



Consiglio di Stato

Tribunali Amministrativi Regionali

Commissione concorso pubblico, per titoli ed esami, a 53 posti di Referendario di Tribunale Amministrativo Regionale bandito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri in data 20 giugno 2022 (Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana- 4^a Serie speciale «Concorsi ed esami» - n. 56 del 15 luglio 2022)

TRACCE PROVE SCRITTE

DIRITTO PRIVATO (data prova 28 febbraio 2023)

TRACCIA ESTRATTA

1. **Il giudizio di meritevolezza degli interessi ai sensi dell'art. 1322 del codice civile**

TRACCIA NON ESTRATTA

2. **L'assunzione del debito altrui**

TRACCIA NON ESTRATTA

3. **Tipicità e numero chiuso dei diritti reali**

DIRITTO AMMINISTRATIVO (data prova 1 marzo 2023)

TRACCIA ESTRATTA

3. **I limiti amministrativi alla libertà di circolazione**

TRACCIA NON ESTRATTA

1. **Il giudicato a formazione progressiva nel giudizio di ottemperanza, con particolare riferimento all'azione ex art. 112 comma 5 del codice del processo amministrativo**

TRACCIA NON ESTRATTA

2. **Espropriazione per pubblica utilità e usucapione pubblica**

PROVA PRATICA DIRITTO AMMINISTRATIVO
(data prova 2 marzo 2023)

TRACCIA ESTRATTA

2. La società Alfa, in qualità di proprietaria di un complesso immobiliare avente destinazione artigianale, sito in zona D2 di PRG, con SCIA alternativa al permesso di costruire, presentata in data 25 febbraio 2019, segnalava la propria intenzione di realizzare un intervento di ristrutturazione edilizia, mediante demolizione e ricostruzione, con ampliamento al di sotto del 10% della volumetria preesistente, conforme alla disciplina urbanistica ordinaria di cui all'art. 26 delle NTA della variante generale al PRG, secondo cui *«E' ammesso il cambio di destinazione d'uso solo per le attività che rientrano in quelle artigianali non nocive comprese negli elenchi di cui al DM 12 febbraio 1971 quali attività espositive, artigianali e di commercializzazione dei prodotti di artigianato locale»*, e inoltre: *«Per gli edifici esistenti sono ammessi interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, ristrutturazione, ampliamenti, demolizione con ricostruzione. Gli ampliamenti sono consentiti "una tantum" nella misura del 10% della superficie coperta sempre che sussistano le condizioni di rispetto degli indici e dei distacchi per gli interventi previsti in aree libere di cui al presente articolo e sempre che siano soddisfatti gli standard di cui al DM n. 1444/1968»*.

Con esposto del 31 gennaio 2020 la società Beta, esercente un'attività commerciale, analoga a quella intrapresa da Alfa, in un immobile viciniore, contestava la legittimità dei lavori nelle more eseguiti da Alfa in forza della SCIA, ritenendoli non compatibili con la destinazione urbanistica dell'area. Il Comune, pertanto, avviava un procedimento di verifica, nel contraddittorio tra le parti. Nelle more del procedimento di verifica, con istanza del 15 maggio 2020, Alfa, in via espressamente subordinata e al dichiarato fine di trovare una soluzione condivisa delle problematiche insorte, richiedeva, ex art. 36 del DPR 380/2001, l'accertamento di conformità delle opere fino a quel momento realizzate. A definizione del procedimento di verifica il Comune adottava la nota del 15 giugno 2020 con cui confermava sia la legittimità della destinazione d'uso commerciale nella zona D2 ai sensi dell'art. 26 delle NTA del PRG vigente, peraltro conforme alla normativa regionale, sia la legittimità del cambio di destinazione d'uso da artigianale a commerciale realizzato in forza della SCIA del 25 febbraio 2019. Ciononostante affermava l'invalidità della suddetta SCIA in quanto per lo stesso intervento, dopo la realizzazione, è stata presentata istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del DPR 380/2001: richiesta ritenuta confessoria della natura abusiva delle opere. Con successivo provvedimento il Comune ha respinto anche l'istanza di accertamento di conformità in quanto non era stata indicata la data di inizio e fine lavori, necessaria alla verifica della conformità urbanistica al momento della realizzazione dell'intervento.

La società Alfa, incardinando il ricorso "A", ha impugnato la suddetta nota nella parte in cui ha considerato "invalida" la SCIA del 25 febbraio 2019, lamentando che il Comune avrebbe esercitato il potere di vigilanza edilizia, di cui agli artt. 27-31 DPR n. 380/2001, in assenza delle condizioni previste dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241/90, per come richiamate dall'art. 19 comma 4 della legge n. 241/90. Inoltre il Comune avrebbe omissso di considerare che la richiesta di accertamento di conformità, ex art. 36 DPR n. 380/2001 era stata presentata soltanto in "subordine" a fini "cautelativi", non potendo quindi essere considerata quale ammissione della abusività delle opere fino a quel momento realizzate. La società Alfa ha, altresì, impugnato il diniego di accertamento di conformità evidenziandone l'irragionevolezza, atteso che le informazioni asseritamente mancanti erano già agli atti del fascicolo edilizio di riferimento, risultando sia la data di avvio dei lavori sia quella di fine lavori, regolarmente comunicate.

La società Beta, evocata in giudizio in qualità di controinteressata, si è costituita in giudizio invocando, quanto alla legittimazione a sollecitare l'esercizio dei poteri di vigilanza di cui all'art. 19 comma 3 L. n. 241/90, la *vicinitas* anche commerciale rispetto al complesso edilizio della ricorrente, intesa anche quale sovrapposibilità del bacino d'utenza, ritenuta potenzialmente idonea a vulnerarne il volume di affari. Ha sostenuto la legittimità della declaratoria di invalidità

della SCIA di cui alla nota del 15 giugno 2020, sia perché conforme al paradigma normativo di cui agli artt. 19 comma 3 e 21 *nonies* L. n. 241/90 sia perché il carattere abusivo delle opere risulterebbe comprovato dall'intervenuta presentazione dell'istanza di sanatoria.

Il Comune ha resistito al gravame sostenendo la tempestività del potere amministrativo esercitato e osservando che l'interesse pubblico al ripristino dello stato dei luoghi, prevalente sull'affidamento *medio tempore* maturato dalla ricorrente, sarebbe implicito.

Con ricorso "B" la società Beta ha impugnato anch'essa la nota del 15 giugno 2020 nella parte in cui il Comune, nel definire il procedimento di verifica urbanistico-edilizia, ha affermato sia la legittimità della destinazione d'uso commerciale nella zona D sottozona D2 ai sensi dell'art. 26 delle NTA del PRG vigente sia la legittimità del cambio di destinazione d'uso da artigianale a commerciale realizzato in forza della SCIA del 25 febbraio 2019.

In sintesi lamenta che il mutamento della destinazione d'uso da "artigianale" a "commerciale" sarebbe illegittimo in quanto contrario all'art. 8 delle NTA al PRG, secondo cui i mutamenti in parola, ove eseguiti, come nella specie, tra categorie funzionali non omogenee, necessiterebbero del permesso di costruire.

La società ha, infine, avanzato domanda di condanna all'adozione dei provvedimenti repressivi richiesti, ritenendo che il Comune sia a ciò tenuto, nell'esercizio di un potere doveroso e vincolato.

Il Comune, nel costituirsi in giudizio, ha difeso la legittimità del proprio operato, in quanto coerente con le normative di rango primario e secondario di riferimento. La società Alfa, costituitasi in giudizio, ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non avendo la ricorrente dimostrato, neanche in via indiziaria, al di là della mera *vicinitas*, il pregiudizio concreto che deriverebbe alla sua sfera giuridica.

Il ricorso sarebbe, altresì, inammissibile per carenza di interesse anche in quanto tenderebbe tardivamente alla coazione dei poteri inibitori di cui all'art. 19 comma 3 e 6 *bis* L. n. 241/90 da cui il Comune sarebbe decaduto. Nel merito ha comunque contestato gli assunti della ricorrente con argomentazioni analoghe a quelle spese nel ricorso "A".

In udienza pubblica i due ricorsi sono stati discussi congiuntamente e, all'esito, sono stati trattenuti in decisione.

Il candidato estenda la motivazione della sentenza, nella parte in diritto e nel dispositivo, affrontando tutti i profili in rito, anche ove rilevabili d'ufficio, nonché il merito. Qualora uno dei profili trattati avesse natura impediente dell'esame di ulteriori motivi, questioni o eccezioni, il candidato, in calce alla sentenza, dovrà comunque esaminare tutti tali motivi, questioni ed eccezioni.

TRACCIA NON ESTRATTA

1. La società ALFA ha partecipato alla gara pubblica indetta dalla Provincia per l'appalto avente ad oggetto l'affidamento del servizio progettazione ed esecuzione dei lavori di abbattimento e ricostruzione di un Istituto scolastico.

Il disciplinare di gara richiedeva, tra gli altri requisiti, il possesso di certificazione SOA per l'esecuzione di lavorazioni appartenenti alla categoria OG1, classifica IV-bis, per un importo di € 3.000.000,00.

La società BETA, quale mandante dell'A.T.I. poi divenuta aggiudicataria, ha dichiarato, in sede di gara, di eseguire siffatte lavorazioni relative alla categoria OG1 in misura del 20% sull'importo complessivo, quindi per € 600.000,00.

Peraltro, con particolare riguardo alla suddetta categoria, la società ALFA ha dichiarato di avvalersi delle attrezzature della società GAMMA, con la quale stipulava apposito contratto di avvalimento in data 1° febbraio 2021.

La società ALFA si è aggiudicata provvisoriamente la gara in A.T.I. con il Consorzio Stabile e la BETA.

In seguito la Provincia, dopo aver effettuato le apposite verifiche d'ufficio, ha estromesso l'A.T.I. con determinazione prot. n. 000 per carenza, in capo alla mandante BETA, del requisito tecnico dell'attestazione SOA in cat. OG1 nel periodo dal 15.4.2021 al 20.6.2021.

Con ricorso la società ATI ALFA ha impugnato la suddetta determinazione contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

Violazione del disciplinare di gara, violazione e falsa applicazione dell'art.48 del d.lgs. n. 50/2016- violazione dei principi generali in tema di garanzie partecipative- violazione l. n. 241/90 e dei doveri di

trasparenza, collaborazione e buona fede, in quanto il possesso del requisito di qualificazione in via continuativa era garantito dalle altre mandanti dell'originario raggruppamento.

Con istanza notificata alla Provincia, la ricorrente chiedeva l'annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione, invocando, tra l'altro, l'applicazione dell'art. 48 co. 19 del d.lgs. n. 50/2016, dal momento che il requisito contestato era posseduto integralmente dalla mandante Consorzio.

Tale istanza veniva rigettata dalla Provincia, con nota prot. n. 111/2021, a conferma della precedente esclusione, sul presupposto del divieto di modificazione soggettiva dell'ATI per vicende legate alla carenza dei requisiti di qualificazione da parte di uno dei suoi componenti.

Con il primo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato anche il predetto provvedimento, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento per motivi sostanzialmente sovrapponibili a quelli articolati nel ricorso introduttivo.

Parallelamente, esclusa dalla gara l'A.T.I. ricorrente, la Provincia ha annullato l'aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore e la procedura veniva, quindi, aggiudicata alla seconda classificata.

Con secondo atto recante motivi aggiunti quest'ultimo provvedimento veniva impugnato dalla ricorrente deducendo l'illegittimità dello stesso per invalidità derivata.

Il Consorzio secondo classificato, divenuto nelle more aggiudicatario della gara, ha proposto ricorso incidentale per l'annullamento del provvedimento di ammissione e/o della mancata esclusione dell'ATI, deducendo motivi di illegittimità dell'ammissione per invalidità del contratto di avvalimento in merito all'effettiva disponibilità in capo alla società GAMMA dei mezzi dichiarati nel medesimo contratto.

Alla luce delle contestazioni mosse nel suddetto ricorso incidentale, al fine di verificare la legittimità del contratto di avvalimento della ricorrente, l'Amministrazione Provinciale chiedeva – con nota prot. 222– chiarimenti alla ricorrente in merito alla disponibilità, in capo alla avvalsa GAMMA, di alcuni mezzi dichiarati nel contratto di avvalimento.

Con il terzo atto recante motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la predetta nota prot. n. 222.

In udienza pubblica la causa è stata trattenuta in decisione.

Il candidato estenda la motivazione della sentenza, nella parte in diritto e nel dispositivo, affrontando tutti i profili in rito, anche ove rilevabili d'ufficio, nonché il merito. Qualora uno dei profili trattati avesse natura impediante dell'esame di ulteriori motivi, questioni o eccezioni, il candidato, in calce alla sentenza, dovrà comunque esaminare tutti tali motivi, questioni ed eccezioni.

TRACCIA NON ESTRATTA

3. Il Comune X, il cui Piano triennale di prevenzione della corruzione e trasparenza (PTPCT) prevede, tra l'altro, la rotazione dei responsabili di servizio delle aree a rischio corruzione, data l'impossibilità di dare attuazione a tale principio avvalendosi del personale dipendente interno, periodicamente, per il settore più esposto a rischi corruttivi, quale l'ufficio tecnico, ha provveduto ad assegnare la responsabilità del servizio a personale dipendente esterno, in convenzione con altri enti; a tal fine, il Sindaco chiedeva al Comune Z di potersi avvalere di Mevio, dipendente del predetto Comune, per un periodo di dodici mesi.

A seguire, i comuni X e Z sottoscrivevano la convenzione con cui concordavano l'utilizzo di Mevio da parte del Comune X per un anno. Nelle more, il Sindaco di X chiedeva al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) di verificare se ricorressero le condizioni di legge per poter conferire l'incarico in questione. Il RPCT chiedeva a Mevio una autodichiarazione sull'insussistenza delle cause di inconferibilità/incompatibilità degli incarichi, di cui al D.Lgs. 39/2013, acquisiva il certificato del casellario giudiziale. Nella autodichiarazione Mevio evidenziava che, pur avendo subito una condanna non definitiva, per reati di cui al capo I titolo II del libro secondo del codice penale, non sussistevano più cause di inconferibilità, essendo decorsi i termini previsti dall'art. 3, comma 3, D.Lgs. 39/2013. Il Sindaco, quindi, conferiva la posizione organizzativa a Mevio con decreto del 1 agosto 2019.

In data 5 novembre 2019 l'ANAC inviava al Comune X la comunicazione di avvio di un procedimento di vigilanza relativo ad una possibile ipotesi di inconferibilità in relazione agli incarichi assegnati a Mevio. Nonostante la documentazione prodotta e le osservazioni presentate dal Comune, l'ANAC, in data 6 marzo 2020, adottava la delibera con cui ravvisava: - la sussistenza di una fattispecie di inconferibilità, ai sensi dell'art. 3, commi 1 e 3 del D.Lgs. n. 39/2013, dell'incarico di posizione organizzativa di responsabile di servizi conferito a Mevio; - la sussistenza di una violazione dei divieti di cui all'art. 35 *bis* D.Lgs. 165/2001 in relazione a tutte le determinazioni dirigenziali di nomina di Mevio a presidente o a membro di commissioni di gara per l'affidamento di servizi o di procedure di selezione del personale adottate dal

Comune X, anche successivamente alla decorrenza del periodo di inconfiribilità di cui all'art. 3 D.Lgs. 39/2013.

Specificava l'ANAC che il RPCT del Comune X doveva: 1. comunicare al soggetto cui è stato conferito l'incarico la causa di inconfiribilità e la conseguente nullità degli atti di conferimento dell'incarico e dei relativi contratti ed adottare i provvedimenti conseguenti; 2. contestare la causa di inconfiribilità ai soggetti che, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 18 del D.Lgs. n. 39/2013, siano astrattamente possibili destinatari della sanzione inibitoria ed avviare il relativo procedimento nei confronti di tutti coloro che, alla data del conferimento dell'incarico, erano componenti dell'organo conferente, ivi inclusi i componenti *medio tempore* cessati dalla carica. In data 27 maggio 2020, adeguandosi alla delibera ANAC, il RPCT del Comune X, dopo regolare comunicazione di avvio del procedimento, adottava il provvedimento dichiarativo della situazione di inconfiribilità di posizione organizzativa, ex art. 3 D.Lgs. 39/2013, nonché di nullità degli atti di conferimento dell'incarico a Mevio e dei relativi contratti ex art. 17 D.Lgs. 39/2013.

Il Comune X ha impugnato, unitamente agli atti presupposti, la delibera dell'ANAC per i seguenti motivi.

1) L'art. 16 del D.Lgs. 39/2013, nella parte in cui prevede un potere di vigilanza in capo ad ANAC, deve essere interpretato nei limiti della legge delega, la quale non attribuirebbe alcun potere di vigilanza in capo ad ANAC in relazione ai singoli atti di conferimento degli incarichi, limitandosi a prevedere un potere di vigilanza sugli atti di programmazione, tra i quali il PTPCT. Sarebbero illegittimi gli atti impugnati anche per avere l'Autorità ordinato al RPCT gli atti da compiere a seguito del predetto accertamento, operando in sostituzione dell'organo deputato dalla legge all'accertamento delle cause di inconfiribilità. Il Comune ricorrente prospetta l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 e dell'art. 16, comma 1, del D.Lgs. 39/2013 per eccesso di delega, nonché dell'art. 3 ove interpretato nel senso di legittimare poteri d'ordine dell'ANAC nei confronti di enti rispetto ai quali non sussiste una relazione interorganica e nel senso di consentire l'applicazione retroattiva di una misura sanzionatoria. La delibera dell'ANAC sarebbe viziata poiché adottata all'esito di un procedimento avviato oltre il termine di 60 giorni, fissato dal Regolamento ANAC, decorso il quale la segnalazione si intende archiviata.

2) La normativa relativa all'inconfiribilità non sarebbe applicabile alla fattispecie in esame, poiché la sentenza è relativa a fatti commessi prima della introduzione dell'istituto dell'inconfiribilità nel sistema normativo italiano. Arbitrariamente l'ANAC sosterrrebbe che la durata dell'inconfiribilità debba iniziare a calcolarsi dal momento in cui ciascuna amministrazione viene formalmente a conoscenza della esistenza di una sentenza di condanna. In ogni caso Mevio aveva già scontato il periodo di inconfiribilità presso il Comune Z di appartenenza e non sarebbe legittimo prolungare e replicare all'infinito tale periodo, ogniqualevolta il dipendente sia distaccato presso altre amministrazioni.

L'ANAC si è costituita in giudizio sostenendo: - che le nuove disposizioni in tema di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni si applicherebbero anche agli incarichi in corso; trattandosi di "rapporto di durata" il fatto che l'origine dell'incarico si collochi in un momento anteriore non giustificerebbe il perdurare nel tempo di una situazione di contrasto con la norma, seppur sopravvenuta. Quindi la circostanza che la condanna sia stata pronunciata prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 39/2013 non rileverebbe ai fini dell'applicazione della disciplina dell'inconfiribilità; - il termine di 60 giorni fissato dal Regolamento ANAC sarebbe ordinatorio; - il termine dal quale far decorrere il periodo di inconfiribilità dovrebbe essere individuato nella data in cui l'amministrazione ha avuto piena e "formale" conoscenza della sentenza di condanna, non rilevando che la sentenza sia stata conosciuta per averne avuto notizia di stampa in epoca precedente la data delle dichiarazioni ex art. 20 D.Lgs. 39/2013 rilasciate dall'interessato.

Con motivi aggiunti, notificati anche al RPCT, il Comune X ha impugnato, censurandolo per illegittimità derivata, il provvedimento del RPCT di verifica della situazione di inconfiribilità di posizione organizzativa, ex art. 3 D.Lgs. 39/2013, e di dichiarazione di nullità degli atti di conferimento dell'incarico a Mevio e dei relativi contratti ex art. 17 D.Lgs. 39/2013.

In udienza pubblica la causa è stata trattenuta in decisione.

Il candidato estenda la motivazione della sentenza, nella parte in diritto e nel dispositivo, affrontando tutti i profili in rito, anche ove rilevabili d'ufficio, nonché il merito. Qualora uno dei profili trattati avesse natura impediente dell'esame di ulteriori motivi, questioni o eccezioni, il candidato, in calce alla sentenza, dovrà comunque esaminare tutti tali motivi, questioni ed eccezioni.

DIRITTO TRIBUTARIO
(data prova 3 marzo 2023)

TRACCIA ESTRATTA

2. **Capacità contributiva quale forza economica: rilevanza dei fatti indice**

TRACCIA NON ESTRATTA

1. Il contraddittorio nel procedimento e nel processo tributario

TRACCIA NON ESTRATTA

3. Impugnazione diretta dell'estratto di ruolo tra le oscillazioni della giurisprudenza e le novità normative

Pubblicazione a cura del Segretario della Commissione