



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza
n. 8/2021**

Sommario

- 1. Alla Corte costituzionale la legge della Regione Puglia sull'accREDITamento delle strutture sanitarie private.....2**
- 2. Alla Corte di Giustizia Ue il potere prescrittivo esercitato dall'Arera relativamente all'ordine di restituzione di somme oggetto di rapporti contrattuali privatistici 13**
- 3. Legittimità della esclusione da una gara, congiunta di un consorzio stabile e di due consorziate non designate esecutrici.....19**
- 4 Giurisdizione del giudice amministrativo su richiesta del consorzio aggiudicatario di affiancamento all'Impresa esecutrice colpita da interdittiva antimafia.....25**

1. Alla Corte costituzionale la legge della Regione Puglia sull'accREDITAMENTO delle strutture sanitarie private

Secondo il Consiglio di Stato (ordinanza n. 8610 del 2021) è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 117, comma 3, Cost., dell'art. 19, comma 3, l. reg. Puglia n. 9 del 2017, nella versione antecedente alle modifiche introdotte dagli artt. 49, comma 1, l. reg. 30 novembre 2019, n. 52 e 9, comma 1, l. reg. 7 luglio 2020, nella parte in cui introduce una deroga al principio generale in forza del quale l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio delle strutture sanitarie e sociosanitarie non produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento istituzionale, che si fonda sul criterio di funzionalità rispetto alla programmazione regionale.

Il fatto

Un istituto titolare di un centro diagnostico, accreditato istituzionalmente con la ASL di Lecce nella branca specialistica ambulatoriale della diagnostica per immagini con utilizzo di grandi macchine, TAC e RMN, ha impugnato – formulando altresì istanza risarcitoria – la determinazione della Regione Puglia n. 103/2019 del 29/04/2019 con cui venivano concessi, con un unico provvedimento, l'autorizzazione all'esercizio e l'accREDITAMENTO istituzionale ad un'altra società, struttura sanitaria privata, per l'attività specialistica ambulatoriale di diagnostica per immagini con uso di grandi macchine (1 TAC e 1 RMN da 1,5 Tesla), in aggiunta all'accREDITAMENTO già posseduto da tale struttura per l'attività specialistica ambulatoriale di diagnostica per immagini senza uso di grandi macchine.

Deve precisarsi che la detta società, all'esito di un pregresso contenzioso aveva conseguito il parere di compatibilità all'installazione delle suddette apparecchiature di cui alla determinazione n. 38 del 27 febbraio 2017, che escludeva, al contempo, espressamente la possibilità di conseguire l'accREDITAMENTO per saturazione del relativo fabbisogno. In forza di tale parere veniva rilasciata dal Comune l'autorizzazione alla realizzazione del programmato ampliamento mediante installazione di 2 grandi macchine (1 TAC e 1 RM).

Con la determinazione della Regione Puglia n. 103/2019, oggetto di impugnativa in prime cure, la Regione Puglia dava rilievo al mutamento del quadro normativo e, in particolare, alla legge regionale n. 9 del 2 maggio 2017 che, innovando rispetto al pregresso quadro normativo, prevedeva, nella versione *ratione temporis* applicabile, cioè precedente alla modifica di cui alla L.R. 30 novembre 2019 n. 52, che “L'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio non produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accREDITAMENTO

istituzionale, che si fonda sul criterio di funzionalità rispetto alla programmazione regionale, salvo che non si tratti di modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all'articolo 5, comma 2, inerenti strutture già accreditate”.

In sintesi, nella declinazione del nuovo principio normativo la Regione dava rilievo al fatto che, nel caso di strutture già accreditate, le modifiche in ampliamento - inclusa quella qui in rilievo alla stregua di quanto previsto dall'articolo 5 comma 2 della medesima legge - erano dispensate dall'apprezzamento sulla funzionalità delle implementazioni infrastrutturali rispetto agli indirizzi della programmazione regionale.

E proprio contro questo automatismo abilitativo si poneva il nucleo principale delle contestazioni mosse.

La società, da parte sua, dopo aver eccepito l'infondatezza del ricorso principale, proponeva ricorso incidentale, poi integrato da motivi aggiunti, impugnando la determinazione della Regione Puglia n. 91/2010 con cui era stato concesso l'accreditamento istituzionale alla ricorrente per la diagnostica per immagini con uso di g.m. (1 TAC e 1 RMN da 1,5 Tesla), lamentando la mancata disponibilità dell'immobile e la saturazione già a quella data del relativo fabbisogno.

Si costituiva in giudizio la Regione Puglia, contestando sia il ricorso principale che quello incidentale e chiedendo il rigetto delle domande.

Con sentenza n. 784/2021, il TAR per la Puglia ha accolto il ricorso principale nella parte relativa all'azione di annullamento e, per l'effetto, ha annullato la determinazione regionale n. 103/2019, respingendo al contempo la domanda risarcitoria; il giudice di prime cure ha, poi, dichiarato irricevibile il ricorso incidentale.

Segnatamente, il TAR ha, anzitutto, evidenziato che, con sentenza della Corte Costituzionale n. 36 del 12 marzo 2021, era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 3, L.R. n. 9/2017, nella versione, non applicabile al caso di specie, derivante dalla modifica di cui alla L.R. n. 52/2019. L'art. 49 della L.R. n. 52/2019 aveva, infatti, modificato il comma 3 dell'art. 19, prevedendo che l'eccezione alla regola della programmazione regionale si verificasse in tre casi, tra i quali, per quanto qui di interesse, quello della autorizzazione all'esercizio per l'attività di diagnostica per immagini con utilizzo di grandi macchine già rilasciata alla data di entrata in vigore della presente legge a struttura già accreditata per l'attività di diagnostica per immagini senza utilizzo di grandi macchine.

Pur non essendo sottoposta all'attenzione della Corte la versione dell'articolo 19 citato, qui applicabile *ratione temporis*, il TAR riteneva che i principi affermati dalla Consulta dovessero orientarne l'interpretazione concludendo nel senso che “l'ampliamento” contemplato dal combinato disposto dell'art. 19, comma 3, L.R. n. 9/2017 – nella versione all'epoca vigente – e dell'art. 5, comma 2 della L.R. n. 9/2017 non potesse essere interpretato nel senso che le prestazioni diagnostiche con g.m. fossero meramente aggiuntive rispetto a quelle senza g.m., dovendosi piuttosto ritenere che l'ampliamento suscettibile di consentire la deroga – in quanto, per l'appunto, meramente aggiuntivo –

implicasse la stessa natura delle prestazioni per le quali vi era stato l'originario accreditamento, evenienza qui non in rilievo.

Con ricorso depositato in data 10.06.2021, ha proposto appello la società, chiedendo la riforma della sentenza suddetta, previa sospensione della relativa esecutività anche mediante adozione di misure cautelari monocratiche.

Con decreto presidenziale n. 3191/2021, è stata accolta l'istanza di concessione della tutela cautelare monocratica e, per l'effetto, sospesa l'esecutività della sentenza appellata fino alla camera di consiglio dell'8 luglio 2021.

Nelle successive memorie depositate in vista dell'udienza di merito, le parti hanno preso atto della recente, ulteriore sentenza della Corte Costituzionale n. 195/2021 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 9 L.R. n. 18/2020, che aveva sostituito l'ultimo periodo dell'art. 9, comma 3, L.R. n. 9/2017, prevedendo che, *"ferma restando la necessità di verificare la sussistenza dei requisiti di accreditamento, nelle soprariportate ipotesi l'autorizzazione all'esercizio produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento istituzionale"*.

Secondo la Regione Puglia, neppure tale pronuncia sarebbe dirimente ai fini del giudizio, in quanto la normativa applicabile al caso di specie andrebbe evinta dall'originario disposto dell'art. 19, comma 3, L.R. n. 9/2017, nel testo vigente prima delle modifiche del 2019 e del 2020, non inficiato in alcun modo dalle decisioni della Corte Costituzionale. Si è anche sottolineata l'impossibilità che una pronuncia di incostituzionalità concernente una norma nella sua versione successiva possa automaticamente travolgere una norma diversa e precedente: se per norme tra loro strettamente connesse come quelle oggetto delle due pronunce della Consulta sono stati ritenuti necessari due autonomi giudizi, ciò dovrebbe valere a maggior ragione per la norma precedente di contenuto significativamente diverso da quelle successive.

Per l'Istituto, al contrario, il testo originario dell'art. 19, comma 3, L.R. n. 9/2017, sulla base del quale è stato concesso l'accredimento alla società, esprimeva lo stesso identico criterio di accreditamento censurato dalla Consulta con le sentenze nn. 36/2021 e 195/2021. Le sentenze di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale, avendo effetto retroattivo, comporterebbero l'illegittimità dell'accredimento concesso alla società per radicale contrasto con l'impianto normativo del d.lgs. n. 105/1992. La sentenza appellata, dunque, meriterebbe di essere confermata nella parte in cui ha disposto l'annullamento del predetto accreditamento. In subordine, dovrebbe essere promossa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 3, L.R. n. 9/2017 nella sua versione originaria.

Il Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva, n. 8467 del 21/12/2021, ha passato in rassegna le plurime doglianze veicolate con gli appelli, principale e incidentale, proposti dalle parti, giudicandole non fondate (con riserva di pronuncia sulla domanda risarcitoria) ad eccezione, e per il solo profilo rescindente, del motivo di gravame articolato dall'appellante principale, ripreso anche nell'appello incidentale della Regione Puglia, con

il quale la suddetta parte lamentava l'erroneità della opzione esegetica privilegiata dal giudice di prime cure dell'art. 19, comma 3, della legge regionale della Puglia n. 9/2017 nella formulazione vigente al momento dell'accREDITAMENTO della società (intervenuto con determina n. 103 del 29/04/2019) e, dunque, nella versione antecedente alle modifiche introdotte dagli artt. 49, comma 1, della L.R. 30 novembre 2019, n. 52 e 9 comma 1 della L.R. 7 luglio 2020, n. 18, dichiarate costituzionalmente illegittime rispettivamente con le sentenze nn. 36 del 2021 e 195 del 2021.

Il Collegio ha, invero, ritenuto, da un lato, che la soluzione ermeneutica privilegiata dal giudice di prime cure della richiamata disposizione, dettata dalla necessità di offrirne una lettura costituzionalmente orientata, non fosse compatibile con il suo significato letterale e, dall'altro, che il relativo contenuto precettivo, costruito coerentemente con tale significato, ponesse la norma in conflitto con i principi fondamentali che reggono il d. lgs. 502/1992, per come declinati dalla Corte Costituzionale, proprio in relazione alla legislazione della Regione Puglia, nelle sentenze 36 e 195 del 2021, dando dunque luogo ad una questione di legittimità costituzionale rilevante e non manifestamente infondata della norma in argomento per contrasto con il disposto di cui all'art. 117 comma 3 Cost., questione che viene sollevata con la presente ordinanza.

Il quadro normativo di riferimento

Appare necessario, preliminarmente, ricostruire quadro normativo di riferimento.

A tali fini, bisogna evidenziare che l'accREDITAMENTO della società è stato concesso con determina n. 103 del 29/04/2019 e, dunque, sulla base di quanto *ratione temporis* stabilito dall'art. 19, comma 3, della L.R. della Regione Puglia n. 9/2017, ai sensi del quale *“l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio non produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accREDITAMENTO istituzionale, che si fonda sul criterio di funzionalità rispetto alla programmazione regionale, salvo che non si tratti di modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all'art. 5, comma 2, inerenti strutture già accreditate”*.

I casi di *“modifiche, ampliamento e trasformazione”* di cui all'art. 5, comma 2, della medesima L.R. n. 9/2017, specificamente individuate dal legislatore nella versione della norma applicabile *ratione temporis* sono: gli ampliamenti di strutture già esistenti e autorizzate, in essi compresi: l'aumento del numero dei posti letto, posti letto-tecnici e grandi apparecchiature rispetto a quelli già autorizzati; l'attivazione di funzioni sanitarie e/o socio-sanitarie aggiuntive rispetto a quelle già autorizzate; la trasformazione di strutture già esistenti e specificamente: la modifica della tipologia (disciplina) di posti letto rispetto a quelli già autorizzati; la modifica di altre funzioni sanitarie e/o socio-sanitarie già autorizzate; il cambio d'uso degli edifici, finalizzato a ospitare nuove funzioni sanitarie o socio-sanitarie, con o senza lavori; l'adattamento delle strutture già esistenti e la loro diversa utilizzazione; 2.3. il trasferimento in altra sede di strutture già autorizzate.

L'installazione di grandi macchine all'interno della medesima struttura della società, già accreditata per l'erogazione di prestazioni di radiologia tradizionale, sussumibile anche

nella previsione di cui all'art. 5 comma 2.1.1, integrava anche la distinta fattispecie relativa a *“l'attivazione di funzioni sanitarie e/o socio-sanitarie aggiuntive rispetto a quelle già autorizzate”* ai sensi dell'art. 5, comma 2, punto 2.1.2.

Conseguentemente, nell'economia della disciplina di riferimento applicabile *ratione temporis*, l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio conseguita dalla società per l'attività di diagnostica per immagini con utilizzo di grandi macchine, inserendosi nel contesto di un ampliamento di una struttura già accreditata per la radiologia tradizionale, assurgeva a vicenda giuridica idonea a generare effetti vincolanti anche ai fini del rilascio dell'accreditamento, a prescindere dal criterio della funzionalità rispetto alla programmazione regionale.

Pur tuttavia il TAR ha ritenuto che il suddetto approdo ermeneutico dovesse essere corretto a seguito di una lettura costituzionalmente orientata della norma, valorizzando i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 36 del 12 marzo 2021, riferita alle modifiche introdotte nell'impianto regolatorio con l'art. 49 comma 1 della L.R. della Regione Puglia del 30 novembre 2019, n. 52.

Tale ultima disposizione ha, invero, modificato il comma 3 dell'art. 19, prevedendo che l'eccezione alla regola della verifica di compatibilità con gli indirizzi della programmazione regionale si verifica in tre casi, tra i quali, per quanto qui di interesse, quello della *“autorizzazione all'esercizio per l'attività di diagnostica per immagini con utilizzo di grandi macchine (di cui all'articolo 5, comma 1, punto 1.6.3.) già rilasciata alla data di entrata in vigore della presente legge a struttura già accreditata per l'attività di diagnostica per immagini senza utilizzo di grandi macchine (di cui all'articolo 5, comma 1, punto 1.7.3.)”* all'uopo precisando che *“Nelle soprariportate ipotesi l'autorizzazione all'esercizio produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento istituzionale a condizione che, nell'ambito comunale di riferimento, non insista struttura pubblica o privata già accreditata per la medesima attività”*.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 36 del 2021, ha, però, dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 49, della L.R. n. 52/2019, a tali fini evidenziando che *“In ciascuna delle tre ipotesi di deroga viene in rilievo, infatti, un'autorizzazione già rilasciata che vincola, secondo la legge regionale, il successivo accreditamento* ed enunciando all'opposto il principio secondo cui le vicende del processo di accreditamento restano tendenzialmente estranee alla determinazione del fabbisogno che rileva per la verifica di compatibilità delineata dall'indicato art. 8- *ter*, comma 3”. I due procedimenti - di autorizzazione e di accreditamento - sono, in base ai richiamati principi fondamentali della legge statale, tra di loro autonomi, essendo ciascuno finalizzato alla valutazione di indici di fabbisogno diversi e non sovrapponibili. La dichiarazione di illegittimità costituzionale colpisce le parti della disposizione che prevedono le già richiamate tre deroghe, e che - nel periodo finale - ne ribadiscono l'operatività”.

Il TAR ha, dunque, ritenuto che le modifiche introdotte dall'art. 49 della L.R. n. 52/2019, rispetto alla *res controversa*, costituissero uno sviluppo esplicativo del principio già

contenuto nell'originaria versione della norma e, recependo gli arresti ermeneutici compendati nella decisione della Consulta, ha ritenuto che "*l'ampliamento*" contemplato dal combinato disposto dell'art. 19, comma 3, L.R. n. 9/2017 – nella versione a suo tempo applicabile – e dall'art. 5, comma 2, L.R. n. 9/2017, non possa essere interpretato – risultando altrimenti incostituzionale la relativa disciplina – "*nel senso che le prestazioni diagnostiche con g.m. siano meramente aggiuntive rispetto a quelle senza g.m., dovendosi piuttosto ritenere che l'ampliamento suscettibile di consentire la deroga – in quanto, per l'appunto, meramente aggiuntivo – abbia la stessa natura delle prestazioni per le quali vi è stato l'originario accreditamento*".

Questo approdo esegetico è stato ritenuto dal Consiglio di Stato non condivisibile in quanto espressione di una non consentita torsione del contenuto precettivo della norma che, sebbene dettata dalla necessità di salvaguardarne la compatibilità con la Costituzione, si rivela non compatibile con il suo effettivo significato, quale evincibile dall'applicazione degli ordinari canoni ermeneutici.

Il Collegio non ignora che il giudice *a quo* è tenuto a vagliare ogni possibilità di interpretare la disposizione in modo conforme al dettato costituzionale, pur tuttavia, nel caso di specie, tale sforzo esegetico incontra un impedimento insuperabile nel tenore letterale delle disposizioni normative qui in rilievo che, nella loro univocità precettiva, non danno luogo a dubbi di sorta.

E, invero, è sufficiente a tal riguardo rilevare che, nell'impianto regolatorio della richiamata disciplina di settore, nella versione *ratione temporis* applicabile e per come sopra ricostruito, non è affatto necessario, per rendere operativa la deroga al criterio di funzionalità rispetto alla programmazione regionale, che le prestazioni per cui si chiede l'ampliamento abbiano la stessa natura di quelle per cui si è ottenuto l'accreditamento, locuzione oltretutto rimasta nelle sue implicazioni conformative e applicative del tutto inesplorata nella decisione di primo grado. Il giudice di prime cure ha, invero, del tutto obliato la circostanza che nel contesto normativo il significato delle accezioni "*modifiche, ampliamento e trasformazione*" delle strutture sanitarie è stato fatto oggetto di diretta definizione da parte del legislatore siccome espressamente declinato all'art. 5, comma 2, L.R. n. 9/2017, cui l'art. 19, comma 3, della medesima legge regionale, rinvia, cosicché non è possibile sovrapporre al vincolante contenuto dei relativi precetti un'autonoma perimetrazione contenutistica avulsa dalle indicazioni direttamente evincibili da tali precetti.

E giova qui ribadire che la disposizione di cui all'art. 5 comma 2.1. testualmente contempla nella relativa elencazione, tra l'altro, "*l'aumento del numero dei posti letto, posti letto - tecnici e grandi apparecchiature rispetto a quelli già autorizzati*" e "*l'attivazione di funzioni sanitarie e/o socio-sanitarie aggiuntive rispetto a quelle già autorizzate*". La lettura offerta dal TAR si pone in frontale contrasto con lo stesso valore semantico delle proposizioni letterali che compongono tali previsioni normative, finendo con l'accreditare – per effetto dell'aggiunta di un'eccezione all'ampio ambito operativo delle previsioni normative – un'interpretazione parzialmente abrogatrice di tali disposizioni che, viceversa, collocano, in

virtù del chiaro tenore letterale delle proposizioni che le compongono, la fattispecie qui in rilievo nell'elencazione delle ipotesi di “*ampliamento*” valorizzate in chiave derogatoria dall'art. 19 comma 3 della legge regionale 9/2017, vigente *ratione temporis*. In altri termini, non può essere revocato in dubbio, alla stregua del tenore letterale delle disposizioni passate in rassegna, che l'implementazione dell'attività già esercita con utilizzo di grandi macchine costituisca un'ipotesi di “*ampliamento*” della struttura già accreditata per la radiologia tradizionale, con conseguente operatività della fattispecie derogatoria contemplata nell'originaria versione dell'art. 19 comma 3 della legge regionale nella parte in cui assegnava all'intervenuto rilascio dell'autorizzazione effetti vincolanti anche ai fini dell'accreditamento a prescindere dal criterio della funzionalità rispetto alla programmazione regionale.

Non può quindi che ribadirsi il principio secondo cui la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre.

Sulla scorta di tali considerazioni la sentenza di primo grado è stata, pertanto, *in parte qua*, riformata.

Per completezza, bisogna aggiungere che il legislatore regionale, con l'art. 9 comma 1 della L.R. 7 luglio 2020, n. 18, ha ulteriormente modificato l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 19 L.R. n. 9/2017, già modificato dall'art. 49 L.R. n. 52/2019, prescrivendo che “*ferma restando la necessità di verificare la sussistenza dei requisiti di accreditamento, nelle soprariportate ipotesi l'autorizzazione all'esercizio produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento*”.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 195 del 2021, intervenuta successivamente alla pubblicazione della sentenza del TAR Lecce gravata in questa sede, ha dichiarato costituzionalmente illegittima anche tale disposizione, ritenendo “*nuovamente integrata la violazione dell'art. 117 co 3 Cost.*”; e tanto a cagione della violazione del principio di autonomia dei procedimenti di autorizzazione e di accreditamento.

Deve qui conclusivamente evidenziarsi che le pronunce della Corte Costituzionale, riferite alle norme di modifica di cui agli artt. 49, comma 1, della L.R. n. 52 del 2019 (dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 36 del 2021) e 9 comma 1 della L.R. n. 18 del 2020 (dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 195 del 2021), non hanno interessato la formulazione della disposizione in argomento (art. 19 comma 3 della legge regionale del 02/05/2017, n. 9), nella versione vigente al momento dell'adozione dell'atto avverso in prime cure di guisa che la *regula iuris* in essa compendiata tuttora costituisce il referente normativo che regge l'odierno rapporto controverso.

Pur tuttavia, il Collegio ha ritenuto di non poter di certo ignorare che tale norma replichi il medesimo principio informatore che permeava le disposizioni menzionate già dichiarate incostituzionali.

Il rinvio alla Corte costituzionale

In ragione di ciò, il Collegio ritiene rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all'art. 117 comma 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 3, della legge regionale della Puglia n. 9/2017 nella formulazione vigente al momento dell'accreditamento della società.

Si è già evidenziato come la determinazione n. 103/2019 costituisca diretto e vincolato precipitato applicativo delle previsioni derogatorie rinvenienti dall'art. 19 comma 3 della legge regionale n. 9 del 2017 che, anche nella versione sopra richiamata, pone, in presenza di strutture già accreditate per altre attività, l'obbligo dell'Amministrazione di prendere atto ai fini del rilascio di un ulteriore provvedimento di accreditamento della già intervenuta autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio di attività costituenti modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all'art. 5, comma 2, evenienza questa già sopra acclarata.

In siffatte evenienze viene, dunque, introdotta una deroga al principio generale in forza del quale l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio delle strutture sanitarie e sociosanitarie non produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento istituzionale, che si fonda sul criterio di funzionalità rispetto alla programmazione regionale.

È, infatti, finanche esplicitata nell'economia della fattispecie normativa la circostanza che, in presenza delle condizioni derogatorie ivi espressamente previste (*modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all'art. 5, comma 2, inerenti strutture già accreditate*), l'accreditamento risulti legato da un rapporto vincolato e automatico con il distinto e presupposto provvedimento autorizzatorio, senza che, nei suddetti casi, sull'*an* del rilascio possano in alcun modo interferire valutazioni discrezionali dell'Amministrazione nell'ambito (come avviene di norma) di un apposito procedimento amministrativo, da ritenersi viceversa indispensabile siccome forma indefettibile della funzione amministrativa.

In altri termini, in presenza di queste fattispecie derogatorie, il provvedimento di rilascio dell'accreditamento si pone come misura rigorosamente attuativa di norme vincolanti che rendono la statuizione amministrativa atto dovuto ed a contenuto vincolato.

E d'altro canto, attraverso una lettura delle argomentazioni compendiate nello stesso preambolo della determinazione n. 103/2019, si coglie, con immediatezza, il senso dell'ineluttabilità che regge la spedizione della misura concessorio/abilitativa in argomento.

Ne deriva, per tale via, la sicura rilevanza della questione di legittimità costituzionale in quanto la decisione del presente giudizio, rispetto all'unico profilo controverso ancora da sciogliere, non può prescindere dalla valutazione della legittimità costituzionale della norma di legge sopra richiamata. L'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 3, L.R. n. 9/2017, quale unico fondamento di legittimazione della deroga di cui la Regione ha fatto applicazione, comporterebbe, infatti, l'illegittimità della

suddetta determinazione n. 103/2019, che di essa costituisce diretta e immediata espressione esecutiva.

Si è già, inoltre, evidenziata, l'impraticabilità dell'interpretazione costituzionalmente orientata sostenuta dal TAR ovvero di qualsivoglia altra interpretazione adeguatrice stante il tenore letterale della disposizione. D'altro canto, e in via sussidiaria, deve rilevarsi che la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che il fatto che il giudice *a quo* abbia consapevolmente reputato che il tenore letterale della disposizione censurata imponga un'interpretazione e ne impedisca altre, eventualmente conformi a Costituzione, non è ragione di inammissibilità, dato che la verifica dell'esistenza e della legittimità di interpretazioni alternative, che il rimettente abbia ritenuto di non poter fare proprie, è questione che attiene al merito del giudizio e non alla sua ammissibilità.

Il giudice delle leggi ha, infatti, chiarito che se le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, si rivela necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile.

Né assume rilievo la circostanza che la norma in argomento, e vigente al momento dell'atto impugnato in prime cure, sia stata successivamente abrogata. La Corte costituzionale ha costantemente affermato la persistenza della rilevanza della questione anche nel caso in cui la norma sottoposta a scrutinio sia sostituita da una successiva, perché la legittimità dell'atto deve essere esaminata, in virtù del principio *tempus regit actum*, con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione.

Del resto, i due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono eguali fra loro, ma si muovono su piani diversi ed hanno, soprattutto, effetti diversi. Mentre la dichiarazione di incostituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge rende la norma inefficace *ex tunc* e quindi estende la sua invalidità a tutti i rapporti giuridici ancora pendenti al momento della decisione della Corte, restandone così esclusi soltanto i rapporti esauriti, l'abrogazione, salvo il caso dell'abrogazione con effetti retroattivi, opera solo per l'avvenire, atteso che anche la legge abrogante è sottoposta alla regola di cui all'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale (c.d. Preleggi), secondo cui "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo".

In punto di non manifesta infondatezza, il Consiglio di Stato ritiene che la disposizione si ponga in contrasto con l'art. 117 comma 3 della Cost, in relazione ai principi fondamentali posti dalla legge statale in materia di tutela della salute nella specie declinati agli artt. 8, comma 4, 8 *bis*, 8-*ter* e 8-*quater* del d.lgs. n. 502 del 1992, per le medesime ragioni già evidenziate dal Giudice delle leggi nelle menzionate sentenze del 2021, non direttamente applicabili in quanto riferite a norme diverse da quella qui in rilievo, ma replicabili nei

principi ivi affermati siccome riferiti a una fattispecie parimenti governata da una vincolante sequenza di effetti giuridici ampliativi.

Com'è noto, la competenza regionale in materia di autorizzazione ed accreditamento di istituzioni sanitarie private deve essere inquadrata nella più generale potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute, che vincola le Regioni al rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato e nel reticolo delle disposizioni già menzionate il legislatore statale pone in rapporto di autonomia i provvedimenti di autorizzazione e di accreditamento di strutture sanitarie, dovendo aggiungersi che la necessità della mediazione costitutiva di un atto di accreditamento s'impone anche nel caso di ampliamento di una struttura preesistente ai sensi dell'art. 8 *quater* comma 7 del d. lgs 502/1992.

La *res controversa* oggi all'esame appare, dunque, del tutto speculare rispetto a quelle scrutinate dalle pronunce appena ricordate: viene, invero, nuovamente in rilievo una deroga incentrata su un'autorizzazione già rilasciata che vincola, secondo la legge regionale, il successivo accreditamento.

I fondamentali principi che governano la materia in argomento possono essere così sintetizzati:

- il regime delle autorizzazioni e degli accreditamenti costituisce principio fondamentale in materia di tutela della salute;
- nell'ambito della relativa cornice normativa occorre distinguere gli aspetti che attengono all'"autorizzazione", prevista per l'esercizio di tutte le attività sanitarie, da quelli che riguardano l'"accredimento" delle strutture autorizzate;
- quanto all'"autorizzazione", articolata sul duplice versante della realizzazione della struttura e dell'esercizio dell'attività sanitaria, è subordinata alla verifica, da parte della Regione interessata, della realizzabilità della struttura in relazione alla localizzazione territoriale, tenuto conto del fabbisogno complessivo di assistenza che considera anche le prestazioni extra livelli essenziali di assistenza, e al possesso dei requisiti minimi di tipo strutturale, tecnologico e organizzativo e qualità per poter effettuare prestazioni sanitarie;
- l'accredimento, con il quale alla struttura pubblica o privata già autorizzata è concesso lo status di soggetto erogatore di prestazioni sanitarie nell'ambito e per conto del servizio sanitario nazionale, richiede, invece, "requisiti ulteriori" (rispetto a quelli necessari all'autorizzazione) e l'accettazione del sistema di pagamento a prestazione, ai sensi dell'art. 8-*quater* del d.lgs. n. 502 del 1992;
- la differenza che intercorre tra l'autorizzazione e l'accredimento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie, in base al sistema delineato dagli artt. 8-*bis*, 8-*ter* e 8-*quater* del d.lgs. n. 502 del 1992, per come ricostruito nel vissuto della giurisprudenza di settore, mostra che per la prima i profili rilevanti sono quelli inerenti il fabbisogno complessivo di prestazioni sanitarie nel territorio e in particolare quelli concernenti la localizzazione delle strutture già presenti, così da garantire la corretta distribuzione sul territorio in modo che siano adeguatamente servite tutte le zone, anche quelle a bassa redditività, che in mancanza di tale strumento non sarebbero coperte. Ai fini

dell'accreditamento rileva invece il fabbisogno di assistenza programmato per garantire l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) e prevede il coinvolgimento, in base all'art. 8-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 502 del 1992, solo dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8-*quater*, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies*", senza quindi considerare le strutture private non accreditate;

- nell'impianto fondamentale dei già ricordati articoli del d.lgs. n. 502 del 1992, le vicende del processo di accreditamento restano tendenzialmente estranee alla determinazione del fabbisogno che rileva per la verifica di compatibilità delineata dall'indicato art. 8-*ter*, comma 3. I due procedimenti – di autorizzazione e di accreditamento – sono, in base ai richiamati principi fondamentali della legge statale, tra di loro autonomi, essendo ciascuno finalizzato alla valutazione di indici di fabbisogno diversi e non sovrapponibili.

Ed è proprio nel solco delle coordinate già tracciate dalla Corte che il Collegio ritiene indispensabile un nuovo scrutinio di costituzionalità esteso anche all'art. 19, comma 3, della L.R. n. 9/2017 della Regione Puglia, nella versione antecedente alle modifiche normative già dichiarate illegittime, non ricorrendo ostacoli di ordine strutturale e funzionale per estendere i medesimi principi sopra richiamati anche alla disposizione suddetta nella parte in cui, ai fini dell'accreditamento, delinea un meccanismo operativo del tutto analogo a quello già censurato dalla Corte siccome segnato da un rigido automatismo cui si riconnette il travaso in un distinto contesto procedimentale (*id est* accreditamento) degli effetti abilitativi rinvenienti da altro, ancorché presupposto, procedimento (finalizzato questa volta al rilascio dell'autorizzazione). Deve ritenersi, dunque, inevitabile la soluzione di affidare al Giudice delle leggi la cognizione dei divisati meccanismi distorsivi che, sul piano operativo, infirmano la costituzionalità delle norme in esame.

2. Alla Corte di Giustizia Ue il potere prescrittivo esercitato dall'Arera relativamente all'ordine di restituzione di somme oggetto di rapporti contrattuali privatistici

Con l'ordinanza n. 8737, il Consiglio di Stato rimette alla Corte di Giustizia Ue le questioni se la normativa europea contenuta nella direttiva del Parlamento e del Consiglio 13 luglio 2009, n. 72 – in particolare nell'art. 37, commi 1 e 4, che disciplinano i poteri delle autorità di regolazione e nell'Allegato I – possa essere interpretata nel senso di: i) ricomprendere anche il potere prescrittivo esercitato dall'Autorità di regolazione del mercato elettrico italiano (Arera) nei confronti delle società operanti nel settore elettrico con il quale si impone a dette società di restituire ai clienti, anche cessati e morosi, la somma corrispondente al corrispettivo economico da questi versata a copertura di spese di gestione amministrativa, in adempimento di una clausola contrattuale oggetto di sanzione da parte della stessa Autorità; ii) ricomprendere, nell'ambito dell'indennizzo e delle modalità di rimborso applicabili ai clienti del mercato elettrico se i livelli di qualità del servizio stipulati non sono raggiunti dall'operatore del mercato, anche la restituzione di un corrispettivo economico da questi versato, disciplinato espressamente in una clausola del contratto sottoscritto ed accettato, del tutto indipendente dalla qualità del servizio stesso, ma previsto a copertura di costi di gestione amministrativa dell'operatore economico.

Oggetto della controversia e dei fatti rilevanti

Con l'appello in esame una società impugnava la sentenza n. 1608 del 2020 del TAR Lombardia, sede di Milano, recante rigetto degli originari gravami, proposti dalla medesima parte avverso la deliberazione di Arera 20 giugno 2019 n. 250/2019/S/COM, recante irrogazione alla stessa ricorrente di una sanzione amministrativa pecuniaria dell'importo di Euro 655.000,00, per aver offerto ai suoi clienti informazioni contrattuali in asserita violazione delle disposizioni regolamentari emanate dall'Autorità, nonché ordine di restituzione delle somme addebitate ai suoi clienti, a titolo di "costi di gestione amministrativa", per un totale di Euro 13.987.495,22.

Il procedimento confluito nel provvedimento impugnato in prime cure prendeva le mosse da una segnalazione trasmessa agli Uffici dell'Autorità dallo Sportello per il consumatore di Energia, ora Sportello per il consumatore Energia e Ambiente, dalla quale era emersa l'applicazione in bolletta, da parte della ricorrente, di un corrispettivo denominato "Articolo 5" per l'offerta "Home Energy Luce", che i clienti avevano contestato ritenendolo poco chiaro. Dalle successive verifiche effettuate dagli uffici dell'Autorità era emerso che l'applicazione di tale corrispettivo si riferiva non solo alla citata offerta: essa era prevista

dall'art. 5 (o in alcuni casi dall'art. 4 o dall'art. 7) delle condizioni generali di fornitura della ricorrente, sia per l'energia elettrica e sia per il gas naturale. Secondo tale clausola, in particolare, *“i costi di gestione amministrativa non sono compresi nei corrispettivi previsti per la fornitura ed è facoltà del Fornitore addebitare al cliente un corrispettivo non superiore a cinque euro mensili [o dieci euro in altri contratti] per ogni punto di prelievo”*.

All'esito dell'attività istruttoria e dell'audizione finale con la società, con la deliberazione 250/2019/S/Com, l'Autorità ha irrogato alla ricorrente la sanzione predetta per: l'illegittima definizione del corrispettivo, relativo ai costi di gestione amministrativa, nelle condizioni generali di contratto; per la mancata indicazione dello stesso nella Scheda di confrontabilità e nel sistema di ricerca del Trova Offerte, nonché per la sua conseguente illegittima applicazione ai clienti finali, in violazione delle disposizioni del Codice di condotta commerciale e degli artt. 8 e 11 del Regolamento Trova Offerte. In aggiunta, con il provvedimento, l'Autorità ha imposto che la ricorrente restituisca, ai propri clienti di energia elettrica e gas naturale, un importo complessivo pari ad euro 13.987.495,22.

I due ricorsi proposti dinanzi al Tribunale amministrativo di primo grado venivano respinti. Con ordinanza n. 7374 del 2020 veniva accolta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata.

Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2021, in vista della quale le parti depositavano memorie, la causa passava in decisione.

Con sentenza non definitiva 30 dicembre 2021, n. 8717, il Consiglio di Stato ha respinto i motivi di appello proposti in ordine alla irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria dell'importo di Euro 655.000,00.

Con la presente ordinanza si provvede al rinvio pregiudiziale alla CGUE, nei termini prospettati dalla predetta sentenza non definitiva, in ordine alle questioni dedotte con il quinto motivo di appello, concernente la legittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui ha disposto altresì l'ordine di restituzione delle somme, addebitate ai clienti a titolo di “costi di gestione amministrativa”, per un totale di euro 13.987.495,22.

I presupposti del rinvio pregiudiziale

In via preliminare, a fronte della pacifica qualificazione del Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza, va richiamata la giurisprudenza della Corte di Giustizia a mente della quale l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno, deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi

è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi.

La configurabilità di siffatta eventualità deve essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione.

Nel caso di specie, in primo luogo, la questione risulta *prima facie* rilevante, atteso che la deduzione investe direttamente la sussistenza, in base alla normativa europea invocata, del potere esercitato con l'ordine di restituzione della somma di cui al provvedimento impugnato.

In secondo luogo, le disposizioni richiamate dalla parte appellante non risultano essere già state oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia, in relazione alla ammissibilità di un potere prescrittivo quale quello in contestazione.

In terzo luogo, non risulta esservi la necessaria totale evidenza in un senso o nell'altro, sia a fronte della genericità delle voci invocate dalla difesa erariale a sostegno della sussistenza del potere in contestazione, sia del carattere atipico dello stesso, così come disegnato dall'Autorità odierna appellata.

La disciplina europea

Sul versante della disciplina europea rilevante, in linea generale assume rilievo preminente la normativa che, in materia di protezione dei consumatori al fine di migliorare e integrare i mercati competitivi dell'energia elettrica, ha previsto compiti e competenze dell'Autorità di regolazione nei servizi liberalizzati, con particolare riferimento all'art. 37 della direttiva 13 luglio 2009 n. 2009/72/CE.

In dettaglio viene in rilievo l'art. 37 comma 1: sia alla lettera i) – *“vigilare sul livello di trasparenza, anche dei prezzi all'ingrosso, e sull'osservanza, da parte delle imprese elettriche, degli obblighi in materia di trasparenza”* - che alla lett. n), laddove si prevede il potere dell'Autorità di regolazione di *“garantire, in collaborazione con altre autorità competenti, che le misure di tutela dei consumatori, incluse quelle indicate all'allegato I, siano effettive e applicate”*. L'Allegato I riconosce che i clienti hanno diritto ad un contratto con il loro fornitore che specifichi, tra l'altro, *“l'indennizzo e le modalità di rimborso applicabili se i livelli di qualità del servizio stipulati non sono raggiunti, anche in caso di fatturazione imprecisa e tardiva”*.

Viene anche in rilievo il successivo comma 4, specialmente laddove prevede che *“Gli Stati membri provvedono affinché le autorità di regolamentazione siano dotate dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità i [propri] compiti [...] A tal fine, all'autorità*

di regolamentazione devono essere conferiti almeno i poteri seguenti: [...] d) il potere di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive alle imprese elettriche che non ottemperano agli obblighi ad esse imposti dalla presente direttiva o alle pertinenti decisioni giuridicamente vincolanti dell’Agenzia o della stessa autorità di regolamentazione; o di proporre a una giurisdizione competente di imporre tali sanzioni. Ciò include il potere di imporre o proporre di imporre sanzioni fino al 10% del fatturato annuo del gestore del sistema di trasmissione al gestore del sistema di trasmissione o fino al 10% del fatturato annuo dell’impresa verticalmente integrata all’impresa verticalmente integrata, secondo i casi, per inosservanza dei rispettivi obblighi che incombono loro a norma della presente direttiva”.

La disciplina nazionale

Per ciò che concerne il contenuto delle disposizioni nazionali attuative della disciplina europea e rilevanti nel caso di specie, la normativa applicata dall’Autorità fa riferimento al potere prescrivivo di cui all’art. 2, comma 20, lett. d), della legge n. 481/1995, così come evidenziato nella stessa statuizione recante l’ordine di restituzione in contestazione, che così recita *“d) ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l’obbligo di corrispondere un indennizzo”.*

A propria volta il comma 12, lettera g), affida all’Autorità la seguente funzione: *“g) controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell’utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio di cui al comma 37, nel contratto di programma ovvero ai sensi della lettera h)”.*

In attuazione di tale disciplina l’Autorità, dopo aver sanzionato la previsione contrattualistica di cui alla narrativa in fatto, ha ordinato la restituzione ai clienti delle somme ad essi addebitate al medesimo titolo.

I principi in materia e la coerenza del potere prescrivito azionato dall’Autorità

Così individuati gli elementi di riferimento della fattispecie, occorre richiamare i principi vigenti sulla normativa europea evocata.

In linea generale, la direttiva 2009/72 mira essenzialmente a creare un mercato interno aperto e competitivo nel settore dell’energia elettrica, che consenta a ogni consumatore la

libera scelta dei fornitori e a ogni fornitore la libera fornitura ai propri clienti, a creare parità di condizioni in questo mercato, a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e a combattere il cambiamento climatico. Ai fini del perseguimento di tali obiettivi la stessa direttiva conferisce all'autorità nazionale di regolamentazione ampie prerogative in materia di regolamentazione e di sorveglianza del mercato dell'energia elettrica.

Con particolare riferimento alla norma in questione, è stato evidenziato che l'art. 37 della direttiva 2009/72/CE non impone agli Stati membri di conferire necessariamente all'autorità di regolamentazione del mercato dell'energia elettrica anche la competenza a dirimere le controversie tra i clienti civili e i gestori di sistemi di trasmissione o di distribuzione dell'energia. In base alla direttiva, gli Stati membri possono attribuire la competenza in materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra i clienti e le imprese elettriche anche ad un'autorità diversa dall'autorità di regolamentazione, a condizione che essa sia indipendente ed eserciti tale competenza predisponendo procedure rapide, efficaci, trasparenti, semplici e poco onerose per il trattamento dei reclami, che consentano un'equa e rapida soluzione delle controversie.

Nella prospettazione di parte appellante, la normativa interna applicata, laddove intesa come legittimante l'ordine di restituzione di somme oggetto di rapporti contrattuali privatistici, si pone in contrasto con la normativa europea, che esclude una tale estensione del potere autoritativo affidato all'autorità di regolazione.

Per il complesso delle ragioni che precedono la Sezione ritiene, dunque, che le questioni prospettate siano tali da meritare il rinvio pregiudiziale alla CGUE, con la formulazione dei seguenti quesiti:

- a) *“se la normativa europea contenuta nella direttiva del Parlamento e del Consiglio 13 luglio 2009 n. 72 – in particolare nell’art. 37, commi 1 e 4, che disciplinano i poteri delle autorità di regolazione e nell’Allegato I – possa essere interpretata nel senso di ricomprendere anche il potere prescrivito esercitato dall’Autorità di regolazione del mercato elettrico italiano (ARERA) nei confronti delle società operanti nel settore elettrico con il quale si impone a dette società di restituire ai clienti, anche cessati e morosi, la somma corrispondente al corrispettivo economico da questi versata a copertura di spese di gestione amministrativa, in adempimento di una clausola contrattuale oggetto di sanzione da parte della stessa Autorità”;*
- b) *se la normativa europea contenuta nella direttiva del Parlamento e del Consiglio 13 luglio 2009 n. 72 – in particolare nell’art. 37, commi 1 e 4, che disciplinano i poteri delle autorità di regolazione e nell’Allegato I – possa essere interpretata nel senso di ricomprendere, nell’ambito dell’indennizzo e delle modalità di rimborso applicabili ai clienti del mercato elettrico se i livelli di qualità del servizio stipulati non sono raggiunti dall’operatore del mercato, anche la restituzione di un corrispettivo economico da questi versato, disciplinato espressamente in una clausola del contratto sottoscritto ed*



accettato, del tutto indipendente dalla qualità del servizio stesso, ma previsto a copertura di costi di gestione amministrativa dell'operatore economico”.

3. Legittimità della esclusione da una gara, congiunta di un consorzio stabile e di due consorziate non designate esecutrici

Il TAR Palermo, con sentenza 3318 del 2021, ha stabilito che l'impugnazione dell'aggiudicazione non finalizzata a ottenere la rinnovazione della gara dev'essere sorretta, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria. Se il ricorrente intende contestare provvedimenti lesivi (quali la segnalazione all'ANAC e l'incameramento della cauzione), che discendono direttamente dalla disposta esclusione, non rileva la circostanza che non abbia articolato censure avverso il provvedimento conclusivo della gara (o che la relativa impugnazione sia irrituale), in quanto va, comunque, riconosciuta la sussistenza di un interesse (patrimoniale e/o morale) a contestare l'esclusione. Inoltre, ai afferma anche che l'automatico divieto di partecipazione a una gara, tanto a carico del consorzio stabile quanto della consorziata non indicata quale esecutrice, può giustificarsi solo laddove un'indagine in concreto dimostri che il rapporto fra i relativi organi conduca a individuare un unico centro decisionale; la mera partecipazione dell'impresa a un determinato consorzio stabile non può fornire elementi univoci in tal senso, tali da fondare una vera e propria *praesumptio juris et de jure*, che si traduce in una sorta di sillogismo categorico circa l'esistenza di un'unicità di rapporti fra consorzio stabile e proprie consorziate. Il Consorzio stabile, il quale partecipa a una gara d'appalto in proprio deve ritenersi - in linea di principio - un soggetto distinto dai consorziati, con conseguente irragionevolezza, sotto il profilo della sproporzione, dell'esclusione automatica di tutti i soggetti imprenditoriali che ne fanno parte non designati quali esecutori. Rimane salvo il potere/dovere della stazione appaltante di verificare l'esistenza in concreto di un collegamento tra il Consorzio stabile e le imprese consorziate o tra queste ultime che possa fare ritenere che le offerte sono espressione di un unico centro decisionale con conseguente alterazione della concorrenza; non sono, invece, ammissibili meccanismi automatici, i quali sono sproporzionati.

Fatto e diritto

Con ricorso, notificato e depositato l'11 maggio 2021, una società ha chiesto l'annullamento della nota prot. n. 229666 del 15 aprile 2021 con cui l'ANAS le ha comunicato, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'esclusione dalla gara per l'appalto dei lavori di manutenzione programmata dei giunti di dilatazione presso i

viadotti e ponti di competenza del Centro di manutenzione, nonché della “determina di approvazione aggiudicazione”, del disciplinare, del bando, dei verbali, per quanto d’interesse, e del silenzio rigetto sull’istanza di riesame.

Esposti i fatti, ha dedotto il seguente unico articolato motivo. Violazione e falsa applicazione: dell’art. 97 Cost.; del d.lgs. n. 50 del 2016; degli artt. 48 e 83 del codice dei contratti. Nullità della clausola della *lex specialis* di gara. Violazione: della l. n. 241 del 1990; della *lex specialis* di gara; del disciplinare di gara; del principio della *par condicio*. Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento.

Si è costituita in giudizio l’ANAS che ha depositato una memoria con cui, eccepita preliminarmente l’inammissibilità del ricorso per carenza d’interesse conseguente alla mancata dimostrazione dell’aggiudicazione in caso di ammissione, ne ha, comunque, chiesto il rigetto, poiché infondato, vinte le spese.

La controversia ha ad oggetto: in via principale, l’esclusione della ricorrente da una gara indetta dall’ANAS, la quale ha comportato, nelle more del giudizio, l’avvio, da parte dell’ANAC, del procedimento per l’inserimento della relativa annotazione nel casellario informatico; in via secondaria, il conseguente provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata.

In via preliminare il TAR esamina l’eccezione di carenza d’interesse, conseguente alla mancata dimostrazione del conseguimento dell’aggiudicazione in caso di ammissione alla gara, che è stata valorizzata in sede di rigetto della sospensiva, ma che il CGA, accogliendo l’appello cautelare, ha invitato ad approfondire. Il collegio, dopo attenta riflessione, ritiene fondata l’eccezione con riferimento alla parte del ricorso avente ad oggetto l’aggiudicazione, ma non anche per quella riferita all’esclusione.

Per quanto riguarda la prima, è *jus receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui, in materia di appalti, l’interesse all’impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l’annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un’effettiva utilità, con la conseguenza che il gravame dell’aggiudicazione, che non sia finalizzato ad ottenere la rinnovazione della gara, dev’essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria.

Nella fattispecie in esame, il criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante era quello del minor prezzo, relativamente al quale la posizione in graduatoria delle offerte non seguiva a una valutazione di carattere tecnico-discrezionale, bensì a un mero riscontro automatico dell’offerta economica.

Pur essendo vero che tale riscontro può essere effettuato anche dal giudice amministrativo, è, però, necessario che questi sia posto nelle condizioni di effettuare la

prova di resistenza con l'indicazione del ribasso offerto dall'impresa esclusa, così da verificare se lo stesso è maggiore di quello indicato dall'aggiudicataria e dar atto che, in caso di annullamento dell'esclusione, si ha la certezza dell'aggiudicazione.

Nella specie la ricorrente sostiene di aver prodotto la offerta, ma questa non risulta dai documenti allegati; non ha, peraltro, nemmeno indicato il ribasso negli scritti difensivi, in quanto si è limitata ad affermare che *“con la riammissione in gara può legittimamente anche aspirare ad un ricalcolo della soglia atteso che ancora non si è perfezionata l'aggiudicazione a favore della contro interessata”*.

Ne deriva che questo giudice non è nelle condizioni di verificare la sussistenza dell'interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione che, peraltro, la stessa ricorrente ha ancorato a un presupposto in fatto (ricalcolo della soglia) che non può realizzarsi, in quanto in contrasto con l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016; il ricorso va, pertanto, come detto, dichiarato inammissibile per la parte in cui ha ad oggetto l'aggiudicazione.

A diversa conclusione deve, però, giungersi relativamente all'impugnazione dell'esclusione, la quale costituisce l'oggetto principale del giudizio, in quanto, come chiarito negli scritti difensivi, il bene della vita a cui aspira la ricorrente è quello di evitare l'annotazione nel casellario informatico dell'ANAC.

Va, sotto tale profilo, richiamato il condiviso orientamento giurisprudenziale secondo cui, qualora il ricorrente intenda contestare (ma anche prevenire l'adozione di) provvedimenti lesivi (quali la segnalazione all'ANAC e l'incameramento della cauzione), che discendono direttamente dalla disposta esclusione, non rileva la circostanza che non abbia articolato censure avverso il provvedimento conclusivo della gara (o che la relativa impugnazione sia irrituale), in quanto va, comunque, riconosciuta la sussistenza di un interesse (patrimoniale e/o morale) a contestare l'esclusione.

Deve, peraltro, per completezza, rilevarsi che, qualora s'imponesse, in casi analoghi a quelli in esame, la contestazione dell'aggiudicazione, si attiverebbe un circuito vizioso, che si tradurrebbe nella lesione del diritto alla tutela giudiziaria, in quanto il concorrente: da un lato, non potrebbe contestare solo ed esclusivamente la propria estromissione dalla gara; dall'altro lato, non avrebbe nemmeno titolo per contrastare la propria iscrizione all'ANAC, perché questa deriva in via automatica e obbligata dall'esclusione (e dalla conseguente segnalazione).

Ne consegue che, come anticipato, il ricorso va ritenuto ammissibile per la parte avente ad oggetto l'esclusione.

Ciò posto, il TAR procede all'esame dell'unico motivo di ricorso, avente ad oggetto l'insussistenza dei presupposti per l'esclusione dalla gara, che è fondato.

Invero, l'estromissione è avvenuta in applicazione dell'art. 48, comma 7, secondo periodo del d.lgs. n. 50 del 2016 a seguito dell'accertamento, da parte del seggio di gara, della partecipazione sia del Consorzio, il quale non aveva designato nessuna esecutrice, che delle imprese consorziate.

Orbene, la disposizione succitata, dopo avere disposto che i concorrenti non possono partecipare alla gara in forma individuale e in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, statuisce che:

- i consorzi stabili sono tenuti a indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono;
- a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara;
- in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio che il consorziato e si applica l'articolo 353 del codice penale.

In ordine all'interpretazione di tale disposizione si riscontrano due orientamenti giurisprudenziali, di cui il primo trova espressione nella sentenza del TAR Emilia Romagna n. 851 del 2019 nella quale si è affermato che l'onere di indicare l'impresa consorziata per la quale il consorzio stabile concorre costituisce adempimento necessario al fine di evitare il divieto di partecipazione alla gara e che solo tale specifica indicazione consente di superare la necessaria presunzione di conflitto d'interessi derivante dalla contemporanea partecipazione di una consorziata tramite il consorzio e in un'altra forma. Si è, altresì, rilevato che si tratta di una disciplina che segna un punto di equilibrio tra il principio di garanzia della genuinità delle offerte e quello di libertà d'impresa, tenuto conto di quelli ulteriori di libera concorrenza in ambito europeo.

A tale orientamento si contrappone quello secondo cui l'automatico divieto di partecipazione a una gara, tanto a carico del consorzio stabile quanto della consorziata non indicata quale esecutrice, potrebbe giustificarsi solo laddove un'indagine in concreto dimostri che il rapporto fra i relativi organi conduca a individuare un unico centro decisionale e la mera partecipazione dell'impresa a un determinato consorzio stabile non può fornire elementi univoci in tal senso, tali da fondare una vera e propria *praesumptio juris et de jure*, che si traduce in una sorta di sillogismo categorico circa l'esistenza di un'unicità di rapporti fra consorzio stabile e proprie consorziate.

Il TAR ritiene di aderire al secondo orientamento per le ragioni indicate nel precedente, alle quali vanno aggiunte le seguenti.

Deve, in primo luogo, rilevarsi che, prima dell'adozione del codice degli appalti, la fattispecie in questione era disciplinata dall'art. 36, quinto comma, del d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti) il quale, nella sua versione originaria, antecedente alle modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lettera f, del d.lgs. n. 152 del 2008, conteneva un divieto generalizzato di "*partecipazione alla medesima procedura di affidamento del*

consorzio stabile a dei consorziati” con comminatoria di applicazione dell’art. 353 c.p. in caso di inosservanza.

In ordine a tale disposizione è intervenuta la Corte di giustizia UE che, con la sentenza 23 dicembre 2009, Serrantoni, C-376/08, ha affermato che la previsione dell’esclusione automatica del consorzio stabile e delle imprese che lo compongono, le quali hanno partecipato in concorrenza alla stessa procedura di affidamento di un pubblico appalto, viola i principi del Trattato in quanto pone una presunzione assoluta d’interferenza reciproca anche nel caso in cui il primo non sia intervenuto nel procedimento per conto delle seconde e non consente agli operatori di dimostrare che le loro offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente.

Ha, altresì, affermato che il conseguente obbligo assoluto di esclusione gravante sulle stazioni appaltanti è in contrasto con l’interesse comunitario a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d’appalto e va oltre quanto necessario per raggiungere l’obiettivo consistente nel garantire l’applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.

Ha concluso nel senso che il diritto comunitario dev’essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che dispone l’esclusione automatica dalla partecipazione alle procedura di gara e l’irrogazione di sanzioni penali nei confronti tanto del consorzio stabile quanto delle imprese che ne sono membri, le quali hanno presentato offerte concorrenti nell’ambito dello stesso procedimento, anche quando l’offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell’interesse di tali imprese.

Giova rilevare che tali principi sono conformi alla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia UE secondo cui l’esclusione automatica di candidati o di offerenti che si trovino in una situazione di controllo o di collegamento con altri offerenti eccede quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi e, pertanto, per garantire l’applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell’obbligo di trasparenza.

Essi sono stati di recente ribaditi nella sentenza dell’8 febbraio 2018, Lloyd’s of London, C-144/17 in cui si è affermato che l’esclusione automatica costituisce una presunzione assoluta d’interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, d’imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento, la quale, in quanto esclude la possibilità di dimostrare l’indipendenza delle loro offerte, è in contrasto con l’interesse dell’Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d’appalto.

Si è, altresì, affermato che il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l’amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un’influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell’ambito di una medesima procedura di

aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere escluse dalla procedura.

Le conclusioni a cui è giunta la Corte di Giustizia, nella sentenza 23 dicembre 2009, Serrantoni, C-376/08, sono, a ben vedere, pienamente coerenti con la peculiare natura dei consorzi stabili, i quali, secondo la definizione data dall'art. 45, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016, sono soggetti formati da non meno di tre imprenditori consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, hanno stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

Trattasi, pertanto, di aggregazioni durevoli di vari soggetti imprenditoriali, che possiedono autonoma personalità e operano all'esterno come un'unica impresa distinta da quella dei consorziati, le quali si differenziano dai consorzi ordinari e dai raggruppamenti temporanei in quanto sono astrattamente idonei a operare con un'autonoma struttura di impresa e sono, pertanto, capaci di eseguire, anche in proprio, le presentazioni previste nel contratto, ferma restando, ovviamente, la facoltà di demandare l'esecuzione, nei limiti consentiti, alle consorziate.

Ne consegue che il Consorzio stabile, il quale partecipa a una gara d'appalto in proprio deve ritenersi - in linea di principio - un soggetto distinto dai consorziati, con conseguente irragionevolezza, sotto il profilo della sproporzione, dell'esclusione automatica di tutti i soggetti imprenditoriali che ne fanno parte non designati quali esecutori.

Rimane ovviamente salvo il potere/dovere della stazione appaltante di verificare l'esistenza in concreto di un collegamento tra il Consorzio stabile e le imprese consorziate o tra queste ultime che possa fare ritenere che le offerte sono espressione di un unico centro decisionale con conseguente alterazione della concorrenza; non sono, invece, ammissibili meccanismi automatici, i quali sono, come detto, sproporzionati.

4. Giurisdizione del giudice amministrativo su richiesta del consorzio aggiudicatario di affiancamento all'Impresa esecutrice colpita da interdittiva antimafia

Il TAR Bologna, con la sentenza n. 997 del 2021, afferma che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'opposizione manifestata dalla stazione appaltante alla comunicazione, da parte di un consorzio aggiudicatario di una gara pubblica, di "affiancamento" di un operatore economico originariamente designato quale impresa esecutrice e colpita da interdittiva antimafia, all'impresa esecutrice subentrata, motivata dal venir meno dell'interdittiva per effetto dell'ammissione al controllo giudiziario ex art. 34-*bis*, d.lgs. n. 159 del 2011.

Fatto e diritto

Il Comune di Ravenna aggiudicava l'appalto integrato relativo alla progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione della Città delle Arti e dello Sport a un raggruppamento temporaneo di imprese.

Il 10 giugno 2020, dopo l'inizio dei lavori, l'impresa riceveva un'interdittiva antimafia disposta dal Prefetto di Napoli ai sensi degli artt. 89 bis e 91 d.lgs. 159/2011, la cui legittimità veniva confermata dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania con sentenza 2 marzo 2021, n. 1411, la cui efficacia non è stata sospesa.

Il predetto provvedimento, comportando il divieto per l'operatore economico di contrattare con la pubblica amministrazione, ha determinato ad escludere l'impresa dalla compagine consortile, a revocare tutti i precedenti contratti di affidamento, ivi compreso quello concernente l'appalto stipulato con il Comune di Ravenna e a designare un altro soggetto subentrante nel contratto stipulato con il Comune di Ravenna.

In seguito all'ammissione della società al controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011, con nota del 24 maggio 2021, si rappresentava alla stazione appaltante "di avere designato quale ulteriore consorziata esecutrice dei lavori indicati in oggetto, da affiancare alla consorziata" un'altra società e che l'"affiancamento è volto alla distribuzione delle lavorazioni tra le consorziate più aderente alle rispettive programmazioni".

Il Comune di Ravenna dava riscontro alla missiva con il provvedimento impugnato del 15 giugno 2021 ritenendo l'istanza di "affiancamento" della società non accettabile, sia perché la fattispecie non rientrava in alcune delle ipotesi previste dagli artt. 45 e s. d.lgs. n. 50/2016 sia perché, "stante la genericità della missiva pervenuta" non era dato "comprendere in quali termini" si sarebbe concretizzato il prospettato "affiancamento".

L'Amministrazione evidenziava, inoltre, che l'interdittiva - che aveva colpito l'originaria consorziata - aveva provocato "il venir meno dei requisiti (generali e speciali) che anche le imprese designate dall'appaltatore di un'opera pubblica devono conservare, senza soluzione di continuità, per tutta la durata dell'appalto". Con il ricorso si è impugnato l'atto.

È dunque materia del contendere la legittimità dell'opposizione manifestata dalla stazione appaltante, con nota del 15 giugno 2021, alla comunicazione da parte del suindicato Consorzio aggiudicatario di "affiancamento" della ricorrente - originariamente designata quale impresa esecutrice e colpita da interdittiva antimafia - all'impresa esecutrice subentrata, motivata dal venir meno dell'interdittiva per effetto dell'ammissione al controllo giudiziario ex art. 34-bis d.lgs. 159/2011.

Lamenta la parte ricorrente in particolare la lesione del "diritto soggettivo" in capo al RTI aggiudicatario alla sostituzione *rectius* "affiancamento" ex art. 48 c. 7-bis d.lgs. 50/2016 dell'impresa consorziata designata all'esecuzione del contratto di appalto, da cui la ricorrente conseguirebbe comunque effetti favorevoli.

Ritiene il Collegio "*res melius perpensa*" di dover affermare la giurisdizione del g.a. L'art. 47, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che "i consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma due, lett. c), e 46, comma 1, lett. f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante".

L'art. 48, c. 7 bis, d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che "è consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lettere b) e c), designare, ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata".

Infine, per quel che rileva, la stazione appaltante deve verificare che l'impresa designata sia "in possesso dei prescritti requisiti di idoneità" di partecipazione alla gara (art. 48, comma 18, d.lgs. n. 50/2016) e che "la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere, in tale sede, la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata" (art. 48, comma 19, d.lgs. n. 50/2016).

È pertanto dirimente accertare se in tale ambito, ricadente nella piena fase di esecuzione del contratto d'appalto, la verifica di spettanza della stazione d'appaltante assuma il carattere di una mera presa d'atto del tutto vincolata oppure se concreti l'esercizio di un vero e proprio potere autoritativo al cospetto del quale il Consorzio (e la ricorrente) possa vantare la lesione di interessi legittimi la cui cognizione è devoluta ex art 133 c. 1 lett. e) n. 1 c.p.a. al g.a.

Ritiene il Collegio che tale potere, incentrato sulla verifica del possesso dei requisiti morali ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 80/2016 in capo all'impresa designata all'esecuzione, abbia senz'altro natura autoritativa.

È infatti indubbio che in sede di verifica dei requisiti generali o morali, oggi disciplinata dal citato art. 80, la stazione appaltante eserciti un potere tipicamente autoritativo con significativi ambiti di discrezionalità amministrativa come, ad esempio, nell'ipotesi di cui al comma 5 lett c) in tema di apprezzamento di "un grave illecito professionale" o di cui al comma 7 in tema di c.d. *self cleaning* o ancora di cui al c. 5, lett a) in tema di apprezzamento della "gravità" delle infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Ne consegue che il Comune di Ravenna con l'atto impugnato ha effettivamente esercitato un potere di natura pubblicistica benché collocato nella fase successiva alla stipulazione del contratto, opponendosi al richiesto "affiancamento" stante la perdita dei requisiti di moralità da parte della ricorrente per tutto il periodo intercorrente tra l'interdittiva e l'ammissione al controllo giudiziale.

D'altronde anche durante l'esecuzione del rapporto fermo restando la giurisdizione del g.o. sulle controversie inerenti tale fase si possono profilare dei veri e propri provvedimenti autoritativi ascrivibili alla giurisdizione del g.a., come in ipotesi di intervento in autotutela con funzione di riesame sull'aggiudicazione, con particolare riferimento all'annullamento ex art. 21-nonies l. 241/90 possibile, a differenza della revoca ex art. 21-quinquies, anche se successivo alla stipulazione del contratto.

Ha ragione, dunque, la difesa della ricorrente nel doversi tenere distinti i rapporti interni tra il Consorzio e le proprie consorziate, laddove vi sono reciproci diritti e obblighi anche in punto di scelta dell'impresa designata all'esecuzione, ed il rapporto "verticale" tra il Consorzio aggiudicatario e la stazione appaltante, di tipo non paritetico ma tipicamente autoritativo in cui la posizione del contraente assume consistenza di interesse legittimo.

Va pertanto affermata la giurisdizione del g.a.