



Normativa e giurisprudenza di interesse a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione

Corte Costituzionale

(1)

I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali.

[Corte costituzionale, sentenza 13 giugno 2018, n. 120, Pres. Lattanzi, Red. Coraggio](#)

Nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 1475, comma 2, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), promossi dal Cons. Stato, ord. 4 maggio 2017, n. 2043 e dal T.a.r. per il Veneto, ord. 3 novembre 2017, n. 981, pubblicate nella G.U. n. 36, prima serie speciale, dell'anno 2017, e n. 3, prima serie speciale, dell'anno 2018.

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1475, comma 2, del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), in quanto prevede che «*I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali*» invece di prevedere che «*I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali*».

Si segnala che la sentenza sarà oggetto di trattazione in apposita News a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione.

Sulla ordinanza di rimessione Cons. Stato, 4 maggio 2017, n. 2043, si veda la [News in data 8 maggio 2017](#) a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione.

Corte di Cassazione – Sezioni Unite

(2)

L'art. 143, comma 1, lett. a), r.d. 11 dicembre 1933, n. 1175, va inteso nel senso di ricomprendere nella giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche anche i casi in cui il provvedimento o l'atto, pur incidendo su interessi generali e diversi rispetto a quelli strettamente relativi alla demanialità delle acque o ai rapporti concessori di beni del demanio idrico, riguardino comunque l'utilizzazione di detto demanio e, in definitiva, il regime stesso delle acque pubbliche; il che si verifica quando l'atto o il provvedimento interferisca con l'uso di esse, autorizzando, impedendo o modificando la gestione oppure i relativi servizi.

[Cass. civ., sez. un., sentenza, 11 giugno 2018, n. 15105, Pres. Petitti, Rel. Cirillo](#)

Ricorso per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 49/2017 del T.a.r. per il Friuli Venezia Giulia.

I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi - e gli atti consequenziali - riguardanti gli ambiti territoriali ottimali rientrano fra quelli riservati alla cognizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche, in unico grado di legittimità, laddove discendano ricadute sull'organizzazione e sulla conduzione del sistema idrico integrato, che - mirando a garantire la gestione di tale servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità - abbiano incidenza diretta sul regime delle acque pubbliche e sul loro utilizzo.

(3)

La contestazione in ordine alla inadeguatezza del *quantum* degli indennizzi in relazione al valore venale dei beni, che non investa la legittimità dei provvedimenti di acquisizione sanante - la cui emanazione costituisce una delle modalità con cui l'amministrazione può dare esecuzione al giudicato - non costituisce una mancata od elusa ottemperanza (il che radicherebbe la giurisdizione del giudice amministrativo), ma soltanto un'ingongra liquidazione degli indennizzi, su cui la cognizione permane - ex artt. 133, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 104 del 2010 - in capo al giudice ordinario.

[Cass. civ., sez. un., sentenza 12 giugno 2018, n. 15343, Pres. Mammone, Rel. Manna](#)

Ricorso avverso la sentenza [18 febbraio 2016, n. 47 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana](#). Dichiarò la giurisdizione del giudice ordinario, cassò la sentenza impugnata *in parte qua* e rimette le parti, anche per le spese, davanti alla Corte d'appello di Catania, previa riassunzione nei termini di legge.

In tema di espropriazione per pubblica utilità, la controversia relativa alla determinazione e alla corresponsione dell'indennizzo, globalmente inteso, previsto per la c.d. acquisizione sanante di cui all'art. 42-bis del d.P.R. n. 327 del 2001 è devoluta, in unico grado, alla Corte di appello, secondo una regola generale dell'ordinamento di settore per la determinazione giudiziale delle indennità dovute, nell'ambito di un procedimento espropriativo, a fronte della privazione o compressione del diritto dominicale dell'espropriato, dovendosi interpretare in via estensiva l'art. 29 del d.lgs. n. 150 del 2011, tanto più che tale norma non avrebbe potuto fare espresso riferimento a un istituto - quale quello della acquisizione sanante - introdotto nell'ordinamento solo in epoca successiva.

In tema di impugnazioni delle sentenze del giudice amministrativo, nei giudizi aventi ad oggetto le controversie di cui all'art. 119, comma 1, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il dimezzamento dei termini previsti dall'art. 92, comma 3, come desumibile dallo specifico tenore letterale del combinato disposto dei commi 2 e 7 dell'art. 119, non è applicabile al ricorso per cassazione di cui all'art. 91 del medesimo decreto; tali norme non fanno riferimento al dimezzamento dei termini, né sussiste una ragione di celerità del rito che consenta di derogare ai fondamentali principi di uguaglianza e difesa nel processo di cassazione.

Rimessioni alla Corte di giustizia dell'Unione europea

Le massime e le relative appendici, a cura del Cons. Giulia Ferrari, possono consultarsi nella Sezione "[Approfondimenti-Giurisprudenza e Pareri](#)" della Home page del sito istituzionale

(4)

Alla Corte di Giustizia i limiti del ricorso al subappalto ex art. 118, d.lgs. n. 163 del 2006.

[Cons. Stato, sez. VI, ordinanza, 11 giugno 2018, n. 3553 – Pres. Barra Caracciolo, Est. Ponte](#)

Sull'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per il Lazio, sez. III, 20 dicembre 2017, n. 12511](#), concernente l'impugnazione del provvedimento del Direttore di Area Patrimonio e servizi economici con il quale l'Università degli Studi di Roma ha disposto la aggiudicazione definitiva della procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia da espletarsi nei locali in uso dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", presso la Città Universitaria e le sedi esterne, per la durata di cinque anni, per un importo complessivo di Euro a base d'asta di euro 46.300.968,40 oltre iva.

Il Collegio formula il seguente quesito interpretativo:

“se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), gli artt. 25 della Direttiva 2004/18 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 e 71 della Direttiva 2014/24 del

Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltatrice ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118 commi 2 e 4 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto e l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento”.

Osserva il Collegio, tra l'altro, che:

“A fronte del non coincidente tenore delle disposizioni nazionali in materia di subappalto e il diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, impone al Collegio, quale giudice di ultima istanza, di disporre il rinvio pregiudiziale dell'art. 118 commi 2 e 4 del previgente codice dei contratti pubblici, rispetto ai principi e alle regole ricavabili dagli articoli 49 e 56 TFUE nonché dalla direttiva 2004/18. La previsione dei limiti generali dettati dai due commi dell'art. 118 in questione (contenenti rispettivamente un limite generale del 30 % per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, impedendo agli operatori economici di subappaltare a terzi una parte cospicua delle opere, pari al 70 %, nonché un limite del 20 % al ribasso da applicare ai subappaltatori), può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e precludendo, peraltro, agli stessi acquirenti pubblici l'opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate; tale limite, non previsto dalla direttiva 2004/18, impone una restrizione alla facoltà di ricorrere al subappalto per una parte del contratto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favore per l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.”

Si segnala che l'ordinanza sarà oggetto di trattazione in apposita News a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione.

Rimessioni alla Corte Costituzionale

Le massime e le relative appendici, a cura del Cons. Giulia Ferrari, possono consultarsi nella Sezione “[Approfondimenti-Giurisprudenza e Pareri](#)” della Home page del sito istituzionale.

Alla Corte costituzionale il distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione al Comune di Mondolfo

[Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 11 giugno 2018, n. 3614 – Pres. Saltelli, Est. Franconiero](#)

Sull'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per le Marche, sez. I, 18 settembre 2015, n. 660](#), concernente il distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e la sua conseguente incorporazione nel Comune di Mondolfo.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 133, comma 2, Cost., la questione di legittimità costituzionale della legge regionale delle Marche 23 giugno 2014, n. 15 (Distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione nel Comune di Mondolfo. Mutamento delle rispettive circoscrizioni comunali).

Si segnala che l'ordinanza sarà oggetto di trattazione in apposita News a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione.

Rimessioni alla Adunanza Plenaria

Le massime e le relative appendici, a cura del Cons. Giulia Ferrari, possono consultarsi nella Sezione "[Approfondimenti-Giurisprudenza e Pareri](#)" della Home page del sito istituzionale.

(6)

All'Adunanza plenaria se il diploma di fisioterapista consente l'iscrizione alla facoltà universitaria di Fisioterapia ad anni successivi al primo.

[Cons. Stato, sez. VI, ordinanza, 11 giugno 2018, n. 3554 – Pres. Barra Caracciolo, Est. Gambato Spisani](#)

Sull'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per le Marche, sez. I, 29 giugno 2017 n. 543](#), proposto per l'annullamento della nota 19 settembre 2016 prot. n. 30697, con la quale il Direttore generale del Servizio didattica, ripartizione corsi di studio, della facoltà di Medicina e chirurgia dell'Università politecnica delle Marche ha respinto l'istanza presentata dai ricorrenti appellati per ottenere la riconversione creditizia del titolo di

massofisioterapista conseguito all'esito di un corso triennale, la valutazione dei crediti formativi e la conseguente iscrizione al terzo anno del corso di laurea in Fisioterapia.

Rimette all'Adunanza Plenaria, ex art. 99 c.p.a., la questione relativa al valore da riconoscere ai fini di un'iscrizione universitaria al diploma di fisioterapista ovvero al diploma rilasciato ai sensi della l. 19 maggio 1971 n. 403, nel senso di stabilire se tale diploma consenta l'iscrizione alla facoltà di Fisioterapia ad anni successivi al primo e, in caso affermativo, di stabilire se ciò sia possibile senza test di ingresso.

Si segnala che l'ordinanza sarà oggetto di trattazione in apposita News a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione.

(7)

All'Adunanza plenaria la corretta applicazione del computo del cd. "fattore di correzione".

[Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 8 giugno 2018, n. 3472 – Pres. Caringella, Est. Lotti](#)

Sull'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per l'Umbria, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 72](#), concernente i criteri di formazione della graduatoria delle offerte di gara taglio delle ali offerte utilizzabili ai sensi dell'art. 97, comma 2, lett b), d.lgs. n. 50/2016.

Rimette all'Adunanza Plenaria, ex art. 99 c.p.a., la questione relativa alla corretta interpretazione dell'art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui si richiamano i "concorrenti ammessi" (secondo alinea della lett. b) per il computo del cd. "fattore di correzione", per stabilire se vi rientrano anche i concorrenti le cui offerte sono state escluse dal punto di vista aritmetico per il calcolo del cd. taglio delle ali.

Osserva, tra l'altro, il Collegio che:

"l'art. 97, comma 2, lett b), del Codice dei contratti, nella formulazione novellata dal primo Correttivo al Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 56-2017, stabilisce che la soglia di anomalia deve essere determinata nella "media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra". Il dettato normativo imporrebbe di individuare la soglia di anomalia nella media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse alla gara, con esclusione del 20% delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso (c.d. taglio delle ali). Tale media deve altresì essere decurtata, percentualmente, di un valore pari alla prima cifra decimale, dopo la virgola, della

somma dei ribassi offerti dai medesimi concorrenti ammessi (c.d. "fattore di correzione"), senza tener conto, quindi, del "taglio delle ali", laddove detta cifra risulti dispari. Infatti, il taglio delle ali ha il solo scopo di eliminare, ai fini del calcolo della media (e non già del fattore di correzione), l'influenza delle offerte più distanti dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte prodotte al solo scopo di condizionare la media stessa";

e, ancora, che:

"Secondo una prima tesi, che questo Collegio condivide, dalla lettera del disposto di cui all'art. 97, comma 2, lett. b), in esame, si evidenzia quindi la necessità di procedere al c.d. "taglio delle ali" per la determinazione della media aritmetica dei ribassi, senza precisare alcunché quanto al calcolo della somma dei ribassi offerti, necessario ai fini del calcolo del fattore di correzione. (...) Secondo un'altra tesi, condivisa da una parte della giurisprudenza amministrativa sia di appello che di primo grado (cfr., per il grado di appello, le recenti sentenze sez. V, 23 gennaio 2018, n. 435 e 17 maggio 2018, n. 2959), per il calcolo della media aritmetica non vanno considerate le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali, non ritenendosi che il legislatore abbia inteso applicare il calcolo della media limitatamente ai ribassi ammessi dopo il taglio delle ali per poi successivamente calcolare, all'opposto, la somma dei ribassi prendendo in considerazione tutti i ribassi originali, seppur già esclusi".

Si segnala che l'ordinanza sarà oggetto di trattazione in apposita News a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione.

Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e Tribunali Amministrativi Regionali

Le massime e le relative appendici, a cura del Cons. Giulia Ferrari, possono consultarsi nella Sezione "[Approfondimenti-Giurisprudenza e Pareri](#)" della Home page del sito istituzionale.

(8)

Riproposizione in appello di istanza cautelare per allegati "mutamenti nelle circostanze" sopravvenuti alla decisione.

[Cons. Stato, sez. IV, ordinanza cautelare, 8 giugno 2018, n. 2587 – Pres. Troiano, Est. Lamberti](#)

Sull'istanza di *"riproposizione della domanda cautelare e di revoca e modifica dell'ordinanza cautelare, ex art. 58 c.p.a."*, presentata dalla parte ricorrente in data 27 aprile 2018 con riferimento all'ordinanza di questa Sezione 13 dicembre 2017, n. 5403. Dichiara inammissibile l'istanza.

Le istanze di riproposizione (anche in termini ampliativi) dell'istanza cautelare per allegati "mutamenti nelle circostanze" in tesi sopravvenuti alla decisione, da parte del Consiglio di Stato, di un appello cautelare doveno essere proposte davanti al giudice competente per il merito e presso cui pende la causa, ossia il Tar, salva l'ordinaria facoltà di impugnazione della relativa decisione ai sensi dell'art. 62 c.p.a.

Osserva, tra l'altro, il Collegio che:

"il Consiglio di Stato adito in appello cautelare ha, di regola, una cognizione meramente incidentale, ossia limitata al solo scrutinio della specifica deliberazione cautelare assunta in prime cure ed oggetto di impugnazione (cfr. art. 62, comma 1, c.p.a.);

Ritenuto che tale carattere della cognizione cautelare del Consiglio di Stato trovi un preciso fondamento di diritto positivo nel mancato richiamo dell'art. 58 c.p.a. da parte dell'art. 62, comma 2, c.p.a.;

Rilevato che, nella specie, parti ricorrenti veicolano una riproposizione dell'istanza cautelare sub specie di ampliamento della tutela già accordata dal Giudice di appello nelle forme dell'art. 55, comma 10, secondo periodo, c.p.a.;

Ritenuto, in termini generali, che le istanze di riproposizione (anche in termini ampliativi) dell'istanza cautelare per allegati "mutamenti nelle circostanze" in tesi sopravvenuti alla decisione, da parte del Consiglio di Stato, di un appello cautelare debbano comunque proporsi davanti al giudice competente per il merito e presso cui pende la causa, ossia il T.a.r., salva l'ordinaria facoltà di impugnazione della relativa decisione ai sensi dell'art. 62 c.p.a. (in termini Cons. Stato, Sez. IV, ord. 1 dicembre 2017, n. 5194);

Ritenuto, pertanto, che l'istanza presentata dalle società ricorrenti in data 27 aprile 2018 sia inammissibile, impregiudicata ogni valutazione – rimessa al T.a.r. – in ordine al significato da attribuire alla locuzione "mutamenti nelle circostanze" di cui all'art. 58 c.p.a."

(9)

Decorrenza della penalità di mora per inadempimento del giudicato

[Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, 12 giugno 2018, n. 133 - Pres. Vigotti, Est. Tassinari](#)

Per l'ottemperanza al giudicato di cui al decreto della Corte d'appello di Trento, emesso in giudizio per equa riparazione.

Osserva, tra l'altro, il Collegio che:

“Quanto alla domanda di condanna al pagamento della penalità di mora - rimedio a carattere sanzionatorio, riferibile anche ai casi di mancata esecuzione dei decreti di condanna al pagamento di somme di denaro ex lege Pinto, per il caso di perdurante inerzia dell'amministrazione anche dopo il giudizio di ottemperanza - che matura dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di ottemperanza (C.d.S., sez. IV, n. 4382/2015, n. 4383/2015, n. 4384/2015, n. 4386/2015, n. 4387/2015, n. 4388/2015, n. 4889/2015, n. 4390/2015 e n. 2595/2016), sussistono nella fattispecie in esame i presupposti per la sua applicazione previsti dall'art. 114, comma 4 lett. e), cod.proc.amm. In particolare, ai fini della decorrenza della suddetta penalità, il Collegio non ritiene di poter condividere il recente orientamento giurisprudenziale (cfr. C.d.S., sez. IV, n. 2933/2018) secondo il quale trova applicazione anche relativamente all'astreinte, in quanto obbligazione pecuniaria che discende da un provvedimento giurisdizionale, il termine dilatorio di 120 giorni di cui all'art. 14 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni nella legge 28 febbraio 1997, n. 30. Al riguardo il Collegio osserva, infatti, che tale ricostruzione presuppone la novazione del titolo debitorio, laddove il rimedio sanzionatorio in esame si pone in continuità con la tutela esecutiva, rispetto alla quale il trascorrere dell'anzidetto termine dilatorio assume rilevanza quale condizione di proponibilità dell'azione con la conseguenza che il computo, ai fini della decorrenza del ritardo nell'adempimento, di un ulteriore periodo temporale di 120 giorni comporterebbe la duplicazione del termine stesso, in assenza di precisa indicazione nella disciplina normativa o in ragioni sistematiche. Depone, peraltro, per l'esclusione dell'applicabilità del citato art. 14 quanto al termine iniziale della penalità di mora, proprio il dato testuale dell'art. 114, comma 4 lett. e), cod. proc. amm., in base al quale “Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento di sposto nella sentenza di ottemperanza”.

Relativamente al termine finale, ossia alla data in cui la penalità di mora non deve più essere pagata, come questo Tribunale amministrativo ha già avuto modo di precisare (cfr. sentenze nn. 25/2016, 54/2015 e 319/2014), esso coincide con il momento in cui l'Amministrazione esegue il pagamento delle somme dovute, ovvero non dispone più del potere, perché effettivamente trasferito al commissario ad acta (cfr. C.d.S., sez. III, n. 4711/2014).

Per quanto riguarda, infine, la quantificazione della somma dovuta a titolo di penalità di mora, come del pari è stato già precisato, essa non deve essere determinata in un ammontare fisso e prestabilito, bensì va calcolata in percentuale rispetto agli importi stabiliti nel decreto di merito della cui esecuzione si tratta, composti dal capitale e dalle spese di lite, escludendo però tutti gli interessi comunque maturati, c.n.p.a., i.v.a. e altri oneri di legge. Il Collegio ritiene, quindi, di fissare l'entità di tale percentuale nella misura corrispondente a quella degli interessi legali, misura

come tale ritenuta non manifestamente iniqua secondo il disposto dell'ultimo periodo della lett. e) del comma 4 dell'art. 114 c. p. a.".

(10)

Avvalimento per il possesso di requisiti integranti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria.

[Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, 11 giugno 2018, n. 128 – Pres. Vigotti, Est. Polidori](#)

Per l'annullamento della aggiudicazione definitiva dell'appalto misto di lavori e servizi per la bonifica delle rogge demaniali facenti parte del sito inquinato di interesse nazionale "Trento nord"; del verbale della prima seduta di gara nella parte in cui non sono stati rilevati i vizi della documentazione amministrativa prodotta dalla aggiudicataria; del bando di gara, nella parte in cui consente il soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse e dei mezzi prestati; nonché per la reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione della gara, previa - occorrendo - declaratoria di inefficacia del contratto, oppure, in subordine, per la condanna della Provincia autonoma di Trento al risarcimento, per equivalente, del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa. Definitivamente pronunciando sul ricorso, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo respinge perché infondato.

Osserva, tra l'altro, il Collegio che:

La giurisprudenza ha in più occasioni affrontato la distinzione tra avvalimento c.d. di garanzia e avvalimento c.d. tecnico od operativo, sulla quale si sono diffusamente soffermate le parti nelle rispettive memorie. In particolare in una delle più recenti pronunce sul tema (Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1216), invocata dalle parti del giudizio, il Giudice d'appello - premesso che l'avvalimento c.d. di garanzia «ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di carattere economico-finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico», mentre l'avvalimento c.d. tecnico od operativo «ricorre, per contro, nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di capacità tecnico-professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale» - ha ribadito che «nel primo caso (in cui l'impresa ausiliaria si limita a "mettere a disposizione" il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore), non è, in via di principio, necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni

patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità»; di converso «nel caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo (che ha ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto». Alla luce di tali coordinate ermeneutiche il Consiglio di stato ha concluso (con riferimento al caso sottoposto al suo esame) che «per la messa a disposizione dell'esperienza professionale, nella specie, per giunta, correlata a servizi di natura intellettuale, come tali ad esecuzione necessariamente personale, quali la progettazione o la direzione dei lavori, la vigilanza e controllo sull'esecuzione del contratto di servizio» era necessario «che nel contratto fossero puntualmente indicati (e messi quindi, come tali, effettivamente e concretamente a disposizione dell'impresa ausiliata) i mezzi, gli strumenti e le competenze adeguati. E ciò anche al fine di consentire alla stazione appaltante la puntuale ed obiettiva verifica della effettività ed utilità dell'impegno promesso. In realtà, nei contratti di avvalimento per cui è causa risulta omessa l'indicazione del professionista che aveva maturato l'esperienza nei settori in questione (vigilanza e controllo sull'esecuzione del contratto di servizio; progettazione e direzione dei lavori) e che avrebbe fatto parte del gruppo di professionisti incaricati di svolgere le attività concretamente oggetto di appalto».

Consiglio di Stato - pareri

I pareri e le relative appendici, a cura del Cons. Giulia Ferrari, possono consultarsi nella Sezione "[Approfondimenti-Giurisprudenza e Pareri](#)" della Home page del sito istituzionale.

(11)

Il Consiglio di Stato ha reso il parere favorevole sullo schema di d.P.C.M. di ripartizione del fondo per il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese

[Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, 12 giugno 2018, n. 1529, Pres. Mastrandrea, Est. Ravenna](#)

Parere sullo schema di d.P.C.M. di ripartizione del fondo per il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese, ex art. 1, comma 1072, legge 27 dicembre 2017, n. 205

Il contenuto dello schema di decreto.

Lo schema – che nella premessa si qualifica regolamento – consta di un articolo unico e di un allegato.

Esso nella struttura e in parte delle disposizioni ricalca il d.P.C.M. 21 luglio 2017, “Riparto del fondo per il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese, di cui all’articolo 1, comma 140, della legge 11 dicembre 2016, n. 232” (in Gazzetta Ufficiale n. 226 del 27 settembre 2017), che aveva proceduto al riparto della prima dotazione del Fondo, con le differenze che si diranno.

Il comma 1 dispone ai sensi del richiamato comma 1072 – con disposizione sostanzialmente analoga al comma 1 del d.P.C.M. 21 luglio 2017 - la ripartizione del Fondo per il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese tra le Amministrazioni centrali dello Stato in relazione ai settori di spesa indicati dalla citata norma, come da elenco allegato.

Il comma 2 prevede che, nell’ambito dei settori di spesa individuati, gli interventi siano realizzati secondo le procedure previste dalla vigente legislazione, anche, ove necessario, attraverso l’intesa con i livelli di governo decentrati. Si tratta di una disposizione nuova, rispetto al d.P.C.M. dell’anno precedente, che appare senz’altro opportuna al fine di indirizzare i successivi procedimenti di attuazione, e della quale meglio si dirà più oltre.

Il comma 3 riproduce nella sostanza il comma 2 del d.P.C.M. del 2017, prevedendo che i programmi finanziati siano oggetto di monitoraggio ai sensi del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, in materia di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche e di verifica dell’utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti, nell’ambito della Banca dati delle amministrazioni pubbliche (BDAP). Conseguentemente devono essere corredati del codice unico di progetto (CUP) e del codice identificativo della gara (CIG) anche se non perfezionato ai sensi della delibera n. 1 del 2017 dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) (recante le indicazioni operative per un corretto perfezionamento del CIG). I soggetti attuatori degli interventi relativi al citato Programma sono tenuti al costante aggiornamento dei dati.

Il comma 4 - con disposizione innovativa rispetto al d.P.C.M. precedente - prevede (opportunamente) che, ai fini della valutazione dello stato di avanzamento dei programmi finanziati e delle principali criticità riscontrate nell’attuazione degli interventi, ciascun Ministero invii entro il 15 settembre di ogni anno una apposita relazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, al Ministero dell’economia e delle finanze e alle Commissioni parlamentari competenti per materia.

L’allegato consta di una tabella, intitolata “Riparto Fondo per il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese per lettera – Ministero”, recante la ripartizione delle somme

per anni, settori di spesa e – all'interno di questi - dicasteri. Nelle colonne verticali sono indicati gli anni 2018, 2019, 2020, 2021-2025, 2026-2033.

Nelle colonne orizzontali sono indicati i singoli settori di cui alle lettere da a) ad n) del comma 1072 e, per ciascuno di questi, i singoli Ministeri cui le somme sono attribuite.

Con nota prot. 1665 del 1° giugno 2018 il Ministero ha inviato, “a chiarimento dei contenuti dell'Allegato 1” dello schema di decreto, una tabella sviluppata per singole annualità, che agevola indubbiamente la comprensione.

(12)

Il Consiglio di Stato ha reso il parere sulla procedura di gara per l'affidamento in concessione della gestione del Superenalotto.

[Cons. Stato, sez. II, 11 giugno 2018, n. 1520, Pres. Mastrandrea, Est. Veltri](#)

Procedura di selezione per l'affidamento in concessione della gestione dei giochi numerici a totalizzatore nazionale, dei giochi complementari e opzionali e delle relative forme di partecipazione a distanza, nonché di ogni ulteriore gioco numerico basato su un unico totalizzatore a livello nazionale.

Osserva la Sezione, tra l'altro, che:

“L'articolo 16 dello schema di convenzione prevede gli impegni del concessionario relativamente alla gestione del servizio dei giochi, al fine di garantire la regolare raccolta del gioco stesso attraverso la rete distributiva, sia fisica sia a distanza, secondo i livelli di servizio previsti dal capitolato tecnico. È previsto che la sospensione non autorizzata della raccolta, nonché il mancato rispetto degli impegni assunti in sede di gara, determina, ove non costituenti ipotesi di decadenza o di revoca, l'applicazione di penali. La norma convenzionale prevede anche l'impegno del concessionario all'aggiornamento tecnologico del sistema della rete telematica e dei terminali di gioco secondo standard qualitativi che garantiscono la massima sicurezza ed affidabilità, secondo il piano di investimento indicato nell'offerta tecnica. La stessa costituisce svolgimento di una delle condizioni essenziali previste dalla legge (lett g: obbligo di aggiornamento tecnologico del sistema della rete e dei terminali di gioco secondo standard qualitativi che garantiscano la massima sicurezza e affidabilità, secondo il piano d'investimento che costituisce parte dell'offerta tecnica) da questa presidiata attraverso la specifica l'obbligazione sostitutiva del “versamento annuale all'erario delle somme comunque eventualmente non investite secondo il piano” (lett. h). In relazione a tale specifico aspetto, lo schema di convenzione, oltre a richiamare l'obbligo del predetto versamento, introduce un'obbligazione ulteriore in capo al concessionario, non espressamente contemplata dall'articolo 1, comma 576, della legge l. 232/2016, e segnatamente quella di effettuare comunque l'investimento non realizzato nell'esercizio successivo (art. 16, comma 4, lett. b). L'Amministrazione, nella sua relazione, ritiene di poter ricavare la base di un siffatto obbligo nel

particolare rilievo che l'art. 1 cit. attribuisce all'aggiornamento tecnologico del sistema della rete. "In caso contrario" – osserva la medesima - ove cioè la mancata effettuazione dell'investimento comportasse solo il versamento all'erario delle somme non investite, "verrebbe di fatto vanificato l'obbligo dell'aggiornamento tecnologico, elemento dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

Sul punto la Sezione manifesta alcune perplessità. Le disposizioni di legge di cui alla lettera g) (obbligo di aggiornamento tecnologico) e lett. h) (versamento annuale delle somme non investite), lungi dal rappresentare un'obbligazione facoltativa, ovvero una penale di importo pari all'investimento inattuato, operano sul diverso piano dell'effettività degli impegni promessi dall'aspirante concessionario in termini finanziari, nell'ambito di una competizione - come quella di specie - che ad essi assegna uno specifico e significativo punteggio.

(...)

Ulteriori perplessità concernono la disciplina della decadenza dettata dall'art. 30 dello schema di convenzione. Tale ultima disposizione - oltre a richiamare, quali cause di decadenza, quelle che identificano altrettante cause di esclusione dalle gare ex art. 80 del codice dei contratti pubblici - contiene una clausola residuale che riserva al concedente il potere di dichiarare la decadenza per "ogni ipotesi di reato per il quale sia stato disposto il rinvio a giudizio e che ADM, in ragione della sua natura, della gravità, delle modalità di esecuzione e della connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione, valuti tale da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario, ovvero quando ricorrano le ipotesi di cui all'art. 24, comma 25 del DL 6 luglio 2011, n. 98...".

Ulteriori perplessità, ancora, derivano dal mancato recepimento, nello schema in commento, della prescrizione di cui alla lett e) dell'art. 1 cit. "espressa previsione, negli atti di gara, delle pratiche o dei rapporti negoziali consentiti ai sensi dell'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 marzo 2010, n. 40, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2010, n. 73".

Normativa ed altre novità di interesse

(13)

Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento della Funzione Pubblica

[Direttiva 24 aprile 2018](#)

Linee guida di indirizzo amministrativo sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli, ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale in materia di reclutamento del personale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare,

vigente in materia. (Direttiva n. 3/2018). (18A04031) (GU Serie Generale n. 134 del 12 giugno 2018).

(14)

[Decreto Legislativo 18 maggio 2018, n. 65](#)

Attuazione della direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione. (18G00092) (GU Serie Generale n. 132 del 9 giugno 2018)

Entrata in vigore del provvedimento: **24 giugno 2018**

Per un approfondimento si veda:

<http://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AC0087.Pdf>

(15)

[Legge 31 maggio 2018, n. 64](#)

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 aprile 2018, n. 30, recante misure urgenti per assicurare la continuità delle funzioni dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA). (18G00091) (GU Serie Generale n. 131 dell'8 giugno 2018)

Entrata in vigore del provvedimento: **9 giugno 2018**

Per un approfondimento si veda:

<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01067302.pdf>

(16)

[Decreto Legislativo 11 maggio 2018, n. 63](#)

Attuazione della direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali

riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti.
(18G00088) (GU n. 130 del 7 giugno 2018)

Entrata in vigore del provvedimento: **22 giugno 2018**

Per una breve sintesi si veda:

https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/1036138/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione14-h2_h215