

INDICE SENTENZE ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO PER L'ANNO 2011

1. Adunanza Plenaria 2011 n. 3 del 23/03/2011 - Risarcimento danni a seguito di appalto per la realizzazione di impianti elettrici.

Massime:

- La regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3 codice del processo amministrativo, deve ritenersi ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione evolutiva del co. 2, art. 1227 c.c.. Pertanto l'omessa attivazione degli strumenti di tutela costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.

- La disciplina recata dal nuovo codice del processo amministrativo (in specie, dagli art. 30, comma 3, e 124), pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, dimostra di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso. Peraltro, l'ipotetica incidenza eziologica non è propria soltanto della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma riguarda anche l'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (cd. invito all'autotutela).

- Sebbene la disciplina recata dal nuovo codice del processo amministrativo non sia applicabile ad una fattispecie ed ad un giudizio risalenti ad epoca anteriore al 16 settembre 2010, i principi che da questa si evincono (in specie con riferimento all'assenza di una stretta pregiudiziale processuale ed all'operatività di una connessione sostanziale di tipo causale tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria), essendo ricavabili anche dal quadro normativo vigente prima dell'entrata in vigore del codice, sono applicabili anche ai fini della soluzione di questioni precedenti all'emanazione del c.p.a.

- Allorquando innanzi al g.a. venga domandato il risarcimento del danno senza la preventiva impugnazione del provvedimento ritenuto illegittimo e dannoso, lo stesso g.a. è chiamato a svolgere un'analisi dei rapporti sostanziali non tanto sul piano dell'ingiustizia del danno ma su quello della causalità: detta indagine, infatti, consente in modo più appropriato di introdurre il necessario temperamento all'autonomia processuale delle tutele, cogliendo la dipendenza sostanziale, come fatto da apprezzare in concreto, tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria.

- L'obbligo di cooperazione di cui al comma 2 dell'art. 1227 c.c. ha fondamento nel canone di buona fede ex art. 1175 c.c. e, quindi, nel principio costituzionale di solidarietà: da ciò deriva che anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno laddove si appuri, alla stregua del giudizio di causalità ipotetica, che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno.

- La scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo

di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile. Detta omissione, apprezzata congiuntamente alla successiva proposizione di una domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, rende configurabile un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile. A diversa conclusione si deve invece pervenire laddove la decisione di non fare leva sullo strumento impugnatorio sia frutto di un'opzione discrezionale ragionevole e non sindacabile in quanto l'interesse all'annullamento oggettivamente non esista, sia venuto meno e, in generale, non sia adeguatamente suscettibile di soddisfazione.

- La mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo può essere ritenuta un comportamento contrario a buona fede nell'ipotesi in cui si appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno

- È ammessa la domanda di risarcimento del danno in via autonoma dall'impugnazione del provvedimento illegittimo, ritenuto lesivo. Tuttavia, ai sensi dell'art. 30, comma 3, d.lg. n. 104 del 2010, l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua dei principi di buona fede e solidarietà, sanciti dall'art. 1175 c.c., ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. Ne consegue la rilevanza sostanziale, sul piano causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come circostanza che preclude la risarcibilità di danni presumibilmente evitabili ove l'interessato abbia fatto ricorso allo strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi.

- Con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo deve ritenersi superato, anche in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44 comma 2 lett. b) n. 4, l. 18 giugno 2009, n. 69, l'orientamento tradizionale che riservava la tutela dell'interesse legittimo al solo processo impugnatorio-annullatorio, essendo ora codificata l'esperibilità di azioni tese ad ottenere pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa; segue da ciò la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto, teso a verificarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati e con salvezza del riesercizio del potere da parte dell'Amministrazione soccombente, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a stabilire la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

- Nell'attuale ordinamento giuridico, anche per effetto di scelte costituzionalmente orientate confluite nel codice del processo amministrativo, l'interesse legittimo non si configura più quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso proposto al giudice amministrativo perché verifichi la legittimità dell'azione amministrativa in sé considerata, ma si propone come posizione sostanziale, correlata ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione, in termini di sacrificio o di insoddisfazione, a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo, può provocare un danno; va quindi inteso come posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di tecniche di tutela e di forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento lesivo ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale.

- In un rinnovato sistema normativo, introdotto dal codice del processo amministrativo e sensibile all'esigenza di assicurare piena protezione all'interesse legittimo inteso come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, è logico e coerente che la domanda risarcitoria, ove si limiti alla richiesta di ristoro patrimoniale senza mirare alla cancellazione degli effetti prodotti del provvedimento, possa essere proposta in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria e non si atteggi più a semplice corollario di detto ultimo rimedio secondo una logica gerarchica che il codice del processo amministrativo ha con chiarezza superato.

- L'art. 30 comma 3, c.p.a., pur non richiamando espressamente l'art. 1227, comma 2, c.c., ne recepisce in sostanza il principio informatore allorché afferma che l'omessa attivazione da parte dell'interessato degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della riduzione del danno del danno evitabile con l'ordinaria diligenza, in una logica che vede l'omessa impugnazione dell'atto lesivo non più come preclusione di rito, ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.
- Dagli artt. 30 e ss. c.p.a emerge che il legislatore delegato non ha condiviso né la tesi della pregiudizialità amministrativa né tanto meno quella della totale autonomia dei due rimedi, impugnatorio e risarcitorio, ma ha optato per una soluzione che valuta l'omessa tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento del provvedimento lesivo non come fatto preclusivo dell'istanza risarcitoria, ma come condotta che, nell'ambito di una valutazione complessiva del comportamento delle parti in causa, può autorizzare il giudice ad escludere il risarcimento o a ridurre l'importo ove accerti che la tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento dell'atto lesivo avrebbe evitato o limitato i danni da quest'ultimo derivanti, con conseguente incidenza sulla fondatezza della domanda risarcitoria.
- La scelta di non avvalersi della tutela impugnatoria che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe probabilmente evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione del canone di buona fede e dell'obbligo di cooperazione, spezza il nesso causale fra provvedimento e pregiudizio e, per l'effetto, in forza del principio di auto-responsabilità codificato dall'art. 1227, comma 2, c.c., comporta la non risarcibilità del danno evitabile; di conseguenza è legittima la sentenza del giudice di primo grado che, nel dichiarare irricevibile il ricorso proposto a distanza di molto tempo dalla data di comunicazione del provvedimento di cui si chiedeva l'annullamento, ha anche respinto anche la domanda di risarcimento dei danni sotto il profilo che i danni lamentati sarebbero stati in toto evitati se l'impresa si fosse tempestivamente avvalsa degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento.

2. Adunanza Plenaria n. 4 del 07/04/2011 – Affidamento, progettazione e realizzazione lavori in ambito ferroviario.

Massime:

- Il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.
- Va mantenuta ferma la distinzione tra la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione (legittimazione al ricorso) e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso), anche prescindendo dal carattere finale o strumentale di tale vantaggio. La legittimazione al ricorso presuppone infatti il riconoscimento della esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato.
- Resta fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché

solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela. In questa veste, il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse "finale" al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta).

- La regola secondo cui la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione può subire alcune notevoli deroghe solo nel caso del soggetto che contrasta, "in radice" , la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara; dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione

- La mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso. La situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione.

- Nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva.

- La titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione (legittimazione al ricorso) si distingue dall'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso), anche prescindendo dal carattere "finale" o "strumentale" di tale utilità.

- Nelle procedure pubbliche di affidamento dei contratti, la legittimazione al ricorso è correlata a una situazione differenziata, in modo certo, come risultato della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, salvi i casi nei quali il ricorrente contesti, "in radice" , la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, oppure, in qualità di operatore economico di settore, l'affidamento diretto o senza gara, oppure ancora una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione.

- La legittimazione al ricorso del soggetto che impugna la decisione di indire una gara è ammessa nei soli casi in cui questi dimostri, comunque, la sussistenza di un'adequata posizione differenziata, costituita dalla titolarità di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento contestato

- Il giudice ha il dovere di decidere la controversia secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

- L'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara deve precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi

hanno preso parte, dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e dalle richieste dell'amministrazione resistente, mentre esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, solo qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

- Non può condividersi l'affermazione compiuta dall'Adunanza plenaria 11/2008, secondo la quale andrebbe comunque esaminato, nel merito, il ricorso principale, nonostante l'accertata fondatezza del ricorso incidentale "escludente", in considerazione dell'utilità pratica derivante, per il ricorrente stesso, dalla caducazione dell'intero procedimento. Infatti l'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente; non dimostra, da solo, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare a una futura selezione. Ne consegue che il ricorso incidentale, diretto a contrastare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente a prescindere dal numero di concorrenti che abbiano preso parte alla gara, e anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia avanzato censure di portata demolitoria, cioè suscettibili, ove accolte, di determinare la caducazione dell'intera procedura di gara. Qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale. E la sua accertata fondatezza preclude al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

- L'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale, ha carattere prioritario anche nel caso in cui quest'ultimo faccia valere il suo interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, e detta regola trova applicazione a prescindere dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'Amministrazione resistente.

- Ragioni di economia processuale comportano la necessità di dare priorità all'esame del ricorso principale, rispetto a quello incidentale, ove risulti con evidenza la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

- Nella disamina della controversia al suo esame il giudice deve dare priorità alla definizione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito e, fra le prime, all'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

- Nel processo amministrativo legittimazione al ricorso e interesse al ricorso definiscono posizioni giuridiche soggettive nettamente distinte, attesa che la prima postula la titolarità di una posizione sostanziale differenziata, che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione e, quindi, il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato; la seconda, invece, l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento a prescindere dal suo carattere finale o strumentale.

- Nel contenzioso in materia di gara pubblica la legittimazione al ricorso è correlata ad una situazione differenziata conseguente alla partecipazione alla stessa, e tale regola subisce deroghe solo nei casi di soggetto che contrasta in radice la scelta della stazione appaltante di indire la procedura comparativa, di operatore economico di settore, che contesta un affidamento diretto dell'appalto o che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola escludente del bando correlata alla illegittima richiesta del possesso di determinati requisiti di qualificazione; peraltro dette deroghe, in quanto connesse a ragioni peculiari, non comportano l'introduzione nel sistema di una nozione di legittimazione al ricorso fondata sulla mera qualificazione di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara.

- La legittimazione del soggetto all'impugnazione dell'atto di indizione di una gara pubblica è condizionata al dimostrato possesso di una posizione differenziata e con esso incompatibile, mentre la più ampia legittimazione riguardante la contestazione degli affidamenti diretti trova fondamento e giustificazione nel giudizio di assoluto disvalore del diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il principio della concorrenza; segue da ciò che, al di fuori delle ipotesi

tassativamente individuate dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, resta fermo il principio per il quale, nelle controversie riguardanti l'affidamento di contratti pubblici, la legittimazione al ricorso spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo da tale circostanza deriva il riconoscimento di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela.

- La mera partecipazione (di fatto) alla gara pubblica non è elemento sufficiente al riconoscimento della legittimazione al ricorso atteso che questa deriva da una qualificazione di carattere normativo e postula un esito positivo del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; di conseguenza, la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva, e tale esito rimane fermo in ogni caso in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è stata definitivamente accertata per inoppugnabilità dell'atto di esclusione ovvero per annullamento dell'atto di ammissione.

- Nelle gare pubbliche indette per l'aggiudicazione di un appalto i requisiti generali e speciali, richiesti dal bando, devono essere posseduti non solo alla data di scadenza da questo fissata, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva, nonché per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità, trattandosi di regola che trova la sua ratio in esigenze di certezza e funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire contratti pubblici.

3. Adunanza Plenaria n. 7 del 10/05/2011 - Emersione dal lavoro irregolare, ai sensi dell'art. 1-ter, comma 13, della legge n. 102 del 2009

Massime:

- Ai sensi dell'art. 97 del codice amministrativo deve essere riconosciuta la legittimazione ad essere parte del giudizio, in qualità di interveniente, alla associazione iscritta nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati, in quanto titolare di un interesse di fatto ad una pronuncia giurisdizionalmente favorevole alla categoria dei propri soci.

- In tema di regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari condannati, il reato di violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, punito con una pena edittale fino a quattro anni di reclusione e per il quale è previsto l'arresto obbligatorio il legislatore italiano, non è più compatibile con la disciplina comunitaria delle procedure di rimpatrio di cui alla direttiva 2008/115/CE. Pertanto, l'entrata in vigore della normativa comunitaria ha prodotto l'abolizione del reato previsto dalla disposizione sopra citata, e ciò, a norma dell'art. 2 del codice penale, ha effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali. Tale retroattività non può non riverberare i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione dal lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato, in quanto il principio del tempus regit actum esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia irretrattabilmente definito, e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento. Tale la circostanza, evidentemente, non si verifica ove siano stati esperiti gli idonei rimedi giudiziari volti a contestare l'assetto prodotto dall'atto impugnato.

- L'entrata in vigore della direttiva n. 115 del 2008 ha prodotto l'abolizione del reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 286 del 1998, e ciò, a norma dell'art. 2 c.p., ha effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali. Tale retroattività non può non riverberare i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione dal lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato.

- Il reato di immigrazione clandestina, previsto dall'art. 14 comma 5 ter, t.u. 25 luglio 1998 n. 286, non può più ritenersi ostativo ai fini della procedura di emersione dal lavoro irregolare dei cittadini extracomunitari dopo la direttiva U.E. n. 115 del 2008 che, anche se non recepita, è di immediata applicazione e ha determinato l'abolizione del suddetto reato.

- Ai sensi dell'art. 2 cod. pen., l'intervenuta abolizione del reato di immigrazione clandestina per effetto della Direttiva U.E. n. 115 del 2008 ha effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della sentenza penale di condanna comminata al cittadino extracomunitario clandestino e i suoi effetti, a meno che il rapporto de quo non sia ormai definito, divenendo insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento.

-

4. Adunanza Plenaria n. 8 del 10/05/2011 - Emersione dal lavoro irregolare, ai sensi dell'art. 1-ter, comma 13, della legge n. 102 del 2009

Massime:

- In tema di regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari condannati, il reato di violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, punito con una pena edittale fino a quattro anni di reclusione e per il quale è previsto l'arresto obbligatorio, non è più compatibile con la disciplina comunitaria delle procedure di rimpatrio di cui alla direttiva 2008/115/CE. Pertanto, la sopravvenienza normativa di matrice comunitaria di immediata applicazione negli Stati membri, posto che è inutilmente decorso il termine fissato per il recepimento da parte dello Stato Italiano, ha prodotto l'abolizione del reato previsto dalla disposizione sopra citata, con efficacia retroattiva ai sensi dell'art. 2 del codice penale. Tale retroattività non può non riverberare i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato, in quanto il principio del tempus regit actum esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui il fatto inerisce sia irretrattabilmente definito, e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento.

- In conformità a quanto recentemente affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza 28 aprile 2011, in causa C-61/11, deve ritenersi che sia immediatamente applicabile anche nel territorio italiano la direttiva 2008/115, posto che è inutilmente decorso il termine fissato per il recepimento da parte dello Stato italiano e che le disposizioni di cui agli art. 15 e 16 si presentano sufficientemente precise ed incondizionate; va ritenuto anche, sempre secondo quanto statuito dalla Corte di giustizia con la citata sentenza, che la direttiva 2008/115 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo.

- La direttiva comunitaria 2008/115 ha prodotto l'abolizione del delitto di violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 286/1998 (punito con una pena edittale fino a quattro anni di reclusione e per il quale era previsto l'arresto obbligatorio) e ciò, a norma dell'art. 2 c.p., ha effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali. Tale retroattività non può non riverberare i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato.

- In tema di regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari, il reato di violazione dell'ordine del questore di allontanarsi dal territorio dello Stato, previsto dall'art. 14, comma 5 ter d.l. n. 286 del 1998, punito con la reclusione fino a quattro anni e per il quale è previsto l'arresto obbligatorio, non è compatibile con la disciplina comunitaria delle procedure di rimpatrio sancita dalla direttiva n. 2008/115/Ce.

- l'immediata applicazione nell'ordinamento nazionale italiano della direttiva n. 2008/115/Ce, avuto riguardo all'inutile decorso del termine fissato per il suo recepimento, produce l'abolizione, per incompatibilità, del reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286 del 1998. l'abolizione, ai sensi dell'art. 2 c.p., ha valenza retroattiva ed esplica i suoi effetti anche sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato. Non rileva in senso contrario il principio del "tempus regit actum" il quale esplica efficacia solo allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia completamente definito e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento.
- Il decorso del termine per il recepimento di direttiva dell'Unione europea contrastante con la previsione come reato della violazione da parte dello straniero dell'ordine di allontanamento dal territorio italiano comporta, stante il carattere sufficientemente preciso e dettagliato delle disposizioni europee, l'"abolitio criminis".
- La regolarizzazione del lavoratore extracomunitario non è inibita dalla condanna per reato che sia da ritenersi abolito in conseguenza del contrasto con normativa dell'Unione europea suscettibile di immediata applicazione.

5. Adunanza Plenaria n. 9 del 24/05/2011 - Accesso alle forme di stabilizzazione di personale precario dell'art. 1, comma 519, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e s.m.i.

Massime:

- È legittimo il provvedimento dell'Amministrazione, in quanto correttamente applicativo della regola della procedura selettiva di cui si tratta come definita dalla normativa di cui al comma 519 dell'art. 1 l. n. 296 del 2006 nel significato esplicitato con efficacia retroattiva dal comma 91 dell'art. 3 l. n. 244 del 2007. La norma dell'art. 3, comma 91, si qualifica come interpretativa, e quindi retroattiva, in quanto assegna "alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario". Infatti non può negarsi che nella specie sussistono i presupposti di una interpretazione autentica, risultando il significato normativo dell'art. 1, comma 519, della l. n. 296 del 2006 quantomeno obiettivamente non chiaro in quanto interpretabile con argomenti sufficienti per sostenere che con l'espressione "Nei limiti del presente comma" si imponga alla procedura di stabilizzazione del personale volontario il solo limite finanziario posto nella prima parte del comma ovvero anche quello dell'osservanza del requisito soggettivo dei 120 giorni di servizio nel quinquennio precedente l'entrata in vigore della legge, altresì ivi posto.
- Il principio generale della inefficacia delle norme sopravvenute a modificare le procedure concorsuali in svolgimento deve essere coordinato con la prevista possibilità che, in via speciale e particolare, tali modifiche possano prodursi a effetto di normative sopravvenute il cui oggetto specifico sia un determinato concorso in corso di svolgimento, quando, evidentemente, il legislatore ragionevolmente ravvisi la necessità di un tale intervento. Con il comma 91 dell'art. 3 l. n. 244 del 2007 si è realizzato tale tipo di intervento, poiché esso reca una norma espressamente diretta ad incidere su uno specifico procedimento concorsuale in atto, poiché questo ne è il solo oggetto, e di regolarlo retroattivamente secondo il significato normativo del comma 519 dell'art. 1 l. n. 296 del 2006 con esso chiarito, in quanto norma di interpretazione autentica.
- Il significato normativo del comma 519 dell'art. 1 l. n. 296 del 2006 precisato con la norma interpretativa di cui all'art. 3, comma 91, della l. n. 244 del 2007, rientra tra quelli ascrivibili alla norma interpretata essendo, invero, uno dei due soli significati ragionevolmente ipotizzabili e non reca pertanto una regolazione irrazionale delle situazioni disciplinate. Ne consegue che

l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica non può dirsi formato in quanto il significato normativo della disposizione interpretata non risultava all'origine sufficientemente chiaro da ingenerare affidamento nella sua univoca applicazione, ma era invece obiettivamente caratterizzato da una riconoscibile ambiguità idonea a produrre incertezza sulle modalità applicative.

- Ai concorsi pubblici "in itinere", per regola generale, le disposizioni normative sopravvenute in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non sono applicabili alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio "tempus regit actum" attiene alle sequenze procedimentali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio. Pertanto, mentre le norme legislative o regolamentari vigenti al momento dell'indizione della procedura devono essere applicate anche se non espressamente richiamate nel bando, le norme sopravvenienti per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito nella "lex specialis", non modificano, di regola, i concorsi già banditi, a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse. Nel caso di norme pur legittimamente retroattive, come sono quelle interpretative, una posizione di affidamento tutelabile può rinvenirsi solo se esse incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti, cioè trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali regolate da leggi precedenti, risultando con ciò leso il principio di affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica. Ne consegue che, per converso, un tale affidamento non può dirsi formato se il significato normativo della disposizione interpretata non risultava all'origine sufficientemente chiaro da ingenerare affidamento nella sua univoca applicazione, ma era invece obiettivamente caratterizzato da una riconoscibile ambiguità idonea a produrre incertezza sulle modalità applicative, e se tra i suoi possibili significati vi era quello poi scelto dalla norma interpretativa che, in tale caso, non può dirsi veicolo di un regolamento irrazionale della fattispecie. L'art. 3, comma 91, l. n. 244/2007 - che ha interpretato l'art. 1, comma 519, l. n. 296/2006, nella parte in cui prevede che la stabilizzazione del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco è consentita al personale iscritto negli appositi elenchi di cui all'art. 6 d.lg. n. 139/2006 da almeno tre anni ed abbia effettuato non meno di centoventi giorni di servizio - va considerato come interpretativo, e quindi ha efficacia retroattiva, atteso che detto articolo assegna alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario.

- Le disposizioni normative sopravvenute in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non trovano applicazione per le procedure "in itinere" alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio "tempus regit actum" attiene alle sequenze procedimentali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio, salvo che ciò non sia espressamente stabilito dalle norme stesse sopravvenute.

- Il legislatore è certamente abilitato ad adottare norme di interpretazione autentica con l'effetto proprio della vincolatività retroattiva. Tuttavia, ad evitare il fenomeno di norme dichiarate come interpretative che dissimulano norme in effetti innovative indebitamente dotate di efficacia retroattiva, il primo e fondamentale presupposto perché una norma sia qualificabile di interpretazione autentica è che il significato della norma interpretata con essa scelto rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore: ciò sul presupposto, evidentemente, che la disposizione interpretata presenti una obiettiva incertezza sul significato normativo che ne può scaturire, con la possibilità di più di un significato non incompatibile con la lett. e) la ratio della disposizione stessa, e che tra questi significati rientri ragionevolmente quello ritenuto autentico.

- Una posizione di affidamento tutelabile in capo ai privati può rinvenirsi a fronte di norme pur legittimamente retroattive, come sono quelle interpretative, se esse incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti, cioè trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali regolate da leggi precedenti, risultando con ciò leso il principio di affidamento del

cittadino nella sicurezza giuridica. Ne consegue che, per converso, un tale affidamento non può dirsi formato se il significato normativo della disposizione interpretata non risultava all'origine siffattamente chiaro da ingenerare affidamento nella sua univoca applicazione, ma era invece obbiettivamente caratterizzato da una riconoscibile ambiguità idonea a produrre incertezza sulle modalità applicative, e se tra i suoi possibili significati vi era quello poi scelto dalla norma interpretativa che, in tale caso, non può dirsi veicolo di un regolamento irrazionale della fattispecie.

- L'art. 3 comma 91, l. 24 dicembre 2007 n. 244, recante «requisiti per la stabilizzazione del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco», è sicuramente norma di interpretazione autentica perché assegna alla norma interpretata (l'art. 1 comma 519, l. 27 dicembre 2006 n. 2969) un significato assolutamente compatibile con la lettera e la ratio della stessa e, in quanto tale, ha efficacia retroattiva.

- La norma interpretativa può legittimamente incidere su una procedura concorsuale in atto, chiarendo i requisiti di ammissione alla stessa già fissati dalla norma interpretata e recepiti nel loro testo letterale dal bando, specie se essa procedura costituisce l'unico e specifico oggetto della norma interpretata.

- Una norma non di assoluta e immediata chiarezza, come comprovato anche dalle contrastanti interpretazioni che di essa sono state date in sede giurisdizionale, non può avere ingenerato un giusto e ragionevole affidamento sulla univocità delle sue prescrizioni in capo a soggetti interessati ad una interpretazione confacente ai loro interessi.

6. Adunanza plenaria n. 10 del 03/06/2011 – Acquisto e modificazione di società da parte di Ente Universitario (IUAV - Istituto Universitario di Architettura di Venezia) per mezzo di finanziamenti statali volti alla salvaguardia di Venezia ed al suo recupero architettonico, urbanistico, ambientale ed economico, ai sensi della l. 29 novembre 1984 n. 798 e in parte i fondi derivanti dall'avanzo di amministrazione per l'anno 1995. Giurisdizione del Giudice amministrativo. Nullità per generalità dell'oggetto del giudizio. Identificazione del controinteressato.

Massime:

- Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti unilaterali prodromici a una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima in quanto si tratta di scelta organizzativa afferente al perseguimento dell'interesse pubblico, che si esercita mediante un atto di natura pubblicistica. Infatti la scelta, da parte di un ente pubblico, di costituire o partecipare ad una società, è considerata una scelta organizzativa discrezionale, che differisce logicamente e cronologicamente rispetto al negozio societario che costituisce attuazione di tale scelta, e che radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per il negozio societario.

- Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, sugli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo o meno del modello societario (e salve specifiche espresse attribuzioni di giurisdizione al giudice amministrativo, come nel caso di cui all'art. 2, d.l. n. 332/2004) da parte dell'ente pubblico: in tal caso, infatti, l'ente esercita i poteri ordinari dell'azionista che si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, coerentemente con i principi di diritto comunitario che non ammettono poteri speciali da parte dell'azionista pubblico.

- Il ricorso in appello non può limitarsi ad una generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado quando gli stessi sono stati puntualmente disattesi dal giudice di prime cure, ma deve contenere specifiche censure (art. 101, co. 1, c.p.a.) contro la sentenza gravata. La mera riproposizione dei motivi di primo grado si giustifica solo se il Tar non ha esaminato i motivi o li ha esaminati con argomenti palesemente non pertinenti o generici: in siffatta ipotesi il ricorrente potrebbe limitarsi a contestare sinteticamente la mancanza, non pertinenza o genericità della motivazione, e riproporre i motivi originari.

- L'Ordine professionale è legittimato ad agire in giudizio a tutela dell'interesse istituzionalizzato della categoria, anche nell'ipotesi in cui possa configurarsi un conflitto di interessi tra ordine professionale e singoli professionisti in qualche modo beneficiari dell'atto impugnato. EE in questa prospettiva in particolare che è stata riconosciuta la legittimazione degli Ordini ad agire contro procedure di evidenza pubblica, se l'interesse fatto valere è quello all'osservanza di prescrizioni a garanzia della par condicio nell'esercizio dell'attività professionale. Pertanto non può negarsi la legittimazione a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che, rivestendo ruoli particolari (pubblici dipendenti o come nel caso docenti), si ritiene possano operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità.

- L'interesse a contestare gli atti amministrativi prodromici a negozi societari sussiste anche se il giudice amministrativo non può caducare i negozi societari e la società è stata iscritta nel registro delle imprese. Infatti l'ipotetica impossibilità di ottenere la declaratoria di nullità della società non esclude né i rimedi risarcitori né la possibilità di invocare l'autotutela pubblicistica e, dall'altro lato, può in astratto profilarsi una illiceità dell'oggetto sociale che è una delle cause di nullità della società ai sensi dell'art. 2332 c.c. atteso che il loro annullamento produce un effetto viziante del negozio societario a valle, con la conseguente possibilità di: azionare rimedi risarcitori; impugnare il negozio societario davanti al giudice ordinario; chiedere all'Amministrazione l'ottemperanza al giudicato amministrativo, e, in caso di perdurante inottemperanza, adire il giudice amministrativo che in sede di ottemperanza può intervenire sulla sorte del contratto.

- Gli Ordini che agiscono in giudizio nell'interesse delle categorie professionali rappresentate non possono farsi paladini della tutela della concorrenza e del mercato in generale, ma solo della tutela della concorrenza e del mercato per le attività di competenza delle categorie professionali rappresentate.

- La controversia avente ad oggetto la costituzione, da parte di un'Università, di una società di engineering totalmente partecipata, inizialmente, dall'Università medesima, mediante scissione di una precedente società a totale partecipazione universitaria non è soggetta al rito abbreviato di cui all'art. 23-bis, l. Tar (oggi art. 119 c.p.a.), in quanto si è al di fuori sia della procedura di affidamento di incarico di progettazione lett. a), che postula un ruolo dell'Ente pubblico come stazione appaltante e non come operatore economico, sia dell'attività tecnico-amministrativa connessa, non essendovi una connessione immediata e diretta tra la costituzione della società e il ruolo di stazione appaltante e/o operatore economico dell'Università. La vicenda societaria esula anche dal campo di applicazione della lett. e) del citato art. 23-bis atteso che non si tratta di costituzione di una società da parte di un ente locale, ma da parte di un'Università; non vi è stata procedura di privatizzazione atteso che da una società a totale partecipazione pubblica sono derivate due società parimenti a totale partecipazione pubblica e non vi è stata dismissione di imprese o beni pubblici.

- Le Università, aventi finalità di insegnamento e di ricerca, possono dare vita a società, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali, e non per erogare servizi contendibili sul mercato, in virtù di un principio che si desume dall'ordinamento, ora codificato dall'art. 27, co. 3, l. n. 244/2007, secondo il quale in assenza disposizioni normative specifiche, le amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) non possono costituire società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, al fine di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Tale principio è conforme anche alla disciplina comunitaria (art.

106 TFUE già art. 86 TCE) che stabilisce il divieto per gli Stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle disposizioni dei trattati, con particolare riguardo a quelle in tema di tutela della concorrenza e divieto di erogazione di aiuti di Stato.

- LLart. 7, l. n. 168/1989 e llart. 66, d.P.R. n. 382/1980, pur prevedendo che le Università possano eseguire attività di ricerca e consulenza, stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati, pongono il limite della stretta strumentalità della suddette attività con lo svolgimento della funzione scientifica e didattica.

- La disposta trasmissione degli atti alla Procura della Corte dei conti, pur occupando una parte della sentenza e quindi costituendo, formalmente, un capo di essa, non è suscettibile di appello. Infatti il giudice di primo grado ha esercitato un potere di denuncia che compete ai pubblici ufficiali, e che si colloca a latere della sentenza, rispetto alla quale resta esterno anche se formalmente esercitato nel corpo di essa e, che oltretutto, in quanto mera denuncia, è privo di autonoma portata lesiva.

- Sussiste la giurisdizione del g.a. sugli atti unilaterali prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima. L'appello non può limitarsi ad una generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado, quando gli stessi sono stati puntualmente disattesi dal giudice di prime cure, ma deve contenere specifiche censure contro la sentenza.

- Gli ordini professionali sono legittimati a ricorrere in giudizio: in considerazione dell'"interesse istituzionalizzato" perseguito dagli stessi ordini, non può negarsi che fra detti interessi vi sia anche quello di assicurare il pieno rispetto della par condicio nell'esercizio dell'attività professionale, e quindi non può neanche negarsi la legittimazione a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che, rivestendo ruoli particolari (pubblici dipendenti o - come nel caso - docenti), si ritiene possano operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità.

- Sussiste l'interesse a ricorrere innanzi al g.a. nei casi in cui un negozio di diritto privato posto in essere da una p.a. sia preceduto da un procedimento amministrativo: in questo caso, infatti, l'annullamento degli atti del procedimento amministrativo non comporta, di regola, l'automatica caducazione del negozio giuridico a valle (cd. effetto caducante), producendo piuttosto una invalidità derivata (cd. effetto viziante), che deve essere dedotta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale.

- Al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al g.a. la giurisdizione sulla "sorte del contratto" che si pone a valle di un procedimento amministrativo viziato (v. art. 133, comma 1, lett. e) n. 1, c. proc. amm., in tema di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, e forniture), secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione spetta al g.a. conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, e al g.o. dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto dal contratto. Tale riparto di giurisdizione non fa però venire meno l'interesse a impugnare davanti al g.a. gli atti amministrativi prodromici di un negozio societario, atteso che il loro annullamento produce un effetto viziante del negozio societario a valle, con la conseguente possibilità di: azionare rimedi risarcitori; impugnare il negozio societario davanti al g.o.; chiedere all'Amministrazione l'ottemperanza al giudicato amministrativo, e, in caso di perdurante inottemperanza, adire il g.a. che in sede di ottemperanza può intervenire sulla sorte del contratto.

- Non è soggetta al rito abbreviato di cui all'art. 23 bis, l. Tar (oggi: art. 119 c. proc. amm.) la controversia avente ad oggetto la costituzione, da parte di un'Università, di una società di engineering (totalmente partecipata, inizialmente, dall'Università medesima), mediante scissione di una precedente società a totale partecipazione universitaria. Le Università, aventi finalità di insegnamento e di ricerca, possono dare vita a società, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali, e non per erogare servizi contendibili sul mercato. La recente evoluzione normativa mostra un netto sfavore per la costituzione e mantenimento di società da parte di enti pubblici, persino per quanto riguarda gli enti

locali, nonostante il loro riconoscimento costituzionale come enti territoriali autonomi a fini generali, e persino quando si tratta di società create per i fini istituzionali dell'ente (art. 13 d.l. n. 223/2006; art. 23 bis d.l. n. 112/2008; art. 14, comma 31 d.l. n. 78/2010). Tanto vale anche per le università, la cui riconosciuta e indiscussa autonomia organizzativa e finanziaria incontra il limite interno invalicabile della rigorosa strumentalità rispetto alle finalità istituzionali.

- Sussiste la giurisdizione del g.a. sugli atti unilaterali prodromici a una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere a un atto modificativo o estintivo della società medesima; tali atti prodromici vanno, sul piano logico, cronologico e giuridico, tenuti nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario (costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento di una società).

- In ordine all'estensione della legittimazione ad agire in giudizio degli ordini professionali è all'"interesse istituzionalizzato" che occorre far riferimento; difatti non può negarsi che fra gli interessi istituzionali dell'Ordine vi sia anche quello di assicurare il pieno aspetto della "par condicio" nell'esercizio dell'attività professionale, e quindi non può neanche negarsi la legittimazione a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che, rivestendo ruoli particolari (pubblici dipendenti o - come nel caso - docenti), si ritiene possano operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità.

- Gli atti di un ente pubblico di costituzione, modificazione ed estinzione di una società (e pertanto anche quelli concernenti una scissione) sono espressione di potestà pubblica e la loro impugnazione è devoluta al giudice amministrativo, mentre è devoluta al giudice ordinario la controversia concernente gli atti conseguenti all'utilizzo del modello societario, attraverso i quali l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista.

- Un ordine professionale è legittimato a ricorrere contro gli atti che assuma essere lesivi dell'interesse istituzionale della categoria rappresentata; di conseguenza la legittimazione non è esclusa, per il fatto che sia configurabile un conflitto di interessi con alcuni iscritti

- Nei casi in cui un negozio di diritto privato sia preceduto da un procedimento amministrativo, l'annullamento degli atti del procedimento non comporta di regola la caducazione dell'atto negoziale; tuttavia ciò, anche quando la giurisdizione sull'atto negoziale sia devoluta al giudice ordinario, non esclude l'interesse ad impugnare gli atti del procedimento

7. Adunanza Plenaria n. 11 del 12/07/2011 – Graduatoria ad esaurimento personale

docente di scuola secondaria e di II grado. Risarcimento del danno

Massime:

- Sussiste la giurisdizione del g.o. in materia di accertamento della giusta posizione degli insegnanti nelle graduatorie che li riguardano. Infatti, con riguardo alla natura della attività esercitata e alla posizione soggettiva attiva azionata nella fattispecie della giusta posizione o collocazione nella graduatoria permanente o ad esaurimento degli insegnanti, vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5, comma 2 d.lg. n. 165 del 2001, di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poiché la pretesa consiste (solo) nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione. Inoltre, non può configurarsi l'eventuale inerenza a procedure concorsuali, ai sensi dell'art. 63 d.lg. n. 165 del 2001 attribuite alla cognizione del giudice amministrativo, per l'assenza nella fattispecie di un bando, di una procedura di valutazione e di una approvazione finale di graduatoria che individui i vincitori in quanto si verte in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti e deve ritenersi esclusa la configurabilità di una procedura concorsuale.

- L'impugnazione delle graduatorie permanenti o ad esaurimento del personale scolastico deve essere proposta innanzi al g.o. In materia di accertamento della giusta posizione degli insegnanti nelle graduatorie che li riguardano, sussiste la giurisdizione del g.o. perché, in questi casi, si verte in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti e deve ritenersi esclusa la configurabilità di una procedura concorsuale: invero, da un lato, si tratta di atti gestori del datore di lavoro pubblico a seguito della già avvenuta instaurazione del rapporto di pubblico impiego; dall'altro lato, non è configurabile la procedura concorsuale diretta alla assunzione in un impiego pubblico, per la quale sola vale la regola residuale (e speciale) della giurisdizione del giudice amministrativo.
- L'affermazione della residuale giurisdizione amministrativa sulle controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione, contemplata dall'art. 63, comma 4, d.lg. 165/2001 è limitata ai concorsi in senso stretto, cioè a quelle procedure che iniziano con l'emanazione di un bando e sono caratterizzate dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i "vincitori", rappresenta l'atto terminale del procedimento. In tale nozione di concorso non è compresa la fattispecie, delineata in materia scolastica dall'art. 401 d.lg. 297/1994, caratterizzata dall'inserimento in apposite graduatorie permanenti (oggi a esaurimento) dei docenti che sono in possesso di determinati requisiti (anche derivanti dalla partecipazione a concorsi), la quale è preordinata al conferimento delle cattedre che si rendono mano a mano disponibili. Infatti l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto, dell'atto di approvazione, colloca le procedure così articolate fuori dall'ambito concorsuale, ricomprendendole tra gli atti di gestione del rapporto di lavoro, di fronte ai quali sono configurabili soltanto diritti soggettivi, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie concernenti l'inserimento e la collocazione in graduatoria degli insegnanti che aspirano all'assunzione.

8. Adunanza Plenaria n. 13 del 28/07/2011 – Impugnazione (con richieste anche cautelari) gli atti della procedura di gara indetta dal Comune di Sassari per l'appalto relativo ad impianti di preselezione e bio-stabilizzazione a servizio del sistema di smaltimento r.s.u. dell'ex bacino 12 di Sassari, in località Scala Erre.

- La valutazione delle offerte tecniche deve essere fatta dalla Commissione di gara in seduta riservata.
 - In sede di gara pubblica, la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta tecnica (così come la documentazione amministrativa e l'offerta economica) non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato
 - La verifica dei documenti contenuti nella busta relativa all'offerta tecnica trasmessa dal concorrente ad una gara, all'atto della sua apertura in seduta pubblica, consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati, che non può eccedere la funzione di ufficializzare l'acquisizione della documentazione di cui si compone l'offerta tecnica, con la conseguenza che l'operazione non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente, restando esclusa ogni facoltà degli interessati presenti di prenderne visione del contenuto; ciò in quanto la garanzia di trasparenza richiesta in questa fase si considera assicurata quando la commissione, aperta la busta del singolo concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta.
 - In materia di gare pubbliche, e con specifico riferimento alle operazioni preliminari da svolgere in seduta pubblica, la "verifica della integrità dei plichi" non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili "ex post" una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato.

- In materia di gare pubbliche, l'operazione di apertura della busta dell'offerta tecnica costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie di trasparenza e di pubblicità, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.
- Costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti la regola che pone l'obbligo di apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche delle imprese partecipanti a una gara d'appalto, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituendo passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, che quindi richiede di essere presidiato dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

9. Adunanza Plenaria n. 14 del 28/07/2011 – Procedure concorsuali. Contestazione nuova procedura selettiva in presenza di graduatoria preesistente riconducibile alla precedente procedura concorsuale a cui hanno partecipato i ricorrenti ex art. 35, comma 5 – ter, del Testo unico del pubblico impiego di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dalla legge n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008).

Massime:

- L'art. 3, comma 87, l. 24 dicembre 2007 n. 244, che reca un nuovo termine di durata delle graduatorie concorsuali, non si applica solo alle graduatorie approvate successivamente all'entrata in vigore della legge (1 gennaio 2008), ma anche a tutte quelle ancora vigenti all'atto della sua entrata in vigore, costituendo lo scorrimento di graduatoria istituito da considerarsi ora ordinario, cioè a regimee, nell'ambito delle procedure di reclutamento del personale pubblico, disciplinato da una fonte di rango legislativo e non più dal solo regolamento generale dei concorsi (d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487), ed applicabile indistintamente a tutte le Amministrazioni pubbliche, senza limitazioni di carattere soggettivo od oggettivo.
- L'art 99 comma 5, c.p.a., nella parte in cui prevede che l'Adunanza Plenaria può esprimere il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio, manifesta l'intento del legislatore di consentire l'esercizio del potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria anche nei casi in cui l'esito della controversia prescinde, in concreto, dalla soluzione delle questioni di diritto deferite, con la conseguenza che tale facoltà sussiste sia nelle ipotesi in cui la pronuncia assume contenuto meramente processuale, sia nelle eventualità in cui la decisione incide sul merito della controversia, ma si incentra su un tema logicamente pregiudiziale rispetto a quello oggetto del deferimento.
- La disciplina in materia di scorrimento di graduatoria concorsuale non assegna agli idonei un diritto soggettivo all'assunzione per il solo fatto della vacanza e disponibilità di posti in organico, atteso che in tali circostanze e, quindi, sull'an, l'Amministrazione non è affatto tenuta alla loro copertura, ma è chiamata ad assumere una decisione sul piano organizzatorio che è strettamente correlata agli eventuali limiti normativi alle assunzioni, alla disponibilità di bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di indirizzo e a tutti gli altri elementi di fatto e di diritto rilevanti nella concreta situazione, con la quale stabilire se procedere o non al reclutamento del personale; peraltro, una volta che abbia deciso di provvedere alla copertura dei posti vacanti, è tenuta a motivare in ordine alle ragioni che la inducono ad optare per una o l'altra forma di reclutamento, e cioè il concorso pubblico ovvero lo scorrimento di graduatoria ancora efficace, ma tenendo nel debito conto che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, avente anche una chiara finalità di contenimento della spesa pubblica che il concorso pubblico comporta, e che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso.

- Il sistema di reclutamento mediante scorrimento di graduatoria ancora efficace, anche se nell'ordinamento vigente costituisce la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso rappresenta l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico, incontra peraltro precisi limiti, che, per essere pienamente giustificabili, comportano il conseguente ridimensionamento dell'obbligo motivazionale, e cioè nel caso in cui speciali disposizioni legislative impongano una precisa cadenza periodica del concorso, collegata anche a peculiari meccanismi di progressioni nelle carriere, tipiche di determinati settori del personale pubblico; ovvero in presenza dell'esigenza preminente di provvedere, con le nuove procedure concorsuali, alla stabilizzazione del personale precario, in attuazione delle apposite regole speciali in materia; ed ancora l'intervenuta modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace, con particolare riguardo al contenuto delle prove di esame e ai requisiti di partecipazione.
- La contestazione della procedura di indizione di un concorso, fondata sull'affermazione di un diritto allo scorrimento di una graduatoria ancora valida ed efficace, si basa sulla deduzione non già di una carenza di potere dell'amministrazione, ma di un vizio di violazione di legge, la cui cognizione spetta al giudice amministrativo.
- In presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti, deve motivare la determinazione riguardante le modalità di reclutamento del personale, anche qualora scelga l'indizione di un nuovo concorso, in luogo dello scorrimento delle graduatorie vigenti
- L'ambito temporale di operatività della nuova disciplina sulla vigenza triennale delle graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche, introdotta dall'art. 3, comma 87, l. 244/2007, si riferisce alle graduatorie valide ed efficaci a partire dal momento di entrata in vigore della richiamata norma. Quest'ultima è pertanto applicabile a tutte le procedure concorsuali valide, non rilevando la circostanza che la graduatoria sia stata formata nell'ambito di procedimenti iniziati, o anche conclusi, prima dell'entrata in vigore l. n. 244 del 2007.
- L'art. 99, comma 5, d.lg. 104/2010 attribuisce la facoltà all'Adunanza plenaria di esprimere principi di diritto, qualora ritenga la questione di particolare importanza anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio.
- In tema di reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche, ferma la discrezionalità in ordine alla decisione sul se della copertura del posto vacante, l'amministrazione, una volta stabilito di procedere alla provvista del posto, deve sempre motivare in merito alle modalità prescelte per il reclutamento, tenendo conto, in ogni caso, della presenza di graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento dell'indizione del nuovo concorso.

10. Adunanza Plenaria 2011 n. 15 del 29/07/2011 – D.i.a. (oggi s.c.i.a.) in variante al permesso di costruire. Natura giuridica del provvedimento. Decorso infruttuoso del termine perentorio per la p.a. per l'adozione di atti inibitori e/o repressivi e conseguente formazione del silenzio rigetto in ordine all'adozione di atti di natura inibitoria e/o repressiva. Rimedi processuali previsti per il terzo.

Massime:

- Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 3, c.p.a., in materia di dichiarazione di inizio attività sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.
- Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto non il conflitto tra il denunciante che intenda svolgere l'attività oggetto della dichiarazione ed il terzo che

lamenti l'indebita ingerenza nella sua sfera giuridica, ma il corretto e tempestivo esercizio del potere amministrativo di controllo circa la conformità dell'attività dichiarata al paradigma normativo, con conseguente adozione delle misure inibitorie in caso di esito negativo del riscontro; il gravame ha infatti ad oggetto l'esercizio di un potere pubblicistico finalizzato alla tutela di interessi pubblici, in coerenza con il disposto dell'art. 7, comma 1, c.p.a., che assegna alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione delle controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo.

- La denuncia di inizio attività non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge.

- Il silenzio opposto dall'Amministrazione sulla richiesta del terzo, che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata con la d.i.a. e dal mancato esercizio del potere inibitorio, si distingue dal silenzio-rifiuto (o inadempimento) in quanto, mentre quest'ultimo non conclude il procedimento amministrativo ed integra una mera inerzia improduttiva di effetti costitutivi, il decorso del termine in esame pone fine al procedimento amministrativo diretto all'eventuale adozione dell'atto di divieto, con la conseguenza che il relativo silenzio produce l'effetto giuridico di precludere all'Amministrazione l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termine perentorio all'uopo sancito dalla legge; in definitiva, a differenza del silenzio rifiuto, che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale, il silenzio di cui si tratta, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo con l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio; detto silenzio significativo negativo si differenzia anche dal silenzio accoglimento (o assenso) di cui all'art. 20, l. 7 agosto 1990, n. 241 perché si riferisce al potere inibitorio mentre il silenzio assenso presuppone la sussistenza di un potere ampliativo di stampo autorizzatorio o concessorio; ne consegue che, mentre nel silenzio assenso il titolo abilitativo è dato dal provvedimento tacito dell'autorità, nella fattispecie in esame il titolo abilitante è rappresentato dall'atto di autonomia privata che, grazie alla previsione legale direttamente legittimante, consente l'esercizio dell'attività dichiarata senza il bisogno dell'intermediazione preventiva di un provvedimento amministrativo.

- Dalla qualificazione del silenzio, opposto dall'Amministrazione sulla richiesta del terzo che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata con la d.i.a., come provvedimento tacito, deriva che il terzo controinteressato all'esercizio dell'attività denunciata può tutelarsi facendo ricorso all'azione impugnatoria, ex art. 29 c.p.a., da proporre nell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni, che decorre solo dal momento della piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo (art. 41, comma 2, del codice), conoscenza che si acquisisce non con il mero inizio dei lavori, bensì con il loro completamento, mentre nel caso in cui la piena conoscenza della presentazione della d.i.a. avvenga in uno stadio anteriore al decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, il dies a quo coinciderà con il decorso del termine per l'adozione delle doverose misure interdittive.

- Il codice del processo amministrativo, dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa; ha dunque ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni, aggiungendo alla tutela di annullamento l'azione di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30 c.p.a.); l'azione dichiarativa (con l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4, c.p.a.); in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3, c.p.a.); in presenza di un provvedimento espresso di

rigetto, e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto, e ciò alla stregua del combinato disposto dell'art. 30, comma 1, c.p.a., che fa riferimento all'azione di condanna senza la tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio.

- Il terzo, che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata con la d.i.a., è legittimato all'esercizio, a completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, dell'azione di condanna pubblicistica (cd. azione di adempimento) tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi del comma 3 dell'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, essendo la proposizione di detta azione coerente, sul piano processuale, con il disposto dell'art. 30, comma 1, c.p.a., trattandosi di domanda proposta contestualmente a quella di annullamento e rispettosa dei limiti posti dall'art. 31, comma 3, c.p.a., atteso che lo jussumgiurisdizionale non produce un'indebita ingerenza nell'esercizio di poteri discrezionali riservati alla pubblica amministrazione ma, sulla scorta dell'accertamento dell'esistenza dei presupposti per il doveroso potere inibitorio, impone una determinazione amministrativa non connotata da alcun profilo di discrezionalità.

- Il terzo, che subisca una lesione dallo svolgimento dell'attività dichiarata con la d.i.a. in un arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'Amministrazione, può esperire l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa; peraltro, l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancorain fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se - per evitare la violazione del principio, dettato dall'art. 34, comma 2, c.p.a., secondo cui in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati - è preclusa l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del c itato capoverso dell'art. 34, mentre è possibile per il giudice adottare, nella pendenza del giudizio di merito, le misure cautelari necessarie, ai sensi dell'art. 55 c.p.a., al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo di controllo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'esercizio dell'attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile, nonché le misure cautelariante causam, al fine di assicurare gli effetti della sentenza di merito, in presenza dei presupposti all'uopo sanciti dall'art. 61 c.p.a..

- Nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione espressa, nel testo finale del codice del processo amministrativo, dell'azione generale di accertamento non preclude la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Costituzione (artt. 24, 103 e 113) per garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo; anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente; pertanto, ove le azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art. 1 c.p.a. oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69.

- Nel codice del processo amministrativo l'azione di accertamento, che non è espressamente disciplinata, può scaturire da un'interpretazione sistematica delle norme dallo stesso dettate, che prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli artt. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, comma 3 (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, comma 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato), nonché dall'art. 34, comma 2, che, prevedendo che in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, non può che riferirsi all'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo.

- Una volta spirato il termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio, da parte dell'Amministrazione, dell'attività dichiarata con la d.i.a., viene meno l'ostacolo frapposto alla definizione del giudizio dall'art. 34, comma 2, c.p.a. - secondo cui in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati - con la conseguenza che se l'Amministrazione adotta un provvedimento di divieto, satisfattorio dell'interesse del terzo, si determina la cessazione della materia del contendere, ex art. 34, comma 5, c.p.a., in ragione della piena soddisfazione della pretesa del ricorrente ad evitare lo svolgimento dell'attività dichiarata, mentre se l'Amministrazione non adotta il provvedimento inibitorio il giudice potrà pronunciarsi sul merito del ricorso, senza che sia all'uopo necessaria la proposizione, da parte del terzo ricorrente, di motivi aggiunti ex art. 43 c.p.a., e ciò in quanto, in forza del principio di economia processuale, l'azione di accertamento, una volta maturato il termine per la definizione del procedimento amministrativo, si converte automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto, in quanto la portata sostanziale del ricorso iniziale finisce per investire in pieno, sul piano del petitum sostanziale e della causa petendi, la decisione della pubblica amministrazione di non adottare il provvedimento inibitorio; la proposizione di motivi aggiunti dovrà essere invece effettuata, pena l'improcedibilità del ricorso già presentato, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione, all'esito del procedimento amministrativo inaugurato con la presentazione della d.i.a., adotti un atto espresso che evidenzia le ragioni della mancata adozione della determinazione inibitoria.

- In applicazione della regola sancita dall'art. 32, comma 2, c.p.a., l'azione tecnicamente rivolta a all'impugnazione della d.i.a. è riquificabile, contenendone tutti elementi formali e sostanziali, come domanda che, sulla scorta dell'accertamento dell'illegittimità dell'attività denunciata, mira a contestare la decisione della pubblica amministrazione di non vietare l'attività oggetto della dichiarazione.

- La denuncia di inizio attività, per come emerge dall'attuale formulazione dell'art. 19 l. 7 agosto 1990 n. 241, non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso a un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge; ciò in quanto, l'intervenuta liberalizzazione dei settori economici ha determinato che l'attività dichiarata può essere intrapresa dal denunciante senza il bisogno di un consenso dell'amministrazione, surrogato dall'assunzione di auto-responsabilità del privato, insito nella denuncia di inizio attività, costituente, a sua volta, atto soggettivamente e oggettivamente privato.

11. Adunanza Plenaria n. 16 del 01/08/2011 – Affidamento di un contratto quadro

avente ad oggetto servizi di sicurezza e vigilanza privata.

Massime:

- Ai sensi dell'art. 244, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture), ora art. 133, comma 1, lett. e) n. 1), c. proc. amm., l'ambito della giurisdizione del g.a. sulle procedure di affidamento di contratti relativi a lavori, servizi, e forniture, è individuato sulla scorta di nozioni oggettive e soggettive tratte dal diritto sostanziale dei pubblici appalti, occorrendo che vi sia una procedura di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.
- Deve essere devoluta alla cognizione del giudice ordinario la controversia involgente un appalto estraneo sia ai settori speciali, sia ai settori ordinari, sia all'art. 27, di cui al d.lgs. n. 163/2006, oltre che sottratto all'applicazione dei principi dei Trattati
- Il cosiddetto autovincolo, attuato nella "lex specialis" da parte della stazione appaltante che richiama la normativa che intende applicare, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è idoneo a determinare spostamenti della giurisdizione.
- In tema di appalti pubblici occorre differenziare, nel novero degli enti aggiudicatori, le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese pubbliche: nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari; diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, direttiva 2004/17/Ce), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (art. 1 e 2, direttiva 2004/18/Ce), per gli appalti estranei, aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/Ce), la sottrazione alla direttiva 2004/17/Ce non comporta l'espansione della direttiva 2004/18/Ce, ma piuttosto la sottrazione a entrambe le direttive comunitarie.

12. **Adunanza Plenaria n. 17 del 04/08/2011** – Gara di appalto di rilevanza comunitaria, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio di energia.

Massime:

- Dall'enunciato dell'art. 13, d.l. n. 223/2006, si evince che la limitazione alla legittimazione negoziale delle società strumentali si riferisce a qualsiasi prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti, senza che a nulla rilevi la qualificazione di tale attività. La qualificazione differenziale tra attività strumentale e gestione di servizi pubblici deve essere, invece, riferita non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa. Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi colpisce, di fatto, le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici.
- Il presupposto per l'applicazione della norma di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006 anche alle società di terza generazione è che la società costituita o posseduta dall'ente locale svolga servizi strumentali per lo stesso. Infatti, in presenza di tale circostanza, la finalità del d.l. n. 223 di evitare effetti distorsivi della libera concorrenza, si persegue non solo vietando le attività diverse da quelle classificabili come strumentali rispetto alle finalità dell'ente pubblico, ma anche vietando la partecipazione delle società strumentali ad altre società. In effetti, l'alterazione della libera concorrenza può realizzarsi anche in via mediata, ossia fruendo dei vantaggi derivanti dall'investimento del capitale di una società strumentale in altro soggetto societario costituito con finalità neppure indirettamente strumentali, ma anzi intrinsecamente imprenditoriali.

- Sono applicabili alle società controllate da società strumentali e costituite con capitale di queste gli stessi limiti ex art 13 d.l. n. 223/2006 che valgono per le società controllanti, ove si tratti di attività inerenti a settori precluse a queste ultime. Infatti, l'utilizzazione di capitali di una società strumentale per partecipare, attraverso la creazione di una società di terzo grado, a gare ad evidenza pubblica comporterebbe, sia pure indirettamente, l'elusione del divieto di svolgere attività diverse da quelle consentite a soggetti che godano di una posizione di mercato avvantaggiata.

- Il presupposto per l'applicazione dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 (convertito con modificazioni) anche nei confronti delle società di terza generazione è che la società costituita o posseduta dall'ente locale svolga servizi strumentali per lo stesso. In presenza di tale circostanza, la finalità del d.l. n. 223, di evitare effetti distorsivi della libera concorrenza, si persegue non solo vietando le attività diverse da quelle classificabili come strumentali rispetto alle finalità dell'ente pubblico, ma anche vietando la partecipazione delle società strumentali ad altre società. Sono applicabili alle società controllate da società strumentali e costituite con capitale di queste gli stessi limiti che valgono per le società controllanti, ove si tratti di attività inerenti a settori preclusi a queste ultime. Infatti, l'utilizzazione di capitali di una società strumentale per partecipare, attraverso la creazione di una società di terzo grado, a gare ad evidenza pubblica comporterebbe, sia pure indirettamente, l'elusione del divieto di svolgere attività diverse da quelle consentite a soggetti che godano di una posizione di mercato avvantaggiata.