

NEWSLETTER N. 13/2021

NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

- **MIMS – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: istituita la Consulta per le politiche delle infrastrutture e della mobilità sostenibili per l’elaborazione di proposte e indirizzi, l’aggiornamento e la condivisione della valutazione d’impatto delle politiche e degli interventi del Ministero.**

Con Decreto del Ministro del 22 aprile 2021 è stata istituzionalizzata la Consulta per l’attuazione delle politiche di sviluppo previste dal nuovo PNRR.

La Consulta si occuperà, tra l’altro, di raccogliere studi e analisi, formulare proposte di carattere normativo e tecnico, promuovere le migliori pratiche rilevate nelle amministrazioni territoriali o nel settore privato, concorrere alla trasparenza e all’*accountability* delle politiche e degli interventi del Ministero e dei loro risultati, analizzare i costi della transizione alla sostenibilità, con l’obiettivo di supportare il Ministero nella definizione del corretto *trade-off* tra diverse politiche e interventi e proporre misure compensative per renderli coerenti e favorevoli.

- **MIMS - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: aumento di 14 miliardi per interventi sulla mobilità e infrastrutture sostenibili.**

Il PNRR ha destinato 62 miliardi di euro per gli interventi sulle infrastrutture, sulla mobilità e sulla logistica sostenibili, con un aumento di ben 14 miliardi rispetto alla bozza del piano approvata lo scorso 12 gennaio dal precedente esecutivo. Inoltre, per tali investimenti sono stati aggiunti 47 miliardi di euro rispetto alle risorse previste a legislazione vigente.

I progetti saranno finanziati per 41 miliardi con le risorse europee del programma *Next GenerationEu* (40,7 miliardi) e con quelle del *ReactEu* (313 milioni), ai quali si aggiungono 21 miliardi derivanti da risorse nazionali (10,6 miliardi dal Fondo complementare e 10,3 miliardi dallo scostamento di bilancio).

Il 56% delle risorse stanziare (34,7 miliardi di euro) sarà destinata alla realizzazione di interventi nel Sud Italia.

I principali progetti di competenza del MIMS riguardano la digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura (493 milioni di euro); rivoluzione verde e transizione ecologica (15,8 miliardi); infrastrutture per una mobilità sostenibile (41,8 miliardi); inclusione e coesione sociale (3,9 miliardi).

In particolare, tra questi si segnala la cd. “*cura del ferro*”, volta a favorire la transizione ecologica attraverso la realizzazione di 700 km di ferrovia tra sviluppo dell’alta velocità

e linee regionali; 216 km di linee tranviarie, metropolitane e filobus; nonché l'acquisto di nuovi treni, 3.200 autobus elettrici, a idrogeno e a metano.

Si stima che tali interventi porteranno ad un abbattimento di circa 2,3 milioni di tonnellate annue di emissioni di CO₂.

Per maggiori informazioni sui progetti del MIMS si rinvia al seguente [link](#).

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CONS. STATO, SEZ. IV, ORDINANZA, 11 MAGGIO 2021, n. 3701** – *Rimessione all'Adunanza Plenaria - Individuazione del giudice competente a decidere sul risarcimento danni conseguente all'annullamento giurisdizionale di una variante e dei conseguenti permessi a costruire.*

La IV Sezione del Consiglio di Stato, prendendo atto del contrasto giurisprudenziale registrato tra giudici ordinari e amministrativi in tema di giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un annullamento giurisdizionale di una variante e dei conseguenti permessi a costruire, ha rimesso la questione al Supremo Consesso amministrativo.

Sul fronte civilistico, i giudici della Cassazione, mediante le tre ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 hanno affermato la giurisdizione del giudice civile – superando il precedente orientamento giurisprudenziale – nelle controversie avente per oggetto le domande risarcitorie formulate: dal beneficiario di una concessione edilizia poi legittimamente annullata in sede di autotutela; da chi aveva ottenuto in un primo momento una attestazione di edificabilità di un'area (poi rivelatasi insussistente) e poi una concessione edilizia poi legittimamente annullata in sede giurisdizionale; da chi aveva ottenuto un'aggiudicazione di una gara d'appalto di un pubblico servizio, annullata in sede giurisdizionale.

Gli Ermellini hanno argomentato la loro tesi sul fatto che le domande risarcitorie si fondassero non tanto sulla legittimità degli atti di annullamento, ma sulla *“lesione dell'affidamento”* riposto nella legittimità degli atti annullati, a loro volta posti alla base delle scelte negoziali e imprenditoriali degli attori.

Tuttavia, altre pronunce della Cassazione hanno rilevato la giurisdizione del giudice amministrativo. *Ex multis*, secondo le Sez. Un. n. 8057 del 2016 *“l'azione amministrativa illegittima – composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi – non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare, essendo controverso l'agire provvedimento nel suo complesso, del quale l'affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione”* (cfr. Sez. Un. n. 13454 del 2017; Sez. Un. n. 13194 del 2018).

Al pari della giurisprudenza civile, anche quella amministrativa è divisa sul punto, atteso che in alcune pronunce si è aderito alla traiettoria argomentativa sostenuta dalle Sezioni Unite della Cassazione (cfr. Cons. St., sez. V, 27 settembre 2016, n. 3997; id., sez. IV, 25

gennaio 2017, n. 293, e 20 dicembre 2017, n. 5980), e con altre si è affermato che la domanda risarcitoria proposta nei confronti della p.A. per i danni subiti dal privato, nelle materie di giurisdizione esclusiva, che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria (Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2015, n. 857; TAR Pescara, 20 giugno 2012, n. 312), non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato, ma di una lesione del diritto soggettivo alla sua integrità patrimoniale oppure di una lesione all'affidamento incolpevole, dove l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento.

I giudici della IV Sezione, nel rimettere la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione di giurisdizione, sembrano ritenere la sussistenza della giurisdizione amministrativa ai sensi degli artt. 7 e 133 c.p.a., potendo non risultare convincenti le considerazioni sostanziali e quelle processuali poste a base del primo orientamento.

Qui il [link](#) all'ordinanza di rimessione.

➤ **CONS. STATO, SEZ. V, 3 MAGGIO 2021, n. 3458** – *La sentenza che annulla l'aggiudicazione e dichiara inefficace il contratto con possibilità di subentro non è costitutiva di vincolo contrattuale.*

I giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che la sentenza che annulla l'aggiudicazione e dichiara inefficace il contratto ai sensi dell'art. 122 c.p.a., anche quando a seguito di apposita domanda della parte ricorrente accerta la "possibilità di subentrare nel contratto", non è mai costitutiva del vincolo contrattuale, né potrebbe esserlo. L'unica ipotesi conosciuta dall'ordinamento di sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso è quella contemplata dall'art. 2932 c.c. la quale presuppone l'esistenza dell'obbligazione della parte convenuta in giudizio a concludere un contratto. Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici sulle fasi delle procedure di scelta del contraente da parte della pubblica Amministrazione escludono che questa, anche quando sia addivenuta all'individuazione dell'aggiudicatario, sia obbligata a concludere il contratto con quest'ultimo.

Infatti, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante si trova nell'alternativa tra addivenire alla stipulazione ovvero esercitare i poteri di autotutela "nei casi consentiti dalle norme vigenti". Come espressamente precisato dall'art. 32, comma 6 del Codice "l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta", significando che il provvedimento di aggiudicazione non è idoneo a far sorgere il rapporto obbligatorio tra le parti, né ad attribuire al privato l'aggiudicatario una posizione di diritto soggettivo, cui corrisponda un'obbligazione a concludere il contratto da adempiersi da parte della p.A.. Di qui, l'impossibilità di esperire l'azione costitutiva ex art. 2932 c.c..

➤ **CONS. GIUST. AMM. REG. SIC., 7 MAGGIO 2021, n. 406** – *Discrezionalità tecnica esercitata dalla Soprintendenza per i beni culturali e ambientali: inammissibilità di un sindacato sostitutivo sulle valutazioni tecniche opinabili.*

La discrezionalità tecnica, esercitata dalla Soprintendenza per i beni culturali ed ambientali è una manifestazione di giudizio, consistente in una attività diretta alla valutazione ed all'accertamento di fatti e, nell'effettuare le valutazioni di propria competenza, in linea di massima, l'Amministrazione applica concetti non esatti, ma opinabili, con la conseguenza che può ritenersi illegittima solo la valutazione la quale, con riguardo alla concreta situazione, possa ritenersi manifestamente illogica, vale a dire che non sia nemmeno plausibile, e non già una valutazione che, pur opinabile nel merito, sia da considerare comunque ragionevole, ovvero la valutazione che sia basata su un travisamento dei fatti o che sia carente di motivazione.

Pertanto, sugli atti della Soprintendenza Beni Culturali ed Ambientali, essendo gli stessi sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo intrinseco in ordine alle valutazioni tecniche opinabili, in quanto ciò si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza ed attendibilità.

Qui il [link](#) alla pronuncia.

➤ **CONS. STATO, SEZ. IV, 23 APRILE 2021, n. 3288** – *Legittima l'esclusione del concorrente per mancato versamento all'ANAC del contributo per la partecipazione ad una procedura.*

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello proposto dal concorrente escluso dalla gara per avere eseguito il versamento del contributo all'ANAC solo dopo il termine ultimo di presentazione della domanda di partecipazione, che la *lex specialis* indicava quale termine "perentorio" ai fini del predetto pagamento.

Secondo il Collegio, la circostanza che il bando di gara utilizzasse l'aggettivo "perentorio" esprime chiaramente "l'effetto preclusivo conseguente al mancato rispetto del termine indicato dal bando". Diversamente opinando, si realizzerebbe "un'indebita interpretatio abrogans della *lex specialis*".

Pertanto, il mancato versamento del contributo all'ANAC entro il termine che il bando indica come perentorio non può essere sanato *ex post*, determinando, *ex lege*, "l'inammissibilità dell'offerta anche nelle gare volte all'affidamento di appalti di servizi, come motivatamente evidenziato, da ultimo, nella recente pronuncia di questo Consiglio n. 746 del 2020".

➤ **TAR LAZIO, SEZ. II-BIS, 27 APRILE 2021, n. 4865 – Ripetizione delle somme versate a seguito di annullamento in autotutela e riparto di giurisdizione.**

Con la sentenza in oggetto, il T.A.R. Lazio ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del g.a. il ricorso proposto da un'Amministrazione comunale volto ad ottenere la restituzione *ex art. 2033 c.c.* delle somme corrisposte in esecuzione di un contratto oggetto di annullamento in autotutela.

Nel caso di specie, l'Amministrazione ha agito dinanzi al T.A.R. Lazio al fine di ottenere la ripetizione delle somme che assumeva essere state indebitamente corrisposte in esecuzione di un contratto di affidamento del servizio di noleggio di apparecchiature per il controllo elettronico della velocità lungo tratti di strada all'interno del territorio comunale. Annullato d'ufficio il contratto, dunque, le somme già corrisposte - a parere dell'Amministrazione - sarebbero divenute prive di titolo e, dunque, suscettibili di ripetizione.

In ordine alla legittimità del provvedimento di autotutela adottato dall'Amministrazione Comunale, si era già pronunciato il TAR Lazio, che aveva respinto il ricorso proposto dalla società contraente, nonché il Consiglio di Stato, che aveva confermato la sentenza appellata. Proprio in virtù di tali pronunce, l'Amministrazione aveva ritenuto sussistere la giurisdizione amministrativa in ordine alla domanda di ripetizione di indebito, a norma dell'art. 133, co. 1 lett. e) del c.p.a..

Tuttavia, il TAR adito ha ravvisato il proprio difetto di giurisdizione, affermando che *“la giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all'art. 133 comma 1 lett. e) n. 1 del D.lgs. n. 104/2010 concerne solo le controversie relative al procedimento di scelta del contraente, fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva, mentre le controversie vertenti sull'attività successiva (anche se precedente alla stipula del contratto), seguono l'ordinario criterio di riparto, imperniato sulla distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo, da individuare con riferimento alla posizione che la domanda è diretta a tutelare sotto il profilo del petitum sostanziale”*.

Aggiungono i giudici amministrativi che l'azione di ripetizione dell'indebito *“scaturisce da un presupposto non più soggetto a revisione, che nel caso di specie è costituito dall'avvenuto annullamento del contratto, ormai intangibile, e che dunque rappresenta un mero antecedente storico della fattispecie, non già una questione pregiudiziale (suscettibile di introdurre in giudizio uno scrutinio di legittimità dell'annullamento del contratto). Di conseguenza, non venendo più in rilievo profili di esercizio di attività pubblicistica, in regime di supremazia generale o speciale, le parti agiscono su di un piano di pariteticità”*.

Pertanto, non costituendo l'annullamento d'ufficio del contratto una questione pregiudiziale - rispetto all'azione di ripetizione - bensì un mero antecedente storico e, dunque, agendo le parti su di un piano paritetico, l'azione prevista dall'art. 2033 c.c. deve essere esercitata dinanzi al giudice ordinario.

➤ **TAR LOMBARDIA, SEZ. I, 27 APRILE 2021, n. 1052** – *L'anticipazione del prezzo non si configura come diritto dell'operatore economico, bensì come facoltà della S.A.*

Con la sentenza del 27 aprile 2021, n. 1052, il T.A.R. Lombardia ha stabilito che la corresponsione dell'importo dell'anticipazione del prezzo al 30%, non si configura come diritto dell'operatore economico ma soltanto *“come facoltà esercitabile dalla stazione appaltante nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione”*.

Il caso di specie riguardava l'applicazione dell'istituto dell'anticipazione contrattuale a seguito di una procedura per l'affidamento dei lavori, a valle della quale l'aggiudicataria aveva subordinato la propria disponibilità a stipulare il contratto al riconoscimento dell'anticipazione del prezzo nella misura di cui all'art. 207 del D.L. n. 34/2020, convertito con modifiche dalla Legge n. 77/2020, che come noto ha innalzato la percentuale dell'anticipazione dal 20 al 30%.

Il T.A.R., nel ritenere l'anticipazione del prezzo meramente facoltativa (*“l'anticipo può essere incrementato”*), ha confermato la legittimità dell'operato della Stazione appaltante, la quale addiveniva alla revoca dell'aggiudicazione a fronte del rifiuto dell'operatore economico di stipulare contratto.

Qui il [link](#) alla pronuncia.

In collaborazione con gli Studi Legali
Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa