

CONCORSO A QUATTRO POSTI DI CONSIGLIERE DI STATO

(Bandito con D.P.C.S. del 16 marzo 2011) – Prove scritte 12, 13, 14, 16 e 17 settembre 2011)

(*) tema estratto

12 settembre 2011

DIRITTO CIVILE E/O COMMERCIALE, CON RIFERIMENTI AL DIRITTO ROMANO

- 1) **Inadempimento contrattuale e causa impeditiva ignota(*)**;
- 2) La separazione dei patrimoni e il rapporto unisoggettivo;
- 3) Violazione dei doveri informativi: invalidità del contratto e pretese risarcitorie.

13 settembre 2011

SCIENZA DELLE FINANZE E DIRITTO FINANZIARIO

- 1) **Aspetti macroeconomici della gestione del debito pubblico; (*)**
- 2) Il principio di inerenza nelle imposte sui redditi;
- 3) Il divieto di traslazione di imposta.

14 settembre 2011

DIRITTO AMMINISTRATIVO (prova teorica)

- 1) **Esecuzione e reintegrazione, in forma specifica e per equivalente, tra cognizione e ottemperanza; (*)**
- 2) Il principio di proporzionalità e la “recessione” dell’interesse primario;
- 3) Rapporti tra procedimento e contratto nella nuova disciplina della evidenza pubblica.

16 settembre 2011

DIRITTO AMMINISTRATIVO (prova pratica) (prova estratta in allegato)

17 settembre 2011

DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO E PRIVATO E DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA

- 1) **L’art. 7 della Convenzione di Roma e le norme di applicazione necessaria; (*)**
- 2) Il diritto a una “buona amministrazione” nel trattato di Lisbona e i suoi riflessi procedurali;
- 3) Le riserve ai Trattati: verifica di ammissibilità ed effetti nei rapporti tra Stati.

Con delibera del consiglio comunale di Z in data 15 luglio 2008 veniva adottata una variante al vigente P.R.G. avente ad oggetto la realizzazione di un programma costruttivo di edilizia convenzionata nonché di una strada di collegamento tra il centro urbano e l'area interessata dal suddetto programma.

La Regione approvava con prescrizioni con atto del 1° ottobre 2008.

Con successiva delibera di giunta municipale del 13 febbraio 2009, premesso che l'approvazione del programma costruttivo nonché della relativa variante al P.R.G. acquistava valore di dichiarazione di pubblica utilità ed urgenza ai sensi degli articoli 10 e 12 del D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 e successive modifiche ed integrazioni, veniva assegnata alle Cooperative Alfa, Beta e Gamma l'area destinata al programma di edilizia convenzionata.

Con provvedimento del responsabile dell'Ufficio tecnico comunale (d'ora in poi U.T.C.) del 2 novembre 2009, comunicato il 10 novembre 2009 alle tre Cooperative ed all'espropriando, veniva determinata l'indennità provvisoria di esproprio in € 450.000,00, somma che le Cooperative avrebbero dovuto corrispondere ciascuna per 1/3 alla S.p.A. X proprietaria dell'area esproprianda destinata al programma costruttivo.

Con nota 30 novembre 2009 la S.p.A. X dichiarava di accettare l'importo di cui sopra mentre la Cooperativa Alfa, con nota dell'8 dicembre 2009, dichiarava di non accettarlo in quanto manifestamente sovradimensionato ed incongruo e chiedeva applicarsi l'art. 41 del D.P.R. n. 327/2001.

Il responsabile dell'U.T.C. con provvedimento del 4 gennaio 2010 comunicato alla S.p.A. X ed alla Cooperativa Alfa prendeva atto dell'accettazione da parte della S.p.A. X, disconosceva la facoltà della Cooperativa Alfa di non accettare l'indennità provvisoria ed asseriva che la stessa veniva ad essere così definitivamente determinata, dichiarando tuttavia salva la possibilità, per la medesima Cooperativa, di contestarla *ex art. 54 del D.P.R. n. 327/2001*.

Avverso la delibera consiliare di adozione della variante del 15 luglio 2008 nonché avverso il provvedimento di approvazione regionale del 1° ottobre 2008 e la determina del responsabile dell'U.T.C. del 4 gennaio 2010 ricorre tempestivamente la Cooperativa Alfa con atto notificato al Comune ed alla controinteressata S.p.A. X.

Deduce violazione e falsa applicazione dell'articolo 20 commi 5 e 14 del D.P.R. n. 327/2001 nonché degli articoli 41 e 54 del medesimo D.P.R. così argomentando:

I Essa Cooperativa Alfa con nota 8 dicembre 2009 aveva dichiarato di non accettare l'indennità provvisoria e, pertanto, l'ufficio comunale non poteva procedere alla determinazione dell'indennità in via definitiva, ma occorreva interessare, come espressamente richiesto, la commissione provinciale competente *ex art. 41 del D.P.R. n. 327/2001*.

II L'articolo 54 indicato dall'Amministrazione presuppone la definitività della determinazione che nella specie, per quanto anzidetto, non poteva ritenersi verificata.

Deduceva inoltre violazione delle stesse norme nonché eccesso di potere e violazione dell'art. 24 della Costituzione.

III L'importo di € 450.000,00 sarebbe manifestamente incongruo rispetto ad un'indennità di esproprio recentemente fissata ad € 47.000,00, per vicenda analoga in zona e per estensione simile.

IV Sarebbe infine incostituzionale, per contrasto con gli articoli 3 e 24 della Costituzione, privare il beneficiario dell'espropriazione, a differenza dell'espropriando, della legittimazione a richiedere la giusta stima in via amministrativa dell'indennità di esproprio ad opera dei tecnici *ex art. 21*, o della commissione *ex art. 41* del D.P.R. n. 327/2001, limitando le sue difese alla sola fase giudiziale successiva.

V Deduceva infine, in via subordinata, l'illegittimità della delibera di approvazione della variante al P.R.G. in quanto ad essa avrebbe partecipato, in violazione dell'art. 78 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, il consigliere comunale Caio, socio della S.p.A. X cui occorrerebbe corrispondere l'importo sovradimensionato di € 450.000,00.

Nel frattempo la stessa variante del 15 luglio 2008 veniva integralmente confermata in sede di successivo P.R.G. adottato dal Comune con delibera 16 marzo 2009 ed approvato dalla Regione con atto del 20 aprile 2009.

La giunta municipale, pertanto, con delibera del 30 ottobre 2009, richiamata la variante del 15 luglio 2008 e la conferma contenuta nel P.R.G. 15 marzo 2009 approvato il 20 aprile 2009, approvava il progetto esecutivo generale dei lavori di realizzazione della strada di collegamento e ne dichiarava la pubblica utilità.

Con decreto del 20 dicembre 2009 veniva disposto l'esproprio delle aree interessate dal tracciato stradale.

La delibera consiliare di approvazione della variante del 15 luglio 2008, l'approvazione regionale 1° ottobre 2008 nonché la delibera della Giunta municipale 30 ottobre 2009 di approvazione del progetto esecutivo e il decreto di esproprio 20 dicembre 2009, nonché tutti gli atti presupposti e/o consequenziali, venivano tempestivamente impugnati dal Sig. Tizio comproprietario dei terreni interessati dalla realizzazione della strada deducendo i seguenti motivi:

I La delibera non ha tenuto conto delle prescrizioni che la Regione, con atto 1° ottobre 2008 in sede di approvazione della variante del 15 luglio 2008, ha direttamente introdotto, ai sensi dell'art. 10 secondo comma lettera c) della L. 17 agosto 1942 n. 1150 e successive modifiche ed integrazioni, con riferimento ai valori paesaggistici che avrebbe dovuto rispettare sia la realizzazione del complesso edilizio sia quella della strada di collegamento con il centro urbano.

II Non è stata data comunicazione personale all'interessato prima dell'adozione della variante e ciò in violazione dell'art. 11 comma 1 e 2 del D.P.R. n. 327/2001 malgrado esso Tizio fosse individuabile dai dati catastali.

III Quanto alla delibera di approvazione del progetto denuncia la violazione dell'art. 16 primo e quarto comma del D.P.R. n. 327/2001 poiché non gli sarebbe stato inviato l'avviso di avvio del procedimento volto all'adozione dell'atto che dichiara la pubblica utilità e del deposito degli atti di cui al primo comma del medesimo articolo 16.

IV Denuncia altresì violazione dell'art. 17 secondo comma del D.P.R. n. 327/2001 poiché non gli sarebbe stata inviata comunicazione della data in cui l'atto è divenuto efficace.

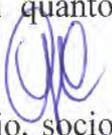
A seguito di accesso agli atti Tizio articolava ulteriori censure con motivi aggiunti.

I Il progetto della strada di collegamento rientra nella previsione dell'allegato IV punto 7 del D.Lgs. 3 aprile 2006 n. 152 in quanto trattasi di strada extraurbana secondaria. Tuttavia non è stata sottoposta alla "verifica di assoggettabilità" prevista dall'art. 20 dello stesso D.Lgs. n. 152/2006 come modificato dal D.Lgs. 16 gennaio 2008 n. 4. 

II L'approvazione del progetto esecutivo non è stata preceduta dalla stesura ed esame del progetto preliminare e di quello definitivo e ciò in violazione dei principi di cui all'art. 16 della L. 11 febbraio 1994 n. 109, principi confermati e ribaditi nell'art. 93 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed infine anche dall'art. 16 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, principi che sono volti ad evitare i rischi di una programmazione approssimata ed a consentire la corretta e tempestiva valutazione della spesa nei limiti della programmazione medesima.

Il Comune si costituisce nel ricorso proposto dalla Coop. Alfa e preliminarmente eccepisce la sua inammissibilità in quanto il ricorso non è stato notificato alle altre due Cooperative Beta e Gamma le quali, non avendo a loro volta proposto ricorso analogo, hanno dimostrato interesse alla conservazione dei provvedimenti impugnati dalla Cooperativa Alfa e quindi hanno veste di controinteressate.

Il ricorso sarebbe altresì inammissibile per difetto di legittimazione della Cooperativa Alfa in quanto la normativa di cui agli articoli 20, 21, 27, 54 del D.P.R. n. 327/2001 non attribuisce al beneficiario dell'espropriazione il potere di accettare o rifiutare l'indennità provvisoria, potere che spetta esclusivamente al proprietario espropriato ex artt. 20 e 21 dello stesso D.P.R..

Nel merito, comunque, e per le stesse ragioni, il ricorso sarebbe da respingere in quanto infondato. 

Quanto poi alla censura relativa alla mancata astensione del consigliere comunale Caio, socio della S.p.A. X, sottolinea che il procedimento impositivo del vincolo e quello di determinazione dell'indennità, ancorché consequenziali, sono distinti e separati, e fanno capo a diverse autorità.   

Il consigliere Caio, inoltre, non ricopre cariche sociali nella S.p.A. X e le azioni in suo possesso rappresentano una frazione modesta (circa il 7%) del capitale sociale.

Il Comune si costituisce altresì nel ricorso proposto dal Sig. Tizio depositando i provvedimenti impugnati e, preliminarmente, eccepisce l'inammissibilità del ricorso perché non notificato alle Cooperative Alfa, Beta, e Gamma che ritiene controinteressate rispetto al primo motivo del ricorso principale di Tizio.

Quanto alla censura ivi contenuta concernente il mancato rispetto delle prescrizioni regionali, osserva che il vincolo non è sorto con l'adozione della variante di cui alla delibera 15 luglio 2008 approvata dalla Regione con atto del 1° ottobre 2008, bensì discende dalla successiva adozione del nuovo P.R.G. comunale di cui alla delibera del 16 marzo 2009. La strada di collegamento - sottolinea il Comune - nel nuovo P.R.G. è riportata con caratteristiche identiche a quelle della precedente variante e con le stesse caratteristiche è stata poi trasfusa nel progetto esecutivo. Il P.R.G. è stato poi approvato dalla Regione con atto del 20 aprile 2009 senza alcuna prescrizione, atti questi che non sono stati mai impugnati dal Sig. Tizio benché anch'essi indicati nella delibera di approvazione del progetto esecutivo. Il ricorso anche perciò sarebbe inammissibile e comunque dovrebbe essere respinto. 

Peraltro, in via subordinata il Comune deposita determina dirigenziale del 29 settembre 2010 con cui si chiede che il T.A.R., nell'ipotesi di accoglimento del ricorso, voglia escludere la restituzione delle aree e condannare il Comune al risarcimento dei danni *ex art.* 43 terzo comma del D.P.R. n. 327/2001.

Il T.A.R. riunisce i ricorsi per ragioni di connessione oggettiva in quanto rivolti anche avverso lo stesso provvedimento di variante del 15 luglio 2008.

Con sentenza semplificata depositata il 15 dicembre 2010 il T.A.R. dichiara inammissibile il ricorso della Cooperativa Alfa in quanto non notificato alle altre due Cooperative Beta e Gamma che, aderendo alle tesi difensive del Comune, ritiene essere controinteressate.

Dichiara altresì inammissibile il ricorso del Sig. Tizio perché non notificato ad alcuna delle tre Cooperative che, anche in questo ricorso, qualifica come controinteressate. Compensa le spese tra tutte le parti.

Il Comune notifica la decisione al Sig. Tizio ed alla Cooperativa Alfa il 27 dicembre 2010.

Appella il Sig. Tizio con atto notificato al Comune il 17 gennaio 2011 e, tuzioristicamente, anche alle tre Cooperative Alfa, Beta e Gamma contestando la pronuncia d'inammissibilità.

Assume che la sua impugnativa era rivolta a caducare il provvedimento nella sola parte che riguardava i propri fondi i quali risultano vincolati esclusivamente dalla realizzazione della strada, vicenda rispetto alla quale nessuna delle Cooperative è controinteressata. 

In ogni caso le Cooperative con il ricorso di una ed il silenzio delle altre due avrebbero dimostrato di essere, se mai, cointeressate.

Quanto alla eccezione comunale circa la mancata impugnazione del successivo P.R.G. adottato il 16 marzo 2009 ed approvato il 20 aprile 2009, replica che lo stesso P.R.G. si limita, nella parte che interessa la sua proprietà, a riprodurre integralmente e senza modifiche il contenuto della variante, come riconosce lo stesso Comune, e, quindi, *in parte qua*, riveste carattere meramente confermativo.

Nel merito reitera tutti i motivi non esaminati dal T.A.R. e chiede l'accoglimento dell'appello, vinte le spese del doppio grado.

Appella anche la Cooperativa Alfa con atto notificato al Comune, al Sig. Tizio, alle altre due Cooperative ed alla S.p.A. X il 20 gennaio 2011 e, preliminarmente, contesta a sua volta la pronuncia d'inammissibilità.

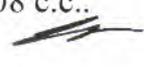
Le altre due Cooperative, malgrado non abbiano impugnato a loro volta, non perciò debbono ritenersi controinteressate. Al contrario, in caso di accoglimento del ricorso, anch'esse potranno beneficiare della giusta stima dell'indennità di esproprio e sono quindi sostanzialmente cointeressate.

Nel merito ripropone tutti i motivi di ricorso ed afferma la propria legittimazione, nonché la facoltà di rifiutare la determinazione dell'indennità provvisoria e di chiedere l'intervento della Commissione provinciale di cui all'art. 41 del D.P.R. n. 327/2001. 

In subordine eccepisce il difetto di giurisdizione del T.A.R. ai sensi dell'art. 53 terzo comma del D.P.R. n. 327/2001 come riprodotto dall'art. 133 primo comma lettera f) del c.p.a..

Conclude chiedendo l'accoglimento dell'appello con integrale riforma della decisione di primo grado e, in subordine, l'annullamento della stessa ai sensi dell'art. 105 del c.p.a.. Vinte le spese del doppio grado.

Il Comune si costituisce in ambedue gli appelli e con riferimento all'appello di Tizio deposita il piano particellare di esproprio ed una planimetria del territorio comunale. Il Comune, ad ogni buon fine, assume che tali documenti, ai sensi dell'art. 104 secondo comma c.p.a., sono comunque da ritenere indispensabili ai fini della decisione della causa e che di essi dovrebbe tenersi conto qualora dovesse essere riformata la decisione del T.A.R. sull'inammissibilità del ricorso del Sig. Tizio. Tuttavia - prosegue il Comune - la decisione del T.A.R. merita conferma sul punto, atteso che il Sig. Tizio ha proposto un motivo di ricorso principale (il primo) astrattamente idoneo a caducare *in toto* la variante e quindi a precludere alle Cooperative la possibilità di assegnazione delle aree. 

Il Comune, inoltre, rileva che il ricorso di primo grado di Tizio doveva essere dichiarato inammissibile anche per altro motivo, e cioè per difetto di legittimazione attiva. Tizio, invero, è soltanto comproprietario *pro indiviso* e per quota limitata (circa il 10%) delle particelle espropriate. La legittimazione pertanto spettava alla maggioranza *ex artt.* 1105 e 1108 c.c..   

Nel merito il Comune, sulla base della documentazione prodotta confuta in punto di fatto le doglianze contenute nei motivi secondo, terzo e quarto del ricorso principale. A tali motivi, concernenti le supposte violazioni delle norme sulle garanzie partecipative, il Comune oppone che il numero degli espropriandi, come risulta dal piano particellare, era superiore a 50 e, quindi, *ex art.* 11 secondo comma del D.P.R. n. 327/2001, non era necessaria la comunicazione individuale.

Il Comune inoltre replica alla censura articolata nel primo motivo aggiunto di Tizio, negando che la strada di collegamento abbia i caratteri di strada extraurbana secondaria e sostiene invece trattarsi di strada locale *ex art.* 2 comma 3 lettera f) del D.Lgs. 16 dicembre 1992 n. 285 in quanto interamente all'interno del territorio comunale come risulta dalla planimetria prodotta.

Quanto infine alla censura di cui al secondo motivo aggiunto concernente i livelli di progettazione, assume che le finalità della normativa invocata dal ricorrente sono da ritenersi concretamente realizzate proprio con la stesura e l'approvazione del progetto esecutivo da cui risultano integralmente sia le caratteristiche dell'opera sia il suo costo.

Conclude chiedendo preliminarmente la conferma della decisione del T.A.R.; in subordine, che il ricorso di Tizio venga dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione attiva, in ulteriore subordine che venga respinto. ny

Per quanto invece concerne l'appello della Cooperativa Alfa, il Comune innanzitutto ne eccepisce l'inammissibilità. Sottolinea infatti che l'appello, a seguito di un errore - a suo avviso - inescusabile, è stato notificato al difensore e nel domicilio eletto nella procura contenuta nell'atto introduttivo nel giudizio davanti al T.A.R.. L'appellante Alfa non ha tenuto conto che, come risultava dagli atti e dalla sentenza appellata, a tale difensore, nel corso del giudizio di primo grado, era stato revocato il mandato con contestuale nomina di altro difensore designato anche come nuovo domiciliatario in sostituzione del primo.

Deduce pertanto l'inesistenza della notifica, dichiara di non accettare il contraddittorio e di essersi costituito al solo scopo di sollevare la suesaecitata eccezione.

Tuttavia, a scopo meramente tuzioristico, il Comune prosegue esponendo le proprie tesi difensive e sostenendo la correttezza della decisione del T.A.R..

Sarebbe infatti condivisibile la pronuncia d'inammissibilità del ricorso della Cooperativa Alfa poiché sarebbe indubitabile che le altre due Cooperative, non avendo impugnato in termine gli stessi provvedimenti impugnati dalla Cooperativa Alfa, hanno dimostrato la volontà di accettare i provvedimenti medesimi e si trovano quindi in posizione di controinteresse. ap

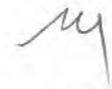
Quanto poi all'eccezione di difetto di giurisdizione, sostiene che tale eccezione non è proponibile dalla stessa parte che ha adito in prime cure quello stesso giudice che ora ritiene incompetente. a / h

Nel merito reitera le difese spiegate in primo grado circa l'inesistenza, per il beneficiario dell'espropriazione, della possibilità di rifiutare la determinazione dell'indennità provvisoria.

Il Comune conclude chiedendo la conferma della decisione sul punto dell'inammissibilità di ambedue i ricorsi per mancata notifica a soggetti controinteressati.

In subordine, in caso di ritenuta ammissibilità del ricorso della Cooperativa Alfa, chiede che, dichiarata inammissibile la questione di giurisdizione, l'appello venga respinto, così come in subordine dovrebbe essere respinto nel merito anche l'appello di Tizio.

In ulteriore subordine e nell'ipotesi infine, in cui il ricorso di Tizio fosse ritenuto ammissibile e fondato il Comune sostiene che non potrebbe essere accolta la domanda di restituzione dei beni, e ciò malgrado la dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 43 del D.P.R. n. 327/2001 a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 8 ottobre 2010 n. 293. Invero, dal momento che la strada è ormai quasi completata il Comune ritiene che debba farsi applicazione del principio di cui all'art. 940 c.c. estensibile per analogia anche agli immobili.

Conclude chiedendo la condanna degli appellanti alle spese del grado. 

La Cooperativa Alfa, con rituale memoria, preliminarmente replica alla eccezione sollevata dal Comune di inammissibilità del proprio appello sottolineando come la costituzione del Comune avrebbe sanato *ex art. 156 terzo comma c.p.c.* ogni vizio di notifica. Confuta poi le argomentazioni comunali volte a sostenere l'inammissibilità dell'eccezione di giurisdizione non ostando a ciò alcuna preclusione e reitera le proprie doglianze.

Insiste pertanto nelle conclusioni già rassegnate.

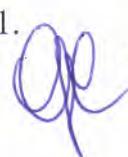
Anche Tizio, con tempestiva memoria, replica alle difese comunali.

Preliminarmente afferma la propria legittimazione poiché non vi sarebbe differenza, a questi fini, tra proprietà integrale e comproprietà.

Quanto alla pretesa del Comune di tener comunque conto degli atti depositati in appello sostiene che in proposito non è invocabile l'art. 104 secondo comma c.p.a.. A ciò osta la preclusione intervenuta in primo grado per causa imputabile al Comune che, benché ritualmente costituito, non ha prodotto la documentazione di cui era in possesso.

Circa la domanda di restituzione delle aree osserva che la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del D.P.R. n. 327/2001 rende inevitabile la restituzione del bene previa, occorrendo, la rimessione in pristino con oneri a carico dell'espropriante.

Alla fattispecie che non ha carattere risarcitorio, ma restitutorio non è infatti applicabile analogicamente l'art. 940 c.c. ma soltanto, se mai, gli articoli 934 e 936 c.c..

Il Consiglio di Stato fissa l'udienza al 20 settembre 2011.  

All'udienza del 20 settembre 2011 la difesa del Comune richiama l'art. 42 *bis* del D.P.R. n. 327/2001 come recentemente introdotto con l'articolo 34 del D.L. 6 luglio 2011 n. 98 convertito in L. 15 luglio 2011 n. 111 in sostituzione dell'art. 43 dichiarato incostituzionale. Richiama il primo comma che disciplina l'indennizzo a valore venale maggiorato del 10% a titolo di pregiudizio non patrimoniale, nonché il comma ottavo secondo cui *"le disposizioni del presente articolo trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione"*.

La difesa comunale in proposito chiede che venga messo a verbale che l'Amministrazione conferma integralmente la valutazione di cui alla precedente determina del 29 settembre 2010 già depositata. Chiede perciò che, ove il ricorso di Tizio venisse accolto, sia disposto a suo favore l'indennizzo al valore venale maggiorato del 10% ai sensi del primo comma dello stesso articolo 42 *bis*.

La difesa di Tizio si oppone alla modifica del *thema decidendum* in sede di discussione orale in violazione di ogni norma posta a garanzia del contraddittorio.

Comunque ritiene che la precedente delibera del 29 settembre 2010, ancorché confermata, non possa costituire il presupposto per l'applicazione della nuova normativa.

Solleva infine in subordine questione di legittimità costituzionale del sopracitato art. 42 *bis* primo e ottavo comma.

La novella - sostiene Tizio - innanzitutto evidenzia gli stessi vizi sostanziali di costituzionalità già denunciati nei confronti dell'art. 43. Continua infatti a consentire all'Amministrazione di sanare le proprie azioni illegali vanificando così la garanzia costituzionale del diritto di proprietà quella del giusto procedimento e vulnerando il principio della intangibilità del giudicato. Il tutto è aggravato dalla efficacia retroattiva sancita nel comma ottavo che pone nel nulla ogni diritto quesito e/o legittima aspettativa.

Persiste quindi il contrasto con i principi ripetutamente affermati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo contro la prassi dell'espropriazione indiretta, principi che la giurisprudenza costituzionale ritiene vincolanti per il legislatore nazionale.

Denuncia perciò violazione degli articoli 3, 24, 42, 97, 113 e 117 primo comma della Costituzione.

Il candidato rediga la decisione sugli appelli esaminando tutte le questioni in rito ed in merito anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea astrattamente a precludere l'esame delle altre.

Delle questioni non risolte in sentenza si darà conto in altra parte dell'elaborato.

CONCORSO A TRE POSTI DI CONSIGLIERE DI STATO
(Bandito con D.P.C.S. del 29 aprile 2011) – Prove scritte 4,5,6,8 e 9 giugno 2012)
(*) tema estratto

4 giugno 2012

DIRITTO CIVILE E/O COMMERCIALE, CON RIFERIMENTI AL DIRITTO ROMANO

- 1) La nullità sopravvenuta;
- 2) **Società senza fine di lucro e fallimento; (*)**
- 3) Conflitto di interessi ne condominio.

5 giugno 2012

DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO E PRIVATO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

- 1) La legge applicabile alle intese restrittive della concorrenza nel diritto internazionale privato;
- 2) Diritti fondamentali e principio di reciprocità;
- 3) **Insolvenza degli Stati e diritto internazionale. (*)**

6 giugno 2012

DIRITTO AMMINISTRATIVO (prova teorica)

- 1) **La connessione dei ricorsi e i suoi riflessi su competenza e giurisdizione; (*)**
- 2) La nullità dell'atto amministrativo;
- 3) Documentazione di altre amministrazioni nel procedimento amministrativo, natura e mezzi di tutela.

8 giugno 2012

DIRITTO AMMINISTRATIVO (prova pratica) (prova estratta in allegato)

9 giugno 2012

SCIENZA DELLE FINANZE E DIRITTO FINANZIARIO

- 1) **L'interpretazione della norma tributaria; (*)**
- 2) Il reclamo e la mediazione nel processo tributario;
- 3) L'imputazione temporale dei componenti positivi e negativi del reddito d'impresa.

Nel corso dell'anno 2004 il Comune di X approvava il progetto definitivo volto alla realizzazione di una strada comunale di collegamento tra il centro cittadino ed una sua frazione.

Il progetto, recante *ex lege* la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, prevedeva la collocazione della strada, tra l'altro, sulle particelle A e B di proprietà di Tizio.

Venivano contestualmente fissati i termini per i lavori e le espropriazioni in 36 mesi.

Ai sensi dell'art. 22-*bis* del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, veniva tempestivamente emanato dal Comune il decreto di occupazione d'urgenza dei terreni. Pure tempestivamente veniva completata l'immissione del Comune nel possesso dei beni.

I lavori avevano quindi inizio, senza peraltro che il Comune provvedesse al pagamento dell'indennità di occupazione e che successivamente seguisse il decreto di esproprio.

Inoltre, nel corso dei lavori l'opera subiva uno spostamento a seguito del quale venivano occupate anche porzioni delle particelle C e D, pure appartenenti a Tizio. Le restanti porzioni di tali particelle finivano col risultare intercluse tra la strada comunale in costruzione e la strada statale preesistente *in loco*, mentre ampie parti delle particelle A e B, già interessate dall'originario progetto, restavano inutilizzate.

In ordine a tali mutamenti non era approvata alcuna variante di progetto.

La realizzazione della strada veniva completata nel 2008, oltre il termine previsto dal progetto.

Tizio chiedeva allora al Comune la restituzione dei beni in quanto da esso occupati *sine titulo* e, essendo mancato alcun provvedimento su tale domanda, adiva il locale Tribunale regionale, chiedendo che il Comune venisse condannato: a) al pagamento dell'indennità dovuta per il periodo di

occupazione legittima delle particelle A e B; b) al pagamento del risarcimento per l'occupazione illegittima delle stesse particelle A e B dopo la scadenza del periodo predetto e per quella delle particelle C e D; c) alla restituzione del bene o, in via gradata, ove essa fosse negata, al risarcimento del danno complessivo, compreso anche quello conseguente al fatto che alcune aree erano divenute inutilizzabili; d) alla retrocessione delle aree comprese nelle particelle A e B rimaste inutilizzate.

Rilevato poi che la strada era stata realizzata senza adeguata regimentazione del deflusso delle acque meteoriche, le quali poco dopo la conclusione dei lavori avevano allagato i terreni dell'istante, danneggiando gravemente altre aree limitrofe di sua proprietà, chiedeva anche il risarcimento di tali danni.

Si costituiva in giudizio il Comune, il quale eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine all'intera controversia, in quanto attinente a diritti soggettivi e, comunque, l'inammissibilità del ricorso perché privo dell'impugnazione di un provvedimento amministrativo e neppure proposto secondo il rito del silenzio.

qr Nelle more del giudizio il Comune disponeva l'acquisizione dell'area occupata ai sensi dell'allora vigente art. 43 del d.P.R. n. 327 cit..

Il relativo provvedimento veniva impugnato con atto di motivi aggiunti da Tizio, che ne sosteneva l'illegittimità in quanto emanato dal Sindaco anziché dal dirigente amministrativo competente; sosteneva comunque l'inadeguatezza della somma liquidata a titolo risarcitorio.

Successivamente poi all'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 cit. per eccesso di delega legislativa di cui alla sentenza della Corte costituzionale 8 ottobre 2010, n. 293, Tizio proponeva ulteriori motivi aggiunti, chiedendo l'annullamento del provvedimento per il venir meno del suo fondamento legislativo.

qr *qr* *qr*

Si costituiva il Comune sostenendo la competenza del Sindaco all'adozione del provvedimento e l'inammissibilità del secondo motivo aggiunto nell'assunto che la sentenza della Corte costituzionale non poteva spiegare effetti nella fattispecie, poiché il provvedimento di acquisizione del bene non era stato tempestivamente contestato quanto a profilo in ordine al quale avesse rilievo la dichiarazione di incostituzionalità.

Il Tribunale regionale, considerato che la vicenda conseguiva ad una originaria dichiarazione di pubblica utilità, riteneva la natura acquisitiva dell'occupazione ed affermava, pertanto, la propria giurisdizione sulla intera controversia; annullava il provvedimento ex art. 43 del d.P.R. n. 327, stante l'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità di tale disposizione; disponeva la retrocessione in proprietà al ricorrente delle aree non utilizzate; negava, in riferimento al principio di cui all'art. 2058, comma 2, cod. civ., la restituzione delle aree occupate, stante l'avvenuta realizzazione dell'opera pubblica; condannava il Comune al risarcimento dei danni per l'occupazione definitiva delle aree del ricorrente, per il diminuito valore dei fondi interclusi e per quelli conseguenti all'inadeguata regimentazione del deflusso delle acque meteoriche, nonché al pagamento dell'indennità per il periodo di occupazione legittima dei beni.

Appella il Comune, ribadendo le tesi difensive già fatte valere in primo grado e, in particolare, sostenendo:

- a) L'inammissibilità dell'originario ricorso perché proposto in assenza dell'impugnativa di uno specifico provvedimento;
- b) Il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alle censure inerenti l'occupazione degli immobili, in quanto avente natura usurpativa;
- c) Il difetto di giurisdizione riguardo al risarcimento richiesto in relazione alle porzioni particellari rimaste intercluse ed alla inadeguata regimentazione del deflusso delle acque meteoriche, nonché alla indennità dovuta per l'occupazione legittima dei beni;

Ar

h

u

~~Ar~~
Ar

- d) Il difetto di giurisdizione circa la domanda di retrocessione dei beni inutilizzati, in quanto attinente ad una situazione di diritto soggettivo del richiedente;
- e) L'erronea applicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 nella presente fattispecie, atteso che il provvedimento emanato da esso Comune ai sensi dell'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001 era intangibile ai suoi effetti stante l'assenza di un motivo di impugnazione che lo consentisse.

Tizio ha proposto ricorso incidentale avverso la parte della sentenza che ha negato la restituzione del bene, sostenendo che anche alla luce dei principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo l'illegittimità dell'occupazione di un bene da parte della pubblica amministrazione non può che portare alla restituzione dello stesso al suo proprietario.

Il candidato nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre, darà conto di queste ultime in altra parte dell'elaborato.



Handwritten signatures and initials in blue ink, including a large signature 'AA', a signature 'OP', a signature 'UH', and several scribbles.

**Concorso, per titoli ed esami, a cinque posti di Consigliere di Stato
(DPCS 14 aprile 2015-G.U. 4° Serie speciale del 21 aprile 2015).**

Tracce prove scritte (in grassetto prova estratta)

Diritto civile e commerciale, con riferimenti al diritto romano (23 maggio 2016)

- 1) **Assunzione di debito e vizi del rapporto sottostante.**
- 2) **Rinuncia e abbandono liberatorio nella servitù.**
- 3) **Stipulazione compromissoria e autotutela del creditore garantito.**

Diritto internazionale pubblico e privato e diritto dell'Unione europea (24 maggio 2016)

- 1) **Libera circolazione e protezione dei dati personali nell'ordinamento europeo e nei rapporti sia tra Stati membri sia con Stati terzi.**
- 2) **Criteri di collegamento in materia di giurisdizione, fori concorrenti e fori c.d. fraudolenti.**
- 3) **Ricorso unilaterale e autorizzazione all'uso della forza nel diritto internazionale pubblico e nei suoi riflessi con l'ordinamento costituzionale italiano.**

Diritto amministrativo (prova teorica) (25 maggio 2016)

- 1) **Obblighi di recupero ambientale e pianificazione urbanistica**
- 2) **Protocolli di legalità e procedimenti ad evidenza pubblica**
- 3) **Modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni in forma societaria tra autonomia privata e vincoli pubblicistici.**

Diritto amministrativo (prova pratica) (27 maggio 2016)

Traccia estratta: n. 3

Scienza delle finanze e diritto finanziario (28 maggio 2016)

- 1) **Accertamento tributario: nullità e prova di resistenza.**
- 2) **Crisi familiare e regime tributario dei trasferimenti immobiliari.**
- 3) **Potestà impositiva e situazioni soggettive del contribuente.**

TRACCIA N. 1

Il Consorzio per lo sviluppo industriale della Provincia di... indicava una procedura aperta per l'affidamento in appalto dei lavori di realizzazione della nuova sede consortile (bando pubblicato il 30 giugno 2013). All'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tra le tre presentate veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria l'impresa Alfa (verbale di gara n. 6 del 20 novembre 2013). Trascorso più di un mese senza che venisse dato ulteriore impulso al procedimento di gara, l'impresa Alfa intimava l'amministrazione ad emettere l'aggiudicazione definitiva ed a stipulare il contratto. In riscontro alla diffida, il Consorzio comunicava l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria per sopravvenuta carenza di interesse pubblico alla realizzazione della nuova sede. A sostegno di ciò rappresentava di avere sottoscritto in data successiva un protocollo d'intesa con alcuni istituti privati di ricerca e imprese per la realizzazione presso la nuova sede consortile di un polo tecnologico, nell'ambito del quale queste ultime avrebbero acquisito in locazione alcune parti della nuova sede, i cui canoni avrebbero contribuito a coprire l'onere di ammortamento del mutuo che si sarebbe dovuto accendere presso la Cassa depositi e prestiti; che tuttavia le controparti non avevano dato seguito a loro impegni; che in conseguenza di ciò la Regione decideva di ritirare il contributo finanziario inizialmente previsto, pari al 40% del costo dell'opera. Quindi, ricevute le controdeduzioni dell'impresa Alfa, con delibera del consiglio d'amministrazione del 30 aprile 2014, il Consorzio disponeva la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e della gara per le ragioni esposte nella comunicazione di avvio del procedimento, richiamando inoltre la clausola del bando di gara contenente l'espressa riserva a favore del Consorzio di non procedere all'aggiudicazione definitiva in mancanza delle risorse necessarie, ed ulteriormente rappresentando all'impresa aggiudicataria provvisoria la propria situazione di difficoltà finanziaria.

Con ricorso notificato al Consorzio il 9 giugno 2014 e depositato il successivo 20 giugno al TAR l'impresa Alfa chiedeva l'annullamento della delibera di revoca e dei presupposti atti del sub-procedimento, deducendo:

- la violazione degli artt. 7 e 10 l. n. 241 del 1990 e la lesione delle garanzie partecipative procedurali, perché il provvedimento di revoca si era fondato su ragioni ulteriori rispetto a quelle indicate nella comunicazione di avvio;
- l'intervenuta decadenza del potere di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, poiché disposta quando il termine di 30 giorni dell'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 era già spirato, ed inoltre per carenza dei presupposti ex art. 21-*quinqies* l. n. 241 del 1990, atteso che la volontà degli istituti di ricerca e delle imprese di non ottemperare agli obblighi di cui al protocollo di intesa era già nota al momento dell'indizione della gara, essendo le relative comunicazioni pervenute al Consorzio

1

tra il marzo ed il maggio del 2013, ed inoltre perché quest'ultimo non avrebbe praticato la possibilità di ricorrere al finanziamento bancario;

- la nullità della clausola del bando di gara contenente la riserva di non procedere all'aggiudicazione, in quanto qualificabile come condizione meramente potestativa, contraria all'art. 1355 cod. civ., ed inoltre perché avente l'effetto di esonerare l'amministrazione dalle sue responsabilità, con conseguente contrasto con l'art. 1229 cod. civ.

La ricorrente formulava inoltre domanda di condanna del Consorzio al rilascio del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., che assumeva essere dovuta una volta decorso il termine di 30 giorni dall'approvazione tacita dell'aggiudicazione provvisoria, ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, e per la conclusione del contratto d'appalto.

In via subordinata, l'impresa Alfa domandava:

- la condanna del Consorzio:

a) al risarcimento dei danni per il mancato utile conseguibile dall'esecuzione dell'appalto, quantificabile nella misura del 10% di quello risultante dalla propria offerta in sede di gara, oltre al danno curriculare e di immagine;

b) al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale per lesione dell'affidamento ex art. 1337 cod. civ. sul buon esito della procedura di gara, in relazione al quale chiedeva il ristoro delle spese di partecipazione, la perdita di occasioni contrattuali alternative e, nuovamente, il danno curriculare e di immagine;

c) al ristoro, a titolo di indennizzo ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990. del pregiudizio sopportato.

Costituendosi in giudizio, il Consorzio chiedeva il rigetto di tutte le domande, eccependo in via pregiudiziale l'inammissibilità del motivo di impugnazione rivolto contro il bando, perché non proposto nel termine decadenziale decorrente dalla sua pubblicazione. Inoltre, con ricorso incidentale inviato per la notifica il 10 luglio, il Consorzio proponeva domanda di garanzia nei confronti della Regione, a causa della decisione di questa di ritirare il finanziamento destinato a coprire parte dei costi dell'opera, rappresentando a tale riguardo di avere agito davanti al giudice civile contro gli istituti di ricerca privati e le imprese firmatarie del protocollo di intesa.

Sei giorni prima dell'udienza pubblica di discussione davanti al TAR si costituiva la Regione la quale eccepiva l'inammissibilità della domanda di garanzia per difetto di giurisdizione amministrativa e dei presupposti ex art. 42 cod. proc. amm.

All'udienza di discussione il Consorzio eccepiva l'inammissibilità della costituzione della Regione ed in subordine chiedeva un termine per svolgere difese ulteriori a quelle esposte oralmente. Il TAR respingeva quest'ultima richiesta e tratteneva in decisione la causa.

Quindi, con sentenza pubblicata il 30 settembre 2015:



- a) respingeva la domanda di annullamento della revoca, ritenendo che sussistessero tutti i presupposti ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990;
- b) dichiarava conseguentemente assorbita l'eccezione di inammissibilità parziale del ricorso, limitatamente alla riserva di non procedere all'aggiudicazione definitiva prevista nel bando, sollevata dal Consorzio;
- c) in via di ulteriore conseguenza respingeva la domanda ex art. 34, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. e di risarcimento dei danni corrispondenti al mancato utile derivante dal contratto;
- d) riteneva invece lesa l'affidamento dell'impresa Alfa, riconoscendole, sulla base delle prove fornite dalla ricorrente, l'indennizzo ex art. 21-*quinquies*, dopo avere riqualficato il provvedimento impugnato come revoca dell'intera procedura e non della sola aggiudicazione provvisoria;
- e) quantificava l'indennizzo in € 15.000,00, di cui € 10.000,00 per le spese di partecipazione alla gara, pari all'importo delle fatture prodotte nel rispetto del termine previsto dall'art. 73 cod. proc. amm., ed un ulteriore importo di € 5.000,00 a titolo di danno curriculare, equitativamente liquidato;
- f) dichiarava la giurisdizione amministrativa sulla domanda di garanzia, per la natura provvedimento della determinazione di ritiro del finanziamento e per la connessione di rapporti dedotti in giudizio, e condannava la Regione a tenere indenne il Consorzio nei limiti del 40% di quanto pagato in esecuzione della condanna, stante il rilievo causale del ritiro del finanziamento rispetto alla revoca impugnata dall'impresa Alfa.

Con appello al Consiglio di Stato, notificato il 10 dicembre 2015 sia alla Regione che all'Impresa Alfa, il Consorzio impugnava la sentenza formulando le seguenti censure:

- 1) violazione del diritto di difesa e del contraddittorio, a causa dell'impossibilità di difendersi compiutamente sulla costituzione della Regione, con conseguente necessità di pronunciare l'annullamento della sentenza, con rinvio al TAR ex art. 105, comma 1, cod. proc. amm.;
- 2) erroneità della condanna al pagamento dell'indennizzo per violazione dell'art. 73 cod. proc. amm., perché la qualificazione del provvedimento impugnato come revoca della gara costituiva questione non trattata e non sottoposta al contraddittorio delle parti;
- 3) erroneo assorbimento dell'eccezione di inammissibilità parziale del ricorso principale, stante il rilievo della clausola del bando ai fini delle domande risarcitorie azionate dall'impresa Alfa;
- 4) violazione e falsa applicazione dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990, perché la revoca, anche laddove disposta nei confronti dell'intera gara, non fonda nel caso di specie alcun diritto all'indennizzo, per insussistenza di un affidamento tutelabile ex art. 1337 cod. civ. in capo alla concorrente che abbia conseguito la sola aggiudicazione provvisoria;



5) erroneità di questa statuizione anche per violazione dell'art. 1338 cod. civ., stante l'esclusione in radice di qualsiasi affidamento nell'aggiudicazione definitiva, in ragione della riserva di non procedere all'aggiudicazione prevista nel bando di gara, e della conoscibilità da parte dei concorrenti della possibilità dell'esistenza di vizi genetici del contratto;

6) erroneità della condanna al pagamento dell'indennizzo per assenza di prova e deduzione da parte dell'impresa Alfa dei pregiudizi ristorabili, non potendosi utilizzare a questo scopo le fatture di spesa per la partecipazione alla gara, in quanto prodotte dalla ricorrente oltre il termine per il deposito del ricorso;

7) erroneità della liquidazione equitativa del danno curriculare ed all'immagine.

Con appello incidentale inviato per la notifica il 5 gennaio 2016 l'impresa Alfa, dopo avere eccepito la novità delle censure di violazione dell'art. 1338 cod. civ. e dell'assenza di prova in ordine ai pregiudizi indennizzabili, impugnava la sentenza di primo grado, deducendo le seguenti censure:

I) omessa pronuncia sulla censura di violazione dell'art. 12 d.lgs. n. 163 del 2006, e per non avere conseguentemente accolto la domanda di adempimento dell'obbligo di emettere tale provvedimento ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. d), cod. proc. amm.;

II) in subordine, erroneità per non avere accolto la propria domanda di annullamento della revoca con riguardo a tutti gli altri motivi di impugnazione formulati in primo grado, evidenziando a questo riguardo, ed a confutazione dell'appello principale, che nella motivazione del provvedimento la sopravvenuta carenza di ragioni di interesse pubblico è espressamente riferita all'iniziale decisione di indire la gara e che, in ogni caso, spetta al giudice di qualificare la natura del provvedimento;

III) sempre in ordine all'annullamento della revoca, per falsa applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria del 27 aprile 2015, n. 5, secondo cui le censure di ordine procedimentale devono necessariamente essere esaminate con priorità;

IV) quindi, omessa pronuncia ex art. 112 cod. proc. civ. sulla domanda di condanna al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, che avrebbe dovuto comprendere anche le occasioni contrattuali alternative, come evincibili da bandi di gara coevi a quello oggetto di giudizio, per servizi analoghi, allegati all'appello incidentale, ed in ogni caso in base all'*id quod plerumque accidit*;

V) con riguardo alla medesima domanda, falsa applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria nella medesima sentenza n. 5 del 2015, tenuto conto che la domanda risarcitoria è necessariamente pregiudiziale rispetto a quella per il riconoscimento dell'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies*, perché comprensiva del lucro cessante consistente nella perdita di occasioni contrattuali favorevoli;

VI) in subordine rispetto alla condanna risarcitoria, erroneo mancato riconoscimento in sede di indennizzo ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990 della perdita di occasioni contrattuali alternative;



VII) omessa pronuncia di condanna solidale ex art. 2055 cod. civ. anche a carico della Regione e contraddittorietà rispetto alla natura provvedimento della sua condotta concausale rispetto ai pregiudizi subiti, riconosciuta dallo stesso TAR.

Con appello incidentale inviato per la notifica il 9 gennaio 2016 al solo Consorzio la Regione chiedeva l'accoglimento dell'appello principale del Consorzio, limitatamente alla condanna al pagamento dell'indennizzo, ed il rigetto dell'appello incidentale dell'impresa Alfa.

Inoltre,

a) censurava la dichiarazione affermativa della giurisdizione amministrativa sulla domanda di garanzia ed il suo accoglimento, eccependo che i rapporti tra Regione e Consorzio attengono ad obbligazioni patrimoniali di natura paritetica, conoscibili dal giudice ordinario;

b) eccepiva l'irricevibilità del ricorso incidentale di primo grado, perché notificato dal Consorzio oltre il termine di 30 giorni dalla notifica del ricorso principale, applicabile ex art. 120, comma 5, cod. proc. amm.;

c) reiterava l'eccezione di inammissibilità del medesimo ricorso per difetto dei presupposti di cui all'art. 42 cod. proc. amm.

Nelle memorie conclusionali le parti appellanti eccepivano e deducevano:

a) il Consorzio:

- l'irricevibilità dell'appello incidentale della Regione, perché notificato oltre il termine di 3 mesi dal deposito della sentenza di primo grado;

- l'inammissibilità del medesimo appello incidentale, perché non notificato all'impresa Alfa, interessata a contraddirvi, per i riflessi in ordine all'*an* ed al *quantum* della responsabilità del Consorzio;

- l'infondatezza della domanda di annullamento dell'impresa Alfa, per l'assorbente ragione che la rivalutazione dell'interesse pubblico, che legittima la revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990, può conseguire anche ad una rinnovata valutazione dell'originario interesse pubblico;

b) l'impresa Alfa:

- a sostegno della domanda di annullamento della revoca e delle consequenziali domande risarcitorie, che il contributo finanziario regionale non è determinante per la stipula del contratto, poiché esso è destinato a fornire la copertura del solo 40% del costo dell'opera, e che la mancanza degli apporti privati attesi in base al protocollo d'intesa era nota prima dell'aggiudicazione provvisoria, mentre la clausola di riserva contenuta nel bando è nulla non solo ai sensi degli artt. 1355 e 1229 cod. civ., ma anche in base all'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, con conseguente rilevabilità d'ufficio del vizio;

- che, in ogni caso, essendo riproduttiva dell'art. 81, comma 3, del medesimo codice, si tratterebbe di clausola non lesiva;

- che ai fini della responsabilità precontrattuale in materia di appalti pubblici non rileva la colpa;



- che le produzioni documentali in appello sono ammissibili, trattandosi di prove precostituite e che in caso contrario spetta al potere officioso del giudice quello di disporre una consulenza tecnica d'ufficio, nel caso di specie richiesta sin dal ricorso di primo grado;

c) la Regione:

- la tempestività del proprio mezzo proposto entro il termine di 30 giorni dalla notifica dell'appello principale, ex art. 96, comma 3, cod. proc. amm;

- in subordine, la scusabilità dell'errore ex art. 37 cod. proc. amm., in ragione dei dubbi sull'applicabilità del dimezzamento dei termini previsto dall'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. rispetto ad un giudizio di impugnazione di provvedimenti espressivi del generale potere di autotutela amministrativa, sia pure riferiti ad una procedura di affidamento di un appalto pubblico;

- in ogni caso, la possibilità per il giudice amministrativo d'appello di rivalutare anche in via officiosa la questione di giurisdizione, a fronte dell'appello principale del Consorzio, tendente ad infirmare l'an della condanna, e, sotto questo profilo, l'impossibilità di derogare alla giurisdizione ordinaria per ragioni di connessione.

All'esito della discussione all'udienza pubblica la causa era trattenuta in decisione.

* * * *

Il candidato rediga la sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.



TRACCIA N. 2

In seguito all'approvazione da parte di Anas s.p.a. di un progetto relativo all'ampliamento dell'asse autostradale, recante la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, per la cui realizzazione era delegata la concessionaria società Autostrade Alfa s.p.a., il Prefetto notificava al sig. Tizio, proprietario di un terreno immobiliare parzialmente interessato da questa nel Comune, il decreto di occupazione di urgenza del giugno 2003, di durata biennale.

Al momento dell'immissione della concessionaria nel possesso dell'area Tizio sottoscriveva con la società concessionaria un verbale di accordo amichevole nel 2004, finalizzato alla cessione volontaria dell'area e alla corresponsione dell'indennità di espropriazione.

Entro il termine ultimo previsto per il giugno 2007, derivante dalla proroga del biennio inizialmente previsto nel provvedimento di occupazione di pari durata, il decreto di espropriazione non veniva emanato, né veniva corrisposta al sig. Tizio l'indennità.

Quest'ultimo adiva quindi il TAR, con ricorso notificato nel 2011 nei confronti dell'Anas e della concessionaria autostradale, con il quale domandava l'accertamento dell'illegittimità della procedura espropriativa, l'annullamento del decreto di occupazione d'urgenza, la restituzione dell'area occupata, previa riduzione in pristino, o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente. In ogni caso chiedeva il ristoro pari al deprezzamento permanente del valore del terreno ed il danno da occupazione.

Con sentenza pubblicata nel 2014 il TAR adito:

- respingeva l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalle amministrazioni intimare per la contemporanea pendenza presso la Corte d'appello di un ricorso del medesimo sig. Tizio di opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione;
- accoglieva la domanda di annullamento degli atti impugnati, escludendo che l'effetto traslativo dell'area si fosse verificato con la conclusione del verbale di accordo del 2004, e che la mancata stipula dell'atto di cessione o l'emissione del decreto di esproprio fosse imputabile al ricorrente, benché questi avesse taciuto che sul terreno era pendente una procedura esecutiva in sede civile;
- accertava quindi l'esclusiva responsabilità della concessionaria autostradale per l'illegittimo protrarsi della procedura espropriativa oltre il termine previsto dall'art. 22-bis, comma 6 d.p.r. n. 327 del 2001, e pertanto condannava quest'ultima a restituire al ricorrente l'area occupata o, in alternativa, ad acquisire la stessa mediante il provvedimento ex art. 42-bis del medesimo d.p.r.;

The bottom of the page features several handwritten signatures and initials in black ink. From left to right, there is a small signature, a larger signature, another signature, a set of initials, and two more signatures, one of which includes a small number '1' below it.

- per il caso di mancata restituzione, condannava la stessa concessionaria a risarcire il ricorrente dei danni subiti;
- a questo riguardo, ordinava alla società, ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., di corrispondere l'indennizzo dovuto per la parte di occupazione legittima, e di risarcire i danni conseguenti alla sopravvenuta illegittimità dell'occupazione, avendo come riferimento il valore dell'area individuato nell'accordo amichevole del 2004.

Con appello proposto al Consiglio di Stato notificato al solo sig. Tizio la società Autostrade Alfa chiedeva l'annullamento e/o la riforma della sentenza di primo grado, sulla base dei seguenti motivi:

- erroneo rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per la contemporanea pendenza del giudizio di opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione davanti alla Corte d'appello, proposto prima del presente giudizio;
- violazione degli artt. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, 12 l. 22 ottobre 1971, n. 865 e 26 l. 25 giugno 1865, n. 2359, ed erroneo accoglimento dell'azione di annullamento del provvedimento di occupazione d'urgenza, per non essersi il giudice di primo grado avveduto che l'accordo amichevole del 2004 era qualificabile come accordo procedimentale di cessione volontaria, comportante il definitivo trasferimento del terreno all'autorità espropriante;
- al medesimo riguardo, violazione e falsa applicazione dell'art. 1967 cod. civ., trattandosi di accordo scritto qualificabile come transazione, con effetti traslativi dei beni costituenti il relativo oggetto;
- errata applicazione degli artt. 22-*bis* e 13 d.p.r. n. 327 del 2001, per la mancata considerazione della proroga biennale del termine per l'espropriazione disposta dall'Anas prima della scadenza del quinquennio previsto per legge, in virtù della quale i termini di quest'ultima erano stati prorogati a tutto il 2011, anno in cui Tizio aveva proposto il ricorso giurisdizionale;
- erroneo accoglimento della medesima azione anche in ragione del fattore ostativo alla conclusione del procedimento espropriativo consistente nella contemporanea pendenza dell'esecuzione civile sul terreno del ricorrente;
- contraddittorietà della motivazione, nella parte in cui, pur avendo escluso che si fosse perfezionata la cessione dell'area in virtù dell'accordo amichevole del 2004, nondimeno, il TAR aveva utilizzato il valore dell'area in esso previsto come criterio per l'esercizio del potere di acquisizione sanante ex art. 42-*bis* del testo unico di cui al d.p.r. n. 327 del 2001 e per la condanna risarcitoria ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm.;
- violazione e falsa applicazione dell'art. 2933 cod. civ. con riguardo alla condanna restitutoria del terreno, malgrado la rilevanza strategica nazionale dell'opera autostradale.

Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large signature on the left, several smaller initials in the center, and a signature with the number '2' on the right.

Oltre a chiedere il rigetto dell'appello principale, con appello incidentale notificato alla società concessionaria autostradale ed all'Anas il sig. Tizio domandava l'annullamento e/o riforma della pronuncia di primo grado in relazione alla condanna al risarcimento del danno:

- per contraddittorietà, violazione dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm. ed errata interpretazione dell'accordo amichevole del 2004, dal quale, stante il suo carattere meramente prodromico rispetto alla futura stipula della cessione bonaria, non poteva essere ricavato il valore dell'area ivi previsto quale criterio della condanna risarcitoria, dovendo invece questo essere determinato in base all'effettivo valore venale del bene;

- per infrapetizione, a causa della mancata condanna solidale dell'Anas, quale autorità pubblica concedente l'opera da realizzare mediante la procedura ablativa impugnata, chiedendo che per questo capo di sentenza fosse pronunciato annullamento con rinvio al TAR ex art. 105, comma 1, cod. proc. amm., previa separazione del giudizio;

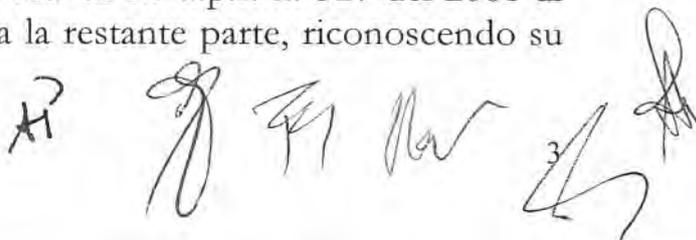
- in caso di mancata restituzione del terreno, per mancato riconoscimento del danno da deprezzamento dell'area, da liquidare sulla base del suo effettivo valore di mercato.

Il sig. Tizio eccepiva inoltre l'inammissibilità dell'appello della società concessionaria Alfa, perché non notificato ad Anas.

Costituendosi in giudizio l'Anas chiedeva che fosse dichiarato il proprio difetto di legittimazione passiva rispetto alla domanda risarcitoria riproposta dal sig. Tizio, in ragione del riordino delle funzioni attuato con l'art. 25 comma 4, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 (convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98) e che tale domanda fosse conseguentemente dichiarata inammissibile. Nel merito, evidenziava di non avere preso parte alle trattative poi sfociate nell'accordo amichevole del 2004, ed inoltre che il ricorrente non aveva mai prospettato alcuna ingerenza nel procedimento espropriativo, il quale era stato invece condotto interamente dalla concessionaria autostradale.

In replica alle deduzioni difensive dell'Anas, il sig. Tizio rilevava che la norma del d.l. n. 69 del 2013 richiamata dalla prima conteneva un'ipotesi di successione a titolo particolare nel processo ex art. 111 cod. proc. civ., ed i relativi presupposti erano comunque inapplicabili al presente giudizio. In ogni caso, l'originario ricorrente chiedeva di potere integrare il contraddittorio nei confronti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Nel merito, osservava che controparte non aveva provato che la procedura espropriativa in contestazione era stata effettuata secondo lo schema della concessione traslativa.

Nelle more del giudizio d'appello la concessionaria Anas emanava il provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42-bis d.p.r. n. 327 del 2001 di parte del terreno del sig. Tizio, e restituiva la restante parte, riconoscendo su

A series of handwritten signatures and initials in black ink, located at the bottom right of the page. From left to right, there is a small mark resembling 'A', followed by a large, stylized signature, then another signature, a signature that looks like 'Mar', a signature with the number '3' below it, and finally a large, bold signature.

quella definitivamente ablata un'indennità corrispondente al valore stimato nell'accordo amichevole del 2004 e liquidando in base ad essa anche l'indennità di occupazione temporanea (provvedimento del novembre 2015).

Con ricorso per l'ottemperanza proposto davanti al medesimo TAR il sig. Tizio chiedeva che fosse dichiarata l'inefficacia ex art. 114, comma 4, lett. c), cod. proc. amm. dell'atto di acquisizione per il frazionamento dell'area così arbitrariamente disposto dall'amministrazione, in violazione della sentenza di condanna, avente invece ad oggetto l'intero bene. Nel ricorso il sig. Tizio chiedeva che il provvedimento di acquisizione fosse annullato:

- per violazione dell'art. 42-*bis* d.p.r. n. 327 del 2001, a causa della mancata applicazione del criterio del valore venale nella quantificazione dell'indennizzo;

- per mancata liquidazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ., da ritenersi spettante *in re ipsa* in ragione del turbamento psichico derivante dall'illegittima apprensione ed infine acquisizione di beni di proprietà privata.

In accoglimento dell'eccezione delle amministrazioni resistenti, con sentenza semplificata ex art. 60 cod. proc. amm. resa alla camera di consiglio del 30 dicembre 2015, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare formulata dal sig. Tizio, il TAR respingeva il ricorso, ritenendo che l'operato dell'amministrazione fosse conforme alla propria pronuncia di cognizione.

Il sig. Tizio proponeva quindi appello contro questa pronuncia, contenente tutte le domande già svolte e le critiche alla decisione di primo grado.

Nel costituirsi in resistenza, Anas e Autostrade Alfa, eccepivano ex art. 9 cod. proc. amm. il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a favore del giudice ordinario. A questo riguardo, le parti resistenti richiamavano il recente orientamento delle Sezioni unite della Cassazione sulla natura di indennizzo da atto lecito delle somme dovute dall'autorità che emette l'acquisizione sanante ex art. 42-*bis* d.p.r. n. 327 del 2001.

In replica a quest'eccezione, il sig. Tizio deduceva che doveva essere ritenuta la giurisdizione amministrativa sul ricorso in ottemperanza da egli proposto perché:

- l'eccezione di difetto di giurisdizione era stata sollevata per la prima volta in appello;

- la competenza funzionale del giudice amministrativo quale giudice per l'ottemperanza rendeva inapplicabile il principio affermato dalla Cassazione, in quanto relativo ai giudizi di cognizione;

- in ogni caso, la giurisdizione ordinaria sarebbe stata derogata nel caso di specie per ragioni di connessione con la controversia in appello concernente la legittimità dell'espropriazione promossa in via principale dalla società concessionaria.

 4

I due giudizi d'appello erano assegnati alla stessa Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato e fissati nella stessa data, il primo all'udienza pubblica ed il secondo alla camera di consiglio stabilita per la trattazione dell'istanza cautelare proposta dal sig. Tizio.

Chiamato il secondo appello alla camera di consiglio, le parti acconsentivano alla trattazione unitaria dei due ricorsi all'udienza pubblica per la loro decisione nel merito.

All'esito dell'udienza, entrambi gli appelli erano trattenuti in decisione.

* * * * *

Il candidato rediga un'unica sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.



Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large signature on the left, a signature in the center, and a signature on the right with a small '5' below it.

TRACCIA N. 3

Il consiglio comunale di X deliberava di costituire una società mista, denominata "X Servizi s.p.a.", nella quale si riservava la partecipazione maggioritaria, per lo svolgimento di alcune attività e servizi di interesse generale, connessi alla gestione di aree appartenenti al proprio demanio e patrimonio, tra cui lo svolgimento del servizio di gestione della sosta su aree pubbliche e la realizzazione e gestione di parcheggi multipiano interrati.

Selezionato il socio privato con procedura ad evidenza pubblica e stipulata una prima convenzione per l'affidamento del servizio di gestione delle aree pubbliche di sosta, con successiva convenzione il Comune affidava alla società la realizzazione in finanza di progetto di un parcheggio multipiano parzialmente interrato su una piazza pubblica e la successiva gestione dello stesso per una durata trentennale, previa costituzione in favore della società concessionaria del diritto di superficie di pari durata sull'area su cui avrebbe dovuto essere realizzato il manufatto. Entrambe le convenzioni erano precedute dalla rispettiva prodromica delibera consiliare del Comune di approvazione. La concessione del parcheggio multipiano era redatta in forma pubblica notarile.

Dopo alcuni anni la società veniva dichiarata fallita dal competente Tribunale. Su questo presupposto il Comune dichiarava con apposito provvedimento la medesima società decaduta dalla concessione del servizio pubblico di gestione delle aree di sosta nonché per la realizzazione e gestione di strutture di parcheggio.

Con ricorso proposto al TAR la curatela del fallimento impugnava la determinazione di decadenza.

Con motivi aggiunti il fallimento impugnava anche i successivi provvedimenti con cui il Comune -previo accertamento della caducazione automatica di tutti gli accordi negoziali che accedevano alla concessione, tra i quali il contratto di cessione del diritto di superficie- aveva ordinato alla curatela lo sgombero del parcheggio multipiano e ne aveva disposto l'acquisizione al proprio patrimonio indisponibile ex art. 826 cod. civ., ai fini della prosecuzione del servizio di gestione del parcheggio multipiano.

Con successivi motivi aggiunti era impugnato in via consequenziale il bando con cui il Comune aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di gestione delle aree pubbliche di sosta e del parcheggio multipiano, per ciascuno dei quali aveva suddiviso la gara in due lotti funzionali. Nelle more della procedura, con separato provvedimento adottato all'esito di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, il medesimo Comune aveva affidato in via provvisoria la gestione unitaria dei medesimi servizi alla società Alfa.

Il TAR adito respingeva il ricorso del fallimento della X Servizi s.p.a., ritenendo che la decadenza fosse legittimamente fondata sullo stato di insolvenza giudizialmente dichiarato nei suoi confronti e sulla conseguente impossibilità di

AR L P M G 1 A

questa di proseguire, ai sensi dell'art. 7 del codice della strada (d.lgs. n. 285 del 1992), la gestione dei servizi pubblici ad essa affidati dal Comune.

La curatela del fallimento della società X Servizi s.p.a. ha quindi proposto appello al Consiglio di Stato, contenente i seguenti motivi, già formulati in primo grado, e cioè:

1) difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sull'intera controversia, per essere la stessa devoluta alla giurisdizione ordinaria, in quanto avente ad oggetto un provvedimento di decadenza da rapporti concessori di servizi pubblici sottratti alla giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., non espressivo di valutazioni discrezionali, ma ricognitivo dell'inadempimento agli obblighi del concessionario, in seguito alla dichiarazione di insolvenza pronunciata nei suoi confronti;

2) omessa pronuncia sul motivo di incompetenza del dirigente a pronunciare la decadenza, per essere la stessa devoluta al consiglio comunale, o in subordine alla giunta;

3) erroneità della statuizione di rigetto dei motivi di impugnazione della determinazione di decadenza dal servizio, evidenziando che quanto meno la realizzazione e gestione trentennale del parcheggio multipiano in finanza di progetto è qualificabile come concessione di lavori pubblici ex art. 3, comma 11, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, perché l'elemento di maggiore rilevanza economica nel contratto è rappresentato dalla realizzazione del parcheggio, mentre la gestione dello stesso è strumentale al reperimento di risorse necessarie ad assicurare l'equilibrio economico-finanziario del contratto, secondo lo schema tipico del *project financing*;

4) erroneità della statuizione di rigetto dei motivi aggiunti, sul rilievo che le censure contro i provvedimenti con essi impugnati non sono state proposte solo in via derivata rispetto all'annullamento del provvedimento di decadenza, ma anche in via autonoma, e cioè:

4.1) per carenza assoluta di potere e violazione del presupposti per l'esercizio del potere di autotutela demaniale ex art. 823 cod. civ., poiché, attraverso l'ordine di sgombero e l'acquisizione del parcheggio al patrimonio indisponibile, il Comune si è avvalso delle prerogative di pubblica autorità nei confronti di un bene privato, consistente nel parcheggio multipiano edificato su un'area sulla quale è stato costituito in favore della società mista un diritto di superficie;

4.2) per violazione della *par condicio creditorum* ex artt. 2740 e 2741 cod. civ., perché il Comune, insinuatosi nel passivo del fallimento della società per tributi locali non pagati dalla società, ha esercitato le medesime prerogative pubblicistiche in spregio ai diritti della massa passiva.

L'amministrazione appellata si è costituita in giudizio con memoria contenente le seguenti eccezioni:

I) inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione, perché proposta con abuso del processo, da parte della medesima ricorrente in primo grado;

AR G [signature] per [signature] 2 [signature]

- II) improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado, per non essere stati impugnati con essi tutti gli atti della procedura aperta indetta per il nuovo affidamento dei servizi, ed in particolare l'aggiudicazione provvisoria del lotto relativo al parcheggio multipiano, disposta in favore della medesima società Alfa, con provvedimento antecedente all'udienza di discussione davanti al TAR, e depositato in giudizio nel termine previsto dall'art. 73 cod. proc. amm.;
- III) inammissibilità dell'appello, perché non contenente censure specifiche al provvedimento di decadenza nella parte relativa al servizio pubblico di gestione della sosta sulle aree pubbliche;
- IV) infondatezza del motivo di incompetenza, in quanto la gestione del rapporto rientra nella competenza generale della dirigenza poiché l'art. 42, comma 2, lett. e), t.u.e.l. devolve alla competenza del consiglio comunale, da ritenersi tassativa, la decisione di affidare servizi pubblici in concessione;
- V) infondatezza delle altre censure relative alla determinazione di decadenza, perché anche la realizzazione e gestione del parcheggio multipiano è qualificabile come gestione di pubblico servizio, il quale nell'interesse dell'utenza non tollera alcuna interruzione, ed inoltre in ragione della natura altrettanto pubblica della società mista;
- VI) inammissibilità delle censure di carenza assoluta di potere e di violazione degli artt. 823, 2740 e 2741 cod. civ., poiché tendenti a sollecitare la cognizione del giudice amministrativo su questioni civilistiche, rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario;
- VII) infondatezza in ogni caso di queste censure, perché il diritto di superficie sull'area costituito a favore della società all'epoca dell'affidamento è stato caducato con la determinazione di decadenza dalla concessione del servizio, essendosi in questo modo verificata la fattispecie estintiva prevista dall'art. 954, comma 1, cod. civ.; quindi, questo presupposto è stato oggetto di successiva ricognizione nei provvedimenti di sgombero e acquisizione del parcheggio.

Con atto di intervento *ad opponendum* la società Alfa chiedeva che l'appello fosse dichiarato inammissibile, per effetto dell'inammissibilità dei secondi motivi aggiunti proposti in primo grado dalla curatela del fallimento, in quanto ad essa non notificati, e per queste ragioni fosse inoltre dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo e del primo atto di motivi aggiunti davanti al TAR, per effetto del consolidamento degli atti di gara per l'affidamento del nuovo servizio di gestione del parcheggio multipiano.

Interveniva invece *ad adiuvandum* rispetto all'appello del fallimento la società Beta, socio privato della X Servizi s.p.a. fino alla dichiarazione di insolvenza di quest'ultima.

Nella propria memoria conclusionale il fallimento della X Servizi s.p.a. chiedeva:

- il rigetto della questione di inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione da essa proposta, a causa dei ragionevoli dubbi sul riparto di giurisdizione nella presente controversia;



- in caso di rigetto dell'eccezione, l'esame dei motivi di ordine sostanziale nei confronti della determinazione di decadenza, in luogo del motivo di incompetenza relativa, che altrimenti doveva ritenersi rinunciato;
- il rigetto anche dell'eccezione di inammissibilità dell'appello per mancanza di censure specifiche contro il provvedimento di decadenza nella parte relativa alla concessione della gestione di aree pubbliche di sosta, stante l'autonomia di questa determinazione amministrativa rispetto a quella concernente la gestione del parcheggio multipiano;
- la sospensione del giudizio affinché potesse essere proposta domanda di accertamento della proprietà del parcheggio davanti al giudice civile;
- in caso contrario, il rigetto ai sensi dell'art. 8 cod. proc. amm. dell'eccezione del Comune di inammissibilità, per difetto di giurisdizione amministrativa, delle censure svolte nei confronti dei provvedimenti di sgombero ed acquisizione dell'immobile al patrimonio indisponibile del medesimo Comune;
- in subordine, il rigetto della medesima eccezione perché proposta con memoria non notificata;
- in ogni caso l'accoglimento della censura di carenza di potere del Comune a pronunciare la decadenza del diritto di superficie, anche in caso di rigetto delle altre censure contro il medesimo provvedimento, poiché costituito in occasione dell'affidamento della concessione per la sua realizzazione con atto stipulato nelle forme di legge, e/o perché tale vizio integrava l'ipotesi di nullità per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21-septies l. n. 241 del 1990, rilevabile d'ufficio;
- la dichiarazione di inammissibilità dell'intervento *ad opponendum*, perché non proposto dalla società Alfa davanti al TAR, e, in caso contrario, per difetto di qualità di controinteressata da parte di quest'ultima, perché dichiarata aggiudicataria provvisoria nelle more del giudizio di primo grado.

Nella propria memoria conclusionale il Comune chiedeva:

- la dichiarazione di improcedibilità dell'appello, in conseguenza dell'intervenuta aggiudicazione definitiva alla società Alfa del lotto relativo al parcheggio multipiano nelle more del giudizio di secondo grado;
- in subordine, la dichiarazione di improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado, per mancata impugnazione dell'affidamento provvisorio senza gara alla medesima società Alfa della gestione del parcheggio multipiano;
- la dichiarazione di inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum*, perché effettuato in violazione e/o elusione del termine previsto dall'art. 28, comma 2, cod. proc. amm., da parte di un soggetto titolare di una legittimazione primaria ad impugnare gli atti oggetto di giudizio.

Nelle rispettive repliche le parti deducevano:

1) il fallimento della X Servizi s.p.a. :

- la tardività delle eccezioni sollevate dal Comune in memoria conclusionale, da ritenere idonea solo a illustrare domande ed eccezioni già ritualmente formulate nel corso del giudizio;



2) l'infondatezza in ogni caso di tali eccezioni, rappresentando:

2.a) di avere impugnato in separato giudizio davanti al TAR l'aggiudicazione definitiva sopravvenuta, chiedendo contestualmente di produrre in questo giudizio il ricorso;

2.b) che l'affidamento del servizio provvisorio, mai prodotto in giudizio prima dell'intervento della società Alfa in appello, non aveva determinato alcun consolidamento degli effetti degli atti ritualmente impugnati;

3) l'interveniente società Alfa replicava all'eccezione di inammissibilità del proprio atto, sollevata dal fallimento appellante, evidenziando che il codice del processo amministrativo non pone preclusioni al riguardo, nemmeno nel giudizio d'appello, e che l'aggiudicazione provvisoria fondava una posizione di vantaggio che onera colui che ha impugnato il bando di gara ad estendere la propria impugnazione a tale atto, come nel caso di specie evincibile *a posteriori* dalla successiva aggiudicazione definitiva.

All'udienza di discussione il fallimento della X Servizi s.p.a. insisteva nella richiesta di produzione del ricorso davanti al TAR contro l'aggiudicazione definitiva a favore della società Alfa del servizio di gestione del parcheggio. L'appellante evidenziava anche che il nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, entrato in vigore nelle more del giudizio d'appello, ha fornito una definizione di concessione di lavori pubblici nella quale rientra l'affidamento della costruzione e gestione del parcheggio multipiano (art. 3, comma 1, lett. uu). Chiedeva infine di produrre l'autorizzazione del giudice delegato a proporre appello, non allegata a quest'ultimo.

Le altre parti si opponevano alle produzioni documentali perché tardive, sostenendo al riguardo che, con riferimento al separato ricorso, il fallimento avrebbe dovuto provvedervi nella prima difesa successiva all'eccezione e dunque in memoria di replica e che l'autorizzazione del giudice delegato a proporre appello avrebbe invece dovuto essere prodotta in allegato a quest'ultimo. Eccepivano inoltre l'intervenuta decadenza del medesimo fallimento appellante dalla facoltà di impugnare l'aggiudicazione definitiva sopravvenuta, sostenendo che lo stesso avrebbe dovuto proporre motivi aggiunti ex art. 104, comma 3, cod. proc. amm. nel presente giudizio d'appello. Infine, contestavano la ritualità della rinuncia condizionata alla censura di competenza relativa del provvedimento di decadenza, anche perché non proveniente direttamente dalla parte.

Le medesime parti, resistente ed interveniente *ad opponendum*, deducevano inoltre la novità, e pertanto l'inammissibilità, dell'argomentazione sollevata in discussione dal fallimento fondata sul richiamo al nuovo codice dei contratti pubblici e comunque la sua infondatezza.

L'interventore *ad adiuvandum* negava di essere titolare di una legittimazione ad impugnare e sosteneva invece di avere un interesse riflesso e giuridicamente rilevante nella presente controversia, consistente nella fruttuosa esecuzione concorsuale in conseguenza del recupero nella massa attiva del fallimento del

AR S. P. J. P. W. 5 A

parcheggio multipiano e dell'area su cui esso era stato realizzato, per effetto dell'accoglimento dell'impugnativa del fallimento della X Servizi s.p.a. .

Dopo avere autorizzato le produzioni documentali, riservandosi di valutarne l'ammissibilità, il Collegio tratteneva in decisione la causa.

* * * * *

Il candidato rediga la sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

A series of handwritten signatures and initials in black ink, arranged horizontally at the bottom of the page. From left to right, there is a small signature, a larger signature, a signature with a flourish, and a small signature.

Concorso, per titoli ed esami, a 5 posti di Consigliere di Stato (DPCS n. 46 del 31 marzo 2016 - GU n.30 4^a Serie speciale del 15 aprile 2016)

TRACCE PROVE SCRITTE (IN GRASSETTO PROVA ESTRATTA)

16 gennaio 2017 – Diritto civile e commerciale, con riferimenti al diritto romano

- 1) Nullità e validità sopravvenute. Tratti il candidato l'argomento, anche con riferimento al problema della successione delle leggi nel tempo.*
- 2) Usucapione, possesso di beni immateriali e circolazione d'azienda.*
- 3) Giusto prezzo e contratto sottocosto.*

17 gennaio 2017 – Diritto internazionale pubblico e privato e diritto dell'Unione europea

- 1) Riconoscimento di sentenze straniere e limiti di ordine pubblico, con particolare riferimento alle sentenze di condanna a danni punitivi.*
- 2) Autonomia processuale e margine di apprezzamento – riconosciuti agli Stati membri dall'ordinamento dell'Unione europea e dall'ordinamento della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – e controlimiti delle Corti nazionali.*
- 3) Diritto dei trattati e "diritto cogente", con particolare riguardo alla Carta delle Nazioni unite e alla Convenzione di Vienna.*

18 gennaio 2017 – Diritto amministrativo (prova teorica)

- 1) Merito amministrativo tra discrezionalità dell'Amministrazione e valutazioni del giudice;*
- 2) Tipicità delle fonti tra fuga dalla legge e fuga dal regolamento;*
- 3) Formazione del giudicato e giudizio di ottemperanza. Tratti il candidato l'argomento anche con riguardo sia alle decisioni rese in sede di richiesta di chiarimenti, sia in relazione al problema delle sopravvenienze.*

20 gennaio 2017 – Diritto amministrativo (prova pratica)

Traccia 1

Traccia 2 – estratta

Traccia 3

Le tracce sono riportate in calce al presente prospetto. La traccia estratta è contraddistinta dall'indicazione: TRACCIA ESTRATTA

21 gennaio 2017 – Scienza delle finanze e diritto finanziario

- 1) *Politiche di spesa pubblica e patto di stabilità e di crescita;*
- 2) *Limiti all'impugnabilità della cartella e del ruolo esattoriale.*
- 3) *Avviso di accertamento e atti amministrativi presupposti, con particolare riferimento al classamento, alla rendita catastale e ai provvedimenti amministrativi di revisione delle microzone comunali;*

PROVA PRATICA N.1

Con delibera consiliare n..., del 30 novembre 2012, pubblicata mediante affissione all'albo pretorio sino al 15 dicembre 2012, il Comune X approvava il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari ex art. 58 decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133) per l'anno 2013. Nel piano era in particolare previsto di costituire a trattativa privata a favore della società Alfa il diritto di superficie cinquantennale su un'area appartenente al patrimonio disponibile del Comune, confinante con il demanio marittimo.

A sostegno di questa scelta il Comune esponeva che l'uso dell'area in questione era stato affidato con precedente convenzione in concessione annuale tacitamente rinnovabile alla società Gamma; che, inoltre, la Gamma aveva ottenuto regolare permesso di costruire per realizzare sull'area un fabbricato ad uso bar-ristorante e stabilimento balneare; infine, che con atto di cessione d'azienda dalla Gamma alla Alfa, in forma pubblica e regolarmente trascritto nei registri immobiliari, la prima aveva ceduto alla seconda la proprietà del fabbricato edificato sull'area.

Per l'annullamento *in parte qua* del piano proponeva ricorso straordinario al capo dello Stato l'impresa Beta, ubicata in località del Comune Y, sita a 40 chilometri di distanza dal Comune X. A fondamento del ricorso premetteva di essere operatore del settore della ristorazione e della gestione di stabilimenti balneari, interessato pertanto ad acquisire l'area per esercitarvi ivi la medesima attività d'impresa in luogo della società Alfa; deduceva quindi i seguenti motivi di illegittimità:

- 1) violazione dell'art. 58 d.l. n. 112 del 2008, per non avere il Comune X tenuto conto delle proprie osservazioni, volte a sostenere la necessità di ricorrere a procedure di evidenza pubblica;
- 2) violazione dell'art. 3 della legge generale di contabilità dello Stato (regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440), degli artt. 58 d.l. n. 112 del 2008 e 3-bis decreto-legge 25 settembre 2001 n. 351, convertito dalla legge 23 novembre 2001 n. 410, nonché dei principi generali in materia di attività contrattuale della pubblica amministrazione, per mancato esperimento della procedura ad evidenza pubblica;

1

3) carenza di istruttoria e motivazione della scelta di ricorrere a trattativa privata, tenuto conto che il fabbricato doveva considerarsi di proprietà del Comune X, in virtù dell'accessione prevista dall'art. 934 cod. civ.;

4) sviamento di potere, derivante dalla volontà dell'amministrazione di favorire la società Alfa, evincibile dal periodico rinnovo tacito della concessione per l'uso dell'area alla dante causa Gamma, benché il piano particolareggiato di zona prevedesse che entro il 31 dicembre 2016 il fabbricato dovesse essere arretrato rispetto all'arenile, mediante demolizione e ricostruzione a maggiore distanza dal demanio, a cura e spese del concessionario;

5) in subordine, violazione dell'art. 78, comma 2, testo unico enti locali di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, per essere la delibera impugnata stata adottata con la partecipazione del consigliere comunale di maggioranza Tizio, suocero di Sempronia, titolare di una quota minoritaria della società Alfa.

In seguito ad opposizione di quest'ultima ex art. 10 d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199, l'impresa Beta si costituiva davanti al Tribunale amministrativo regionale del..., con atto notificato alle altre parti e quindi depositato nella segreteria del Tribunale amministrativo, nel quale dichiarava di insistere nel ricorso.

Nello stesso ricorso l'impresa Beta chiedeva che il contratto con cui il Comune costituiva sull'area il diritto di superficie a favore della società Alfa, nelle more stipulato, fosse dichiarato inefficace ex artt. 121, comma 1, lett. b), cod. proc. amm., ed in ogni caso ai sensi del successivo art. 122, con conseguente subentro. In subordine, chiedeva il risarcimento dei danni, consistenti nelle *chances* di conseguire un lucro attraverso la gestione dell'impresa esercitata dalla controinteressata, per il quale domandava che si procedesse con liquidazione equitativa ex artt. 1226 e 2056 cod. civ.

Il Comune di X e la società Alfa si costituivano a loro volta davanti al Tribunale amministrativo, riproponendo le difese ed eccezioni già svolte in sede straordinaria, ed in particolare:

- a) l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire, per via della distanza della sede dell'impresa Beta;
- b) la carenza di interesse ad agire anche sotto il distinto profilo dell'impossibilità per ricorrente di subentrare nell'impresa esercitata nel

fabbricato realizzato sull'area, essendo la proprietà di quest'ultimo stata inclusa nella cessione d'azienda dalla società Gamma alla società Alfa, con rogito notarile successivamente trascritto nei registri immobiliari;

c) l'inammissibilità dell'atto di trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso dell'impresa Beta, perché notificato prima del deposito presso la segreteria del Tribunale amministrativo;

d) l'infondatezza del ricorso, per la sussistenza di adeguate giustificazioni alla base della scelta di derogare all'obbligo di evidenza pubblica a favore della società Alfa, stante l'intervenuto acquisto da parte di quest'ultima della proprietà del manufatto adibito a bar-ristorante e stabilimento balneare, e la necessità per l'amministrazione di massimizzare il profitto dalla cessione dell'area sottostante.

Con sentenza pubblicata in data... il giudice di primo grado adito:

a) affermava la legittimazione attiva dell'impresa Beta, quale operatore del settore, respingendo tutte le ragioni contrarie addotte dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata;

b) incidentalmente evidenziava comunque che la proprietà del fabbricato doveva considerarsi tuttora del Comune di X, ciò dovendosi evincere dai precedenti titoli concessori rilasciati da quest'ultimo a favore della società Alfa, e prima ancora alla dante causa di essa, società Gamma;

c) reputava infondati i primi quattro motivi di impugnazione, rilevando a questo riguardo:

c.1) che erano condivisibili le ragioni espresse dall'amministrazione circa l'insussistenza nel caso di specie dei presupposti per esperire una procedura ad evidenza pubblica e della necessità di ottenere un'adeguata valorizzazione dell'area ex art. 58 d.l. n. 112 del 2008;

c.2) conseguentemente, riteneva costituire mera irregolarità non invalidante, ai sensi dell'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990, la mancata confutazione delle osservazioni espresse dall'impresa Beta nel corso del procedimento di approvazione del piano;

d) accoglieva invece il quinto motivo, riscontrando la situazione di conflitto di interessi dedotta dalla ricorrente;

e) respingeva le restanti domande per insussistenza dei presupposti per il subentro nel contratto e per il risarcimento per equivalente.

Con appello notificato al Comune di X ed alla società Alfa l'impresa Beta:

3

I) riproponeva la domanda di inefficacia del contratto, deducendo che tale conseguenza doveva discendere in via di diretta derivazione dall'annullamento del piano, in virtù del rapporto di presupposizione tra quest'ultimo ed il primo, riconducibile allo schema dell'invalidità ad effetto caducante, e dall'assenza di pubblicità della trattativa privata;

II) riproponeva anche la domanda risarcitoria, instando affinché venisse disposta consulenza tecnica o si procedesse con liquidazione equitativa;

III) riproponeva le censure, respinte dal TAR, di carenza di istruttoria e motivazione, per difettoso accertamento in ordine alla proprietà del fabbricato, ed adducendo a sostegno delle proprie ragioni l'accertamento incidentale sulla proprietà dell'area compiuto dal giudice di primo grado;

IV) riproponeva la censura di sviamento di potere, sottolineando che in ragione della scadenza prevista dal piano particolareggiato il Comune avrebbe dovuto procedere alla disdetta della concessione dell'area sottostante, o alla revoca ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990 per sopravvenuti motivi di pubblico interesse connessi alla necessità di valorizzare l'area nell'ambito del piano di cui all'art. 58 d.l. n. 112 del 2008, ed affidare quindi ad evidenza pubblica la proprietà superficiale dell'area con l'annesso fabbricato;

V) riproponeva la censura di violazione dell'art. 58 d.l. n. 112 del 2008, per non avere il Comune X tenuto conto delle proprie osservazioni, contestando, alla luce dei motivi di ordine sostanziale, che sussistessero i presupposti per la "sanatoria processuale" di cui all'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990.

Con appello notificato alle altre parti la società Alfa chiedeva la riforma della sentenza di primo grado per i seguenti motivi:

a) insussistenza della situazione di conflitto di interessi rilevata dal Tribunale amministrativo, per via:

a.1) del superamento della prova di resistenza rispetto al voto del consigliere Tizio, in ragione della maggioranza con cui la delibera è stata adottata, pari a due voti favorevoli in più di quelli contrari e dell'assenza di influenza determinante della presenza del consigliere in supposta situazione di conflitto sull'esito della votazione, stante la sua mancata partecipazione al precedente dibattito;

b) inammissibilità del ricorso straordinario ex art. 7, comma 8, cod. proc. amm., perché recante un'impugnativa di atti relativi a procedure di

affidamento di contratti impugnabili unicamente con ricorso giurisdizionale ex art. 120, comma 1, del medesimo codice;

c) omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità della trasposizione in sede giurisdizionale per inversione della sequenza prevista dall'art. 10 d.p.r. n. 1199 del 1971;

d) inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione attiva, per tutte le ragioni già dedotte in primo grado ed erroneamente ritenute infondate dal TAR;

e) ultrapetizione della sentenza, per avere il Tribunale amministrativo affermato in via incidentale la proprietà del Comune sull'area, con sconfinamento per questa parte nella giurisdizione del giudice ordinario;

f) infondatezza in ogni caso di tale accertamento, sul rilievo che con il rilascio del titolo ad edificare alla dante causa della controinteressata, società Gamma, il Comune di X aveva riconosciuto la proprietà in capo alla stessa ai sensi del testo unico dell'edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001), e che tale diritto era poi stato trasferito alla società Alfa, con rogito trascritto nei registri immobiliari, opponibile quindi *erga omnes*.

Nel costituirsi in resistenza all'appello dell'impresa Beta, il Comune di X chiedeva che la sentenza di annullamento pronuncia fosse riformata per le ragioni già addotte dalla società Alfa e inoltre eccepiva il difetto di giurisdizione amministrativa sulle domande di inefficacia e subentro nel contratto e di risarcimento dei danni.

Nei termini previsti per il deposito delle memorie conclusionali la società Alfa eccepiva l'inammissibilità delle domande di inefficacia del contratto e relativo di subentro in esso, nonché di risarcimento danni, perché non proposte in origine in sede straordinaria, con conseguente decadenza ex art. 30, commi 3 e 5, cod. proc. amm., ed inoltre per difetto dei relativi presupposti.

All'udienza pubblica di discussione la causa era quindi trattenuta in decisione dalla Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato.

* * * * *

Il candidato rediga un'unica sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

Delle questioni eventualmente non trattate in sentenza si darà conto in altra parte dell'elaborato.

TRACCIA ESTRATTA

PROVA PRATICA

N. 2

Nel corso del 2007, in esecuzione di una variante generale dello strumento urbanistico divenuto efficace nel maggio 2006, il Comune X ha approvato il progetto per realizzare – sulle particelle 1a, 1b e 1c di proprietà di Tizio – una piscina attrezzata coperta, un parcheggio pubblico e un giardino pubblico comunale, all'interno del quale è prevista la costruzione di un chiosco prefabbricato, da destinare a punto di ristoro, mediante affidamento della sua gestione in concessione, ai sensi dell'art. 30 del d.lg. n. 163 del 2006.

Nel 2007, il Comune:

-ha disposto l'occupazione d'urgenza delle particelle 1a, 1b e 1c, oggetto della dichiarazione di pubblica utilità, occupando in sede di esecuzione ulteriori 20 metri quadrati, facenti parte della diversa particella 2;

-ha indetto e concluso la gara per l'affidamento della gestione del chiosco, aggiudicandola a Caio.

Entro il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, il Comune ha completato la realizzazione della piscina, del parcheggio pubblico e dei lavori di sistemazione del giardino ed ha cominciato a gestire l'impianto, rilasciando inoltre la concessione a Caio per la gestione del chiosco.

Entro il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità il Comune ha espropriato la particella 1a, su cui è stata realizzata la piscina attrezzata coperta, con atto emesso nel maggio 2011.

Non vi è invece stato il decreto di esproprio della particella 1 b, su cui è stato realizzato il parcheggio, e delle particelle 1c e 2, su cui vi è stata la sistemazione del giardino pubblico, nel quale è stato realizzato il chiosco.

Dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, nel giugno 2011 Tizio adiva il locale tribunale amministrativo regionale, impugnando il decreto di esproprio e chiedendo che il Comune venisse condannato:

-al pagamento dell'indennità dovuta per il periodo di occupazione legittima delle particelle 1a, 1b e 1c;

-al pagamento del risarcimento del danno per l'occupazione illegittima delle particelle 1b e 1c per il periodo di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità;

-alla restituzione di tutte e quattro le particelle o, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente del controvalore per perdita del bene intero;

-alla restituzione comunque delle aree comprese nelle particelle 1c e 2, sulle quali non sono state costruite opere non amovibili.

Avverso il decreto di esproprio, Tizio ha dedotto che: a) non vi è stata la sua partecipazione effettiva nel corso del procedimento espropriativo, non avendo egli ricevuto l'avviso di avvio del procedimento, previsto dall'art. 16 del t.u. sugli espropri; b) l'atto, pur emesso tempestivamente, è stato notificato dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

Caio è intervenuto nel giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione degli atti che hanno condotto alla concessione in suo favore della gestione del chiosco.

Con sentenza del 2013, l'adito TAR:

-ha dichiarato il difetto di giurisdizione sulla domanda relativa all'occupazione della particella 2;

-ha preso atto della irreversibile trasformazione del terreno su cui vi è stata la realizzazione della piscina e del parcheggio pubblico;

-ha respinto la censura di violazione delle regole procedurali ed ha accolto quella di illegittimità per tardività della notifica del decreto di esproprio, annullando tale decreto;

-ha accolto la domanda di condanna al risarcimento del danno per l'occupazione divenuta *sine titulo* delle particelle 1b e 1c, nonché quella di condanna a restituire l'area di cui alle particelle 1a, 1b e 1c, ovvero a concludere un procedimento di acquisizione ai sensi dell'art. 42 bis del t.u. sugli espropri; conseguentemente non ha esaminato la domanda subordinata volta a ottenere il controvalore del bene;

-ha scandito la tempistica di ciascuna fase e dei relativi adempimenti, formulando minute prescrizioni sui criteri di liquidazione del danno derivanti, in ipotesi, dalla perdita della proprietà, oltre che del possesso *sine titulo*, oltre accessori;

-ha stabilito che, trascorsi i termini concessi per ciascuno degli alternativi adempimenti, Tizio avrebbe potuto agire per l'esecuzione della decisione;

-ha nominato un commissario ad acta, col compito di provvedere a tutto quanto occorra per l'eventuale

2
R

ottemperanza, nel caso di inutile decorso del termine di giorni novanta, dalla pubblicazione della sentenza;

-non si è pronunciato sulla eccezione di inammissibilità, formulata da Caio;

-ha compensato le spese del giudizio.

La sentenza del 2013 è stata tempestivamente appellata da Tizio in via principale e da Caio e dal Comune in via incidentale.

Tizio ha innanzi tutto dedotto l'erroneità del capo della sentenza che ha declinato la giurisdizione sulla domanda concernente la particella 2, lamentando la violazione del principio di concentrazione delle tutele e la violazione dell'art. 7 c.p.a.. Inoltre, ha lamentato che il TAR non ha senz'altro disposto la restituzione dell'area nella situazione originaria, disponendo altre misure alternative, che non sono neppure state chieste dal Comune, dunque in violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Caio ha lamentato il mancato esame della sua eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione degli atti di affidamento della concessione del chiosco.

Il Comune ha dedotto che:

-erroneamente il decreto di esproprio è stato annullato, perché non è stato violato l'art. 23 del testo unico sugli espropri;

-il TAR non avrebbe comunque potuto nominare un commissario, poiché tale potere è tipico del giudizio di ottemperanza e non di quello di cognizione;

-si è comunque verificata già la perdita del diritto di proprietà di Tizio, sia perché vi è stata la irreversibile trasformazione delle particelle 1a e 1b, sia perché, nel chiedere il risarcimento del danno per equivalente, sia pure in via subordinata, Tizio ha effettuato una rinuncia abdicativa, di cui il TAR avrebbe dovuto prendere atto.

Tizio ha replicato alle deduzioni di Caio, sostenendo che:

-è inammissibile il suo intervento in primo grado, per difetto di interesse, poiché l'affidamento in concessione è atto distinto e autonomo che non riguarda il procedimento espropriativo, per cui né vi era un onere di impugnare la concessione, né Caio poteva intervenire;

-è infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, perché non è controinteressato il beneficiario di un atto consequenziale agli atti del procedimento espropriativo.

Ha replicato Caio, eccependo l'inammissibilità della eccezione di Tizio sulla inammissibilità dell'intervento di Caio stesso, sia perché non proposta con un motivo aggiunto dell'appello principale, conseguente all'appello incidentale di Caio, sia perché Tizio non ha eccepito in primo grado l'inammissibilità dell'intervento, per cui non può eccepirlo per la prima volta in appello.

Tizio ha replicato all'appello del Comune, revocando la domanda subordinata di primo grado, sul risarcimento per equivalente per la perdita del bene, dichiarando di avere titolo e interesse alla revoca.

Il Comune, in replica, ha eccepito l'inammissibilità della dichiarazione di revoca in sede di appello, non potendo Tizio in appello alterare l'andamento della causa e far venire meno l'acquisto della proprietà discendente dalla proposizione della domanda risarcitoria per equivalente, avente natura di rinuncia abdicativa del diritto di proprietà

In pendenza del giudizio d'appello, il commissario ad acta ha emanato nel 2015 un provvedimento ex art. 42 bis del testo unico sugli espropri, determinando il valore di tutte e quattro le particelle, il risarcimento del danno e l'indennizzo complessivamente spettanti a Tizio, sulla base della stima della Agenzia del territorio.

L'atto del commissario è stato reclamato innanzi al TAR:

a) Da Tizio, che ha dedotto I) l'incostituzionalità dell'art. 42 bis del testo unico sugli espropri, per contrasto con il protocollo 1 della convenzione europea dei diritti dell'uomo e con l'art. 117 Cost.; II) che il commissario avrebbe dovuto acquisire il contributo istruttorio delle parti, prima di provvedere, quanto meno ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 42 bis del testo unico, malgrado la natura giurisdizionale della sua attività; III) che il commissario avrebbe dovuto determinare il valore del bene acquisito, in una misura superiore a quella considerata dalla Agenzia per il territorio, perché questa ha tenuto conto di vincoli paesaggistici sul terreno destinato a giardino, che non vanno in realtà considerati;

b) Dal Comune, il quale ha contestato per difetto di motivazione l'atto di acquisizione della intera area, risultando meno oneroso per il bilancio del Comune un atto di acquisizione della sola area su cui è stata realizzata la piscina e al più il parcheggio, potendo continuare ad esservi la fruizione pubblica del giardino, sulla base del vincolo paesaggistico.

Il Comune ha anche contestato l'irritualità dell'atto del commissario, deducendo che perfino nella fase della ottemperanza, nella giurisdizione di merito, il giudice amministrativo non ha il potere di nominare un commissario che possa disporre l'acquisizione di un bene, ai sensi dell'art. 42-bis del testo unico sugli espropri.

Con sentenza del 2015, resa all'esito di camera di consiglio, il TAR ha deciso congiuntamente i due reclami, respingendoli.

Il Tar ha respinto il reclamo di Tizio, ritenendo che per la sua natura giurisdizionale l'atto del commissario non risulta soggetto alle disposizioni della legge n. 241 del 1990 e che è stato considerato correttamente il valore dell'area in questione.

Il TAR ha anche respinto il reclamo del Comune, rilevando l'esercizio di un potere discrezionale ragionevolmente esercitato dal commissario.

La sentenza del TAR del 2015 è stata impugnata:

- In via principale da Tizio, che ha reiterato le deduzioni del suo reclamo sulla incostituzionalità dell'art. 42 bis, ritenendo contraddittoria la sentenza del TAR;

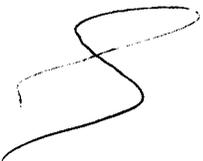
- In via incidentale, dal Comune, che ha reiterato le deduzioni del suo reclamo, lamentando anch'esso la contraddittorietà della sentenza.

Nel giudizio di appello, è intervenuto Caio (cui non sono stati notificati l'appello principale e quello incidentale), che ha chiesto il rigetto di entrambe le impugnazioni, eccependo la loro inammissibilità, perché proposti contro una sentenza che ha solo deciso su reclami.

Gli appelli avverso le due sentenze sono stati chiamati per la medesima data; quelli avverso la sentenza del 2013 alla pubblica udienza e quelli avverso la sentenza sui reclami per la trattazione in camera di consiglio, nel corso della quale i difensori delle parti hanno acconsentito alla trattazione unitaria dei ricorsi alla pubblica udienza.

Il candidato rediga un'unica sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

Delle questioni eventualmente non trattate in sentenza si darà conto in altra parte dell'elaborato.



Con atto di vendita 1° ottobre 1999, tre fratelli cedevano, al prezzo di 200 milioni di lire, alla società Alfa (di cui all'epoca era socio solo uno dei fratelli al 95% e la moglie al 5%) un fondo rustico comprendente l'edificio storico di un ex monastero costruito nel 1400, rimasto in stato di abbandono nel corso del 1900.

Detto bene era di provenienza ereditaria ed è stato ceduto alla suddetta società ad un prezzo sottostimato per poter eseguire i lavori di manutenzione, beneficiando di un regime fiscale più conveniente e stante la sua ritenuta commerciabilità per mancanza di vincoli culturali, dichiarata dalla stessa Soprintendenza competente.

L'esistenza di un vincolo culturale emerge solo da una successiva ricerca della Soprintendenza. In particolare, si tratterebbe di un vincolo monumentale *ex lege* n. 1089/1939, apposto con decreto ministeriale 17 ottobre 1941, trascritto presso la Conservatoria dei registri immobiliari.

Fino ad allora la società Alfa aveva realizzato, previa denuncia di inizio attività, rilevanti interventi edilizi di manutenzione straordinaria, di notevole consistenza economica. Per un breve periodo il bene era stata dato in affitto a Tizio ed aveva anche lui aveva effettuato alcuni lavori.

Anche dopo la "scoperta dell'esistenza del vincolo", vennero eseguiti ulteriori interventi di ristrutturazione, con regolari titoli concessori e parere favorevole della Soprintendenza, per un totale di oltre un milione di euro.

Il 1° dicembre 2009 la società Alfa effettuava la denuncia alla Soprintendenza dell'atto di acquisto 1° ottobre 1999, su suggerimento del notaio incaricato della stipulazione della convenzione tra la stessa ed il Comune X, relativa ad un piano di recupero finalizzato ad altre opere di miglioramento del citato complesso.

La Soprintendenza avviava la procedura *ex art.* 62, d.lgs. n. 42/2004, a seguito della quale l'ente locale, con propria delibera,

1

esprimeva la volontà di esercitare la prelazione cui ha fatto seguito la determinazione dirigenziale 10 marzo 2010 n. 49, di assunzione di un prestito per l'acquisto del bene.

Avverso i suddetti provvedimenti, la società Alfa ha proposto ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale, deducendo la violazione degli artt. 31 e 32, legge n. 1089/1939, perché la prelazione sarebbe stata esercitata tardivamente rispetto al termine di 60 giorni ivi previsto, non essendo applicabile il diverso termine di 180 giorni contemplato dall'art. 62, comma 4 del codice dei beni culturali (d. lgs. n. 42 del 2004).

Si assume, anche la violazione degli artt. 60, 61 e 62 dello stesso d.lgs. n. 42/2004 (in quanto applicabili), atteso che il prezzo non include l'indennità per i miglioramenti apportati al bene, con violazione anche del principio di buona fede, avendo il Comune abusato del diritto potestativo di prelazione per ottenere un indebito vantaggio economico.

La parte ricorrente ha rilevato, inoltre, la nullità dell'atto di alienazione per difetto di presupposizione data dalla ragionevole inconsapevolezza della sussistenza del vincolo; il che impedirebbe l'esercizio del potere di prelazione riferita a un contratto nullo.

Infine, si è dedotto il difetto di motivazione dell'atto di acquisizione del bene, in relazione alle esigenze di pubblico interesse genericamente addotte dall'ente.

Si è costituito nel giudizio di primo grado il Comune, eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, rilevando che si tratta di una questione che attiene ad un istituto, quale è la prelazione, di diritto privato, con giurisdizione del giudice ordinario.

Nel merito si è rilevata la infondatezza di tutte le censure prospettate dal ricorrente.

Il Tribunale amministrativo ha ritenuto infondato il ricorso.

In particolare, ha rilevato che, in virtù del principio *tempus regit actum*, deve trovare applicazione il d.lgs. n. 42 del 2004 e non la legge n. 1089 del 1939. Ha ritenuto, inoltre, che la questione dell'indennità aggiuntiva al prezzo costituisce un elemento non contemplato nella normativa che disciplina l'istituto. Allo stesso

2

modo i rilievi relativi all'invalidità dell'atto di alienazione non possono essere esaminati dal giudice amministrativo ma possono essere fatti valere innanzi al giudice ordinario. Infine, si è affermato che il provvedimento di acquisizione non necessita di particolare motivazione, potendo la stessa ritenersi *in re ipsa*.

La ricorrente in primo grado ha proposto appello, sostanzialmente reiterando le censure originarie, e ha dedotto la erroneità della sentenza per le seguenti ragioni.

A) Ai fini della individuazione della normativa applicabile occorre avere riguardo, proprio in applicazione del principio *tempus regit actum* evocato dal primo giudice, al momento in cui viene posto in essere l'atto di alienazione (1° ottobre 1999), con conseguente applicazione della legge n. 1089/1939, all'epoca vigente, la quale, all'art. 32, prevede che il diritto di prelazione da parte dello Stato (o da questo trasferito alla regione ed agli enti locali interessati) deve essere esercitato entro due mesi dalla denuncia; l'amministrazione sarebbe pertanto decaduta dall'esercizio del diritto.

B) Il giudice amministrativo potrebbe conoscere, in via incidentale, delle questioni relative alla validità dell'atto di alienazione; nella specie, sussiste una "presupposizione" costituita dalla certezza della insussistenza di un vincolo e dunque della impossibilità che venisse esercitato il diritto di prelazione; il venir meno di tale circostanza determinerebbe la nullità del contratto e conseguentemente della prelazione.

C) La sentenza sarebbe erronea anche perché non ha tenuto conto che la società ha effettuato rilevanti lavori sul bene in questione, con conseguente applicazione delle norme del codice civile che prevedono il rimborso delle spese sostenute per le riparazioni straordinarie ed indennità per i miglioramenti arrecati alla cosa e il diritto di ritenzione della cosa, fino alla percezione di dette indennità (artt. 1150-1152). Il Comune (a conoscenza delle opere eseguite dalla società), contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, avrebbe dovuto deliberare la necessaria copertura finanziaria non solo rispetto al prezzo pattuito nell'atto del 1999, ma anche in rapporto ai miglioramenti effettuati.

D) E' erronea la sentenza nella parte in cui assume che la motivazione sarebbe *in re ipsa*, in quanto, venendo in rilievo un provvedimento amministrativo, l'amministrazione ha l'obbligo di indicare con precisione quali sono le ragioni che giustificano, nello specifico, l'adozione di atto di acquisizione coattiva al proprio patrimonio del bene culturale e la destinazione che intende dare a esso.

E) Si assume anche l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto sussistere il dedotto sviamento di potere consistente nel fatto che il Comune avrebbe esercitato il diritto potestativo di prelazione per ottenere il risultato dell'acquisizione di un bene di interesse culturale di grande pregio con un esborso di gran lunga più modesto, anzi irrisorio, rispetto al suo valore effettivo e quindi con l'imposizione irrazionale al privato proprietario di un sacrificio iniquo.

F) In via subordinata, la parte ricorrente ha dedotto l'incostituzionalità dell'art. 60, d.lgs. n. 42/2004, e delle altre norme relative alla prelazione artistica, per violazione degli artt. 3, 42 e 117, primo comma Cost..

In particolare, si assume, in primo luogo, l'illimitata compressione del diritto reale dell'alienante, ingiustificatamente sottoposto ad un trattamento diverso da quello riservato ad ogni altro espropriato, in quanto, a differenza di quanto avviene in tutti i casi di acquisizione per pubblica utilità di un bene, non si rinviene nella disciplina in questione una garanzia per l'espropriato di un adeguato indennizzo, perché la corresponsione di somme pari al prezzo contrattuale ben si attaglia alla sola ipotesi di prelazione esercitata nel breve lasso di tempo previsto dalla legge ma non anche a quella esercitabile tardivamente.

In secondo luogo, e sotto diverso profilo, si assume la violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo per l'irrisorietà dell'indennizzo in concreto corrisposto dall'Amministrazione, in sede di prelazione, indipendentemente dal reale valore del bene.

Si è costituito in giudizio il Comune, rilevando, innanzitutto, in relazione alla questione di giurisdizione, su cui il primo giudice non

A³ 4

si è pronunciato, che sussisterebbe il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, vertendosi in fattispecie di asserita tardività dell'esercizio della prelazione.

Si è altresì dedotta la inammissibilità della questione di costituzionalità perché essa è stata fatta valere per la prima volta in appello.

Inammissibile sarebbe anche ogni questione relativa alla presupposizione, trattandosi di questione attinente al contratto, come tale non deducibile dinanzi al giudice amministrativo.

Nel merito, si è rilevata la infondatezza di tutti i motivi per le seguenti ragioni:

- la fattispecie in esame, cd. di prelazione postuma conseguente alla tardività della denuncia del privato, è soggetta alla disciplina del d.lgs. n. 42 del 2004, in quanto l'atto iniziale cui ancorare l'applicazione della relativa normativa non può che essere costituito dalla denuncia del privato, con la conseguenza che si dovrebbe applicare l'art. 62, comma 4, relativo alla denuncia tardiva e al conseguente allungamento dei tempi di esercizio del diritto di prelazione a 180 giorni;

- la delibera comunale prevede una copertura finanziaria correttamente riferita al corrispettivo pattuito nell'atto di alienazione e non anche ai miglioramenti effettuati;

- tutte le questioni relative all'asserito diritto di indennità diverse dal prezzo esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo;

- la motivazione dell'atto impugnato sarebbe insita nella stessa valenza culturale del bene senza necessità di indicare ulteriori ragioni a sostegno dell'esercizio del diritto di prelazione; in ogni caso, l'atto conterebbe una adeguata motivazione, con riferimento alla destinazione che si intende dare al bene (centro culturale e artistico polifunzionale). Né tale valutazione è sindacabile dal giudice, afferendo essa al merito dell'azione amministrativa.

L'appellante ha depositato una memoria, rilevando che il difetto di giurisdizione avrebbe dovuto essere fatto valere con appello incidentale e non con memoria di costituzione peraltro depositata tardivamente; e comunque la questione dedotta non ha fondamento.



R

5



La questione di costituzionalità, sottolinea sempre l'appellante, può essere fatta valere anche in appello trattandosi di questione rilevabile d'ufficio.

Per quanto attiene, infine, alla dedotta inammissibilità della questione relativa alla rilevanza della presupposizione, si ribadisce che il difetto di presupposizione costituisce causa di nullità del contratto che impedisce in radice l'esercizio della prelazione.

Il candidato rediga un'unica sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

Delle questioni eventualmente non trattate in sentenza si darà conto in altra parte dell'elaborato.



Concorso, per titoli ed esami, a 3 posti di Consigliere di Stato, bandito con D.P.C.S. n.56 dell'11 aprile 2017, pubblicato sulla G.U. n.32, IV Serie speciale, del 28 aprile 2017.

Tracce prove scritte (in grassetto prova estratta)

Diritto civile e commerciale, con riferimenti al diritto romano (5 marzo 2018)

- 1) Disciplina delle garanzie con riferimento al patto commissorio e al patto marciano.*
- 2) La transazione novativa.*
- 3) Contratto tipo e tipo contrattuale.*

Diritto internazionale pubblico e privato e diritto dell'Unione europea (6 marzo 2018)

- 1)Rapporti tra questione di legittimità costituzionale e questione di compatibilità con il diritto dell' unione europea.*
- 2)Guerra giusta e diritto internazionale contemporaneo.*
- 3)Legge applicabile al contratto e limiti alla disponibilità delle parti nel diritto internazionale privato.*

Diritto amministrativo (prova teorica) (7 marzo 2018)

- 1) Contenimento del consumo del suolo e funzione sociale della proprietà*
- 2)Principio di proporzionalità e interesse pubblico primario.*
- 3) Esercizio di pubbliche funzioni e strumenti societari..*

Diritto amministrativo (prova pratica) (9 marzo 2018)

Traccia estratta: n. 3

Scienza delle finanze e diritto finanziario (10 marzo 2018)

- 1) Simulazione ed elusione fiscale e scelta degli strumenti negoziali.*
- 2) Discrezionalità tributaria e strumenti di risoluzione dei conflitti.*
- 3) Il principio di uguaglianza e la progressività fiscale: aspetti giuridici ed economici, con particolare riguardo alle agevolazioni tributarie e agli interessi di categoria.*

DIRITTO AMMINISTRATIVO (prova pratica)
TRACCIA N. 1

1. La Provincia di ... (d'ora innanzi anche stazione appaltante o Provincia), con bando pubblicato il 1° giugno 2017 ha indetto una gara per la esecuzione dei lavori di completamento di una strada provinciale (relativamente al 2° lotto). E' risultata vincitrice la società X.

In prosieguo la stazione appaltante ha adottato i seguenti atti:

- a) annullamento della proposta di aggiudicazione in favore della società X;
- b) esclusione della predetta dalla gara per asserita violazione della regola, di cui all'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in forza della quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori;
- c) diniego dell'esercizio dell'autotutela sull'annullamento della proposta di aggiudicazione (autotutela sollecitata dalla società X e basata sulla necessità di applicare il c.d. soccorso istruttorio a pagamento);
- d) proposta di aggiudicazione provvisoria della gara in favore del Consorzio Y;
- e) aggiudicazione della gara in favore del Consorzio Y.

2. Tutti tali atti sono stati impugnati dalla società X innanzi al T.a.r. che, con sentenza pubblicata il 4 agosto del 2017 e non notificata:

- a) ha respinto la domanda di annullamento di tali atti;
- b) non si è pronunciata sulla domanda di risarcimento del danno proposta dalla società X nei confronti della stazione appaltante e del Consorzio Y;
- c) ha compensato fra le parti le spese di lite.

3. La società X ha interposto appello notificato a mezzo posta, ai sensi della legge n. 53 del 1994, venerdì 1 dicembre 2017 (cartoline postali attestanti la riceitura del plico in data 9 e 10 dicembre 2017) e lo ha depositato il successivo giovedì 7 dicembre 2017.

Nell'atto di appello si muovono critiche alla sentenza gravata e si ripropongono espressamente tutte le domande articolate in primo grado.

4. Si sono costituite la Provincia e il Consorzio Y eccependo, in rito, la tardività dell'appello notificato un giorno dopo lo spirare del termine massimo perentorio di tre mesi sancito dal combinato disposto degli artt. 92, co. 3, e 119, co. 2, c.p.a.; nel merito, hanno concluso per la infondatezza del gravame in fatto e diritto.

5. Con successiva memoria difensiva, la società X ha dichiarato la sopravvenuta carenza di interesse alla coltivazione della domanda di annullamento degli atti impugnati, sottolineando che tale carenza di interesse era desumibile sin dall'atto di appello posto che, ivi, si dava contezza del completamento dei lavori nelle more del giudizio.

In particolare ha sostenuto che:

a) al momento della proposizione del gravame era oggettivamente venuto meno l'interesse a coltivare la domanda annullatoria residuando solo l'interesse alla domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario non esaminata dall'impugnata sentenza;

b) conseguentemente ha ritenuto, da un lato, inapplicabile il dimezzamento dei termini processuali sancito dall'art. 119, co. 2, c.p.a. per le controversie disciplinate dal c.d. rito abbreviato comune, dall'altro, tempestiva la notificazione del gravame in data 1° dicembre 2017 ben all'interno del termine lungo di sei mesi sancito dall'art. 92, co. 3, c.p.a.;

c) ha dedotto che la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale opera anche in riferimento al termine per il deposito delle sentenze a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 132 del 2014 che ha ridotto la durata della sospensione a trentuno giorni, dal 1 al 31 agosto (come per altro anticipato

dalla delibera del C.P.G.A. 18 gennaio 2013, art. 8, lett. e) che richiama espressamente la l. n. 742 del 1969);

d) conseguentemente il termine per appellare decorrerebbe dalla scadenza del termine (dimezzato ex art. 119, co. 2, c.p.a.) previsto per il deposito delle sentenze (22 o 23 giorni ex art. 89, comma 1, c.p.a.), successivamente alla cessazione del periodo feriale (1 settembre): nella specie il *dies a quo* sarebbe da individuarsi nel 22 o 23 settembre 2017;

e) ha evidenziato che la notificazione effettuata il giorno 1° dicembre, in ogni caso, sarebbe tempestiva in base all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il primo giorno successivo alla scadenza del periodo feriale (nella specie il 1° settembre 2017) non andrebbe computato nel termine processuale decadenziale stabilito dalla legge per il compimento di un determinato atto o adempimento processuale (nella specie la proposizione del ricorso in appello);

f) ha chiesto, infine, il beneficio della rimessione in termini ravvisando un errore scusabile:

f.1) nel comportamento della segreteria del giudice di primo grado che ha comunicato la sentenza oltre il termine di 5 giorni sancito dall'art. 89, co. 3, c.p.a. erodendo il diritto della parte alla fruizione del termine di tre mesi meno i 5 giorni previsti per la comunicazione;

f.2) nella oscurità della norma (e nella sua intrinseca incertezza esegetica) sancita dall'art. 155, co. 2, c.p.c. secondo cui <<Per il computo dei termini a mesi o ad anni, si osserva il calendario comune>>;

g) in subordine, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 92, co. 3, c.p.a. e 155 c.p.c., in relazione agli artt. 3, 24 e 97 della Costituzione;

h) nel merito, ha ribadito la legittimità della concessione in sub appalto di una quota maggiore del 30% dell'importo complessivo dei lavori e la violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 ad opera della stazione appaltante e

comunque il dovere per l'amministrazione di esercitare il cd. soccorso istruttorio a pagamento.

Infatti, la previsione di un limite generale del 30% per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, impedendo agli operatori economici di subappaltare a terzi una parte cospicua delle opere (70%), può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese; in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e precludendo, peraltro, agli stessi acquirenti pubblici l'opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate.

6. Nel corso dell'udienza pubblica, fissata per la discussione della causa:

a) il Consorzio Y ha eccepito la compensazione del credito risarcitorio vantato dalla società X nei suoi confronti con altro credito al medesimo riconosciuto dalla sopravvenuta ordinanza del Tribunale civile (di assegnazione somme ex art. 553 c.p.c.) posta in esecuzione innanzi al T.a.r. successivamente alla instaurazione del presente giudizio di appello; ha dedotto sul punto, onde prevenire obiezioni di controparte, che l'eccezione di compensazione, a differenza di quella di prescrizione (su cui a suo tempo si è pronunciata la nota sentenza della Adunanza plenaria n. 14 del 2004 nel senso della impossibilità di proposizione per la prima volta in appello) è una mera difesa e, come tale, non soggetta al regime delle preclusioni sancito dall'art. 101, co. 2, c.p.a.;

b) la società X, a sua volta:

c.1) ha eccepito il carattere non liquido e non esigibile del credito opposto in compensazione dal Consorzio in quanto oggetto del richiamato giudizio di ottemperanza;

c.2) ha chiesto la sospensione impropria del presente giudizio in quanto, successivamente alla sua instaurazione, altro giudice amministrativo (nella

↓
R
h
G
GSM

specie il T.a.r. per la Lombardia) ha deferito alla Corte di giustizia dell'UE la questione della compatibilità dei limiti nazionali al subappalto, fissati nel trenta per cento dell'importo complessivo del contratto di appalto messo a gara, con i principi eurounitari di proporzionalità, libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi;

d) la Provincia, infine, nel ribadire la legittimità del proprio operato evidenzia che le limitazioni quantitative al subappalto, previste dal legislatore nazionale, vanno vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall'altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblica.

7. La causa è stata infine assunta in decisione.

Rediga il candidato la sentenza, esaminando, se del caso separatamente, le questioni che la traccia pone, ove non vengano affrontate nella decisione.

.....

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

DIRITTO AMMINISTRATIVO (prova pratica)
TRACCIA N. 2

Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale del... la società Alfa Immobiliare impugnava il diniego opposto dal Comune di Beta su una proposta di piano urbanistico attuativo da essa presentato per la realizzazione di un complesso residenziale su suoli di sua proprietà (delibera del consiglio comunale n... del 30 aprile 2015). Il diniego era motivato sulla base del contrasto dell'iniziativa privata con le previsioni dei piani sovraordinati vigenti nell'area in questione.

Con sentenza pubblicata il... il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso.

Il T.A.R. riteneva illegittime alcune ragioni ostantive addotte dall'amministrazione, ed in particolare: inammissibilità dell'intervento di difetto di piano regolatore generale e nella perdurante vigenza di un risalente programma di fabbricazione; contrasto dello stesso con il piano territoriale di coordinamento provinciale. Tuttavia, lo stesso giudice di primo grado reputava comunque sufficienti a fondare il diniego impugnato le seguenti, legittime, ragioni:

- a) la proposta di piano attuativo non è assentibile perché contraria al piano regolatore generale in via di adozione da parte del Comune;
- b) i contenuti dell'intervento si pongono in contrasto con il piano paesaggistico regionale e con il piano di parco di..., nel quale l'area è ubicata;

Il giudice di primo grado respingeva inoltre la censura di incompetenza del consiglio comunale, statuendo che in base all'art. 42 del testo unico dell'ordinamento degli enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000) la competenza in materia di piani urbanistici attuativi è dell'organo consiliare, quale titolare del potere di indirizzo-politico.

Con appello al Consiglio di Stato la società Alfa immobiliare censurava la pronuncia di primo grado sulla base dei seguenti motivi:

- 1) violazione dell'art. 28 della legge urbanistica n. 1150 del 1942 ed eccesso di potere per sviamento ed ingiustizia manifesta, perché esorbitando dai limiti del potere di approvazione di strumenti urbanistici attuativi ad esso attribuiti dalla legge il Comune avrebbe introdotto una misura di salvaguardia atipica, avente l'effetto di vietare qualsiasi modificazione

territoriale nelle more della definizione del procedimento di adozione del piano regolatore generale; per contro – secondo la società appellante – l'amministrazione avrebbe dovuto limitarsi al mero riscontro dell'edificabilità dell'area e dell'assenza di vincoli di inedificabilità assoluta derivanti dalla pianificazione sovraordinata;

2) violazione dell'art. 11, comma 3, del testo unico sull'ambiente di cui al d.lgs. n. 152 del 2006, per mancata acquisizione della valutazione ambientale strategica (VAS) prima dell'adozione del piano regolatore generale;

3) violazione dell'art. 13 della legge quadro sulle aree protette (l. 394 del 1991), per mancata acquisizione del nulla-osta dell'Ente parco di... nell'ambito del procedimento avviato sulla propria istanza di approvazione del piano urbanistico attuativo e prima del diniego sulla stessa;

4) violazione dell'art. 146 del codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 2004), per mancata acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica da parte della competente Regione..., anche in questo caso da richiedere prima del diniego sull'istanza di approvazione dello strumento urbanistico attuativo;

in subordine ai motivi sub. 2) - 4):

5) violazione delle norme tecniche di attuazione del piano paesaggistico regionale, in base alle quali nella zona in cui è destinato a situarsi il complesso residenziale sono assentibili interventi edificatori a carattere abitativo e turistico-ricettivo;

6) inapplicabilità del piano di parco del..., a causa del suo annullamento in sede giurisdizionale, da parte dello stesso Tribunale amministrativo regionale del..., con sentenza resa in separato giudizio ed emessa prima del diniego impugnato;

in ogni caso:

7) incompetenza del consiglio comunale, per essere la competenza sull'istanza attribuita alla giunta, ai sensi dell'art. 5, comma 13, lett. b), del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 (*Semestre europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, c.d. decreto "sviluppo", convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106).

La società Beta riproponeva quindi la domanda risarcitoria consequenziale all'annullamento del diniego opposto. I danni dedotti dall'appellante consistono nell'ammontare presunto dei ricavi rivenienti dall'alienazione

delle unità immobiliari da realizzare in esecuzione del piano attuativo, quantificati nella consulenza tecnica estimativa di parte allegata al ricorso davanti al Tribunale amministrativo in € 500.000,00, sulla base dei prezzi medi di mercato degli immobili ad uso residenziale della zona. Per il caso di contestazione di controparte la società Alfa immobiliare chiedeva che si procedesse con liquidazione equitativa ex art. 1226 cod. civ.

Costituendosi in giudizio il Comune di Beta eccepiva in via pregiudiziale:

- l'inammissibilità dell'appello, perché non notificato alla Provincia di... e alla Regione..., pur evocate nel giudizio di primo grado dalla società Alfa Immobiliare;

- l'improcedibilità dell'appello, a causa della sopravvenuta adozione del piano regolatore generale, in virtù del quale l'intervento oggetto della proposta di piano attuativo non è più realizzabile, anche in caso di eventuale esito del giudizio favorevole alla società immobiliare.

La stessa amministrazione proponeva inoltre appello incidentale, nel quale censurava i capi della sentenza di primo grado ad esso sfavorevoli, ed in particolare quello in cui il Tribunale amministrativo aveva statuito l'illegittimità del diniego di approvazione dell'istanza per la supposta contrarietà dell'intervento proposto rispetto alle previsioni di piano territoriale di coordinamento provinciale.

Il Comune di Beta chiedeva inoltre che per ragioni di economia processuale - affermate dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 27 aprile 2015, n. 5 - il suo mezzo di impugnazione fosse esaminato con priorità rispetto all'appello principale.

Nel merito chiedeva comunque il rigetto di quest'ultimo, rispetto al quale controdeduceva sottolineando l'ampia discrezionalità di cui dispone l'amministrazione nelle scelte di carattere urbanistico. A questo specifico riguardo il Comune evidenziava che le norme tecniche di attuazione del piano paesaggistico regionale consentono interventi edificatori a carattere abitativo e turistico-ricettivo ai soli fini del riassetto degli insediamenti rurali già presenti nella zona di tutela, mentre l'area in cui è prevista la realizzazione del complesso residenziale è inedificata, e la società Alfa Immobiliare non ha fornito prova contraria sul punto.

Il medesimo Comune dava inoltre atto che la sentenza di annullamento del piano di parco è stata riformata dal Consiglio di Stato, con sentenza passata in giudicato in data..., emessa dopo la pronuncia di primo grado e che le

norme del piano medesimo vietano l'aumento dei carichi urbanistici nelle zone a carattere rurale e a bassa densità edilizia, tra cui quella in cui sono situati i suoli di proprietà dell'appellante principale.

Quanto alla domanda risarcitoria, il Comune di Beta controdeduceva evidenziando: la sua infondatezza, a causa della reviviscenza della disciplina di piano di parto ostativa all'assentibilità del piano attuativo; l'assenza di colpa dell'amministrazione, stante la complessità della fattispecie; l'assenza di prova, tale non potendo qualificarsi la consulenza tecnica di parte.

Con memoria ritualmente notificata al Comune, espressamente intitolata «*motivi aggiunti ex art. 104, comma 3, del codice del processo amministrativo*» la società Alfa Immobiliare deduceva innanzitutto che nessuna reviviscenza del piano di parco poteva configurarsi, a causa dei limiti alla retroattività delle pronunce giurisdizionali rispetto a procedimenti amministrativi esauriti, quale quello definito con il diniego impugnato; e che in ogni caso il piano era illegittimo, per violazione dell'art. 42 della Costituzione ed eccesso di potere per irragionevolezza e difetto di proporzionalità, nella parte in cui pone un divieto assoluto di edificazione nelle aree rurali.

Nella medesima memoria la società Alfa Immobiliare replicava all'eccezione di inammissibilità dell'appello principale formulata dal Comune sottolineando che la Provincia di... e la Regione..., erano state evocate in giudizio per mero tuziorismo.

All'udienza pubblica di discussione la causa era quindi trattenuta in decisione dalla Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato.

* * * * *

Il candidato rediga la sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

Delle questioni eventualmente non trattate in sentenza si darà conto in altra parte dell'elaborato.

Handwritten signatures and initials on the right side of the page. There are several distinct marks, including what appears to be a large 'R' or 'R' with a horizontal line, and other scribbled-out or partially legible marks.

DIRITTO AMMINISTRATIVO (prova pratica)
TRACCIA N. 3

Con separati ricorsi proposti al Tribunale amministrativo regionale del... il Comune di... e alcuni cittadini ivi residenti impugnavano l'autorizzazione unica ex art. 12 d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 rilasciata dalla Regione a favore dell'azienda agricola Alfa per la costruzione e l'esercizio in località... del medesimo Comune di... di un impianto di cogenerazione di energia elettrica e calore alimentato da biomasse legnose, con annessa rete di teleriscaldamento (determinazione n... del...).

Con separate sentenze il Tribunale amministrativo adito respingeva entrambi i ricorsi, sotto tutti i profili dedotti.

In particolare, con riguardo all'impugnazione proposta dal Comune, il Tribunale amministrativo rilevava che:

- 1) il provvedimento finale era stato legittimamente rilasciato dal dirigente competente, perché atto di natura tipicamente gestionale e la circostanza che detta autorizzazione implicasse anche variante parziale agli strumenti urbanistici comunale non imponeva che la stessa fosse rilasciata dal consiglio regionale o che sull'istanza autorizzativa dovesse comunque esprimersi in via preventiva il consiglio regionale;
- 2) tutte le amministrazioni competenti avevano partecipato alla conferenza di servizi;
- 3) sotto il profilo urbanistico, sia il verbale della conferenza di servizi che la determinazione conclusiva del procedimento contengono una motivazione esaustiva delle ragioni per cui è stato ritenuto superabile il dissenso manifestato dal Comune;
- 4) tutte le altre censure dedotte tendevano a sollecitare un sindacato di merito nei confronti di scelte amministrative connotate da ampia discrezionalità, rispetto alle quali non emergevano profili di macroscopiche irrazionalità o travisamento dei fatti acquisiti nel corso del procedimento.

Con riguardo all'impugnazione dei cittadini residenti, il Tribunale amministrativo, oltre alle ragioni sopra esposte, sulle ulteriori censure dei ricorrenti statuiva che:

5) trattandosi di impianto termico di potenza inferiore a 50 megawatt, lo stesso non doveva essere sottoposto a valutazione di impatto ambientale (V.I.A.), in virtù di quanto previsto dagli allegati alla parte seconda del testo unico delle norme in materia di ambiente di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152; del pari la V.I.A. non era richiesta per la rete di teleriscaldamento;

6) dopo l'iniziale avviso sfavorevole messo a verbale della seduta del... e le successive modifiche progettuali dell'azienda agricola Alfa, la competente A.S.L. aveva espresso parere favorevole in seno alla conferenza di servizi, con nota di prot. n... del..., fatta pervenire al presidente della conferenza di servizi e da questo letta alla seduta del..., per cui non era necessario esperire la procedura contro il dissenso qualificato, ai sensi dell'(allora vigente) art. 14-*quater* della legge 7 agosto 1990, n. 241;

7) il mancato rispetto degli indici di cogenerazione previsti dalla normativa di settore, emanata dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (già Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico) non costituisce requisito di legittimità del titolo autorizzativo, ma solo presupposto per l'utilizzazione prioritaria dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili da parte del gestore della rete nazionale, ai sensi di quanto previsto dal decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (*Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*).

Gli appelli rispettivamente proposti dal Comune di... e dai cittadini ivi residenti contro le pronunce di primo grado erano respinti dal Consiglio di Stato adito con separate sentenze, in cui erano confermate le ragioni già espresse dal Tribunale amministrativo a fondamento del rigetto delle due impugnazione.

Nel caso dell'appello proposto dai cittadini si dava atto in motivazione che questi avevano richiesto la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo con riguardo agli stessi motivi dedotti dal Comune di...

Con separati ricorsi ex artt. 106 cod. proc. amm. e 395 cod. proc. civ. al Consiglio di Stato, i cittadini residenti nel Comune di..., già ricorrenti nel giudizio di merito, chiedevano la revocazione delle due sentenze del medesimo giudice d'appello, per errore di fatto ai sensi del n. 4) del citato art. 395.

Nei ricorsi, oltre ad essere censurata la mancata riunione dei due appelli, si sosteneva – in quello contro la sentenza che aveva definito l'appello del Comune di... - che:

I) la Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato non si era avveduta che l'A.S.L. non aveva effettivamente partecipato ai lavori della conferenza di servizi, ma si era limitata a fare pervenire il proprio assenso per iscritto, così violando le norme contenute negli artt. 14 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nella versione applicabile *ratione temporis*, antecedente alle modifiche introdotte dal decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127);

II) peraltro, il parere favorevole scritto era corredato da un notevole numero di prescrizioni, tale da comportare nella sostanza una posizione sfavorevole dell'amministrazione preposta alla tutela della salute sull'istanza autorizzativa;

III) conseguentemente, era privo di presupposti ed errato il ragionamento della Sezione del Consiglio di Stato secondo cui non erano sussistenti i presupposti della procedura per il superamento del dissenso qualificato in sede di conferenza di servizi;

IV) inoltre, nell'affermare che le ulteriori censure riguardanti la determinazione conclusiva della conferenza dei servizi, favorevole all'autorizzazione, e il titolo conseguentemente rilasciato dalla Regione..., erano infondati, la Sezione del Consiglio di Stato non aveva esaminato compiutamente tutte le puntuali argomentazioni dirette a fare emergere profili di macroscopiche irrazionalità del provvedimento autorizzativo, a causa della palese insussistenza di benefici per la collettività derivanti dal servizio di teleriscaldamento, come peraltro evincibile dal mancato rispetto degli indici di efficienza energetica richiesti per gli impianti cogenerativi dall'Autorità di regionale per energia reti e ambiente.



Handwritten initials and signature, possibly 'H' and 'A', with a small mark below.

Quanto alla fase rescissoria, i cittadini ricorrenti chiedevano l'accoglimento delle censure formulate e il conseguente annullamento dell'autorizzazione unica.

Nel ricorso contro la sentenza resa sull'appello proposto dagli stessi cittadini resistenti, questi ultimi, oltre a proporre le stesse censure formulate nell'altro ricorso per revocazione, deducevano quale errore revocatorio la carenza di motivazione delle statuizioni di rigetto e l'omessa pronuncia sulle censure ulteriori rispetto a quelle svolte dal Comune di... nel proprio appello.

Per la fase rescissoria chiedevano quindi l'accoglimento anche delle censure non esaminate nella sentenza d'appello, deducendo che:

- 1) la realizzazione di una rete di teleriscaldamento comporta la necessità di previa valutazione di impatto ambientale, a causa delle rilevanti modificazioni urbanistiche prodotte dall'infrastruttura;
- 2) l'unica determinazione rilevante in sede di conferenza di servizi è quella espressa in seno ad essa dal rappresentante delle amministrazioni che vi partecipano;
- 3) il mancato rispetto degli indicatori di cogenerazione elaborati dall'Autorità di settore rifluisce sulla legittimità dell'autorizzazione impugnata e in ogni caso denota l'assenza di adeguata ponderazione dei contrapposti interessi pubblici, collettivi e privati coinvolti nel procedimento autorizzativo.

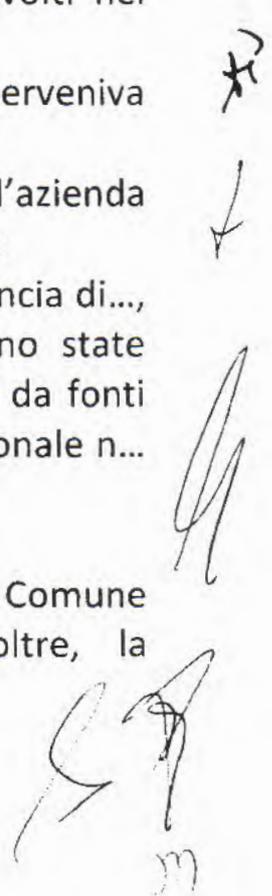
Nei giudizi conseguentemente instauratisi sui due ricorsi interveniva *ad adivandum* il Comune di...

Costituendosi in giudizio per resistere ad entrambi ricorsi, l'azienda agricola Alfa ne eccepiva in via pregiudiziale l'inammissibilità:

- perché notificati alla sola Regione..., e non anche alla Provincia di..., cui dopo la pubblicazione delle sentenze impugnate erano state delegate le funzioni di autorizzazione di impianti energetici da fonti rinnovabili ai sensi del d.lgs. n. 387 del 2003, con legge regionale n... del...

- per insussistenza di errori di fatto;

- nel caso del ricorso contro la sentenza resa sull'appello del Comune di..., anche per difetto di legittimazione attiva. Inoltre, la



controinteressata eccepiva anche l'inammissibilità dell'intervento del Comune di..., per assenza dei relativi presupposti.

L'azienda agricola contestava inoltre la deducibilità dell'omessa pronuncia, quand'anche ravvisabile nel caso di specie, come errore di fatto ex art. 395, n. 4), cod. proc. civ.

In via di ulteriore subordine contestava che l'omessa pronuncia avesse avuto incidenza determinante sulla decisione finale, a causa dell'infondatezza dei motivi di ricorso non esaminati e pertanto instava per la dichiarazione di inammissibilità del ricorso anche sotto questo profilo.

In ogni caso, in relazione all'eventuale giudizio rescissorio ne chiedeva il rigetto nel merito.

I due ricorsi, chiamati all'udienza di discussione del... davanti alla Sezione giurisdizionale... del Consiglio di Stato, all'esito della relativa discussione, erano trattenuti in decisione.

Prima di ciò il difensore dei cittadini residenti nel Comune di... chiedeva ed otteneva che a verbale venisse dato atto che il relatore dei due ricorsi aveva fatto parte dei due collegi che avevano deciso gli appelli con le sentenze impugnate con ricorso per revocazione e invitavano lo stesso a valutare l'opportunità di astenersi ai sensi dell'art. 51, commi 1, n. 4), e 2, cod. proc. civ.

Il difensore dell'azienda agricola Alfa instava invece per la condanna dei ricorrenti ai sensi dell'art. 26, commi 1 e 2, cod. proc. amm.

* * * * *

Il candidato rediga un'unica sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

Delle questioni eventualmente non trattate in sentenza si darà conto in altra parte dell'elaborato.

AT

L



Concorso, per titoli ed esami, a 4 posti di Consigliere di Stato (DPCS n. 40 in data 10 aprile 2018 - G.U. n.33 4^ Serie speciale del 24 aprile 2018).

Tracce prove scritte (in grassetto prova estratta)

Diritto civile e commerciale, con riferimenti al diritto romano (4 marzo 2019)

- 1) *Pagamento con surrogazione e trasferimento delle garanzie.*
- 2) *Risoluzione del contratto per inadempimento e opponibilità dell'acquisto del terzo.*
- 3) *Adempimento indiretto dell'obbligo altrui e surrogazione del terzo.*

Diritto internazionale pubblico e privato e diritto dell'Unione europea (5 marzo 2019)

- 1) *Il riconoscimento delle situazioni e dei rapporti sorti all'estero.*
- 4) *Obblighi degli Stati nelle zone di ricerca e soccorso in mare (S.A.R.).*
- 5) *Lotta al terrorismo internazionale e diritti fondamentali nel quadro del diritto dell'Unione Europea.*

Diritto amministrativo (prova teorica) (6 marzo 2019)

- 6) *Interdittiva antimafia e garanzie nel procedimento e nel processo.*
- 7) *Dialogo tra stazione appaltante e concorrente durante il procedimento di gara, con particolare riferimento ai quesiti e al soccorso istruttorio.*
- 8) *Forme consensuali, perequative e compensative nel governo del territorio.*

Diritto amministrativo (prova pratica) (8 marzo 2019)

Traccia estratta: n. 2

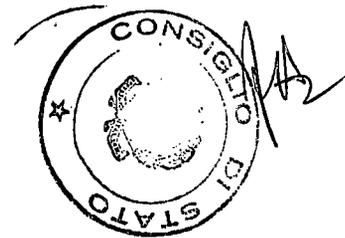
Scienza delle finanze e diritto finanziario (9 marzo 2019)

- 1) **La tassazione sui servizi digitali..**
- 2) *Vizi formali degli atti impositivi e art. 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241.*
- 3) *Flat tax per i neoresidenti (art. 24bis del Testo Unico delle Imposte sui Redditi).*

- 8 MAR. 2019

PROVA PRATICA

TRACCIA 1



Con il ricorso di primo grado n. X del 2019 (ritualmente notificato), il signor Tizio (cittadino elettore) ha impugnato ex art. 130 c.p.a. il verbale di proclamazione degli eletti alla carica di consigliere comunale del Comune di Y (avente più di 15.000 abitanti), a seguito delle elezioni svoltesi in data XX e YY, nella parte in cui:

- a) per una lista non collegata ad altre, che ha ottenuto un seggio, è stato proclamato eletto il signor Alfa con 205 voti, mentre doveva essere proclamato eletto il signor Beta;
- b) è stato attribuito al Sindaco eletto al turno di ballottaggio, signor Caio, il premio di maggioranza del 60% dei seggi e conseguentemente sono stati proclamati eletti sei consiglieri comunali;
- c) è stato proclamato eletto il medesimo signor Caio.

Il ricorrente Tizio ha formulato le seguenti censure.

Con la prima, ha lamentato che il signor Beta – cui sono stati attribuiti 200 voti - doveva essere proclamato eletto al posto del signor Alfa, poiché:

- a) sarebbe stata illegittima la sottrazione a Beta di 6 voti nella sezione 9, motivata per il fatto che sarebbero stati ravvisati segni di riconoscimento, espressi scrivendo il cognome del candidato tutto in maiuscolo, con la successiva apposizione di un punto;
- b) dai verbali risulta che nella sezione 10 al signor Beta è stata attribuita una sola preferenza, mentre in realtà, come segnalatogli da due rappresentanti di lista, questi avrebbe ottenuto 6 voti.

Con la seconda, egli ha premesso che:

- a) il totale dei voti validi computati al primo turno (dato dalla somma delle schede contenenti voti espressi in favore dei candidati alla carica di Sindaco e delle schede contenenti voti espressi anche in favore delle liste dei candidati alla carica di consigliere) è stato pari a n. 50.000 e che, non avendo nessuno di essi superato il 50% dei voti validi, sono stati ammessi al turno di ballottaggio i due candidati che hanno ottenuto il maggior numero di suffragi, cioè i signori Caio e Sempronio;
- b) le liste sostenitrici al primo turno del candidato Sempronio hanno ottenuto n. 27.000 voti, pari al 54% dei voti validi, mentre le liste che hanno appoggiato il candidato Caio hanno conseguito n. 14.000 voti, e che al turno di ballottaggio ha partecipato un numero di elettori pari al 53% degli aventi diritto, con l'attribuzione al candidato Sempronio di N voti e di N1 voti al candidato Caio;
- c) in violazione dell'art. 73, comma 10, del t.u. n. n. 267/2000, l'Ufficio Centrale Elettorale, pur in presenza del superamento già al primo turno del 50% dei voti validi da parte della coalizione di liste che aveva sostenuto il

Four handwritten signatures are located at the bottom of the page, below the text of the third item in the list.



- 8 MAR. 2019

candidato Sempronio, ha computato anche i voti validi espressi al ballottaggio (tali da condurre ad un numero maggiore complessivo per il signor Caio) ed ha assegnato il premio di maggioranza del 60% alle liste che hanno appoggiato il sindaco eletto Caio (e non, come si sarebbe dovuto, alle liste che hanno appoggiato il candidato sindaco Sempronio): ad avviso del ricorrente, per il computo dei "voti validi", cui rapportare il risultato delle liste ai sensi della disposizione citata, si dovrebbe tenere conto solo della sommatoria dei voti di lista e di quelli espressi in favore di tutti i candidati alla carica di sindaco al primo turno, e non anche dei voti conseguiti dai candidati alla carica di sindaco al turno di ballottaggio, che non si sarebbero quindi dovuti sommare ai primi.

Ciò premesso, il ricorrente ha impugnato il verbale nella parte in cui ha richiamato il principio di governabilità ed ha dedotto che, nel bilanciamento tra l'obiettivo della governabilità ed il principio di rappresentatività, il legislatore ha optato a favore del secondo nel caso in cui le liste o i gruppi di liste che hanno sostenuto un Sindaco, poi non risultato eletto nel primo turno, abbiano raggiunto e superato un numero di voti validi – il 50 per cento *ex* art. 73, comma 10, del testo unico – idoneo a dimostrare una effettiva rappresentatività della maggioranza del corpo elettorale nel suo complesso.

Con il terzo motivo, il signor Tizio ha dedotto l'illegittimità della proclamazione a Sindaco del signor Caio, il quale – con sentenza di primo grado pubblicata nel mese di maggio 2016, appellata - è stato condannato alla pena di anni uno e mesi due di reclusione, per il delitto di tentativo di abuso di ufficio e per una condotta commessa nel mese di novembre 2012, sicché ai sensi dell'art. 11, comma 1, lettera a), del d.lg. 31 dicembre 2012, n. 235, non poteva esservi la proclamazione.

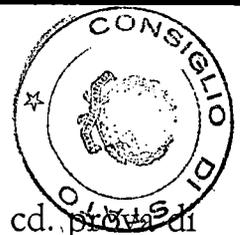
Con un ricorso incidentale, il signor Alfa ha impugnato il verbale di proclamazione degli eletti, deducendo la spettanza in suo favore di ulteriori 15 voti nella sezione 8, allegando dichiarazioni sostitutive di atto notorio di rappresentanti di lista, candidati, elettori presenti allo spoglio, indicanti tale numero di ulteriori voti non attribuiti.

Con riferimento al terzo motivo e quanto alla censura di violazione dell'art. 11 del d.lg. n. 235 del 2012, il signor Caio ha dedotto che – ai sensi dell'art. 25 Cost. e dei principi della Convenzione Edu – la relativa disposizione non si applica in relazione alle condotte poste in essere prima della sua entrata in vigore.

Nel corso del giudizio, i controinteressati e il Comune hanno chiesto che comunque il ricorso sia integralmente respinto.

Il T.A.R., con il dispositivo n. X del 2019, cui faceva seguito la sentenza n. XX del 2019:

- ha dichiarato inammissibile per difetto di interesse il primo motivo, rilevando d'ufficio che, dalla lettura del verbale della sezione n. 10, si desume un errore materiale, poiché si legge che al candidato Alfa sono stati attribuiti 3 voti, mentre in realtà da pagina 49 si desume che sono stati attribuiti 13 voti; sicché, facendo



applicazione, per un evidente principio di equità, dei principi sulla cd. ~~prova~~ di resistenza, il risultato comunque non cambierebbe;

- di conseguenza, ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale;
- ha accolto il secondo motivo, ritenendo che il verbale dell'Ufficio Centrale Elettorale si fonda sull'erroneo presupposto che l'espressione "voti validi" debba ricomprendere anche tutti i voti espressi in favore dei candidati alla carica di sindaco nell'ambito del turno di ballottaggio e rilevando che il riferimento dell'art. 73, comma 10, ai voti validi si riferisce solo al primo turno; ha respinto il terzo motivo, escludendo l'applicabilità dell'art. 11 del d.lg. n. 235 del 2012, poiché la condanna ha riguardato una condotta di tentativo di abuso d'ufficio, non presa in considerazione dal medesimo art. 11;
- per la soccombenza parziale, ha condannato il Comune al pagamento in misura ridotta delle spese del giudizio.

- 8 MAR. 2019

Il dispositivo della sentenza e la motivazione sono stati impugnati - con distinti appelli, tutti seguiti da rituali motivi aggiunti - dal signor Tizio, dal signor Sempronio, dal signor Caio e dal Comune.

Nell'impugnare la statuizione di inammissibilità delle censure riguardanti la proclamazione del signor Alfa, il signor Tizio ha lamentato che il TAR avrebbe violato le regole processuali per cui solo con ricorso incidentale si può ampliare il *thema decidendi* introdotto nel giudizio elettorale, anche quando si discuta di un mero errore materiale, sicché, in mancanza del ricorso incidentale del signor Alfa, non potevano essere presi in considerazione i 10 voti in questione.

Nel merito, avverso la proclamazione del signor Alfa, il signor Tizio ha riproposto le censure di primo grado, allegando le dichiarazioni sostitutive dei due rappresentanti di lista e deducendo che comunque contrasterebbe con l'art. 24 Cost. il subordinare l'ammissibilità di una censura del ricorso elettorale alla produzione di dichiarazioni sostitutive.

Con riferimento alla reiezione del terzo motivo di violazione dell'art. 11 del d.lg. n. 235 del 2012, l'appellante signor Tizio ha dedotto che si tratterebbe di una questione devoluta al giudice civile (riservandosi di agire con la *translatio iudicii*, con conseguente interesse a proporre il motivo d'appello).

Il signor Sempronio ha chiesto la riforma della sentenza del TAR col rigetto del secondo motivo di primo grado, deducendo che:

- 1) il riferimento ai "voti validi", di cui all'art. 73, comma 10, riguarda anche il secondo turno perché per "voti validi" deve intendersi la somma dei voti validamente espressi per tutte le liste e dei candidati alla carica di Sindaco in entrambi i turni di scrutinio, ovvero nell'intero procedimento elettorale;
- 2) l'espressione "voti validi" indica tutti i voti espressi nell'intero procedimento elettorale che conduce all'elezione del sindaco ed al rinnovo del consiglio comunale, poiché il procedimento di elezione ed assegnazione dei seggi per il consiglio comunale è unitario e in esso l'elezione del consiglio è strettamente



collegata a quella del sindaco, tanto che, ai sensi dell'art. 73, comma 4, solo all'esito del secondo turno vengono assegnati i seggi alle liste;

- 3) l'assetto del consiglio può essere definito solo all'esito del secondo turno, come dimostra la possibilità del cd. apparentamento, che può modificare radicalmente la composizione del consiglio comunale;
- 4) l'interpretazione sostenuta in appello è coerente con l'esigenza di garantire al Sindaco la maggioranza consiliare, poiché la caratteristica della forma di governo comunale è un sistema per l'elezione del consiglio che consenta al sindaco di svolgere adeguatamente le funzioni stabilite dalla legge, garantendo che tra esecutivo e maggioranza consiliare vi sia "consonanza politica".

L'appellante, per il caso in cui risultasse condivisibile la *ratio decidendi* della sentenza impugnata, ha chiesto di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 10, poiché in tal caso risulterebbero violati gli artt. 3, 48 e 97 della Costituzione, derivando una disparità di trattamento tra i voti espressi nel primo turno di elezione e quelli espressi nel secondo, che non conterebbero al fine della determinazione del totale dei voti validi, con una lesione al principio di efficienza, in quanto il Comune sarebbe sottoposto permanentemente agli indirizzi contrari della maggioranza consiliare, con rischi continui di commissariamento.

Il signor Caio ha impugnato la sentenza nella parte in cui si è pronunciata - pur respingendola - sulla censura di violazione dell'art. 11, comma 1, del d.lg. n. 235 del 2012, trattandosi di una questione incidente su posizioni di diritto soggettivo, conoscibili dal giudice ordinario.

Con il suo appello, il Comune ha impugnato la statuizione del TAR che lo ha condannato al pagamento delle spese del giudizio, rilevando che non sussistono i presupposti della sua soccombenza.

Si è costituito in sede di appello il signor Alfa, il quale ha riproposto la censura formulata col suo ricorso incidentale, chiedendone l'accoglimento, per il caso di accoglimento dell'appello del signor Tizio, ed ha eccepito l'inammissibilità del deposito in appello delle dichiarazioni sostitutive dei rappresentanti di lista, effettuato da Tizio.

Con memoria, il signor Tizio ha resistito agli appelli proposti dal signor Sempronio e dal Comune, deducendo in particolare che il Comune in primo grado ha chiesto il rigetto del ricorso originario, risultando parzialmente soccombente.

Il candidato rediga la decisione esaminando tutte le questioni in rito e in merito anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea astrattamente a precludere l'esame delle altre ovvero ritenga possibile l'assorbimento di uno o più motivi.

A

[Handwritten signatures]

- 8 MAR. 2019



PROVA PRATICA

TRACCIA N. 2

8 MAR 2019

Una centrale di committenza bandiva gara per l'affidamento, a mezzo di apposita convenzione, del servizio triennale di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di riscaldamento delle sedi e degli uffici delle Amministrazioni territoriali aderenti al sistema di *procurement* accentrato.

Alla gara partecipavano le società A, B e C.

L'appalto veniva aggiudicato alla società A, seconda classificata la società C e terza la società B.

La società B impugnava l'aggiudicazione con ricorso ritualmente notificato, sostenendo che le offerte presentate dalle società A e C fossero imputabili ad un unico centro decisionale.

Il ricorso veniva rigettato dal Tar con sentenza in forma semplificata emessa in esito all'udienza camerale.

A seguito della pubblicazione della sentenza la centrale di committenza stipulava senza indugio la convenzione con la società A.

La società B interponeva tempestivamente rituale appello al Consiglio di Stato.

Con sentenza in forma semplificata emessa in esito all'udienza camerale il Consiglio di Stato, ritenendo che le offerte delle società A e C fossero di fatto imputabili ad un centro decisionale *de facto* unitario, in riforma della sentenza impugnata annullava l'aggiudicazione disposta a favore della società A e statuiva il diritto della società B all'aggiudicazione della gara ed al conseguente subentro nella convenzione stipulata tra la società A e la centrale di committenza.

La società B, quindi, avanzava formale richiesta alle Amministrazioni aderenti al sistema di *procurement* accentrato di subentrare nei contratti da queste frattanto stipulati con la società A, ricevendo, tuttavia, un rifiuto motivato dall'assunto carattere perplesso della sentenza del Consiglio di Stato, che, lungi dal menzionare espressamente il subentro nei contratti a valle, disponeva il solo subentro nella convenzione a monte.

La società B, pertanto, radicava ricorso ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a. di fronte al Consiglio di Stato.

- 8 MAR 2019
CONSIGLIO DI STATO

Il ricorso veniva notificato alla stazione appaltante ed alla società A nel domicilio rispettivamente eletto all'atto della costituzione nel giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato.

Nessuno si costituiva.

Il Consiglio di Stato definiva il giudizio statuendo che l'espressione "*subentro nella convenzione*" comportasse il subentro della società B anche nei contratti stipulati a valle dalle Amministrazioni aderenti al sistema di *procurement* accentrato.

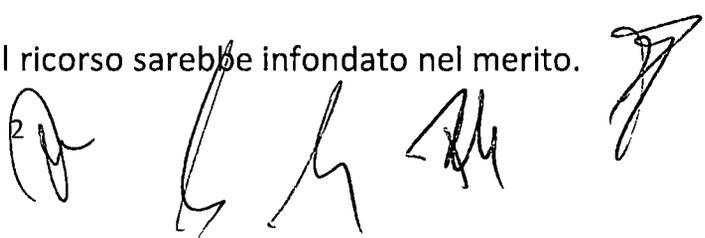
La società X, gerente una catena alberghiera con numerosi hotel, radicava ritualmente opposizione di terzo, sostenendo di avere stipulato con la società A, in esecuzione di un antecedente accordo preliminare condizionato alla futura aggiudicazione della gara, un contratto di cospicuo importo per garantire ospitalità alberghiera al personale della medesima impegnato presso le sedi delle varie Amministrazioni nello svolgimento del servizio per cui è causa: la società X precisava di ricevere dalla sentenza una lesione del proprio interesse economico ed imprenditoriale di carattere diretto, attuale e di magnitudine potenzialmente devastante, avendo già assunto obbligazioni contrattuali con sub-fornitori e non potendo, comunque, agevolmente ricollocare sul mercato le assai numerose stanze riservate ai dipendenti della società A.

La società X, in particolare, lamentava in rito che il ricorso introduttivo del giudizio di chiarimenti non era stato notificato alla società C ed osservava, nel merito, che i chiarimenti forniti dal Consiglio di Stato andavano contro la lettera del dispositivo della sentenza di appello, per vero riferito alla sola convenzione con la centrale di committenza senza alcuna menzione dei contratti a valle.

Si costituiva la sola società B formulando, in rito, i seguenti rilievi:

- il ricorso sarebbe inammissibile, sia perché la società X non avrebbe natura di terzo ai sensi e per gli effetti del promovimento del giudizio di opposizione, sia perché, a tutto concedere, il ricorso avrebbe dovuto essere proposto nei confronti della sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva definito il giudizio di appello;
- il ricorso sarebbe irricevibile, in quanto il relativo deposito era stato effettuato il trentesimo giorno dal perfezionamento della notificazione;
- la società X non sarebbe legittimata a lamentare l'omissione dell'evocazione in giudizio della società C, che, peraltro, non avrebbe avuto un concreto interesse a partecipare al giudizio.

La società B aggiungeva, comunque, che il ricorso sarebbe infondato nel merito.





- 8 MAR. 2019

La società X controdeduceva con memoria:

- che essa rivestiva a tutti gli effetti la qualità di terzo, giacché il contratto concluso con la società A, oltretutto in esecuzione di un preliminare anteriore alla stessa aggiudicazione, non aveva affatto i caratteri del sub-contratto rispetto alla convenzione intercorsa fra la centrale di committenza e la stessa società A, ma costituiva, di contro, una pattuizione autonoma;
- che il pregiudizio subito conseguiva, in concreto, solo alla sentenza di chiarimenti;
- che il termine per il deposito del ricorso sarebbe quello ordinario, alla luce dell'autonomia in rito del procedimento di opposizione di terzo rispetto alla sentenza opposta.

Nel corso del giudizio decedeva l'unico avvocato della società B.

La società X, che aveva avuto contezza documentale della circostanza solo all'udienza camerale di trattazione, provvedeva a riassumere il giudizio con atto notificato alle controparti sessanta giorni dopo e tempestivamente depositato.

La società B si costituiva e, nel ribadire le proprie difese, eccepiva l'irritualità della riassunzione.

Nelle more, con distinto ricorso ritualmente notificato la società A proponeva a sua volta opposizione di terzo avverso la sentenza di chiarimenti, in tesi viziata da un originario difetto di notifica: il ricorso introduttivo di tale giudizio, infatti, le era stato notificato presso il domicilio eletto all'atto della costituzione nel giudizio d'appello (la segreteria del Consiglio di Stato), benché, in corso di causa, tale domicilio fosse stato poi mutato.

La società A, inoltre, lamentava che la sentenza in forma semplificata con cui il Consiglio di Stato aveva, in riforma del Tar, annullato l'aggiudicazione alla società A non era stata preceduta da alcun avviso, con conseguenze, in tesi, *eo ipso* invalidanti anche con riferimento alla successiva sentenza di chiarimenti, che da questa strutturalmente e funzionalmente dipenderebbe.

Nel merito, la società A sosteneva che quanto disposto dal Consiglio di Stato in sede di chiarimenti non fosse condivisibile, giacché il subentro della società B esclusivamente nella convenzione era l'unica soluzione che consentisse il rispetto del fondamentale principio del contraddittorio: nel giudizio, infatti, non erano state *ab initio* evocate (né in seguito chiamate) le Amministrazioni aderenti al sistema di *procurement* accentrato.

Si costituiva la stazione appaltante.

3

Si costituiva la società B, la quale svolgeva le seguenti difese ed eccezioni di rito:

- il ricorso introduttivo del giudizio per chiarimenti dinanzi al Consiglio di Stato sarebbe stato ritualmente notificato: il mutamento del domicilio, infatti, sarebbe stato operato con atto non notificato; oltretutto, il nuovo domicilio non era ubicato in Roma, con conseguente irrilevanza della relativa menzione nella sentenza che definiva il giudizio;
- non constava in atti che l'avvocato cui la società A aveva conferito mandato fosse ammesso al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori;
- l'art. 120 c.p.a. fa salva "la possibilità della definizione immediata del giudizio nell'udienza cautelare", con ciò intendendosi che l'emanazione di sentenza in forma semplificata è considerata un'opzione *ex lege* sempre consentita, senza la necessità dell'assolvimento da parte del Collegio di alcun particolare onere comunicativo.

Nel merito, la società B ribadiva le proprie argomentazioni circa la correttezza di quanto statuito dal Consiglio di Stato in sede di chiarimenti, osservando che, in sede di ricorso avverso l'aggiudicazione, aveva chiesto sin dal primo grado il subentro in tutti i contratti nelle more stipulati dalla società A in virtù dell'illegittima aggiudicazione e che la sentenza emessa dal Consiglio di Stato in sede di definizione del giudizio di appello recava, in dispositivo, l'accoglimento delle proprie istanze senza alcuna espressa limitazione.

Quanto alle eccezioni di rito mosse *ex adverso* la società A contro-deduceva con memoria:

- che la società B aveva formulato le proprie difese con atto depositato soltanto il trentacinquesimo giorno successivo alla ricezione della notificazione del ricorso;
- che l'avvocato cui era stato conferito il mandato era da tempo ammesso al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, come dimostrato da documentazione allegata alla memoria stessa.

Il Consiglio di Stato, riuniti i giudizi, introitava l'affare per la decisione.

Il candidato rediga la decisione esaminando tutte le questioni in rito e in merito anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea astrattamente a precludere l'esame delle altre ovvero ritenga possibile l'assorbimento di uno o più motivi.



- 8 MAR 2019

PROVA PRATICA
TRACCIA 3



La società Z realizzava sul tetto piano di un edificio commerciale un impianto fotovoltaico per il quale il Gestore dei Servizi Energetici (GSE) nel mese di giugno 2012 riconosceva la tariffa incentivante ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. g) del d.m. 5 maggio 2011 (cd. 4° conto energia).

In esito alla verifica disposta dal Gestore, con provvedimento n. X del 2016 veniva dichiarata la decadenza dell'impianto dalla tariffa incentivante.

Il provvedimento di decadenza si fondava su due distinte motivazioni:

- I) il mancato rispetto delle condizioni architettoniche che avrebbero reso corretta l'installazione dei pannelli fotovoltaici;
- II) l'illegittimità della variante al titolo edilizio rilasciato dall'Amministrazione comunale.

La società Z, in qualità di soggetto responsabile dell'impianto, e il signor Tizio, nella qualità di progettista dell'impianto medesimo, impugnavano il provvedimento di decadenza, censurando:

- I) il difetto di istruttoria, perché i pannelli sarebbero stati correttamente installati;
- II) l'eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità, dell'irragionevolezza e della sproporzione della sanzione comminata, perché eventuali scostamenti in sede di esecuzione rispetto alle specifiche tecniche, sarebbero in concreto irrilevanti in ragione della particolare conformazione della struttura di sostegno dei pannelli, che rende possibile una loro diversa regolazione e inclinazione;
- III) la violazione dell'art. 42 del decreto legislativo n. 28 del 2011, sotto il profilo della carenza assoluta dei presupposti, perché le condizioni tecniche dell'installazione dell'impianto erano già note al GSE al momento della richiesta della tariffa incentivante e sono rimaste immutate fino al giorno della verifica;
- IV) la violazione dell'art. 42 del decreto legislativo n. 28 del 2011, sotto il diverso profilo della carenza assoluta dei presupposti e del cattivo esercizio del potere di controllo spettante al GSE, invasivo delle competenze spettanti ad altre pubbliche amministrazioni;
- V) la violazione dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, per difetto di interesse pubblico alla rimozione dell'atto; per lesione dell'affidamento del privato; per mancata comparazione tra i contrapposti interessi.

Il GSE si costituiva in giudizio, eccependo il difetto di legittimazione attiva di Tizio e, nel merito, chiedeva il rigetto del ricorso, osservando che i pannelli non erano stati correttamente installati; che in ogni caso è irrilevante la misura dello scostamento, trattandosi di attività vincolata; che il potere di verifica non ha natura di autotutela; che il privato si è assunto la responsabilità delle proprie dichiarazioni; che possono essere sindacati anche gli atti delle altre Amministrazioni pubbliche, essendo il presupposto per il riconoscimento degli incentivi.

8 MAR. 2019



Nelle more del giudizio, il GSE d'ufficio riesaminava il provvedimento impugnato -previa rinnovazione dell'istruttoria e con richiesta di ulteriori chiarimenti- e decideva di confermarlo con la stessa motivazione, chiedendo altresì la restituzione degli incentivi già erogati.

I ricorrenti impugnavano anche tale provvedimento con atto di motivi aggiunti (notificato al legale rappresentante del Gestore), riproponendo le medesime censure.

Il GSE eccepiva l'inammissibilità dei motivi aggiunti per omessa notificazione al procuratore costituito e, comunque, ne contestava la fondatezza nel merito.

Gli appellanti replicavano sostenendo la ritualità della notificazione.

Il Tar disponeva verifica, dalla quale emergeva un parziale scostamento rispetto alle prescrizioni tecniche. All'esito, definiva il giudizio con una sentenza in cui:

- a) dichiarava il difetto di legittimazione attiva del progettista, siccome titolare di un interesse di mero fatto alla conservazione dell'atto;
- b) dichiarava l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, ritenendo il secondo provvedimento un atto di conferma propria;
- c) respingeva l'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti;
- d) nel merito, escludeva l'applicabilità dell'art. 21-nonies, della l. n. 241 del 1990;
- e) accoglieva il solo motivo concernente l'eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità e dell'irragionevolezza, ritenendo lo scostamento dell'installazione rispetto alle specifiche tecniche ministeriali in concreto irrilevante e la sanzione della decadenza sproporzionata;
- f) assorbiva tutte le altre censure;
- g) per l'effetto, in accoglimento del ricorso per motivi aggiunti, annullava l'atto impugnato;
- h) compensava le spese di lite.

La sentenza (non notificata) veniva pubblicata il 17 gennaio 2018.

Il GSE impugnava la sentenza (notificando via pec l'atto di appello il 17 luglio 2018) e:

- a) riproponeva la pregiudiziale eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti;
- b) nel merito, censurava il ragionamento logico-giuridico seguito dal primo giudice in ordine all'unico motivo accolto, sostenendo la natura vincolata del potere di verifica e di controllo;
- c) comunque, contestava la correttezza della sentenza nella parte in cui aveva assorbito le altre censure dedotte dai ricorrenti avverso l'altro autonomo profilo motivazionale del provvedimento, idoneo da solo a sostenerlo;
- d) depositava, inoltre, una consulenza tecnica di parte al fine di sostenere che lo scostamento dell'impianto non fosse affatto di poca importanza.

- 8 MAR. 2019

La società Z e il signor Tizio chiedevano il rigetto dell'avverso gravame; inoltre, impugnavano la sentenza con appello incidentale notificato il 16 ottobre e tempestivamente depositato, ritenendola erronea nella parte in cui aveva:

- I) dichiarato il difetto di legittimazione attiva di Tizio, siccome titolare di un interesse quantomeno morale all'annullamento dell'atto;
- II) dichiarato l'improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio, siccome il secondo provvedimento si fondava sulle medesime motivazioni di quello precedentemente emanato;
- III) nel merito del ricorso per motivi aggiunti, escluso l'applicabilità dell'art. 21-nonies, della legge n. 241/1990, insistendo in ordine alla natura del potere di verifica quale esercizio di autotutela amministrativa;
- IV) assorbito tutte le altre censure proposte;
- V) compensato integralmente tra le parti le spese di lite, nonostante la sostanziale vittoria della lite della parte ricorrente.

Gli appellanti incidentali, pertanto, riproponevano espressamente tutte le censure rimaste assorbite e, in relazione a quella concernente il (ritenuto) cattivo esercizio del potere di controllo da parte del GSE sui titoli abilitativi rilasciati dalle altre pubbliche amministrazioni, formulavano altresì al Collegio richiesta di rimessione della questione di legittimità costituzionale:

a) per violazione della riserva di funzioni amministrative attribuite, in via principale, dall'art. 118 Cost., comma 1, ai Comuni. Inoltre, sarebbe violato il secondo comma della predetta disposizione costituzionale, secondo cui i Comuni sono titolari di funzioni proprie, tra le quali rientra certamente la tradizionale attribuzione in tema di governo del territorio e di rilascio dei titoli abilitativi;

b) per violazione degli artt. 103 e 113 Cost., in quanto verrebbe attribuito a un organo amministrativo un generalizzato potere di controllo sulla legittimità degli atti amministrativi rilasciati da tutte le Amministrazioni, statali e locali, in contrasto con il principio di separazione dei poteri e con la riserva, contemplata in Costituzione, spettante all'autorità giudiziaria relativa al sindacato sulla legittimità dell'attività compiuta dalla P.A. Sotto tale profilo, sarebbe addirittura ipotizzabile l'elusione del divieto di istituzione di giudici speciali sancito dall'art. 102, comma 2, Cost., in quanto verrebbero attribuiti a una società pubblica poteri spettanti in via esclusiva al potere giurisdizionale.

Eccepivano l'inammissibilità, per tardività, dell'avversa produzione documentale.

Ai sensi dell'art. 73 del cod. proc. amm., depositavano una memoria integrativa (non notificata) in cui asserivano l'applicazione, al caso *de quo*, della norma inserita dal comma 960 dell'art. 1 della legge n. 205 del 2017, al comma 3 dell'art. 42 del decreto legislativo n. 28 del 2011.

Il GSE eccepiva:

- a) l'irricevibilità per tardività dell'appello incidentale;
- b) l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello incidentale nel merito;
- c) l'inammissibilità del motivo concernente l'asserita illegittimità dell'atto impugnato ai sensi della legge n. 205/2017, perché nuovo e contenuto in una memoria non notificata;



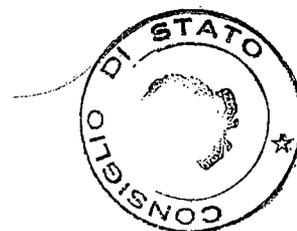
8 MAR. 2019

- d) in subordine, l'infondatezza dello stesso motivo nel merito, non essendo la novella applicabile *ratione temporis* alla fattispecie;
 - e) la tardività della proposizione della richiesta di rimessione della questione di legittimità costituzionale;
 - f) l'inammissibilità dell'avversa produzione documentale, ai sensi dell'art. 104 del c.p.a..
- Reiterava, ad ogni buon conto, l'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti di primo grado.

Gli appellanti incidentali controdeducevano a tutte le avverse eccezioni, sostenendone l'infondatezza.

All'udienza pubblica le parti discutevano la causa e il Collegio la tratteneva per la decisione.

Il candidato rediga la decisione sull'appello esaminando tutte le questioni in rito e in merito anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea astrattamente a precludere l'esame delle altre ovvero ritenga possibile l'assorbimento di uno o più motivi.



Five handwritten signatures in black ink, arranged horizontally. The signatures are stylized and vary in length and complexity, representing the members of the Collegio.