



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza**  
**n. 5/2021**

## **Sommario**

<b>1. Ludopatiae: incostituzionale la sanzione fissa prevista per la violazione degli obblighi informativi .....</b>	<b>2</b>
<b>2. Alla Corte di Giustizia Ue la possibilità di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile .....</b>	<b>10</b>
<b>3. Personale scolastico <i>no vax</i>: sospensione giustificabile alla luce della tipicità delle mansioni del personale scolastico .....</b>	<b>18</b>
<b>4. Il TAR Lazio sui CAM negli appalti: è insufficiente l'impegno a garantire la conformità in fase esecutiva .....</b>	<b>21</b>
<b>5. Il procedimento di accreditamento sulla piattaforma di certificazione dei crediti e di prestazione della garanzia dello Stato è di competenza del giudice amministrativo.....</b>	<b>27</b>

## 1. Ludopatie: incostituzionale la sanzione fissa prevista per la violazione degli obblighi informativi

È costituzionalmente illegittima la sanzione amministrativa fissa di 50.000 euro a carico dei concessionari del gioco e dei titolari di sale giochi e scommesse per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d'azzardo (ludopatia). Spetterà al legislatore stabilire una nuova sanzione nel rispetto della Costituzione, con i relativi limiti minimo e massimo. È quanto si legge nella sentenza n. 185 del 2021, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo il sesto comma, secondo periodo, dell'articolo 7, del decreto-legge n. 158 del 2012, convertito nella legge n. 189 del 2012. Infatti, la fissità del trattamento sanzionatorio impedisce di tener conto della diversa gravità concreta dei singoli illeciti e questo fa sì che la reazione sanzionatoria risulti manifestamente sproporzionata per eccesso rispetto al disvalore concreto di fatti pure ricompresi nella sfera applicativa della norma.

### Fatto

Con ordinanza del 27 novembre 2019, il Tribunale ordinario di Trapani ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 6, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute), convertito, con modificazioni, nella legge 8 novembre 2012, n. 189, nella parte in cui, al secondo periodo, punisce con una sanzione amministrativa pecuniaria pari a cinquantamila euro l'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 5 del medesimo articolo, denunciando la violazione dell'art. 3 della Costituzione, anche in combinato disposto con gli artt. 41 e 42 Cost., nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmato a Parigi il 20 marzo 1952, e agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

Il giudice a quo riferisce di essere investito del giudizio di opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione con la quale l'Agenzia delle dogane e dei monopoli aveva irrogato al titolare di un bar, nel quale era ubicato un apparecchio da gioco, la sanzione amministrativa pecuniaria di cinquantamila euro per la violazione dell'art. 7, commi 5 e 6, del d.l. n. 158 del 2012, come convertito.

A seguito di ispezione nei locali del bar, si era infatti accertato che – pur essendo presente nell'esercizio commerciale materiale informativo sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincita in denaro, e sebbene sull'apparecchio da gioco fossero applicate formule

di avvertimento sul medesimo rischio – non risultavano però esposte, all'interno della sala, apposite targhe contenenti analogo avvertimento.

Veniva, quindi, contestata la violazione dell'art. 7, comma 5, del d.l. n. 158 del 2012, come convertito, il quale, dopo aver stabilito che formule di avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro devono figurare sulle schedine ovvero sui tagliandi di tali giochi, ulteriormente prevede che le medesime formule di avvertimento devono essere applicate sugli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, lettera a), del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni; che le stesse formule devono essere riportate su apposite targhe esposte nelle aree ovvero nelle sale in cui sono installati i videoterminali di cui all'articolo 110, comma 6, lettera b), del predetto testo unico di cui al regio decreto n. 773 del 1931, nonché nei punti di vendita in cui si esercita come attività principale l'offerta di scommesse su eventi sportivi, anche ippici, e non sportivi; che, infine, i gestori di sale da gioco e di esercizi in cui vi sia offerta di giochi pubblici, ovvero di scommesse su eventi sportivi, anche ippici, e non sportivi, sono tenuti a esporre, all'ingresso e all'interno dei locali, il materiale informativo predisposto dalle aziende sanitarie locali, diretto a evidenziare i rischi correlati al gioco e a segnalare la presenza sul territorio dei servizi di assistenza pubblici e del privato sociale dedicati alla cura e al reinserimento sociale delle persone con patologie correlate alla G.A.P. (ossia alla sindrome da gioco con vincita in denaro). Ai sensi del successivo comma 6, l'inosservanza di tali disposizioni è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria pari a cinquantamila euro irrogata nei confronti del concessionario, ovvero del solo titolare della sala o del punto di raccolta dei giochi, quanto alle violazioni relative agli apparecchi di cui all'art. 110, comma 6, lettere a) e b), del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), ovvero ancora del solo titolare del punto vendita, se diverso dal concessionario, per le violazioni nei punti vendita in cui si esercita come attività principale l'offerta di scommesse.

Con l'atto di opposizione all'ordinanza-ingiunzione, la parte opponente deduceva che l'ispezione era stata effettuata dal personale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli in un momento nel quale il titolare del bar non era in loco, essendo presente solo sua sorella, la quale ignorava dove fosse collocata la targa di avvertimento, che pure esisteva. Dopo l'allontanamento degli ispettori, essa era stata, in effetti, rinvenuta dietro un raccoglitore di prodotti.

Ciò premesso, l'opponente eccepiva preliminarmente l'illegittimità costituzionale della norma sulla cui base era stato emesso il provvedimento impugnato, a fronte del carattere sproporzionato e fisso della sanzione da essa prevista. In subordine, chiedeva di dichiarare la violazione insussistente, dovendosi intendere gli obblighi previsti dall'art. 7, comma 5, del d.l. n. 158 del 2012 come alternativi e non cumulativi. Eccepiva, infine, vizi formali

dell'ordinanza-ingiunzione e la violazione del termine per la conclusione del procedimento amministrativo di cui all'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Ad avviso del giudice a quo, la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale risulterebbe evidente, non potendo la risoluzione della controversia prescindere dall'applicazione della norma sanzionatoria censurata.

Quest'ultima non si presterebbe, d'altro canto, ad una interpretazione costituzionalmente orientata, stante il suo chiaro tenore testuale. La disposizione dell'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), che consente la determinazione della sanzione in base alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche, è espressamente riferita, infatti, ai casi in cui la sanzione debba essere determinata tra un limite minimo e un limite massimo stabilito dalla legge. Di conseguenza, quando – come nella specie – la sanzione sia prevista in misura fissa, il giudice dell'opposizione non avrebbe alcuna possibilità di procedere a una sua riduzione.

Neppure parrebbero esservi ragionevoli prospettive di accoglimento degli altri motivi di opposizione, formulati, peraltro, solo in via subordinata rispetto all'eccezione di illegittimità costituzionale. Le circostanze di fatto dedotte dall'opponente (in particolare, quella della presenza nel locale della targa di cui si tratta, che sarebbe però scivolata a terra in modo da non risultare visibile) apparirebbero prive di rilievo, stante la chiarezza della prescrizione secondo cui le targhe devono essere "esposte". L'art. 7, comma 5, del d.l. n. 158 del 2012, come convertito, sarebbe altresì chiaro nel prevedere come cumulative, e non come alternative, le prescrizioni rivolte ai titolari di esercizi commerciali in cui siano collocate macchine da gioco. L'ordinanza-ingiunzione non presenterebbe, infine, i vizi formali denunciati; né, in base al costante orientamento della giurisprudenza di legittimità sul punto, sarebbe possibile ravvisare la violazione del termine di cui all'art. 2 della legge n. 241 del 1990.

Quanto alla non manifesta infondatezza delle questioni, il rimettente osserva come questa Corte – in particolare, con la sentenza n. 112 del 2019 – abbia riconosciuto che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito risulta applicabile anche alle sanzioni amministrative, trovando, rispetto a queste, la sua base normativa nell'art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti volta a volta incisi dalla sanzione. La norma censurata non risulterebbe, peraltro, rispettosa di tale principio. Essa – prosegue il rimettente – si iscrive nell'ambito di un complesso di interventi legislativi intesi a tutelare la salute pubblica in confronto alla crescente diffusione del fenomeno della ludopatia, vale a dire della dipendenza dalla pratica del gioco con vincite in denaro. Nonostante l'"alto rango" del bene giuridico tutelato, sarebbe però lecito dubitare della

legittimità costituzionale della norma, la quale prevede una sanzione di “eccezionale severità” e non graduabile in funzione della concreta gravità dell’illecito.

Tale “automatismo sanzionatorio” si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza, impedendo di adeguare la risposta punitiva agli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell’illecito, con il risultato di allineare nel medesimo trattamento punitivo fatti di disvalore sensibilmente diverso. La sanzione in questione si applica, infatti, indiscriminatamente, senza distinguere secondo che sia stata violata una sola o più di una delle prescrizioni, secondo il numero di macchine da gioco presenti nel locale e secondo la collocazione dell’esercizio commerciale e i suoi orari di apertura al pubblico; elementi tutti che influirebbero sul grado di offensività della condotta.

Sotto altro profilo, la sanzione di cui si tratta apparirebbe irragionevole, in quanto sproporzionata rispetto a quella prevista per fattispecie di non minore gravità, come quella di cui all’art. 24, comma 21, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, nella legge 15 luglio 2011, n. 111, che punisce con sanzione da cinquemila a ventimila euro chi consente la partecipazione ai giochi pubblici a minori di anni diciotto.

La norma denunciata si porrebbe, infine, in contrasto con l’art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 41 e 42 Cost., nonché con l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 1 Prot. addiz. CEDU e agli artt. 16 e 17 CDFUE, quali norme che in ambito europeo tutelano il diritto di proprietà e il diritto d’impresa. La sanzione prevista potrebbe, infatti, incidere irragionevolmente, sia sul diritto di proprietà dell’autore dell’illecito, sia sul diritto di esercitare liberamente un’attività d’impresa, essendo in grado di determinare, per il suo importo, un’irreversibile crisi aziendale, almeno nei casi in cui l’esercizio commerciale sia di modeste dimensioni.

È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate manifestamente inammissibili o, comunque sia, non fondate.

L’Avvocatura dello Stato rileva come il Tribunale rimettente abbia correttamente individuato la ratio della norma censurata nella primaria necessità di tutelare il fondamentale diritto alla salute in confronto alla “non prevista e per certi versi devastante” diffusione del fenomeno sociale del “gioco patologico”. Tale fenomeno ha richiesto ripetuti e sempre più stringenti interventi, tanto di rango normativo primario – nell’ambito dei quali si inserisce quello oggetto dell’odierno scrutinio –, quanto a livello di attività amministrativa: interventi che si porrebbero in sintonia anche con il diritto dell’Unione europea e con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea.

Il rimettente si sarebbe limitato a denunciare l'illegittimità costituzionale della norma censurata, senza indicare in alcun modo se e come la lacuna conseguente alla sua ablazione possa essere colmata: con la conseguenza che comportamenti "di incontestabile gravità", quali quelli considerati – incidenti sulla tutela del diritto alla salute – rimarrebbero privi di qualsiasi risposta sanzionatoria. Verrebbe pertanto a crearsi una situazione di vuoto normativo, che non potrebbe essere colmato da altra disposizione vigente se non attraverso l'intervento additivo della Corte in attesa di una nuova previsione legislativa.

La difesa dello Stato rileva come la Corte, pur riconoscendo al legislatore un'ampia discrezionalità nelle scelte in materia sanzionatoria, ritenga le stesse sindacabili ove caratterizzate da evidente illogicità e irragionevolezza, anche nel confronto con le soluzioni adottate in rapporto ad altre fattispecie: ciò anche al fine di evitare il venir meno di qualsiasi proporzionalità tra la sanzione prevista e la gravità dei fatti sanzionati. Ciò non comporta, tuttavia, che la previsione di una sanzione in misura fissa possa essere ritenuta, per ciò solo, illogica e irrazionale, come attesta il fatto che sanzioni di questo genere hanno in più occasioni superato il vaglio di questa Corte. La sanzione di cui si discute – sebbene di importo relativamente consistente – non apparirebbe, in effetti, manifestamente eccessiva o sproporzionata.

Posto che essa è irrogata a soggetti che operano sul mercato come imprenditori "e quindi certamente dotati di non modesti mezzi economici", la sua severità risulterebbe giustificata dalla "sensibilità" della materia e dalla gravità dei comportamenti posti in essere, atti a provocare seri danni ai singoli e alla collettività (con vantaggio, peraltro, dei soggetti sanzionati, in quanto interessati a non distogliere l'utente dal gioco).

La previsione della sanzione in misura fissa discenderebbe, d'altro canto, dalla valutazione compiuta dal legislatore in ordine alla sostanziale equivalenza dei comportamenti sanzionati, quanto a bene giuridico offeso e intento illecito. Il disvalore delle varie condotte (mancata apposizione della targa sugli apparecchi di intrattenimento, nella sala, e via dicendo) potrebbe bene essere ritenuto, infatti, sostanzialmente uniforme, trattandosi di comportamenti "sovente anche assimilabili nella loro materialità, e tutti teleologicamente "unificati" dalla finalità indicata". In ogni caso, una simile valutazione, non palesemente illogica, rientrerebbe nella discrezionalità del legislatore. Andrebbe tenuto conto, inoltre, del fatto che la normativa vigente (art. 16 della legge n. 689 del 1981) consente, anche nel caso in esame, di temperare l'afflittività della sanzione tramite il pagamento in misura ridotta (un terzo).

Erroneo risulterebbe, poi, il riferimento del rimettente – quale *tertium comparationis* – alla sanzione prevista dall'art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011, come convertito, nei confronti di chi consente la partecipazione ai giochi pubblici a minori di anni diciotto: comportamento, secondo il giudice a quo, di maggiore gravità. Quanto, infine, all'ipotizzato

contrasto con gli artt. 41, 42 e 117, primo comma, Cost. – quest’ultimo in relazione all’art. 1 Prot. addiz. CEDU e agli artt. 16 e 17 CDFUE – le questioni risulterebbero inammissibili, consistendo in una mera petizione di principio.

### **La decisione della Corte costituzionale**

Nel merito, le questioni sollevate in riferimento all’art. 3, in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 1 Prot. addiz. CEDU, sono fondate.

La norma censurata punisce indistintamente l’inosservanza dei plurimi obblighi di condotta contemplati dall’art. 7, comma 5, del d.l. n. 158 del 2012, come convertito, con una sanzione amministrativa pecuniaria di considerevole severità e, al tempo stesso, fissa; dunque, non suscettibile di graduazione da parte dell’autorità amministrativa, e del giudice poi, in correlazione alle specifiche circostanze del caso concreto secondo i criteri indicati dall’art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale).

Con riguardo alle sanzioni penali, la Corte cost. ha posto da tempo in luce come la “mobilità” (sentenza n. 67 del 1963), o “individualizzazione” (sentenza n. 104 del 1968), della pena – tramite l’attribuzione al giudice di un margine di discrezionalità nella sua commisurazione all’interno di una forbice edittale, così da poterla adeguare alle particolarità della fattispecie concreta – costituisca “naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d’uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale” (sentenza n. 50 del 1980), al lume dei quali “l’attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l’uniformità” (così, ancora, la sentenza n. 104 del 1968). Ciò implica che, in via di principio, “previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il ‘volto costituzionale’ del sistema penale”, potendo il dubbio di illegittimità costituzionale essere superato, caso per caso, solo “a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest’ultima appaia ragionevolmente ‘proporzionata’ rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato” (sentenze n. 222 del 2018 e n. 50 del 1980).

Secondo quanto più di recente chiarito da questa Corte, tale affermazione si presta ad essere estesa, *mutatis mutandis*, anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo. Pure in questo campo, infatti, previsioni sanzionatorie rigide, che colpiscono in egual modo, e quindi equiparano, fatti in qualche misura differenti, debbono rispondere al principio di ragionevolezza: donde l’esigenza di verificare se anche le infrazioni meno gravi, tra quelle comprese nel perimetro applicativo della previsione sanzionatoria, siano connotate da un disvalore tale da non rendere manifestamente sproporzionata la sanzione amministrativa comminata. In simile prospettiva, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittima la previsione di sanzioni amministrative rigide e di rilevante incidenza sui diritti dell’interessato per ipotesi di gravità marcatamente diversa (sentenza n. 88 del 2019), o suscettibili,

comunque sia, di condurre, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori palesemente eccedenti il limite della proporzionalità rispetto all'illecito commesso (sentenza n. 112 del 2019).

Una evenienza analoga è riscontrabile nel caso in esame. La fissità del trattamento sanzionatorio impedisce di tener conto della diversa gravità concreta dei singoli illeciti, che è in funzione dell'ampiezza dell'offerta di gioco e del tipo di violazione commessa. Un conto è l'omissione delle formule di avvertimento in schedine o tagliandi di giochi soggetti ad ampia diffusione, altro conto le inadempienze relative a sale da gioco o esercizi in cui vi sia offerta di giochi pubblici, la cui gravità varia in modo rilevante secondo la dimensione e l'ubicazione della sala o dell'esercizio, il grado di frequentazione, il numero di apparecchiature da gioco presenti e la circostanza che si sia di fronte a una violazione totale, ovvero solo parziale, degli obblighi previsti.

Tutto ciò fa sì che la reazione sanzionatoria possa risultare manifestamente sproporzionata per eccesso rispetto al disvalore concreto di fatti pure ricompresi nella sfera applicativa della norma, come attesta in modo esemplare il caso oggetto del giudizio a quo. Nella specie, il titolare di un bar, nel quale è presente un unico apparecchio da gioco, si trova esposto all'applicazione di una sanzione di cinquantamila euro per il solo fatto di non aver esposto in modo visibile nel locale una targa di avvertimento sui rischi della dipendenza da gioco d'azzardo: ciò, pur essendo egli risultato adempiente agli altri obblighi posti a suo carico in chiave di prevenzione delle ludopatie, tra cui quello di esposizione del materiale informativo in materia, predisposto dall'azienda sanitaria locale.

Contrariamente a quanto assume l'Avvocatura dello Stato, la validità della conclusione non è inficiata dalla circostanza che l'autore dell'illecito possa mitigare l'importo della sanzione ricorrendo all'istituto del pagamento in misura ridotta (art. 16 della legge n. 689 del 1981). Da un lato, infatti, il difetto di proporzionalità della sanzione non può essere contestato facendo leva sulla fruibilità di tale istituto, costituente una forma di definizione della contestazione puramente eventuale e che implica la rinuncia al diritto di difendersi in giudizio; dall'altro lato, e in ogni caso, il possibile ricorso all'istituto in questione non esclude che la sanzione, di importo significativo anche dopo la riduzione, resti di per sé fissa e tale da accomunare violazioni di disvalore sensibilmente differenziato.

La Corte rileva anche, per altro verso, che – come emerge dal rapido *excursus* condotto in principio – le sanzioni amministrative introdotte dal legislatore per contrastare la diffusione dei disturbi da gioco d'azzardo sono improntate a marcata severità, ma risultano in genere graduabili: il che conferma anche sotto altro profilo l'irragionevolezza della diversa scelta operata con la norma oggi in esame.

Quest'ultima va dichiarata, quindi, costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU, con assorbimento della questione relativa all'art. 41 Cost.

Nel sistema vigente non si rinvengono soluzioni sanzionatorie che possano essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella dichiarata costituzionalmente illegittima, in ragione dell'assimilabilità delle condotte sanzionate. In particolare, non soccorre la soluzione – che pure sembra ipotizzata dall'ordinanza di rimessione – di sostituire, alla sanzione colpita dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, quella prevista nei confronti di chi consenta la partecipazione al gioco a minori di anni diciotto: all'evidenza, le fattispecie non sono assimilabili, stante l'eterogeneità delle condotte punite. Per la violazione ora indicata sono d'altro canto previste, in aggiunta alla sanzione amministrativa pecuniaria, di minor importo e graduabile (da cinquemila a ventimila euro), sanzioni accessorie di significativo spessore (chiusura temporanea dell'esercizio, del locale o del punto di offerta; in determinati casi di recidiva, revoca delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative), la cui estensione ai comportamenti che qui interessano sarebbe contraria allo stesso “verso” delle questioni e certamente estranea, comunque sia, alle competenze di questa Corte.

Per le ragioni indicate, ciò non rappresenta tuttavia ostacolo alla declaratoria di illegittimità costituzionale, la quale dovrà assumere un contenuto meramente ablativo. Spetterà al legislatore determinare, nel rispetto dei principi costituzionali, una diversa sanzione per i comportamenti considerati, stabilendone i relativi limiti minimo e massimo.

## **2. Alla Corte di Giustizia Ue la possibilità di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile**

È rimessa alla Corte di Giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 8, comma 6, l. 22 febbraio 2001, n. 36, intesa ed applicata nel senso di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile, anche espressi sotto forma di divieto, quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero a una determinata distanza da edifici appartenenti a una data tipologia. I dubbi di compatibilità comprendono l'interpretazione della norma da parte della prevalente giurisprudenza, a tenore della quale è consentito agli enti territoriali individuare criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile (anche espressi sotto forma di divieto) quali ad esempio il divieto di collocare antenne su specifici edifici (ospedali, case di cura ecc.), mentre non è loro consentito introdurre limitazioni alla localizzazione, consistenti in criteri distanziali generici ed eterogenei. Inoltre, il Consiglio di Stato evidenzia anche come non sembra in linea con la normativa la circostanza nella quale si limiti l'operatività dei meccanismi di semplificazione all'ipotesi in cui l'istanza sia dotata di tutte le condizioni ed i presupposti richiesti dalla legge per poter essere accolta.

### **Il fatto**

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (sezione sesta) ha pronunciato l'ordinanza del 22 luglio 2021, n. 5515, sul ricorso numero di registro generale 6211 del 2018, proposto dal Comune di Venezia contro una società di telefonia, per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto - sezione III, n. 553/2018, concernente installazione di impianto di telefonia mobile.

Il Comune di Venezia impugna la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Veneto (Sezione Terza), 22 maggio 2018, n. 553/2018 che ha accolto il ricorso promosso da una società di telefonia per l'annullamento:

- del provvedimento del Comune di Venezia con il quale è stata denegata l'autorizzazione per la realizzazione di una nuova stazione radiobase per la telefonia mobile;
- dell'art. 50 del regolamento edilizio del Comune di Venezia, nonché della delibera del Consiglio Comunale n. 83 del 13.06.2006 e della delibera della Giunta Regionale della Regione Veneto n. 2311 del 28.07.2009, in seguito integrato con delibera di Consiglio Comunale n. 107 del 15.09.2008;
- di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale a quelli impugnati e segnatamente della comunicazione del Comune di Venezia recante i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di autorizzazione all'effettuazione dei lavori di installazione dell'antenna radiobase per telefonia mobile sopra citata.

## **Il quadro giuridico nazionale e dell'Unione europea**

In termini di inquadramento occorre riassumere la disciplina nazionale, di riferimento contenuta nella legge 22 febbraio 2001, n. 36, rubricata "Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici".

A questo proposito, si ricorda che, ex art. 4 comma 1, lett. a), della legge n. 36/2001: "*Lo Stato esercita le funzioni relative: a) alla determinazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, in quanto valori di campo come definiti dall'articolo 3, comma 1, lettera d), numero 2), in considerazione del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee in relazione alle finalità di cui all'articolo 12*".

L'art. 8, comma 1, lett. a) della stessa legge dispone che: "*I comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici*".

La disciplina in oggetto è stata intesa dalla prevalente giurisprudenza, anche recente nel senso che alle Regioni ed ai Comuni è consentito - nell'ambito delle proprie e rispettive competenze - individuare criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile (anche espressi sotto forma di divieto) quali ad esempio il divieto di collocare antenne su specifici edifici (ospedali, case di cura, ecc.) mentre non è loro consentito introdurre limitazioni alla localizzazione, consistenti in criteri distanziali generici ed eterogenei (prescrizione di distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi, di ospedali, edifici adibiti al culto, scuole ed asili nido nonché di immobili vincolati ai sensi della legislazione sui beni storico-artistici o individuati come edifici di pregio storico-architettonico, di parchi pubblici, ecc.).

In materia, peraltro, assume rilievo anche la disciplina di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche. Tale normativa è stata intesa dalla giurisprudenza come applicabile alla materia e fonte di un particolare *favor* per la realizzazione di reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico.

L'articolo 86 di tale d.lgs., prevede, al comma 3, che "*Le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione, di cui agli articoli 87 e 88, e le opere di infrastrutturazione per la realizzazione delle reti di comunicazione elettronica ad alta velocità in fibra ottica... sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, pur restando di proprietà dei rispettivi operatori, e ad esse si applica la normativa vigente in materia*".

Il successivo articolo 87, in materia di "Procedimenti autorizzatori relativi alle infrastrutture di comunicazione per impianti radioelettrici" dispone che l'installazione viene autorizzata dagli Enti Locali, previo accertamento, da parte dell'Organismo competente ad effettuare i

controlli, della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità.

Il comma 9 dispone che le istanze di autorizzazione e le denunce di attività, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro 90 giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli.

L'articolo 87-*bis* prevede procedure semplificate per determinate tipologie di impianti e l'articolo 90 dispone, al comma 1, che gli impianti di reti di comunicazione elettronica ad uso pubblico, ovvero esercitati dallo Stato, e le opere accessorie occorrenti per la funzionalità di detti impianti hanno carattere di pubblica utilità.

Anche il diritto dell'Unione europea è rilevante nel caso di specie. A fronte di tale prospettazione, infatti, sorge l'obbligo di disporre, sul punto, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Nel caso in esame la giurisprudenza europea in ordine alla norma non risulta essersi puntualmente espressa con riferimento alle specifiche questioni connesse alle limitazioni introdotte rispetto alla collocazione degli impianti in questione, con la conseguente assenza dei peculiari presupposti – giurisprudenza consolidata e assenza di ogni ragionevole dubbio sulla corretta interpretazione della norma – necessari al fine di ritenere non sussistente l'obbligo di rinvio pregiudiziale.

Vanno pertanto richiamate le norme delle direttive in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica. Infatti, in ambito europeo, con riferimento alla disciplina applicabile *ratione temporis* e nelle more dell'entrata in vigore a fine 2020 delle nuove regole, pare assumere rilievo la disciplina contenuta nella direttiva quadro 7/3/2002, n. 2002/21/CE, nonché nella connessa direttiva n. 2002/22 (direttiva servizio universale) che istituiscono un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica nonché per il servizio universale ed i diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica. Assume altresì rilievo la direttiva 2002/20/CE recante la disciplina delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, c.d. direttiva autorizzazioni.

In particolare, paiono assumere rilievo primario, sebbene non unico, le seguenti disposizioni.

In primo luogo, l'art. 1 della direttiva quadro, in termini di individuazione del campo di applicazione e delle finalità perseguite dalla normativa. In specie va richiamato l'art. 1 comma 3-*bis*: *“I provvedimenti adottati dagli Stati membri riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può*

*essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione dev'essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo”.*

In secondo luogo, l'articolo 3 della direttiva servizio universale, in tema di garanzie di disponibilità del servizio universale: *“1. Gli Stati membri provvedono affinché nel loro territorio i servizi elencati nel presente capo siano messi a disposizione di tutti gli utenti finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo abbordabile. 2. Gli Stati membri determinano il metodo più efficace e adeguato per garantire l'attuazione del servizio universale, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità”.*

In terzo luogo, l'articolo 8 della direttiva quadro, laddove individua gli obiettivi generali ed i principi dell'attività di regolamentazione. In specie vanno richiamate le disposizioni che prevedono:

- che gli Stati membri provvedano affinché, nello svolgere le funzioni di regolamentazione, le autorità nazionali di regolamentazione adottino tutte le ragionevoli misure intese a conseguire gli obiettivi previsti dalle direttive;
- che le autorità nazionali di regolamentazione promuovano la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, tra l'altro: assicurando che gli utenti, compresi gli utenti disabili, gli utenti anziani e quelli che hanno esigenze sociali particolari ne traggano i massimi vantaggi in termini di scelta, prezzi e qualità; garantendo che non vi siano distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, anche per la trasmissione di contenuti; incoraggiando un uso efficace e garantendo una gestione efficiente delle radiofrequenze e delle risorse di numerazione;
- che le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscano allo sviluppo del mercato interno, tra l'altro: rimuovendo gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura di reti di comunicazione elettronica, di risorse e servizi correlati e di servizi di comunicazione elettronica a livello europeo; incoraggiando l'istituzione e lo sviluppo di reti transeuropee e l'interoperabilità dei servizi paneuropei e la connettività da utente a utente (end-to-end); d) collaborando tra loro, con la Commissione e con il BEREC per garantire lo sviluppo di pratiche normative coerenti e l'applicazione coerente della presente direttiva e delle direttive particolari;
- che le autorità nazionali di regolamentazione promuovano gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, garantendo a tutti i cittadini un accesso al servizio universale quale specificato nella direttiva 2002/22/CE (direttiva servizio universale);
- che le autorità nazionali di regolamentazione applichino principi regolamentari obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati, tra l'altro: a) promuovendo la prevedibilità

regolamentare, garantendo un approccio regolatore coerente nell'arco di opportuni periodi di revisione; b) garantendo che, in circostanze analoghe, non vi siano discriminazioni nel trattamento delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica; c) salvaguardando la concorrenza a vantaggio dei consumatori e promuovendo se del caso la concorrenza basata sulle infrastrutture; d) promuovendo investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate, anche garantendo che qualsiasi obbligo di accesso tenga debito conto del rischio sostenuto dalle imprese di investimento e consentendo vari accordi di cooperazione tra gli investitori e le parti che richiedono accesso onde diversificare il rischio di investimento, assicurando nel contempo la salvaguardia della concorrenza nel mercato e del principio di non discriminazione; e) tenendo debito conto della varietà delle condizioni attinenti alla concorrenza e al consumo nelle diverse aree geografiche all'interno del territorio di uno Stato membro; f) imponendo obblighi regolamentari *ex ante* unicamente dove non opera una concorrenza effettiva e sostenibile, e attenuandoli o revocandoli non appena sia soddisfatta tale condizione.

In quarto luogo, l'articolo 8 della direttiva servizio universale laddove, in tema di designazione delle imprese, statuisce quanto che:

- gli Stati membri possono designare una o più imprese perché garantiscano la fornitura del servizio universale in modo tale da poter coprire l'intero territorio nazionale. Gli Stati membri possono designare più imprese o gruppi di imprese per fornire i diversi elementi del servizio universale e/o per coprire differenti parti del territorio nazionale;
- nel designare le imprese titolari di obblighi di servizio universale in tutto il territorio nazionale o in parte di esso, gli Stati membri applicano un sistema di designazione efficace, obiettivo, trasparente e non discriminatorio in cui nessuna impresa è esclusa a priori. Tale sistema di designazione garantisce che il servizio universale sia fornito secondo criteri di economicità e consenta di determinare il costo netto dell'obbligo di servizio universale.

In quinto luogo, l'articolo 9 della direttiva autorizzazioni, in tema di dichiarazioni intese ad agevolare l'esercizio dei diritti di installare strutture e dei diritti di interconnessione, stabilisce che su richiesta di un'impresa, le autorità nazionali di regolamentazione rilascino nel termine di una settimana dichiarazioni standardizzate che confermano, ove applicabile, che l'impresa ha presentato una notifica e che definiscano le condizioni alle quali qualsiasi l'impresa che fornisce reti o servizi di comunicazione elettronica in forza dell'autorizzazione generale è legittimata a richiedere i diritti di installare strutture, a negoziare l'interconnessione, e/o ad ottenere l'accesso e l'interconnessione allo scopo di agevolare l'esercizio di tali diritti, ad esempio nei confronti di altre autorità o di altre imprese.

Infine, l'articolo 11 in tema di informazioni richieste ai fini dell'autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici, stabilisce che, fatti salvi gli obblighi di informazione e segnalazione periodica stabiliti da altre normative nazionali, le autorità nazionali di regolamentazione non impongano alle imprese di fornire, ai fini dell'autorizzazione generale,

dei diritti d'uso o degli obblighi specifici, alcuna informazione salvo quelle proporzionate e oggettivamente giustificate.

In materia, la giurisprudenza europea (cfr. Corte giustizia UE sez. III, 17/02/2011, n.16) ha chiarito che l'art. 8 n. 1, della direttiva "servizio universale" (2002/22/Ce) autorizza gli Stati membri, quando decidono di designare una o più imprese per la fornitura del servizio universale, ad imporre alle imprese affidatarie unicamente gli specifici obblighi previsti dalla direttiva stessa e che sono collegati alla fornitura agli utenti finali. Pertanto, l'art. 3 n. 2 della direttiva stessa non consente ad uno Stato membro di imporre ad un'impresa, designata per lo svolgimento del servizio universale, obblighi diversi da quelli previsti dalla direttiva stessa.

Va altresì ricordato, in ordine alle indicazioni in termini di incentivazione dello sviluppo delle comunicazioni in materia, l'orientamento a mente del quale l'art. 13 della connessa direttiva 2002/20/CE (c.d. direttiva autorizzazioni) deve essere interpretato nel senso che non si applica il contributo per i diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, al di sopra o sotto di esse, agli operatori non proprietari di tali strutture che utilizzino le medesime per prestare servizi di telefonia mobile.

### **I dubbi di compatibilità e la necessità di un bilanciamento**

Ad avviso della Sezione sussistono dubbi di compatibilità della disciplina nazionale, con particolare riferimento all'art. 8, comma 6, l. n. 36 del 2001.

I dubbi comprendono l'interpretazione della norma da parte della prevalente giurisprudenza, a tenore della quale è consentito agli enti territoriali - nell'ambito delle proprie e rispettive competenze - individuare criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile (anche espressi sotto forma di divieto) quali ad esempio il divieto di collocare antenne su specifici edifici (ospedali, case di cura ecc.) mentre non è loro consentito introdurre limitazioni alla localizzazione, consistenti in criteri distanziali generici ed eterogenei.

Va altresì evidenziato come il *favor* legislativo posto a fondamento della normativa in materia, estrinsecatosi nella richiamata disciplina in tema di formazione del c.d. silenzio assenso sulle istanze di installazione delle infrastrutture di comunicazione per impianti radioelettrici nonché nell'utilizzo degli istituti della denuncia inizio attività e della segnalazione certificata di inizio attività, si scontri con l'orientamento che, in linea generale, limita l'operatività di tali meccanismi di semplificazione all'ipotesi in cui l'istanza sia dotata di tutte le condizioni ed i presupposti richiesti dalla legge per poter essere accolta.

Nelle controversie sorte in merito alla regolamentazione del Comune di Roma, ad esempio, pur dinanzi al possibile decorso in fatto del termine di formazione dell'assenso, il contrasto con la previsione regolamentare limitativa, così inteso, impedirebbe a monte il consolidarsi del titolo all'installazione, nei termini legislativamente previsti. Tale orientamento, pare porsi

in contrasto con le finalità di semplificazione delle procedure in materia ed il *favor* normativo sopra richiamato.

Ha aggiunto la Sezione che in materia è emersa, anche alla luce della disciplina di maggior dettaglio, la necessità di un bilanciamento fra opposte esigenze ed interessi primari. La disciplina europea ha contribuito a far emergere un duplice elemento che, seppur già ricavabile dalle norme interne (a partire dagli artt. 15 e 21 Cost.), appare di fondamentale importanza nel predetto bilanciamento: il diritto all'informazione dei cittadini e quello del cittadino di effettuare e ricevere chiamate telefoniche (e comunicazioni di dati) in ogni luogo, senza, quindi, limitazioni di carattere spaziale-territoriale (cfr. altresì art. 4 direttiva servizio universale). In tale diritto è ricompresa, anche se come contenuto accessorio, la facoltà di poter chiamare gratuitamente i numeri d'emergenza e in particolare il numero d'emergenza unico europeo a partire da qualsiasi apparecchio telefonico (cfr. Direttiva servizio universale, considerando 12) e di essere localizzati, anche senza comunicare, in situazioni in cui fosse necessario per la tutela della propria vita o della sicurezza anche altrui (considerando 36). Per rendere effettivo tale diritto la disciplina europea ha imposto specifici obblighi a coloro i quali gestiscono i servizi, prevedendo che gli operatori del servizio universale mantengano l'integrità della rete, come pure la continuità e la qualità del servizio (considerando 14), in modo tale da assicurare l'effettività del diritto in capo a tutti gli utenti omogeneamente su tutto il territorio dell'Unione europea.

Sotto questo profilo, secondo una impostazione dottrinale di origine europea, il diritto dell'utente a poter chiamare, essere chiamato e trasmettere dati sempre e dovunque costituisce un diritto a soddisfazione necessaria che non può essere compresso o limitato arbitrariamente né da normazioni di livello statale né tantomeno da normazioni di livello inferiore.

Tali diritti possono peraltro all'evidenza porsi in conflitto con quelli alla tutela dell'ambiente, della salute e del corretto assetto del territorio. Quelli appena richiamati danno vita ad interessi che, in materia, si muovono nella medesima direzione: la massimizzazione della tutela dell'ambiente esigerebbe che non vi fosse alcuna emissione elettromagnetica artificiale e pertanto nessun apparato/antenna idonea a produrlo; quella del corretto assetto del territorio che non vi fossero pali, tralicci o altre strutture più o meno impattanti; quella della salute imporrebbe, sulla scorta del principio di precauzione, di evitare qualsiasi tipo di emissione elettromagnetica in quanto potenzialmente dannosa.

In via astratta l'*iter* conflittuale in esame, oggetto di attenta ricostruzione a livello nazionale di riparto di competenza fra enti nella giurisprudenza costituzionale, è stato così efficacemente riassunto anche a livello dottrinale: posto che i dati scientifici attualmente a disposizione non dimostrano in modo certo che le emissioni elettromagnetiche siano dannose per la salute; posto che il principio di precauzione impone comunque di adottare ogni cautela in vista di danni ipoteticamente possibili, allora occorre definire i limiti oltre i quali, precauzionalmente, non sono legittime le emissioni. Tali limiti segnano la misura

dell'incomprimibilità del diritto alla salute. La massimizzazione del diritto alla comunicazione troverebbe quindi in essi un primo confine invalicabile: le emissioni delle antenne dovranno essere sempre inferiori ai limiti cautelativi posti sulla base delle risultanze scientifiche anzidette. D'altra parte, dato che il diritto alla comunicazione non può essere arbitrariamente e ingiustificatamente compresso o limitato, le amministrazioni preposte al corretto governo del territorio dovranno trovare le soluzioni che di volta in volta meglio consentano il minor sacrificio dello stesso e, allo stesso tempo, la massima tutela del diritto alla comunicazione. Sorge quindi, a quest'ultimo proposito, la necessità di individuare un bilanciamento; in tale ottica la condivisa interpretazione della disciplina nazionale in materia di cui agli orientamenti sopra richiamati, va sottoposta alla verifica della compatibilità con la disciplina europea vigente.

### **Il rinvio pregiudiziale e il quesito alla CGUE**

Per tutte queste ragioni la Sezione ritiene, dunque, che le questioni prospettate siano tali da meritare il rinvio pregiudiziale alla CGUE, con la formulazione del seguente quesito: "se il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale (come quella di cui all'articolo 8 comma 6 legge 22 febbraio 2001. n. 36) intesa ed applicata nel senso di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile, anche espressi sotto forma di divieto, quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero ad una determinata distanza da edifici appartenenti ad una data tipologia".

### 3. Personale scolastico *no vax*: sospensione giustificabile alla luce della tipicità delle mansioni del personale scolastico

Il Presidente del TAR Lazio, con il decreto n. 4531/2021 (nonché con il n. 4532/2021) ha respinto i ricorsi del personale scolastico con i quali si chiedeva di sospendere i provvedimenti adottati dal Ministero dell'Istruzione con cui è stata stabilita la disciplina in materia di possesso di certificazione anti-Covid del personale scolastico. In definitiva, il TAR ha rilevato che: il prospettato diritto del personale scolastico a non essere vaccinato non ha valenza assoluta, poiché deve essere temperato con gli altri fondamentali interessi pubblici quali quello attinente alla salute pubblica a circoscrivere l'estendersi della pandemia e a quello di assicurare il regolare svolgimento dell'essenziale servizio pubblico della scuola in presenza; in ogni caso, il predetto diritto è riconosciuto dal legislatore, il quale prevede in via alternativa la produzione di un test molecolare o antigenico rapido; la presentazione del test in sostituzione del certificato comprovante l'avvenuta gratuita vaccinazione costituisce una facoltà rispettosa del diritto del docente a non sottoporsi a vaccinazione e, conseguentemente, non è irrazionale che il costo del tampone venga a gravare sul docente; l'automatica sospensione dal lavoro e dalla retribuzione prevista e la mancata adibizione del personale scolastico ad altre e diverse mansioni è razionalmente giustificabile alla luce della tipicità delle mansioni del personale scolastico, specie di quello docente.

Il Presidente della Sez. Terza bis del TAR Lazio ha pronunciato il decreto 1° settembre 2021, n. 4531, in materia di personale scolastico *no vax*, a seguito di un ricorso per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia:

- del decreto 6 agosto 2021, n. 257, con cui il Ministero dell'Istruzione ha adottato il “Piano Scuola 2021-2022 - Documento per la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative nelle istituzioni del Sistema nazionale di Istruzione”, nella parte in cui sancisce che “è essenziale che il personale docente e non docente, su tutto il territorio nazionale, assicuri piena partecipazione alla campagna di vaccinazione”, mentre esonera gli alunni sia dalla vaccinazione, che dalla effettuazione dei test diagnostici o screening preliminari;
- della Nota n. 1237 del 13 agosto 2021 del Ministero dell'Istruzione, avente ad oggetto “decreto-legge n. 111/2021 - Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti”, nella parte in cui pone a carico dei ricorrenti “un obbligo di possesso e un dovere di esibizione della certificazione verde”, qualifica il mancato possesso della certificazione verde come “assenza ingiustificata” e sancisce che il personale scolastico che ne è privo non può svolgere le funzioni proprie del profilo professionale, né permanere a scuola, oltre l'anzidetta sanzione della sospensione del rapporto di lavoro e di quella amministrativa, comminabili a partire dal quinto giorno, per norma di carattere generale, anche per quelle comprese fra il primo e

il quarto giorno, al personale non sono dovute “retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato”;

- della Nota del Ministero dell'Istruzione n. 900 del 18 agosto 2021, recante “trasmissione Protocollo di sicurezza a.s. 2021-2022”, nella parte in cui dispone che “le scuole potranno utilizzare parte delle risorse assegnate, e in corso di assegnazione, per l'effettuazione tramite le ASL o strutture diagnostiche convenzionate di tamponi nei confronti del solo personale scolastico fragile, dunque esentato dalla vaccinazione. Si è, infatti, inteso promuovere un'azione orientata verso coloro che, non avendo la possibilità di vaccinarsi per motivi certificati di salute, si trovano ad essere privi della primaria copertura vaccinale e, quindi, con maggiore rischio per la diffusione dell'epidemia all'interno delle istituzioni scolastiche”;
- del Protocollo d'intesa per l'avvio in sicurezza dell'anno scolastico 2021/2022 nel rispetto delle norme per il contenimento della diffusione del Covid-19, nella parte in cui conferma l'obbligo dei soli dipendenti non vaccinati ad effettuare il tampone, non prevede la gratuità dei tamponi effettuati da tutto il personale non vaccinato, nonché dispone che “il personale scolastico rispetta le prescrizioni previste dalla normativa vigente in materia di prevenzione e contrasto della diffusione del Covid – 19. Il rispetto di tali prescrizioni, ivi inclusi le linee guida e i protocolli di cui al comma 3 dell'art. 1 del decreto-legge n. 111/2021, nonché i protocolli richiamati dall'art. 29-bis del decreto legge n. 23 del 2020, rende adempiuti gli obblighi di cui all'art. 2087 del codice civile” e che “ciascun lavoratore è tenuto ad informare tempestivamente il Dirigente scolastico o un suo delegato di eventuali contatti stretti con persone positive, della presenza di qualsiasi sintomo influenzale durante l'espletamento della propria prestazione lavorativa o della presenza di sintomi negli studenti presenti all'interno dell'istituto”.

Il TAR Lazio ricorda innanzitutto l'art. 9-*ter*, commi 1 e 2, del D.L. n. 52/2021 i quali stabiliscono che: 1) dal 1° settembre 2021 e fino al 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione in presenza del servizio essenziale di istruzione, tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario, nonché gli studenti universitari, devono possedere e sono tenuti a esibire la certificazione verde Covid-19; 2) il mancato rispetto della precedente disposizione da parte del personale scolastico e di quello universitario è considerato assenza ingiustificata e a decorrere dal quinto giorno di assenza il rapporto di lavoro è sospeso e non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato.

Il TAR evidenzia, in primo luogo, relativamente all'asserita mancata previa emanazione del DPCM, da adottare ai sensi dell'art. 9, comma 10, del citato decreto-legge n. 52/2021, che:

- l'individuazione del personale scolastico quale deputato ai controlli relativi al possesso della certificazione verde è stata effettuata direttamente dalla normativa primaria per cui la previa adozione del citato DPCM risulta essere irrilevante;

- in ordine alle verifiche e controlli delle certificazioni verdi Covid -19, allo stato non può essere in alcun modo escluso che le disposizioni emanate dal Ministero e dai Dirigenti scolastici per disciplinare l'esecuzione dei controlli dovranno per forza di cose raccordarsi con la sopravvenuta normativa di cui al DPCM e che la parte ricorrente, sotto il profilo del *periculum in mora*, nulla ha specificato in merito, avuto presente soprattutto che nessun addebito può essere imputato al personale scolastico che abbia effettuato le verifiche attenendosi scrupolosamente alla disciplina vigente a tale data;
- in ordine all'asserita violazione delle norme anche comunitarie concernenti la protezione dei dati personali, premesso che tale aspetto dovrà essere disciplinato dal citato DPCM che dovrà essere adottato, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, deve essere rilevato che nessun addebito potrà essere imputato al personale docente che nell'effettuare il controllo in ordine al possesso della certificazione verde, abbia riportato fedelmente l'esito degli stessi al Dirigente scolastico;
- analoga conclusione vale per l'altro obbligo previsto in capo al lavoratore di informare tempestivamente il Dirigente scolastico o un suo delegato di eventuali contatti stretti con persone positive, della presenza di qualsiasi sintomo influenzale durante l'espletamento della propria prestazione lavorativa o della presenza di sintomi negli studenti presenti all'interno dell'istituto, tenuto conto, altresì, che tale obbligo informativo è essenziale per individuare e circoscrivere tempestivamente situazioni di potenziale contagio al fine di assicurare il regolare svolgimento della didattica in presenza.

Relativamente alla prospettata illegittimità degli impugnati provvedimenti nella parte in cui stabiliscono che i dipendenti privi di *green pass* qualora non si procurino il documento perdono anche il trattamento retributivo anche per le prestazioni espletate prima della sospensione, il danno prospettato è meramente patrimoniale e ristorabile integralmente e, pertanto, certamente non può configurare quella situazione di estrema gravità ed urgenza tale da giustificare la sospensione per tale aspetto dei gravati provvedimenti.

In ordine poi all'asserita violazione del diritto del personale scolastico a non essere vaccinato il TAR rileva che:

- a) il prospettato diritto, in disparte la questione della dubbia configurazione come diritto alla salute, non ha valenza assoluta né può essere inteso come intangibile, avuto presente che deve essere razionalmente correlato e temperato con gli altri fondamentali, essenziali e pozzori interessi pubblici quali quello attinente alla salute pubblica a circoscrivere l'estendersi della pandemia e a quello di assicurare il regolare svolgimento dell'essenziale servizio pubblico della scuola in presenza;**
- b) in ogni caso il predetto diritto è riconosciuto dal legislatore il quale prevede in via alternativa la produzione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus Sars-Cov 2;**
- c) nell'ottica del legislatore la presentazione del test in questione in sostituzione del certificato comprovante l'avvenuta gratuita vaccinazione costituisce una facoltà rispettosa del diritto del docente a non sottoporsi a vaccinazione ed è stata**

**prevista nell'esclusivo interesse di quest'ultimo e, conseguentemente, ad una sommaria deliberazione, non appare irrazionale che il costo del tampone venga a gravare sul docente che voglia beneficiare di tale alternativa;**

- d) l'automatica sospensione dal lavoro e dalla retribuzione prevista e la mancata adibizione del personale scolastico ad altre e diverse mansioni è correttamente e razionalmente giustificabile alla luce della tipicità delle mansioni del personale scolastico, specie di quello docente.**

Con tali motivazioni, il TAR rigetta le istanze dei ricorrenti e fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 5 ottobre 2021.

#### **4. Il TAR Lazio sui CAM negli appalti: è insufficiente l'impegno a garantire la conformità in fase esecutiva**

Con la Sentenza n. 9140/2021 del 2 agosto 2021, il TAR Lazio ha annullato, accogliendo il ricorso principale, l'aggiudicazione della gara per l'acquisto di una fornitura di beni (nello specifico, scarponcini multifunzione di sicurezza destinati a Dipartimento dei vigili del fuoco, del Ministero dell'Interno), in ragione del fatto che l'aggiudicataria si era vista assegnare l'appalto, nonostante carenze nella documentazione prodotta (non rilevate come tali dalla commissione aggiudicatrice) riguardanti l'osservanza dei Criteri Ambientali Minimi (CAM), in particolare quelli attinenti alla categoria "prodotti tessili e calzature", contenuti nel Piano d'azione del Ministero dell'Ambiente approvato con decreto ministeriale 11 aprile 2008 e successivamente aggiornato con decreto ministeriale 10 aprile 2013.

#### **Il fatto**

Con la proposizione del ricorso introduttivo del giudizio, è stata impugnata l'aggiudicazione di una gara a procedura aperta indetta dal Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile del Ministero dell'interno per la fornitura di 40.000 paia di scarponcini multifunzione di sicurezza. Il valore stimato della fornitura è stato indicato in 6.000.000,00 di euro, IVA esclusa, e il criterio di aggiudicazione è stato stabilito in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato due operatori economici ed entrambe le domande di partecipazione pervenute sono state ritenute ammissibili. In esito alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la gara è stata aggiudicata con provvedimento del 3 febbraio 2021.

Avverso l'aggiudicazione, la società ricorrente ha proposto un unico articolato motivo, con il quale ha allegato la violazione dell'articolo 97 della Costituzione, degli articoli 29 e 83 del

Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, della *lex specialis* di gara, del Capitolato speciale di appalto e delle allegate Specifiche tecniche, nonché profili di *error in iudicando*, omessa motivazione e violazione dei principi di *par condicio* e di concorrenza.

In particolare, la ricorrente ha sostenuto che:

- a) il campione di prova depositato in gara dall'aggiudicataria non sarebbe stato conforme al punto B.2.0 delle Specifiche tecniche, poiché avrebbe presentato delle pieghe sulla fodera interna; sarebbe stato violato, inoltre, il Capo XII delle medesime Specifiche tecniche, in quanto il predetto campione non sarebbe stato munito dell'apposito "tag", finalizzato ad assicurare la tracciabilità del prodotto;
- b) l'aggiudicataria avrebbe omesso di produrre le allegazioni a comprova di tutto quanto previsto al Capo IX delle Specifiche tecniche; in particolare, a eccezione della documentazione relativa alla responsabilità sociale di impresa e al sistema di gestione ambientale, la società aggiudicataria si sarebbe limitata a impegnarsi a garantire e dimostrare quanto richiesto in un momento successivo alla presentazione dell'offerta; ciò sarebbe avvenuto con riferimento alle prescrizioni relative alla "*Tracciabilità della filiera produttiva*", alle "*Sostanze pericolose nel prodotto finale*", al "*Consumo idrico*", alla "*Domanda chimica di ossigeno*" e alla "*Riduzione del carico di cromo nei reflui*";
- c) la società aggiudicataria non avrebbe, inoltre, prodotto in sede di gara la nota informativa, richiesta a pena di esclusione, la quale avrebbe dovuto contenere, in prima pagina, con carattere evidenziato, l'indicazione della durata di immagazzinamento del DPI.

In esito alla camera di consiglio del 9 aprile 2021, la Sezione ha emesso l'ordinanza n. 2151 del 2021, con la quale ha accolto l'istanza cautelare, avendo ritenuto "a un primo sommario esame, proprio della fase cautelare, che non appaiano meritevoli di positiva deliberazione le eccezioni di irricevibilità e inammissibilità del ricorso e che quest'ultimo presenti sufficienti profili di possibile fondatezza.

Il 14 aprile 2021 la società aggiudicataria ha depositato un ricorso incidentale, corredato di domanda cautelare, con il quale ha impugnato principalmente il verbale della prima seduta pubblica di gara del 25 settembre 2020, unitamente agli altri atti. Sono stati dedotti: la violazione dell'articolo 89, commi 1 e 7, del Codice dei contratti pubblici, dell'articolo 88, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 5 maggio 2010, dell'articolo 59, comma 4, lettera b), del Codice dei contratti pubblici, della *lex specialis* di gara e degli articoli 8, 12, 14, punto 10A), del Disciplinare di gara; la nullità del contratto di avvalimento con altra società; profili di erroneità procedimentale e difetto di istruttoria; la violazione della *par condicio competitorum*.

Il TAR, dopo aver preliminarmente affrontato il tema dell'ordine di decisione dei ricorsi, affronta primariamente il ricorso principale. Il Collegio, in particolare, ritiene di dover

prendere in esame anzitutto la doglianza – già scrutinata positivamente in sede cautelare – con la quale si sostiene che l’offerta tecnica dell’aggiudicataria avrebbe dovuto essere ritenuta non ammissibile, perché la concorrente non avrebbe comprovato i requisiti richiesti al Capo IX delle Specifiche tecniche che fanno parte della *lex specialis* di gara.

## **Il quadro giuridico di riferimento**

Ai sensi dell’articolo 34, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, “Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l’inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare”.

Il comma 2 del medesimo articolo prevede che “I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l’applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’articolo 95, comma 6”, mentre il successivo comma 3 stabilisce che “L’obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell’ambito del citato Piano d’azione”.

Il “Piano d’azione” richiamato dall’articolo 34 del Codice dei contratti pubblici è previsto dai commi 1126 e 1127 dell’articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007).

In particolare, il comma 1126 stabilisce l’approvazione di un “Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione”, il quale è “predisposto dal Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con i Ministri dell’economia e delle finanze e dello sviluppo economico, d’intesa con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, e sottoposto alla approvazione dalla CONSIP Spa, costituita in attuazione del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 414” e “prevede l’adozione di misure volte all’integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni competenti, sulla base dei seguenti criteri: a) riduzione dell’uso delle risorse naturali; b) sostituzione delle fonti energetiche non rinnovabili con fonti rinnovabili; c) riduzione della produzione di rifiuti; d) riduzione delle emissioni inquinanti; e) riduzione dei rischi ambientali”.

Secondo quanto stabilito dal successivo comma 1127, “Il piano di cui al comma 1126 indica gli obiettivi di sostenibilità ambientale da raggiungere per gli acquisti nelle seguenti categorie merceologiche: a) arredi; b) materiali da costruzione; c) manutenzione delle strade; d) gestione del verde pubblico; e) illuminazione e riscaldamento; f) elettronica; g) tessile; h) cancelleria; i) ristorazione; l) materiali per l’igiene; m) trasporti”.

Il “Piano d’azione”, effettivamente approvato con decreto ministeriale 11 aprile 2008 e successivamente aggiornato con decreto ministeriale 10 aprile 2013, ha previsto il rinvio ad appositi decreti emanati dal Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare l’individuazione di un set di criteri ambientali “minimi” (c.d. CAM) per ciascuna tipologia di acquisto che ricade nell’ambito delle categorie merceologiche individuate (4.1, come sostituito dal d.m. 10.4.2013); categorie tra le quali rientra quella relativa a “prodotti tessili e calzature”.

Il Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare (oggi Ministero della transizione ecologica) ha quindi provveduto a determinare, con le modalità previste, i criteri ambientali minimi relativi alle diverse categorie merceologiche e, in particolare ha approvato con decreto ministeriale 17 maggio 2018, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale 31 maggio 2018, n. 125, i “Criteri ambientali minimi per la fornitura di calzature da lavoro non dpi e dpi, articoli e accessori di pelle”.

In particolare, l’Allegato al predetto decreto, ove sono indicati i CAM nel suddetto settore merceologico, indica separatamente:

- i “Criteri di Selezione degli operatori economici: capacità tecniche e professionali” (2.2), nell’ambito dei quali sono inclusi i profili concernenti la “Responsabilità sociale di impresa” (2.2.1) e il “Sistema di gestione ambientale” (2.2.2);
- le “Specifiche Tecniche” che devono essere comprovate in sede di offerta, talora soltanto al superamento di determinate soglie di valore della fornitura (2.3);
- i “Criteri premianti” (2.4);
- le “Condizioni di esecuzione/clausole contrattuali” (2.5).

I CAM relativi alla categoria merceologica cui si riferisce la fornitura sono stati recepiti al Capo IX delle Specifiche tecniche incluse nella *lex specialis* di gara quale Allegato A al Capitolato tecnico.

Il citato Capo IX reca, infatti, i Criteri ambientali minimi di cui al Decreto Ministeriale 17/05/2018 del Ministro dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare in materia di calzature da lavoro”, specificando che dovranno essere comprovati, come indicato nei relativi metodi di verifica, alcuni punti (v. p. 11 delle Specifiche tecniche). Seguono appositi paragrafi alla “Responsabilità sociale di impresa”, al “Sistema di gestione ambientale”, alla “Tracciabilità della filiera produttiva”, alle “Sostanze pericolose nel prodotto finale”, al

“Consumo idrico”, alla “Domanda chimica di ossigeno (COD) nei reflui provenienti dai distretti conciari, dai processi di finissaggio dei tessili e dai processi di produzione dei polimeri/resine naturali e sintetici/che” e alla “Riduzione del carico di cromo nei reflui”.

### **La decisione del TAR Lazio**

Il TAR rileva, in effetti, che l'aggiudicataria non ha prodotto quando specificamente richiesto dalla *lex specialis* di gara, in conformità al decreto ministeriale 17 maggio 2018, al fine di dimostrare la conformità del prodotto e dei propri processi produttivi ai criteri ambientali minimi, bensì soltanto una dichiarazione sostitutiva di certificazione, con la quale si è impegnata ad assicurare il rispetto dei suddetti criteri in fase esecutiva.

Dopo una analisi di quanto richiesto dal Capo IX delle Specifiche tecniche e di quanto dichiarato dall'aggiudicataria, emerge che effettivamente l'offerta della società aggiudicataria non presentava gli elementi prescritti dalla *lex specialis* di gara, in conformità al decreto ministeriale 17 maggio 2018, che ha determinato i CAM relativi alla specifica categoria merceologica. Circostanza, questa, che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'operatore dalla gara. Del resto, che tale conseguenza possa derivare dalla mancata produzione della documentazione attestante il rispetto dei CAM è stato già affermato dalla giurisprudenza.

Il Ministero dell'interno ha affermato che la Commissione giudicatrice ha ritenuto esigibile in sede di gara soltanto quanto richiesto al Capo IX delle Specifiche tecniche in tema di “Responsabilità sociale di impresa” e di “Sistema di gestione ambientale”. Quanto alle altre prescrizioni, rilevato che l'operatore ha presentato la certificazione SA 8000 (a comprova della propria capacità di applicare misure per la gestione etica della catena della fornitura) e la certificazione ISO 14001 (che specifica i requisiti di un sistema ambientale), la Commissione ha ritenuto di poter accettare una dichiarazione di intenti da parte del concorrente. E ciò sulla base della considerazione che il rispetto di tali ulteriori prescrizioni richiederebbe il deposito di documentazione, spesso proveniente da soggetti terzi, che potrebbe essere acquisita soltanto se il bene oggetto di gara è già in produzione. Si tratterebbe, quindi, di una scelta finalizzata ad assicurare la massima partecipazione alla gara.

Il TAR osserva però che l'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi per l'Amministrazione è espressamente stabilita dalla legge e che, nel caso in esame, tale obbligo è stato effettivamente osservato, posto che i CAM sono stati espressamente recepiti nell'ambito delle Specifiche tecniche allegate al Capitolato tecnico.

Quanto al momento in cui deve essere verificato il rispetto dei suddetti criteri, deve osservarsi che, con specifico riferimento ai CAM relativi alla categoria merceologica oggetto del giudizio, la suddetta valutazione è stata già compiuta dal decreto ministeriale 17 maggio 2018, il quale – come sopra detto – ha distintamente indicato le “Specifiche Tecniche”, il cui possesso deve essere dimostrato in sede di offerta con le modalità stabilite, rispetto ai “Criteri premianti”, che l’Amministrazione può prendere in considerazione ai fini dell’attribuzione di un punteggio aggiuntivo, e alle “Condizioni di esecuzione/clausole contrattuali”, il cui rispetto va quindi accertato soltanto in fase esecutiva.

Le “Specifiche Tecniche” fanno riferimento, quanto alla dimostrazione dei requisiti, al soggetto “offerente” e indicano, talora, alla necessità di comprovare determinati elementi “nell’anno precedente l’offerta”.

Ne consegue che, sia in considerazione della lettera e dell’articolazione sistematica interna del decreto ministeriale 17 maggio 2018, sia anche in base alla formulazione del Capo IX delle Specifiche tecniche della *lex specialis* della procedura, non possa dubitarsi che il rispetto delle prescrizioni in esame dovesse essere comprovato in sede di gara, con le modalità specificamente prescritte, senza che tale dato possa essere posto nel nulla dalla mera circostanza che la presentazione della documentazione a comprova dei CAM non fosse specificamente riepilogata tra i documenti da produrre a pena di esclusione. Non a caso, la controinteressata si è avvalsa della possibilità di inserimento telematico di “*eventuale ulteriore documentazione tecnica*” proprio per la presentazione di quanto a suo avviso ritenuto utile per dimostrare il rispetto dei criteri ambientali minimi.

Il *favor* per la concorrenza non può, infatti, essere disgiunto dal necessario rispetto della *par condicio* tra gli operatori, la quale impone di non attribuire agli atti di gara una portata diversa rispetto a quella obiettivamente evincibile dal loro tenore testuale.

L’offerta, così formulata, oltre a non risultare conforme ai CAM stabiliti a livello nazionale e alla *lex specialis* di gara, non consentisse neppure alla Stazione appaltante di poter confidare con certezza nella dimostrazione del rigoroso rispetto di tutti i criteri ambientali minimi in sede esecutiva.

In definitiva, per le ragioni esposte, la censura è stata accolta.

## **5. Il procedimento di accreditamento sulla piattaforma di certificazione dei crediti e di prestazione della garanzia dello Stato è di competenza del giudice amministrativo**

Non ha rilievo la circostanza che l'esercizio dello specifico potere certificativo di cui trattasi non presupponga alcuna valutazione discrezionale, poiché a fronte di attività vincolata ben può configurarsi una situazione di interesse legittimo (si pensi all'attività repressiva di abusi edilizi), dovendosi piuttosto aver riguardo alla natura e finalità del potere esercitato dall'amministrazione. La circostanza che il potere amministrativo sia vincolato non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica, assimilabile a un diritto potestativo, ove l'Amministrazione eserciti una funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge, quale soggetto incaricato della cura di interessi pubblici generali, esulanti dalla propria sfera patrimoniale.

### **Fatto e diritto**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza 13 settembre 2021, n. 802, ha riformato la sentenza impugnata e disposto la rimessione della causa al primo giudice in materia di procedimento di accreditamento sulla piattaforma di certificazione dei crediti e di prestazione della garanzia dello Stato.

Banca Sistema s.p.a., con ricorso in appello notificato il 15 e depositato il 21 luglio 2021, impugna la sentenza con la quale il TAR Sicilia ha dichiarato il difetto di giurisdizione a decidere il ricorso proposto dalla Banca avverso il decreto con cui l'Istituto Regionale del Vino e dell'Olio (di seguito "IRVO") ha ritirato in autotutela la certificazione del credito rilasciata, ai sensi degli artt. 9, c. 3-bis, 3-ter d.l. n.185/2008, 7 d.l. n.35/2013 e 37 d.l. n. 66/2014, dallo stesso Istituto alla PRC Re Pubbliche s.r.l. e da quest'ultima ceduta alla ricorrente.

Il TAR ha ritenuto che dall'esame della disciplina contenuta negli artt. 9, comma 3-bis e 3-ter del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (conv., con modificazioni, in legge 28 gennaio 2009, n. 2), nell'articolo 7 del d.l. 8 aprile 2013, n. 35 (convertito, con modificazioni, in legge 6 giugno 2013, n. 64), nonché, infine, nell'art. 37 del d.l. 24.4.2014, n. 66 (conv. in l. n. 89/2014), si evince che il procedimento di accreditamento sulla piattaforma di certificazione dei crediti e di prestazione della garanzia dello Stato, è analiticamente e integralmente regolato dalla legge, mentre all'amministrazione non compete alcuna discrezionalità né amministrativa, né tecnica, bensì soltanto il compito di verificare la sussistenza dei requisiti prescritti per la certificazione. L'attività posta in essere dall'amministrazione nella fattispecie in esame non è di tipo autoritativo ma meramente ricognitiva e certificativa (non costitutiva) di un debito da parte dell'amministrazione medesima. Nel caso di specie l'IRVO ha ravvisto la mancanza del presupposto necessario della certificazione del credito costituito dalla validità dell'obbligazione da cui lo stesso scaturisce ritenendo che, in presenza di contratti

nulli, in quanto posti in essere in violazione delle norme di evidenza e di contabilità pubblica, il credito non avrebbe potuto essere certificato.

Con il ricorso in appello si deduce l'erroneità della sentenza, avendo l'IRVO, unilateralmente, adottato l'atto di "ritiro" della certificazione a suo tempo rilasciata, nel dichiarato esercizio del potere di autotutela.

La determina impugnata in primo grado sarebbe frutto del diverso apprezzamento di una stessa fattispecie in relazione al medesimo quadro regolamentare di riferimento.

La giurisdizione del giudice amministrativo a dirimere la controversia si ricaverebbe anche dalla circostanza che l'IRVO ha ritenuto viziati i contratti stipulati nel 2014 con la soc.Re Pubbliche – dai quali originano i crediti vantati – per violazione delle norme in materia di affidamento dei contratti pubblici, materia di competenza esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 c.p.a.

Si è costituito in giudizio L'IRVO che eccepisce che l'adozione del provvedimento di certificazione – e, allo stesso modo, il suo ritiro – non sarebbe espressione di alcun potere amministrativo, trattandosi di attività ricognitiva, peraltro totalmente vincolata, nell'ambito di rapporti giuridici creditizi di natura non pubblicistica tra l'amministrazione e i soggetti privati.

Con note di udienza la Banca replica alle difese l'IRVO deducendo che, mentre l'atto di rilascio della certificazione è il risultato di un'attività ricognitiva della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per concederla, l'atto del suo ritiro è espressione di un potere autoritativo.

Ne consegue che sulla legittimità del "ritiro" della certificazione per asserita mancanza dei presupposti per concederla, nell'ipotesi in cui fosse riconosciuto all'Amministrazione un potere di autotutela in tal senso, dovrebbe comunque pronunciarsi il giudice amministrativo.

Il Collegio ritiene che l'appello sia fondato. L'argomentazione del Giudice di prime cure, ripresa dall'Istituto appellato, secondo la quale la controversia non apparterebbe alla giurisdizione del giudice amministrativo non essendo l'attività posta in essere dall'amministrazione di tipo autoritativo, non può essere condivisa: non ha, al riguardo, rilievo dirimente la circostanza che l'esercizio dello specifico potere certificativo di cui trattasi non presupponga alcuna valutazione discrezionale, poiché a fronte di attività vincolata ben può configurarsi una situazione di interesse legittimo (si pensi all'attività repressiva di abusi edilizi), dovendosi piuttosto aver riguardo alla natura e finalità del potere esercitato dall'amministrazione.

La giurisprudenza ha, al riguardo, affermato che si deve escludere che il carattere vincolato dell'attività svolta denoti *ipso facto* l'assenza, in capo alla PA, di una posizione di supremazia, nonché la conseguente natura paritetica degli atti adottati dalla stessa PA nel rapporto con l'amministrato.

La circostanza che il potere amministrativo sia vincolato – e cioè che il suo esercizio sia predeterminato dalla legge nell'*an* e nel *quomodo* – non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica, assimilabile ad un diritto potestativo, ove l'Amministrazione eserciti una funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge, quale soggetto incaricato della cura di interessi pubblici generali, esulanti dalla propria sfera patrimoniale: il potere vincolato, dunque, resta comunque espressione di "supremazia" o di "funzione", con il corollario che dalla sua natura vincolata derivano conseguenze non sul piano della giurisdizione, ma su quello delle tecniche di tutela.

Del resto, che l'attività della P.A., per il solo fatto di essere vincolata, non cessi di essere attività autoritativa e di tradursi in atti aventi natura non già paritetica, bensì provvedimentoale, sottoposti alla giurisdizione del GA, emerge con chiarezza da molteplici istituti del diritto amministrativo.

Muovendo da tali, condivisibili, presupposti, se ne deve concludere che l'individuazione del giudice munito di giurisdizione sia, anche nel caso in questione, ancorata all'ordinario criterio della *causa petendi*, ovverosia della posizione giuridica soggettiva per la quale viene attivata la tutela giurisdizionale, il che impone la determinazione della natura dell'atto adottato dall'amministrazione, sussistendo la giurisdizione del G.A. laddove si tratti di un atto di esercizio di poteri autoritativi funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico.

Ebbene, ad avviso del Collegio, il potere certificativo in questione ha natura pubblicistica essendo espletato dall'amministrazione in virtù della posizione di "supremazia" che la stessa riveste nell'ordinamento quale soggetto istituzionalmente preposto alla tutela di interessi pubblicistici.

L'attribuzione alla cognizione del giudice amministrativo della legittimità del rilascio della certificazione in questione, e dello speculare provvedimento di ritiro in autotutela, deriva dalla natura di atto soggettivamente ed oggettivamente amministrativo, emesso nell'esercizio di poteri autoritativi e che non si esaurisce in una mera operazione contabile che culmina nella certificazione del credito, essendo, invece, dal punto di vista logico e semantico, espressione di un motivato giudizio critico.

Non si tratta di attività meramente ricognitiva di documentazione, di una manifestazione di scienza e conoscenza i cui presupposti, contenuti ed effetti siano integralmente predeterminati dalla legge, poiché sottesi all'emissione del provvedimento in questione sono i poteri di verifica dell'esistenza e regolarità dell'obbligazione, del mancato intervento di cause di estinzione del debito, di modo che la corrispondente posizione dei privati interessati non risulta essere di diritto, in quanto nell'esercizio di tale potestà amministrativa di carattere autoritativo l'amministrazione non agisce *iure privatorum*, e correlativamente, il privato non è titolare di un diritto soggettivo.

La finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico e la procedimentalizzazione dell'attività certificatoria per come delineata da una disciplina di carattere pubblicistico posta



a suo fondamento caratterizza in chiave autoritativo-provvedimentale l'attività amministrativa in questione, con ogni conseguenza sul criterio del riparto di giurisdizione.

In definitiva, l'appello è fondato e da accogliere, con la conseguenza che, in riforma della sentenza impugnata, va disposta la rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.