

LEAP

NEWSLETTER

LC&P

A cura del Centro Studi Lipani Catricalà & Partners

NEWSLETTER DEL 2 novembre 2022

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo **3**
TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 20 ottobre 2022, n. 975
TAR Molise, sez. I, 25 ottobre 2022, n. 391

Diritto civile e processuale civile **9**
Corte di Cassazione Sez. Unite, 29 settembre 2022, n. 28429, in relazione a
Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2022, n. 8434

TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 20 ottobre 2022, n. 975

Massima

Il soccorso istruttorio costituisce istituto di portata generale, discendente dal principio di leale collaborazione tra Amministrazione e amministrati. Codificato dall'art. 6 della L. n. 241/1990, è un istituto di carattere generale attuativo dell'art. 97 della Costituzione. Di conseguenza, esso trova applicazione anche per i contratti attivi - esclusi dal campo di applicazione del D.Lgs. n. 50/2016 - come una concessione di beni pubblici.

Caso di specie

Con bando pubblico del febbraio 2022 l'Ente Regionale per i servizi all'agricoltura e alle foreste della Regione Lombardia ha indetto un'asta pubblica per la concessione pluriennale di un terreno agricolo di proprietà della Regione medesima, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tra i soggetti ammessi a partecipare il bando contemplava, tra l'altro, le imprese agricole individuali ad indirizzo zootecnico *"in possesso della qualifica di imprenditore agricolo professionale (IAP) ai sensi del d. lgs. N. 99 del 29 marzo 2004 e della deliberazione di Giunta regionale n. 20732 del 16/02/2005 e successive"*. La Commissione valutatrice provvedeva in autotutela ad escludere dalla gara sia la Società Cooperativa prima classificata per l'accertata mancanza della qualifica di Imprenditore Agricolo Professionale, sia l'Azienda Agricola seconda classificata per aver allegato in gara il proprio Fascicolo Aziendale incompleto, in quanto mancante della parte recante

l'indicazione della qualifica di Imprenditore Agricolo Professionale.

La seconda classificata, con ricorso ritualmente notificato ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e di contestuale esclusione dalla procedura, nonché il bando di gara, nella parte in cui comminava l'esclusione dalla gara non a fronte della mancanza del Fascicolo Aziendale e non, come nel caso di specie, nel caso di una semplice incompletezza.

Secondo la prospettazione fornita dalla Azienda Agricola ricorrente, poi, la disposizione di gara e dunque l'operato della Commissione valutatrice hanno violato il principio di tassatività delle cause di esclusione, tenuto altresì conto dell'ambigua formulazione del bando di gara sul punto.

In via subordinata, l'Azienda ricorrente ha poi rilevato che, quand'anche si ritenesse che il bando sanzionasse con l'esclusione la semplice incompletezza del Fascicolo Aziendale prodotto dal concorrente, nondimeno sarebbe illegittima la decisione della commissione di gara di non confermare gli esiti del soccorso istruttorio che essa stessa, in un primo momento, aveva correttamente esercitato, accertando l'esistenza del requisito ed accedendo al portale SISCO (portale delle aziende agricole di Regione Lombardia), costituendo il soccorso istruttorio un principio di carattere generale discendente dal principio di leale collaborazione tra Amministrazione e amministrati.

Motivi della decisione

Il TAR adito ha ritenuto assorbente la doglianza esposta dall'Azienda ricorrente in via subordinata, ritenendo applicabile al caso *de quo* l'istituto del soccorso istruttorio.

Infatti, il bando di gara avrebbe dovuto essere letto e interpretato secondo canoni di ragionevolezza e di buona fede, imposti dai principi generali di leale collaborazione tra Amministrazione e amministrati, di massima partecipazione alle gare e di proporzionalità, principi di cui "*l'istituto del soccorso istruttorio costituisce uno dei portati più rilevanti*".

Il soccorso istruttorio, secondo il TAR adito, è un "*istituto di carattere generale attuativo dell'art. 97 della Costituzione, al fine della emanazione di un giusto provvedimento, idoneo a contemperare nel miglior modo possibile tutti gli interessi, pubblici e privati, in gioco (Consiglio di Stato sez. II,*

28/04/2021, n.3432; Cons. Stato Sez. V, 14 giugno 2017, n. 2891)". Di conseguenza, esso trova applicazione anche con riguardo ai contratti attivi, benché espressamente esclusi dall'applicazione del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto il soccorso istruttorio costituisce *"un doveroso "modus procedendi" volto a superare inutili formalismi in nome del principio del "favor participationis" e della semplificazione"*.

Alla luce di tali considerazioni, la Commissione di gara avrebbe dovuto esercitare il soccorso istruttorio e acquisire d'ufficio l'elemento mancante nella documentazione della concorrente ma già in possesso della stazione appaltante, trattandosi di un elemento (il possesso della qualifica di imprenditore agricolo professionale) inserito dalla stessa Regione nel fascicolo aziendale dell'azienda e agevolmente verificabile sul portale regionale SISCO, come difatti è avvenuto nella prima fase della gara in esame, prima che la commissione decidesse di ritornare sui propri passi a seguito del reclamo della terza classificata.

Ne consegue l'accoglimento del ricorso con il conseguente annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente nonché, quale effetto di illegittimità derivata, del provvedimento di aggiudicazione della gara alla concorrente terza classificata.

TAR Molise, sez. I, 25 ottobre 2022, n. 391

Massima

Se il numero di facciate dell'offerta tecnica presentata dal concorrente non rispetta il limite imposto dal disciplinare di gara, la stazione appaltante non può in ogni caso considerare, ai fini della valutazione delle offerte, gli elementi descritti nelle pagine eccedenti il predetto limite, altrimenti configurandosi un'illegittima disapplicazione della *lex specialis* di gara.

Caso di specie

Un Comune ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento/recupero dei rifiuti solidi urbani e assimilabili, unitamente allo spazzamento stradale e alla pulizia del verde pubblico e del cimitero comunale. A seguito dell'aggiudicazione dell'appalto a una società cooperativa, la società gestrice uscente del servizio in regime di proroga tecnica ha presentato istanza di accesso agli atti della procedura, a seguito dell'accoglimento della quale ha potuto prendere visione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria e dei punteggi alla stessa attribuiti. La gestrice uscente ha quindi impugnato il provvedimento di aggiudicazione e gli atti allo stesso presupposti innanzi al TAR competente, denunciando la violazione, da parte della stazione appaltante, della disposizione del disciplinare di gara secondo cui l'offerta tecnica avrebbe potuto comporsi di un massimo di 10 fogli, per un totale di 20 facciate: l'offerta della cooperativa aggiudicataria, infatti, era stata integralmente considerata e valutata dalla stazione appaltante sebbene composta da ben 29 fogli e 58 facciate.

Motivi della decisione

Il TAR per il Molise ha accolto il ricorso presentato dalla gestrice uscente sulla base del rilievo per cui la *lex specialis* di gara prevedeva espressamente, in aggiunta al limite di pagine imposto per la redazione delle offerte tecniche, che eventuali notizie di offerta, anche rilevanti, non contenute nelle pagine prescritte non sarebbero state prese in esame dalla commissione.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto che la ricorrente avesse fornito la c.d. "prova di resistenza" dimostrando che il contenuto delle prime 20 pagine dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria risultava idoneo ad attestare la sussistenza di appena due dei sei criteri di valutazione delle offerte individuati dalla *lex specialis* di gara, di talché l'offerta non risultava rispondente ai livelli minimi del servizio richiesti dall'Amministrazione.

Il TAR ha quindi ritenuto che l'aggiudicataria avesse tratto un indebito vantaggio, rispetto alla ricorrente, proprio sulla base dell'attribuzione di punteggi non spettanti in quanto relativi a elementi descritti nelle pagine dell'offerta tecnica eccedenti il limite massimo imposto dal disciplinare: la valutazione di tali elementi si era infatti tradotta in un'illegittima disapplicazione, da parte della stazione appaltante, delle prescrizioni della *lex specialis* di gara.

Il TAR ha inoltre specificato l'irrilevanza della circostanza per cui il disciplinare non specificava in maniera circostanziata i requisiti dimensionali e di impaginazione da utilizzare all'interno di ciascuno dei 20 fogli dell'offerta tecnica: sebbene il numero massimo di pagine fosse l'unico vincolo imposto dalla *lex specialis* in punto di criteri redazionali dell'offerta, infatti, tale regola era senza dubbio suscettibile di imporsi al rispetto degli operatori economici e di trovare applicazione, consentendo a ciascun concorrente di redigere la relazione tecnica nella forma prescelta, pur nella consapevolezza che lo sfioramento del numero di pagine massimo avrebbe comportato l'effetto penalizzante comminato dal disciplinare.

In conclusione, in accoglimento del ricorso proposto dalla gestrice uscente il TAR ha disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e ha ordinato al Comune di rideterminarsi nella valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria alla luce delle considerazioni formulate nella sentenza, nonché di procedere a una nuova aggiudicazione in

favore dell'impresa che risulterà migliore offerente.

**Corte di Cassazione Sez.
Unite, 29 settembre 2022, n.
28429, in relazione a
Consiglio di Stato, sez. III,
3 ottobre 2022, n. 8434**

La questione

Le due pronunce in commento sono il frutto di uno “scontro” tra la Suprema Corte ed il Consiglio di Stato: lo scorso 29 settembre 2022 le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affermato che il giudizio avverso l’atto di sospensione per mancata vaccinazione da parte di professionisti sanitari spetta al Giudice Ordinario, vertendosi in fattispecie di tutela di diritti soggettivi in quanto la Pubblica Amministrazione ha poteri vincolati.

Il successivo 4 ottobre 2022 il Consiglio di Stato afferma totalmente l’opposto: la giurisdizione spetta al Giudice Amministrativo poiché il potere vincolato non tocca solo diritti soggettivi ma anche, come nella fattispecie, interessi legittimi, come avviene quando la norma attributiva del potere di intervento pubblico è immediatamente e direttamente rivolta alla tutela dell’interesse pubblico e non del singolo amministrato.

La cronologia (ed in particolare la vicinanza temporale tra i due arresti in commento), oltre alla piena, perfetta identità della fattispecie trattata (sospensione di professionisti sanitari disposta da due ordini professionali diversi solo per territorio –Liguria il Consiglio di Stato, Marche la Corte di Cassazione– e –ovviamente– soggetti interessati) evidenzia l’importanza e gravità del contrasto.

Tenuto conto del fatto che, nel caso sottoposto al vaglio della Corte di Cassazione, vi erano già state due pronunce, la prima del Giudice Ordinario in sede

di ricorso ex art. 700 c.p.c., declinatoria della giurisdizione, la seconda un'ordinanza del TAR Ancona ai sensi dell'art. 11 c.p.a., di sollevazione di conflitto negativo di competenza, e che nel caso del Consiglio di Stato era invece intervenuta una sentenza del TAR che aveva declinato la giurisdizione "*dopo avere respinto in più occasioni e con diversi decreti monocratici la domanda di tutela cautelare provvisoria*", rigetto verosimilmente intervenuto anche per ragioni di giurisdizione, si coglie come l'incertezza sulla giurisdizione - tanto più rispetto ad un tema estremamente puntuale e soggetto a continui interventi legislativi come quello della sospensione dei sanitari non vaccinati, interventi normativi che non hanno mai toccato la giurisdizione - produca un lavoro giudiziario smisurato rispetto alle risposte date ai cittadini e consuma in modo sconcertante la "risorsa giustizia" notoriamente scarsa, da proteggere con interventi di "*economia sostenibile*". Le due pronunce rimettono la palla a nuovi giudizi, uno dei quali (quello amministrativo, radicato avanti al TAR Liguria per effetto dell'affermazione della giurisdizione amministrativa ad opera della pronuncia del Consiglio di Stato n. 8433/22) esposto a censure di giurisdizione possibili per tre gradi di giudizio.

Si tratterà di problematica specifica ad esaurimento (la vaccinazione è destinata a cessare come obbligo per i sanitari con la fine dell'anno corrente, salvi scongiurati imprevisti) ma il problema economico, giuridico e civile della risorsa giustizia rimane.

Le differenti soluzioni adottate nelle due pronunce

Atteso che il problema riguarda gli atti vincolati e non, ovviamente, gli atti discrezionali (salvo che per la "discrezionalità tecnica" la Corte di legittimità sembra propendere ancora per il Giudice Ordinario), appare chiaro la diversità dell'obiettivo ricercato rispettivamente da Corte di Cassazione e Consiglio di Stato per individuare il "porto" competente al giudizio.

Avuto riguardo agli Ermellini, le parole chiave sono "discrezionalità" o "vincolatività" dell'atto lesivo e impugnato. La giurisdizione amministrativa ricorre in caso di "impugnazione" di atti discrezionali sotto il profilo valutativo (la discrezionalità tecnica non è sufficiente) poiché è solo in detti casi, e cioè quando la Pubblica Amministrazione introduce una propria "decisione"

non predefinita o imposta dal legislatore, che quindi si esercita e manifesta un "potere"; l'atto vincolato è voluto dal legislatore e non dalla Pubblica Amministrazione e fronteggia diritti soggettivi, laddove l'atto discrezionale interloquisce con interessi legittimi, rimanendo sempre incentrato su tale diversa posizione giuridica il discrimine tra le due giurisdizioni; potere è potere discrezionale; il "potere" vincolato è una mera dichiarazione della volontà del legislatore.

Per quanto attiene al Consiglio di Stato, la parola chiave è l'interesse pubblico perseguito in via diretta ed immediata dalla norma che prevede l'atto ritenuto lesivo e impugnato: se la norma persegue prima di tutto l'interesse pubblico, la posizione del soggetto asseritamente leso è tutelata solo mediatamente, e quindi corrisponde ad un interesse legittimo. L'atto vincolato va a toccare, quindi, anche interessi legittimi e non solo diritti soggettivi. Priva di fondamento è, per il Consiglio di Stato, invocando la pronuncia della Corte costituzionale n. 127/1998, la tesi secondo cui l'attività vincolata determina sempre la giurisdizione ordinaria in quanto interloquente solo con diritti soggettivi.

La soluzione operativa avallata dal Consiglio di Stato sembra aprire scenari assolutamente incerti, considerato che non risulta concepibile che una norma che preveda comunque un intervento di una Pubblica Amministrazione non persegua in via diretta l'interesse pubblico e tenuto in ogni caso conto dell'inestricabile intreccio tra i due profili (interesse collettivo e privato). Appare un po' troppo fioca la "luce" rappresentata dall'oggetto della tutela della norma individuato come "*in via diretta l'interesse pubblico*", posto che l'attribuzione di un compito (un atto da porre in essere in una fattispecie concreta) ad una Pubblica Amministrazione è disposta da una norma, per definizione, allo scopo del perseguimento da parte della stessa di un interesse pubblico e non certo di un interesse privato, nel qual caso il privato sarebbe investito direttamente dalla legge della possibilità di agire.

Si consideri, al riguardo, l'art. 9 della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, il quale prevede: "*Gli Stati membri possono subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un regime di autorizzazione soltanto se sono soddisfatte le condizioni seguenti: a) il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore;*

b) la necessità di un regime di autorizzazione è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale;

c) l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia..”.

A sua volta, l'art. 12 del D.Lgs. n. 59/2010, attuativo della direttiva, sancisce: “*Nei casi in cui sussistono motivi imperativi di interesse generale, l'accesso e l'esercizio di una attività di servizio possono, nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, essere subordinati al rispetto dei seguenti requisiti:*

a) restrizioni quantitative o territoriali sotto forma, in particolare, di restrizioni fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori;

b) requisiti che impongono al prestatore di avere un determinato statuto giuridico;

c) obblighi relativi alla detenzione del capitale di una società;

d) requisiti diversi da quelli relativi alle questioni disciplinate dal decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206, o da quelli previsti in altre norme attuative di disposizioni comunitarie, che riservano l'accesso alle attività di servizi in questione a prestatori particolari a motivo della natura specifica dell'attività esercitata;

e) il divieto di disporre di più stabilimenti sul territorio nazionale;

f) requisiti che stabiliscono un numero minimo di dipendenti;

g) tariffe obbligatorie minime o massime che il prestatore deve rispettare;

h) l'obbligo per il prestatore di fornire, insieme al suo servizio, altri servizi specifici”.

Tutto sembra deporre nel senso che ove sia prevista un'autorizzazione (che è il provvedimento preclusivo dell'attività privata normalmente vincolato, esiste comunque un interesse pubblico, peraltro correlato a motivi imperativi e non a motivi “ordinari”, secondo il lessico comunitario recepito dal legislatore interno) che giustifica la previsione della subordinazione dell'attività privata stessa al predetto provvedimento vincolato, con conseguente necessità di aggiornare la tesi secondo cui “*l'autorizzazione ha ad oggetto un'attività privata, non lesiva di pubblici interessi, ma neanche strumentale al soddisfacimento di un interesse pubblico, mentre la concessione ha per oggetto lo svolgimento di un'attività ontologicamente strumentale al perseguimento di un interesse della*

collettività, in quanto riservata ai pubblici poteri" (v. Caponigro, *Le concessioni demaniali nel rapporto con la Corte di Giustizia Europea*", nota n. 5, in *giustizia-amministrativa*).

Del resto, entrambe le pronunce in commento individuano la finalità della norma sulla sospensione come afferenti ad interessi pubblici (sanità pubblica, della collettività che interferisce con il sanitario) e interesse privato (salute del sanitario) e la priorità dell'uno o dell'altro non è di certo segnata in modo inequivoco dalla norma.

Conclusioni

Non si può nemmeno pensare, a fronte dell'art. 103 della Costituzione, di invocare il facile criterio del Giudice Amministrativo quale Giudice "della pubblica amministrazione", rimanendo, il medesimo, giudice dei pubblici poteri (v. Corradino, *Manuale di diritto amministrativo*, pag. 5), con la conseguente necessità di una definizione di potere, visto che le due posizioni espresse nelle sentenze in analisi si differenziano anche su tale nozione. Vero è che gli ambiti di incertezza, anche grazie alle numerose pronunce in materia per l'appunto di "regolamento di confini" tra i due ordini giurisdizionali dovrebbero indurre il legislatore ad intervenire tempestivamente con lo strumento legislativo, evitando l'allargamento dei conflitti ed operando settorialmente, nel rispetto delle note pronunce costituzionali, anche se non si tratta necessariamente di individuare materie di giurisdizione esclusiva.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP

NEWSLETTER
