

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 7 DICEMBRE 2021

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
TAR Toscana, Sez. II, 26 novembre 2021, n. 1573	
TAR Lombardia, Sez. I, 25 novembre 2021, n. 2606	
Urbanistica ed Edilizia	9
Consiglio di Stato, Sez. II, 3 novembre 2021, n. 7357	
Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 novembre 2021, n. 7384	

TAR Toscana, Sez. II, 26 novembre 2021, n. 1573

Massima

In tema di procedimento amministrativo, l'istanza di accesso finalizzata ad ottenere dati ed informazioni c.d. "supersensibili" può essere accolta solo ove risulti che l'acquisizione della relativa documentazione sia assolutamente indispensabile al fine di tutelare in concreto un diritto fondamentale dell'istante, non essendo sufficiente un generico quanto indeterminato rinvio a future ed ipotetiche esigenze connesse alla difesa della reputazione professionale dell'istante medesimo.

Caso di specie

La ricorrente ha premesso di aver ricoperto la qualifica di Responsabile per i servizi sociali di una AUSL toscana e - nell'ambito della propria attività professionale resa in favore di un soggetto all'epoca dei fatti minorenni, a seguito di una querela formalizzata da un genitore - di essere stata indagata per abuso d'ufficio dalla competente Procura della Repubblica.

Successivamente, l'Autorità inquirente provvedeva all'archiviazione del procedimento penale, sull'assunto della infondatezza della relativa notizia di reato.

La ricorrente, ritenendo evidentemente la propria professionalità lesa alla luce della vicenda penale appena richiamata, formulava formale istanza di accesso agli atti, con la quale ha chiesto alla AUSL di prendere visione e fornire copia integrale del fascicolo riguardante il soggetto minorenni in questione, motivando detta richiesta sulla base

della necessità di tutelare, nelle opportune sedi giudiziarie, la propria reputazione.

L'Amministrazione sanitaria ha tuttavia negato l'accesso, sul presupposto che *“la documentazione richiesta si riferisce ad informazioni, documenti e dati idonei a rilevare lo stato di salute di un terzo (in primis, la minore S.I.), ascrivibile alla categoria di dati particolari ex art. 9 Reg. UE 2016/679”* e che *“l'istanza di accesso è strumentale alle esigenze di tutela della richiedente, avanzata in una fase non giudiziale ma dichiaratamente ante causam, rispetto ad un interesse sostanziale del richiedente”*.

Avverso il predetto provvedimento l'originaria istante ha proposto ricorso ex art. 116 c.p.a., deducendo, in particolare, come la richiesta di accesso non fosse diretta ad invadere la sfera di riservatezza del soggetto minorenne attraverso l'acquisizione di dati riguardanti la salute, l'orientamento o la vita sessuale di alcuno, quanto piuttosto ad acquisire elementi funzionalmente utili alla predisposizione della propria (futura) difesa in giudizio.

In altri termini, secondo la ricorrente la AUSL avrebbe posto in essere un errato bilanciamento dei contrapposti valori in gioco, concludendo per la prevalenza degli interessi di riservatezza del soggetto minorenne rispetto agli interessi difensivi dell'istante

Motivi della decisione

Il ricorso è stato rigettato dal TAR adito sulla base di una molteplicità di argomentazioni.

La prima di esse riguarda le circostanze sottese alla vicenda in esame.

I Giudici in proposito hanno individuato due elementi rilevanti:

- il primo, riguarda il fatto che la ricorrente, nel corso del giudizio, aveva dimostrato - mediante produzione documentale - di avere avuto perfetta e completa conoscenza del contenuto della denuncia formalizzata dal genitore del soggetto minorenne, per aver personalmente redatto la relazione a suo tempo chiesta dalla Guardia di Finanza alla AUSL circa i fatti oggetto di indagine penale;

- il secondo, riguarda la motivazione - ritenuta non sufficiente dall'amministrazione, prima, e dal TAR, poi - sottesa alla richiesta di accesso agli atti: la ricorrente non aveva, infatti, richiamato altra ragione se non quella di aver intenzione tutelare, nelle opportune sedi giudiziarie, la propria

reputazione con riguardo alla "*falsa incolpazione*" intentata nei propri confronti e sfociata nell'indagine di P.G. (poi archiviata), senza tuttavia indicare né gli elementi fondamentali di tale futura ed ipotetica azione giudiziaria, né la modalità della stessa che, rilevato i Giudici, è "*peraltro, allo stato ignota*".

Sulla scorta di tali elementi il TAR per la Toscana ha quindi ritenuto che l'acquisizione della documentazione richiesta e, dunque, dei dati supersensibili in essa contenuta non fosse "*assolutamente indispensabile*" per la tutela di un diritto fondamentale dell'istante, "*non bastando perciò, in tale particolare ipotesi, la generica enunciazione di esigenze di tutela*".

Secondo i Giudici, infatti, quando vengono in rilievo, come nel caso *de quo*, dati c.d. supersensibili o sensibilissimi, occorre "*la dimostrazione di una rigida <necessità> e non della mera <utilità> del documento richiesto*", tanto più che oscurare le informazioni riguardanti le generali condizioni psico-fisiche del soggetto minore e lasciare fruibili tutte le altre, come pure richiesto dalla ricorrente, alla prova dei fatti sarebbe stato praticamente impossibile.

In via incidentale il Tribunale ha, inoltre, evidenziato come i documenti oggetto dell'istanza di accesso formulata dalla ricorrente non fossero, a tutto voler concedere, neppure da ascrivere alla categoria degli "*atti e documenti amministrativi [...] concernenti attività di pubblico interesse*" ai sensi dell'art. 22 e seguenti della L. n. 241/1990.

Nella vicenda in esame, infatti, si chiedeva l'ostensione di atti istruttori adottati dalla AUSL su delega della competente Procura della Repubblica per i minorenni, il che rende la documentazione richiesta assimilabile agli atti giudiziari e/o processuali per i quali, come è noto, l'ordinamento configura un generale divieto di accesso.

In definitiva, il TAR ha rigettato il ricorso e ha concluso per la correttezza della condotta posta in essere dalla AUSL e per la legittimità del conseguente diniego opposto dall'Amministrazione rispetto alla documentazione oggetto dell'istanza di accesso.

TAR Lombardia, Sez. I, 25 novembre 2021, n. 2606

Massima

“L’inversione del servizio afferente ad un lotto di gara con quello afferente ad altro lotto determina una modifica sostanziale del servizio dedotto in gara, del contraente con la stessa individuato nonché, in ultima analisi, un’alterazione dell’assetto negoziale che ne è conseguito, addivenendosi nella sostanza ad un affidamento diretto, posto che non può attribuirsi rilevanza all’accidentale circostanza che l’aggiudicataria sia identica per entrambi i lotti”.

Caso di specie

Il caso sottoposto al vaglio del TAR attiene ad una gara bandita da una centrale acquisiti regionale, per la stipula di una convenzione per la fornitura di un servizio di elisoccorso in favore degli Enti del Servizio Sanitario regionale.

La gara era suddivisa in tre lotti:

- *Lotto 1: Servizio H/24 presso le Basi di Brescia e di Como;*
- *Lotto 2: Servizio H/12 presso le Basi di Bergamo, Milano e Sondrio;*
- *Lotto 3: Servizio H 12/24, presso la Base di Albenga.*

I Lotti 1 e 2 sono stati affidati al medesimo operatore economico.

A seguito della stipula della convenzione, un ente del servizio sanitario, ha aderito alla convenzione per entrambi i Lotti, il Lotto 1 (base di Brescia) e il Lotto 2 (base di Bergamo), deliberando però di invertire *“momentaneamente i servizi H12 e H24 tra le due basi citate, portando il servizio H24 a Bergamo e il servizio H12 presso l’attuale base degli Spedali Civili di Brescia”.*

Il TAR con la pronuncia in commento ha annullato la suddetta delibera.

Motivi della decisione

Il TAR Lombardia con la sentenza in analisi ha premesso anzitutto che la suddivisione in più lotti comporta che le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti e che il bando di gara si configura quale atto ad oggetto plurimo che determina l'indizione di tante gare quanti sono i lotti per ognuna delle quali vi è formalmente un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione.

Alla luce di tali principi - ha affermato il TAR - vanno interpretate le disposizioni della legge di gara e nel caso di specie la disposizione del capitolato secondo la quale *"Nel corso dell'appalto l'ubicazione di tali basi o la dislocazione dei mezzi potrà variare, sempre in ambito regionale, in base alle esigenze di servizio (ad esempio su base stagionale o i servizi H12 e H24 potranno avere sede su basi diverse da quelle inizialmente ipotizzate); in tal caso il servizio si sposterà sulla nuova ubicazione senza che debba essere corrisposto alcun importo aggiuntivo alla ditta aggiudicataria"*.

Il TAR ha ritenuto che detta disposizione *"non può che essere riferita a ciascun singolo lotto, all'interno del quale le basi potranno subire variazioni, ma non già, come vorrebbero le resistenti e la controinteressata, tra lotti diversi, posto che, come già rilevato, ad ogni lotto corrisponde un diverso contratto con un operatore differente"*.

Sulla base di tali premesse il TAR ha dunque ritenuto che l'inversione dei servizi H24 e H12 dal lotto 1 al lotto 2 e viceversa, comportando una modifica sostanziale del servizio in gara, ha integrato un affidamento diretto di nuovo servizio, in violazione dei principi di libera concorrenza, trasparenza e non discriminazione.

Il TAR Lombardia ha escluso che nel caso di specie si potesse invocare l'art. 106 del Codice dei Contratti in materia di modifiche contrattuali, *"posto che le modifiche apportate sono avvenute invertendo due contratti, tali dovendosi intendere le aggiudicazioni dei singoli e diversi lotti"*. Ha altresì ritenuto irrilevante, in quanto elemento del tutto accidentale, la circostanza che i lotti fossero stati affidati al medesimo operatore.

Il TAR ha inoltre esaminato la disciplina di gara rilevando che *“il servizio del Lotto 1 e il servizio del Lotto 2 non si connotano per una mera diversa collocazione geografica ma contemplano una diversa tipologia di servizio”*.

Alla luce di questo il TAR ha affermato che *“non è comunque consentito - come già anticipato - affidare quel servizio ad un soggetto individuato con riferimento ad un lotto diverso, nell’ambito del quale le dinamiche dell’offerta sono state regolate da requisiti prestazionali diversi. Nella sostanza vi è stata una radicale alterazione dell’esito della gara, addivenendo alla stipula di contratti di contenuti diversi rispetto a quelli aggiudicati, risolvendosi l’operazione posta in essere da [...], come già rilevato, in un affidamento diretto ad un operatore individuato come aggiudicatario di un differente affidamento”*.

Consiglio di Stato, Sez. II, 3 novembre 2021, n. 7357

Massima

Ai fini della costruzione ed esercizio di impianti FER mediante Procedura Abilitativa Semplificata costituisce presupposto indispensabile per il rilascio del titolo autorizzativo la compatibilità urbanistica ed edilizia dell'intervento, il cui accertamento è rimesso alla competenza del Comune ai sensi del D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28.

Caso di specie

Con ricorso in appello al Consiglio di Stato, il titolare di un'impresa agricola e tre imprese edili, costruttrici e futuri gestori di un impianto FER sul terreno del primo, hanno impugnato la sentenza breve pronunciata dal TAR Toscana, Sez. II, 13 gennaio 2017, n. 26, con la quale è stato respinto il ricorso dagli stessi proposto avverso il provvedimento di diniego adottato dal Comune di Terranuova Bracciolini alla realizzazione di un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili a biomassa mediante Procedura Abilitativa Semplificata (PAS).

In particolare, il giudizio si impernia sulla riconducibilità della realizzazione dell'impianto FER in parola - costituito dalla sostituzione di un impianto termico alimentato a olio combustibile, funzionale al riscaldamento delle serre di proprietà dell'azienda agricola, con quattro impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili che avrebbero prodotto calore ed energia termica per il riscaldamento e il funzionamento delle serre, oltre

ad ulteriore energia elettrica che sarebbe stata immessa in rete - nel novero degli interventi qualificabili come manutenzione straordinaria, quale unico intervento ammesso dal Regolamento urbanistico comunale nell'area oggetto di installazione dell'impianto, unitamente a quelli di manutenzione ordinaria e restauro conservativo.

Motivi della decisione

Il Consiglio di Stato - dopo aver ribadito come la realizzazione di impianti di produzione di energia alimentati da fonti rinnovabili mediante PAS sia subordinata alla sussistenza dell'indispensabile presupposto costituito dalla compatibilità dell'intervento con la disciplina urbanistica ed edilizia vigente, la cui verifica in concreto è demandata al Comune quale soggetto titolare dei poteri di contratto, inhibitori e conformativi - ha sancito come, poiché il progetto di impianto prevedeva l'alterazione dei volumi e le superfici della singola unità immobiliare in cui lo stesso doveva essere collocato, tale intervento non rientri tra quelli di manutenzione straordinaria.

Infatti, sebbene il Regolamento edilizio comunale includa tra gli interventi di manutenzione straordinaria anche quelli relativi all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, siffatta previsione non vale ad includere *ex se* le centrali alimentate a biomasse tra quegli interventi realizzabili in regime di manutenzione straordinario prescindendo dalle caratteristiche strutturali dell'intervento. Una simile interpretazione, infatti, finirebbe per assegnare alla potestà regolamentare del Comune una capacità derogatoria del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che non può invece essere riconosciuta nemmeno al legislatore regionale.

Sicché la previsione del Regolamento edilizio comunale non può avere alcuna valenza costitutiva di nuove categorie di interventi di manutenzione straordinaria, distinta ed aggiuntiva a quella contemplata dall'art. 3 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, assumendo piuttosto una più limitata funzione specificativa e chiarificatoria.

L'unica compatibile con la natura di fonte secondaria dell'atto in cui è contenuta.

La realizzazione di centrali alimentate a biomasse costituisce, pertanto, un intervento di manutenzione straordinaria soltanto laddove l'intervento non preveda l'alterazione dei volumi e delle superfici

delle singole unità immobiliari e non comporti
modifiche delle destinazioni di uso, conformemente
a quanto stabilito dall'art. 3 del D.P.R. 6 giugno
2001, n. 380

Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 novembre 2021, n. 7384

Massima

I provvedimenti che concernono la realizzazione di impianti di produzione elettrica da fonti di energia rinnovabile ex art. 12, D.Lgs. n. 387/2003 sono attratti alla disciplina di cui all'art. 20, L. n. 241/1990, con la conseguenza che, ai fini dell'autorizzazione, è sempre richiesta l'adozione di un provvedimento espresso, non potendo trovare applicazione l'istituto del silenzio assenso.

Caso di specie

Con ricorso al TAR Emilia Romagna, una società aveva impugnato il provvedimento di diniego con cui un Comune romagnolo aveva respinto l'istanza di permesso di costruire avente ad oggetto la realizzazione di un impianto fotovoltaico.

Il TAR Emilia Romagna, accogliendo le eccezioni dedotte dal Comune resistente, ha rigettato il ricorso respingendo i motivi adottati dalla società proponente concernenti la presunta intervenuta formazione del silenzio assenso e la tardività della risposta del Comune in merito all'istanza ad esso presentata.

Con ricorso in appello al Consiglio di Stato, dunque, la società proponente ha impugnato la sentenza del TAR Emilia Romagna, chiedendone la riforma e il conseguente annullamento del provvedimento di diniego adottato dal Comune.

Motivi della decisione

Con riferimento ai primi due motivi dedotti dalla società proponente, il Consiglio di Stato ha rilevato l'infondatezza della tesi sostenuta dalla

società ricorrente secondo cui il provvedimento di diniego adottato dal Comune risultava tardivo essendo decorsi i termini stabiliti con legge regionale per la conclusione del procedimento, da ciò inoltre conseguendo l'intervenuta formazione di un silenzio assenso che autorizzasse la realizzazione dell'impianto fotovoltaico oggetto dell'istanza.

Sul punto il Consiglio di Stato ha infatti evidenziato come la disposizione contenuta nell'art. 20, comma 4 della L. n. 241/1990, come modificato dalla L. n. 221/2015, - ai sensi del quale l'istituto del silenzio assenso non risulta applicabile "*agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità*" - benché risultasse in conflitto con la richiamata normativa regionale di cui all'art. 13, comma 10, Legge Regionale n. 31/2002, secondo cui "*decorso inutilmente il termine per il rilascio del provvedimento, la domanda di rilascio del permesso di costruire si intende accolta*", dovesse in realtà ritenersi prevalente, alla luce del criterio cronologico che regola la successione nel tempo tra due norme generali.

In ragione di tale criterio, infatti, i Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato come l'istituto procedimentale del silenzio-assenso non potesse trovare applicazione nel caso di specie, in forza della deroga prevista dal citato comma 4 dell'art. 20 per la materia della tutela ambientale, introdotta con la novella del 2015 e dunque in data posteriore rispetto all'entrata in vigore della legge regionale.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha rilevato come "*i provvedimenti che concernono la realizzazione di impianti da energie rinnovabili ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 sono attratti alla disciplina di cui all'art. 20 l. n. 241 del 1990, con la conseguenza che, ai fini dell'autorizzazione, è sempre richiesta l'adozione di un provvedimento espresso, non potendo trovare applicazione l'istituto del silenzio assenso*".

In conclusione, il Consiglio di Stato - rigettando i primi due motivi dedotti dalla società proponente ma accogliendo la terza censura relativa alla parziale dichiarazione di improcedibilità del ricorso in primo grado "*frutto di un'attività officiosa svolta dal giudice di primo grado in assenza di deduzioni di parte al riguardo*" - ha in parte respinto e in parte accolto il ricorso in

appello proposto, rinviando al TAR Emilia Romagna per la trattazione residuale della causa.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP

NEWSLETTER
