delle attrezzature nell'Arsenale messo a disposizione), certamente da invocare nella motivazione di non rinnovo; dalla nullità del rinnovo (per tre volte consecutive) dell'accordo quadro, perché in violazione del tempo più contingentato, stante la natura dell'accordo e la necessità *ex lege* che esso non violasse i principi di concorrenza, trasparenza ed accesso al mercato degli operatori interessati (12); ed infine, dalla circostanza che era venuta meno la condizione di sua operatività ed efficacia, perché le convenzioni di couso dell'Arsenale erano scadute e non rinnovate e senza di esse l'appalto non poteva più essere eseguito.

(10) Cass. Civ., Sez. II, 18 dicembre 1981, n. 6720.

(11) Sulla distinzione "accordo monofornitore" o "accordo multifornitore" e sulle relative implicazioni e conseguenze, si veda F.S. Cantella, *Accordo quadro*, cit., 163 ss.

(12) Sulle condizioni di proroga dei contratti pubblici e sulla legittimità di una proroga, tanto più se automatica, la giurisprudenza si è più volte espressa in senso negativo, osservando, in applicazione dell'art. 106, D.Lgs. n. 50/2016, "per effetto dei principi comunitari che considerano la proroga o rinnovo del contratto quale contratto nuovo, soggetto a regole competitive", la proroga può esser concessa esclusivamente al fine di evitare l'interruzione dell'attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica (così da ultimo: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 4 aprile 2024, n. 2200; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 10 febbraio 2022, n. 891; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 27 settembre 2023, n. 14.297).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La richiesta di improbabile assimilazione di un contratto di appalto di lavori o servizi marittimi alle concessioni demaniali marittime (che, come vedremo, hanno altri presupposti ed altre caratteristiche), ha indotto il T.A.R. a dare una valutazione di inesistenza del presupposto invocato e quindi ad accogliere il ricorso dell'operatore economico appaltatore.

Concessioni marittime con finalità turistico ricreative e concessioni marittime di altra natura. Regime di proroga delle concessioni marittime. Accordo quadro e concessione

9. Si è constatato, in fatto, che la questione dibattuta nel giudizio oggetto della sentenza del T.A.R. in commento ha riguardato la natura dell'accordo quadro stipulato tra amministrazione e operatore economico privato: al Giudice amministrativo è stato posto il problema se esso rientrasse tra le concessioni demaniali marittime soggette alla disciplina eurounitaria (Dir. 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo), con conseguente impossibilità della proroga automatica, ostandovi la giurisprudenza UE e quella conformativa del Consiglio di Stato, con la ulteriore precisazione, da parte dell'Amministrazione, che tra le concessioni marittime sarebbero comunque rientrate le due concessioni concernenti l'Arsenale di Messina, sottoscritte il 24 giugno 2021 e il 2 febbraio 2023, entrambe scadute.

10. Per svolgere più compiutamente il tema esposto, sia pure nei limiti della presente nota, occorre premettere alcune questioni di carattere generale sul demanio marittimo e sulla sua utilizzazione, per concessione amministrativa, da operatori economici privati.

Tra i mezzi, che l'Amministrazione pubblica utilizza per conseguire alcune delle sue finalità, rientrano sicuramente i beni appartenenti al demanio pubblico, definiti primariamente dagli artt. 822 (13) ss. c.c. e soggetti, per quanto ora più direttamente ci riguarda, al principio desunto dall'art. 823 c.c., per cui essi "sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano".

In particolare, poi, il codice della navigazione (R.D. 30 marzo 1942, n. 327 e successive modifiche), definisce i beni appartenenti al demanio marittimo, tra cui rientrano anche "il lido, le spiagge, i porti e le rade" e precisa che gli stessi sono caratterizzati da uno specifico regime di concessione a favore di terzi (14). Tale uso, anche esclusivo (art. 36 c. nav.) sia di tali beni demaniali, sia di zone di mare territoriale, può essere concesso compatibilmente con le esigenze del pubblico uso e per un tempo determinato.

Nel caso di più domande (art. 37 c. nav.), la preferenza deve andare a favore del "richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponde ad un più rilevante interesse pubblico".

L'ultimo comma dell'art. 37 si riferisce espressamente alle "concessioni demaniali marittime per attività turistico ricreative", per le quali - e solo per esse - si dice che viene "data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili". La stessa norma continuava, prima della sua abrogazione avvenuta con l'art. 1, comma 18, D.L. 30 giugno 2009, n. 194, prevedendo il c.d. diritto di insistenza, cioè il rinnovo automatico delle stesse a favore dei precedenti concessionari (15).

Ancora, il D.L. 5 ottobre 1993, n. 400 (convertito con modificazioni nella L. 4 dicembre 1993, n. 494), emesso a seguito della dichiarata illegittimità da parte del T.A.R. Lazio del decreto del Ministero della Marina Mercantile del 18 ottobre 1990, in evidente

(13) Sul regime dei beni demaniali e sul loro uso, si è soffermata da sempre la dottrina amministrativistica, definendone caratteristiche e distinzioni. Si vedano in particolare due autori classici: F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo, ristampa*, Padova, 1960, 453 ss. e G. Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, IV, *I mezzi dell'azione amministrativa*, Milano, 1958, 3 ss.

(14) L'utilizzo di beni demaniali da parte di terzi richiama, innanzitutto, il ricorso allo strumento delle concessioni amministrative, che assumono normalmente la natura di concessione-contratto, in quanto risultano dalla convergenza di un atto unilaterale e autoritativo, vale a dire la concessione, e dall'altro lato di una convenzione integrativa della prima, con contenuto privatistico, nel senso che si tratta di un rapporto contrattuale bilaterale, da cui derivano diritti ed obblighi reciproci della amministrazione concedente e del privato concessionario. Una delle caratteristiche più rilevanti della concessione contratto consiste nel dato che chi utilizza il bene pubblico assume la titolarità, nei confronti di terzi, di un diritto di esclusione dall'utilizzazione dello stesso bene, che può tutelare sia con mezzi ed azioni proprie del diritto comune, sia con poteri di autotutela esecutiva (Caringella - Mazzamenti - Morbidelli, *I beni pubblici, Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2016, 889 ss.).

(15) La giurisprudenza anche sotto la vigenza dell'art. 37 c. nav., limitava la proroga alle condizioni che le nuove istanze non esprimessero una maggiore soddisfazione dell'interesse pubblico (Lefebvre D'Ovidio - Pescatore - Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2011, nt. 23, 121). Comunque, già sotto la stesura originaria, parte della dottrina sosteneva che anche in caso di rinnovo della concessione, oltre che in caso di rilascio, dovevano essere osservati i principi europei dell'evidenza pubblica (così: Prete, *Effetti dell'applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, in *Dir. mar.*, 2007, 1063. Così anche: Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2009, n. 902 e Corte cost. 20 maggio 2010, n. 180).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

attuazione anche delle disposizioni del codice della navigazione (art. 28 e *passim* art. 37), definiva meglio le concessioni demaniali per attività turistico-ricreative, precisando che potevano essere rilasciate - tra l'altro - per la gestione di stabilimenti balneari, esercizi di ristorazione e somministrazione bevande, gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive.

La normativa ne fissava la durata in sei anni e ne consentiva il rinnovo praticamente senza limiti, perché "alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma, dell'art. 42 del codice della navigazione" (art. 01, comma 2, D.L. n. 400 del 1993).

Tale comma veniva più volte sostituito dalla legislazione successiva, fino alla sua abrogazione, con L. 15 dicembre 2011, n. 217.

11. In questo quadro originario, nel dicembre 2006, entrava in vigore la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi del mercato interno (c.d. Direttiva Bolkestein), 12 dicembre 2006, n. 123 (16), che sotto il Capo III (Libertà di stabilimento dei Prestatori) disciplinava il rilascio delle autorizzazioni amministrative e la loro durata e in particolare, all'art. 12, stabiliva il regime di selezione tra diversi candidati, precisando che si riferiva a quelle autorizzazioni di cui "il numero ... disponibile per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse disponibili o delle capacità tecniche utilizzabili".

Per esse, "gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento". In tali casi "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami".

Nell'ultimo comma dell'art. in esame, la direttiva stabiliva che gli Stati membri, nel rilascio delle autorizzazioni di cui si discute, potevano tener conto, nelle procedure di selezione, di vari elementi come la salute pubblica, gli obbiettivi di politica sociale, la salute e la sicurezza dei lavoratori, la protezione dell'ambiente, la salvaguardia del patrimonio culturale e di "altri motivi imperativi di interesse generale conformi al diritto comunitario".

L'entrata in vigore della direttiva sopra richiamata (Dir. 2006/123/CE), ed in particolare il suo art. 12, ha posto in evidenza un suo raffronto con gli artt. 49, 56 e 106 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (reso esecutivo con L. 2 agosto 2008, n. 130 di ratifica), riguardanti la libertà di stabilimento, nei paesi facenti parte dell'Unione, dei cittadini di altri stati, comprensiva del loro accesso alle attività autonome e del loro esercizio e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione, con il divieto di ogni restrizione.

Pertanto, posti di fronte ad una legislazione nazionale, che consentiva la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricettive, in relazione alla questione della loro compatibilità con il diritto comunitario, alcuni Tribunali Amministrativi (in specie: T.A.R. Lombardia e T.A.R. Sardegna) hanno sospeso i relativi procedimenti e sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una serie di questioni che hanno dato luogo ad una elaborata sentenza (Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14 luglio 2016, n. 458). Questa sentenza ha affermato diversi principi fondamentali, di cui occorre dare qui atto, sia pure nei limiti che servono al commento della sentenza in esame.

12. In primo luogo la Corte ha precisato che la direttiva servizi, laddove parla di autorizzazioni (in particolare all'art. 12), si riferisce anche alle "concessioni" (17), che costituiscono atti formali, indipendentemente dalla loro qualificazione nel diritto nazionale, "che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica".

Per quanto riguarda, poi, la questione se le concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni, per via della scarsità delle risorse naturali, la Corte ha statuito che spetta al giudice

(16) Sui vari temi posti dalla Dir. 2006/123/CE si veda: G. Bellitti, *La Direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2017, 62 ss.

(17) Sulla distinzione tra autorizzazioni e concessioni amministrative, la dottrina classica ha lungamente disquisito: *Concessioni amministrative (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, III, 919 ss.; E. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VIII, 370 ss.; V. Caianello, *Concessioni (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, Torino, 1981, II, 234 ss.; M. D'Alberti, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VII; Id., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; D. Sorace - C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, III, 280 ss.; E. Croci - G. Pericu, *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLIII, 243 ss.; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 651 ss. Sul tema delle concessioni (in ispecie, quelle di pubblici servizi) v. A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 459 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nazionale stabilire se tale requisito sia soddisfatto o meno, bastando l'indicazione del criterio a far decidere i casi di volta in volta proposti alla giurisdizione dei singoli Stati (18).

In secondo luogo la Corte ha posto un'importante distinzione che serve a definire bene il caso (in verità abbastanza anomalo, come abbiamo sopra accennato) sottoposto al giudizio del T.A.R. Catania, secondo cui, ai sensi del considerando 57 della Dir. 2007/123, le autorizzazioni che tale direttiva contempla (concessioni marittime per l'esercizio di attività turistico ricreative) "non attengono alla conclusione di contratti da parte dell'autorità competente per la fornitura di un determinato servizio che rientra nelle norme relative agli appalti pubblici", per cui i regimi di autorizzazione di tale direttiva, "non sono applicabili a concessioni di servizi pubblici, che possano, in particolare, rientrare nell'ambito di altra direttiva, cioè la n. 2014/23/UE." (19).

Su queste premesse, la Corte definisce i casi ad essa deferiti enunciando due principi, riguardanti rispettivamente l'art. 12 della Dir. 123/2006 e l'art. 49 TFUE, dopo aver significativamente affermato che, di fronte a settori su cui l'Unione abbia disposto o armonizzato in modo completo con disposizioni secondarie (direttive), come è avvenuto con la direttiva servizi nel caso di specie, il diritto nazionale va confrontato con la norma europea armonizzatrice, piuttosto che con le disposizioni di diritto primario.

Riguardo all'art. 12, il principio dettato si esprime nei termini che seguono: "L'art. 12, paragrafo 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo o del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi del mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati".

E riguardo all'art. 49, così si esprime: "l'art. 49 del TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo".

13. Peraltro, poiché la legislazione nazionale continuava a prorogare in modo pressoché automatico le concessioni di beni demaniali marittimi per attività turistico ricettive, e poiché anche in dottrina si continuava a sostenere la compatibilità del regime delle proroghe legate alle autorizzazioni demaniali marittime con il diritto comunitario, in quanto tali concessioni non sarebbero regolamentate dalla direttiva servizi (20), di fronte all'appello di una sentenza del T.A.R. Lecce che aveva sanzionato un provvedimento del Comune disapplicativo della legge nazionale, che prevedeva la proroga delle concessioni demaniali, la questione veniva deferita all'Adunanza Plenaria, sul rilievo che essa costituiva un caso di particolare rilevanza economico sociale.

Simile deferimento veniva disposto anche nei confronti di una sentenza del T.A.R. Catania, anch'essa appellata, la quale riteneva la direttiva servizi (Dir. 2006/123/CE) *self executive* e come tale implicante l'illegittimità del rinnovo automatico a favore del precedente concessionario di concessione demaniale marittima per attività turistico alberghiere.

L'Adunanza Plenaria, con due sentenze pressoché gemelle ed uguali nelle conclusioni assunte, la n. 17 e la n. 18 del 9 novembre 2021, anche richiamate nella sentenza del T.A.R. Catania in commento, ha esaminato in modo approfondito tutti gli argomenti da più parte esposti, contrari all'applicazione della Dir. 2016/123 alle concessioni demaniali con finalità turistico ricettive, concludendo sui punti più rilevanti con la enunciazione di tre principi:

a) le norme legislative nazionali che hanno disposto, e anche quelle che in futuro dovessero disporre la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricettive, sono in contrasto con il diritto eurounitario ed in particolare con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12, Dir. 2006/123/CE;

(18) Cfr. anche Corte di Giustizia UE, causa C-348/22 del 20 aprile 2023, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c/ Comune di Ginosa.

(19) Precisa la Corte sul punto che "una concessione di servizi è caratterizzata, in particolare, da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da una autorità aggiudicatrice ad un concessionario e questi dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di un tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto a rischi connessi a detta gestione", ponendosi così in sintonia con precedente sentenza della stessa Corte.
E di conseguenza, la Corte riscontrava che i casi a lei sottoposti non riguardavano servizi consistenti in una prestazione a favore dell'ente aggiudicatore, ma piuttosto sull'autorizzazione ad esercitare un'attività economica in un'area demaniale e quindi non rientravano nella categoria della concessione servizi, disciplinata da diversa direttiva (2014/23).

(20) Sul punto si veda: R. Righi - E. Neri, *Riflessioni nell'applicazione della Direttiva Servizi alle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricettive*, in Rivista (telematica) *Nel Diritto*, 2014, 8.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

b) gli atti di proroga rilasciati dalla P.A., eventualmente intervenuti anche se a seguito di un giudicato favorevole, non danno diritto ai concessionari alla prosecuzione del rapporto, perché, trattandosi di un rapporto di durata, anche il giudicato è esposto alla incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto;
c) al fine di evitare un impatto rilevante dal punto di vista socio economico, che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in esame e tenendo conto del tempo tecnico necessario per predisporre le procedure di gara richieste, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricettive, già in essere, continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023, fermo restando che oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cessano di produrre effetti.

14. In questo quadro di disposizioni legislative nazionali e comunitarie, come interpretate dalla giurisprudenza citata (Corte di Giustizia e Consiglio di Stato), l'Amministrazione (AID) ha preteso la restituzione delle aree demaniali costituite dall'Arsenale di Messina, insistendo sulla eccezione che l'accordo quadro, stipulato con l'operatore economico, pur rientrando nei c.d. accordi normativi, con il rinvio alle successive convenzioni di concessione di aree demaniali, non era prorogabile in via automatica, perché rientrava nella fattispecie delle concessioni demaniali marittime con finalità commerciali.
Solo nel corso del giudizio l'Amministrazione argomentava ulteriormente circa le ragioni del rilascio, rappresentate anche dalla necessità, per sopravvenute e motivate esigenze superiori e di interesse nazionale, della revoca della concessione di aree demaniali (peraltro, non senza contraddizioni, dichiarate scadute), nonché da un preteso inadempimento dell'accordo quadro, non avendo l'operatore economico corrisposto il corrispettivo minimo, si immagina per l'utilizzo delle strutture e di macchinari dell'Arsenale di Messina messi a sua disposizione, che avrebbe impedito la proroga del contratto.
La sentenza del T.A.R. Catania ha accolto il ricorso dell'operatore economico, sanzionando la illegittimità della pretesa nullità della proroga dell'accordo quadro e di converso la illegittimità del preteso rilascio delle aree demaniali.

15. Le argomentazioni dei giudici catanesi sono condivisibili, sia pure con qualche ulteriore precisazione.
L'accordo quadro, stipulato, peraltro, ai sensi dell'art. 133, comma 4, d.P.R. n. 90/2010, che contiene le disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, non può avere la valenza di "norma legislativa": piuttosto, ha natura di contratto normativo di carattere bilaterale per realizzare una prestazione (manutenzione e ristrutturazione di navi) a favore dell'Amministrazione.
Per questo non può ad esso applicarsi la normativa comunitaria e la interpretazione giurisprudenziale sul divieto di proroga automatica: tali normativa e giurisprudenza si riferiscono alle concessioni di beni demaniali marittimi, in ordine alle quali dispone il D.L. n. 400/1993 (dotato anche secondo la giurisprudenza di carattere tassativo (21)), e non alla fornitura o all'acquisizione di beni e servizi da parte dell'AID, che opera, in specifico, ai sensi del testo unico in materia di ordinamento militare.
Peraltro, l'esclusione della fattispecie dal regime delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative doveva essere affermata anche per altro ordine di considerazioni.
Esse riguardavano la natura dell'accordo quadro sottoscritto tra le parti, che, se non era un appalto di lavori, era comunque un appalto di servizi resi all'amministrazione concedente, e non di servizi da rendere a terzi con rischio a carico del concessionario. Per questa ragione, anche secondo la giurisprudenza comunitaria l'accordo quadro non poteva rientrare nelle concessioni marittime disciplinate dalla Dir. 2006/123/CE, bensì nei contratti di concessione sottoposti al regime della Dir. 2014/23/UE.
La sentenza esamina, sia pur e solo in astratta ipotesi, la natura delle convenzioni stipulate tra le parti con l'autorizzazione del Ministero della Difesa nel 2021 e 2022, relative al couso delle aree all'interno dell'Arsenale di Messina, per affermare che neppure tali concessioni sono inquadrabili nel novero delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico ricettive, stante la loro diversità e il carattere tassativo della definizione.
In ogni caso, non pare pertinente richiamare da parte dell'Amministrazione quelle convenzioni per ottenere la dichiarazione di nullità della proroga dell'accordo quadro, in quanto, da un lato, se ne affermava la loro scadenza e quindi senza rinnovo esse erano cessate, dall'altro, si trattava sicuramente di concessioni date in attuazione all'accordo quadro e non poteva ritenersi giuridicamente corretto invocare la

(21) Cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 11 gennaio 2023, n. 6377; Cons. Stato, Sez. VII, 21 giugno 2022, n. 5103; Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2017, n. 1658.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nullità della proroga dell'accordo riferendosi ad una convenzione-concessione, che a quell'accordo seguiva e in generale lo presupponeva e non viceversa.
Semmai poteva essere valutato se fosse stata legittima la proroga automatica di un accordo quadro, di cui la legge prescrive la durata per un quadriennio e se, in particolare, la clausola di proroga per tre volte consecutive (potenzialmente per la durata di dodici anni) non violasse i principi più volte affermati dalla giurisprudenza europea e nazionale di libera concorrenza, accesso al mercato, evidenza pubblica delle procedure di aggiudicazione di appalti e concessione di servizi (art. 106, comma 11, D.Lgs. n. 50/2016) (22), che consentono la proroga di contratti solo per il breve periodo tecnico idoneo a bandire e concludere una nuova gara.
La disdetta, peraltro, non era stata data in tal senso, né in giudizio era stata avanzata una simile richiesta, da proporsi dall'Amministrazione eventualmente con domanda riconvenzionale (si veda di seguito *sub* par. 19).
Correttamente, poi, la sentenza in commento non prende in considerazione le motivazioni del provvedimento impugnato non poste originariamente a fondamento dello stesso, ma esposte solo in giudizio, perché esse costituivano motivazioni postume e quindi poste in violazione del divieto di integrazione di esse in sede processuale, come vedremo nel paragrafo che segue.

Sull'integrazione postuma della motivazione

16. Nel tentativo di superare le censure a fondamento del secondo motivo di gravame, nel corso del giudizio, l'Amministrazione resistente - con la propria memoria conclusionale: v. par. 6.2 della sentenza in commento, come anche più sopra abbiamo riferito - ha tentato di evidenziare ulteriori ragioni a fondamento della intervenuta "revoca" (o, dicasi, della sopravvenuta inefficacia) dell'Accordo Quadro.
In primo luogo, l'Ente ha evidenziato l'esistenza di, ipotetiche, superiori esigenze di interesse nazionale che avrebbero giustificato la rimozione degli effetti delle due "convenzioni di couso" (nn. 9/2021 e 2/2022), poste per così dire "a valle" dell'Accordo Quadro, già evidenziate in precedente nota del Comando logistico della Marina Militare. Dalla narrativa della sentenza non si evince esattamente quali conseguenze giuridiche - processuali l'Amministrazione resistente intendesse trarre da questa argomentazione, a suffragio della propria difesa: si può supporre che, con le illustrate argomentazioni, l'Ente intendesse dedurre la, sopravvenuta, inefficacia delle convenzioni di couso (sia pure conseguente all'accordo quadro) e, di conseguenza, l'inefficacia in via derivata dell'Accordo Quadro.
In secondo luogo, l'Ente ha dedotto l'esistenza di un'ulteriore, ipotetica, ragione di inefficacia dell'Accordo Quadro, fondata sul relativo art. 3, comma 2, contemplante, tra i motivi di diniego del primo rinnovo (v. par. 11.1 della sentenza in commento), la circostanza che la concessionaria, dal terzo anno in poi, avesse corrisposto un importo complessivo inferiore ad euro 600.000,00.
Ambedue gli ordini di difese sono stati respinti dal T.A.R. sulla base del principio secondo cui, trattandosi di argomentazioni "non evincibili nemmeno implicitamente" dalla motivazione del provvedimento impugnato, sarebbero "da ritenersi inammissibili, in quanto espresse in violazione del divieto di integrazione postuma della motivazione in sede processuale".
17. Il passaggio della sentenza è meritevole di alcuni rilievi.
Il principio richiamato dal Giudice amministrativo è oramai consolidato nella giurisprudenza, che - specularmente - esclude la ricorrenza di una "integrazione postuma" della motivazione in fattispecie processuali ove il sindacato giudiziale è rivolto alla motivazione di atti vincolati (23). In tali ipotesi, ove il dialogo procedimentale, ovvero il contenuto dispositivo dell'atto impugnato (24) (mai, invece, il contenuto di scritti difensivi dell'Amministrazione (25)) rendano comunque edotto il destinatario delle ragioni, fattuali o giuridiche sottese al provvedimento, il diritto vivente ne esclude l'annullabilità per "difetto di motivazione" (ovvero violazione dell'art. 3, L. n. 241 del 1990).
Si tratta di un principio consolidatosi (anche) per effetto dell'importante introduzione, a far data dal 2005, della correlativa previsione, in tema di "dequotazione" dei vizi formali, di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, L. n. 241 del 1990 (non a caso

(22) V. nt. 12.
(23) Tra le tante: Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2024, n. 5353; Cons. Giust. amm. Sicilia 1° ottobre 2024, n. 753; Cons Stato, Sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610; Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376. Vedi anche di recente T.A.R. Toscana, Sez. I, 24 maggio 2024, n. 653.
(24) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610 e Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376.
(25) Cfr. Cons. Giust. amm. Sicilia, n. 753 del 2024, cit. Vedi anche Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2018, n. 5291.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

espressamente riferita agli atti esercizio di attività amministrativa vincolata), comportante il divieto di annullamento giudiziale del provvedimento nell'ipotesi in cui "sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Il corollario naturale (e logico) di questa regola è, infatti, la limitazione del sindacato giurisdizionale sulla motivazione alle sole ipotesi in cui la lacuna motivazionale rechi un effettivo *vulnus* al diritto di difesa dell'interessato (26).

Lo stesso principio è richiamato, ancorché declinato in termini parzialmente differenti, in ipotesi di sindacato giudiziale di provvedimenti discrezionali (27), pur sempre con l'importante precisazione che l'integrazione giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo "è ammissibile se effettuata mediante gli atti del procedimento, nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta", ovvero mediante autonomo provvedimento di convalida (28).

18. Tale essendo la fisionomia, nel diritto vivente, del principio evocato dalla sentenza in commento, in linea teorica è condivisibile il rilievo della stessa sentenza teso ad evidenziare che le note impugnate (nel suo contenuto dispositivo - motivazionale) non fanno alcun riferimento alle argomentazioni svolte in giudizio dall'Amministrazione con la memoria conclusionale: pare, infatti, evincibile dal testo della pronuncia che le predette note si riferissero esclusivamente alla - ipotetica - invalidità della clausola sui rinnovi automatici dell'Accordo Quadro, a motivo del suo ipotizzato contrasto con il divieto (eurounitario e pretorio) di rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime.

In altri termini, il T.A.R., se avesse considerato favorevolmente le argomentazioni svolte dall'Ente in giudizio quale "supporto" della motivazione della nota impugnata, avrebbe, inevitabilmente, ammesso un'integrazione dell'*iter* logico del provvedimento mediante "scritti difensivi" dell'Amministrazione, considerato inammissibile dalla giurisprudenza sopra illustrata (con riferimento sia a provvedimenti vincolati (29), che a quelli discrezionali (30)).

D'altro canto, non sembrerebbe - il condizionale è d'obbligo, data la nostra parziale conoscenza della vicenda amministrativa - che la nota del Comando logistico della Marina Militare, versata in atti dall'Amministrazione con la pretesa finalità di documentare la sopravvenuta inefficacia delle concessioni di couso, potesse considerarsi quale elemento addotto dall'AID, nel dialogo procedimentale svolto con Z., a ulteriore fondamento del primo atto di "revoca" dell'Accordo Quadro (poi impugnato davanti al T.A.R.): come detto, dalla descrizione fatta dal Giudice (che non fa menzione di questo documento nella descrizione della vicenda amministrativa), questa nota sembrerebbe, piuttosto, un elemento di prova da cui l'Ente ha preteso di fare emergere, in corso di causa, un'inedita vicenda estintiva dell'Accordo Quadro, nella veste, si ipotizza, della sopravvenuta inefficacia degli atti - concessione anch'essa del tutto estranea al contenuto dispositivo - motivazionale degli atti impugnati. Di nuovo, quindi, in spregio al divieto di integrazione postuma della motivazione.

19. Nonostante ciò, il ragionamento formalizzato dalla sentenza in commento a fondamento della reiezione delle difese dell'Amministrazione avrebbe forse potuto atteggiarsi diversamente, ed in modo più aderente alla fattispecie processuale.

In punto di ricostruzione della fattispecie, si può rilevare che, nell'ipotesi in esame (di una "convenzione", o "accordo" o "contratto" stipulato ai sensi dell'art. 133, comma 4, d.P.R. n. 90/2010, "nel rispetto dei principi che regolano la concorrenza ed il mercato"), la cognizione del giudice amministrativo si atteggia, con tutta probabilità, nella forma della giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, D.Lgs. n. 104/2010, vertendo la stessa su controversia relativa "a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale" (comma 1, lett. e, n. 1), ovvero, dicasi, in materia di "accordo di diritto pubblico" (comma 1, lett. g).

(26) Per questa ricostruzione, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2018, n. 5984. Per un'organica analisi dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema, v. Garofoli - Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, 1068 ss.

(27) A questo secondo filone appartiene il precedente citato, forse impropriamente (trattandosi nella fattispecie di attività negoziale dell'Amministrazione), dalla sentenza in commento. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2020, n. 2762; Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1938; Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194; Cons. Stato, Sez. II, 24 giugno 2019, n. 4305; Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2022, n. 2441.

(28) Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2023, n.1096; Cons. Stato, Sez. III, 28 novembre 2022, n. 10448; Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2001; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 13 marzo 2023, n. 221.

(29) V. la giurisprudenza citata alla nt. 27.

(30) V. la giurisprudenza citata alla nt. 28.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Gli stessi atti ("note") sottoposti al sindacato del T.A.R. (come già descritto *supra*) sembrano atteggiarsi, più che come espressione di vero e proprio potere amministrativo, alla stregua di atti di gestione del rapporto negoziale, ossia come semplici determinazioni negoziali dell'Ente, aventi valenza meramente dichiarativa della volontà della parte pubblica di interrompere (cioè di invocare l'inefficacia della convenzione con il privato, a motivo dell'asserita invalidità della clausola sul (mancato) rinnovo.

Per questa ragione, l'iniziativa giurisdizionale, benché sia stata qualificata dal ricorrente in termini di tutela/azione impugnatoria, *sub* specie di azione di annullamento delle "note" dell'AID, pare configurarsi piuttosto come una vera e propria azione di accertamento dell'efficacia dell'Accordo Quadro (particolarmente, della clausola relativa al suo rinnovo), e tale avrebbe potuto essere qualificata dal Giudice Amministrativo, in ossequio al principio di cui all'art. 32 cpv., D.Lgs. n. 104/2010 ("il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali") ed al diritto vivente in materia (31).

Corollario di questa lettura della fattispecie sarebbe che il sindacato giurisdizionale, anziché vertere sull'atto (in forma impugnatoria), avrebbe dovuto incentrarsi sul rapporto sostanziale (negoziale). Il che avrebbe lasciato assai poco spazio allo scrutinio della motivazione degli atti della parte pubblica, quanto meno, rimuovendo dal relativo orizzonte il parametro legale di cui all'art. 3, L. n. 241 del 1990, sostituibile esclusivamente (in tutt'altra veste e con tutt'altre conseguenze) da quello della "buona fede" esecutiva, *ex* art. 1375 c.c.

Muovendo da questa (verosimile) premessa ricostruttiva, le difese svolte dall'Amministrazione (in pretesa integrazione postuma della motivazione degli atti impugnati) avrebbero dovuto essere superate in base a differenti argomentazioni. In particolare - anziché sostanziare un'integrazione motivazionale *ex post*, comunque plausibile per le ragioni sopra illustrate - le deduzioni della parte pubblica, in quanto dirette ad introdurre in giudizio circostanze / fattispecie estintive del rapporto ulteriori e diverse (anzi, effettivamente "nuove") rispetto a quella allegata dalla parte ricorrente, non avrebbero verosimilmente superato il vaglio dell'ammissibilità, per non essere le stesse state introdotte attraverso l'adeguato strumento della domanda riconvenzionale, *sub specie* di ricorso incidentale, così come previsto dal codice del processo amministrativo (art. 42, comma 1, D.Lgs. n. 104 del 2010).

(31) Secondo cui "il potere di conversione dell'azione appartiene al Giudice, che può sempre esercitarlo, anche in assenza di specifica domanda di parte; e ciò in coerenza con l'art. 113 c.p.c., che, nel codificare il principio '*iura novit curia*', assegna al giudice (anche) il potere di qualificazione della domanda, alla luce dei fatti affermati dalle parti e del rapporto giuridico tra le stesse intercorrente" (Cons. Stato, Sez. II, 19 gennaio 2024, n. 628; Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio 2020, n. 3118).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Equo compenso

T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 luglio 2024, n. 483 - Pres. Criscenti - Est. Romeo - S.F.E. S.r.l., in proprio e quale mandatario del costituendo RTP "S.F.E. S.r.l., V. S.r.l., Arch. G.L., P.E. S.r.l. Unipersonale, Arch. D.C." c. Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio e nei confronti di Atelier(s) A.F. S.r.l., in proprio e quale mandatario del costituendo RTP Atelier(s) A.F. S.r.l., A. A. Associati, G. S.r.l., L.C.G.

1. Il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta quale sede in cui valutare l'incidenza in concreto del ribasso offerto sulla voce "compenso" e, allo stesso tempo, sulle soglie "minime" stabilite dalle pertinenti previsioni ministeriali costituisce un presidio idoneo per scongiurare che le prestazioni professionali siano rese a prezzi incongrui.

2. L'attivazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, in luogo del meccanismo dell'eterointegrazione della *lex specialis* di gara, oltre a responsabilizzare i singoli concorrenti sull'entità del ribasso praticabile sulla voce "compenso", appare idonea a neutralizzare il rischio di una possibile alterazione della procedura stessa, precludendo *in nuce* l'eventuale attivazione dello strumento ripristinatorio del sinallagma contrattuale apprestato in sede civile con la nullità di protezione.

3. Va esclusa l'operatività della L. n. 49/2023 nell'ambito delle contrattazioni soggette alle regole dell'evidenza pubblica, dal momento che i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura sono normalmente riconducibili al contratto d'appalto *ex* art. 1655 c.c. e non al contratto di prestazione d'opera intellettuale disciplinato dall'art. 2230 c.c.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 16 luglio 2024, n. 1494.
Difforme	T.R.G.A. Bolzano, Sez. I, 9 ottobre 2024, nn. 230 e 231; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V-*ter*, 30 aprile 2024, n. 8580; T.A.R. Veneto, Sez. III, 3 aprile 2024, n. 632.

Il T.A.R. Calabria (*omissis*)

Motivi della decisione

10. La *quaestio iuris* rimessa all'esame del Collegio attiene ai rapporti tra la normativa sull'equo compenso di cui alla L. 49/2023 e le procedure di gara dirette all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura.

Su tale questione, come è noto, all'indomani dell'entrata in vigore della L. 21 aprile 2023, n. 49 sono andati profilandosi nelle prime prassi applicative due contrapposti orientamenti interpretativi, sostenendosi, da un parte, l'assenza di antinomia tra la legge n. 49/2023 e la disciplina dei contratti pubblici, con conseguente piena operatività delle previsioni dettate dalla prima anche nel campo dell'evidenza pubblica; e affermandosi, in senso opposto, dall'altra parte, l'incompatibilità tra i due sistemi normativi, con esclusione dell'applicazione delle regole del c.d. "equo compenso" alle procedure di gara regolate dal codice dei contratti pubblici.

10.1. In sintesi, a fondamento della prima tesi (riconducibile a T.A.R. Veneto, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 e T.A.R. Lazio, sez. V *ter*, 30 aprile 2024, n. 8580), è stata valorizzata, anzitutto, la previsione contenuta nell'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023, là dove, oltre a sancirsi il divieto, salvo casi eccezionali, di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito, è stato imposto, in via generale, alla pubblica amministrazione di "*garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso*".

Richiamata la *ratio* sottesa alla L. n. 49/2023 - individuata nell'esigenza di tutelare i professionisti nell'ambito dei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino nella posizione di "contraenti deboli" -, l'orientamento in questione ha, inoltre, desunto ulteriori elementi a sostegno della sua applicabilità al settore dell'evidenza pubblica dall'interpretazione letterale ed analogica delle relative disposizioni, stante, *in primis*, l'espressa previsione della relativa operatività anche nei confronti della pubblica amministrazione. Sotto questo angolo visuale, i sostenitori di tale tesi hanno affermato che diversamente opinando l'intervento normativo in questione risulterebbe privo di reale efficacia sul mercato delle prestazioni d'opera intellettuale, rappresentando i rapporti contrattuali tra i professionisti e la Pubblica Amministrazione nel mercato del lavoro attuale una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi per le prestazioni di tale tipologia.

Né, poi, potrebbe concordarsi con l'obiezione secondo cui l'applicabilità della legge n. 49/2023 al settore dell'evidenza pubblica precluderebbe, di fatto, l'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione del rapporto qualità/prezzo in quanto le gare per servizi di architettura o di ingegneria dovrebbero essere strutturate e aggiudicate sulla base di un "prezzo fisso" non ribassabile, individuato dalla stessa P.A. come corrispettivo posto a base di gara, con competizione limitata alla sola componente tecnica dell'offerta e, quindi, con una

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

evidente compromissione della libera contrattazione, del confronto competitivo tra operatori economici e dei principi comunitari in materia di libertà di circolazione, di stabilimento e di prestazione di servizi.
Ed infatti, il compenso del professionista costituirebbe soltanto una delle componenti del "prezzo" determinato dall'Amministrazione come importo a base di gara, al quale si affiancano altre voci, relative in particolare alle "spese ed oneri accessori". L'Amministrazione sarebbe, dunque, chiamata a quantificare tali voci in applicazione del D.M. 17 giugno 2016 per individuare l'importo complessivo da porre a base di gara; al tempo stesso, la voce "compenso", individuata con tale modalità come una delle voci che costituiscono il prezzo, sarebbe da qualificare anche come compenso "equo" ai sensi della legge n. 49/2023, che, sotto tale aspetto, stabilisce che è equo il compenso dell'ingegnere o architetto determinato con l'applicazione dei decreti ministeriali adottati ai sensi dell'art. 9 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1.
Ne deriva che il compenso determinato dall'Amministrazione ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 non sarebbe suscettibile di ribasso dall'operatore economico, trattandosi di "equo compenso" il cui ribasso si risolverebbe, essenzialmente, in una proposta contrattuale volta alla conclusione di un contratto pubblico gravato da una nullità "di protezione" e contrastante con una norma imperativa.
Nondimeno, trattandosi di una delle plurime componenti del complessivo "prezzo" quantificato dall'Amministrazione, l'operatività del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in ragione del rapporto qualità/prezzo, risulterebbe fatta salva in ragione della libertà, per l'operatore economico, di formulare la propria offerta economica ribassando le voci estranee al compenso, ossia le spese e gli oneri accessori.
Tale conclusione, oltre ad assicurare la coerente e coordinata applicazione dei due testi normativi, consentirebbe, sotto un diverso profilo, di escludere che la legge n. 49/2023 produca effetti anti concorrenziali o in contrasto con la disciplina dell'Unione Europea, rappresentando, piuttosto, il divieto di presentazione di offerte economiche al ribasso sulla componente del prezzo costituita dai "compensi" una tutela per i professionisti, a prescindere dalla loro nazionalità, in quanto "*permetterà loro di conseguire un corrispettivo equo e proporzionato anche da un contraente forte quale è la Pubblica Amministrazione e anche in misura superiore a quella che sarebbero stati disposti ad accettare per conseguire l'appalto*" (T.A.R. Veneto, n. 632/2024 cit.).
Inoltre, l'operatore economico che, in virtù della sua organizzazione d'impresa, dovesse ritenere di poter ribassare componenti accessori del prezzo (ad esempio le spese generali), potrà avvantaggiarsi di tale capacità nell'ambito del confronto competitivo con gli altri partecipanti alla gara, fermo restando il dovere dell'Amministrazione di sottoporre a controllo di anomalia quelle offerte non serie o che, per la consistenza del ribasso offerto su componenti accessorie del prezzo, potranno apparire in buona sostanza abusive, ossia volte ad ottenere un vantaggio indebito traslando su voci accessorie il ribasso economico che, in mancanza della legge n. 49/2023, sarebbe stato offerto sui compensi.
Dal carattere "inderogabile" del compenso "equo" determinato dall'applicazione dei citati parametri normativi, e dunque dalla natura imperativa delle previsioni contenute nella L. n. 49/2023 - che stabiliscono la nullità delle clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata -, conseguirebbe, poi, l'eterointegrazione delle disposizioni di gara che, in via difforme, dovessero consentire la ribassabilità della componente in questione, trattandosi di profilo sottratto alla libera disponibilità delle stazioni appaltanti.
Diversamente opinando si correrebbe d'altronde il rischio di una pericolosa "eterogenesi dei fini", posto che il professionista concorrente potrebbe essere tentato di abusare della nullità di protezione in questione, volutamente presentando un'offerta inferiore ai minimi, per così ottenere l'aggiudicazione e, una volta stipulato il contratto far valere la nullità parziale al fine di attivare il "meccanismo" di cui al comma 6 dell'art. 3, ai sensi del quale "*il tribunale procede alla rideterminazione secondo i parametri previsti dai decreti ministeriali di cui al comma 1 relativi alle attività svolte dal professionista, tenendo conto dell'opera effettivamente prestata e chiedendo, se necessario, al professionista di acquisire dall'ordine o dal collegio a cui è iscritto il parere sulla congruità del compenso o degli onorari*". Ciò che comporterebbe, peraltro, l'aggiramento del principio di tendenziale immutabilità dell'offerta anche in sede di esecuzione del contratto.
In conclusione, la nullità relativa o di protezione sarebbe da ritenersi giustificata proprio in relazione ai casi in cui il professionista sia sostanzialmente tenuto a subire la previsione contraria all'equo compenso, e ciò anche eventualmente quando ad imporre la riduzione al di sotto dei minimi sia la P.A. Diversamente, ove la violazione della normativa sull'equo compenso non sia imposta dalla P.A., ma dipenda da una volontaria scelta dell'operatore economico al fine di ottenere l'aggiudicazione superando gli altri concorrenti, la natura "relativa" della nullità non potrebbe rivestire alcun rilievo, l'imperatività della normativa medesima imponendo, al contrario, un effetto escludente delle offerte con la stessa in contrasto.
10.2. Secondo l'opposta tesi, propugnata in ragione dell'incertezza del quadro normativo di riferimento dalla stessa Anac con la delibera n. 101 del 28.02.2024 e di recente sostenuta con approfondite argomentazioni da T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 16 luglio 2024, n. 1494, al contrario, la predicata eterointegrazione della disciplina di gara con quella sull'equo compenso professionale sconterebbe "... i limiti intrinseci ed estrinseci di compatibilità o sovrapponibilità dei due impianti normativi (d.lgs. n. 36/2023 e l. n. 49/2023), che incidono su campi di materie e rispondono a finalità tra loro non perfettamente coincidenti ed omogenee".
Ed infatti, il regime dell'equo compenso non deroghe-rebbe, bensì integrerebbe "il sistema dei contratti pubblici, senza frustrarne la sostanza proconcorrenziale di derivazione euro-unitaria (artt. 49, 56, 101 TFUE, 15 della dir. 2006/123/CE), e, quindi, senza elidere in radice la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

praticabilità del ribasso sui corrispettivi professionali, la cui determinazione non è da intendersi rigidamente vincolata a immodificabili parametri tabellari, ma la cui congruità (in termini di equilibrio sinallagmatico) rimane, in ogni caso, adeguatamente assicurata dal modulo procedimentale di verifica all'uopo codificato, quale, appunto, quello dell'anomalia dell'offerta con riferimento al ribasso praticato sul corrispettivo dei servizi di progettazione". In altri termini, il Codice dei contratti pubblici, tramite il subprocedimento di verifica di anomalia delle offerte, appresterebbe "meccanismi idonei ad evitare che le prestazioni professionali siano rese a prezzi incongrui, consentendo, nel contempo, alle amministrazioni di affidare gli appalti a prezzi più competitivi".

Sul piano positivo, d'altro canto, occorre considerare che la legge n. 49/2023, entrata in vigore il 20 maggio 2023 e, quindi, successiva al Codice, non risulta aver derogato espressamente allo stesso, come richiesto dall'art. 227, da ciò desumendosi un indice testuale particolarmente pregnante nel senso della relativa inapplicabilità al settore degli appalti pubblici.

Inoltre, anche il codice dei contratti pubblici già perseguirebbe la finalità sottesa alla legge n. 49/2023, pur dovendo naturalmente orientarsi nel rispetto del diritto europeo e dei principi generali in esso declinati, oltre che con modalità adeguate al meccanismo della gara pubblica. In tale ottica andrebbero precipuamente lette le disposizioni di seguito richiamate: l'art. 8, comma 2, il quale prevede che la pubblica amministrazione garantisce l'applicazione del principio dell'equo compenso; l'articolo 41, comma 15, che fissa la modalità per l'individuazione dei corrispettivi da porre a base di gara facendo riferimento alle tabelle contenute nell'allegato I.13; l'art. 108, comma 2, là dove individua, quale criterio di aggiudicazione per i servizi tecnici di importo pari o superiore a 140.000,00 euro quello del miglior rapporto qualità-prezzo, garantendo un'adeguata valutazione dell'elemento qualitativo. Nella stessa direzione andrebbe letta la previsione relativa all'applicazione di specifici meccanismi volti a scongiurare la presentazione di offerte eccessivamente basse e, quindi, non sostenibili (la disciplina sull'anomalia dell'offerta, la possibilità di prevedere un'appropriata ponderazione tra punteggio qualitativo ed economico, la possibilità di utilizzare formule per il punteggio economico che disincentivino eccessivi ribassi).

Così interpretato, il quadro normativo di riferimento risulterebbe, dunque, coerente sia a livello nazionale che a livello europeo. Sotto quest'ultimo profilo occorre considerare che "l'art. 3, comma 3, della legge n. 49/2023 fa salve dalla sanzione della nullità le clausole che prevedono l'applicazione di compensi inferiori ai minimi tabellari in quanto riproduttive di disposizioni di legge (tra cui rientrano le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici) o attuative di principi europei (tra cui il principio di concorrenza)".

Proprio in relazione a quest'ultimo profilo, nell'ambito di questa diversa ricostruzione si è ancora evidenziato che la previsione di tariffe minime non soggette a ribasso rischierebbe "di porsi in contrasto con il diritto euro-unitario, che impone di tutelare la concorrenza. Come chiarito dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 4 luglio 2019, causa C-377/2017, infatti, in materia di compensi professionali, l'indicazione delle tariffe minime e massime è vietata in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, ma sono comunque ammesse deroghe per motivi di interesse pubblico, come la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi e la trasparenza dei prezzi" (posizione confermata dalla successiva sentenza del 25/1/2024, causa C-438/2022 secondo cui le tariffe minime relative al compenso professionale degli avvocati devono essere disapplicate in quanto contrastanti con il principio di concorrenza).

A suffragare la tesi dell'incompatibilità tra i due sistemi normativi deporrebbe, inoltre, il rilievo che legge n. 49/2023 sarebbe applicabile ai rapporti professionali aventi ad oggetto "prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. (contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale nell'ambito di un lavoro autonomo) e, più in generale, a tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati dalla posizione dominante del committente, in cui è necessario ripristinare l'equilibrio sinallagmatico"; laddove, invece, i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura sarebbero "normalmente riconducibili ai contratti di appalto *ex* art. 1655 c.c., con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio".

Inoltre, la concorrenza sul prezzo, in ogni sua componente, rappresenterebbe un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali delle gare pubbliche, sicché "l'eventuale limitazione alle sole spese generali o all'elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all'ingresso per gli operatori, più giovani, meno strutturati e di minore esperienza".

Rilievo determinante assumerebbe, infine, la circostanza che l'applicazione dell'art. 3, comma 5, della richiamata legge n. 49/2023, là dove ammette il ricorso al giudice civile per contestare l'affidamento ad un prezzo inferiore rispetto a quello definito in ossequio all'allegato I.13 del d. lgs. 36/2023, "oltre a determinare una sovrapposizione con i poteri e le competenze delle stazioni appaltanti in termini di verifica della congruità delle offerte, produrrebbe una situazione di assoluta instabilità e incertezza sull'affidamento e sulle relative condizioni, con evidenti ripercussioni sulla spesa pubblica. In particolare, l'esito positivo del giudizio ordinario comporterebbe la necessaria modifica del quadro economico finanziario dell'intervento, con conseguenti ricadute, anche sulla capacità di spesa futura, che appaiono tanto più evidenti per gli interventi finanziati con i fondi del PNRR".

Alla luce di tali rilievi l'illustrata specialità del sistema dei contratti pubblici, che risponde ad una sua immanente logica proconcorrenziale, per certi versi antagonistica rispetto all'irrigidimento tabellare di singole voci di offerta, impedirebbe, dunque, "di cristallizzare i compensi professionali tramite la propugnata eterointegrazione automatica delle disposizioni della l. n. 49/2023"; inducendo, piuttosto, "a considerare queste ultime a guisa di principi direttivi cui la stazione appaltante deve

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

indefettibilmente improntare la propria valutazione di congruità dell'offerta provvisoriamente aggiudicataria".
Riprova ne sarebbe offerta dalla "previsione dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, il quale, se da un lato, stabilisce che '*la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso*', d'altro lato, ammette, sia pure '*in casi eccezionali e previa adeguata motivazione*', perfino '*prestazioni d'opera intellettuale … rese dai professionisti gratuitamente*'".
In ogni caso, il predicato meccanismo di eterointegrazione non apparirebbe "fondatamente invocabile a fronte del delineato quadro normativo, tutt'altro che univoco e perspicuo circa l'incidenza della disciplina in materia di equo compenso professionale sul regime dei contratti pubblici", posto che - per come rilevato dall'Anac nella sopra citata delibera - le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge deve ritenersi ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza (tutte le parti riportate tra virgolette sono tratte da T.A.R. Salerno, n. 1494/2024 cit.).
11. Tanto chiarito in ordine alle due tesi in campo, il Collegio ritiene di condividere la seconda delle riferite ricostruzioni teoriche, apparendo la propugnata eterointegrazione dei bandi di gara che - come quello rilevante nella presente vicenda - consentano il ribasso anche della componente del "compenso" con le norme dettate dalla L. n. 49/2023, sul presupposto della loro natura imperativa, difficilmente sostenibile.
Sul punto, anche ai sensi dell'art. 74 c.p.a., è sufficiente richiamare le approfondite argomentazioni - di cui sopra si è dato sommariamente conto - svolte nella citata pronuncia dal Tar Salerno (n. 1494/2024), rimarcando, in particolare, al di là della coerente analisi condotta sul piano della compatibilità logica e sistematica dei due testi normativi, come l'individuazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta quale sede in cui misurare l'incidenza in concreto del ribasso operato sulla componente del "compenso" sulla serietà dell'offerta e, allo stesso tempo, sulle soglie "minime" stabilite dalle pertinenti previsioni ministeriali, costituisca un presidio idoneo a scongiurare i rischi paventati dai sostenitori dell'opposta tesi.
Ed infatti un ribasso eccessivo, tale da erodere in maniera significativa la componente del "compenso professionale", ove non giustificato da adeguate e convincenti motivazioni di fatto (rivenienti dalle capacità "strutturali" del concorrente, dall'interesse all'affidamento per l'arricchimento del curriculum professionale, dalle esperienze già maturate in progettazioni analoghe, etc.), potrebbe certamente essere valutato dalla stazione appaltante come indicativo di una scarsa serietà dell'offerta, con ogni conseguente determinazione.
Deve, inoltre, considerarsi che l'impiego di un simile meccanismo, in luogo della più dirompente eterointegrazione della disciplina di gara, oltre a responsabilizzare i singoli concorrenti quanto all'entità del ribasso praticabile nelle gare di progettazione sulla voce dei compensi, appare idoneo a neutralizzare il rischio di una possibile alterazione del risultato della procedura, precludendo *in nuce* l'eventuale attivazione da parte del concorrente che assuma la lesione del diritto presidiato dalla L. n. 49/2023 - purtuttavia conseguente alla sua scelta di offrire un ribasso oltre le soglie previste da detta legge - dello strumento ripristinatorio del sinallagma contrattuale apprestato in sede civile con la previsione della nullità di protezione.
Per le stesse ragioni, è poi da escludersi che l'ammissibilità nelle gare *de quibus* di un ribasso oltre le soglie del D.M. del 2016 dell'importo a base di gara possa pregiudicare le finalità di tutela dei professionisti perseguite con la L. n. 49/2023, emergendo chiaramente dal relativo impianto generale che l'ambito precipuo della relativa applicazione riguardi i rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. (contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale nell'ambito di un lavoro autonomo) e più in generale tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati dalla posizione dominante del committente, in cui può fondatamente porsi l'esigenza di ripristinare l'equilibrio sinallagmatico.
L'espressa previsione dell'applicazione dell'equo compenso anche ai rapporti con la pubblica amministrazione non può valere, invece, a inferirne *tout court* l'operatività nell'ambito delle contrattazioni soggette alle regole dell'evidenza pubblica, risultando per contro i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura normalmente riconducibili ai contratti di appalto *ex* art. 1655 c.c.
12. Orbene, la coerente applicazione alla vicenda in esame delle tracciate coordinate interpretative non lascia residuare alcun dubbio in ordine all'infondatezza del ricorso, non potendo per le ragioni esposte ritenersi affetta dalle eccepite criticità la scelta della stazione appaltante di ammettere alla gara i tre raggruppamenti temporanei di professionisti, classificatisi nelle prime tre posizioni della graduatoria, nelle cui offerte economiche era stata sottoposta a ribasso anche la componente del compenso determinato ai sensi del D.M. 17 giugno 2016.
Occorre, infatti, a tal riguardo evidenziare che la società ricorrente ha formulato la censura, limitandosi a denunciare l'illegittimità dell'aggiudicazione e dei sottesi verbali di gara per l'omessa esclusione da parte della stazione appaltante, in ragione della dedotta violazione della L. n. 49/2023, del RTP aggiudicatario nonché dei due RR.TT.PP. posizionatisi al secondo e al terzo posto della graduatoria.
Parte ricorrente non ha, invece, domandato, neppure in via subordinata, la rideterminazione dei punteggi da effettuarsi in sede di rinnovazione della procedura nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, circoscrivendo così il *petitum* del ricorso alla sola domanda di esclusione degli avversari per violazione di una norma imperativa.
12.1. Da ciò consegue, allora, una volta esclusa l'adombrata illegittimità della *lex specialis* di gara nella parte in cui

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ha consentito ai concorrenti di operare il ribasso per l'offerta economica sull'intero importo posto a base di gara, e cioè anche sulla parte relativa al compenso, l'infondatezza della doglianza principale, dovendo ritenersi che la stazione appaltante abbia agito in conformità alle disposizioni del codice degli appalti nonché della stessa legge di gara, non contemplante peraltro, diversamente da quanto dedotto, alcuna esplicita previsione volta a perimetrare il ribasso in sede di offerta economica alle sole voci diverse dal compenso.

A tale specifico riguardo, pur reiterando le considerazioni sopra svolte quanto all'espresso richiamo nel Documento di Indirizzo alla Progettazione (decreto n. 221/2023/ADSP-MTMI) delle disposizioni della L. n. 49/2023, deve, invero, rimarcarsi che un analogo riferimento non risulta, invece, presente nel "bando e disciplinare di gara", non contemplante, allo stesso modo, in alcuna sua parte l'asserita limitazione del ribasso alle sole componenti accessorie dell'importo complessivo posto a base di gara.

Deve, peraltro, rimarcarsi che nello stesso DIP n. 221 del 6.12.2023 il riferimento alla L. n. 49 del 2023 è presente nella sola motivazione (a pag. 5, "*… per l'aggiudicazione della procedura… si dovrà ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rapporto qualità prezzo, di cui all'art.108, comma 2 lettera b) del D.Lgs. 36/2023 … sulla base del combinato disposto dell'art. 8 comma 2 del Codice degli Appalti con la legge 21.04.2023 n.49 recante Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali*"), non risultando ribadito nella parte dispositiva, dove risulta richiamato il solo art. 108, co. 2, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023 (pag. 6).

Gli stessi chiarimenti resi dal RUP con la nota dell'8.04.2024, pur non prendendo espressa posizione sulla richiesta volta a sapere se "*al valore posto in gara va applicata la legge 49/2023*", deponevano, peraltro, nella medesima direzione, indicando che "*l'importo da porre a base di gara soggetto a ribasso sia l'importo complessivo di euro 377.000,00*".

12.2. Può, dunque, conclusivamente affermarsi che la società ricorrente si sia determinata a presentare un'offerta economica con ribasso contenuto alle sole componenti accessorie dell'importo complessivo posto a base di gara, benché il tenore testuale del bando non rendesse una simile iniziativa obbligata.

13. A fronte della soluzione ermeneutica condivisa sulla *quaestio iuris* di cui si controverte, nulla vi è da aggiungere sulla seconda doglianza, formulata in via soltanto subordinata per l'evenienza in cui "*la* lex specialis *devesse interpretarsi nel senso di consentire la formulazione di offerte economiche al ribasso che erodono l'equo compenso inderogabile determinato ai sensi del D.M. 16 giugno 2016*".

Ed invero, alla luce dei rilievi esposti nell'esaminare il primo motivo di ricorso, il paventato contrasto delle prescrizioni della legge di gara con le "*norme imperative della Legge n. 49/2023 nonché con l'art. 8 e 108 D.Lgs. 36/2023*" deve ritenersi insussistente, poggiando esso sull'erroneo presupposto della piena operatività della legge sull'equo compenso nel settore degli appalti pubblici. Evenienza, questa, che, per quanto detto, dev'essere invece esclusa, venendo con ciò meno in radice l'invocata possibilità di una eterointegrazione della legge di gara.

14. Per questi motivi il ricorso va, dunque, conclusivamente rigettato.

15. Alla luce dei rilievi esposti e della novità della questione sussistono certamente giustificate ragioni per compensare tra le parti le spese di lite.

(*omissis*)

Affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ed equo compenso: alla ricerca di una convivenza equilibrata

di Marinella Galletto e Chiara Pagliaroli (*)

Il contributo esamina il rapporto tra la normativa sull'equo compenso e le procedure di gara dirette all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, ricostruendo, da un lato, la disciplina che si è succeduta nel tempo sino al recente D.Lgs. n. 36/2023 e, dall'altro, il dibattito regolatorio e giurisprudenziale che sta interessando la materia. L'analisi propone, altresì, una chiave di lettura alternativa, volta a ricercare una convivenza equilibrata tra concetti giuridici apparentemente in antitesi, valorizzando il ruolo della discrezionalità amministrativa e l'equivalenza semantica dei concetti di "equo" e "congruo" rispetto al termine "proporzionato".

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Premessa

All'indomani del 1° aprile e del 1° luglio 2023 - date in cui le disposizioni del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (c.d. Codice dei contratti pubblici) sono entrate in vigore e hanno acquistato efficacia - la questione dell'applicabilità del principio dell'equo compenso alla materia dei contratti pubblici è divenuta di straordinaria attualità, alimentando opinioni e prese di posizioni contrastanti, che hanno causato non poche difficoltà applicative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici.
La pronuncia che si annota, nell'affrontare la *quaestio iuris* relativa al rapporto tra la normativa sull'equo compenso e le procedure di gara preordinate all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, aderisce alla ricostruzione teorica che propende, in estrema sintesi, per l'esclusione dell'applicazione delle regole sull'equo compenso alle procedure regolate dal Codice dei contratti pubblici.
Nei paragrafi che seguono, dopo una sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento (anche in prospettiva *de iure condendo*), verranno esaminate le posizioni assunte dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e dal giudice amministrativo, dalle quali è possibile desumere - sia pur nella diversità delle conclusioni raggiunte - la necessità che si addivenga, in tempi brevi, a un chiarimento univoco, affinché un elemento essenziale delle procedure di gara, quale il valore a base d'asta, non si trasformi in un fattore di incertezza idoneo ad alimentare il contenzioso, con inevitabili ripercussioni sulla durata e sugli esiti delle procedure stesse.

Dalle tariffe per i servizi professionali, ai parametri, alla legge sull'equo compenso

L'analisi cui si è accennato non può prescindere dall'esegesi delle professioni intellettuali, per come affermatesi nel nostro ordinamento nel periodo liberale, a cui si sono affiancate forme di regolazione sempre più stringenti da parte degli organismi di rappresentanza. Va, infatti, ricondotta a tale contesto la definizione della "tariffa professionale" (1), normalmente espressa tra un minimo e un massimo, in grado di uniformare i comportamenti dei professionisti intorno all'elemento del prezzo del servizio (2).
Per gli ingegneri e gli architetti il punto di riferimento è stato a lungo rappresentato dalla L. 2 marzo 1949, n. 143 (tutt'oggi erroneamente richiamata dall'art. 38, comma 1, lett. b, dell'allegato I.7 al D.Lgs. n. 36/2023), che disciplinava le tariffe minime applicabili ai lavori pubblici e a quelli privati, rinviando, per quanto non previsto, alle determinazioni degli Ordini professionali territorialmente competenti.
Tuttavia, a partire dall'entrata in vigore della L. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni) (3), le difficoltà connesse con l'applicazione di una disciplina così risalente a un settore nel frattempo profondamente innovato hanno condotto alla definizione dei corrispettivi di cui al D.M. 4 aprile 2001 "per le attività di progettazione e per le altre attività previste dall'art. 17, comma 14-*bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, (...)", quali "minimi inderogabili", previsti a "pena di nullità" (4).
Tale impostazione ha orientato il sistema sino al 2006 quando - anche alla luce dei rilievi comunitari (5) e dell'intervento della Corte di Giustizia dell'allora Comunità europea (6) - si è assistito all'abrogazione, ad opera del Decreto Bersani, delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano, per le attività libero professionali e intellettuali, "l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime" (art. 2, comma 1, lett. a, D.L. 4 luglio 2006, n. 223).
In seguito, è stato l'art. 9, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 a sancire l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico (v. comma 1) e l'applicazione dei parametri individuati con decreto (poi D.M. 31 ottobre 2013, n. 143) ai corrispettivi da porre a base di gara nell'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cfr. comma 2).
Successivamente, con l'art. 19-*quaterdecies*, D.L. 16 ottobre 2017, n. 148 è stato introdotto il concetto di "equo compenso", quale compenso "proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto (7), nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione".

(1) V. A. Figone, voce "*Tariffe professionali*", in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., XIX, Torino, 1998, 278 ss.

(2) Così E. Cassese, *L'effetto del diritto comunitario sull'ordinamento italiano delle professioni*, in *Il diritto dell'economia*, Milano, 2003, 651 ss.

(3) Alle previsioni contenute nella Legge Merloni è stata data attuazione con il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 544. La Legge Merloni è stata abrogata dall'art. 256, comma 1, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, mentre il Regolamento di attuazione è stato abrogato dall'art. 358, comma 1, lett. c), d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

(4) Art. 17, comma 14-*quater*, L. n. 109/1994.

(5) Si vedano le procedure di infrazione n. 2005/2198 e n. 2005/416.

(6) Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2006, procedimenti riuniti C-94/04 e C-202/04, *Federico Cipolla e altri c. Rosaria Portolese in Fazari e altri*, in *https://giurcost.org/*.

(7) La definizione riprende, in parte, alcuni concetti ricavabili dall'art. 36, comma 1, Cost., secondo cui "il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tale disciplina - riferita alle prestazioni rese dai lavoratori autonomi, a prescindere dall'organizzazione ordinistica della professione -, pur estendendo il principio dell'equo compenso anche ai rapporti con la pubblica Amministrazione (v. comma 3), si è arrestata, nei fatti, a una proclamazione di principio, che è apparsa sin da subito priva di efficacia e di effettività, anche alla luce delle posizioni assunte dalla giurisprudenza sull'argomento (8).
Forse, anche per queste ragioni il tema è divenuto centrale nell'estate del 2022 (9).
Ne è seguita l'approvazione della L. 21 aprile 2023, n. 49, in vigore dal 20 maggio 2023, il cui art. 1, al comma 1, definisce l'equo compenso come il "compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti rispettivamente: (...); b) per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27; (...)".
La legge - che si applica anche alle prestazioni rese dai professionisti a favore della pubblica Amministrazione (cfr. art. 2, comma 3) - stabilisce, altresì, la nullità delle clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, ivi incluse le "pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali, fissati con decreto ministeriale (...)" (art. 3, comma 1) e attribuisce al professionista la facoltà di chiedere al tribunale del luogo ove egli ha la residenza o il domicilio la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale prestata, previa declaratoria di nullità della pattuizione contraria (v. art. 3, commi 5 e 6).

Il principio dell'equo compenso nel Codice dei contratti pubblici

Nel frattempo, in data 1° aprile 2023, è entrato in vigore il nuovo Codice dei contratti pubblici, il cui art. 8, al comma 2, stabilisce che "Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione" e che, al di fuori dei predetti casi, l'Amministrazione "garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso" (10).
La Relazione illustrativa riconduce la previsione in esame al criterio direttivo contenuto nell'art. 1, comma 2, lett. l), L. delega 21 giugno 2022, n. 78 e precisa che il divieto è stato inteso "in senso letterale e, quindi, riferito solo alle 'prestazioni d'opera intellettuale' di cui agli artt. 2229 e seguenti del codice civile, per le quali deve operare la regola dell'equo compenso ai sensi dell'art. 2233 c.c.", ribadendo, per il resto, la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la P.A. che non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali, anche per escludere profili "di dubbia compatibilità costituzionale e di dichiarata incompatibilità con il diritto dell'Unione (vedi sentenza Corte di Giustizia 10 settembre 2020, n. 367 (...)" (11).
Se l'intenzione del legislatore era quella di "chiudere il cerchio di una *quaestio* davvero *vexata*" (12), la formulazione dell'art. 8, comma 2, D.Lgs. n. 36/2023 non sembra aver sortito l'effetto sperato, come dimostra il vivace dibattito che si è sviluppato sul tema.
In particolare, la possibilità di derogare alla disposizione in esame in un numero indefinito di casi, connotati solamente dal carattere eccezionale, ha ingenerato diversi dubbi sull'effettiva portata del principio dell'equo compenso nell'ambito dei contratti pubblici, anche rispetto alla sanzione di nullità comminata per i compensi inferiori agli importi stabiliti dai parametri professionali.
Al tempo stesso, anche il rinvio effettuato dalla Relazione illustrativa all'art. 2229 c.c. ha destato qualche perplessità, perché, nel richiamare un incarico "personale", rischia di prestarsi a interpretazioni eccessivamente restrittive che ne limiterebbero la portata alle sole prestazioni di natura intellettuale rese in favore della P.A. dal singolo professionista, privo di un'articolata organizzazione di mezzi e risorse, in spregio al principio di non discriminazione tra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica

(8) Cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. III, 5 aprile 2024, n. 3176, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(9) Così A. Buratti - A. Zoppo, *L'equo compenso delle prestazioni professionali tra diritto soggettivo e interesse di categoria*, in *Federalismi.it*, 2024, 2, 20.

(10) Per un commento si vedano F. Cortese, *Art. 8*, in R. Villata - M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Pisa, 2024, 40 ss.; F. Tigano, *Art. 8*, in A. Botto - S. Castrovinci Zenna (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, 81 ss.; D. Dimatteo - M. Protto, *Art. 8*, in F. Caringella (diretto da), *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, 47 ss.; B. Giliberti, *Art. 8*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2023, 67 ss.

(11) Relazione illustrativa allo "Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante 'Delega al Governo in materia di contratti pubblici'", Roma, 7 dicembre 2022, p. 23, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(12) Così F. Tigano, *op. cit.*, 95.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

assunta, codificato nell'art. 66, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

Non da ultimo (e in termini più generali), si sono registrate alcune titubanze nel coordinamento tra i due testi normativi, apparentemente orientati in senso diametralmente opposto: l'uno (il D.Lgs. n. 36/2023) rivolto a salvaguardare la competizione concorrenziale tipica delle procedure di gara; l'altro (la L. n. 49/2023) orientato alla definizione di parametri inderogabili, finalizzati a stabilire una correlazione proporzionale tra la quantità e la qualità del lavoro svolto e il compenso da riconoscere al professionista.

Tali incertezze hanno impattato anche sulle decisioni delle stazioni appaltanti, chiamate ad applicare le disposizioni sopra richiamate, insieme alla previsione contenuta nell'art. 41, comma 15, primo periodo, D.Lgs. n. 36/2023, secondo cui i "corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica ed esecutiva di lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alla direzione dei lavori, alla direzione di esecuzione, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, al collaudo, agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici" (13) sono determinati ai sensi dell'allegato I.13, il cui art. 1 espressamente rinvia ai parametri contenuti nel D.M. 17 giugno 2016.

Senonché, è lo stesso D.M. a precisare, all'art. 1, comma 2, che "il corrispettivo è costituito dal compenso e dalle spese ed oneri accessori (...)" e che i corrispettivi "possono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, ove motivatamente ritenuti adeguati, quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo dell'affidamento" (comma 3), con una formulazione che appare lontana dall'individuazione di una "tariffa" applicabile a pena di nullità.

L'art. 41, comma 15, cit., viceversa, stabilisce, al secondo periodo, che i corrispettivi così determinati "sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento", discostandosi, in tal modo, non solo dal richiamato art. 1, comma 3, D.M. 17 giugno 2016, ma anche dal previgente art. 24, comma 8, secondo periodo, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui "I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento".

Si è, così, sostenuto che non troverebbe più applicazione - in ragione della mancata riproposizione della locuzione "quale criterio o base di riferimento" - l'orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza del D.Lgs. n. 50/2016, secondo cui, se "non vi è dubbio che il legislatore abbia inteso fare delle tabelle ministeriali il punto di partenza di ogni determinazione sui corrispettivi dovuti ai professionisti (cfr. Cons. Stato, comm. speciale, parere, 30 marzo 2017, n. 782), evitando così che le stazioni appaltanti possano procedere a determinazioni dei corrispettivi professionali in via forfettaria", "da ciò non può ricavarsi un divieto imperativo di non discostarsi dalle tabelle ministeriali. Ben può applicarsi quivi il principio per cui *in claris non fit interpretatio*: la disposizione è chiara nell'imporre alle stazioni appaltanti di utilizzare i corrispettivi previsti dalle tabelle ministeriali solo quale parametro iniziale del calcolo del compenso da porre a base di gara, con possibilità di apportare riduzioni percentuali giustificate dalle ragioni che esse potranno discrezionalmente sviluppare (...). In sostanza, il dato normativo inclina nel senso di escludere che i corrispettivi posti dalle tabelle ministeriali costituiscano 'minimi tariffari inderogabili'" (14).

(13) Per un commento si vedano S. Zanardi - F. Calabrese - M. Scorrano, *Art. 41*, in A. Botto - S. Castrovinci Zenna (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, 429 ss. Gli Autori ritengono inammissibile far valere nel caso di specie il principio di cui all'art. 15 delle c.d. preleggi, in base al quale le leggi sono abrogate per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti, visto il disposto di cui all'art. 227, D.Lgs. n. 36/2023 (cfr. p. 430).

Aderisce a una ricostruzione opposta F. Botteon, *Legge 49/23 sull'equo compenso vs. codice dei contratti: l'impatto (effettivo) della sentenza CGUE 25 gennaio 2024 n. 438/22 (nonché dello schema di disciplinare tipo sui servizi tecnici messo in consultazione dall'ANAC il 24.1.2024)*, in *LexItalia.it*, 12 febbraio 2024; Id., *L'equo compenso nei servizi tecnici affidati dalla pubblica amministrazione e l'individuazione del diritto vigente: entrata in vigore o efficacia del codice?*, in *LexItalia.it*, 20 ottobre 2023, secondo cui "la legge 'posteriore' è, agli effetti dell'art. 15 delle preleggi, alla luce del comma 2 dell'art. 229, d.lgs. 36, quella del codice dei contratti. È pacifico, invero, che prima del 1° luglio 2023, il codice dei contratti non ha prodotto alcun effetto, in nessuna norma. (...) Tutto quello che ordinariamente produce l''entrata in vigore' è ricollegabile, con riguardo alla disciplina concreta e sostanziale del d.lgs. 36, all'efficacia delle relative norme e non alla 'formale', lessicale 'entrata in vigore'. (...) Ne consegue che tutta la normativa del nuovo codice deve ritenersi vigente, anche nella parte del compenso per servizi tecnici, e deve considerarsi abrogata la normativa, pur entrata in vigore e penetrata (provvisoriamente) nel mondo del 'pubblico' (v. art. 3), della l. 49.".

(14) Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

L'incertezza normativa rilevata dall'ANAC

La complessità della questione è stata colta sin da subito dall'ANAC.

Secondo l'Autorità, in particolare, i dubbi interpretativi derivanti dal mancato coordinamento tra i due plessi normativi di rango primario si riferiscono alle modalità di applicazione del principio dell'equo compenso agli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura e alla valenza da attribuire alle tabelle dei corrispettivi contenute nel D.M. 17 giugno 2016 e richiamate nell'allegato I.13 al D.Lgs. n. 36/2023.

Per questa ragione, l'*Authority*, con atto del Presidente del 27 giugno 2023 (15), dopo aver dato atto della sussistenza di due problematiche, legate - l'una - alla necessità di valutare se il legislatore abbia reintrodotto, con la L. n. 49/2023, i c.d. parametri professionali minimi e - l'altra - all'esigenza di comprendere quale possa essere il ribasso massimo che consente di ritenere equo il compenso nell'ambito delle procedure per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, ha ritenuto opportuno rimettere la questione alla Cabina di regia per il codice dei contratti pubblici, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, anche al fine di evitare "pareri difformi e contenzioso".

Nel frattempo, l'Autorità, nel parere di precontenzioso n. 343 del 20 luglio 2023 (16), si è espressa nei termini che seguono: i) le tariffe stabilite dal D.M. 17 giugno 2016 non possono più costituire una semplice base di riferimento per l'individuazione dell'importo da porre a base di gara, da cui le stazioni appaltanti possono discostarsi con adeguata motivazione (cfr. art. 24, comma 8, secondo periodo, D.Lgs. n. 50/2016), ma "assurgono a parametro vincolante e inderogabile per la determinazione dei corrispettivi negli appalti di servizi di ingegneria e architettura"; ii) ciò determina, da un lato, l'impossibilità di corrispondere un compenso inferiore rispetto ai suddetti parametri e, dall'altro, l'inutilizzabilità dei criteri di aggiudicazione del minor prezzo e dell'offerta economicamente più vantaggiosa; iii) sembra potersi ipotizzare che le procedure di gara aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi tecnici debbano essere costruite come gare "a prezzo fisso", con competizione limitata alla sola componente qualitativa, dal momento che, diversamente opinando, non si spiegherebbero né la previsione della nullità (rilevabile anche d'ufficio) della clausola che fissi un compenso inferiore a quello stabilito dal decreto ministeriale di riferimento, né l'abrogazione - ad opera dell'art. 12, L. n. 49/2023 - dell'art. 2, comma 1, lett. a), D.L. n. 223/2006, che aveva, a sua volta, abrogato le disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali, l'obbligatorietà delle tariffe fisse o minime.

La questione - già segnalata alla Cabina di regia, al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per conoscenza, anche al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) in data 7 luglio 2023 - è poi stata ulteriormente approfondita nella comunicazione del 25 ottobre 2023 (17) e nella nota del 17 gennaio 2024 (18).

Nei documenti in esame è stato rappresentato che, mentre la L. n. 49/2023 sembrerebbe attribuire agli importi calcolati ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 carattere inderogabile, con la conseguenza che non sarebbero ammesse né riduzioni dell'importo da porre a base di gara, né ribassi inferiori al minimo tariffario, il Codice dei contratti pubblici, di contro, precisa che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano i corrispettivi così determinati quale parametro di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento, che - di norma - è soggetto a ribasso.

Da qui la necessità di un intervento preordinato a risolvere le criticità interpretative riscontrate.

Il successivo 22 gennaio 2024, l'ANAC, nel porre in consultazione il Bando tipo n. 2/2023 (19) - alla cui redazione hanno partecipato, nell'ambito di un tavolo tecnico appositamente istituito, stazioni appaltanti particolarmente qualificate e associazioni di operatori del settore (20) - ha ricordato che all'affidatario non possono essere richieste né prestazioni

(15) ANAC, Atto del Presidente del 27 giugno 2023 (fasc. n. 2987/2023), recante "Criticità attinenti al coordinamento tra la disciplina del c.d. equo compenso e il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", in *https://www.anticorruzione.it/*.
Le problematiche segnalate nell'atto in esame sono, poi, confluite anche nel documento denominato "Criticità e segnalazioni in materia di contratti pubblici", pubblicato sul sito istituzionale dell'ANAC in data 27 luglio 2024 e rettificato il successivo 2 agosto. Cfr. Sezione I "Modifiche sostanziali", p. 2, *sub* punto 8 "Art. 41, comma 15, Livelli e contenuti della progettazione e Allegato I.13", in *https://www.anticorruzione.it/*.

(16) ANAC, Delibera n. 343 del 20 luglio 2023 (UPREC/PRE/617/2023/S/PREC), in *https://www.anticorruzione.it/*.

(17) ANAC, Comunicazione del Presidente del 25 ottobre 2023 (fasc. n. 4146/2023), in *https://www.anticorruzione.it/*.

(18) ANAC, Nota a firma del Presidente del 17 gennaio 2024 (fasc. n. 4009/2023), in *https://www.anticorruzione.it/*.

(19) Bando tipo n. 2/2023, recante "Schema di disciplinare di gara. Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo", in *https://www.anticorruzione.it/*.

(20) Così ANAC, Relazione annuale 2023, Roma, 14 maggio 2024, p. 179, in *https://www.anticorruzione.it/*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gratuite, né prestazioni ulteriori rispetto a quelle considerate ai fini della determinazione dell'importo da porre a base di gara. Ciò "Al fine di garantire il principio dell'equo compenso e a salvaguardia della qualità della prestazione".

L'Autorità, inoltre, in corrispondenza del par. 17, rubricato "Offerta economica", ha riportato tre differenti opzioni regolatorie (tutte astrattamente percorribili), riferite alle possibili modalità applicative della normativa sull'equo compenso alle procedure di evidenza pubblica, rinviando la scelta definitiva sull'opzione da inserire nel Bando tipo all'esito della consultazione con gli *stakeholder*, in modo da raccogliere osservazioni e contributi utili.

Tali opzioni consistono, in particolare: i) nella scelta del criterio basato sul prezzo fisso *ex* art. 108, comma 5, D.Lgs. n. 36/2023 (21), con confronto sui soli aspetti di natura qualitativa ed, eventualmente, sull'elemento temporale mediante la presentazione della c.d. offerta tempo (c.d. opzione 1); ii) nella facoltà di ammettere il ribasso sulle sole spese generali (c.d. opzione 2), non senza il rischio che i concorrenti più strutturati offrano il massimo ribasso praticabile, assestandosi così su una quota fissa, e che gli offerenti di piccole dimensioni si trovino costretti ad offrire un ribasso inferiore, non riuscendo ad assorbire e, dunque, ad abbattere i costi; iii) nell'escludere l'applicabilità della disciplina dell'equo compenso in presenza di appalti di servizi - come quelli in esame - che si contraddistinguono, da un lato, per un'articolata organizzazione dei mezzi e delle risorse funzionali a una corretta e puntuale esecuzione, con assunzione del relativo rischio imprenditoriale e, dall'altro, per la presentazione di offerte libere e adeguatamente ponderate, oltre che soggette, in caso di ribassi eccessivi, al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, con conseguente ribassabilità dell'intero importo posto a base di gara (c.d. opzione 3) (22).

Se nel Bando tipo n. 2/2023 l'ANAC ha optato per l'inserimento, in via provvisoria, della c.d. opzione 2 - definita nell'ambito della Relazione annuale quale "soluzione interpretativa di segno intermedio" (23) -, nella nota del 19 aprile 2024 (24), trasmessa, oltre che alla Cabina di regia, al MIT e al Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), l'*Authority* ha anticipato la propria preferenza per l'opzione 3, ritenuta più "adeguata" in ragione di tutta una serie di argomentazioni (connesse all'applicazione di specifici meccanismi in grado di scongiurare la presentazione di offerte eccessivamente basse e, quindi, non sostenibili), poi riprese e fatte proprie dall'orientamento cui ha aderito la sentenza in rassegna.

I primi approdi giurisprudenziali

Se l'ANAC, come visto, nel primo anno di applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, ha di fatto aderito, in momenti differenti, a tutte e tre le opzioni illustrate nel Bando tipo n. 2/2023 (attualmente in fase di approvazione), optando, in prima battuta, per l'indizione di gare a prezzo fisso, per poi "virare" sul ribasso delle sole spese generali e, da ultimo, sul ribasso dell'intero importo posto a base di gara, in giurisprudenza si registrano due orientamenti contrapposti.

Secondo un primo filone interpretativo, inaugurato dalla III Sezione del T.A.R. Veneto con la sentenza n.

(21) Sull'art. 108, comma 5, D.Lgs. n. 36/2023 si vedano C. Catarisano, *Art. 108*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2023, 829 ss., che evidenzia come il criterio del prezzo fisso "più che un criterio autonomo (...) sembra rappresentare una sorta di aggregato (o *species*) del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"; M. Giustiniani, *Art. 108*, in F. Caringella (diretto da), *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, 758 ss., secondo il quale "(...) è bene precisare che la valutazione dei soli elementi qualitativi non costituisce un *tertium genus* rispetto ai criteri del prezzo più basso e del miglior rapporto qualità/prezzo, costituendo piuttosto una specifica modalità applicativa di quest'ultimo, in cui per individuare tale miglior rapporto uno dei due elementi rappresenta una costante, mentre l'altro è una variabile rimessa agli operatori economici offerenti".

Analoga posizione è stata assunta dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento al previgente art. 95, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016. Così T.A.R. Toscana, Sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(22) Sull'impiego, in concreto, della c.d. opzione 3 l'ANAC si è soffermata nella Delibera n. 101 del 28 febbraio 2024 (UPREC/PRE/0016/2024/S/PREC), in *https://www.anticorruzione.it/*, affermando che: i) "in presenza di un quadro normativo poco chiaro, la stazione appaltante ha legittimamente esercitato la sua discrezionalità in coerenza con i principi che regolano l'evidenza pubblica, come positivizzati negli artt. 1, 2 e 3 d.lgs. 36/2023"; ii) "l'evidenziata incertezza circa le modalità applicative della normativa sull'equo compenso nelle procedure dirette all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura (...) unitamente ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento e al principio dell'autovincolo impediscono che possa operare, nel caso di specie, l'eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, si commini a carico dei partecipanti una sanzione espulsiva per aver presentato un'offerta che, perfettamente aderente ai contenuti della *lex specialis*, risulti non conforme alla L. n. 49/2023".

(23) ANAC, Relazione annuale 2023, cit., p. 180.

(24) ANAC, Nota del Presidente del 19 aprile 2024, recante "Problematiche applicative del nuovo codice dei contratti pubblici in materia di servizi di ingegneria e architettura", in *https://www.anticorruzione.it/*.

Le preoccupazioni espresse nella predetta nota sono, poi, state riproposte nel Parere in funzione consultiva n. 40 del 30 luglio 2024 (UPREC-CONS- 0099-2024-FC; FUNZ CONS 40/2024), in *https://www.anticorruzione.it/*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

632 del 3 aprile 2024 (25) - riferita a una fattispecie disciplinata, *ratione temporis*, dal D.Lgs. n. 50/2016 - non sussiste alcuna antinomia in concreto tra la legge sull'equo compenso e la disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici (26).

Al contrario, l'interpretazione letterale e teleologica della L. n. 49/2023 "depone in maniera inequivoca per la sua applicabilità alla materia dei contratti pubblici", atteso che, diversamente opinando, l'intervento normativo in questione risulterebbe privo di reale efficacia in un mercato, quale quello delle prestazioni d'opera intellettuale rese a favore della pubblica Amministrazione, che rappresenta, nelle dinamiche attuali, una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi.

L'applicazione del principio dell'equo compenso consente, poi, di continuare ad aggiudicare i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a euro 140.000,00 sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (c.d. OEPV), individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Il compenso del professionista rappresenta, infatti, soltanto una delle voci di "prezzo" utilizzate dalla stazione appaltante per determinare l'importo da porre a base di gara, alla quale si affiancano altre componenti, relative alle spese e agli oneri accessori e, in taluni casi, a un eventuale *extra* compenso, la cui previsione può giustificarsi in ragione della complessità dell'intervento.

In quest'ottica, il compenso determinato applicando il D.M. 17 giugno 2016 "è da qualificare anche come compenso equo" ai sensi dell'art. 1, lett. b), L. n. 49/2023.

Ne deriva che: i) il compenso così determinato, essendo un compenso equo, non è ribassabile dall'operatore economico, pena la conclusione di un contratto pubblico gravato da una nullità di protezione per contrasto con una norma imperativa; ii) l'operatività del criterio dell'OEPV è fatta salva in ragione della libertà, riconosciuta ai concorrenti, di formulare la propria offerta economica, ribassando le voci estranee al compenso e confrontandosi "ancor di più, sul profilo qualitativo e tecnico dell'offerta", con effetti pro-concorrenziali a favore del piccolo operatore economico, che sarà incentivato a partecipare alla competizione nella consapevolezza di non trovarsi a competere sulla voce "compensi" con le grandi strutture, che, in ragione della loro stessa natura, possono essere maggiormente competitive su tale componente del prezzo, riuscendo a conservare un margine di utile rilevante.

Secondo l'orientamento in esame, la ricostruzione che precede, oltre a garantire un'applicazione coerente e coordinata dei due testi normativi, tutela anche la libertà di stabilimento *ex* art. 49 TFUE e il diritto di prestare i servizi in regime di concorrenzialità ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Il divieto di ribassare il compenso consente, in particolare, agli offerenti di conseguire - da un lato - un corrispettivo equo e proporzionato e finanche superiore a quello che sarebbero stati disposti ad accettare per aggiudicarsi la commessa anche da un contraente forte, quale è l'Amministrazione, e anche a prescindere dalla loro nazionalità/provenienza e di avvantaggiarsi - dall'altro - della loro organizzazione d'impresa nell'ambito del confronto competitivo sulle componenti accessorie del prezzo, fermo restando il dovere della P.A. di sottoporre a verifica di anomalia quelle offerte non serie o che, per la consistenza del ribasso offerto, possano apparire in buona sostanza abusive, "ossia volte ad ottenere un vantaggio indebito traslando su voci accessorie il ribasso economico che, in mancanza della l. n. 49/2023, sarebbe stato offerto sui compensi".

Ne segue che, nel caso in cui il bando di gara non preveda espressamente l'applicazione della

(25) T.A.R. Veneto, Sez. III, 3 aprile 2024, n. 632, in *www.giustizia-amministrativa.it*, oltre che in *Appalti&Contratti*, 22 aprile 2024, con commento critico di M. Di Michele, *Nelle gare per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura la legge sull'equo compenso non consente di formulare ribassi sui compensi professionali* e in *Riv. dir. ec. com.*, 2024, 2, 205 ss., con nota di J. Domanico, *Il rapporto tra la disciplina dell'equo compenso ed il codice dei contratti pubblici (Nota a Tar Veneto, Venezia, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632)*.

Ulteriori profili di criticità sono evidenziati da F. Botteon, *L'equo compenso della l. 49/23 a confronto con il d.lgs. 50/16 e con il d.lgs. 36/23*, in *LexItalia.it*, 8 aprile 2024.

La pronuncia risulta, nel momento in cui si scrive, *sub iudice*. L'appello (NRG 5709/2024), depositato in data 12 luglio 2024, è stato assegnato alla III Sezione del Consiglio di Stato. L'udienza di discussione è fissata per il 28 novembre 2024.

(26) Secondo R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015, 340 ss., "Antinomie si chiamano, con parola d'origine greca, i contrasti tra norme. Si ha antinomia quando le disposizioni esprimono significati tra loro incompatibili, ossia norme che qualificano lo stesso comportamento in modi contrastanti (...). È compito dell'interprete risolvere le antinomie, individuando la norma applicabile al caso concreto. Talvolta ciò è possibile con gli strumenti dell'interpretazione, ossia attribuendo alle disposizioni un significato che le renda reciprocamente compatibili (è la c.d. interpretazione sistematica). Ma talvolta il testo delle disposizioni non consente di ricavarne norme coerenti. Allora bisogna scegliere. I criteri elaborati dalla scienza giuridica per scegliere la norma da applicare in caso di antinomia sono stati spesso codificati nelle leggi (...). Ma si può tranquillamente dire che i criteri di soluzione delle antinomie sono impliciti nell'ordinamento". Tra i criteri si ricordano il criterio cronologico, il criterio gerarchico, il criterio della specialità e quello della competenza.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

legge sull'equo compenso e non precluda la formulazione di offerte economiche al ribasso sulla componente "compenso", la disciplina di gara deve ritenersi eterointegrata dalle norme imperative (*i.e.* artt. 1, 2 e 3) contenute nella L. n. 49/2023, sia a tutela dell'affidamento degli operatori economici sul legittimo esercizio dell'azione amministrativa, sia per scongiurare una "pericolosa eterogenesi dei fini" (27).

Il professionista potrebbe, infatti, farsi "tentare" dall'idea di abusare della nullità relativa o di protezione prevista dall'art. 3, commi 1, 4 e 5, L. n. 49/2023, presentando consapevolmente un'offerta inferiore ai minimi tariffari per conseguire l'aggiudicazione, per poi - a contratto concluso - far valere la nullità parziale con l'intento di attivare il meccanismo disciplinato dall'art. 3, comma 6, con conseguente rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività prestata e con altrettanto consequenziale "aggiramento del principio di tendenziale immutabilità dell'offerta anche in sede di esecuzione del contratto pubblico".

Senonché, poiché nel contesto delle procedure di evidenza pubblica la violazione della normativa sull'equo compenso non è imposta dall'Amministrazione, ma dipende da una scelta volontaria dell'operatore economico, la natura relativa della nullità di protezione non può assumere alcun rilievo, atteso che il carattere imperativo della norma impone di escludere le offerte che contrastano con essa.

Ulteriori argomentazioni, a sostegno della tesi esposta, si ricavano dalla pronuncia del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V-*ter*, 30 aprile 2024, n. 8580 (28).

Il Collegio capitolino ha integrato i ragionamenti sin qui sintetizzati, osservando che: i) la L. n. 49/2023, oltre a perseguire obiettivi di protezione del professionista, contribuisce - analogamente al giudizio di anomalia dell'offerta - ad evitare che il confronto competitivo comprometta gli *standard* professionali e la qualità dei servizi da rendere a favore della P.A.; ii) imporre il rispetto delle disposizioni in materia di equo compenso soltanto per le prestazioni rese dal professionista che partecipi *uti singoli* significa concretizzare un'inammissibile disparità di trattamento tra quest'ultimo e i professionisti che concorrono in forma associata o societaria (29).

Ha aderito all'orientamento in esame, ritenendolo "preferibile", anche il T.R.G.A. Bolzano, con le sentenze n. 230 e n. 231 del 9 ottobre 2024 (30).

Si inserisce parimenti nel solco di questo indirizzo interpretativo anche la recente pronuncia del T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 8 ottobre 2024, n. 3319 (31), chiamata a pronunciarsi sulla differente questione dell'ammissibilità di un ribasso del 100% praticato sulla voce "Spese e oneri accessori", l'unica, per l'appunto, ribassabile in base alla disciplina di gara (32).

Ad avviso del Collegio, un ribasso di questa entità risulta ammissibile: non si riscontra, infatti, "alcun vincolo normativo che potesse impedire al concorrente di effettuare un ribasso del 100% sulla voce

(27) Affronta la tematica da una diversa angolazione S. Vinti, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2020, 12, 252 ss.

(28) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V-*ter*, 30 aprile 2024, n. 8580, in *www.giustizia-amministrativa.it*, oltre che in *Giustamm*, 2024, 6, con commento di M. Marchitelli, *La legge sull'equo compenso si applica agli appalti pubblici* e in *Giustizia Insieme*, 3 luglio 2024, con nota di G. La Rosa, *Nelle gare pubbliche per servizi di ingegneria e architettura il compenso deve sempre essere equo (nota a T.A.R. Veneto, sez. III, 03 aprile 2024, n. 632 e T.A.R. Lazio Roma, sez. V* ter*, 30 aprile 2024, n. 8580)*.

La sentenza risulta commentata anche in questa *Rivista*, 2024, 5, 680 ss., da A. Licci Marini, *Profili di compatibilità della disciplina dell'equo compenso con la normativa sui contratti pubblici*.

Anche tale pronuncia, nel momento in cui si scrive, risulta *sub iudice*. L'appello (NRG 4562/2024), depositato in data 6 giugno 2024, è stato assegnato alla V Sezione del Consiglio di Stato. L'udienza pubblica è fissata per il prossimo 17 dicembre.

(29) Il medesimo rilievo si ritrova in V. Bello - M. Gallo, *Art. 8*, in *Codice amministrativo annotato con la giurisprudenza 2024-2025*, Molfetta, 2024, 1335 ss.

(30) T.R.G.A. Bolzano, Sez. I, 9 ottobre 2024, n. 230 e T.R.G.A. Bolzano, Sez. I, 9 ottobre 2024, n. 231, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Cfr., altresì, la circ. n. 8 del 15 ottobre 2024 della Provincia Autonoma di Bolzano, Segreteria generale, Dipartimento Autonomia, Comuni, Affari istituzionali e legislativi, rubricata "Equo compenso - Indicazioni sull'applicabilità della legge n. 49/2023 agli appalti di servizi di architettura e ingegneria".

In dottrina, ha ritenuto percorribile la possibilità di praticare uno sconto da far ricadere solo sull'importo relativo alle spese e agli oneri accessori M. Agliata, *I nuovi riferimenti normativi per la redazione delle parcelle dei servizi di ingegneria e architettura, l'equo compenso*, in *Riv. trim. app.*, 2024, 1, 58 ss.

(31) T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 8 ottobre 2024, n. 3319, in *www.giustizia-amministrativa.it*, oltre che in *Appalti&Contratti*, 29 ottobre 2024, con commento critico di R. Mangani, *L'equo compenso e i contratti pubblici - Tar Sicilia, Sez. II, 8 ottobre 2024, n. 3319*.

(32) La questione è stata affrontata - seppur dalla diversa angolazione della "necessaria verifica del complesso delle spiegazioni contenute (...) nelle relazioni di giustificazione depositate in gara (...) al fine di acclarare se, da un'analisi ragionata e complessiva delle stesse, le giustificazioni offerte dal R.T.P. in ordine alle ragioni che lo avevano condotto ad applicare una percentuale talmente significativa di ribasso sulla componente 'spese generali' (ossia azzerandole nella totalità) fossero realmente compatibili con la presentazione di un'offerta effettivamente congrua, seria, sostenibile e realizzabile, come peraltro previsto dall'art. 110, comma 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, ossia, in ultima analisi, ad un'offerta rispettosa delle previsioni di gara in tema di ribasso e, nel contempo, credibile" - anche dalla pronuncia del T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 24 ottobre 2024, n. 632, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ulteriore, che la stazione appaltante ha formalmente denominato 'spese e oneri accessori', senza però che tale denominazione dimostri che l'importo relativo a tali accessori fosse effettivamente imprescindibile ai fini della determinazione di un compenso equo secondo la disciplina normativa, anche perché, se così fosse, su tale voce nessun concorrente avrebbe potuto praticare alcun ribasso, pena la nullità dell'offerta. Al riguardo, può anche essere utile osservare che lo stesso raggruppamento ricorrente ha presentato un'offerta economica con un ribasso assai consistente (pari, cioè, al 65%) e che gli ulteriori partecipanti alla procedura hanno offerto ribassi nella misura del 99,9%, dell'83,45% e del 35%".

Quest'opzione ricostruttiva è stata condivisa anche dal T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, che, nella sentenza n. 20274 del 14 novembre 2024 (33), ha evidenziato come "l'offerta in questione si è attenuta alle indicazioni della stazione appaltante sulle somme ribassabili, avendo operato il ribasso sulle c.d. voci accessorie e non sul compenso, mentre la stazione appaltante non ha dimostrato che questo ribasso intaccasse l'equo compenso".

Viceversa, secondo un differente orientamento pretorio, riconducibile alle pronunce del T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 16 luglio 2024, n. 1494 (34) e del TA.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 luglio 2024, n. 483 (35), non va esclusa in radice la possibilità di ribassare i compensi professionali, considerato che il Codice dei contratti pubblici appresta meccanismi idonei a evitare che le prestazioni professionali siano rese a prezzi incongrui o non sostenibili, consentendo, nel contempo, alle Amministrazioni di aggiudicare i contratti a prezzi maggiormente competitivi.

I citati meccanismi consistono: i) nel subprocedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, quale sede in cui misurare l'incidenza in concreto del ribasso offerto sul "compenso" sulla serietà dell'offerta e, al tempo stesso, sulle soglie "minime" stabilite dai pertinenti decreti ministeriali (36); ii) nella facoltà - riconosciuta alle stazioni appaltanti - di ponderare i punteggi da assegnare nella valutazione degli elementi qualitativi (offerta tecnica) e quantitativi (offerta economica); iii) nella possibilità di utilizzare formule di attribuzione dei punteggi volte a disincentivare la formulazione di ribassi eccessivi.

Inoltre, la L. n. 49/2023 - il cui art. 3, comma 3, fa comunque salve dalla sanzione della nullità "le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea" - ha un ambito di applicazione circoscritto ai rapporti professionali aventi ad oggetto una prestazione d'opera intellettuale *ex* art. 2230 c.c. (cfr. art. 2, comma 1) e, più in generale, a tutti quei rapporti caratterizzati dalla posizione dominante del committente, mentre i contratti che hanno ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura vengono tradizionalmente ricondotti ai contratti d'appalto.

Peraltro, la concorrenza sul prezzo in ogni suo elemento rappresenta un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali, ragion per cui "l'eventuale limitazione alle sole spese generali o all'elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all'ingresso per gli operatori più giovani, meno strutturati e di minore esperienza".

L'opzione individuata consentirebbe poi di evitare, da un lato, nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, in conformità con quanto prescritto dall'art. 13, L. n. 49/2023, e di mantenere invariato il quadro economico e finanziario della programmazione riferita agli investimenti connessi con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e, dall'altro, di scongiurare modifiche dei quadri economici degli interventi (con annesso pregiudizio per la capacità di spesa futura delle singole Amministrazioni) per effetto di eventuali pronunce di accoglimento del giudice ordinario, investito della questione inerente alla rideterminazione del compenso *ex* art. 3, comma 6, della citata L. n. 49/2023.

Ne segue che "l'illustrata specialità del sistema dei contratti pubblici, che risponde ad una sua immanente logica proconcorrenziale, per certi versi antagonista rispetto all'irrigidimento tabellare di singole voci di offerta, impedisce (...) di cristallizzare i compensi professionali tramite la propugnata eterointegrazione automatica delle disposizioni della l. n. 49/2023; e induce, piuttosto, a considerare queste ultime

(33) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 14 novembre 2024, n. 20274, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(34) T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 16 luglio 2024, n. 1494, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(35) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 luglio 2024, n. 483, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(36) Per un'applicazione pratica del principio si rinvia a T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 28 ottobre 2024, n. 642, in *www.giustizia-amministrativa.it*, oltre che in *Appalti&Contratti*, 4 novembre 2024, con commento di B. Armeli, *La sostenibilità del ribasso applicato nella verifica di anomalia*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

a guisa di principi direttivi cui la stazione appaltante deve indefettibilmente improntare la propria valutazione di congruità dell'offerta provvisoriamente aggiudicataria".

Le prospettive *de iure condendo*

In vista dell'adozione del decreto correttivo *ex* art. 1, comma 4, settimo periodo, L. n. 78/2022, pare utile tentare di ricomporre il "quadro" che sta emergendo dai principali tavoli di lavoro.

L'esame dei documenti acquisiti nel corso delle audizioni informali svoltesi presso la Camera dei Deputati (VIII Commissione Ambiente, territorio e lavori pubblici) nell'ambito della discussione congiunta delle risoluzioni 7-00220 Mazzetti (37), 7-00229 Manes (38), 7-00234 Santillo (39), 7-00247 Milani (40) e 7-00250 Bonelli (41) conferma la contrapposizione ricostruita nei paragrafi che precedono.

Confindustria ha chiesto di "chiarire che l'ambito di applicazione della L. n. 49/2023 è estraneo a quello del Codice dei contratti pubblici e ai rapporti fra prestatori di servizi e stazioni appaltanti, fermo restando che l'equo compenso viene richiamato dal nuovo Codice come elemento che la stazione appaltante deve considerare nello svolgimento della propria attività" (42).

Autostrade per l'Italia - che propende anch'essa per l'esclusione dell'applicabilità della L. n. 49/2023 all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura - ha evidenziato le possibili ricadute sui quadri economici degli interventi e sulla spesa pubblica (43).

Rete Ferroviaria Italiana (RFI) ha proposto di chiarire che l'equo compenso non si applica all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, "anche nell'ambito di un appalto integrato" (44).

L'Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica (OICE) si è, invece, pronunciata a favore dell'applicabilità delle disposizioni contenute nella L. n. 49/2023 "ai soli affidamenti diretti, dove il prezzo non è determinato dal mercato, ma da una trattativa diretta con l'operatore economico", che assume la veste di contraente debole; di contro, in relazione agli affidamenti di importo pari o superiore a euro 140.000,00 il principio dell'equo compenso diviene parametro di riferimento nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, dovendo optarsi per: i) l'applicazione di formule che disincentivino la presentazione di ribassi eccessivi; ii) l'introduzione di un tetto (nel limite del 20%) al punteggio massimo che può essere assegnato all'offerta economica; iii) la previsione di una soglia di sbarramento per le offerte tecniche; iv) l'inserimento di clausole revisionali con cadenza annuale (45).

Si sono, al contrario, dichiarati a favore della ribassabilità delle sole componenti accessorie del prezzo (*i.e.* spese e oneri) il Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC) (46), che ha proposto di attribuire al ribasso percentuale un peso "da 0 a 10" e di utilizzare la formula bilineare, Confprofessioni (47) e il Consiglio Nazionale degli Ingegneri (48).

Sull'argomento, nel corso delle sedute del 26 marzo 2024 (49) e del 28 maggio 2024 (50) sono state poste al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti due interrogazioni a risposta immediata.

(37) Risoluzione in commissione 7/00220 presentata da Erica Mazzetti il 3 maggio 2024 nella seduta n. 286 e assegnata alla VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici).

(38) Risoluzione in commissione 7/00229 presentata da Franco Manes l'11 giugno 2024 nella seduta n. 304 e assegnata alla VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici).

(39) Risoluzione in commissione 7/00234 presentata da Agostino Santillo il 21 giugno 2024 nella seduta n. 311 e assegnata alla VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici).

(40) Risoluzione in commissione 7/00247 presentata da Massimo Milani il 2 agosto 2024 nella seduta n. 339 e assegnata alla VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici).

(41) Risoluzione in commissione 7/00250 presentata da Angelo Bonelli il 10 settembre 2024 nella seduta n. 343, assegnata alla VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici) e abbinata alle risoluzioni 7/00220, 7/00229, 7/00234 e 7/00247 in data 11 settembre 2024.

(42) Confindustria, Audizione parlamentare, 10 settembre 2024, p. 19, *sub* voce "Equo compenso".

(43) Autostrade per l'Italia, *Position Paper* Aspi Correttivo Codice Appalti (D.Lgs. n. 36/2023), p. 4 ss., *sub* voce "Equo compenso".

(44) Rete Ferroviaria Italiana Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane (RFI), Memoria Proposte di modifica al Codice dei contratti pubblici, p. 6, *sub* "Sezione B Disallineamenti testuali", punto 1 "Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8, c. 2)".

(45) Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica (OICE), Audizione, 10 settembre 2024, p. 4, *sub* punto 2.1, voce "Revisione prezzi (art. 60)", e p. 10 ss., *sub* par. 3, voce "Equo compenso (artt. 8 e 108, comma 2)".

(46) Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, Consultazione Camera dei Deputati (Commissione Ambiente), p. 14.

(47) Confprofessioni, Audizione del Presidente, 9 settembre 2024, p. 4 ss., *sub* voce "Equo compenso (art. 8)".

(48) Consiglio Nazionale degli Ingegneri, Audizione del 6 agosto 2024, p. 16 ss., *sub* "Dossier Equo Compenso".

(49) Interrogazione a risposta immediata 5-02200 presentata da Erica Mazzetti il 26 marzo 2024 nella seduta n. 270.

(50) Interrogazione a risposta immediata 5-02430 presentata da Erica Mazzetti il 28 maggio 2024.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A tali interrogazioni il Ministro ha risposto, anticipando, da un lato, l'intenzione di perseguire un "contemperamento tra le esigenze retributive rappresentate dagli ordini professionali (...) e l'effettiva sostenibilità dell'offerta in relazione al complessivo quadro economico dell'affidamento", sulla base dei principi euro-unitari di riferimento (N.d.R. concorrenza e massima partecipazione) (51) e manifestando, dall'altro, la volontà di avviare un confronto con gli enti territoriali e con le associazioni di categoria, per "approfondire tutti gli aspetti tecnici della materia", al fine di adottare "gli opportuni coordinamenti interpretativi tra i due testi normativi" (52).

Nel frattempo, in data 24 settembre si è chiusa la consultazione pubblica avviata dal MIT il 1° luglio u. s. tramite una piattaforma telematica *ad hoc* e il successivo 3 ottobre è stata presentata la risoluzione n. 7-00259 Braga (53), che propone di "confermare espressamente il principio dell'equo compenso delle prestazioni professionali nell'applicazione del codice degli appalti, prevedendo, conseguentemente, l'applicabilità di ribassi solo sulle spese accessorie".

Parallelamente, in data 21 ottobre 2024 il Consiglio dei Ministri ha approvato lo "Schema di decreto legislativo recante 'Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36'" (54), il cui art. 9, rubricato "Modifiche all'articolo 41 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", interviene sul testo del menzionato art. 41, con la soppressione del secondo periodo del comma 15 (art. 9, lett. h) e con l'aggiunta dei nuovi commi 15-*bis*, 15-*ter* e 15-*quater* (art. 9, lett. i).

Le modifiche proposte - che coinvolgono anche l'allegato I.13 e che finiscono col collocarsi su una "quarta via" rispetto alle tre opzioni sino ad oggi indagate - prevedono che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzino i corrispettivi determinati nel rispetto delle previsioni contenute nell'allegato I.13 per l'individuazione dell'importo da porre a base di gara, "comprensivo dei compensi, nonché degli oneri e delle spese accessori, fissi e variabili".

Per i contratti di importo pari o superiore a euro 140.000,00 (art. 108, comma 2, lett. b, D.Lgs. n. 36/2023), da aggiudicare secondo il criterio dell'OEPV, il 65% dell'importo così determinato assume la forma di un prezzo fisso *ex* art. 108, comma 5, D.Lgs. n. 36/2023 e il restante 35% può essere ribassato in sede di offerta, ferma restando, in ogni caso, la previsione di un tetto massimo per il punteggio economico, entro il limite del 30 per cento. Ciò "in attuazione degli articoli 1, comma 2, primo periodo (N.d.R. "La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti") e 8, comma 2, secondo periodo (N.d.R. "Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso")" (comma 15-*bis*).

Di contro, nel caso di affidamento diretto dei servizi di ingegneria e di architettura di importo inferiore a euro 140.000,00 (art. 50, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 36/2023) il corrispettivo determinato ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 può essere ridotto in percentuale non superiore al 20% (v. comma 15-*quater*).

Nella Relazione illustrativa che accompagna il testo sottoposto a parere parlamentare si precisa che "Tenuto conto delle divergenze (...) si è inteso intervenire sulla materia al fine di bilanciare le regole sull'applicabilità del principio dell'equo compenso, inteso, appunto come compenso 'equo' e non 'minimo', inevitabilmente correlato, tuttavia, all'operatività di specifici vincoli connessi al settore dei contratti pubblici, che impongono valutazioni comparative ai fini dell'affidamento di tutti i servizi, compresi quelli connessi alla progettazione, e che richiedono una adeguata ponderazione degli effetti finanziari delle scelte regolatorie". Nell'ottica di un necessario bilanciamento "la soluzione (...) descritta garantisce (...) il principio dell'equa remunerazione del progettista, aprendo al contempo ad una valutazione competitiva tra diverse offerte economiche, al fine, in ogni caso, di valorizzare nell'affidamento quegli operatori economici che propongono migliori condizioni di economicità e qualità del servizio" (55).

(51) Risposta scritta pubblicata mercoledì 27 marzo 2024 nell'allegato al bollettino in Commissione VIII (Ambiente) 5-02200.

(52) Risposta scritta al quesito posto da Erica Mazzetti in data 28 maggio 2024.

(53) Risoluzione in commissione 7/00259 presentata da Chiara Braga il 3 ottobre 2024 nella seduta n. 359 e assegnata alla VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici).

(54) I testi dell'Atto sottoposto a parere parlamentare in data 7 novembre 2024 e della relativa Relazione illustrativa sono consultabili all'indirizzo internet: *https://www.camera.it/*.

Per i primi commenti si vedano: A. Balzano - A. De Stefano, *L'equo compenso tra profili normativi e giurisprudenziali all'alba del Correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Ius Amministrativo L'Amministrativista*, 29 ottobre 2024; R. Mangani, *Equo compenso, nel Correttivo compromesso a rischio contenzioso*, in *Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia*, 24 ottobre 2024; B. Armeli, *L'attuazione del principio dell'equo compenso nello schema di correttivo al Codice*, in *Appalti&Contratti*, 23 ottobre 2024.

(55) Relazione illustrativa al "Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", p. 5 ss., in *https://www.camera.it/*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Una (possibile) chiave di lettura alternativa

La ricostruzione che precede consente di "fissare" tre punti fermi.

La situazione di incertezza e, a tratti, di antagonismo tra interessi che si è registrata rispetto ad alcune tematiche, come quella in esame, non può dirsi nuova per gli "addetti ai lavori", rappresentando la diretta conseguenza di un sistema normativo composito e multilivello, che si fa sempre più complesso e variegato, anche rispetto agli obiettivi (inclusi quelli collaterali (56)) da raggiungere e alle tutele da assicurare (57).

Al tempo stesso, l'idea di uno Stato consumatore (58) in grado di influenzare, con la propria domanda di acquisto, le risposte del mercato e la teorizzazione di un utilizzo strategico del *procurement* pubblico (59) e della c.d. funzione di committenza non possono mandare esenti da responsabilità gli operatori economici, chiamati, a loro volta, ad assumere comportamenti responsabili (anche nella formulazione dei ribassi) in una logica non solo di *fair competition*, ma anche virtuosa, perdipiù in un contesto che vede, nel "principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici" (art. 2, comma 1), uno dei "principi-valori" (60) del nuovo Codice.

Da ultimo, solo una base d'asta congrua (e, dunque, equa e proporzionata), prima, e solamente un prezzo contrattuale congruo (ossia equo e proporzionato), poi, possono garantire il corretto esplicarsi del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9, D.Lgs. n. 36/2023, che presuppone tanto un equilibrio originario del contratto, quanto un equilibrio in divenire, e il conseguimento del risultato.

Infatti, come osservato da attenta dottrina, "Il risultato dell'Amministrazione (...) passa anche attraverso il risultato dell'impresa aggiudicataria: solo se l'aggiudicataria riesce a conseguire il proprio risultato (un ragionevole margine di profitto), l'Amministrazione potrà realizzare il proprio (massima tempestività e qualità di esecuzione); in altri termini, solo se il contratto risulta economicamente conveniente per l'affidatario, può generare valore per l'Amministrazione, producendo la miglior opera, il miglior servizio o la migliore fornitura e quindi concretizzando quell'ottimale rapporto qualità/prezzo astrattamente previsto dal contratto. Di conseguenza, un contratto equilibrato, ovvero in grado di realizzare pienamente l'interesse dell'Amministrazione e dell'impresa, costituisce premessa del risultato ovvero della realizzazione degli obiettivi non solo della parte pubblica, ma anche di quella privata" (61).

Così ricostruiti i termini della questione e appurato che il valore a base d'asta non può che essere congruo e, dunque, equo e proporzionato, saranno le singole stazioni appaltanti a individuare - in sede di progettazione della gara e nell'esercizio dell'iniziativa e dell'autonomia discrezionale di cui godono - l'opzione di volta in volta concretamente percorribile in base alle peculiarità dell'affidamento e alle reali condizioni del mercato (62).

In particolare, nel caso in cui l'Amministrazione decida di strutturare la procedura di gara secondo il criterio del c.d. prezzo o costo fisso *ex* art. 108, comma 5, D.Lgs. n. 36/2023 - che, come visto, risulta coerente con il criterio dell'OEPV (63) -, occorrerà prestare particolare attenzione alla definizione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica e alla distribuzione dei relativi pesi e sub-pesi.

Richieste eccessivamente "gravose" in termini di esperienze pregresse o di servizi svolti potrebbero pregiudicare l'accesso alla competizione da parte dei professionisti più giovani, meno strutturati e con minore esperienza, che per concorrere dovrebbero necessariamente associarsi ad altri operatori economici, con possibile violazione del principio di neutralità della forma giuridica di partecipazione (64).

Analoghe considerazioni valgono per gli operatori di minori dimensioni, che dovranno essere messi nella

(56) Si parla, al riguardo, anche di *horizontal policies*.

(57) Parla di "progressivo processo (...) di 'sovraccaricamento assiologico'" D. Capotorto, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, 164, il quale sottolinea, altresì, come "il concreto atteggiarsi del processo normativo da cui sono scaturite le riforme è apparso ancor più sintomatico di una fortissima incertezza nella definizione degli obiettivi di fondo, che si addice più a un consumatore compulsivo che a un consumatore razionale" (cfr. p. 184).

(58) L'espressione è mutuata da D. Capotorto, *op. cit.*, 163.

(59) Per una distinzione tra utilizzo strategico c.d. positivo e funzione strategica negativa cfr. E. Caruso, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, 885.

(60) Per una distinzione tra "principi-valori" e "principi-regole" si veda G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, 3, 288. Distingue tra principi di primo livello e principi di secondo livello R. Esposito, *Il principio (di conservazione) dell'equilibrio contrattuale tra risultato e intelligenza artificiale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(61) Così R. Esposito, *op. cit.*

(62) Evidenzia l'inadeguatezza della normativa applicabile e del metodo di calcolo dei compensi, M. Agliata, *op. cit.*, 59.

(63) Si veda quanto evidenziato in corrispondenza della nt. 21.

(64) Si veda, al riguardo, l'art. 66, comma 1, D.Lgs. n. 36/2023 nella parte in cui richiama il "rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

condizione di potersi confrontare effettivamente sugli aspetti qualitativi.
Diversamente, laddove la stazione appaltante decidesse di optare per il ribasso della sola componente di prezzo legata alle spese e agli oneri accessori, la medesima non potrà non considerare, nel vaglio della congruità e della sostenibilità del ribasso offerto, che tale voce ricomprende, ad esempio, i costi connessi all'impiego dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni di cui all'art. 43 e all'allegato I.9 al D.Lgs. n. 36/2023, il cui utilizzo - salvo deroghe o modifiche - diverrà obbligatorio dal 1° gennaio 2025 "per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro" (65).
Tali costi, come è intuibile, potranno essere più facilmente assorbiti dalle realtà maggiormente strutturate rispetto ai singoli professionisti e agli operatori economici di micro, piccola e media dimensione.
Sulla capacità di "abbattere" questi costi potranno anche incidere fattori legati al luogo e alle modalità di esecuzione dell'appalto, cui sono correlate, ad esempio, le spese per i sopralluoghi, di trasferta, di vitto e alloggio, potenzialmente in grado di avvantaggiare gli operatori con sede nell'ambito territoriale della commessa.
Non solo. Anche le spese, rappresentando una componente del "corrispettivo", unitamente e al pari del "compenso", possono avere un'incidenza significativa nella predisposizione dell'offerta e sulla valutazione del concorrente sulla sostenibilità della medesima in termini di equilibrio economico.
Il ribasso delle sole spese, pertanto, potrebbe condurre al risultato finale di un corrispettivo "non equo", in quanto sprovvisto di una sua parte fondamentale (66).
Laddove, invece, l'Amministrazione ammettesse la ribassabilità di tutte le componenti del "prezzo", non potrà prescindere da una doppia verifica di congruità: un primo controllo dovrà essere effettuato *ex ante* sull'equità del corrispettivo da porre a base di gara, anche alla luce delle reali condizioni del mercato di riferimento, specialmente in assenza di aggiornamenti dei parametri ministeriali con cadenza quanto meno annuale sulla "falsariga" di ciò che accade, rispetto ai lavori, con i prezzari regionali; una seconda valutazione andrà compiuta *ex post* sull'offerta ai sensi dell'art. 110, D.Lgs. n. 36/2023, attraverso un'analisi puntuale delle giustificazioni e dell'offerta nel suo complesso.
In tal modo, l'applicazione del principio dell'equo compenso non verrebbe tradita, ma verrebbe assicurata mediante l'applicazione di strumenti di tutela coerenti con l'appartenenza all'Unione europea, quali: i) la verifica di anomalia/congruità dell'offerta; ii) la previsione di un tetto massimo per il punteggio economico, coerente con l'esigenza di valorizzare la componente qualitativa dell'offerta stessa; iii) l'impiego di formule matematiche con funzione dissuasiva rispetto a una competizione eccessiva sul prezzo e, dunque, in funzione correttiva del metodo tradizionale dell'interpolazione lineare (es. formula bilineare).
Al contrario, la proposta di elevare "sensibilmente" il valore a base d'asta per consentire che il confronto competitivo si svolga tanto sugli elementi qualitativi, quanto sul prezzo (67), per poi riportare, di fatto, il prezzo offerto al valore risultante dall'applicazione dei parametri ministeriali, non convince.
La predetta teorizzazione non fornisce, infatti, indicazioni applicative cui riferirsi nella determinazione del valore più elevato e non considera che, in tal modo, si otterrebbero ribassi identici, tutti assestati sul valore minimo del parametro, annullando di fatto il confronto competitivo sull'elemento "prezzo", col rischio di trovarsi di fronte a una gara a prezzo fisso, con le "vesti" formali di una procedura da aggiudicare previo confronto tanto sugli elementi qualitativi, quanto sull'elemento quantitativo.

(65) L'art. 10 dello Schema di decreto legislativo recante "'Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36'", rubricato "Modifiche all'articolo 43 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", alla lett. a, n. 1, prevede l'utilizzo obbligatorio dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, a decorrere dal 1° gennaio 2025, "per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti con stima parametrica del valore del progetto di importo superiore a 2 milioni di euro ovvero alla soglia dell'articolo 14, comma 1, lettera a), in caso di interventi su edifici di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42".

(66) Si esprime in tal senso R. Mangani, *Equo compenso, ecco perché l'idea di consentire il ribasso solo sulle spese non funziona*, in *Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia*, 18 ottobre 2024.

(67) G. La Rosa - G. Delle Cave, *Equo compenso e gare pubbliche per l'affidamento di servizi professionali nella prospettiva del risultato*, in *Amministrativ@mente*, 2024, 2, 494.
La possibilità di "determinare un corrispettivo da porre a base d'asta superiore a quello 'minimo' individuabile tramite i parametri ministeriali che sarebbe, conseguentemente, ribassabile in sede di gara" è presente anche nello studio condotto dal Centro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri. Cfr. *La disciplina dell'equo compenso e gli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura secondo il D.Lgs. 36/2023. Analisi della giurisprudenza più recente (sentenze n. 1494/2024 del TAR Salerno e n. 483/2024 del TAR Calabria; TAR Bolzano, sentenze n. 230 e 231/2024 e TAR Sicilia-Catania n. 3319/2024) (c.r. 627)*, Roma, ottobre 2024, p. 11.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Conclusioni

La questione del rapporto tra la disciplina sull'equo compenso e le previsioni contenute nel Codice dei contratti pubblici verrà vagliata nei prossimi mesi dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e sarà oggetto, oltre che del Correttivo, dell'intervento dell'ANAC, chiamato ad approvare il Bando tipo n. 2/2023.

Non si può, peraltro, escludere a priori che la tematica possa giungere, in un prossimo futuro, anche all'attenzione tanto della Corte di Giustizia dell'Unione europea, quanto della Corte Costituzionale o, addirittura, di entrambe, considerato che, già nel giudizio definito dalla sentenza del T.A.R. Veneto n. 632/2024, attualmente *sub iudice*, è stato evidenziato un possibile contrasto sia con gli artt. 49, 56 e 101 TFUE e con le disposizioni della Dir. 2006/123/CE, sia con gli artt. 3, 41, 81 e 117 Cost.

L'auspicio è che i vari interventi - in special modo quello legislativo e quello regolatorio - si coordinino tra loro, anche per scongiurare l'insorgere di nuovi contrasti, vista la previsione contenuta nell'art. 83, comma 3, D.Lgs. n. 36/2023, ai sensi della quale "Successivamente all'adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo.".

Nel frattempo, un punto di equilibrio potrebbe essere ricercato nella valorizzazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti e nella ricostruzione che si è provato a proporre.

Se si crede, come precisato nella Relazione illustrativa, che "Ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone (...) la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione", non si può non consentire alle Amministrazioni (che hanno la responsabilità delle gare, anche sotto il profilo della legalità formale e sostanziale) di definirne la struttura e i contenuti, al fine di meglio rispondere alle esigenze connesse con il singolo fabbisogno di acquisto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Disciplina dei siti contaminati

T.A.R. Veneto, Sez. IV, 27 maggio 2024, n. 1192 - Pres. Raiola - Est. Avino - M. Corporation c. Provincia di Vicenza e altri

L'art. 242 del D.Lgs. n. 152/2006 impone al responsabile dell'inquinamento un obbligo di comunicazione alle autorità competenti degli eventi potenzialmente in grado di contaminare un sito; in forza del principio di precauzione tale obbligo sussiste anche in relazione a sostanze per le quali non siano state determinate le concentrazioni soglia di contaminazione, purché ne sia nota la probabile pericolosità per l'ambiente e la salute umana.

Ai sensi dell'Allegato 5 al Titolo V della Parte IV del D.Lgs. n. 152/2006 sussiste l'obbligo di determinare le concentrazioni soglia di contaminazione in relazione a tutte le matrici ambientali anche con riguardo a sostanze non comprese nelle tabelle ivi riportate applicando in via analogica le concentrazioni soglia di contaminazione dettate per la sostanza tossicologicamente più affine.

La condotta omissiva consistente nella mancata comunicazione alle autorità competenti degli eventi potenzialmente in grado di contaminare un sito, anche in relazione a sostanze per le quali non siano state determinate le concentrazioni soglia di contaminazione, purché ne sia nota la probabile pericolosità per l'ambiente e la salute umana, assume un'efficienza causale rispetto all'aggravamento della contaminazione, secondo il criterio del "più probabile che non".

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cons. Stato, Sez. I, 6 marzo 2019, n. 968; Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2014, n. 2526.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Il T.A.R. Veneto (*omissis*)

Diritto

(*omissis*)

20. Ciò statuito, il ricorso introduttivo e i successivi motivi aggiunti vanno respinti nell'infondatezza delle doglianze veicolate a loro mezzo.

21. La complessità tecnico-giuridica della controversia in esame suggerisce di anteporre allo scrutinio dei singoli motivi un'esaustiva ricognizione delle coordinate interpretative via via affermatesi nella giurisprudenza amministrativa che si è occupata di definire il titolo di responsabilità che giustifica l'ordine di messa in sicurezza e/o di bonifica ai sensi del titolo V della parte IV del D.Lgs. n. 152 del 2016, anche nei confronti di società in posizioni di controllo rispetto ad altre compagini societarie parimenti individuate quali responsabili della contaminazione e dunque tenute alle misure ripristinatorie.

22. Sulla possibilità di estendere la responsabilità della condotta di inquinamento alla società che esercita un controllo sull'autore materiale della condotta stessa e sul principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate.

Ai fini dell'individuazione del soggetto obbligato alle operazioni di bonifica e di ripristino ambientale la giurisprudenza amministrativa è oramai orientata ad applicare i principi sostanzialistici elaborati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di concorrenza (cfr. per tutte la sentenza della C.G.U.E. del 10 settembre 2009, in causa C-97/08P, A.N.N. ed altri c. Commissione europea), e questo in virtù del fatto che essi assicurano l'attuazione del canone fondamentale espresso dal brocardo secondo cui "chi inquina paga". In particolare è stata recepita la concezione sostanzialistica di impresa, secondo la quale occorre applicare il principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate, "nel senso che per le attività poste in essere dalle società figlie la responsabilità si deve estendere anche alle società madri che ne detengono le quote di partecipazione in misura tale, come nel caso di specie, da evidenziare un rapporto di dipendenza e quindi escludere una sostanziale autonomia decisionale delle controllate stesse" (cfr. TAR Abruzzo, Pescara, n. 86/2019).

Anche questo Tribunale si è già espresso in questo senso chiarendo che "la disciplina dettata dal Codice dell'Ambiente sulla bonifica dei siti contaminati è di derivazione eurounitaria. È, dunque, ai principi da essa enucleati che occorre far riferimento per l'interpretazione degli istituti che vengono in rilievo".

Il principio "chi inquina paga", in particolare, impone di allocare le esternalità negative dell'attività di impresa presso il soggetto che da esse ha tratto beneficio.

La necessità che tale allocazione sia effettivamente perseguita (anche per finalità di tutela della corretta competizione tra imprese) ha fatto sì che la giurisprudenza accogliesse, nella materia ambientale, la concezione sostanzialistica di impresa, elaborata nel settore del diritto della concorrenza dalla giurisprudenza eurounitaria.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Alla stregua della suddetta concezione, occorre aver riguardo alla sostanza economica dell'impresa, andando oltre la fenomenica frammentazione di essa in una pluralità di soggetti distinti ed attribuendo, dunque, a tutti i soggetti ai quali sono effettivamente riferibili, le conseguenze delle condotte da essi ideate e realizzate e dalle quali abbiano tratto beneficio. Si è, dunque, affermato che "la nozione di impresa, nell'ambito del diritto della concorrenza, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce ad un'unità economica dal punto di vista dell'oggetto dell'accordo, anche qualora, sotto il profilo giuridico, questa unità economica sia costituita da più persone fisiche o giuridiche e qualora tale entità economica consista in un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica" (così Corte di Giustizia U.E., 1 luglio 2010, procedimento C.407/08P, caso K.G.K.).
Secondo la giurisprudenza che ha fatto applicazione dei suddetti principi nella materia ambientale (Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 aprile 2020, n. 2301) - e che il Collegio condivide - ai fini dell'individuazione dei soggetti tenuti alla bonifica di un sito inquinato, alla stregua di una concezione sostanzialistica di impresa, occorre non limitare l'accertamento delle responsabilità della condotta che ha dato luogo all'inquinamento all'autore materiale dell'attività economica che ha costituito la fonte della contaminazione, ma di estenderlo alla ricerca di quei soggetti che della fonte abbiano l'effettivo controllo, in virtù di poteri decisionali o che abbiano reso "comunque possibile" l'attività che ha dato origine all'inquinamento "in forza della posizione giuridica che essi rivestono all'interno dei rapporti con il diretto inquinatore" e "nell'ambito di tali situazioni, l'ipotesi della casa madre che si avvale di società operative per svolgere l'attività di impresa è certamente quella più emblematica".
In sintesi, alla stregua del suddetto indirizzo, "La nozione sostanzialistica di impresa determina che le responsabilità ambientali debbano essere allocate in capo ai soggetti che, nel corso degli anni, hanno tratto un utile dalle attività inquinanti, vuoi tramite la distribuzione di dividendi, vuoi, come accade più spesso, grazie al risparmio di spesa ottenuto tramite la mancata adozione di adeguati presidi ambientali" (Consiglio di Stato, sez. IV, 6 aprile 2020, n. 2301).
Alla stregua del medesimo indirizzo - anche riguardato alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sviluppatasi nella materia della concorrenza - dunque, contrariamente a quanto afferma la parte ricorrente non è necessario, per affermare la presenza di un'impresa unica a fronte dell'alterità soggettiva delle società facenti parte di un gruppo, che sia fornita la prova di specifici atti di ingerenza della capogruppo, ovvero la presenza di specifiche maggioranze, poiché ciò che rileva è l'effettività del fenomeno, che si realizza laddove sussista "un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica" (così Corte di Giustizia U.E., 1 luglio 2010, procedimento C.407/08P, caso K.G.K.).
Si è, quindi, ritenuto, dunque, che il comportamento di una "società figlia", possa essere imputato anche alla "società madre" (rispetto alla quale conservi una personalità giuridica autonoma), ove essa non determini in modo autonomo la propria linea di condotta, "ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società madre, alla luce in particolare dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità giuridiche, di modo che, in tale situazione, queste ultime fanno parte di una stessa unità economica (v., in tal senso, sentenze del 10 settembre 2009, A.N. e a., C 97/08 P, EU:C:2009:536, punti 58 e 59, nonché del 27 aprile 2017, A. N. e a./Commissione, C 516/15 P, EU:C:2017:314, punti 52 e 53 e giurisprudenza ivi citata)" (Corte Giustizia UE, Grande Sezione, C882/19 "Sumal, S.L. c/ M.B.T.E., S.L.", 06.10.2021; punti 41, 43).
Ne deriva che la prova dell'esistenza di un'unità economica, "non deve per forza risiedere nella prova di istruzioni effettivamente impartite dalla società controllante alla controllata" (Tribunale di Primo Grado CE, sentenza del 26 aprile 2007, cause riunite T-109/02, T-118/02, T-125/02, T-126/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, Bolloré c Commissione), essendo sufficiente che l'attività svolta dalla società controllata, autrice della condotta illecita, sia frutto di una scelta inquadrabile nella strategia del gruppo, dal quale esso abbia tratto beneficio.
Neppure la posizione di controllo totalitario o quasi totalitario della capogruppo sulla controllata costituisce un elemento di prova indefettibile della non autonomia delle scelte compiute dalla controllata. Essa, infatti, è richiamata quale indice solo presuntivo dell'unità sostanziale dell'impresa ('La sussistenza dei presupposti tipicizzanti è stata ritenuta sussistere sia nel caso di controllo totale, sia maggioritario, come anche in caso di controllo minoritario pur in presenza di alcune circostanze di fatto o di diritto attraverso le quali un socio di minoranza può acquisire il controllo dell'impresa' Commissione Europea, Comunicazione sulla nozione di concentrazione tra imprese, 98/C66/02, para. 13).
La Corte di Giustizia ha ritenuto, ad esempio, la rilevanza, ai fini della valutazione della sussistenza di un'unità economica "lo svolgimento da parte della stessa persona di funzioni chiave in seno agli organi di amministrazione delle società del gruppo nonché il fatto che tale persona rappresentasse, in occasione delle riunioni del club dei direttori, le singole società, e che a queste ultime sia stata attribuita un'unica quota nell'ambito dell'intesa. (Tribunale 20 marzo 2002, causa T-9/99, H. e a./Commissione), i collegamenti personali tra la controllante e la controllata (Tribunale di Primo Grado CE, 1 aprile 1993, causa T-65/89, B.I. e B.G./Commissione), finanche l'avere avuto anche solo un amministratore in comune (Tribunale di Primo Grado CE, sentenza del 26 aprile 2007, cause riunite T-109/02, T-118/02, T-125/02, T-126/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, Bolloré c Commissione), unito al correlato accertamento funzionale dei compiti delle società collegate" (così T.A.R. Veneto, n. 340/2023).
(*omissis*)

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

24. Sul criterio causale di individuazione della responsabilità per l'inquinamento di un sito.
L'individuazione della responsabilità per l'inquinamento di un sito si basa sul criterio causale del "più probabile che non", sicché è stato ritenuto sufficiente, perché il responsabile si intenda legittimamente accertato, che il nesso eziologico ipotizzato dall'Amministrazione sia più probabile della sua negazione, potendosi pertanto a tali fini accedere anche alla prova per presunzioni.
In particolare è stato chiarito che "ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile dell'inquinamento ambientale, la giurisprudenza amministrativa, sulla scorta delle indicazioni derivanti dalla Corte di Giustizia UE, esclude l'applicabilità di una impostazione 'penalistica' (incentrata sul superamento della soglia del 'ragionevole dubbio'), trovando invece applicazione, ai fini dell'accertamento della sussistenza del nesso di causalità tra attività industriale svolta nell'area e inquinamento dell'area medesima, il canone civilistico del 'più probabile che non'. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nell'interpretare il principio 'chi inquina paga' (che consiste nell'addossare ai soggetti responsabili i costi cui occorre far fronte per prevenire, ridurre o eliminare l'inquinamento prodotto), ha fornito una nozione di causa in termini di aumento del rischio, ovvero come contribuzione da parte del produttore al rischio del verificarsi dell'inquinamento (C.d.S., Sez. IV, n. 7121/2018).
L'individuazione del responsabile, quindi, può basarsi anche su elementi indiziari (quali, a mero titolo esemplificativo, la tipica riconducibilità dell'inquinamento rilevato all'attività industriale condotta sul fondo o la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato), giacché la prova può essere data in via diretta o indiretta, potendo cioè, in quest'ultimo caso, l'Amministrazione pubblica preposta alla tutela ambientale avvalersi anche di presunzioni semplici di cui all'art. 2727 c.c. (cfr., *ex multis*, T.A.R. Milano, Sez. III, 2 dicembre 2019, n. 2562; T.A.R. Brescia, Sez. I, 6 marzo 2020, n. 202; T.A.R. Bologna, Sez. II, 29 ottobre 2020, n. 677). Laddove l'Amministrazione abbia fornito elementi indiziari sufficienti a dimostrare, sebbene in via presuntiva, l'ascrivibilità dell'inquinamento a un soggetto, spetta a quest'ultimo l'onere di fornire una prova liberatoria, per la quale non è sufficiente ventilare genericamente il dubbio di una possibile responsabilità di terzi o di un'incidenza di eventi esterni alla propria attività, bensì è necessario provare - con pari analiticità - la reale dinamica degli avvenimenti e indicare lo specifico fattore cui debba addebitarsi la causazione dell'inquinamento (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5668)" (T.A.R. Lombardia, n. 273/2022).
25. Sul principio di precauzione e di azione preventiva.
Da ultimo va messo in evidenza che il principio di precauzione è un principio trasversale che esprime l'esigenza di fondo dei moderni ordinamenti giuridici di imporre alle Autorità competenti di adottare i provvedimenti più appropriati per prevenire taluni potenziali rischi per la sanità pubblica, la sicurezza e l'ambiente, sul fondamentale assunto per cui l'assenza di prova sul danno che potrebbe derivare da un qualche intervento non è prova di assenza del danno medesimo.
Il contesto in cui tale principio è nato e si è sviluppato è però certamente quello ambientale, come attestato dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro del 3-14 giugno 1992 sull'Ambiente e lo Sviluppo, che nell'introdurre il principio di precauzione afferma che "In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale" (principio n. 15).
Il principio di precauzione è del resto contenuto anche nel Trattato che istituisce la Comunità Europea (art. 174) e, accanto a quello dell'azione preventiva, viene annoverato tra i principi generali in materia di tutela dell'ambiente dall'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, riprodotto sul punto dall'art. 3 ter del D.Lgs. n. 152 del 2006 per cui "1. La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio 'chi inquina paga' che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale".
La giurisprudenza amministrativa più recente, nel cogliere anche le problematiche che un'applicazione acritica dei detti principi potrebbe comportare - rischiandosi, se il principio fosse portato alle sue estreme conseguenze, di paralizzare ogni attività umana -, ha evidenziato che "una prima precisazione della portata del principio in esame viene anzitutto dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione, per tutte, le sentenze 9 settembre 2003 C-236/01 M. e 13 settembre 2017 C-111/16 Fidenato, secondo la quale le misure preventive fondate sul principio stesso non si possono giustificare con l'apprezzamento di un rischio puramente ipotetico, fondato su mere supposizioni allo stato non ancora verificate in termini scientifici.
36.5 La stessa conclusione è fatta propria anche dalla giurisprudenza di questo Consiglio, secondo la quale il principio non conduce in via automatica a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi soggettiva e non suffragata da alcuna evidenza scientifica, potrebbe comportare eventuali rischi per la salute, privi di ogni riscontro oggettivo e verificabile, ma richiede, piuttosto 'una seria e prudenziale valutazione' in base alle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività considerata, valutazione che deve concludersi con un giudizio di 'stretta necessità della misura' in concreto adottata: così per tutte C.d.S. sez. VI 15 dicembre 2022 n.10992 e sez. III 3 ottobre 2019 n. 6655 ..." (vd. C.d.S., n. 2986/2024).
E questo Tribunale ha statuito che "La non inclusione di una sostanza all'interno del suddetto elenco non assume rilievo dirimente per escludere l'obbligo del responsabile dell'inquinamento di procedere alla bonifica del sito

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

anche per sostanze che siano da ritenersi pericolose per la salute umana e l'ambiente, in applicazione del principio di precauzione. La bonifica, infatti, è definita come 'l'insieme degli interventi atti ad eliminare le fonti di inquinamento' (cfr. art. 240, comma 1, lett. p) D.Lgs. n. 152 del 2006), nella cui nozione rientrano le 'sostanze, vibrazioni, calore o rumore o più in generale di agenti fisici o chimici, nell'aria, nell'acqua o nel suolo, che potrebbero nuocere alla salute umana o alla qualità dell'ambiente, causare il deterioramento dei beni materiali, oppure danni o perturbazioni a valori ricreativi dell'ambiente o ad altri suoi legittimi usi (cfr. art. 5, comma 1, lett. i-*ter*) D.Lgs. n. 152 del 2006)" (T.A.R. Veneto, n. 340/2023).
(*omissis*)
27d. La motivazione della Provincia appare esente dalle critiche sollevate dalla ricorrente.
Difatti, anche in disparte la circostanza che attraverso il controllo esercitato sulle società che possedevano il pacchetto azionario di minoranza della M. la M. Corporation, di fatto, coincideva con la M., la Provincia di Vicenza ha comunque correttamente adottato la visione sostanzialista di impresa cui si è già in precedenza accennato, che contrariamente agli assunti della M. viene correntemente applicata nella materia ambientale (vd. ad esempio la citata pronuncia di questo Tribunale n. 340/2023). E di conseguenza si è potuto estendere la responsabilità della M. alla sua impresa controllante perché ricorrevano i presupposti per considerare prevalente l'unità economica delle due società rispetto alla pluralità soggettiva delle loro imprese.
In tal senso, a livello presuntivo, è stato considerato indice rivelatore dell'unità sostanziale dell'impresa il controllo quasi totalitario della M. sulla M., comprovato dal possesso di partecipazioni dirette che la stessa ricorrente attesta non essere stato inferiore, nel periodo in considerazione, all'84,27%.
Inoltre la Provincia di Vicenza ha messo in evidenza nella propria memoria conclusiva che tra la M. e la M. vi è stata anche una condivisione delle medesime persone fisiche nelle cariche societarie. In particolare il sig. (*omissis*) nel 2008/2009 era manager della M. Corporation e in pari tempo consigliere della M. dal 31.03.2008 al 05.02.2009 e presidente del C.d.A. della M. dal 16.04.2003 all'11.09.2006 (in tal senso vedasi anche la pag. 182 dell'annotazione conclusiva dei Noe di Treviso del 09.07.2018 dep. dall'Avvocatura di Stato *sub* doc. n. 2 e l'allegato 9h dep. dalla Provincia *sub* doc. n. 12). Sempre l'annotazione conclusiva chiarisce: "i ruoli dei vari soggetti coinvolti, in particolare:
(*omissis*), ... nel tempo, ha ricoperto c/o la M. le seguenti cariche: Presidente del C.d.A. dal 17.06.2006 al 05.02.2009; Consigliere Delegato dal 13.12.2006 al 12.06.2008. Al Sig. (*omissis*), con verbale del 25/10/2006 erano stati attribuiti, tra l'altro, i poteri in tema di igiene del lavoro e tutela dell'ambiente; 'Importante evidenziare che (*omissis*) sebbene fosse il Presidente del C.d.A. della M. era il trait d'union tra la predetta società e la proprietaria M. CORPORATION'. (cfr. pag. 182 e pag. 194).
Sicché anche lo svolgimento da parte delle stesse persone di funzioni e ruoli chiave in seno agli organi di amministrazione delle due società (M. e M.) costituisce un ulteriore significativo indizio ai fini della valutazione della sussistenza di un'unità sostanziale dell'impresa e questo corrobora la correttezza delle conclusioni a cui è pervenuta l'Amministrazione estendendo la responsabilità dell'autore materiale della condotta a quello che può essere definito a quel tempo quale autore morale della stessa.
Del resto non è secondario nemmeno il rilievo provinciale per cui le società cui è stato affidato il compito di redigere delle valutazioni ambientali del sito di T. sono state in più casi contattate proprio dalla M. (ci si riferisce alle relazioni del dicembre 1996 e di quelle del 2008), che di ciò dava conto anche alla M. (per conoscenza), presso la quale erano a disposizione le stesse risultanze dei rapporti ambientali. A questo proposito la Provincia ha valorizzato i dati dell'annotazione conclusiva dei NOE nella parte in cui, a pag. 232, ricorda che 'per quanto attiene al rapporto tra M. Corporation e M. è doveroso sottolineare che le decisioni più importanti e delicate venivano adottate dalla proprietà e quando questa riteneva opportuno decideva se coinvolgere anche il management della M.'". Difatti "dall'analisi delle email acquisite dal Dr. (*omissis*), dirigente della società di consulenza ambientale E.I., è emerso che: - in data 07/11/2008 (h 02:45) (*omissis*), manager della M. CORPORATION, richiedeva a (*omissis*), dirigente della società di consulenza ambientale E.I. (inserendo in copia: (*omissis*) e (*omissis*) della M. Corp. e (*omissis*), direttore tecnico della M.), la stima dei costi per lo smantellamento e la bonifica del sito M. di T.. La motivazione della richiesta era: 'Come sapete, stiamo procedendo alla vendita della società. E per questa ragione abbiamo bisogno dei costi per la bonifica della società a scopo di confronto'; - in data 19/11/2008 (h 23:02), dopo alcune email interlocutorie, (*omissis*) della E.I. comunicava le stime richieste a (*omissis*), manager della M. Corporation (inserendo in copia: (*omissis*) della M. Corp., (*omissis*) e (*omissis*), rispettivamente Presidente del C.d.A. e direttore tecnico della M.)" (pag. 184).
Anche il lodo arbitrale internazionale che ha definito la controversia tra il gruppo I. e il gruppo M. (doc. n. 18 della Provincia) attesta (tra l'altro) che i rapporti ambientali commissionati dalla M. erano in possesso delle M., che "ha ricevuto copia delle due versioni (n. 5 e 6) dei rapporti preparati dall'E. nel 2008 (Exhibit R-24 rispetto al rapporto E. 2008-rev 5), nonché dell'email inviata dal sig. (*omissis*) all'E., ma copiato anche a M., il 3 ottobre 2018 (reperto C-43), che secondo gli attori dimostrerebbe l'attività fraudolenta svolta dai convenuti per nascondere l'inquinamento nel sito (vedere &95 sopra). In altri termini, al Tribunale risulta che M. aveva la stessa conoscenza delle condizioni del sito di M., al momento in cui tale conoscenza è stata formata (e che secondo gli attori è stata poi occultata al momento della negoziazione dello SPA)" (vd. pag. 73 del lodo arbitrale).
E infine a conferma del ruolo della M. la Provincia ha anche citato il verbale dell'interrogatorio del sig. (*omissis*), dirigente della E., che dopo le prime indecisioni ha

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

confermato le risultanze documentali che attestano i contatti diretti tra la E. e i vertici della M. che controllava la M. (doc. 17 della Provincia).
Il primo motivo si rivela pertanto infondato perché il provvedimento impugnato, nella parte in cui ha individuato anche l'odierna ricorrente tra i soggetti responsabili dell'inquinamento, ha fatto buon governo della nozione sostanzialistica di impresa che connota le responsabilità ambientali, la cui ricorrenza nel caso di specie è stata supportata da elementi adeguati al fine di poter ravvisare in M. Corporation la società che, avendo l'effettivo controllo del soggetto cui è stata addebitata (dalla stessa ricorrente) la responsabilità materiale dell'inquinamento, ne ha reso possibile il verificarsi traendone i relativi vantaggi economici. E tanto senza che fosse necessaria la prova di specifici atti di ingerenza della controllante sulla controllata. Di contro la ricorrente non ha dimostrato alcuna sostanziale autonomia decisoria della M.
(*omissis*)
28. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo, da esaminare congiuntamente alla seconda parte del quarto e al sesto mezzo, la ricorrente ha prospettato la comune questione della carenza di presupposti, di istruttoria e di motivazione nell'accertamento del nesso causale tra la condotta della M. e lo stato di inquinamento e/o di compromissione ambientale del sito. La Provincia non avrebbe individuato condotte specifiche, poste in essere dalla M., tali da poter aver causato o contribuito a causare o ad aggravare l'inquinamento del sito, limitandosi a constatarne la posizione di azionista di maggioranza della M.
Non rileverebbero le analisi/verifiche ambientali commissionate dalla M. trattandosi di indagini richieste al solo fine di alienare le partecipazioni nella M. Peraltro i risultati di quelle verifiche erano stati consegnati alla M. per le conseguenti attività, ciò dimostrando che l'odierna ricorrente non avrebbe ignorato le risultanze delle perizie ambientali.
In ogni caso, anche ipotizzando un'omissione della ricorrente la Provincia avrebbe dovuto dimostrare quale apporto nella situazione di contaminazione abbia avuto tale comportamento della M. rispetto:
- alla contaminazione verificatisi negli anni '70;
- agli eventi e comportamenti di contaminazione occorsi dopo la vendita delle quote della M.
Non si potrebbe nemmeno escludere che vi siano altri soggetti estranei rispetto alla M. che possano aver contribuito alla situazione di inquinamento, considerata la circostanza che tutto il distretto industriale della zona farebbe uso di prodotti contenenti PFOA e PFAS (II parte del IV motivo).
E infine (VI motivo) il provvedimento non risulterebbe correttamente motivato con riferimento agli elementi istruttori acquisiti al procedimento, che dimostrerebbero la responsabilità di altri soggetti diversi dalla M.
In particolare non sarebbero corretti gli assunti della Provincia per cui:
(a) la condotta omissiva inerente la contaminazione del Sito produttivo di Trissino sarebbe iniziata nel 1990;
(b) sarebbe "altamente probabile che l'inquinamento sia proseguito fino alla sospensione delle attività";
(c) il sistema di barrieramento idraulico risulterebbe attivato solo nel 2013.
Viceversa:
- il sito produttivo di Trissino era stato oggetto di eventi di contaminazione negli anni '70 da BTF la cui presenza era nota tanto alla società R. quanto alle Autorità;
- non vi sarebbero elementi in grado di dimostrare che tra gli eventi di contaminazione degli anni '70 e le nuove contaminazioni occorse dal 2013 vi sia stata una prosecuzione delle attività inquinanti, quanto piuttosto che vi fosse una mera permanenza degli effetti della contaminazione storica durante tale periodo di tempo;
- l'esistenza di un primo sistema di contenimento idraulico realizzato a titolo precauzionale nel 2004 sarebbe stata chiaramente indicata nelle relazioni ambientali e risulterebbe peraltro anche dalla stessa relazione dei NOE.
Secondo la ricorrente la Provincia avrebbe dunque applicato indiscriminatamente il criterio di imputazione causale del "più probabile che non" omettendo di differenziare tra le diverse posizioni dei soggetti che si sono avvicendati nella gestione del sito di T. E tanto in violazione del principio "chi inquina paga", risultando del tutto illegittima l'attribuzione di una responsabilità solidale a tutti i soggetti individuati, a discapito di una responsabilità parziaria in ragione delle specifiche attività poste in essere al momento dalle diverse società al momento della detenzione delle quote della M. (VI motivo di ricorso).
Per il caso in cui il Tribunale ritenesse che la normativa applicabile consenta alla pubblica Amministrazione l'individuazione di una responsabilità solidale tra soggetti che hanno operato in tempi e con modalità diverse, la ricorrente ha pure avanzato una domanda di rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione Europea.
Le doglianze sono tutte infondate e il Tribunale non vede ragioni per sospendere il presente giudizio in attesa della soluzione delle questioni pregiudiziali di carattere eurounitario sollevate dalla ricorrente e da ritenersi irrilevanti al fine del decidere.
28a. Occorre *in primis* evidenziare che il provvedimento impugnato, vista la relazione del NOE di Treviso pervenuta il 13.6.2017 e assunta al prot. n. (...), ha riportato quanto emergente dalla stessa e dai documenti ivi allegati, ossia in particolare che "la M., negli anni 1990, 1996, 2004, 2008 e 2009, ha incaricato società di consulenza leader nel settore ambientale di effettuare delle indagini finalizzate a valutare lo stato di inquinamento del sito e a fornire possibili soluzioni per il confinamento della contaminazione rilevata". La M. non ha mai comunicato le risultanze emerse;
- i valori rilevati negli anni 2004, 2008 e 2009 indicavano il superamento dei limiti per le sostanze chimiche previste dal D.M. n. 471 del 1999 (ed oggi dal D.Lgs. n. 152 del 2006), nonché per sostanze (benzotrifloruri - BTF) non previste (ma per cui erano stati individuati dei limiti sulla base di uno studio di assimilazione). Si segnalavano inoltre significativi valori per la sostanza APFO (sale d'ammonio

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del PFOA - acido perfluoroottanoico) rispetto ad un "valore di azione" definito da USEPA (Agenzia per la protezione dell'ambiente degli Stati Uniti d'America). E da queste premesse è stata fatta discendere la conclusione per cui "la condotta omissiva del gestore, 'iniziata nel 1990 e proseguita sino ad oggi', ha comportato la propagazione dell'inquinamento". Nell'allegato al provvedimento impugnato la Provincia dà nuovamente conto delle analisi/verifiche ambientali eseguite prima della cessione delle quote di M. al Gruppo I., e dunque "vi erano ben presenti dei segnali di allarme che sono stati ignorati con un comportamento omissivo se non commissivo". Dal che è stata fatta discendere la responsabilità della M. per le negligenze, omissioni o carenze nell'esercizio dell'attività della sua controllata in relazione all'inquinamento rilevato.

28b. Sotto il profilo normativo deve poi ricordarsi che tanto l'art. 17 del D.Lgs. n. 22 del 1997, attuato con il D.M. n. 471 del 1999 (art. 7), quanto, successivamente, l'art. 242 del D.Lgs. n. 152 del 2006, vigenti nel periodo in cui la M. è stata individuata come responsabile dell'inquinamento detenendo le quote di controllo della M., imponevano al responsabile dell'inquinamento un obbligo di comunicazione all'Autorità (anche) in caso di pericolo concreto e attuale di superamento dei limiti di accettabilità della contaminazione dei suoli, delle acque superficiali e delle acque sotterranee (cit. artt. 17 e 7), ovvero in caso di eventi potenzialmente in grado di contaminare il sito (cit. art. 242) e pure a dare immediata comunicazione della individuazione di contaminazioni storiche "che possano ancora comportare rischi di aggravamento della situazione di contaminazione" (cit. art. 242). Anche il semplice proprietario del sito contaminato o il gestore dell'area, ovvero altro soggetto che avesse inteso attivare degli interventi di messa in sicurezza, era del resto tenuto a "comunicare alla Regione, alla Provincia ed al Comune la situazione di inquinamento rilevata nonché gli eventuali interventi di messa in sicurezza d'emergenza necessari per assicurare la tutela della salute e dell'ambiente adottati e in fase di esecuzione" (art. 9 del D.M. n. 471 del 1999 e, in seguito all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152 del 2006, si veda l'art. 245, comma 2).

28c. Orbene, come rilevato nel 4 della presente pronuncia riportando ampi stralci delle relazioni ambientali commissionate dalla M. o direttamente dalla stessa M. (cui si rinvia *amplius*), sin dagli anni '90 del secolo scorso la M. era venuta a conoscenza dell'esistenza del grave stato di inquinamento in corso nel sito ove sorge l'insediamento produttivo di Trissino, messo in relazione alle particolari condizioni della falda acquifera che si trova a poca distanza dal piano di campagna e già portava le tracce della contaminazione che alla fine degli anni '70 causò la chiusura di un dato numero di fonti idropotabili. Nello specifico, l'indagine che ha dato origine alla phase IIb investigation del 1996 aveva accertato che l'area indagata (approssimativamente 3.000 mq. per una profondità di 3-4 metri) era interessata dalla presenza di tracce di composti nitro alogenati rinvenuti in tutti i campioni, e nel 2004 le analisi chimiche avevano evidenziato l'esistenza di concentrazioni significative di composti organici correlabili alle attività produttive in corso da parte della M., anche evidenziando, mediante l'impiego degli studi di assimilazione, pur saltuari superamenti delle concentrazioni limite di 4 composti organici fluorurati nei punti di monitoraggio a valle dello stabilimento, il tutto senza nemmeno escludere la presenza di sorgenti secondarie attive di contaminazione. E pure gli studi del 2008 confermavano le risultanze già acquisite nel 2004, attestando la permanenza di concentrazioni significative di inquinanti nel suolo e di nuovi sforamenti dei composti appartenenti alla famiglia dei PFOA nelle acque sotterranee.

Tale situazione di inquinamento era di una portata e gravità tale da imporne la comunicazione alle Autorità competenti in ossequio alla normativa richiamata nei 23. e 28.b, e questo in primis perché era stata individuata una contaminazione storica e poi perché il rinvenimento di concentrazioni significative di composti organici era effettivamente correlato alle attività produttive in corso da parte proprio della M., vieppiù tenuta a darne comunicazione dopo che, sulla base delle risultanze dello studio ambientale del 2004 eseguito dall'E., nel corso del 2005 aveva sua sponte ritenuto opportuno realizzare un'opera di contenimento idraulico (barriera idraulica) per mettere in sicurezza il sito al fine di impedire la migrazione dei contaminanti presenti nella falda attraverso l'emungimento delle acque sotterranee fluenti sotto lo stabilimento: così, di fatto, la M. si è dimostrata pienamente consapevole della gravità della situazione e ciò, anche ai sensi dell'allora vigente art. 9 del D.M. n. 471 del 1999, non le consentiva di sottrarsi dall'obbligo di comunicazione dello stato di inquinamento alle Autorità coinvolte. Non a caso le stesse società di consulenza ambientale cui si è rivolta la M. le avevano evidenziato che "l'intervento potrebbe essere riconducibile a quanto previsto dall'art. 9 del D.M. n. 471 del 1999 ed è conseguente alla fase di monitoraggio preliminare del sito, recentemente effettuata come misura di indagine ambientale prevista dalla norma ISO 14001" (cfr. in questo senso il documento dell'E. denominato "Descrizione del sistema di contenimento idraulico: Stabilimento M. di T. 12 gennaio 2005", allegato dalla M. alla nota prot. n. (...) del 07.04.2005, trasmessa al Genio Civile di Vicenza per ottenere l'autorizzazione all'utilizzo di pozzi per l'emungimento di acqua, quale "variante non sostanziale su derivazione d'acqua da falde sotterranee per uso industriale"). Anche nelle conclusioni dello studio del 2008 l'E. aveva ammonito la M. sul fatto che "la norma italiana D.Lgs. n. 152 del 2006 richiede l'autodenuncia di siti contaminati alle Autorità, nel caso di rilevamento di contaminazioni storiche che possono ancora generare rischi di peggioramento della situazione di contaminazione. Per il sito di T., tale rischio può essere correlato solo all'acqua di falda, in caso di fuoriuscita delle acque di falda all'esterno dei confini del sito".

Peraltro non è secondario rilevare che le misure apprestate dalla M. non si sono poi rivelate interamente efficaci secondo quanto emerge dalla relazione conclusiva del NOE, che nel raffrontare le concentrazioni massime

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rilevate nel monitoraggio del 2008 rispetto ai valori di concentrazione limite individuati nello studio di assimilazione della E.I. del 2004, ha concluso che "la M. era stata informata che la barriera idraulica non era sufficiente e che vi era il rischio di fuoriuscita all'esterno del sito delle acque di falda contaminate" (pag. 67 della relazione). Conclusione confermata dalla stessa perizia dell'E. del 2009, che sul punto della necessità di individuare se era necessario integrare o modificare l'attuale sistema di pompaggio per aumentare la sicurezza del contenimento idraulico del sito, ha affermato che "il modello calibrato del flusso di acque sotterranee ha mostrato che l'attuale schema di pompaggio del sito di M. potrebbe non garantire una cattura completa delle acque sotterranee che circolano nella falda acquifera sotto l'impianto, sia in condizioni di piena che in condizioni di magra" (così nelle conclusioni di cui al 7 del documento "Technical report. M. S.p.A. Groundwater study: M. Facility - Trissino (VI) - reference: 96660. 25 settembre 2009").

Ebbene, nonostante le indicazioni circa la non efficacia della barriera, la M. non risulta si sia nemmeno attivata con l'installazione di nuovi pozzi fino al 2015, come indicato dalla relazione preliminare del NOE (pag. 94), che cita in proposito il Report 2015 di Certiquality (l'Ente incaricato delle verifiche in merito alla ISO 14001) redatto il 19.6.2015, secondo cui: "per quanto riguarda le attività di messa in sicurezza di emergenza della falda acquifera queste si sono concentrate sull'impianto di *pump and treat* che ha subito nel corso dell'ultimo anno (2014) e della prima parte del 2015 due importanti implementazioni. La prima implementazione è avvenuta nella primavera del 2014 quando sono stati realizzati ed attrezzati tre nuovi pozzi di emungimento (pozzo D, E ed MW16). La seconda implementazione si è conclusa nel corso della primavera del 2015 quando sono stati realizzati ed attrezzati due nuovi pozzi di emungimento (pozzo F e G) unitamente ad un potenziamento della capacità filtrante del *pump and treat* (triplicata capacità oraria di trattamento acque ed utilizzato una miscela di carboni differente come substrato adsorbente)".

E soprattutto una comunicazione ufficiale da parte della M. circa lo stato di inquinamento del sito è avvenuta solo il 24.7.2013, quattro mesi dopo la pubblicazione, in data 25.3.2013, dell'indagine dell'Istituto di Ricerca sulle Acque- CNR dal titolo "Rischio associato alla presenza di sostanze perfluoro-alchiliche (PFAS) nelle acque potabili e nei corpi idrici recettori di aree industriali nella Provincia di Vicenza e aree limitrofe" che aveva portato ufficialmente a conoscenza dell'esistenza di tale contaminazione e della sua possibile origine.

A quel tempo la M. aveva però già alienato le azioni della M. per la somma simbolica di 1 euro, premurandosi di escludere la garanzia del venditore in merito ad eventuali criticità ambientali.

Il che significa che come correttamente rilevato dalla Provincia nel provvedimento impugnato, la M. quale controllante la M. ha tenuto un comportamento gravemente omissivo nei confronti degli Enti competenti, impedendo di fatto di avviare il procedimento di messa in sicurezza e/o di bonifica che la normativa applicabile riconduce sotto il controllo delle Autorità pubbliche, procedimento che con un ragionevole grado di certezza avrebbe permesso sin da allora di eliminare, o quantomeno di limitare efficacemente gli effetti pregiudizievoli dell'inquinamento in atto, incidenti sull'ambiente e sulla salute di migliaia di persone.

A conferma di ciò depone anche lo studio dell'Arpav datato 31 agosto 2016 (cfr. doc. n. 47 della ricorrente), che ha stimato indicativamente i tempi di propagazione della contaminazione nelle acque sotterranee nei territori delle province di Vicenza, Padova e Verona, giungendo alla conclusione che l'evoluzione temporale dell'inquinamento è avvenuta su una scala pluridecennale, con un'origine temporale del fenomeno databile ad oltre 20 anni prima al momento della stima dei dati nel 2016 (quando dunque la M. era sotto il diretto controllo della M.), e che dallo studio della cinetica di propagazione, la compromissione delle risorse idriche risulta avvenuta in modo progressivo in funzione della distanza della sorgente di inquinamento, propagandosi dal sito della M. nella falda a diversi chilometri di lontananza.

Tale condotta omissiva, secondo il criterio del "più probabile che non", ha dunque avuto un'efficienza causale non impedendo la propagazione dell'inquinamento, e così determinando l'aggravamento dell'inquinamento derivante dal perpetuarsi della dispersione delle sostanze contaminanti nell'ambiente.

28d. Cadono dunque, una ad una, le doglianze di parte ricorrente contenute nei motivi in esame, atteso che, da un primo punto di vista, l'Amministrazione provinciale, con un'istruttoria pienamente adeguata alla fattispecie in esame, ha motivato esaurientemente, anche per relationem, il titolo di responsabilità ascritto alla M.

Sono state infatti individuate specifiche condotte omissive perpetrate nel corso degli anni nei quali la ricorrente ha detenuto il pacchetto azionario di controllo della M., ed è stata data la giusta evidenza all'evento di aggravamento delle criticità ambientali che il sito di T. già manifestava, aggravamento dipeso senza alcun dubbio anche dal contegno posto in essere dalla M. a conoscenza dei risultati delle indagini ambientali commissionate anche per il tramite della M.

A nulla rileva il fine di tali indagini, asseritamente richieste per le valutazioni economiche prodromiche all'acquisto o alla vendita delle partecipazioni azionarie nella M., perché ciò che conta è la consapevolezza dello stato di contaminazione del sito e l'omessa attivazione di appropriate azioni che avrebbero potuto evitare l'aggravamento della situazione. Il fatto che le indagini fossero note anche alla M. per le conseguenti attività non esime da responsabilità la M., che la controllava, perché appunto la controllata M. non si è attivata secondo quanto prescritto dalla normativa vigente al fine di scongiurare o limitare l'aggravamento della contaminazione in atto.

28e. Da altra angolatura, richiamando le conclusioni giurisprudenziali di cui al 23 della presente pronuncia che il Collegio condivide, non è persuasivo il tentativo di censurare il provvedimento nella parte in cui non

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

avrebbe individuato gli apporti causali (anche in termini di inquinanti) delle singole società che nel tempo (sia prima che dopo la presenza della M.) si sono avvicendate nella gestione diretta, o per il tramite della M., del sito di T.
Difatti nell'ordinamento nazionale, in base agli articoli 1294 e 2055 del cod. civ., per i fatti dannosi imputabili a più persone vale la regola della responsabilità solidale tra gli autori del danno e l'art. 311, comma 3, del D.Lgs. n. 152 del 2006 che viene invocato dalla ricorrente, pur contenendo una deroga espressa a tale principio in materia di danno ambientale, è disposizione eccezionale valevole in materia di risarcimento del danno e non estensibile alle fattispecie contemplate dalla parte IV del D.Lgs. n. 152 del 2006 in materia di bonifica dei siti inquinati.
Del resto se la logica dell'individuazione del responsabile dell'inquinamento previsto dall'art. 242 e ss. del T.U.A. è quella di consentire la messa in sicurezza ed il recupero materiale del bene e non già quella di risarcire il danno arrecato al bene ambiente, a fronte del pregiudizio ambientale riscontrato dalla Provincia, causato dal concorso commissivo ed omissivo di diversi agenti tutti individuati in un arco di tempo pluriennale, senza possibilità di stabilire gli effetti pregiudizievoli conseguenti alle singole condotte confluite nel danno complessivamente individuato, non vi è possibilità di ipotizzare distinte azioni di messa in sicurezza e/o di bonifica del sito inquinato (cfr. C. d.S. n. 172/2021).
E questo in pieno ossequio alle previsioni euro-unitarie e al principio "chi inquina paga" atteso che, da un lato, le misure ripristinatorie vengono effettivamente imposte ai corresponsabili degli eventi di inquinamento tra i quali la M. anche nel periodo di controllo della M., e dall'altro lato la previsione di una siffatta responsabilità solidale risulta conforme sia all'art. 9 della Direttiva 2004/35/CE, rubricato "Imputazione dei costi nel caso di pluralità di autori del danno", che prevede che il diritto unionale "lascia impregiudicata qualsiasi disposizione del diritto nazionale riguardante l'imputazione dei costi nel caso di pluralità di autori del danno", e sia all'art. 16 della medesima Direttiva, che introduce il principio per cui "la presente direttiva non preclude agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più severe in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, comprese l'individuazione di altre attività da assoggettare agli obblighi di prevenzione e di riparazione previsti dalla presente direttiva e l'individuazione di altri soggetti responsabili".
E tanto basta a dimostrare anche l'irrilevanza/infondatezza delle pregiudiziali interpretative sottoposte dalla ricorrente nella memoria conclusiva ai sensi dell'art. 267 del TFUE, contenente la richiesta di rimessione alla CGUE delle questioni se sia legittimo che l'Amministrazione: (i) non individui la quota di responsabilità di ciascun soggetto e (ii) se possa, a prescindere dall'effettivo contributo di ciascun soggetto, inferire un regime di responsabilità solidale.
28f. Quanto poi alla ventilata possibilità che abbiano contribuito alla situazione di inquinamento altri soggetti presenti nel distretto industriale e che farebbero uso di PFOA e PFAS la M. si limita ad una generica contestazione che non individua la responsabilità di altri ben individuati soggetti operanti nel medesimo distretto industriale della M. Sotto quest'aspetto la censura è dunque inammissibile.
In ogni caso, nello studio dell'A. intitolato "stato dell'inquinamento da sostanze perfluoroalchiliche (PFAS) in Provincia di Vicenza, Padova e Verona" del 30.9.2013 si evidenzia che le indagini "hanno permesso di accertare un nuovo e più grave episodio di contaminazione caratterizzato dalla dispersione nelle acque sotterranee e superficiali di sostanze perfluorate alchiliche (PFAS) in corrispondenza dell'area di pertinenza dello stabilimento chimico M. spa di T. in località C. (fig. 2 Fotogrammetria aerea)". E come osservato dalla Provincia nella sua memoria conclusiva richiamando altri studi dell'A. del 21.8.2016, dal titolo "Stima dei tempi di propagazione dell'inquinamento da sostanze Perfluoroalchiliche (PFAS) nelle acque sotterranee in provincia di Vicenza, Padova e Verona - Nota tecnica n. 05/16", e del 4.3.2017 sul "Monitoraggio delle sostanze PFAS nella rete di sorveglianza delle acque sotterranee anni 2015-2016 - Nota tecnica n. 02/17", oltre alla relazione sulla "Contaminazione da PFAS - Azioni A. - Riassunto delle attività. Periodo: dal 04/06/2013 al 31/01/2017", il 97% della quantità di PFAS scaricati nella fognatura provenivano dal sito della ditta M. (vedasi anche la pag. 4 della relazione del NOE *sub* doc. 8b dep. dalla Provincia).
Inoltre deve essere evidenziato che l'A. - Aziende R.C. - Viacqua s.p.a. - Acque del Chiampo - Medio Chiampo s.p. a, nelle proprie difese ha dedotto specifici elementi tecnici idonei a dimostrare che la massima parte dell'inquinamento che ha interessato la falda è da ascrivere alla condotta di M.
Infatti è stato osservato che la distribuzione isomerica, ossia il rapporto tra isomero lineare e ramificato di PFOA e PFOS dei prodotti commerciali per l'idro-oleorepellenza, dimostra che i PFAS riversati nella falda sono stati originati da elettrofluorurazione, che è il processo proprio di M., e che nel tempo si è verificato un accumulo dei ramificati nelle acque sotterranee, mentre i lineari si sono distribuiti anche su altre matrici ambientali e, segnatamente, nelle acque superficiali in cui scarica il collettore gestito dal Consorzio e nelle quali vengono convogliati i reflui depurati dagli impianti gestiti dalle società di depurazione delle acque.
Tali deduzioni sono rimaste prive di replica.
Sicché non è irragionevole la conclusione a cui è pervenuta la Provincia di Vicenza circa la significativa riconducibilità della fonte dell'inquinamento dal sito di M., posto che il procedimento amministrativo di cui il provvedimento impugnato costituisce l'esito richiede solamente l'accertamento dell'esistenza dell'evento della contaminazione e, sulla base alla regola del "più probabile che non", di un nesso causale tra la condotta dell'interessato e l'inquinamento riscontrato, che nel caso in esame è stato accertato con il conforto degli elementi sin qui passati in rassegna.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Da qui il rigetto dei motivi in esame.
29. Con il terzo mezzo la ricorrente ha dedotto che per tutto il periodo in cui ha detenuto le partecipazioni nella M. non vi erano limiti di concentrazione stabiliti dalla legislazione applicabile in Italia per PFOA, PFAS e BTF, e pertanto non potevano registrarsi superamenti delle relative concentrazioni della soglia di contaminazione che costituiscono il prerequisito per l'attivazione della procedura di bonifica. Conseguentemente, i provvedimenti impugnati mancherebbero di solide basi con riferimento ai limiti che sono assunti per definire la contaminazione del sito produttivo di Trissino traendoli da quelli illegittimamente fissati dall'Istituto Superiore di Sanità solo nel 2015 e nel 2018.
La doglianza non è condivisibile.
29a. Il provvedimento impugnato, nel riportarsi ai riscontri contenuti nella relazione del Comando Carabinieri per la Tutela dell'Ambiente - Nucleo Operativo Ecologico di Treviso, pervenuta il 13/6/2017, prot. n. (...), ha rilevato che le indagini ambientali commissionate negli anni 1990, 1996, 2004, 2008 e 2009, "indicavano il superamento dei limiti per le sostanze chimiche previste dal D.M. n. 471 del 1999 (ed oggi dal D.Lgs. n. 152 del 2006), nonché per sostanze (benzotrifloruri - BTF) non previste (ma per cui erano stati individuati dei limiti sulla base di uno studio di assimilazione). Si segnalavano inoltre significativi valori per la sostanza APFO (sale d'ammonio del PFOA - acido perfluoroottanoico) rispetto ad un 'valore di azione' definito da USEPA (Agenzia per la protezione dell'ambiente degli Stati Uniti d'America) ... nella relazione si confermano valori rilevati di PFOA nelle acque molto superiori al valore indicato dall'Istituto Superiore di Sanità con pareri prot. n. (...) del 23/06/2015 e prot. n. (...) del 7/2/2018".
29b. La motivazione della Provincia appare esente dalle critiche sollevate dalla ricorrente.
Difatti sotto un primo aspetto le indagini ambientali di cui si è dato ampio conto nel 4 della presente pronuncia attestavano il superamento dei valori soglia di sostanze per le quali già esistevano dei limiti normativi. In particolare si ricorda che l'E., nel "Rapporto tecnico. M. S.p.A. Indagine Ambientale del Sottosuolo e delle Acque di Falda: Stabilimento M. di T. 12 ottobre 2004. Reference: 0021465", aveva fatto emergere che "l'analisi dei risultati analitici evidenzia un solo superamento dei limiti del D.M. n. 471 del 1999 per il parametro 4,4-DDE nel campione di terreno BH3 (5,0-5,5m), per il quale è stata riscontrata una concentrazione di 0,324 mg/kg contro un limite di 0,1 mg/kg88", mentre quanto alle acque "I risultati analitici delle acque mostrano la presenza dei seguenti superamenti dei limiti previsti dal D.M. n. 471 del 1999 per le acque sotterranee:
- Alluminio (MW2, Pozzo B);
- Ferro (MW1, MW2, Pozzo B, Pozzo C, Pozzo 1);
- Manganese (Pozzo B);
- 1,2 dicloropropano (Pozzo A, Pozzo 2, Pozzo 3);
- cloroformio (Pozzo A, Pozzo 2, Pozzo 3);
- tetracloroetilene (Pozzo A, Pozzo 2, Pozzo 3);
- tricloroetilene (Pozzo A);
- esaclorobenzene (Pozzo B)".
Per quanto concerne invece le sostanze non tabellate vi era un'espressa previsione normativa che pone l'obbligo di individuare per via analogica i valori soglia accettabili, prescrivendo di ricorrere alle CSC dettate per la "sostanza tossicologicamente più affine" (in giurisprudenza circa la procedura da seguite in caso di sostanze non tabellate in base al principio di precauzione cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 25 marzo 2022, n. 280; Consiglio di Stato, Sez. I, 11 marzo 2019, n. 763; Consiglio di Stato, Sez. V, 10 aprile 2019, n. 2346; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 10 febbraio 2015, n. 41).
Infatti la nota 1, della tabella di cui all'allegato 5, della Parte IV del Titolo V del D.Lgs. n. 152 del 2006, stabilisce che "In Tabella sono selezionate, per ogni categoria chimica, alcune sostanze frequentemente rilevate nei siti contaminati. Per le sostanze non esplicitamente indicate in Tabella i valori di concentrazione limite accettabili sono ricavati adottando quelli indicati per la sostanza tossicologicamente più affine".
In questo senso lo stesso studio dell'E. dal titolo "Final report. M.S. and Groundwater Investigation: M. Facility - Trissino (VI). Reference: 0080757 datato 12/11/2008" affermava che (4.2.) "Diverse sostanze chimiche immagazzinate/prodotte in M. non sono regolamentate dal D.Lgs. n. 152 del 2006, né erano regolate dal precedente D.M. n. 471 del 1999; pertanto non ci sono CSC nazionali (soglia di contaminazione) applicabili a questi composti nel suolo e nelle acque sotterranee. Entrambi i decreti affermano che le sostanze chimiche non regolamentate devono rispettare i limiti delle sostanze chimiche regolamentate 'più affini'. Di conseguenza, nel 2004 E. ha condotto uno studio al fine di valutare valori guida ragionevoli per questi composti. In seguito alla presente indagine, i risultati di uno studio precedente sono stati esaminati e un nuovo studio bibliografico è stato condotto dall'E. per trovare valori aggiornati di screening del suolo e / o delle acque sotterranee / soglia / linea guida sviluppati dalle agenzie ambientali nazionali o dalle organizzazioni internazionali ...Inoltre, sono stati ricercati i valori tossicologici relativi agli effetti cronici/subcronici sviluppati per l'uomo (usati per calcolare i livelli di soglia del suolo e/o delle acque sotterranee) o le dosi di assunzione accettabili ...".
E quindi la medesima consulente della M. aveva reso nota la necessità che anche le sostanze chimiche non tabellate dovessero rispettare i limiti delle sostanze chimiche regolamentate "più affini", tant'è che l'E., a conclusione del suo studio iniziato nel 2008, aveva affermato che "4.4 Risultati delle indagini in campo ... 4.5.1 Composti caratteristici della M. (...) I risultati analitici mostrano la presenza di significative concentrazioni di 3,4 diclorobenzotrifluoruro in BH7 a - 2 m (45,7 mg/kg) e BH8 - 1 m (17,3 mg/kg). Concentrazioni significative di 4clorobenzotrifluoruro sono state riscontrate in BH7 - 2 m (101 mg/kg). Tutti gli altri parametri analizzati hanno concentrazioni o concentrazioni inferiori al di sotto del limite di rilevazione (...). 4.6 RISULTATI ANALITICI SULLE ACQUE SOTTERRANEE (...) Con riferimento ai composti tipici

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della M., le analisi evidenziano elevate concentrazioni di alcuni clorofluorocomposti nel pozzo MW6, che è a valle dell'impianto di produzione e dei serbatoi dei fluoro aromatici. Bisogna notare che in quest'area la produzione di 3,4BTF fu condotta fino agli anni '80. In questo pozzo sono stati rilevati i seguenti composti:
- 3200 µg/l di 4-clorobenzotrifluoruro,
- 169 µg/l di 2,4-diclorobenzotrifluoruro,
- 260 µg/l di 3,4-diclorobenzotrifluoruro,
- 323 µg/l di 4-cloro-3,5-dinitrobenzotrifluoruro,
- 212 µg/l di 4-cloro-3-nitrobenzotrifluoruro (...).
Nessun valore CSC è stabilito dalla legge nazionale (D.Lgs. n. 152 del 2006) per i composti sopra menzionati. Tuttavia, si possono prendere in considerazione i seguenti valori di guida (vedi paragrafo 4.2):
- 4-clorobenzotrifluoruro: obiettivo di bonifica di 93 µg/l per l'acqua potabile fissata dal Laboratorio Nazionale OAK Ridge del Dipartimento dell'Energia degli Stati Uniti;
- perfluoroottanoato di ammonio (APFO): livello di azione di 0,5 µg/l concordato dalla US-EPA. Questo prodotto chimico è stato rilevato in MW4 (41,6 µg/l), MW5 (214 µg/l), MW6 (15,8 µg/l) e Well A (38,5 µg/l) (...)".
Sicché non è condivisibile nemmeno la tesi della generale irrilevanza, ai fini degli obblighi di comunicazione e bonifica, della presenza di sostanze non tabellate.
Di conseguenza, sia il superamento dei valori soglia di sostanze per le quali già esistevano dei limiti normativi e sia la necessità di rispettare i limiti delle sostanze chimiche regolamentate "più affini" imponevano alla M. di attivarsi, una volta riscontrato in questo secondo caso la presenza di concentrazioni significative di composti caratteristici della M. sia nei terreni (101 mg/kg di 4clorobenzotrifluoruro; 45,7 mg/kg e 17,3 mg/kg di 3,4-diclorobenzotrifluoruro) che nell'acqua di falda (in particolare il perfluoroottanoato di ammonio (APFO) e i composti della famiglia dei benzotrifluoruri (BTF)).
Questo specie perché al tempo in cui la M. deteneva le azioni della M. era già nota la pericolosità e la possibile nocività dei composti caratteristici delle produzioni della M.
A questo proposito basti citare il verbale degli incontri con le rappresentanze sindacali della M. intercorsi nel 2008 (cfr. doc. n. 21 dep. dalla Provincia di Vicenza), in cui sono state esaminate le situazioni di criticità del mercato per le specifiche produzioni di M., si possono infatti leggere le seguenti affermazioni:
- "Le RSU domandano se le società multinazionali che operano nel mercato si trovano anche loro di fronte all'emergenza. Il COO risponde che D. negli Stati Uniti ha dovuto pagare forti somme a seguito di una class action per inquinamento di due fiumi e hanno quindi deciso di uscire dalla produzione del PFOA" (cfr. il verbale del 26 marzo 2008, nel quale si fa esplicito riferimento al noto caso della D.);
- "Il valore dei prodotti a magazzino è troppo elevato e la situazione finanziaria è negativa. In particolare, il calo improvviso delle richieste di PFOA dovute: - alla forte pressione delle Autorità nazionali a sostituire negli usi attuali il PFOA" (cfr. il verbale del 2 luglio 2008).
Si aggiunge la valenza nel caso di specie del principio di precauzione cui si è accennato al 25 della presente pronuncia, in nome del quale è configurabile l'obbligo di comunicazione alle Autorità dell'esistenza di una potenziale contaminazione anche quando si tratti di elementi per i quali non sono ancora stati normativamente fissati dei valori soglia perché come detto non si discute di rischi puramente ipotetici e non suffragati da evidenze scientifiche ma di sostanze di cui era nota la probabile pericolosità per l'ambiente e la salute umana.
Il terzo motivo va perciò respinto.
30. Con il quinto motivo la M. deduce la violazione degli artt. 242, 244 e 245 del D.Lgs. n. 152 del 2006 e l'eccesso di potere sotto il profilo della carenza di istruttoria rilevando che la Provincia avrebbe fondato la sua responsabilità basandosi sull'attività di indagine compiuta dal Comando Carabinieri per la tutela dell'Ambiente - NOE di Treviso nell'ambito di un procedimento penale pendente presso la Procura di Vicenza. Ma le indagini svolte in un procedimento penale sarebbero volte ad accertare responsabilità operanti con criteri diversi da quelli afferenti al procedimento di bonifica e i relativi esiti non assumerebbero un valore probatorio.
La tesi non convince il Tribunale.
Come correttamente rilevato dal Comune di Trissino il NOE non è solo un organo di polizia giudiziaria ma costituisce anche un'articolazione territoriale del Comando Carabinieri per la tutela dell'ambiente, che è una struttura prevista dalla L. n. 349 del 1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente, presso il quale è alle dipendenze funzionali, e i cui compiti sono principalmente di rilevanza amministrativa. L'art. 8, comma 4, della L. n. 349 del 1986 prevede infatti che "per la vigilanza, la prevenzione e la repressione delle violazioni compiute in danno dell'ambiente, il Ministro dell'ambiente si avvale del nucleo operativo ecologico dell'Arma dei carabinieri, che viene posto alla dipendenza funzionale del Ministro dell'ambiente (...)".
Su questa premessa va rilevato che nel caso concreto gli elementi acquisiti dal NOE di Treviso e le conclusioni a cui lo stesso è pervenuto nel corso delle attività di indagine non hanno avuto l'esclusiva funzione di accertare eventuali responsabilità civili o penali connesse all'inquinamento del sito, oggetto di valutazione nelle competenti sedi giudiziarie, ma sono state condivise a fini istruttori tra tutti i soggetti pubblici competenti al fine di pervenire ad una soluzione delle problematiche connesse all'inquinamento riscontrato.
Risulta dalla nota di trasmissione della relazione del NOE assunta al prot. (...) del 13.6.2017 che essa è stata indirizzata anche a tutte le Amministrazioni interessate (cfr. il doc. 8b depositato dalla Provincia il 23.1.2024), con l'indicazione delle iniziative da intraprendere, ad avviso del NOE, da parte di ciascuna Amministrazione.
Nella relazione viene altresì espressamente precisato che la nota deve essere considerata quale comunicazione di superamento di valori di concentrazione soglia di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contaminazione ai sensi dell'art. 244, del D.Lgs. n. 152 del 2006, ai fini dell'esercizio dei poteri della Provincia, e di danno ambientale ai sensi dell'art. 301, comma 3, del medesimo decreto legislativo, ai fini dell'esercizio dei poteri del Ministero dell'Ambiente.

Tali circostanze denotano la valenza amministrativa della nota e il doveroso utilizzo da parte della Provincia di Vicenza.

Da qui il rigetto della doglianza.

(*omissis*)

Disciplina dei siti contaminati e "nuovi inquinanti": il caso delle PFAS

di Claudio Vivani (*)

La disciplina dei siti contaminati si confronta da sempre e continuamente con il tema dei "nuovi inquinanti", ovverosia con l'introduzione di nuove sostanze suscettibili di produrre effetti negativi sull'ambiente o sulla salute umana, ma anche con la scoperta di impatti ambientali o sanitari prima non conosciuti di sostanze o materiali utilizzati da molto tempo. Quest'ultimo è il caso delle sostanze perfluoroalchiliche e polifluoroalchiliche (PFAS), che sono state utilizzate in un numero impressionante di applicazioni industriali a partire dagli anni Quaranta dello scorso secolo, ma le cui proprietà tossiche sono state a lungo ignote od oggetto di incertezza scientifica. La sentenza in rassegna si occupa - per quanto concerne i profili di diritto amministrativo - di una tematica giuridica che si ripropone continuamente senza trovare ancora una solida soluzione nella prassi applicativa: quali siano gli obblighi delle aziende che immettono i "nuovi inquinanti" nell'ambiente quando non siano ancora stati individuati con precisione gli effetti ambientali e sanitari dei medesimi e le concentrazioni nelle matrici ambientali cui detti impatti sono correlati.

Premessa: la progressiva acquisizione di conoscenza sui rischi sanitari e ambientali correlati alle PFAS

La vicenda sulla quale si è pronunciata la sentenza in rassegna è molto nota, ma è comunque opportuno riassumerne i passaggi fondamentali, perché essi assumono rilievo per definire il perimetro della questione giuridica affrontata.

A partire dal 1988 M. S.p.a. ha gestito, nel Comune di Trissino (VI), un impianto in cui produceva sostanze chimiche per l'industria, fra le quali, in particolare, i composti di sintesi noti come sostanze perfluoroalchiliche e polifluoroalchiliche ("PFAS").

L'attività industriale della M. S.p.a. ha proseguito quella di un'altra società, che essa ha incorporato, la Rimar Chimica S.p.a., a sua volta succeduta alla Rimar S.p.a., la quale aveva avviato nel 1967 l'impianto nel sito in cui si trova attualmente (1).

La collocazione geografica è un primo dato rilevante, perché le caratteristiche ambientali dell'area in cui è stato costruito e gestito l'impianto sono significative. Si tratta, infatti, di una c.d. "area di ricarica degli acquiferi", ovverosia di un'area in cui la falda superficiale penetra nel sottosuolo fino ad alimentare gli acquiferi sotterranei profondi. Tali aree sono particolarmente sensibili dal punto di vista ambientale e sanitario, perché pongono in comunicazione gli acquiferi sotterranei vicini alla superficie del suolo, e dunque molto esposti alla dispersione di inquinanti derivanti dalle attività antropiche che eventualmente vi si svolgano, con quelli profondi, solitamente meno interessati dai fenomeni di contaminazione e, proprio per tale ragione, utilizzati per alimentare le reti idriche destinate al consumo umano. Detta funzione di "ricarica" degli acquiferi profondi è stata già presa in considerazione dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha rilevato come essa imponga un approccio fortemente precauzionale (2).

Estremamente significativa è anche la natura delle sostanze che venivano prodotte nello stabilimento.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Per un'ampia e approfondita esposizione della fattispecie, V. Rasia, *PFAS e inquinamento delle falde acquifere venete: la tutela civilistica fra danno ambientale e azioni risarcitorie collettive,* 2020, in *https://iris.unitn.it/retrieve/e3835197-6236-72ef-e053-3705fe0ad821/LTSP_n._60.pdf*.

(2) Sul punto si può citare il noto caso "Valchiesa", relativo al progetto di una discarica, non autorizzato seppure perfettamente conforme alle norme tecniche di settore (e, anzi, caratterizzato da soluzioni tecniche ancor più cautelative). La sentenza del T.A.R.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nell'ambito del vero e proprio "universo" delle "sostanze fluorurate", ovverosia delle sostanze organiche e inorganiche che contengono almeno un atomo di fluoro, il termine PFAS (dall'inglese *per-and polyfluoroalkyl substances*) si riferisce ad un vasto gruppo di sostanze "poli-e per-fluoroalchiliche", ovvero ad una famiglia di composti organici di sintesi costituiti da una catena alchilica, lineare o ramificata, di varia lunghezza (in genere da 4 a 16 atomi di carbonio) alla cui estremità si trova un gruppo funzionale polare. Si parla di sostanze per-fluorurate quando, nella catena alchilica in questione, tutti gli atomi d'idrogeno, legati agli atomi di carbonio, sono stati sostituiti da atomi di fluoro. Quando la sostituzione è solo parziale, si parla invece di sostanze poli-fluorurate.

Da quanto precede discende che la definizione di PFAS è estremamente ampia, tanto da comprendere molte migliaia di sostanze estremamente diverse fra loro (3), ma con alcune caratteristiche comuni. Infatti, il legame fra gli atomi di carbonio e quelli di fluoro è uno dei più forti esistenti nella chimica organica e il fluoro è caratterizzato da forte elettronegatività e da ridotte dimensioni atomiche. In ragione di ciò, la porzione perfluoroalchilica conferisce proprietà particolari alle molecole e ai materiali che ne sono formati: ad esempio, qualità eccezionali in termini di stabilità chimica e termica, idrorepellenza e oleorepellenza.

Grazie a queste qualità le PFAS sono state utilizzate in una vastissima gamma di prodotti industriali e commerciali: solo alcuni esempi sono costituiti da scioline, schiume antincendio, tessuti repellenti all'acqua e alle macchie, rivestimenti delle pentole antiaderenti, dispositivi medici, materiali di laboratorio, alcuni cosmetici e farmaci, imballaggi e rivestimenti per alimenti, pitture e vernici, rivestimenti antipolvere per apparecchi elettronici (4).

Tra le sostanze per-fluorurate, gli acidi perfluoroalchilici sono le molecole oggi più studiate in campo ambientale, per l'elevato indice di persistenza e diffusione nell'ambiente che alcune di queste presentano: tra queste ricordiamo, ad esempio, l'acido perfluoroottanoico ("PFOA"), l'acido perfluoroottansolfonico ("PFOS"), l'acido perfluorobutanoico ("PFBA") e l'acido perfluorobutansolfonico ("PFBS").

Le medesime qualità sopra descritte presentano declinazioni negative in termini ambientali, se associate a una portata tossica per l'uomo e/o per gli ecosistemi: una grande resistenza alla degradazione sia fisica, sia biologica, con conseguente elevata durata e permanenza nelle matrici ambientali (caratteristica che ha meritato loro la denominazione di "*forever chemicals*" o di "inquinanti eterni"), capacità di ampia dispersione nell'ambiente e di bioaccumulazione negli organismi viventi.

Proprio queste caratteristiche evidenziano la rilevanza di un ulteriore dato fattuale: la tossicità di talune delle PFAS e la graduale scoperta della stessa. Come si vedrà nel prosieguo, infatti, tale profilo assume rilievo centrale nella definizione sia degli obblighi dei soggetti che immettono tali sostanze nell'ambiente e delle connesse responsabilità, sia dell'azione delle Pubbliche Amministrazioni competenti a governare i procedimenti di bonifica.

Il tema della tossicità delle PFAS è estremamente discusso (essendo fra l'altro *sub iudice* in numerosi procedimenti, e segnatamente in sede penale avanti il Tribunale di Vicenza).

Naturalmente in questa sede non è possibile né pertinente entrare nel merito delle caratteristiche tossicologiche delle PFAS (per essere più precisi, di talune di esse, considerati l'elevatissimo numero e l'estrema eterogeneità delle stesse); rileva piuttosto analizzare i profili temporali dell'emergere della percezione del rischio sanitario e ambientale connesso a

Piemonte, Sez. I, 22 gennaio 2018, n. 99 ha ritenuto legittimo il giudizio negativo di compatibilità ambientale proprio in ragione delle peculiari caratteristiche delle "aree di ricarica", in quanto "il principio di precauzione fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, ponendo una tutela anticipata rispetto alla fase dell'applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione; l'applicazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche nei casi in cui i danni siano poco conosciuti o solo potenziali". La pronuncia è stata confermata da Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2019, n. 6928 e da Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 1489. La definizione giuridica di area di ricarica è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. c), D.Lgs. 23 febbraio 2023, n. 18.

(3) Il novero di tali sostanze è ancora non ben definito; secondo il database sulla tossicità dell'Agenzia per la Protezione dell'Ambiente degli Stati Uniti (EPA), si tratterebbe di oltre quattordicimila sostanze: cfr. *https://comptox.epa.gov/dashboard/chemical-lists/PFASSTRUCT*; minore è il numero individuato dall'Agenzia Europea per l'Ambiente (EEA): *https://www.eea.europa.eu/publications/emerging-chemical-risks-in-europe/emerging-chemical-risks-in-europe*.

(4) Cfr. ISPRA, *Indirizzi per la progettazione delle reti di monitoraggio delle sostanze perfluoroalchiliche (PFAS) nei corpi idrici superficiali e sotterranei,* in *https://www.isprambiente.gov.it/it/pubblicazioni/rapporti/indirizzi-perla-progettazione-delle-reti-di-monitoraggio-delle-sostanze-perfluoroalchiliche-pfas-nei-corpi-idrici-superficiali-e-sotterranei*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tale famiglia di composti chimici e della definizione dei fattori alla base di tale rischio.

A tal fine pare corretto considerare la questione in termini non locali, bensì globali. Emerge allora che seri elementi nel senso della sussistenza di rischi sanitari e ambientali riferibili alle PFAS erano da tempo emersi negli Stati Uniti, tanto che la prima *class action* relativa al danno alla salute connesso all'uso di acqua potabile contaminata da PFOA fu intentata già nel 2001. Tale azione è stata conclusa nel 2004 allorché l'impresa produttrice del PFOA accettò di pagare trecento milioni di dollari in via transattiva (5).

Sempre nel 2004 l'EPA ha citato in giudizio la medesima impresa produttrice per aver celato informazioni che rivelavano un rischio sostanziale per la salute umana e per l'ambiente derivante dal PFOA; anche tale controversia si chiuse con un accordo transattivo e il pagamento di un'ingente somma.

Gli studi e le ricerche sugli effetti tossici delle PFAS sono proseguiti negli anni successivi, evidenziando i rischi sanitari e ambientali con sempre maggiore precisione, fino a due sviluppi recenti, estremamente significativi: nel novembre 2023 l'Agenzia Internazionale per la Ricerca sul Cancro (IARC) ha valutato la cancerogenicità del PFOA e del PFOS, classificando il PFOA come cancerogeno per gli esseri umani (Gruppo 1) e il PFOS come possibilmente cancerogeno per l'uomo (Gruppo 2b); nel mese di maggio 2024 l'EPA ha incluso il PFOA e il PFOS, compresi i loro sali e isomeri strutturali, come sostanze pericolose ai sensi della normativa statunitense sulla bonifica dei siti contaminati, il Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA), in quanto essi possono presentare un pericolo sostanziale per la salute pubblica o il benessere umano o l'ambiente (6).

Certamente di rilievo è l'ampia e dettagliata motivazione di tale ultimo - rilevantissimo - provvedimento, nella quale si legge, fra l'altro: "le informazioni disponibili indicano che l'esposizione umana al PFOA e/o PFOS è collegata a un'ampia gamma di effetti nocivi sulla salute, tra cui effetti sullo sviluppo dei feti durante la gravidanza o ai neonati (ad esempio, riduzioni di peso alla nascita; pubertà accelerata; modificazioni dello scheletro), effetti sul fegato (ad es., danno ai tessuti), effetti immunitari (ad esempio, sulla produzione di anticorpi e sull'immunità) e altri effetti (ad esempio, cambiamenti del colesterolo). [...] Inoltre, le valutazioni sulla tossicità a sostegno del National Primary Drinking Water Regulation for PFAS (2024a) dell'EPA indicano che il PFOA e il PFOS possono causare effetti cancerogeni in esseri umani e animali (Barry et al., 2013; Bartell & Vieira, 2021; Goodrich et al., 2022; Shearer et al., 2021; Vieira et al., 2013). Nelle valutazioni finali della tossicità, l'EPA ha valutato il peso delle prove per i dati disponibili sul cancro e determinato che PFOA e PFOS sono probabilmente cancerogeni per l'uomo in coerenza con le Linee Guida per la Valutazione del Rischio Cancerogeno (U.S. EPA, 2005, 2024b, 2024c, 2024d). Inoltre, nel novembre 2023, l'Agenzia Internazionale per la Ricerca sul Cancro (IARC) ha valutato la cancerogenicità del PFOA e del PFOS e classificato il PFOA come cancerogeno per gli esseri umani (Gruppo 1) e il PFOS come possibilmente cancerogeno per l'uomo (Gruppo 2b) (Zahm, et al., 2023). I rischi di effetti negativi sulla salute sono aggravati dal fatto che PFOA e PFOS sono persistenti nell'ambiente, il che può causare un'esposizione a lungo termine".

Senza poter ricostruire in questa sede il lungo, amplissimo e articolato percorso scientifico sulle PFAS, va sinteticamente osservato che la progressiva acquisizione di conoscenza circa la pericolosità delle medesime ha condotto a risultati decisamente recenti in termini di definizione del rischio per l'ambiente e per la salute umana in correlazione a concentrazioni e/o a

(5) Per un'ampia e dettagliata, seppur di parte, esposizione di tale contenzioso, cfr. R. Bilott, *Exposure. Poisoned water, corporate greed and one lawyer's twenty-year battle against Du Pont*, London, 2020.

(6) Il provvedimento di designazione si può leggere in *https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2024-05-08/pdf/2024-08547.pdf* e reca un'ampia bibliografia scientifica sul tema, cui *adde ex multis* ISS, *Contaminazione da sostanze perfluoroalchiliche in Veneto: valutazione dell'esposizione alimentare e caratterizzazione del rischio. Relazione Finale*, 2019, in *https://sian.aulss9.veneto.it/index.cfm?method=mys.apridoc&iddoc=3191*; E. Batzella - P. Girardi - F. Russo - G. Pitter - F. Da Re - T. Fletcher - C. Canova, *Perfluoroalkyl substance mixtures and cardio-metabolic outcomes in highly exposed male workers in the Veneto Region: A mixture-based approach*, in *Env. Research*, 2022; E. Batzella - J. Zare - M. Jeddi - G. Pitter - F. Russo - T. Fletcher - C. Canova, *Associations between Mixture of Perfluoroalkyl Substances and Lipid Profile in a Highly Exposed Adult Community in the Veneto Region*, in *Int J Environ Res Public Health*, 2022; A. Di Nisio - M. Pannella - S. Vogiatzis - S. Sut - S. Dall'Acqua - M. S. Rocca - A. Antonini - A. Porzionato - R. De Caro - M. Bortolozzi - L. De Toni - C. Foresta, *Impairment of human dopaminergic neurons at different developmental stages by perfluoro-octanoic acid (PFOA) and differential human brain areas accumulation of perfluoroalkyl chemicals*, in *Env.* International, 2022; EEA, *Emerging chemical risks in Europe - PFAS*, 2019, in *https://www.eea.europa.eu/publications/emerging-chemical-risks-in-europe*; E. Dellatte - G. Brambilla - S.P. De Filippis - A. di Domenico - D. Hertze - J. Hajslova - C. Eschauzier - W. D'Hollander G. Heinemeyer - S. Klenow - W. De Voogt, *Intake of selected PFAS in the Italian general population*, in *32. International Symposium on Halogenated Persistent Organic Pollutants (Dioxin 2012). Proceedings*, 2012.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dati quantitativi condivisi dalla comunità scientifica, o quanto meno da enti di indiscussa autorevolezza internazionale, quali lo IARC e l'EPA (7).

La frammentaria, progressiva e incompiuta ricerca di valori di concentrazione e di standard di qualità per le PFAS

Ancor più graduale e tuttora, almeno in parte, *in itinere* è l'individuazione dal punto di vista giuridico delle concentrazioni delle PFAS nelle varie matrici ambientali cui sono associabili o escludibili i suddetti rischi, e ciò con particolare riguardo alle acque (superficiali, sotterranee e sotterranee profonde, potabili) che si è compreso essere il principale vettore di tali sostanze, direttamente o tramite la bioaccumulazione negli organismi vegetali e animali alla base dell'alimentazione umana.

Limitandoci al solo ordinamento nazionale e solo ad alcuni esempi relativi alle matrici ambientali idriche, si può osservare che per quanto concerne le acque potabili, il già menzionato D.Lgs. n. 18/2023, nell'Allegato I ha determinato i requisiti minimi per poter considerare come salubre l'acqua destinata al consumo umano. Con riguardo alle PFAS, detto Allegato I ha individuato due valori di concentrazione: 0,50 µg/l per il parametro "PFAS Totale" e 0,10 µg/l per il parametro "Somma di PFAS". L'Autorità sanitaria locale preposta al controllo della qualità delle acque destinate al consumo umano, sentita l'autorità sanitaria regionale e l'ISS, può adottare valori più restrittivi in specifiche circostanze territoriali, tenuto conto in particolare dell'esposizione pregressa alle sostanze per- e polifluoroalchiliche della popolazione interessata (8).

In riferimento alla qualità delle acque sotterranee, il D.M. 6 luglio 2016 ha previsto, nella Tabella 3, determinati valori soglia, il cui superamento, in qualsiasi punto di monitoraggio, è indicativo del rischio che non siano soddisfatte una o più condizioni concernenti il buono stato chimico delle acque sotterranee di cui all'art. 4, comma 2, lett. c), punti 1, 2 e 3, D.Lgs. 16 marzo 2009, n. 30. Detti valori soglia si applicano ai corpi idrici sotterranei che alimentano i corpi idrici superficiali e gli ecosistemi terrestri dipendenti. Le regioni, sulla base di una conoscenza approfondita del sistema idrologico superficiale e sotterraneo, possono applicare a tali valori fattori di attenuazione o diluizione. In assenza di tale conoscenza, si applicano i valori di cui alla medesima colonna. In riferimento alle PFAS sono stati individuati alcuni valori soglia principali, fra i quali 0,5 $\mu g/l^{-1}$ per il PFOA e 0,03 $\mu g/l^{-1}$ per il PFOS. Per quanto riguarda le acque superficiali, il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, come modificato dal D.Lgs. 13 ottobre 2015, n. 172, ha introdotto standard di qualità ambientale per varie PFAS, fra cui 0,5 µg/l (come media annua) per il PFOA nelle acque superficiali interne e 0,02 µg/l (come media annua) per il PFOA nelle altre acque superficiali.

Non sono stati, invece, individuate a livello normativo le concentrazioni soglia di contaminazione ("CSC") relative alle PFAS. A livello amministrativo, con il parere 3994 DAS 01.00 del 7 febbraio 2018 l'Istituto Superiore di Sanità ("ISS") ha stabilito CSC per alcune delle PFAS: ad esempio, per il PFOA le concentrazioni di riferimento di 0,96 mg/kg per i suoli a destinazione verde e residenziale; di 15 mg/kg per i suoli ad uso commerciale o industriale e di 0,5 µg/l per le acque sotterranee; per il PFOS PFOA le concentrazioni di riferimento di 0,96 mg/kg per i suoli a destinazione verde e residenziale; di 15 mg/kg per i suoli ad uso commerciale o industriale e di 0,03 µg/l per le acque sotterranee. Il parere specifica che detti "valori sono stati derivati sulla base di valutazioni di tipo sanitario e sono riferibili unicamente ai territori oggetto di richiesta". I suddetti valori di CSC sono stati poi proposti nella "Banca Dati Bonifiche" dell'ISS.

La sintetica ricostruzione che precede, pur nella sua limitatezza, consente di evidenziare che il percorso di individuazione dei valori limite di concentrazione e

(7) Quale esempio paradigmatico dell'evoluzione nella percezione del rischio in correlazione alle concentrazioni e, più in generale, ai dati quantitativi, si può citare il fatto che nel 2008, l'EFSA ha individuato una dose giornaliera tollerabile di 150 ng/kg/giorno per il PFOS e di 1500 ng/kg/giorno per il PFOA (parere 21 febbraio 2008, in *https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.2903/j.efsa.2008.653*). Per un individuo adulto di 70 kg, questa dose equivale all'assunzione di 2 litri d'acqua al giorno ad una concentrazione di 5,25 µg /l di PFOS e di 52,5 µg /l di PFOA. L'EFSA ha aggiornato la propria valutazione con un nuovo parere nel settembre 2020 che definisce una dose settimanale tollerabile di gruppo per PFOA, PFOS, PFNA e PFHxS, posta cumulativamente pari a 4,4 ng/kg/settimana: ciò significa che la dose tollerabile è stata abbassata di 240 volte per il PFOS e di 2400 volte per il PFOA.

(8) Per "PFAS - totale" si intende la totalità delle sostanze per- e polifluoroalchiliche. Tale valore di parametro si applica esclusivamente dopo l'elaborazione di orientamenti tecnici per il monitoraggio di tale parametro in conformità dell'art. 12, comma 9. Per "somma di PFAS" si intende la somma di tutte le sostanze per- e polifluoroalchiliche ritenute preoccupanti per quanto riguarda le acque destinate al consumo umano di cui al punto 3 della Parte B, dell'Allegato III al D.Lgs. n. 18/2023. Si tratta di un sottoinsieme di sostanze "PFAS - totale" contenenti un Gruppo perfluoroalchilico con tre o più atomi di carbonio o un Gruppo perfluoroalchiletere con due o più atomi di carbonio. Le regioni e province autonome possono decidere di utilizzare uno o entrambi i parametri "PFAS - totale" o "Somma di PFAS".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

degli *standard* di qualità relativi alla presenza delle PFAS nelle matrici ambientali, e segnatamente nelle acque, è ancora all'inizio. Innanzitutto, perché è stato condotto solo con riguardo a pochissimi composti riconducibili alle PFAS; in secondo luogo, perché sono stati elaborati valori non coordinati fra loro e non riconducibili a una ricostruzione scientifica sistematizzata a livello globale.
Il quadro che ne risulta per l'interprete a livello giuridico è in evoluzione; allo stato, incompleto e poco organico.

La fattispecie concreta e il *thema decidendum* della sentenza in rassegna

Alla luce di quanto precede può essere meglio contestualizzato il *thema decidendum* della sentenza in rassegna.
M. S.p.a. aveva commissionato indagini ambientali sull'area sin dal 1990. Nel 2004 venivano individuati nelle acque sotterranee alcuni composti organici fluorurati ("BTF") riconducibili alle lavorazioni storicamente svolte nello stabilimento, in relazione alle quali venivano effettuati degli studi di analogia tossicologica e individuate concentrazioni soglia di contaminazione, evidenziandone saltuari superamenti.
Nel 2008 nelle acque sotterranee veniva per la prima volta ricercato e rinvenuto il perfluoroottanoato di ammonio ("APFO"), composto della famiglia dei PFOA, in concentrazioni superiori al "'valore di azione' stabilito dall'EPA di 0.5 µg/l".
A fronte di tali evidenze, secondo quanto ricostruito nel processo deciso con la sentenza in rassegna, nessuna comunicazione veniva effettuata alle autorità competenti in materia di bonifica dei siti contaminati.
Nel 2013, a seguito di alcune ricerche sperimentali svolte dal CNR per conto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, è stata riscontrata una presenza anomala di PFAS, e in particolare di PFOA, in diversi corpi idrici superficiali ed in alcuni punti di erogazione delle acque potabili nel territorio provinciale di Vicenza ed in alcune porzioni delle province di Padova e di Verona.
Dopo l'emersione di tali evidenze M. S.p.a., pur dichiarandosi non responsabile della contaminazione, ha effettuato la comunicazione di rinvenimento del PFOA nelle acque sotterranee e avviato il procedimento di bonifica spontaneamente, ovverosia in qualità di soggetto interessato non responsabile, ai sensi dell'art. 245, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006.
In questo articolato quadro fattuale la Provincia di Vicenza ha individuato, ai sensi dell'art. 244, D.Lgs. n. 152/2006, i responsabili dell'inquinamento per avere condotto nel sito l'attività alla quale è imputabile l'origine o l'aggravamento della contaminazione riscontrata, ravvisandoli nella M. S.p.a., nelle società che nel tempo hanno ne hanno avuto il controllo societario nelle persone fisiche che hanno svolto il ruolo di legali rappresentanti o di delegati ambientali per conto delle società controllanti. La controversia decisa dalla sentenza in rassegna origina dall'impugnazione di tale provvedimento da parte della M. Corporation, una delle società controllanti.

Configurabilità della contaminazione e della connessa responsabilità in assenza dell'individuazione delle concentrazioni soglia di contaminazione

Fra i vari motivi di ricorso, la presente analisi si concentra - limitatamente ai profili di diritto amministrativo - su quello basato sul fatto che, per tutto il periodo in cui M. Corporation ha detenuto le partecipazioni societarie nella M. S.p.a., non erano previsti limiti legali di concentrazione delle PFAS, giacché essi sarebbero stati introdotti solo in via amministrativa tra il 2015 e il 2018 dall'Istituto Superiore di Sanità. Per tale ragione, il provvedimento di individuazione dei responsabili difetterebbe di un suo presupposto fondante.
L'argomento riveste indubbio interesse perché, tradotto, in termini generali conduce all'affermazione che non siano configurabili una potenziale contaminazione e le connesse responsabilità in assenza della determinazione della CSC, definite come segue dall'art. 240, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 152/2006: "i livelli di contaminazione delle matrici ambientali che costituiscono valori al di sopra dei quali è necessaria la caratterizzazione del sito e l'analisi di rischio sito specifica, come individuati nell'Allegato 5 alla parte quarta del presente decreto. Nel caso in cui il sito potenzialmente contaminato sia ubicato in un'area interessata da fenomeni antropici o naturali che abbiano determinato il superamento di una o più concentrazioni soglia di contaminazione, queste ultime si assumono pari al valore di fondo esistente per tutti i parametri superati". Come noto, l'Allegato 5 al Titolo V della Parte IV del D.Lgs. n. 152/2006 reca due tabelle, una delle quali relativa alle matrici suolo e sottosuolo e l'altra alle acque sotterranee. Le PFAS non sono contemplate in nessuna delle due.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le CSC paiono rivestire un ruolo essenziale nella determinazione del perimetro di applicabilità della disciplina in materia di siti contaminati di cui al suddetto Titolo V.
Tanto si evince, innanzitutto, dalla stessa nozione di sito potenzialmente contaminato, che delimita il campo di applicazione oggettivo delle procedure di bonifica; infatti, l'art. 240, comma 1, lett. d) lo definisce come "un sito nel quale uno o più valori di concentrazione delle sostanze inquinanti rilevati nelle matrici ambientali risultino superiori ai valori di concentrazione soglia di contaminazione (CSC), in attesa di espletare le operazioni di caratterizzazione e di analisi di rischio sanitario e ambientale sito specifica, che ne permettano di determinare lo stato o meno di contaminazione sulla base delle concentrazioni soglia di rischio (CSR)".
Anche i poteri-doveri della Pubblica Amministrazione di individuazione del soggetto responsabile sono circoscritti dal superamento delle CSC: ai sensi del successivo art. 244, comma 1, "le pubbliche amministrazioni che nell'esercizio delle proprie funzioni individuano siti nei quali accertino che i livelli di contaminazione sono superiori ai valori di concentrazione soglia di contaminazione, ne danno comunicazione alla regione, alla provincia e al comune competente" e, conseguentemente, ai sensi del comma 2, la provincia o la Città Metropolitana competenti per territorio, ricevuta la comunicazione di cui al comma 1, svolgono le opportune indagini volte ad identificare il responsabile dell'"evento di superamento" e lo diffidano a provvedere in relazione alla potenziale contaminazione.
Analoga struttura normativa è stata adottata per configurare gli obblighi del soggetto responsabile. Infatti, l'art. 242, D.Lgs. n. 152/2006 esordisce al comma 1 facendo riferimento al verificarsi di un evento che sia in grado di determinare una potenziale contaminazione del sito, e si è visto che tale nozione è incentrata sul superamento della CSC. Al verificarsi di un tale evento - o dell'individuazione di contaminazioni storiche che possano ancora comportare rischi di aggravamento di una situazione di contaminazione - il soggetto responsabile, effettuate le comunicazioni previste dalla norma e adottate le misure di prevenzione eventualmente necessarie, ai sensi del comma 2 svolge un'indagine preliminare sui parametri oggetto dell'inquinamento e, "ove accerti che il livello delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) non sia stato superato" conclude il procedimento con apposite comunicazioni e autocertificazione di tale esito; qualora, invece, l'indagine preliminare di cui al comma 2 "accerti l'avvenuto superamento delle CSC anche per un solo parametro", ai sensi del comma 3 il responsabile ne dà immediata notizia al comune ed alle province competenti per territorio con la descrizione delle misure di prevenzione e di messa in sicurezza di emergenza adottate, per poi procedere al procedimento di bonifica secondo la scansione delineata dai commi successivi.
Sono, infine, determinati simmetricamente gli obblighi del proprietario e del gestore dell'area non responsabili (c.d. "incolpevoli"): ai sensi dell'art. 245, comma 2, fatti salvi gli obblighi del responsabile della potenziale contaminazione di cui all'art. 242, il proprietario o il gestore dell'area "che rilevino il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC)" devono darne comunicazione alla regione, alla provincia ed al comune territorialmente competenti e attuare le misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'art. 242.
In conclusione, sul punto, pare di poter ritenere che il Legislatore abbia inteso fondare la definizione del campo di applicazione sia oggettivo sia soggettivo della disciplina dei siti contaminati su un presupposto fattuale ben determinato: il superamento delle CSC.
Appare, tuttavia, evidente il limite di tale impostazione se riferita ad un approccio "tabellare", ovverosia al solo novero delle sostanze espressamente elencate nelle suddette due tabelle di cui all'Allegato 5 al Titolo V della Parte IV del D.Lgs. n. 152/2006. Appartiene, infatti alla comune esperienza la consapevolezza della continua introduzione nelle attività umane di nuove sostanze suscettibili di produrre effetti negativi sull'ambiente o sulla salute umana, ma anche della scoperta di impatti ambientali o sanitari prima non conosciuti di sostanze o materiali utilizzati da molto tempo. Il caso delle PFAS è emblematico di entrambe le tipologie di situazione, ma gli esempi sono, purtroppo, assai numerosi. Il mero riferimento a un elencazione espressa di sostanze, tanto più statica in quanto contenuta in una fonte normativa di rango primario e dunque non modificabile con semplici atti amministrativi o regolamentari, è dunque chiaramente inadeguata a garantire un'effettiva tutela dell'ambiente e della salute umana, oltre a discostarsi nettamente dall'impostazione del paradigma euro-unitario di riferimento, costituito dalla Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Probabilmente conscio di tale limite, il Legislatore ha aggiunto una nota in calce alla tabella relativa alle CSC per le matrici suolo e sottosuolo, ai sensi della quale "in tabella sono selezionate, per ogni categoria chimica, alcune sostanze frequentemente rilevate nei siti contaminati. Per le sostanze non esplicitamente indicate in Tabella i valori di concentrazione limite accettabili sono ricavati adottando quelli indicati per la sostanza tossicologicamente più affine". La disposizione in oggetto introduce, dunque, il potere (ma anche il dovere) di procedere all'individuazione delle CSC relative a sostanze assenti in tabella ma ritenute potenzialmente pericolose per l'ambiente o per la salute umana in base al criterio della "affinità tossicologica".

Pare di poter sostenere che la tecnica normativa adottata sia, tuttavia, alquanto carente: sia perché analoga nota non risulta presente in calce alla tabella recante le CSC per le acque sotterranee, sia in quanto non viene minimamente disciplinato il procedimento di determinazione delle "nuove" CSC, né in relazione ai profili soggettivi né in relazione alle metodologie da seguire.

Si pongono, pertanto, numerose questioni interpretative.

La prima è costituita dall'applicabilità di tale potere-dovere anche alla matrice acque-sotterranee, in assenza di un'esplicita previsione normativa in tal senso. Essa è stata risolta dalla giurisprudenza amministrativa e dal Consiglio di Stato in sede giustiziale nel senso di ritenere che l'allegato 5 al Titolo V della Parte Quarta del D.Lgs. n. 152/2006 ponga il criterio dell'affinità tossicologica in relazione a tutti le matrici ambientali, giungendo a tali conclusioni per ragioni di carattere logico-sistematico, essendo l'opposta soluzione palesemente irragionevole (9). Va notato che la medesima soluzione interpretativa era stata sostenuta, dopo alcune iniziali incertezze, anche in relazione all'Allegato I al D.M. n. 471/1999, attuativo del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, che era caratterizzato da un dato letterale anch'esso formalmente riferibile alla sola tabella relativa alle matrici suolo e sottosuolo (10). La sentenza in rassegna si pone in continuità con tale orientamento.

Una seconda questione ermeneutica di grande rilievo concerne la riferibilità soggettiva del potere-dovere in questione al soggetto responsabile dell'introduzione dei "nuovi inquinanti" nell'ambiente e - almeno per quanto riguarda gli obblighi di comunicazione e di adozione delle misure di prevenzione - anche ai proprietari e gestori incolpevoli, oppure alla Pubblica Amministrazione competente sul procedimento di bonifica.

L'indirizzo giurisprudenziale nettamente prevalente ha optato per la seconda soluzione (11).

Essa appare effettivamente condivisibile, in quanto l'esigenza di prevenire gli impatti ambientali e sanitari dei "nuovi inquinanti" richiede un'attività condotta a livello generale e sull'intero territorio nazionale, svolta in modo sistematico e scientificamente condiviso dagli enti pubblici a vario titolo competenti, tanto a livello centrale quanto a livello locale, primi fra tutti il Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente, l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale, l'ISS.

L'analisi dei nuovi inquinanti e della loro affinità tossicologica con quelli in relazione alle quali siano già state individuate delle CSC (tabellari o meno) deve, dunque, necessariamente avvenire in via generale e preventiva da parte delle pubbliche autorità competenti.

In tale prospettiva, che deve essere fortemente improntata ai principi di precauzione e di prevenzione, è peraltro necessaria una prospettiva di cooperazione internazionale. In tal senso il caso delle PFAS è emblematico, in quanto sono palesi i vantaggi che sarebbero derivati da una tempestiva assimilazione scientifica dell'esperienza statunitense da parte delle autorità nazionali.

Ciò non esclude, naturalmente valutazioni sito-specifiche sulla base di situazioni particolari in ragione di una pluralità di fattori, fra i quali - ad esempio - possono essere menzionati la diffusione degli inquinanti, la sovrapposizione rispetto ad altri fenomeni di

(9) Cons. Stato, Sez. I, 6 marzo 2019, n. 763, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/*. In dottrina, in senso critico, si vedano F. Peres, *Sostanze inquinanti non tabellate: l'individuazione di quella tossicologicamente più affine*, in *https://rgaonline.it/giurisprudenza/sostanze-inquinanti-non-tabellate-lindividuazione-di-quella-tossicologicamente-piu-affine/*, L. Prati, *Bonifica dei siti contaminati e sostanze non tabellate tra principio di precauzione e certezza del diritto*, in *https://www.ambientediritto.it/dottrina/bonifica-dei-siti-contaminati-e-sostanze-non-tabellate-tra-principio-di-precauzione-e-certezza-del-diritto/*, ove vengono illustrati orientamenti contrari più risalenti.

(10) Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2014, n. 2526; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2019, n. 2346; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 16 marzo 2015, n. 4224, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/*. Inizialmente in senso opposto cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 17 marzo 2007, n. 1297, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/*, sulla base della considerazione secondo cui non appare ammissibile una applicazione analogica di una disposizione che, a sua volta, autorizza l'interprete ad estendere analogicamente una diversa disposizione.

(11) Cons. Stato, Sez. I, 6 marzo 2019, n. 968; Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2014, n. 2526; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 16 marzo 2015, n. 4224, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

contaminazione, le peculiarità geomorfologiche del territorio interessato, etc.

Non appare invece ammissibile, in una prospettiva di interpretazione logico-sistematica della disciplina normativa dei siti contaminati, che la determinazione delle nuove CSC possa essere considerata come rimessa all'iniziativa o costituire un obbligo dei soggetti a vario titolo tenuti ad attivarsi in occasione della (già) avvenuta immissione nell'ambiente dei "nuovi inquinanti" medesimi o dell'imminente pericolo di siffatta immissione.

Quanto precede non significa, naturalmente, escludere la sussistenza di obblighi di diligenza e di trasparenza in capo alle imprese.

Al contrario, come condivisibilmente rilevato dalla sentenza in rassegna, e più in generale dalla giurisprudenza, il principio di precauzione - il cui rispetto è imposto a tutti i soggetti dell'ordinamento dall'art. 3-*ter*, D.Lgs. n. 152/2006 - conduce a ritenere sussistenti l'obbligo di non immettere consapevolmente o negligentemente nelle matrici ambientali elementi chimici per i quali non sono ancora state fissate normativamente le CSC ma siano comunque ravvisabili elementi seri e oggettivi che - pur ancora in quadro di incertezza scientifica - possano far ipotizzare profili di pericolosità per l'ambiente e la salute umana e a configurare altresì un onere di comunicazione alle autorità in caso di dispersione accidentale (12).

Infatti, il principio di precauzione, posto dall'art. 191 TFUE e recepito da ulteriori fonti euro-unitarie e dai singoli ordinamenti nazionali (in particolare, a livello italiano, dal sopramenzionato art. 3-*ter*, D.Lgs. n. 152/2006 e dall'art. 301, D.Lgs. n. 152/2006) obbliga a tenere comportamenti appropriati al fine di scongiurare i rischi per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate a livello scientifico l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e/o prima che subentrino più avanzate tecniche di valutazione e di contrasto dei medesimi: si tratta, quindi, di una forma di tutela anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (13).

Come ben chiarito dalla Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee sul principio di precauzione, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dalla giustizia amministrativa italiana, le principali condizioni di applicazione del principio di precauzione sono: (i) la sussistenza di indicazioni ricavate da una valutazione scientifica oggettiva che consentano di dedurre ragionevolmente l'esistenza di un rischio per l'ambiente o la salute umana; (ii) una situazione di incertezza scientifica oggettiva che riguardi l'entità o la gestione del rischio, tale per cui non possano determinarsene con esattezza la portata e gli effetti (14).

L'azione precauzionale è pertanto giustificata "solo quando vi sia stata l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi (rischio) sulla base di dati scientifici, seri, oggettivi e disponibili, nonché di un 'ragionamento rigorosamente logico' e, tuttavia, permanga un'ampia incertezza scientifica sulla 'portata' del suddetto rischio" (15).

La valutazione scientifica del rischio deve essere preceduta - logicamente e cronologicamente - dall'"identificazione di effetti potenzialmente negativi

(12) Sul principio di precauzione, nell'ambito di una letteratura vastissima, R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in R. Ferrara (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, Torino, 2006, 1 ss.; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018; D. Steel, *Philosophy and the Precautionary Principle. Science, Evidence, and Environmental Policy*, Cambridge, 2015; C. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals. Expert Evidence; Burden of Proof and Finality*, Cambridge, 2011; C.R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, 2005, trad. it., *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2005; Commissione delle Comunità Europee, *Sul principio di precauzione*, Comunicazione COM(2000) 1 final, Bruxelles, 2 febbraio 2000, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&from=IT*. In giurisprudenza, un'approfondita e organica ricostruzione del principio è offerta da Cons. Stato, Sez. IV, 5 agosto 2024, n. 6966 in *https://www.giustizia-amministrativa.it/*.

(13) *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525; Cons. Stato, Sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/*. Secondo T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 5 maggio 2019, n. 1502, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/*la base scientifica del principio di precauzione non è data da leggi universali di copertura, ma da leggi scientifiche aventi carattere statistico o probabilistico.

(14) Commissione delle Comunità Europee, Sul principio di precauzione, cit.; in termini, Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655. Sul punto è consolidata la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: cfr. ad es. Corte di Giustizia UE, Sez. VI, 10 aprile 2014, in causa C-269/13, Acino AG contro Commissione europea; Corte di Giustizia UE, Sez. X, 28 marzo 2019, in causa C-487/17, Verlezza et al., in *https://curia.europa.eu/* . Lo stesso art. 301, D.Lgs. n. 152/2006 precisa che l'applicazione di tale principio "concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva".

(15) Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655, cit., che rileva come "la costante giurisprudenza ha ritenuto che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano lungo il segnalato percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi - carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 6250/2013; Cons. Giust. Amm. Sicilia Sez. Giurisd., n. 581/2015; Cons. Stato, sez. IV, n. 1240/2018".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

derivanti da un fenomeno" e comprende, essenzialmente, quattro componenti: l'identificazione del pericolo, la caratterizzazione del pericolo, la valutazione dell'esposizione e la caratterizzazione del rischio. Essa consiste, dunque, in un processo scientifico che deve necessariamente spettare a esperti scientifici (16).

Sul piano dell'applicazione alle singole fattispecie concrete, va osservato che il principio di precauzione non si può, di regola, tradurre in un sistematico azzeramento di qualunque rischio, perché ciò non risponderebbe al principio di proporzionalità: "nel [...] bilanciamento delle più opportune iniziative di contenimento del rischio, la scelta del c.d. 'rischio zero' entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure 'congrue rispetto al livello prescelto di protezione' ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti: dunque, non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano 'una risposta proporzionale al rischio potenziale', potendosi configurare situazioni e contesti specifici che rendono una tale strategia inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva. In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità, la Commissione suggerisce di modulare l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati, sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di 'revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici'" (17).

L'applicazione del principio di precauzione risulta, invece, pienamente rispondente al principio di proporzionalità allorché una valutazione istruttoria, quanto più possibile completa e oggettiva, evidenzi l'esistenza di un rischio specifico e le misure prospettate (ad esempio, l'utilizzo o la dispersione nell'ambiente di determinate sostanze chimiche) si configurino come idonee, strettamente necessarie e non eccessivamente pregiudizievoli per gli interessi contrapposti, rispetto alla gravità del rischio paventato.

Naturalmente, qualora quest'ultimo sia particolarmente grave, l'inibizione delle attività umane suscettibili di concretizzarlo è non solo pienamente legittima, ma assolutamente doverosa. La proporzione è, infatti, in questo caso, riferita all'entità del rischio, purché ipotizzato su dati scientifici, seri, oggettivi e disponibili, nei sensi sopra esposti.

Per quanto riguarda il rispetto del principio di precauzione in relazione alla tematica qui analizzata, paiono dunque assumere rilievo particolarmente significativo la conoscenza e la conoscibilità dei dati scientifici sui potenziali rischi generati dai "nuovi inquinanti" (nella duplice accezione già evidenziata) e del dibattito scientifico in corso, che - per quanto concerne le PFAS - è stato particolarmente ampio, approfondito e prolungato, come accennato nei paragrafi precedenti.

Al riguardo non si può, tuttavia, esimersi dall'evidenziare una potenziale asimmetria fra i produttori dei "nuovi inquinanti", o comunque i gestori dei processi da cui essi originano, e i proprietari e i gestori incolpevoli dei siti interessati. In linea generale e di principio, infatti, i primi possono disporre più agevolmente dei dati tecnici e scientifici necessari a percepire l'esistenza e i potenziali impatti dei nuovi inquinanti, il che non necessariamente avviene, o avviene indirettamente e con maggiore gradualità, in relazione ad altri soggetti.

Da un punto di vista più generale, pare necessaria un'approfondita definizione, da parte della dottrina e della giurisprudenza, degli obblighi di diligenza, trasparenza e precauzione riferibili ai vari soggetti coinvolti nell'emergere delle problematiche legate ai "nuovi inquinanti". In tale prospettiva, assume un rilievo centrale il principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate, ampiamente trattato dalla sentenza in rassegna.

Ai fini dell'individuazione del soggetto obbligato alle operazioni di messa in sicurezza, di bonifica e/o di ripristino ambientale dei siti contaminati la giurisprudenza amministrativa è, infatti, ormai da tempo orientata ad applicare i principi sostanzialistici elaborati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di concorrenza, affermando una concezione sostanzialistica di impresa, nel senso che per le attività poste in essere dalle società partecipate nell'ambito di un gruppo, la responsabilità si deve estendere anche alle società partecipanti e *holding* che siano titolari di poteri tali da evidenziare un rapporto di dipendenza e quindi escludere una sostanziale autonomia decisionale delle controllate (18).

(16) Cons. Stato, Sez. IV, 5 agosto 2024, n. 6966, cit.

(17) Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655, cit.; sull'esigenza di applicare i principi di precauzione e di proporzionalità in opportuno bilanciamento fra loro, nei diversi casi concreti, con specifico riferimento alla tematica delle PFAS, L. Ugolini, *PFAS, tra flessibilità dell'ordinamento e necessità di una disciplina normativa*, in *https://rgaonline.it/articoli/pfas-tra-flessibilita-dellordinamento-e-necessita-di-una-disciplina-normativa/*.

(18) Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2020, n. 2301, in *Ambiente & Sviluppo*, 2020, 479 ss., con nota di V. Cavanna, *Gruppi di imprese: responsabilità della controllante per l'inquinamento del sito cagionato dalla controllata*, secondo cui "la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Pare, infatti, evidente che l'applicazione di tali principi - già di per sé problematica in relazione alle normali attività di impresa suscettibili di determinare effetti ambientali, e tanto più in una prospettiva sistematica di inquadramento degli obblighi di bonifica nell'ambito della responsabilità civile dell'impresa - assuma connotazioni peculiari in relazione all'emersione di effetti ambientali e sanitari nuovi, non ancora acquisiti al normale patrimonio conoscitivo aziendale.
Va, comunque, rilevato che, una volta determinate le CSC, gli obblighi di bonifica si applicano pacificamente, anche alle contaminazioni storiche suscettibili di generare ancora effetti negativi sull'ambiente o sulla salute, come previsto dall'art. 242, comma 1, D.Lgs. n. 152/2006, e pertanto le tematiche giuridiche riferite ai "nuovi inquinanti" perdono gran parte delle loro peculiarità, rientrando per il futuro nel canone.

Valutazione di affinità tossicologica e sindacato del Giudice amministrativo

Va rilevato che la valutazione di "affinità tossicologica" frequentemente presenta in sé un ineliminabile grado di fisiologica opinabilità.
Poiché tale valutazione assume - come si è detto - un ruolo centrale nel configurare gli obblighi di attivazione delle procedure in materia di siti contaminati e le relative responsabilità, diventa dunque essenziale analizzare, sia pure in estrema sintesi, la natura e i limiti del sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni scientifiche della Pubblica Amministrazione, il cui esito costituisce la base conoscitiva e valutativa indispensabile per poter correttamente impostare e risolvere il bilanciamento degli interessi e, quindi, per decidere legittimamente.
A tal riguardo, si può rilevare che risulta ormai in corso di graduale superamento il contrasto fra due opposti indirizzi della giustizia amministrativa, orientati l'uno al cosiddetto sindacato "intrinseco", l'altro al sindacato definito "estrinseco" (19).
Il primo orientamento, seppur maggiormente recente (20), pare ormai prevalente nella prassi giurisdizionale, anche se più nella sostanza di quanto non lo sia a livello enunciativo, e consiste nell'affermazione della possibilità, per il Giudice amministrativo, di valutare il percorso conoscitivo della Pubblica Amministrazione, anche alla stregua delle discipline tecniche e scientifiche da essa utilizzate, apprezzandone non solo l'illogicità manifesta ma anche l'erroneità oggettiva, per tale intendendosi l'inesatta applicazione delle leggi riconosciute dalla comunità scientifica e la conseguente errata ricostruzione degli elementi di fatto.
L'unico limite giustamente invalicabile rimane l'impossibilità per il Giudice di sostituire la propria visione a quella dell'Amministrazione nei giudizi tecnico-scientifici opinabili, dovendosi piuttosto limitare a verificare se la soluzione offerta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate che possono essere date a un determinato problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto.
Alla luce di tali coordinate interpretative, si preferisce oggi fare riferimento alla definizione di "sindacato, non sostitutivo, di attendibilità tecnico-scientifica" (21).

concezione sostanzialistica di impresa si è sviluppata a livello europeo nella materia della tutela della concorrenza, non esclude che lo stesso principio possa essere applicato ad altri settori, tra cui quello in esame, in cui, a fronte di una pluralità giuridica soggettive delle imprese facenti parte di un gruppo, può essere comunque individuata una identità economica del gruppo ed un conseguente beneficio derivante alla *holding* e, quindi, al gruppo nel suo insieme dall'attività di una controllata. Di qui - in presenza di una identità di *ratio*, che mira ad impedire la irresponsabilità della *holding* e, quindi, del gruppo unitariamente considerato quale conseguenza dell'attività di una controllata - il possibile *spill over* dei principi europei in materia di unità economica del gruppo alle altre materie in cui un beneficio economico per il gruppo unitariamente inteso può essere chiaramente percepito, come nel caso in cui la capogruppo abbia tratto comunque giovamento dalle attività poste in essere dalla controllata e, conseguentemente, sia legittimamente individuata come responsabile della contaminazione storica dell'ambiente e sia obbligata ad eseguire la bonifica". Nello stesso senso cfr. ad es. anche Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2022, n. 217, con commento di L. Prati, *L'estensione delle responsabilità ambientali ai soggetti che hanno il controllo giuridico della fonte di inquinamento*, in *https://rgaonline.it/giurisprudenza/lestensione-delle-responsabilita-ambientali-ai-soggetti-che-hanno-il-controllo-giuridico-della-fonte-di-inquinamento/*.

(19) Nell'ambito di una vasta letteratura, si vedano F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, Napoli, 2023; A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, in particolare 107 ss. per quanto concerne le tematiche ambientali; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss., il quale rileva come oggi non esista più alcuna giustificazione per una limitazione del sindacato del Giudice amministrativo in relazione a controversie involgenti tematiche tecnico-scientifiche, ovverosia per un'opzione processuale che precluda la verifica della corretta applicazione da parte della Pubblica Amministrazione del sapere al livello più elevato riscontrabile, in un dato momento, nella comunità scientifica.

(20) Si è affermato a partire da Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/*, come rileva M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3533 ss.

(21) F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Rass. it. Criminologia*, rileva come "l'approdo finale della giurisprudenza - superate alcune incomprensioni lessicali legate

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Naturalmente un siffatto sindacato può più facilmente svolgersi nei settori e nelle fattispecie in cui l'Amministrazione fa o deve fare ricorso a leggi tecniche o scientifiche caratterizzate da maggiore oggettività, come tali suscettibili di un riscontro empirico e di una posizione prevalente nell'ambito della comunità scientifica di riferimento.
Così è, normalmente, per le tematiche ambientali e sanitarie di cui si tratta in questa sede. Ad esempio, è stata ritenuta sindacabile la valutazione di assimilabilità tossicologica effettuata dall'ISS in relazione al metilterbutiletere ("MTBE") (22). Naturalmente, proprio in ragione della determinante importanza del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche e scientifiche di cui si tratta, risulta certamente auspicabile il ricorso diffuso alla consulenza tecnica d'ufficio, in analogia a quanto avviene nel processo civile e in quello penale (23).

Conclusioni

La pronuncia in rassegna, che si inserisce in un filone di sentenze coeve aventi ad oggetto la medesima vicenda, respinge la tesi di parte ricorrente secondo cui le CSC costituiscono il prerequisito per l'attivazione della procedura di bonifica e pertanto, poiché per tutto il periodo in cui essa ha detenuto le partecipazioni nella M. S.p.a. la legislazione applicabile in Italia non prevedeva CSC per le PFAS, non le si sarebbero potuti legittimamente riferire obblighi di comunicazione né di messa in sicurezza d'emergenza e di bonifica.
Il T.A.R. ha, infatti, ritenuto che l'art. 242, D.Lgs. n. 152/2006 imponga al responsabile dell'inquinamento un obbligo di comunicazione alle autorità competenti degli eventi potenzialmente in grado di contaminare un sito che, in forza del principio di precauzione, sussiste anche in relazione a sostanze per le quali non siano state determinate le concentrazioni soglia di contaminazione, purché ne sia nota la probabile pericolosità per l'ambiente e la salute umana.
In aggiunta a ciò, ha altresì statuito che, ai sensi dell'Allegato 5 al Titolo V della Parte IV del D.Lgs. n. 152/2006 sussista l'obbligo di determinare le concentrazioni soglia di contaminazione in relazione a tutte le matrici ambientali, anche con riguardo a sostanze non comprese nelle tabelle ivi riportate applicando in via analogica le concentrazioni soglia di contaminazione dettate per la sostanza tossicologicamente più affine.
Infine, ha concluso che la condotta omissiva consistente nella mancata comunicazione alle autorità competenti degli eventi potenzialmente in grado di contaminare un sito (anche) in relazione a sostanze per le quali non siano state determinate le CSC concentrazioni soglia di contaminazione, purché ne sia nota la probabile pericolosità per l'ambiente e la salute umana, assuma un'efficienza causale rispetto all'aggravamento della contaminazione, secondo il criterio del "più probabile che non". Infatti, ravvisando una risalente consapevolezza da parte della società ricorrente circa il rischio connesso alle sostanze in questione, ne ha tratto la conclusione che l'omissione della comunicazione dei fenomeni di dispersione nell'ambiente abbia impedito di fatto di avviare il procedimento di messa in sicurezza e/o di bonifica, procedimento che con un ragionevole grado di certezza avrebbe permesso tempestivamente di eliminare, o quantomeno di limitare efficacemente gli effetti pregiudizievoli dell'inquinamento in atto, sostanzialmente determinando

all'iniziale distinzione tra sindacato 'debole' e 'forte' - è stato quello di ammettere una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettivo e volitivo seguito dall'amministrazione: l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quello per cui, quando a un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. 'contestualizzazione' dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo 'intrinseco', che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto". Per il principio, in giurisprudenza, si veda ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 14 aprile 2023, n. 3793; *contra*, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2019, n. 2346, cit. Per un'applicazione di tali principi con specifico riguardo alle PFAS (in particolare, in relazione alla fissazione di valori-limite di emissione per le PFAS in sede di autorizzazione integrata ambientale), cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 aprile 2024, n. 2986.

(22) Cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. I, 6 marzo 2019, n. 763, cit.

(23) Sul tema F. Risso, *L'istruttoria come garanzia per un autentico sindacato della discrezionalità tecnica: problemi applicativi con particolare riferimento alla verificazione e alla consulenza tecnica*, in F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, cit.; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., 459, rimarca l'importanza del ricorso generalizzato alla consulenza tecnica d'ufficio, rilevando che "deve essere chiaro che la verifica di una valutazione di ordine tecnico-scientifico richiede normalmente competenze estranee a quelle proprie del giudice ed esige perciò, di regola, il sostegno della consulenza tecnica". Nello stesso senso M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, cit. Sul collegamento fra la rilevanza delle valutazioni tecnico-scientifiche nei procedimenti ambientali e il ruolo della consulenza tecnica d'ufficio, cfr. anche S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 217.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'aggravamento dell'inquinamento derivante dal perpetuarsi della dispersione delle sostanze contaminanti nell'ambiente.
Si tratta di conclusioni la cui correttezza nel caso concreto dipende in larga misura, almeno a parere di chi scrive, dal substrato fattuale della controversia, sulle quali non è dunque possibile effettuare alcuna considerazione in questa sede, ma che - astrattamente considerate - assumono comunque grande importanza teorica nel determinare il riparto di responsabilità in materia di "nuovi inquinanti".
Sotto tale profilo, rilevanti obblighi di diligenza sono stati riferiti ai soggetti privati responsabili dei cicli produttivi da cui sono scaturite le PFAS, il che risulta astrattamente condivisibile alla luce del principio di precauzione.
Tuttavia, non pare adeguatamente valorizzato il ruolo della pubbliche amministrazioni competenti in relazione all'attività di determinazione delle CSC per i "nuovi inquinanti", profilo che assume rilievo centrale, in quanto sembra di poter ritenere che l'esigenza di prevenire gli impatti ambientali e sanitari dei "nuovi inquinanti" medesimi richieda necessariamente anche una tempestiva attività condotta a livello generale e sull'intero territorio nazionale, svolta in modo sistematico e scientificamente condiviso dagli enti pubblici a vario titolo competenti, tanto a livello centrale quanto a livello locale.
L'inquinamento da PFAS costituirà probabilmente, negli anni a venire, uno dei temi più rilevanti della responsabilità civile - nell'ambito della quale vengono ormai prevalentemente ricondotti gli obblighi di bonifica dei siti contaminati (24) - in materia di contaminazione ambientale. Ciò a causa sia della diffusione estremamente ampia raggiunta da talune di tali sostanze nelle matrici ambientali in molti siti italiani ed europei, sia del continuo sviluppo di nuovi composti chimici riconducibili alla famiglia (si pensi, ad esempio, alla categoria denominata "GenX").
Tuttavia, il dibattito scientifico sugli impatti ambientali e sanitari di molti fra questi "nuovi inquinanti" è ancora aperto, e per conseguenza è tutt'altro che attestata (anzi, decisamente *in itinere*) l'attività valutativa scientifica della Pubblica Amministrazione in merito all'affinità tossicologica, alla determinazione delle CSC, all'individuazione dei valori-limite e degli *standard* di qualità necessari per l'effettività tanto dell'azione preventiva quanto di quella rimediale.
In un quadro tanto mobile quanto incerto, pare dunque essenziale che il Legislatore, la giurisprudenza e la dottrina scientifica offrano il rispettivo contributo nell'affinare ulteriormente i parametri di diligenza richiesti agli operatori privati e pubblici in relazione alle fattispecie di immissione nell'ambiente delle PFAS (non solo dei più noti PFOA e PFOS) e dei "nuovi inquinanti" in generale.

(24) Sul tema sia consentito rinviare a C. Vivani - E. Sordini, *Siti contaminati e responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 2022, 737 ss. Va evidenziato, tuttavia, che la sentenza in rassegna pare discostarsi dall'orientamento largamente prevalente, attribuendo natura pubblicistica e non aquiliana agli obblighi di messa in sicurezza e/o di bonifica dei siti contaminati; essa, infatti, afferma espressamente che essi "costituiscono degli strumenti pubblicistici tesi non a monetizzare la diminuzione del relativo valore, ma a consentire la messa in sicurezza ed il recupero materiale del bene a cura e spese del responsabile della contaminazione. In altri termini la disciplina della bonifica dei siti inquinati non è applicazione di una regola di responsabilità civile, ma piuttosto trattasi di una normativa in forza della quale, in virtù del principio 'chi inquina paga', tutti i soggetti che sono da ritenersi responsabili dell'inquinamento sono tenuti ad apprestare (per quanto qui di interesse) le misure di messa in sicurezza e bonifica del sito contaminato".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Osservatorio penale

a cura di Alessio Scarcella

Edilizia e urbanistica

Installazione di "case mobili" all'interno di un campeggio e qualificabilità delle stesse come nuove costruzioni

Cassazione Penale, Sez. III, 28 ottobre 2024, n. 39593

Le "case mobili", ove stabilmente e permanentemente ancorate al terreno mediante vere e proprie opere di urbanizzazione primaria, sono insuscettibili di essere comprese nel novero di quelle sottratte dalla legislazione statale e regionale al regime del permesso di costruire.

Il tema affrontato dalla Corte di cassazione con la sentenza in esame riguarda la questione della sottrazione al regime abilitativo delle c.d. case mobili. La vicenda processuale segue all'ordinanza del Tribunale che, pronunciando sull'istanza di riesame del decreto del Giudice per le indagini preliminari che, ritenuta la sussistenza indiziaria dei reati di cui all'art. 44, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 380 del 2001, e all'art. 181, comma 1, D.Lgs. n. 42 del 2004, aveva disposto il sequestro preventivo di 49 "case mobili" (12 delle quali destinate al personale stagionale operante nel campeggio), di una tettoia in acciaio di circa 120 metri quadri, di una struttura in legno in fase di costruzione e poggiante su platea in cemento destinata a proteggere un impianto di distribuzione dell'acqua a scopo irriguo e posta in adiacenza alle "case mobili" destinate al personale, annullando tale decreto limitatamente alle 12 "case mobili", alla tettoia e alla struttura in cemento, ricadenti nel territorio di un Comune, confermando nel resto il sequestro delle strutture fisicamente ricadenti nel territorio di un altro Comune. Ricorrendo in Cassazione, la difesa ne sosteneva l'erroneità, in particolare rilevando che le "case mobili" installate all'interno del campeggio, necessariamente collegate alle utenze e ai servizi fognari e idrici ma con allacci rimovibili in qualsiasi momento, non potevano essere considerate "nuove costruzioni" ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e), d.P.R. n. 380 del 2001; dell'art. 45, comma 2, L. R. Lombardia, n. 27 del 2015, e dell'art. 6, L. R. Lombardia n. 3 del 2018.
La Cassazione, nel disattendere la tesi difensiva, ha affermato il principio di cui sopra. In particolare, secondo la Suprema Corte era evidente la natura non precaria delle "case mobili", sostenuta dal Tribunale con plurimi argomenti (l'essere posizionate su blocchi di cemento, l'essere dotate di meccanismi di rotazione non poggianti sul terreno, di allaccio idrico mediante tubo rigido con innesto a vite, di sistemi di scarico delle acque reflue mediante tubi innestati e collegati alla rete interrata, di allaccio all'impianto di distribuzione del gas metano, di sistema di climatizzazione con pompa di calore posizionata sul terreno e collegata al modulo mediante tubi, di veranda tettoia, poggiata a terra ed avvitata al modulo). È stato piuttosto più volte affermato dalla Corte di cassazione che integra, anche successivamente alle modifiche dell'art. 3, comma 1, lett. e.5), d.P.R. n. 380 del 2001, operate dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, il reato di lottizzazione abusiva l'installazione di manufatti leggeri (nella specie, unità abitative mobili poste all'interno di un'area adibita a campeggio) nel caso in cui gli stessi, in quanto non amovibili e destinati a soddisfare bisogni non temporanei degli utilizzatori, risultino stabilmente collocati sull'area di sedime, non rispondendo pertanto al requisito, richiesto per la sottrazione al regime di controllo edilizio, di precarietà strutturale e funzionale, così da trasformarsi, di fatto, in beni immobili (Cass. Pen., Sez. III, 15 giugno 2022, n. 36552, C., in *CED*, 283590-01; nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 8970, S., in *CED*, 275929-01, secondo cui integra il reato di lottizzazione abusiva la realizzazione, all'interno di un'area adibita a campeggio, di una struttura ricettiva che presenta le caratteristiche di un insediamento residenziale stabile, posto che il campeggio presuppone allestimenti e servizi finalizzati alla sosta o ad un soggiorno occasionale e limitato nel tempo; secondo Cass. Pen., Sez. IV, 15 febbraio 2017, n. 13496, C., in *CED*, 269399-01, la stabile collocazione, in un'area destinata a campeggio, di più manufatti di pernottamento, astrattamente mobili, può risolversi nella realizzazione, ad opera del gestore dell'area, di uno stabile insediamento abitativo, che comporta il sostanziale stravolgimento dell'originario assetto definito mediante pianificazione, e, dunque, una forma di lottizzazione abusiva; Cass. Pen., Sez. III, 24 settembre 2013, n. 41479, V., in *CED*, 257734-01; Cass. Pen., Sez. III, 14 maggio 2013, n. 37572, D., in *CED*, 256511-01; Cass. Pen., Sez. F, 24 luglio 2012, n. 31921, S., in *CED*, 253420-01). A non diversi approdi è giunto il giudice amministrativo secondo il quale "sono definibili 'case mobili', le strutture non ancorate al terreno, costruite su appositi carrelli, che ne consentono una rapida installazione su qualsiasi terreno privato, camping o villaggio turistico: quelle omologate sono montate su di un pianale omologato che ne consente il trasporto, mentre quelle non omologate, solitamente destinate a campeggi e villaggi turistici, pur essendo ideate per stare ferme, debbono avere caratteristiche tali che ne consentano il facile spostamento. Ciò che è essenziale - ribadisce il Consiglio di Stato - è che tali case mobili, ancorché realizzate all'interno di camping o villaggi turistici (condizione, quest'ultima, che ne consente l'ancoraggio al suolo), siano ancorate solo temporaneamente, con caratteristiche, cioè, che ne dimostrino la precarietà: precarietà che è diversa dalla stagionalità, ovvero dalla 'ciclicità'. (Il) Consiglio (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2842) ha, infatti, chiarito che le opere aventi carattere stagionale, qualora siano orientate alla soddisfazione di interessi permanenti nel tempo, devono essere equiparate alle 'nuove costruzioni' necessitando di conseguenza di permesso di costruire. La pronunzia da ultimo citata, in particolare, ha precisato che 'i manufatti non precari, ma funzionali a soddisfare esigenze permanenti, vanno considerati come idonei ad alterare lo stato dei luoghi, con un sicuro incremento del carico urbanistico, a nulla rilevando la precarietà strutturale del manufatto, la rimovibilità della struttura e l'assenza di opere murarie, posto che il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

manufatto non precario... non è deputato ad un suo uso per fini contingenti, ma è destinato ad un utilizzo destinato ad essere reiterato nel tempo in quanto stagionale'. La 'precarietà' dell'opera, che esonera dall'obbligo del possesso del permesso di costruire, postula infatti 'un uso specifico e temporalmente limitato del bene e non la sua stagionalità, la quale non esclude la destinazione del manufatto al soddisfacimento di esigenze non eccezionali e contingenti, ma permanenti nel tempo' (in tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2007, n. 6615) (...) giova qui richiamare il condiviso orientamento, secondo cui non possono comunque essere considerati manufatti destinati a soddisfare esigenze meramente temporanee quelli destinati a un'utilizzazione perdurante nel tempo, di talché l'alterazione del territorio non può essere considerata temporanea, precaria o irrilevante (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2011, n. 986; Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 2009, n. 7789, Cons. Stato 24 febbraio 2003, n. 986 e Cons. Stato 24 febbraio 1996, n. 226). Né può rilevare, in senso contrario, il mero fatto che tali strutture non siano adibite ad 'abitazione', intesa in senso di domicilio principale e/o residenza, dagli utilizzatori, in quanto deve ritenersi che non è la continuità della presenza ad imprimere la funzione, bensì la potenziale fruibilità del manufatto, costante nel tempo, ancorché con la ciclicità dell'alternarsi delle stagioni che la rendano gradevole e/o apprezzabile. I manufatti funzionali a soddisfare esigenze stabili nel tempo, come quelli del caso di specie, vanno dunque considerati come idonei ad alterare lo stato dei luoghi, a nulla rilevando la precarietà strutturale, la potenziale rimovibilità della struttura e l'assenza di opere murarie; non risultando essi, in concreto, deputati a un uso per fini contingenti ma rivelandosi, piuttosto, destinati ad un impiego protratto nel tempo" (Cons. Stato, Sez. II, 3 novembre 2020, n. 6768; nello stesso senso, oltre le pronunce già citate, Cons. Stato, Sez. II, 8 ottobre 2020, n. 5965). Come sostenuto anche dal Giudice delle leggi, la normativa statale sancisce il principio per cui "ogni trasformazione permanente del territorio necessita di titolo abilitativo e ciò anche ove si tratti di strutture mobili allorché esse non abbiano carattere precario. Il discrimine tra necessità o meno di titolo abilitativo è data dal duplice elemento: precarietà oggettiva dell'intervento, in base alle tipologie dei materiali utilizzati, e precarietà funzionale, in quanto caratterizzata dalla temporaneità dello stesso" (sentenza Corte cost. n. 278 del 2010). A non dissimili approdi si perviene considerando la legislazione regionale. Osserva la Suprema Corte sul punto come la normativa regionale invocata (art. 47, L. R. Lombardia n. 27 del 2015; regolamento reg. Lombardia 19 gennaio 2018, n. 3) deve essere condotta alla stregua del criterio di giudizio ricavabile dall'art. 2, d.P.R. n. 380 del 2001 che attribuisce alle Regioni la potestà legislativa concorrente in materia edilizia nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale desumibili dalle disposizioni contenute nel testo unico delle disposizioni legislative regolamentari in materia edilizia di cui al d.P.R. n. 380 del 2001. Sicché le regioni possono, semmai, ampliare il novero degli interventi che, secondo la definizione fornita dall'art. 3, d.P.R. n. 380 del 2001, sono qualificabili come "nuova costruzione", mai restringerlo (art. 10, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001). Nel caso di specie, peraltro, le "case mobili", per come descritte, erano stabilmente e permanentemente ancorate al terreno mediante vere e proprie opere di urbanizzazione primaria con conseguente insuscettibilità di essere comprese nel novero di quelle sottratte dalla legislazione regionale lombarda al regime del permesso di costruire.

Insieme di esercizi commerciali e configurabilità edilizia di un "centro commerciale" ai fini di individuare il titolo abilitativo

Cassazione Penale, Sez. III, 3 ottobre 2024, n. 36929

Affinché più strutture siano qualificabili come un unico complesso aggregato due presupposti convergenti e contestuali devono essere soddisfatti: uno materiale e l'altro funzionale. Quanto al presupposto materiale, le strutture devono essere collegate materialmente tra loro, consentendo ai consumatori di accedere con facilità dall'una all'altra attraverso percorsi dedicati, diversi dalla mera transitabilità pubblica ordinariamente assicurata alla collettività. Con riferimento al presupposto funzionale, occorre che si verifichi una comunanza di gestione, relativamente agli spazi e locali accessori alla vendita nonché ai servizi all'utenza e agli spazi pertinenziali.

Il tema affrontato dalla Corte di cassazione con la sentenza in esame attiene alla individuazione delle condizioni normative in presenza delle quali può ritenersi configurabile, agli effetti edilizi, un centro commerciale, con conseguente necessità di rilascio di un'autorizzazione unica per il complesso edilizio e non, invece, un'autorizzazione individuale riferita invece alla singola infrastruttura edilizia adibita ad attività commerciale. La vicenda processuale segue alla ordinanza con cui il tribunale del riesame aveva annullato il decreto di sequestro preventivo, emesso in ordine ai reati di cui all'art. 110 c.p.; all'art. 44, lett. b), T.U. edilizia e all'art. 181, D.Lgs. n. 42 del 2004, contestati a due soggetti, rispettivamente nella qualità di legale rappresentante di una S.r.l. e di una S.p.a., società proprietarie di un terreno, nei confronti di un terzo soggetto, quale progettista e direttore dei lavori, di un quarto indagato, quale dirigente del SUAP del Comune, firmatario dei titoli unici ed, infine di un ultimo indagato, quale responsabile del procedimento relativo ai predetti titoli unici. Agli indagati era contestato di aver realizzato in concorso tra loro un imponente intervento edilizio, costituito da un unico edificio al cui interno venivano prefigurate, al piano terra, tre distinte strutture commerciali, nonché un'attività di vicinato posta al primo piano, della superficie complessiva pari a mq. 5484,80, ed una volumetria totale pari a mc. 26616,29, unitamente alle correlate opere di urbanizzazione, accessi, parcheggi, viabilità interna e reti di approvvigionamento, intervento autorizzato mediante la concessione di atti ampliativi illegittimi, nonché di aver posto in essere tale condotta previo danneggiamento integrale di un bosco avente una superficie di mq. 5073 circa sottoposta a vincolo paesaggistico ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. g), D.Lgs. n. 42 del 2004. Ricorrendo in Cassazione, la Procura della Repubblica, per quanto qui di interesse, ne sosteneva l'erroneità, in particolare risultando provato che alla data di presentazione al SUAP dell'istanza della S.r.l. e dell'assentimento del progetto unitario, che comprendeva tre medie strutture commerciali al piano terra ed un negozio al primo piano, e che aveva costituito il presupposto del rilascio dei tre titoli unici a stralcio, erano vigenti in via transitoria le disposizioni di cui alla L. R. Lazio n. 33 del 1999 e, in particolare, l'art. 24, comma 1, lett. B, n. 2, secondo cui l'edificio avrebbe dovuto essere classificato quale centro commerciale in quanto composto da quattro esercizi situati all'interno di una struttura funzionalmente unitaria, articolata lungo un percorso pedonale di accesso comune, donde, contrariamente a quanto dedotto dal Tribunale, doveva

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ritenersi integrata la competenza della Regione al rilascio del titolo abilitativo.
La Cassazione, nell'accogliere la tesi del P.M., ha affermato il principio di cui in massima. In particolare, hanno osservato i Supremi Giudici, era palesemente errata la prospettazione del Tribunale in quanto, nella progettazione unitaria e nel rilascio dei tre titoli unici a stralcio assentiti dal Comune per la realizzazione dell'intervento edilizio, era all'evidenza ravvisabile il presupposto richiesto dall'art. 24, lett. b), n. 2, L.R. n. 33/1999, a mente della quale le medie strutture di vendita sono classificate come "centri commerciali" quando - come nella fattispecie - sono composti da quattro esercizi direttamente comunicanti tra loro ovvero situati all'interno di una struttura funzionalmente unitaria che si articola lungo un percorso pedonale di accesso comune, con superficie di vendita complessiva rientrante nella definizione di media struttura di vendita. Conseguentemente, contrariamente a quanto erroneamente dedotto dal Tribunale, avrebbe dovuto ritenersi integrata la competenza della Regione al rilascio del titolo abilitativo. La Suprema Corte richiama anche la giurisprudenza amministrativa (in particolare, il riferimento è a Cons. Stato, Sez. IV, 18 aprile 2019, n. 5902, dep. 27 agosto 2019 nonché a T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I 29 marzo 2004, n. 425 e Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2004, n. 304) che, anche di recente (Cons. Stato, Sez. IV, 27 agosto 2019, n. 5902), ha individuato i presupposti per considerare unitariamente talune strutture di vendita localizzate su aree contigue. In particolare, affinché più strutture siano qualificabili come un unico complesso aggregato, secondo la Cassazione, due presupposti convergenti e contestuali devono essere soddisfatti: uno materiale e l'altro funzionale. Quanto al presupposto materiale, le strutture devono essere collegate materialmente tra loro, consentendo ai consumatori di accedere con facilità dall'una all'altra attraverso percorsi dedicati, diversi dalla mera transitabilità pubblica ordinariamente assicurata alla collettività. Con riferimento al presupposto funzionale, occorre che si verifichi una comunanza di gestione, relativamente agli spazi e locali accessori alla vendita (magazzini, uffici amministrativi etc.), nonché ai servizi all'utenza e agli spazi pertinenziali (aree per bambini, parcheggi etc.). Alla stregua di quanto sopra emergente dagli atti e puntualmente rappresentato dal P.M., entrambi i predetti presupposti, risultavano soddisfatti nel caso in esame. Ed invero, un insieme di esercizi commerciali, qualora sia, come recita il D.Lgs. n. 114 del 1998 "inserito in una struttura a destinazione specifica e usufruisca di infrastrutture comuni e spazi di servizio gestiti unitariamente" integra la fattispecie di centro commerciale ed in quanto tale si configura, in base alla somma delle superfici di vendita, come media o grande struttura. Diversamente, l'applicazione della norma resterebbe facilmente elusa in tutti quei casi di aggregazione di più autorizzazioni distinte tra loro solo formalmente. Anche sotto il profilo pratico, si è evidenziata la conseguente negativa incidenza sul generale contesto viario, il carico urbanistico, nonché l'impatto sulla qualità dell'ambiente e sulla vivibilità del relativo ambito localizzativo. Ciò che rileva, è, quindi, per la Suprema Corte, l'unicità oppure il collegamento tra i locali di vendita, la condivisione delle infrastrutture e dei servizi (parcheggi, viabilità, etc.) e, in definitiva, l'unitarietà della gestione. Sotto tale ultimo profilo, come evidenziato anche dal P.M., dalla consultazione degli atti progettuali risultava poi che l'unitarietà del progetto riguardasse non solo il corpo edilizio ma anche le infrastrutture di servizio (reti di smaltimento e approvvigionamento), il sistema di parcheggio, la viabilità carrabile e l'accessibilità pedonale (come attestato anche dall'atto d'obbligo notarile in atti), le quali presentavano caratteristiche di beni comuni che necessitavano, dunque, di una gestione unitaria, assimilabile a quella condominiale. Dunque, quantomeno a livello di *fumus*, e allo stato degli atti, non poteva dubitarsi della configurabilità del reato edilizio, in quanto la realizzazione del "centro commerciale" avrebbe richiesto il rilascio del titolo abilitativo da parte della Regione.

Acquisizione gratuita al patrimonio comunale e notifica dell'accertamento dell'inottemperanza all'ordine demolitorio?

Cassazione Penale, Sez. III, 3 ottobre 2024, n. 36774

L'ingiustificata inottemperanza all'ordine di demolizione dell'opera abusiva ed alla rimessione in pristino dello stato dei luoghi entro novanta giorni dalla notifica dell'ingiunzione a demolire emessa dall'Autorità amministrativa determina l'automatica acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'opera e dell'area pertinente, indipendentemente dalla notifica all'interessato dell'accertamento formale dell'inottemperanza.

Il tema affrontato dalla Corte di cassazione con la sentenza in esame attiene alla questione dell'automatismo o meno dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'opera oggetto di abuso edilizio indipendentemente dalla notifica dell'inottemperanza all'ordine di demolizione. La vicenda processuale segue alla ordinanza del Tribunale che, pronunciando in sede esecutiva, aveva revocato l'ordine di demolizione ingiunto in esecuzione della sentenza del medesimo Tribunale che aveva irrevocabilmente condannato una donna alla pena di giustizia perché ritenuta colpevole dei reati di cui all'art. 20, lett. b), L. n. 47 del 1985; artt. 2, 13, 4, 14, L. n. 1086 del 1971 ed aveva ordinato la demolizione dell'opera abusivamente realizzata. Ricorrendo in Cassazione, il Procuratore della Repubblica ne sosteneva l'erroneità, osservando che l'inottemperanza all'ordine di demolizione emesso dall'autorità amministrativa determina l'acquisizione *ope legis* dell'immobile al patrimonio comunale con la conseguenza che il permesso di costruire in sanatoria successivamente rilasciato all'interessata doveva ritenersi illegittimo e doveva essere disapplicato dal giudice dell'esecuzione anche se il giudice amministrativo aveva annullato il provvedimento del Comune che aveva a sua volta annullato il permesso di costruire.
La tesi è stata accolta dagli Ermellini che, sul punto, nell'affermare il principio di cui in massima, hanno ricordato che deve ritenersi ormai superato l'indirizzo secondo il quale, invece, l'inutile decorso del termine di novanta giorni dall'ingiunzione a demolire non determina automaticamente l'acquisizione gratuita "di diritto" al patrimonio comunale del bene e dell'area di sedime, sia nell'ipotesi di inottemperanza involontaria all'ingiunzione, sia nell'ipotesi in cui la P.A. proroghi il termine per completare la demolizione sia, infine, nell'ipotesi in cui l'area appartenga ad un proprietario estraneo alla commissione dell'illecito urbanistico (così, da ultimo, Cass. Pen., Sez. III, 16 aprile 2009, n. 22440, M., in *CED*, 244022-01). Se è vero che l'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di novanta giorni dalla notifica dell'ingiunzione stessa, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

deve essere eseguita gratuitamente, è altrettanto vero che tale adempimento è successivo alla acquisizione al patrimonio comunale, non potendosi confondere il titolo della acquisizione del diritto di proprietà con quello che legittima l'immissione in possesso e rende ostensibile a tutti l'avvenuta acquisizione. Anche la giurisprudenza amministrativa, risolvendo un annoso contrasto giurisprudenziale, ha più recentemente affermato il principio secondo il quale l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta - in base alle regole dell'obbligo *propter rem* - l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva) (Cons. Stato, Ad. Plen., 11 ottobre 2023, n. 16). Spiega il Giudice amministrativo che "alla scadenza del termine di 90 giorni, l'Amministrazione è dunque *ipso iure* proprietaria del bene abusivo ed il responsabile non è più legittimato a proporre l'istanza di accertamento di conformità (...) (la) notifica dell'accertamento dell'inottemperanza all'interessato concerne l'immissione nel possesso del bene e la trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari. Quest'ultimo adempimento (...) rappresenta un atto indispensabile al fine di rendere pubblico nei rapporti con i terzi l'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà e consolidarne gli effetti (...) Con tale notifica, il bene si intende acquisito a titolo originario al patrimonio pubblico - con decorrenza dalla scadenza del termine fissato dall'art. 31, salva la proroga eventualmente disposta - e di conseguenza eventuali ipoteche, pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2459). L'accertamento della inottemperanza certifica il passaggio di proprietà del bene al patrimonio pubblico e costituisce il titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente". In buona sostanza, dunque, la natura dichiarativa dell'atto di acquisizione al patrimonio comunale comporta che, in sua mancanza, il bene resti comunque di proprietà del comune. Nel caso di specie, l'interessata non solo non era più proprietaria del bene al momento della richiesta del permesso in sanatoria ma, essendo stato l'ordine di demolizione notificato dal Comune ben tre anni prima, non era comunque legittimata a presentare la domanda (essendo scaduto il termine di novanta giorni di cui agli artt. 31, comma 3 e 36, d.P.R. n. 380 del 2001), e ciò senza considerare, ulteriormente, che il permesso di costruire era stato rilasciato ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 per lavori di ampliamento asserita mente effettuati ai sensi dell'art. 4, L. R. Campania n. 19 del 2019 su immobile abusivamente realizzato sia perché privo di titolo edilizio, sia perché, trattandosi di struttura in cemento armato, non ne era stata fatta denunzia al Genio civile, né ne era stata affidata la direzione dei lavori a un tecnico competente. La sentenza del T.A.R., peraltro, non esonerava il giudice penale dall'effettuare un'autonoma valutazione, non solo della legittimazione dell'interessata a chiedere il permesso di costruire in sanatoria, a maggior ragione se si considera la natura controversa della questione poi risolta dall'Adunanza Plenaria, ma anche e, soprattutto, della legittimità stessa del provvedimento di sanatoria (della quale, peraltro, la legittimazione formale a richiederla costituisce solo uno dei profili valutabili al tal fine).

Reati edilizi

Illegittimo il permesso in sanatoria se successivo all'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'immobile abusivo

Cassazione Penale, Sez. III, 16 ottobre 2024, n. 37948

L'avvenuta acquisizione al patrimonio comunale, a seguito della mancata ottemperanza entro 90 giorni dalla notifica dell'ordine di demolizione, delle opere abusive, rende illegittimo il permesso di costruire in sanatoria eventualmente rilasciato successivamente.

Il tema affrontato dalla Corte di cassazione con la sentenza in esame attiene alla possibilità di attribuire rilievo al permesso di costruire rilasciato successivamente al maturarsi del termine da cui discende l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale. La vicenda processuale segue alla ordinanza con cui il tribunale, quale giudice dell'esecuzione, aveva revocato l'ordine di demolizione emesso dal P.M. relativo ad un immobile abusivamente realizzato. Ricorrendo in Cassazione, il P.M. aveva denunciato l'illegittimità del provvedimento di revoca disposto dal giudice dell'esecuzione, in quanto il permesso di costruire in sanatoria che era stato rilasciato doveva ritenersi non consentito, siccome rilasciato dopo la intervenuta acquisizione gratuita al patrimonio comunale, decorsi 90 giorni dalla notifica dell'ordine demolitorio.
La Cassazione, nell'accogliere la tesi del P.M., ha affermato il principio di cui sopra. In particolare, la Suprema Corte ha ricordato che l'art. 31, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, sotto la rubrica "Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali", prevede, per quanto qui di interesse, al comma 4 che "L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al precedente comma 3, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente". Il comma 3, a sua volta, chiarisce che "Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita. Il termine di cui al primo periodo può essere prorogato con atto motivato del comune fino a un massimo di duecentoquaranta giorni nei casi di serie e comprovate esigenze di salute dei soggetti residenti nell'immobile all'epoca di adozione dell'ingiunzione o di assoluto bisogno o di gravi situazioni di disagio socio-economico, che rendano inesigibile il rispetto di tale termine". La Cassazione ha poi svolto alcune interessanti considerazioni. Anzitutto, precisando i rapporti tra la demolizione effettuata in via giurisdizionale e altri atti amministrativi o giurisdizionali. Sul punto, ha affermato il principio generale per cui il giudice dell'esecuzione, proprio perché la competenza ad eseguire l'ordine di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

demolizione stabilito con sentenza spetta all'Autorità Giudiziaria procedente, in quanto espressione di un potere autonomo rispetto a quello analogo alla P.A., deve risolvere tutte le questioni afferenti la eseguibilità di qualsiasi pronuncia ed in particolare la compatibilità dell'ordine adottato con i provvedimenti assunti dall'autorità o dalla giurisdizione amministrativa o da quella penale (Cass. Pen. 11 novembre 2010, n. 39768; Cass. Pen. 20 aprile 2009, n. 16686; Cass. Pen. 30 marzo 2000, n. 1388). Altro principio è quello per cui l'ordine di demolizione delle opere abusive, emesso con la sentenza passata in giudicato, può essere sospeso solo qualora sia ragionevolmente prevedibile, sulla base di elementi concreti, che in un breve lasso di tempo sia adottato dall'autorità amministrativa o giurisdizionale un provvedimento che si ponga in insanabile contrasto con detto ordine di demolizione (Cass. Pen., Sez. III, 17 ottobre 2007, n. 42978, in *CED*, 238145-01). Da tale affermazione, consegue la necessità di precisare quali siano i profili dell'ordine di demolizione giudiziale, quale è l'atto che veniva in esame e che risultava revocato, che potessero entrare in contrasto con atti di altra autorità, così che è parso opportuno specificare i presupposti sulla base dei quali interviene l'ordine di demolizione disposto dal giudice. Richiamato il disposto dell'art. 31, comma 9, del citato d.P.R. n. 380/2001 ("Per le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita"), la Suprema Corte ha evidenziato la natura e la funzione dell'ordine di demolizione, richiamando non solo propri precedenti giurisprudenziali, ma anche la giurisprudenza della Corte Edu (Corte EDU, Sez. I, 12 settembre 2024, n. 35780/18, L. c. Italia) che ha recentemente ritenuto - rispetto ad una vicenda riguardante la legittimità dell'ordine di demolizione di un manufatto abusivo di proprietà, ordine disposto dall'autorità giudiziaria, in cui si faceva valere dal privato la violazione sia degli artt. 6, par. 1 (diritto a un giusto processo) e 7 (*nulla poena sine lege*) che dell'art. 1 del Prot. n. 1 (protezione della proprietà) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - che, nonostante l'ordine di demolizione in questo caso fosse stato emesso dal giudice penale, lo scopo era da ritenersi funzionale al ripristino, ovvero diretto a ricondurre il sito al suo stato precedente, così che l'ordine di demolizione non assume scopo punitivo. Con la citata sentenza la Corte Edu, peraltro, quanto alla dedotta violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, ha rilevato che lo scopo di un ordine di demolizione è di ripristinare un sito alle sue condizioni precedenti, e tale ordine non è soggetto a un termine di prescrizione. Ciò è necessario per garantire l'efficacia delle normative edilizie e scoraggiare altri potenziali trasgressori. Il tempo trascorso non può modificare tale conclusione. Dalle suesposte considerazioni la Suprema Corte ha quindi fatto discendere che, atteso che l'ordine di demolizione *ex* art. 31, comma 9 citato e oggetto della decisione della Cassazione, ha il suo fulcro essenziale nell'accertamento giurisdizionale di un abuso edilizio, e la sua funzione nella necessaria sua eliminazione per il ripristino della legalità violata - tanto che tale ordine persiste, come più volte sottolineato da questa Corte, nonostante l'intervenuta morte del reo, trattandosi di misura *ad rem*, e senza alcuna rilevanza della decorrenza di alcun termine di prescrizione (cfr.: Cass. Pen., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 9949; Cass. Pen., Sez. III, 18 maggio 2023, n. 21198) -, le preclusioni alla sua esecuzione non possono che provenire da circostanze, anche sopravvenute, incidenti sull'abusività stessa dell'opera, oppure sulla sua destinazione a fini leciti. La Cassazione, infine, con la sentenza in commento ha poi esaminato il tema dei i rapporti tra l'esecuzione dell'ordine di demolizione e decisioni giurisdizionali, in particolare, per quanto qui di interesse, dell'autorità giurisdizionale amministrativa, tema affrontato ancora una volta tenendo conto delle "ontologiche" caratteristiche dell'ordine di demolizione in esame, considerate sul piano strutturale (ordine conseguente all'accertamento di un'opera abusiva) e funzionale (finalità di ripristino del rispetto delle disposizioni urbanistiche), giungendo ad affermare che non ogni tipo di decisione del giudice amministrativo può incidere sull'ordine di demolizione adottato dal giudice penale, con sentenza di condanna irrevocabile, ma solo quelle che abbiano esaminato il profilo di abusività di un intervento (Cass. Pen., Sez. VI, 20 marzo 2018, n. 17991, in *CED*, 272890-01). Sulla base delle predette considerazioni, pertanto, emergendo la mancata valutazione, in piena autonomia, da parte del giudice, della validità della concessione, anche, ma non solo, alla luce dell'art. 31, comma 4, d.P.R. n. 380/2001, la Corte di cassazione ha ritenuto pertanto che l'ordinanza dovesse essere annullata con rinvio per nuovo giudizio al tribunale, da svolgersi alla luce dei principi sopra esposti e nel contesto del generale onere del giudice penale di scandagliare in concreto la legittimità dei singoli eventuali provvedimenti di condono o sanatoria in senso stretto che assumano rilievo nel caso concreto.

Il rilascio di più concessioni edilizie nell'area interessata da una lottizzazione abusiva non rende lecita un'attività che tale non è

Cassazione Penale, Sez. III, 14 ottobre 2024, n. 37639

L'eventuale mero rilascio di una pluralità di concessioni edilizie nell'area interessata da una lottizzazione abusiva non rende lecita un'attività che tale non è, perché la concessione non ha una funzione strumentale urbanistica di pianificazione dell'uso del territorio, e, nel contempo, i manufatti abusivamente eseguiti, in attuazione del fine di lottizzazione e nell'ambito della lottizzazione, possono essere, invece, "sanati", soltanto previa valutazione globale dell'attività lottizzatoria.

Il tema oggetto di attenzione da parte della Suprema Corte con la pregevole sentenza in esame è quello relativo alla possibilità di esclude la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva nel caso in cui, sull'area interessata dalla lottizzazione, insistano manufatti singolarmente oggetto di più provvedimenti di sanatoria edilizia. La vicenda processuale segue alla sentenza con cui la Corte d'Appello aveva riformato parzialmente la sentenza del Tribunale, con la quale due imputati erano stati condannati in relazione al reato di lottizzazione abusiva di cui all'art. 44, lett. c), d.P.R. n. 380/2001. Contro tale sentenza proponeva ricorso per cassazione la difesa, sostenendone l'erroneità in quanto, si osserva, era intervenuta la sanatoria, per condono, delle opere, con quindi esclusione, in ultima analisi, della lottizzazione, a partire da un primo provvedimento di condono che peraltro, secondo la tesi difensiva come espressa dal consulente tecnico di riferimento, avrebbe impresso all'opera e a tutte quelle correlate e realizzate in prosecuzione, una destinazione urbanistica di tipo alberghiero, come tale in grado anche di escludere,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

attraverso tale intervenuta legittimazione all'uso turistico - alberghiero della intera struttura originaria e della connessa zona di interesse, ogni ipotesi di lottizzazione abusiva, attesa la sopraggiunta piena conformità tra le opere realizzate e la sopraggiunta nuova destinazione di uso dell'intera area di interesse.
La Cassazione, nel disattendere la tesi difensiva, ha affermato il principio di cui sopra. In particolare, la Suprema Corte ha spiegato che il sopravvenuto rilascio di un permesso di costruire a titolo di condono può eventualmente legittimare, ricorrendone i presupposti, soltanto le opere che costituiscono oggetto della lottizzazione, ma non comporta alcuna valutazione di conformità di tutta la lottizzazione alle scelte generali di pianificazione urbanistica, con la conseguenza che il rilascio di più titoli abilitativi nell'area interessata da una lottizzazione abusiva non rende lecita tale attività (Cass. Pen., Sez. III, 21 novembre 2007, n. 9982 (dep. 2008), in *CED*, 238983; Cass. Pen., Sez. III, 23 giugno 2009, n. 28532, in *CED*, 244441). È in tal senso, ha precisato il Supremo Collegio, che va letta la previsione normativa prima riportata letteralmente, di cui al citato art. 35, comma 13, L. n. 47/1985, osservando che tale norma è sostanzialmente riferita a quegli interventi che sarebbero stati realizzabili soltanto in seguito alla preventiva approvazione di un piano di lottizzazione e che sono stati viceversa effettuati in carenza di tale strumento attuativo. Si aggiunge, da parte della medesima Suprema Corte, che, invece, gli interventi edificatori che si inseriscono in una lottizzazione illecita in quanto, per le loro connotazioni oggettive, si pongono in contrasto con previsioni di zonizzazione e/o di localizzazione dello strumento generale di pianificazione - come nel caso di specie -, per potere essere condonati devono essere necessariamente ricompresi, ai sensi dell'art. 29 della medesima L. n. 47/1985, in una apposita variante per il recupero degli insediamenti abusivi. E in proposito va ricordato sia che ciò è stato evidenziato anche dalla sentenza Corte cost. n. 107/1989 - nella quale si è affermato che "il rilascio di concessione edilizia in sanatoria, per edifici compresi in una lottizzazione illegale, è subordinato alla sanatoria della stessa lottizzazione, attraverso l'approvazione di una variante agli strumenti urbanistici, secondo il disposto della L. n. 47 del 1985, art. 29 e L. n. 47 del 1985,art. 32, lett. b)" - sia richiamando il contenuto del comma 3 del citato art. 29, L. n. 47/1985, il quale prevede che: "gli insediamenti avvenuti in tutto o in parte abusivamente, fermi restando gli effetti della mancata presentazione dell'istanza di sanatoria previsti dall'art. 40, possono formare oggetto di apposite varianti agli strumenti urbanistici al fine del loro recupero urbanistico, nel rispetto comunque dei principi di cui al comma 1 e delle previsioni di cui alle lett. e), f) e g) del precedente comma 2". La Suprema Corte è giunta pertanto alla conclusione che l'eventuale mero rilascio di una pluralità di concessioni edilizie nell'area interessata da una lottizzazione abusiva non rende lecita un'attività che tale non è, perché la concessione non ha una funzione strumentale urbanistica di pianificazione dell'uso del territorio, e nel contempo i manufatti abusivamente eseguiti, in attuazione del fine di lottizzazione e nell'ambito della lottizzazione, possono essere, invece, "sanati", soltanto previa valutazione globale dell'attività lottizzatoria, secondo il rigoroso meccanismo in precedenza descritto. Procedura, quest'ultima, che, nella fattispecie, non risultava attuata e gli stessi imputati si limitavano a richiamare la mera presentazione di tre domande di condono che essi assumevano legittime, ma erroneamente. In altri termini, le opere integranti una illecita lottizzazione, siccome realizzate in contrasto con previsioni di zonizzazione e/o di localizzazione dello strumento generale di pianificazione, per potere essere condonate devono essere necessariamente ricomprese, ai sensi dell'art. 29 della citata L. n. 47/1985, in una apposita variante (assente nel caso di specie): anche il rilascio di una pluralità di concessioni edilizie nell'area interessata da una lottizzazione abusiva "non rende lecita un'attività che tale non è: la concessione non ha, infatti, una funzione strumentale urbanistica di pianificazione dell'uso del territorio" (Cass. Pen., Sez. III, 21 aprile 1989, n. 6160, G.).

Direttore dei lavori obbligato ad inibire l'utilizzazione dell'edificio prima del rilascio del certificato di collaudo

Cassazione Penale, Sez. III, 19 settembre 2024, n. 35123

Il reato di cui all'art. 75, d.P.R. n. 380 del 2001 è configurabile a carico del costruttore, del committente o del proprietario, ma anche del direttore dei lavori il quale, in qualità di primo garante della sicurezza, è soggetto all'obbligo specifico di inibire l'utilizzazione dell'edificio prima del rilascio del certificato di collaudo.

La questione affrontata dalla Suprema Corte con la sentenza in esame verte sulla possibilità di individuare quale autore del reato di cui all'art. 75, T.U. Edilizia, il soggetto che svolge le funzioni di direttore dei lavori. La vicenda processuale segue alla sentenza con cui il Tribunale aveva condannato per il reato di cui all'art. 75, d.P.R. n. 380 del 2001 perché, in concorso con altra persona, un direttore dei lavori, per aver realizzato in zona sismica tre edifici residenziali (per complessive 28 unità abitative) permettendone l'utilizzo in assenza del certificato di collaudo statico. Ricorrendo in Cassazione, la difesa ne sosteneva l'erroneità osservando che il direttore dei lavori non solo non ha l'obbligo di effettuare il collaudo statico, come si evince dagli artt. 65, comma 6, e 67, d.P.R. n. 380 del 2001, ma è attività che gli è espressamente preclusa, né la nomina è atto che gli compete, con conseguente insussistenza di responsabilità a titolo omissivo.
Di diverso avviso gli Ermellini, i quali hanno infatti disatteso la tesi difensiva, affermando il principio di cui sopra. In particolare, ricorda la Suprema Corte, il reato di cui all'art. 75, d.P.R. n. 380 del 2001 ha natura di reato permanente a condotta mista in quanto comprende, da un lato, un aspetto commissivo costituito dall'utilizzazione dell'edificio e, dall'altro, un aspetto omissivo, costituito dalla mancata richiesta di collaudo all'autorità competente, con la conseguenza che il momento di cessazione della condotta antigiuridica, da cui far decorrere il termine di prescrizione, coincide con il momento di dismissione dell'utilizzo dell'immobile ovvero con il collaudo (Cass. Pen., Sez. III, 30 giugno 2016, n. 36095, E., in *CED*, 267917-01; Cass. Pen., Sez. III, 3 novembre 2011, n. 1411, I., in *CED*, 251880-01). Quanto ai profili di responsabilità, ha poi puntualizzato la Cassazione, il reato è configurabile a carico del costruttore, del committente o del proprietario (Cass. Pen., Sez. III, 15 febbraio 2024, n. 10235, P., in *CED*, 286035-01; Cass. Pen., Sez. III, 15 gennaio 2003, n. 8579, Z., in *CED*, 224170-01), ma anche del direttore dei lavori il quale, in qualità di primo garante della sicurezza, è soggetto all'obbligo specifico di inibire l'utilizzazione dell'edificio prima del rilascio del certificato di collaudo (Cass. Pen., Sez. III, 15 febbraio 2011, n. 22291, F., in *CED*, 250368-01). Non v'è dubbio, poi, che la responsabilità del direttore dei lavori per il reato di cui all'art. 75, d.P.R. n. 380 del 2001 non deriva in alcun modo dalla posizione di garanzia attribuitagli, a

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tutt'altri fini, dall'art. 29, d.P.R. n. 380 del 2001 (che lo costituisce garante della conformità dell'opera alle previsioni del permesso di costruire) posto che: a) non si tratta di concorso in reato commissivo, bensì di responsabilità a titolo diretto e personale; b) il collaudo non era stato effettuato perché il direttore dei lavori non aveva mai dichiarato la fine dei lavori, non ancora ultimati alla data di scadenza del permesso di costruire; c) il collaudatore viene nominato dal committente in base ad un atto che deve essere depositato presso lo sportello unico dal direttore dei lavori contestualmente all'atto di accettazione della nomina e alla documentazione di cui al sesto comma dell'art. 65, d.P.R. n. 380 del 2001; d) tale documentazione deve essere presentata dal direttore dei lavori entro il termine di sessanta giorni dalla ultimazione delle parti della costruzione che incidono sulla stabilità della stessa (nella formulazione della norma vigente all'epoca dei fatti il termine decorreva dalla ultimazione delle opere) e deve essere costituita da una relazione sull'adempimento degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 65 d.P.R. n. 380, cit., (il deposito della denunzia dei lavori con gli allegati di cui al capo 3, lett. a e b) con allegazione: (i) dei certificati delle prove sui materiali impiegati emessi da laboratori di cui all'articolo 59; (ii) per le opere in conglomerato armato precompresso, di ogni indicazione inerente alla tesatura dei cavi ed ai sistemi di messa in coazione; (iii) dell'esito delle eventuali prove di carico, allegando le copie dei relativi verbali firmate per copia conforme); e) in assenza di questi adempimenti propri del direttore dei lavori (e della loro documentazione) la nomina del collaudatore non è possibile; f) il reo non si era mai dimesso dalla carica di direttore dei lavori, non sussistendo alcun automatismo tra la cessazione dei lavori (anche per la scadenza del titolo) e la cessazione dalla carica, tanto più che il diniego della proroga di un anno della durata del permesso di costruire non impediva la presentazione della richiesta di un nuovo titolo per portare a termine i soli lavori non ultimati (come espressamente indicato nel provvedimento di diniego di proroga indicato e riportato nella memoria difensiva); g) la rinunzia all'incarico - o le dimissioni - devono essere rigorosamente provate e risultare ufficialmente, non essendo sufficiente nemmeno un semplice accordo intervenuto tra gli interessati (Cass. Pen., Sez. III, 16 aprile 1997, n. 4535, B., in *CED*, 207612-01; Cass. Pen., Sez. III, 23 febbraio 1981, n. 5470, P., in *CED*, 149176-01); h) il reato ha natura permanente, come già detto, e il reo rivestiva ancora l'incarico di direttore dei lavori alla data del fatto (tant'è che dalla sentenza impugnata risulta che, a fronte della contestazione degli acquirenti circa la mancanza del certificato di collaudo, il venditore degli immobili li aveva rassicurati rappresentando che avrebbe chiesto al direttore dei lavori la documentazione necessaria per procedere in tal senso; la circostanza non è contestata ed è anzi comprovata dall'effettivo, postumo rilascio del certificato di collaudo dal quale risulta che il ricorrente era ancora direttore dei lavori alla data del fatto).

False dichiarazioni, attestazioni o asseverazioni a corredo della SCIA alternativa al (o sostitutiva del) p.d.c.: che reato si commette?

Cassazione Penale, Sez. III, 19 settembre 2024, n. 35109

Il comma 6 dell'art. 19, L. n. 241 del 1990, costituisce norma speciale rispetto a quella prevista dall'art. 76, d. P.R. n. 445 del 2000 con la conseguenza che le false dichiarazioni, attestazioni o asseverazioni a corredo della segnalazione certificata di inizio attività alternativa al (o sostitutiva del) permesso di costruire sono penalmente rilevanti e punibili ai sensi dell'art. 483 c.p.

Il tema oggetto di esame da parte della Suprema Corte con la sentenza in esame verte sulla esatta individuazione del reato configurabile nel caso in cui ci si imbatta in dichiarazioni, asseverazioni o attestazioni false relativamente ad una SCIA alternativa (o sostituiva del) al permesso di costruire. La vicenda processuale segue alla sentenza con cui la Corte d'Appello aveva confermato la condanna irrogata con sentenza del Tribunale per il reato di cui agli artt. 81, comma 2, 483 c.p. ascritto ad un'imputata per aver attestato, negli atti di notorietà allegati alla SCIA presentata per la realizzazione di un fabbricato, fatti non rispondenti al vero circa la effettiva preesistenza del fabbricato stesso. In particolare, nella dichiarazione attestava che il manufatto oggetto di intervento era anteriore al 1941, in altra dichiarazione attestava che l'immobile era sempre stato adibito ad abitazione dall'anno della sua costruzione all'attualità. Contro la sentenza proponeva ricorso per cassazione la difesa, sostenendone l'erroneità in quanto la dichiarazione sostitutiva di atto notorio non avrebbe natura di atto pubblico, requisito espressamente richiesto ai fini della integrazione del delitto di cui all'art. 483 c.p.
La Cassazione ha invece disatteso la tesi difensiva, affermando il principio di cui in massima. In particolare, ha ricordato la Suprema Corte che l'art. 207, L. R. Toscana 10 novembre 2014, n. 65, intitolato: "Sanzioni per opere ed interventi edilizi abusivi anteriori al 1 settembre 1967", applicabile *ratione temporis*, prevedeva un regime di possibile sanatoria per gli immobili abusivi costruiti prima del 1967 diversificandone le sorti a seconda che l'opera ricadesse o meno all'interno della perimetrazione urbana (rimessione in pristino o pagamento di una sanzione nel caso di immobile costruito all'interno del perimetro; sanabilità *tout court* dell'intervento nel caso contrario). L'avvenuta ultimazione delle opere e degli interventi entro il 1° settembre 1967, nonché la loro collocazione all'interno o all'esterno della perimetrazione dei centri abitati, dovevano essere comprovate, ai sensi del comma 5, dal proprietario o altro soggetto avente titolo mediante adeguata documentazione, quali riprese fotografiche, estratti cartografici, planimetrie catastali, documenti d'archivio, o altro mezzo idoneo. Non avevano valore le prove testimoniali. Nel caso in cui il Comune, anche alla luce delle risultanze istruttorie dei competenti uffici, avesse ritenuto che la documentazione prodotta dall'interessato contenesse in tutto o in parte dati ed elementi non corrispondenti al vero e tali da determinare la violazione delle disposizioni di cui all'art. 207, ne avrebbe dovuto dare contestuale notizia all'autorità giudiziaria. Orbene, prosegue la Cassazione, le asseverazioni oggetto di contestazione, dunque, soddisfacevano l'esigenza probatoria richiesta dalla norma in questione ed erano chiaramente finalizzate ad attestare un fatto di diretta conoscenza dell'imputata: la preesistenza dell'immobile del quale si preannunciava la ristrutturazione. Si tratta, dunque, di fatto che, postulato come a diretta conoscenza dell'interessata, poteva essere astrattamente oggetto di dichiarazione sostitutiva di notorietà ai sensi dell'art. 47, comma 1, d.P.R. n. 445 del 2000. Peraltro, le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica non necessariamente devono essere sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto potendo, in alternativa, essere sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sottoscrittore anche via fax o per via telematica (art. 38, d. P.R. n. 445 cit.). Il successivo art. 76, comma 3, chiarisce che tutte le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli articoli 46 e 47 sono considerate come fatte a pubblico ufficiale e punisce ai sensi del codice penale chiunque rilascia dichiarazioni mendaci (comma 1). La giurisprudenza della Corte di cassazione ha da tempo chiarito che integra il delitto di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.) la condotta di colui che dichiara il falso in sede di dichiarazione sostitutiva di atto notorio resa ai sensi dell'art. 47, d.P.R. n. 445 del 2000 (cfr. per tutte, Cass. Pen., Sez. V, 26 ottobre 2017, n. 7857, M., in *CED*, 272277-01). Nel caso di specie, peraltro, l'intervento era stato realizzato in base a SCIA. Ora, l'art. 19, comma 1, L. n. 241 del 1990, recante disposizioni in materia di Segnalazione certificata di inizio attività - Scia, stabilisce, per quanto di interesse, che "(o)gni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria. La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'articolo 38, comma 4, dei decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione". Il comma 6 presidia la veridicità delle asseverazioni, attestazioni o dichiarazioni con la reclusione da uno a tre anni nei confronti di chi, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1. La SCIA di cui all'art. 19, L. n. 241, cit., non si applica però alle denunzie che, in base alla normativa statale o regionale, siano alternative al (o sostitutive del) permesso di costruire (art. 5, comma 2, lett. c, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106). Trattandosi, nel caso di specie, di nuova costruzione, la SCIA doveva considerarsi alternativa al permesso di costruire ai sensi dell'art. 23, d.P.R. n. 380 del 2001, con conseguente non applicabilità del regime sanzionatorio previsto dal comma 6 dell'art. 19, L. n. 241, cit. Non ha fondamento, dunque, per la Cassazione, la tesi difensiva secondo la quale l'art. 483 c.p. non è applicabile agli atti e alle autocertificazioni allegate alla SCIA alternativa al permesso di costruire. È piuttosto vero il contrario: la falsità delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà allegate alla SCIA *ex* art. 19, L. n. 241 del 1990 sono punite addirittura più severamente di quelle generalmente sanzionate ai sensi dell'art. 76, d.P.R. n. 445 del 2000; ma questo non equivale a sostenere che, in caso contrario, la condotta non è penalmente rilevante. È conclusione che - per i Supremi Giudici - non può essere condivisa, visto che il comma 1 dell'art. 19 L. n. 241 cit. prevede espressamente la possibilità di corredare la segnalazione con dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli artt. 46 e 47, d.P.R. n. 445 del 2000, dichiarazioni il cui statuto penale, come visto, era già assicurato dall'art. 76, ma che in questi casi è specificamente e più gravemente punito dal comma 6 dell'art. 19 L. n. 241 cit. Ne consegue, conclusivamente, che il comma 6 dell'art. 19, L. n. 241 del 1990, costituisce norma speciale rispetto a quella prevista dall'art. 76, d.P.R. n. 445 del 2000 con la conseguenza che le false dichiarazioni, attestazioni o asseverazioni a corredo della segnalazione certificata di inizio attività alternativa al (o sostitutiva del) permesso di costruire sono penalmente rilevanti e punibili ai sensi dell'art. 483 c.p.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INDICE DEGLI AUTORI

Amitrano Zingale Margherita

Una lettura del principio di segretezza delle offerte alla luce dei principi del risultato e della fiducia: riverberi operativi sull'esercizio della discrezionalità amministrativa **758**

Balocco Giovanni

L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali? **713**

Basilico Alessandro Enrico

Le funzioni della contrattazione pubblica e il ruolo del giudice amministrativo alla luce dell'obbligo di rispettare i c.a.m. **770**

Galletto Marinella

Affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ed equo compenso: alla ricerca di una convivenza equilibrata **799**

Giovannelli Mauro

Accordi quadro e concessioni demaniali marittime: un caso emblematico **783**

Mameli Barbara

Qualificazione e principi per superare l'automatismo e garantire efficienza di mercato **722**

Musone Roberto

La disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e non oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio **736**

Pagliaroli Chiara

Affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ed equo compenso: alla ricerca di una convivenza equilibrata **799**

Scaccheri Giovanna

L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali? **713**

Scarcella Alessio

Osservatorio penale **835**

Vivani Claudio

Disciplina dei siti contaminati e "nuovi inquinanti": il caso delle PFAS **823**

INDICE CRONOLOGICO

Giurisprudenza

Consiglio di Stato

27 maggio 2024, Sez. III, n. 4701 ..... **764**
1° luglio 2024, Sez. VII, n. 5789 ..... **754**
30 luglio 2024, Ad. Plen., n. 14 ..... **732**

Tribunali amministrativi regionali

27 maggio 2024, Veneto, Sez. IV, n. 1192 ..... **813**
25 luglio 2024, Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, n. 483 ..... **795**
30 luglio 2024, Sicilia, Catania, Sez. III, n. 2767 ... **778**

Corte di Cassazione penale

19 settembre 2024, Sez. III, n. 35109 ..... **841**
19 settembre 2024, Sez. III, n. 35123 ..... **840**
3 ottobre 2024, Sez. III, n. 36774 ..... **837**
3 ottobre 2024, Sez. III, n. 36929 ..... **836**
14 ottobre 2024, Sez. III, n. 37639 ..... **839**
16 ottobre 2024, Sez. III, n. 37948 ..... **838**
28 ottobre 2024, Sez. III, n. 39593 ..... **835**

INDICE ANALITICO

Ambiente e beni culturali

Disciplina dei siti contaminati

Disciplina dei siti contaminati e "nuovi inquinanti": il caso delle PFAS (T.*A.R. Veneto, Sez. IV, 27 maggio 2024, n. 1192*), di *Claudio Vivani* **813**

Appalti e lavori pubblici

Appalti pubblici e concessioni

Accordi quadro e concessioni demaniali marittime: un caso emblematico (*T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 30 luglio 2024, n. 2767*), di *Mauro Giovannelli* **778**

Criteri ambientali minimi

Le funzioni della contrattazione pubblica e il ruolo del giudice amministrativo alla luce dell'obbligo di rispettare i c.a.m. (*Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701*), di *Alessandro Enrico Basilico* **764**

Equilibrio contrattuale

L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali?, di *Giovanni Balocco* e *Giovanna Scaccheri* **713**

Equo compenso

Affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ed equo compenso: alla ricerca di una convivenza equilibrata (*T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 luglio 2024, n. 483*), di *Marinella Galletto* e *Chiara Pagliaroli* **795**

Segretezza dell'offerta

Una lettura del principio di segretezza delle offerte alla luce dei principi del risultato e della fiducia: riverberi operativi sull'esercizio della discrezionalità amministrativa (*Cons. Stato, Sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789*), di *Margherita Amitrano Zingale* **754**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Stazioni appaltanti

Qualificazione e principi per superare l'automatismo e garantire efficienza di mercato, di *Barbara Mameli* **722**

Edilizia e urbanistica

"Case mobili"

Cass. Pen., Sez. III, 28 ottobre 2024, n. 39593 (*Oss. pen.*) **835**

Demolizione del manufatto abusivo

Cass. Pen., Sez. III, 3 ottobre 2024, n. 36774 (*Oss. pen.*) **837**

Permesso di costruire

La disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e non oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio (*Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2024, n. 14*), di *Roberto Musone* **732**

Titoli abilitativi

Cass. Pen., Sez. III, 3 ottobre 2024, n. 36929 (*Oss. pen.*) **836**

Reati edilizi

Direttore dei lavori

Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2024, n. 35123 (*Oss. pen.*) **840**

False dichiarazioni a corredo della SCIA

Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2024, n. 35109 (*Oss. pen.*) **841**

Lottizzazione abusiva

Cass. Pen., Sez. III, 14 ottobre 2024, n. 37639 (*Oss. pen.*) **839**

Titoli abilitativi

Cass. Pen., Sez. III, 16 ottobre 2024, n. 37948 (*Oss. pen.*) **838**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INDICE DEGLI AUTORI

Agati Gabriele

Il silenzio-inadempimento in materia di rinegoziazione delle concessioni di pubblici servizi e riparto di giurisdizione **3, 416**

Amitrano Zingale Margherita

Risarcimento per danno da ritiro del provvedimento favorevole: un contrasto da risolvere nell'ottica del principio di effettività della tutela **2, 248**

Una lettura del principio di segretezza delle offerte alla luce dei principi del risultato e della fiducia: riverberi operativi sull'esercizio della discrezionalità amministrativa **6, 758**

Amorosino Sandro

La localizzazione delle opere pubbliche e di interesse pubblico nel Codice dei contratti **2, 153**

Avino Antonio

La disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee alla luce dei pareri del MIT e dei provvedimenti dell'ANAC **5, 581**

Balocco Giovanni

L'obbligo di esternalizzazione per le concessioni originariamente affidate senza gara **2, 176**

L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali? **6, 713**

Basilico Alessandro Enrico

Le funzioni della contrattazione pubblica e il ruolo del giudice amministrativo alla luce dell'obbligo di rispettare i c.a.m. **6, 770**

Bolognesi Marcello

Il responsabile unico del progetto nel Codice dei contratti pubblici n. 36/2023 ..... **2, 202**

Calvetti Stefano

Abusi edilizi, legittimo affidamento e accordi *ex* art. 11, L. n. 241/1990 ..... **2, 224**

Danno da mancata stipula del contratto: la domanda va proposta al giudice ordinario. Ma sarà ancora così (nuovo art. 124 c.p.a.)? **5, 691**

Carrano Rosario

Gli obblighi del proprietario non responsabile dell'inquinamento: il caso della gestione di affari altrui .. **4, 506**

Cippitani Roberto

La sicurezza come motivo di esclusione dal diritto di accesso ai documenti amministrativi **1, 114**

Quote di partecipazione al raggruppamento e il "limite invalicabile" dei requisiti di qualificazione . **4, 544**

Commandatore Calogero

Il sistema sanzionatorio dell'illecito edilizio all'esame dell'Adunanza plenaria **1, 61**

La percepibilità dell'intervento edilizio e la sua (ir-) rilevanza paesaggistica **4, 519**

Preesistenze edilizie e stato legittimo. Le questioni irrisolte del decreto "Salva Casa" **5, 620**

Conte Axel

L'affidamento diretto degli impianti sportivi: un bilanciamento complesso **3, 302**

Dapas Alessandra

Difficoltà (ed equivoci) dei trapianti giuridici: il caso della chiamata in garanzia nel processo amministrativo **1, 128**

Il principio di sinteticità conquista anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica? **3, 360**

De Luca Cecilia

Sulla responsabilità della P.A. a seguito di norma dichiarata incostituzionale **3, 387**

Deodato Azzurra

Il contratto di sponsorizzazione pubblica: natura giuridica e garanzia della concorrenza nella scelta dello *sponsor* privato **4, 465**

Il contratto di concessione: il "rischio operativo" e la revisione dell'equilibrio contrattuale **5, 611**

Di Mario Alberto

Le modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione nell'ottica eurounitaria **2, 240**

Falvo Chiara

L'estensione soggettiva del vincolo di aggiudicazione dei lotti negli appalti pubblici: evoluzione giurisprudenziale e legislativa **2, 160**

Fasano Silvia

Partenariato sociale, cessione di immobili in cambio di opere, servizi globali e contraente generale **1, 35**

Figuera Giovanni Carlo

Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale **5, 659**

Formica Alessandro

Quote di partecipazione al raggruppamento e il "limite invalicabile" dei requisiti di qualificazione **4, 544**

Galletto Marinella

Affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ed equo compenso: alla ricerca di una convivenza equilibrata **6, 799**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Gaspari Fausto

Cosa resterà dell'art. 80? Prime riflessioni attorno alla tassatività dei gravi illeciti professionali di cui all'art. 98 del D.Lgs. n. 36/2023 ..... **1, 19**

Giacalone Antonio

Normativa applicabile agli appalti PNRR e l'effetto utile dell'offerta come limite al soccorso istruttorio **3, 407**

Equivalenza delle tutele nei CCNL **4, 559**

Giovannelli Mauro

Subappalto e subcontratto per prestazioni accessorie **2, 212**

Accordi quadro e concessioni demaniali marittime: un caso emblematico **6, 783**

Gnes Matteo

Le semplificazioni della normativa edilizia stabilite dal D.L. "Salva Casa" **5, 631**

Guccione Claudio

L'aggiornamento dei prezzi nelle concessioni **2, 267**

Ingegnatti Silvia

Requisiti di capacità tecnico-professionale e società di progetto **2, 256**

Dicatio ad patriam, usucapione e occupazione illegittima sono compatibili? **4, 528**

Kentache Leila

L'estensione soggettiva del vincolo di aggiudicazione dei lotti negli appalti pubblici: evoluzione giurisprudenziale e legislativa **2, 160**

Licci Marini Alessandro

La nozione di organismo di diritto pubblico, fra giurisprudenza e nuovo Codice dei Contratti Pubblici .. **1, 77**

Profili di compatibilità della disciplina dell'equo compenso con la normativa sui contratti pubblici **5, 680**

Lunardelli Marco

Dal PNRR come "*corpus* normativo" speciale al nuovo codice dei contratti pubblici: continuità e innovazioni **2, 186**

Mameli Barbara

Qualificazione e principi per superare l'automatismo e garantire efficienza di mercato **6, 722**

Manfredi Giuseppe

Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato **4, 457**

Mangano Massimiliano

Messa in sicurezza e bonifica di siti contaminati: il *revirement* del Consiglio di Stato sulla distinzione tra misure di messa in sicurezza e misure di prevenzione **3, 370**

Marchegiani Giannangelo

Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione **1, 5**

Martino Alberigo

Le concessioni balneari: tra (in)certezza del diritto e arte del procrastinare **4, 441**

Musone Roberto

La rinunciabilità al procedimento amministrativo ad istanza di parte e i limiti alla reiterabilità dell'istanza **1, 94**

La ricorribilità per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza Plenaria **3, 335**

Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione in presenza di condotte ostruzionistiche della stazione appaltante nell'evasione dell'istanza di accesso agli atti di gara **4, 483**

La disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e non oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio **6, 736**

Muzzati Federico

Un breve sguardo al ruolo delle Commissioni giudicatrici nel rinnovato sistema codicistico **3, 293**

Neri Vincenzo

La tutela dell'affidamento **4, 473**

Nicodemo Giovanni Francesco

Principio di tassatività delle clausole di esclusione e discrezionalità amministrativa: l'approccio del D.Lgs. n. 36/2023 ..... **5, 600**

Pafundi Teodosio

Il D.L. n. 69/2024 Salva Casa e le principali modifiche al Testo Unico dell'edilizia **5, 641**

Pagani Ignazio

Il temperamento del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche **5, 668**

Pagliaroli Chiara

Affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ed equo compenso: alla ricerca di una convivenza equilibrata **6, 799**

Ricchi Massimo

Struttura e semantica del PPP: le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice, il D.Lgs. n. 36/2023 ..... **3, 307**

Scaccheri Giovanna

L'obbligo di esternalizzazione per le concessioni originariamente affidate senza gara **2, 176**

L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali? **6, 713**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Scarcella Alessio

Osservatorio penale **1, 136; 2, 275; 3, 423; 4, 567; 5, 697; 6, 835**

Toscano Nunzio-Attilio

Intervento sostitutivo della stazione appaltante e ordine di soddisfazione dei creditori **2, 171**

Viola Luigi

Difficoltà (ed equivoci) dei trapianti giuridici: il caso della chiamata in garanzia nel processo amministrativo **1, 128**

Il principio di sinteticità conquista anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica? **3, 360**

Vivani Claudio

Disciplina dei siti contaminati e "nuovi inquinanti": il caso delle PFAS **6, 823**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INDICE CRONOLOGICO

Giurisprudenza

Consiglio di Stato

3 maggio 2023, Sez. III, n. 4465 ..... **1, 113**
11 luglio 2023, Sez. III, n. 6797 ..... **2, 233**
16 agosto 2023, Sez. VII, n. 7767 ..... **1, 87**
6 settembre 2023, Sez. III, n. 8188 ..... **3, 383**
26 settembre 2023, Sez. V, n. 8542 ..... **1, 71**
11 ottobre 2023, Ad. Plen., n. 16 ..... **1, 49**
30 novembre 2023, Sez. VI, n. 10335 ..... **2, 221**
11 dicembre 2023, Sez. IV, n. 10675 ..... **2, 209**
18 dicembre 2023, Sez. IV, n. 10962 ..... **3, 368**
31 dicembre 2023, Sez. VII, n. 11390 ..... **4, 517**
22 gennaio 2024, Sez. I, n. 50 ..... **3, 359**
2 febbraio 2024, Sez. IV, n. 1110 ..... **4, 503**
2 aprile 2024, Sez. V, n. 3008 ..... **4, 481**
24 aprile 2024, Ad. Plen., n. 7 ..... **5, 654**
27 maggio 2024, Sez. III, n. 4701 ..... **6, 764**
1° luglio 2024, Sez. VII, n. 5789 ..... **6, 754**
30 luglio 2024, Ad. Plen., n. 14 ..... **6, 732**

Tribunali amministrativi regionali

3 ottobre 2023, T.R.G.A. Trento, n. 147, ord. **1, 125**
23 ottobre 2023, Lombardia, Milano, Sez. I, n. 2407 **2, 265**
15 novembre 2023, Toscana, Firenze, Sez. I, n. 1048 **2, 255**
18 dicembre 2023, Lombardia, Milano, Sez. IV, n. 3068 ..... **3, 413**
21 dicembre 2023, Sicilia, Catania, Sez. I, n. 3879 **2, 247**
23 dicembre 2023, Umbria, Perugia, Sez. I, n. 758 **3, 403**
12 marzo 2024, Lombardia, Brescia, Sez. II, n. 89, ord. **4, 557**
17 aprile 2024, Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, n. 88 **4, 537**
19 aprile 2024, Lombardia, Milano, Sez. IV, n. 1183 **4, 527**
30 aprile 2024, Lazio, Roma, Sez. V-*ter*, n. 8580 .. **5, 675**
15 maggio 2024, Lazio, Roma, Sez. IV-*ter*, n. 9614 **5, 666**
27 maggio 2024, Veneto, Sez. IV, n. 1192 ..... **6, 813**
25 luglio 2024, Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, n. 483 ..... **6, 795**
30 luglio 2024, Sicilia, Catania, Sez. III, n. 2767 ... **6, 778**

Corte di Cassazione civile

23 novembre 2023, SS.UU., n. 32559 ..... **3, 327**
29 febbraio 2024, SS.UU., n. 5441, ord. **5, 690**

Corte di Cassazione penale

17 ottobre 2023, Sez. III, n. 42235 ..... **1, 143**
17 ottobre 2023, Sez. III, n. 42238 ..... **1, 138**
17 ottobre 2023, Sez. III, n. 42243 ..... **1, 137**
25 ottobre 2023, Sez. V, n. 43299 ..... **1, 143**
31 ottobre 2023, Sez. III, n. 43823 ..... **1, 141**
31 ottobre 2023, Sez. III, n. 43829 ..... **1, 136**
7 novembre 2023, Sez. IV, n. 44653 ..... **1, 136**
21 novembre 2023, Sez. I, n. 46686 ..... **1, 140**
21 novembre 2023, Sez. III, n. 46701 ..... **1, 140**
21 novembre 2023, Sez. III, n. 46702 ..... **1, 139**
1° dicembre 2023, Sez. III, n. 47909 ..... **2, 279**
19 dicembre 2023, Sez. III, n. 50500 ..... **2, 277**
20 dicembre 2023, Sez. III, n. 50773 ..... **2, 276**
29 dicembre 2023, Sez. III, n. 51632 ..... **2, 275**
10 gennaio 2024, Sez. III, n. 870 ..... **2, 283**
10 gennaio 2024, Sez. III, n. 872 ..... **2, 282**
16 gennaio 2024, Sez. IV, n. 1868 ..... **2, 282**
23 gennaio 2024, Sez. IV, n. 2770 ..... **2, 281**
23 gennaio 2024, Sez. III, n. 2785 ..... **2, 275**
23 gennaio 2024, Sez. I, n. 2871 ..... **2, 280**
5 febbraio 2024, Sez. V, n. 5100 ..... **2, 280; 3, 431**
21 febbraio 2024, Sez. III, n. 7538 ..... **3, 425**
6 marzo 2024, Sez. III, n. 9456 ..... **3, 430**
19 marzo 2024, Sez. III, n. 11389 ..... **3, 429**
21 marzo 2024, Sez. III, n. 11832 ..... **3, 429**
26 marzo 2024, Sez. IV, n. 12340 ..... **3, 428**
5 aprile 2024, Sez. VI, n. 14013 ..... **3, 427**
8 aprile 2024, Sez. IV, n. 14077 ..... **3, 426**
9 aprile 2024, Sez. III, n. 14631 ..... **3, 426**
9 aprile 2024, Sez. III, n. 14644 ..... **3, 423**
9 aprile 2024, Sez. III, n. 14645 ..... **3, 423**
9 aprile 2024, Sez. III, n. 14649 ..... **3, 425**
18 aprile 2024, Sez. III, n. 16167 ..... **4, 572**
18 aprile 2024, Sez. III, n. 16175 ..... **4, 567**
7 maggio 2024, Sez. III, n. 17809 ..... **4, 571**
14 maggio 2024, Sez. III, n. 18895 ..... **4, 570**
27 maggio 2024, Sez. III, n. 20761 ..... **4, 570**
28 maggio 2024, Sez. III, n. 20844 ..... **4, 567**
28 maggio 2024, Sez. III, n. 20856 ..... **4, 569**
18 giugno 2024, Sez. III, n. 24069 ..... **4, 568**
18 giugno 2024, Sez. III, n. 24077 ..... **5, 701**
20 giugno 2024, Sez. III, n. 24326 ..... **4, 568**
17 luglio 2024, Sez. III, n. 28698 ..... **5, 700**
17 luglio 2024, Sez. III, n. 28727 ..... **5, 704**
19 luglio 2024, Sez. III, n. 29344 ..... **5, 700**
29 luglio 2024, Sez. IV, n. 30934 ..... **5, 703**
29 luglio 2024, Sez. III, n. 30951 ..... **5, 699**
29 luglio 2024, Sez. III, n. 30953 ..... **5, 699**
30 luglio 2024, Sez. III, n. 31129 ..... **5, 698**
5 agosto 2024, Sez. III, n. 31805 ..... **5, 703**
5 agosto 2024, Sez. III, n. 31818 ..... **5, 697**
6 agosto 2024, Sez. III, n. 31967 ..... **5, 702**
19 settembre 2024, Sez. III, n. 35109 ..... **6, 841**
19 settembre 2024, Sez. III, n. 35123 ..... **6, 840**
3 ottobre 2024, Sez. III, n. 36774 ..... **6, 837**
3 ottobre 2024, Sez. III, n. 36929 ..... **6, 836**
14 ottobre 2024, Sez. III, n. 37639 ..... **6, 839**
16 ottobre 2024, Sez. III, n. 37948 ..... **6, 838**
28 ottobre 2024, Sez. III, n. 39593 ..... **6, 835**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INDICE ANALITICO

Ambiente e beni culturali

Bonifica

Messa in sicurezza e bonifica di siti contaminati: il *revirement* del Consiglio di Stato sulla distinzione tra misure di messa in sicurezza e misure di prevenzione (*Cons. Stato, Sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10962*), di *Massimiliano Mangano* **3, 368**

Gli obblighi del proprietario non responsabile dell'inquinamento: il caso della gestione di affari altrui (*Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1110*), di *Rosario Carrano* **4, 503**

Concessioni balneari

La ricorribilità per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza Plenaria (*Cass. Civ., SS.UU., 23 novembre 2023, n. 32559*), di *Roberto Musone* **3, 327**

Concessioni demaniali marittime

Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione, di *Giannangelo Marchegiani* **1, 5**

Demanio marittimo

Le concessioni balneari: tra (in)certezza del diritto e arte del procrastinare, di *Alberigo Martino* **4, 441**

Disciplina dei siti contaminati

Disciplina dei siti contaminati e "nuovi inquinanti": il caso delle PFAS (T.*A.R. Veneto, Sez. IV, 27 maggio 2024, n. 1192*), di *Claudio Vivani* **6, 813**

Opere pubbliche e di interesse pubblico

La localizzazione delle opere pubbliche e di interesse pubblico nel Codice dei contratti, di *Sandro Amorosino* **2, 153**

Appalti e lavori pubblici

Appalti pubblici e concessioni

Accordi quadro e concessioni demaniali marittime: un caso emblematico (*T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 30 luglio 2024, n. 2767*), di *Mauro Giovannelli* **6, 778**

Appalti sottosoglia

La disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee alla luce dei pareri del MIT e dei provvedimenti dell'ANAC, di *Antonio Avino* **5, 581**

Appalto di servizi pubblici

Subappalto e subcontratto per prestazioni accessorie (*Cons. Stato, Sez. IV, 11 dicembre 2023, n. 10675*), di *Mauro Giovannelli* **2, 209**

Cause di esclusione

Principio di tassatività delle clausole di esclusione e discrezionalità amministrativa: l'approccio del D.Lgs. n. 36/2023, di *Giovanni Francesco Nicodemo* **5, 600**

CCNL di settore

Equivalenza delle tutele nei CCNL (*T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 12 marzo 2024, n. 89, ord.*), di *Antonio Giacalone* **4, 557**

Commissioni giudicatrici

Un breve sguardo al ruolo delle Commissioni giudicatrici nel rinnovato sistema codicistico, di *Federico Muzzati* **3, 293**

Continuità dei requisiti SOA

Il temperamento del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche (*T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV-*ter*, 15 maggio 2024, n. 9614*), di *Ignazio Pagani* **5, 666**

Contratti pubblici

La nozione di organismo di diritto pubblico, fra giurisprudenza e nuovo Codice dei Contratti Pubblici (*Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2023, n. 8542*), di *Alessandro Licci Marini* **1, 71**

Profili di compatibilità della disciplina dell'equo compenso con la normativa sui contratti pubblici (*T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V-*ter*, 30 aprile 2024, n. 8580*), di *Alessandro Licci Marini* **5, 675**

Criteri ambientali minimi

Le funzioni della contrattazione pubblica e il ruolo del giudice amministrativo alla luce dell'obbligo di rispettare i c.a.m. (*Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701*), di *Alessandro Enrico Basilico* **6, 764**

Equilibrio contrattuale

L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali?, di *Giovanni Balocco* e *Giovanna Scaccheri* **6, 713**

Equo compenso

Affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ed equo compenso: alla ricerca di una convivenza equilibrata (*T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 luglio 2024, n. 483*), di *Marinella Galletto* e *Chiara Pagliaroli* **6, 795**

Finanza di progetto

Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato, di *Giuseppe Manfredi* **4, 457**

Gara

L'estensione soggettiva del vincolo di aggiudicazione dei lotti negli appalti pubblici: evoluzione giurisprudenziale e legislativa, di *Chiara Falvo* e *Leila Kentache* **2, 160**

Illeciti professionali

Cosa resterà dell'art. 80? Prime riflessioni attorno alla tassatività dei gravi illeciti professionali di cui all'art. 98 del D.Lgs. n. 36/2023, di *Fausto Gaspari* **1, 19**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Impianti sportivi

L'affidamento diretto degli impianti sportivi: un bilanciamento complesso, di *Axel Conte* **3, 302**

Intervento sostitutivo stazione appaltante

Intervento sostitutivo della stazione appaltante e ordine di soddisfazione dei creditori, di *Nunzio-Attilio Toscano* **2, 171**

Obbligo di esternalizzazione

L'obbligo di esternalizzazione per le concessioni originariamente affidate senza gara, di *Giovanni Balocco* e *Giovanna Scaccheri* **2, 176**

Partenariato pubblico-privato

Partenariato sociale, cessione di immobili in cambio di opere, servizi globali e contraente generale, di *Silvia Fasano* **1, 35**

Struttura e semantica del PPP: le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice, il D.Lgs. n. 36/2023, di *Massimo Ricchi* **3, 307**

PNRR

Dal PNRR come "*corpus* normativo" speciale al nuovo codice dei contratti pubblici: continuità e innovazioni, di *Marco Lunardelli* **2, 186**

Normativa applicabile agli appalti PNRR e l'effetto utile dell'offerta come limite al soccorso istruttorio (*T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 23 dicembre 2023, n. 758*), di *Antonio Giacalone* **3, 403**

Raggruppamenti temporanei di imprese

Quote di partecipazione al raggruppamento e il "limite invalicabile" dei requisiti di qualificazione (*T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 17 aprile 2024, n. 88*), di *Roberto Cippitani* e *Alessandro Formica* **4, 537**

Regolarità fiscale

Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale (*Cons. Stato, Ad. Plen., 24 aprile 2024, n. 7*), di *Giovanni Carlo Figuera* **5, 654**

Requisiti di capacità tecnica e professionale

Requisiti di capacità tecnico-professionale e società di progetto (*T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 15 novembre 2023, n. 1048*), di *Silvia Ingegnatti* **2, 255**

Revisione prezzi

L'aggiornamento dei prezzi nelle concessioni (*T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 23 ottobre 2023, n. 2407*), di *Claudio Guccione* **2, 265**

RUP

Il responsabile unico del progetto nel Codice dei contratti pubblici n. 36/2023, di *Marcello Bolognesi* **2, 202**

Segretezza dell'offerta

Una lettura del principio di segretezza delle offerte alla luce dei principi del risultato e della fiducia: riverberi operativi sull'esercizio della discrezionalità amministrativa (*Cons. Stato, Sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789*), di *Margherita Amitrano Zingale* **6, 754**

Stazioni appaltanti

Qualificazione e principi per superare l'automatismo e garantire efficienza di mercato, di *Barbara Mameli* **6, 722**

Termine di impugnazione dell'aggiudicazione

Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione in presenza di condotte ostruzionistiche della stazione appaltante nell'evasione dell'istanza di accesso agli atti di gara (*Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2024, n. 3008*), di *Roberto Musone* **4, 481**

Varianti contrattuali

Le modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione nell'ottica eurounitaria (*Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2023, n. 6797*), di *Alberto Di Mario* **2, 233**

Atti amministrativi

Diritto di accesso

La sicurezza come motivo di esclusione dal diritto di accesso ai documenti amministrativi (*Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2023, n. 4465*), di *Roberto Cippitani* **1, 113**

Risarcimento danni

Sulla responsabilità della P.A. a seguito di norma dichiarata incostituzionale (*Cons. Stato, Sez. III, 6 settembre 2023, n. 8188*), di *Cecilia De Luca* **3, 383**

Contratti della P.A.

Concessione

Il contratto di concessione: il "rischio operativo" e la revisione dell'equilibrio contrattuale, di *Azzurra Deodato* **5, 611**

Contratti atipici

Il contratto di sponsorizzazione pubblica: natura giuridica e garanzia della concorrenza nella scelta dello *sponsor* privato, di *Azzurra Deodato* **4, 465**

Edilizia e urbanistica

Abusi edilizi

Abusi edilizi, legittimo affidamento e accordi *ex* art. 11, L. n. 241/1990 (*Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10335*), di *Stefano Calvetti* **2, 221**

Barriere in cemento "new jersey"

Cass. Pen., Sez. III, 17 ottobre 2023, n. 42243 (*Oss. pen.*) **1, 137**

"Case mobili"

Cass. Pen., Sez. III, 28 ottobre 2024, n. 39593 (*Oss. pen.*) **6, 835**

Condono edilizio

Cass. Pen., Sez. III, 23 gennaio 2024, n. 2785 (*Oss. pen.*) **2, 275**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Cass. Pen., Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 51632 (*Oss. pen.*) **2, 275**

D.L. Salva Casa

Preesistenze edilizie e stato legittimo. Le questioni irrisolte del decreto "Salva Casa", di *Calogero Commandatore* **5, 620**

Le semplificazioni della normativa edilizia stabilite dal D.L. "Salva Casa", di *Matteo Gnes* **5, 631**

Il D.L. n. 69/2024 Salva Casa e le principali modifiche al Testo Unico dell'edilizia, di *Teodosio Pafundi* ... **5, 641**

Demolizione del manufatto abusivo

Cass. Pen., Sez. III, 9 aprile 2024, n. 14645 (*Oss. pen.*) **3, 423**

Cass. Pen., Sez. III, 3 ottobre 2024, n. 36774 (*Oss. pen.*) **6, 837**

Enti del terzo settore

Cass. Pen., Sez. III, 18 giugno 2024, n. 24077 (*Oss. pen.*) **5, 701**

"Gettata di cemento" in area vincolata

Cass. Pen., Sez. III, 17 ottobre 2023, n. 42238 (*Oss. pen.*) **1, 138**

Lottizzazione abusiva

Cass. Pen., Sez. III, 5 agosto 2024, n. 31818 (*Oss. pen.*) **5, 697**

Cass. Pen., Sez. III, 29 luglio 2024, n. 30953 (*Oss. pen.*) **5, 699**

Natura precaria dell'opera edilizia

Cass. Pen., Sez. III, 18 aprile 2024, n. 16175 (*Oss. pen.*) **4, 567**

Cass. Pen., Sez. III, 28 maggio 2024, n. 20844 (*Oss. pen.*) **4, 567**

Normativa emergenziale anticovid

Cass. Pen., Sez. III, 30 luglio 2024, n. 31129 (*Oss. pen.*) **5, 698**

Opere in conglomerato cementizio armato

Cass. Pen., Sez. III, 17 luglio 2024, n. 28698 (*Oss. pen.*) **5, 700**

Ordine di demolizione

Cass. Pen., Sez. IV, 7 novembre 2023, n. 44653 (*Oss. pen.*) **1, 136**

Cass. Pen., Sez. III, 31 ottobre 2023, n. 43829 (*Oss. pen.*) **1, 136**

Permesso di costruire

La disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e non oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio (*Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2024, n. 14*), di *Roberto Musone* . **6, 732**

Piscina mobile e non interrata

Cass. Pen., Sez. III, 20 dicembre 2023, n. 50773 (*Oss. pen.*) **2, 276**

PPTR (Piano paesistico territoriale regionale)

Cass. Pen., Sez. III, 19 luglio 2024, n. 29344 (*Oss. pen.*) **5, 700**

Ristrutturazione edilizia

La percepibilità dell'intervento edilizio e la sua (ir-) rilevanza paesaggistica (*Cons. Stato, Sez. VII, 31 dicembre 2023, n. 11390*), di *Calogero Commandatore* **4, 517**

Sanatoria ex artt. 36 e 37, d.P.R. n. 380/2, 2001

Cass. Pen., Sez. III, 1° dicembre 2023, n. 47909 (*Oss. pen.*) **2, 279**

Sanzioni illecito edilizio

Il sistema sanzionatorio dell'illecito edilizio all'esame dell'Adunanza plenaria (*Cons. Stato, Ad. Plen., 11 ottobre 2023, n. 16*), di *Calogero Commandatore* . **1, 49**

Titoli abilitativi

Cass. Pen., Sez. III, 9 aprile 2024, n. 14644 (*Oss. pen.*) **3, 423**

Cass. Pen., Sez. III, 21 febbraio 2024, n. 7538 (*Oss. pen.*) **3, 425**

Cass. Pen., Sez. III, 29 luglio 2024, n. 30951 (*Oss. pen.*) **5, 699**

Cass. Pen., Sez. III, 3 ottobre 2024, n. 36929 (*Oss. pen.*) **6, 836**

Zona sottoposta a vincolo idrogeologico

Cass. Pen., Sez. III, 19 dicembre 2023, n. 50500 (*Oss. pen.*) **2, 277**

Espropriazione per p.u.

Modi costituzione servitù ad uso pubblico

Dicatio ad patriam, usucapione e occupazione illegittima sono compatibili? (*T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 19 aprile 2024, n. 1183*), di *Silvia Ingegnatti* **4, 527**

Giurisdizione

Riparto

Il silenzio-inadempimento in materia di rinegoziazione delle concessioni di pubblici servizi e riparto di giurisdizione (*T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 3068*), di *Gabriele Agati* **3, 413**

Risarcimento danni

Risarcimento per danno da ritiro del provvedimento favorevole: un contrasto da risolvere nell'ottica del principio di effettività della tutela (*T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 21 dicembre 2023, n. 3879*), di *Margherita Amitrano Zingale* **2, 247**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Giustizia amministrativa

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Il principio di sinteticità conquista anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica? (*Cons. Stato, Sez. I, 22 gennaio 2024, n. 50*), di *Alessandra Dapas* e *Luigi Viola* **3, 359**

Procedimento amministrativo

Rinuncia

La rinunciabilità al procedimento amministrativo ad istanza di parte e i limiti alla reiterabilità dell'istanza (*Cons. Stato, Sez. VII, 16 agosto 2023, n. 7767*), di *Roberto Musone* **1, 87**

Processo amministrativo

Intervento in giudizio

Difficoltà (ed equivoci) dei trapianti giuridici: il caso della chiamata in garanzia nel processo amministrativo (*T.R.G.A. Trento 3 ottobre 2023, n. 147, ord.*), di *Alessandra Dapas* e *Luigi Viola* **1, 125**

Reati edilizi

Buona fede

Cass. Pen., Sez. IV, 8 aprile 2024, n. 14077 (*Oss. pen.*) **3, 426**

Comunicazione di inizio lavori

Cass. Pen., Sez. V, 5 febbraio 2024, n. 5100 (*Oss. pen.*) **2, 280; 3, 431**

Demolizione del manufatto abusivo

Cass. Pen., Sez. III, 27 maggio 2024, n. 20761 (*Oss. pen.*) **4, 570**

Cass. Pen., Sez. III, 14 maggio 2024, n. 18895 (*Oss. pen.*) **4, 570**

Cass. Pen., Sez. III, 7 maggio 2024, n. 17809 (*Oss. pen.*) **4, 571**

Cass. Pen., Sez. III, 5 agosto 2024, n. 31805 (*Oss. pen.*) **5, 703**

Cass. Pen., Sez. III, 17 luglio 2024, n. 28727 (*Oss. pen.*) **5, 704**

Direttore dei lavori

Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2024, n. 35123 (*Oss. pen.*) **6, 840**

False dichiarazioni a corredo della SCIA

Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2024, n. 35109 (*Oss. pen.*) **6, 841**

Falso ideologico

Cass. Pen., Sez. V, 25 ottobre 2023, n. 43299 (*Oss. pen.*) **1, 143**

Giudicato amministrativo

Cass. Pen., Sez. III, 6 agosto 2024, n. 31967 (*Oss. pen.*) **5, 702**

Interesse a ricorrere del proprietario "ablato"

Cass. Pen., Sez. III, 21 novembre 2023, n. 46702 (*Oss. pen.*) **1, 139**

Istanza di concessione in sanatoria

Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 2024, n. 1868 (*Oss. pen.*) **2, 282**

Lottizzazione abusiva

Cass. Pen., Sez. I, 21 novembre 2023, n. 46686 (*Oss. pen.*) **1, 140**

Cass. Pen., Sez. III, 17 ottobre 2023, n. 42235 (*Oss. pen.*) **1, 143**

Cass. Pen., Sez. VI, 5 aprile 2024, n. 14013 (*Oss. pen.*) **3, 427**

Cass. Pen., Sez. III, 6 marzo 2024, n. 9456 (*Oss. pen.*) **3, 430**

Cass. Pen., Sez. III, 18 giugno 2024, n. 24069 (*Oss. pen.*) **4, 568**

Cass. Pen., Sez. III, 28 maggio 2024, n. 20856 (*Oss. pen.*) **4, 569**

Cass. Pen., Sez. III, 14 ottobre 2024, n. 37639 (*Oss. pen.*) **6, 839**

"Ne bis in idem"

Cass. Pen., Sez. IV, 29 luglio 2024, n. 30934 (*Oss. pen.*) **5, 703**

Normativa antisismica

Cass. Pen., Sez. III, 20 giugno 2024, n. 24326 (*Oss. pen.*) **4, 568**

Ordine di demolizione

Cass. Pen., Sez. III, 31 ottobre 2023, n. 43823 (*Oss. pen.*) **1, 141**

Cass. Pen., Sez. I, 23 gennaio 2024, n. 2871 (*Oss. pen.*) **2, 280**

Cass. Pen., Sez. IV, 23 gennaio 2024, n. 2770 (*Oss. pen.*) **2, 281**

Cass. Pen., Sez. III, 10 gennaio 2024, n. 872 (*Oss. pen.*) **2, 282**

Cass. Pen., Sez. III, 10 gennaio 2024, n. 870 (*Oss. pen.*) **2, 283**

Prescrizione

Cass. Pen., Sez. III, 19 marzo 2024, n. 11389 (*Oss. pen.*) **3, 429**

Reato di mutamento della destinazione di uso

Cass. Pen., Sez. III, 18 aprile 2024, n. 16167 (*Oss. pen.*) **4, 572**

Revisione "parziale" di condanna

Cass. Pen., Sez. III, 9 aprile 2024, n. 14631 (*Oss. pen.*) **3, 426**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sequestro preventivo

Cass. Pen., Sez. III, 21 novembre 2023, n. 46701 (*Oss. pen.*) **1, 140**

Sequestro preventivo di opere abusive

Cass. Pen., Sez. III, 9 aprile 2024, n. 14649 (*Oss. pen.*) **3, 425**

Sospensione condizionale della pena

Cass. Pen., Sez. IV, 26 marzo 2024, n. 12340 (*Oss. pen.*) **3, 428**

Cass. Pen., Sez. III, 21 marzo 2024, n. 11832 (*Oss. pen.*) **3, 429**

Titoli abilitativi

Cass. Pen., Sez. III, 16 ottobre 2024, n. 37948 (*Oss. pen.*) **6, 838**

Responsabilità della P.A.

Responsabilità precontrattuale

La tutela dell'affidamento, di *Vincenzo Neri* **4, 473**

Responsabilità precontrattuale e giurisdizione

Danno da mancata stipula del contratto: la domanda va proposta al giudice ordinario. Ma sarà ancora così (nuovo art. 124 c.p.a.)? (*Cass. Civ., SS.UU., 29 febbraio 2024, n. 5441, ord.*), di *Stefano Calvetti* **5, 690**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Wolters Kluwer

LEGGI D'ITALIA presenta One PA

OLTRE L'EFFICACIA DI SEMPRE

Mario
Segretario Comunale

DA SEMPRE IL PUNTO DI RIFERIMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Leggi d'Italia presenta One PA, la soluzione digitale progettata per la Pubblica Amministrazione di oggi e di domani. Tutta l'affidabilità, l'autorevolezza, l'efficacia di Leggi d'Italia in una soluzione ancora più evoluta al servizio di chi affronta ogni giorno responsabilità crescenti e adempimenti sempre più complessi.
La documentazione ufficiale più completa e aggiornata, l'interpretazione degli esperti, gli strumenti operativi in materia di appalti, pubblico impiego, tributi, edilizia e urbanistica, ambiente per gestire al meglio uno scenario in continua trasformazione.

Scopri di più su **one.it/pa**

One PA FA GRANDE LA DIFFERENZA

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Y27ORCL

Breviaria Iuris *Più*

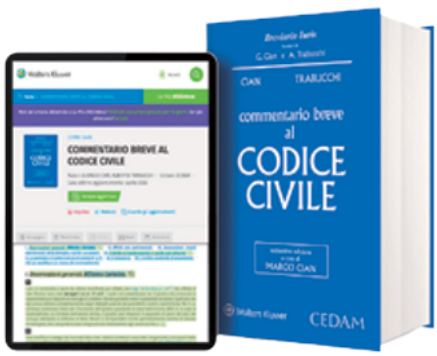
Commentario breve al CODICE CIVILE

Diritto al punto.

Breviaria Iuris *Più* è la nuova formula dei codici commentati CEDAM. Commenti brevi, risposte puntuali al caso concreto... oggi anche **in digitale, costantemente aggiornati**. Facili da individuare grazie alle **evidenziazioni in colore**.

Scopri la nuova edizione del **Commentario breve al CODICE CIVILE CARTA+DIGITALE con aggiornamento e tutti i vantaggi di Breviaria Iuris *Più*.**

L'indispensabile per il professionista.



Wolters Kluwer

CEDAM

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Wolters Kluwer

Y49OICL

LEGGI D'ITALIA presenta One PA

OLTRE L'AFFIDABILITÀ DI SEMPRE

Alberto
Ufficio Legislativo

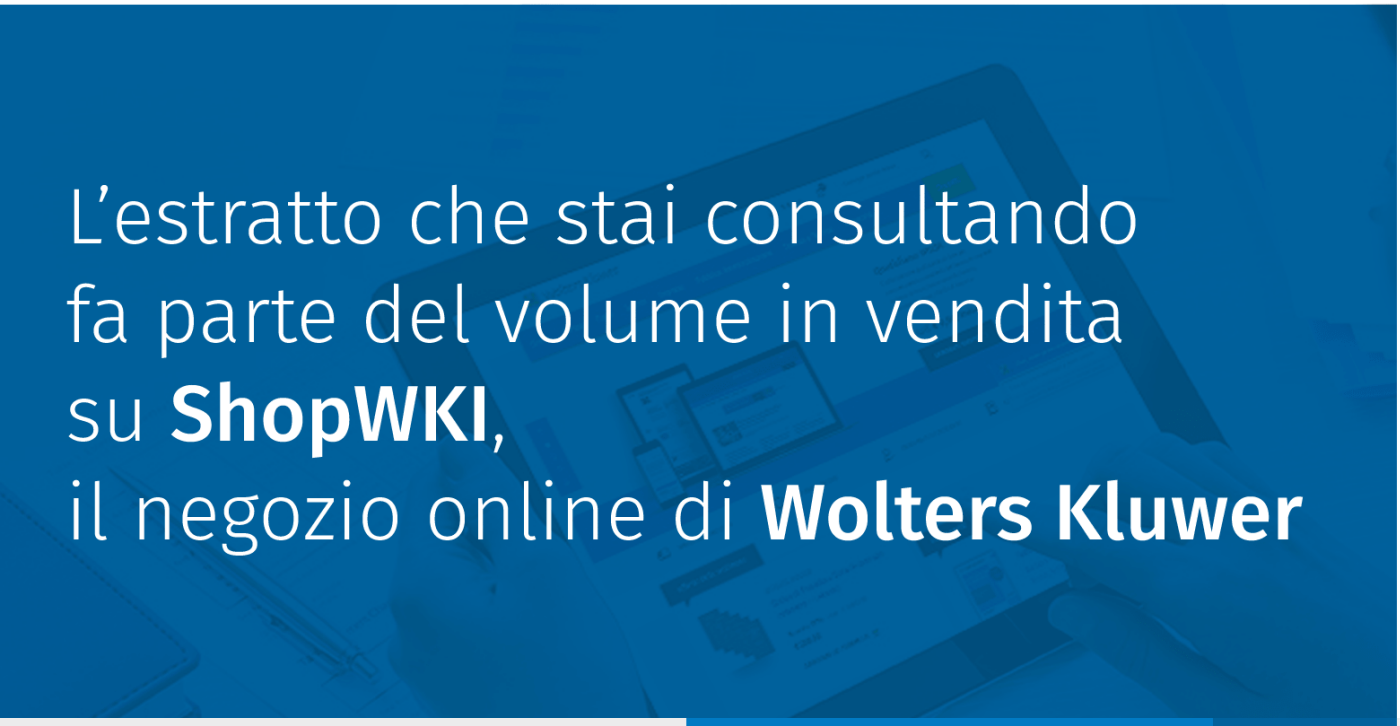
DA SEMPRE IL PUNTO DI RIFERIMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Leggi d'Italia presenta One PA, la soluzione digitale progettata per la Pubblica Amministrazione di oggi e di domani. Tutta l'affidabilità, l'autorevolezza, l'efficacia di Leggi d'Italia in una soluzione ancora più evoluta al servizio di chi affronta ogni giorno responsabilità crescenti e adempimenti sempre più complessi.
La documentazione ufficiale più completa e aggiornata, l'interpretazione degli esperti, gli strumenti operativi in materia di appalti, pubblico impiego, tributi, edilizia e urbanistica, ambiente per gestire al meglio uno scenario in continua trasformazione.

Scopri di più su **one.it/pa**

One PA FA GRANDE LA DIFFERENZA

Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX