

ESAME **AVVOCATO** **2024-2025**

ATTI GIUDIZIARI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

- **Tecniche di redazione**
- **Atti** con tracce, inquadramento e svolgimento
- **Rassegna di Giurisprudenza** aggiornata al **2024**

edizione a cura di Saverio Setti


Neldiritto
Editore

16. Sopravvenienze di fatto e diritto in relazione al procedimento amministrativo e al contratto già stipulato

Gamma s.l.r., consegue dal Comune di Alfa l'aggiudicazione della procedura per la concessione, mediante finanza di progetto ex art. 193 del d.lgs. 36/2023, della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori di ampliamento del cimitero comunale, stipulando il relativo contratto in data 30 settembre 2024.

In data 16 ottobre, la società presenta al SUEP del Comune l'istanza di autorizzazione unica ambientale per l'installazione di un impianto di cremazione ricompreso nel progetto definitivo posto a base di gara.

Nelle more del procedimento di autorizzazione, in data 6 novembre entra in vigore la legge regionale n. 27, che dispone la sospensione della realizzazione di nuovi impianti crematori fino all'adozione, da parte dell'Amministrazione competente, del Piano regionale di coordinamento per il rilascio delle autorizzazioni regionali alla realizzazione di citati impianti, come previsto dalla legge nazionale. Il giorno dopo, il Comune di Alfa emette il provvedimento della Giunta, avente prot. 576, con cui dispone la sospensione del procedimento di concessione.

Il provvedimento è impugnato, con sospensiva, da Gamma s.r.l. per i seguenti motivi:

- *la l.r. n. 27, essendo successiva alla stipulazione del contratto di concessione, non può trovare applicazione nei confronti né di quest'ultimo né del procedimento di rilascio dell'autorizzazione;*
- *la sospensione del procedimento autorizzativo è illegittima per omessa comunicazione di avvio, ex art. 7 della l. 241/1990;*
- *il relativo esercizio rientra nella sfera di attribuzioni del RUP, ex art. 15 del d.lgs. 36/2023, sicché sussiste incompetenza dell'organo giuntale;*
- *la sospensione degli effetti dell'intero contratto di concessione, e quindi anche della parte relativa all'ampliamento cimiteriale (pacificamente non toccata dalla norma regionale in discorso), è espressione di eccesso di potere.*

Il candidato, assunte le vesti del Comune, svolga le opportune difese.

L'inquadramento del caso e le questioni giuridiche

La risoluzione della traccia pone, in linea essenziale, la questione:

- del **diritto intertemporale** applicabile agli atti della P.a.;
- del **corretto esercizio del potere di sospensione** degli effetti del contratto da parte del Comune di Alfa.

Partendo dalla **prima questione**, posto il principio generale della legalità dell'azione amministrativa, in tema di sopravvenienze normative, la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato¹ distingue essenzialmente:

¹ Cfr., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 12 settembre 2023, n. 8269 e Id., sez. II, 8 marzo 2021, n. 1908.

16. Sopravvenienze di fatto e diritto in relazione al procedimento amministrativo e al contratto già stipulato

- la **fase istruttoria**, precedente alla conclusione del procedimento, durante la quale l'Amministrazione **deve tenere in debito conto le sopravvenienze** sia di fatto che di diritto;
- la fase **successiva all'emanazione del provvedimento** in cui, per evidente necessità di stabilità delle posizioni soggettive, le circostanze in fatto e diritto sopravvenute **non possono incidere *ex post*** su precedenti atti amministrativi.

Qualora, poi, il procedimento presenti caratteri di elevata complessità e **si snodi lungamente nel tempo**, componendosi di **singole sequenze procedimentali** caratterizzate da una propria **autonomia funzionale, ogni fase** o atto del procedimento trova la **sua disciplina** nelle disposizioni di legge o di regolamento vigenti **alla data in cui ha luogo** la fase o viene adottato l'atto conclusivo dell'autonoma fase procedimentale in cui è inserito².

Sul punto, va, però, chiarito che l'Adunanza plenaria, con sentenza n. 9 del 2011, ha delineato i principi «in tema di *ius superveniens* in materia di **pubblici concorsi**, per i quali le disposizioni normative sopravvenute in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non trovano applicazione per le procedure *in itinere* alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio *tempus regit actum* attiene alle sequenze procedimentali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio. Pertanto, mentre le norme legislative o regolamentari vigenti al momento dell'indizione della procedura devono essere applicate anche se non espressamente richiamate nel bando, le norme sopravvenienti per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito nella *lex specialis*, non modificano, di regola, i concorsi già banditi a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse»³.

Precisa l'Adunanza plenaria che «è così affermato il principio generale della **inefficacia delle norme sopravvenute a modificare le procedure concorsuali in svolgimento**, ma è altresì prevista la possibilità che, in via speciale e particolare, tali modifiche possano prodursi ad effetto di normative sopravvenute il cui oggetto specifico sia quel medesimo concorso, quando, evidentemente, il legislatore ragionevolmente ravvisi la necessità di un tale intervento».

Questa interpretazione consente non solo di garantire il principio di affidamento dei candidati, ma è altresì volta a evitare che un *iter* selettivo, sia essa un concorso pubblico o una procedura di gara, possa indefinitamente protrarsi in ragione di continue modifiche del quadro di riferimento.

Dunque, schematizzando, il regime normativo intertemporale incidente sull'*agere* amministrativo si conforma al principio del:

- *tempus regit actum*, in ragione del quale:
 - o quando il procedimento è unitario, si applica la legge vigente al momento della conclusione dell'*iter*;
 - o quando il procedimento è complesso, ma può scindersi in atti dotati di propria autonomia funzionale, a ciascuno di questi si applica la legge vigente al momento della relativa adozione;

² Cfr. Cons. St., sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5887.

³ Così in Cons. St., Ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9.

- *tempus regit actionem*, in ragione del quale le procedure concorsuali restano soggette alla disciplina vigente al momento della loro indizione e, pertanto, sono insensibili alla normativa sopravvenuta a meno che questa non preveda espressamente una propria efficacia retroattiva.

Ora, tutto ciò premesso, appare chiaro che il caso proposto dalla traccia, sotto il profilo della prima questione, può essere così risolto:

- la l.r. 27 trova applicazione al procedimento di autorizzazione unica ambientale, in quanto essa è entrata in vigore in pendenza dell'istruttoria;
- lo *ius supervenies* trova applicazione anche agli effetti del contratto di concessione, posto che, per espressa previsione di legge (artt. 174, c. 1, lett. a e 193, c. 1, del codice dei contratti pubblici), esso è costitutivo di un **rapporto di durata**, come tale sensibile alle sopravvenienze⁴.

Passando ora alla **seconda questione**, attinente al corretto esercizio del potere di sospensione degli effetti del contratto da parte del Comune di Alfa, il candidato deve porsi due questioni:

- alla fattispecie proposta dalla traccia può trovare applicazione l'**art. 21 -quater** della l. 241/1990? La risposta è dirimente, perché una piena applicazione di questa disposizione comporterebbe una possibile illegittimità dell'atto di sospensione, che, ad una stretta interpretazione del testo della traccia, non riporta esplicitamente il termine della medesima. Ebbene, la questione si può risolvere in due modi:
 - o sostenendo che il *dies ad quem* sia evidentemente individuabile nella l.r. n. 27 e, dunque, il provvedimento impugnato opererebbe un rinvio esterno alla legge;
 - o preferibilmente, sostenendo che il provvedimento impugnato è meramente esecutivo di una legge regionale alla quale non si applicano le norme in materia di procedimento amministrativo ed in relazione alla quale il ricorrente non ha sollevato alcuna censura;

del resto, come notato dalla giurisprudenza⁵, tale meccanismo ricorda un altro più noto congegno normativo, utile da ricordare ai fini dell'esame. Si tratta di quanto definito dall'art. 12, c. 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che prevede una misura di salvaguardia in materia edilizia⁶. Norma che, come chiarito dall'Adunanza plenaria⁷, ha valenza mista: edilizia, da un lato, in quanto volta a incidere sui tempi dell'attività edificatoria; urbanistica, dall'altro, in quanto finalizzata alla

⁴ Per un ulteriore approfondimento sotto tale profilo, va, inoltre, ricordato, che, come affermato da Cons. St., Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto. La sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia è, quindi, equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato (come accade quando viene in considerazione un rapporto di durata) determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

In materia di rapporto tra *ius supervenies* e rapporti di durata, si rimanda, altresì a Cons. St., Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17 e 18.

⁵ Cfr. Cons. St., sez. IV, 30 luglio 2024, n. 6848.

⁶ La norma così recita: «in caso di contrasto dell'intervento oggetto della domanda di permesso di costruire con le previsioni di strumenti urbanistici adottati, è sospesa ogni determinazione in ordine alla domanda».

⁷ 7 aprile 2008, n. 2.

16. Sopravvenienze di fatto e diritto in relazione al procedimento amministrativo e al contratto già stipulato

salvaguardia, in definiti ambiti temporali, degli assetti urbanistici *in itinere* e, *medio tempore*, dell'ordinato assetto del territorio;

- il Comune ha effettivamente operato in eccesso di potere sospendendo la **totalità dei lavori e non solo la parte toccata dalla norma regionale?** Questo è, nei fatti, il punto più problematico della traccia, perché, è la parte di provvedimento più difficile da difendere, la più facilmente esposta al rischio di annullamento. Il candidato, quindi, **dovrà ragionare con scaltrezza**⁸:
 - partendo dall'art. 193 del codice dei contratti pubblici (peraltro esplicitato dalla traccia), si può notare che il progetto può essere soggetto a modifica, ma fino alla conclusione del procedimento;
 - ora, la traccia non dà indicazione specifica dell'oggetto del contratto, ma certamente, in ragione del principio consensualistico, si può sostenere che la modifica del medesimo necessita del consenso delle parti contraenti;
 - da ciò consegue che, qualora anche il Comune di Alfa avesse ritenuto opportuno far proseguire i lavori, "mettendo in pausa" l'impianto di cremazione, non avrebbe emesso il provvedimento di sospensione;
 - ma l'emissione del provvedimento significa che l'ente locale non ritiene di modificare l'oggetto del contratto, che, magari, prevede la prioritaria costruzione dell'impianto;
 - dunque, chiedere al giudice amministrativo di cassare per eccesso di potere il provvedimento di sospensione totalitaria significa chiedergli di valutare prima e di ordinare alla P.a. poi che i lavori possono e devono proseguire anche senza l'impianto in discorso;
 - ma ciò comporta una valutazione di stretto merito, che è, in questa fattispecie, sottratta al g.a., poiché non sembra irragionevole chiedere a Gamma s.r.l. una mera sospensione, peraltro dovuta ad un intervento di una autorità (la Regione) che esula dalla sfera di controllo del Comune, quale parte contrattuale.

Schema essenziale di risoluzione

<i>Ricorrente</i>	Gamma s.r.l.
<i>Resistente</i>	Comune di Alfa
<i>Controinteressato</i>	nessuno
<i>Contributo unificato</i>	versato dal ricorrente
<i>Risarcimento del danno</i>	nessuno
<i>Rito</i>	annullamento, <i>ex art.</i> 29 c.p.a.
<i>Tipologia di atto</i>	memoria di costituzione e difesa ai sensi dell'art. 46 c.p.a.
<i>Cautelare</i>	sospensiva
<i>Impugnazione</i>	provvedimento di sospensione di prot. 576
<i>Relate di notifica</i>	non necessaria
<i>Norme di riferimento</i>	<i>principi: //</i>

⁸ Ancora una volta si dimostra che l'approccio basato sul ragionamento è vincente rispetto alla mera ricerca delle massime (ritenute) risolutive.

norme sovraordinate: //

norme specifiche:

- artt. 15 e 174 del 31 marzo 2023, n. 36;
- artt. 268 e 269 del 3 aprile 2006, n. 152;
- artt. 7 e 21 -*octies* della l. 7 agosto 1990, n. 241;
- art. 34 c.p.a..

L'atto

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER ____

Sede di ____

MEMORIA DI COSTITUZIONE E DIFESA

Nell'interesse del Comune di Alfa, in persona del Sindaco *pro tempore* ____, come rappresentato e difeso, giusta procura speciale allegata alla presente memoria, dall'Avv. ____, del Foro di ____, C.F. ____, ed elettivamente domiciliato, ai fini del presente procedimento, anche ai sensi dell'art. 136 c.p.a., presso lo studio del medesimo difensore in ____, via ____, n. ____, FAX ____, PEC ____,

-resistente-

NEL PROCEDIMENTO R.G. ____/____

promosso da Gamma s.r.l. (CF/P.IVA), in persona del legale rappresentante *pro tempore* ____, come rappresentata e difesa, giusta procura speciale allegata al ricorso introduttivo, dall'Avv. ____, del Foro di ____, C.F. ____, ed elettivamente domiciliata, presso lo studio del medesimo difensore in ____, via ____, n. ____, FAX ____, PEC ____,

-ricorrente-

PER L'ANNULLAMENTO

previa sospensione degli effetti

del provvedimento della Giunta del Comune di Alfa, di data 7 novembre 2024 e prot. 576 (all. 1), con cui è disposta la sospensione della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori di ampliamento del cimitero comunale, con contratto stipulato il 30 settembre 2024 (all. 2).

FATTO

1. La società ricorrente, a seguito di rituale procedura di gara, ha stipulato il contratto di concessione, mediante finanza di progetto con diritto di prelazione del promotore, per la progettazione esecutiva e per la realizzazione dei lavori di ampliamento del cimitero comunale di Alfa (all. 3).
2. In citato contesto, al fine di realizzare un impianto di cremazione, la società presentava istanza di ottenimento dell'AUA (all. 4).
3. Nelle more del rilascio della cennata autorizzazione, entrava in vigore la l.r. 6 novembre 2024, n. 27, che imponeva la sospensione del predetto *iter* fino all'approvazione del piano regionale di coordinamento per il rilascio delle autorizzazioni regionali previsto dal quadro normativo nazionale di riferimento⁹.

⁹ Per il principio *iura novit curia*, la legge non va allegata.