



Normativa e giurisprudenza di interesse per la Giustizia amministrativa a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione.

Indice

Corte di giustizia dell'Unione europea

1. Corte di giustizia Ue, sez. II, 16 luglio 2020, C-658/18, sulla differenza di trattamento tra i giudici di pace e i magistrati ordinari;
2. Corte di giustizia Ue, sez. IX, 28 maggio 2020, C-17/20, sul principio generale del diritto di difesa in un procedimento amministrativo.

Corte costituzionale

3. Corte cost., 16 luglio 2020, n. 150, pronunciando sul "*Jobs Act*", chiarisce perché l'indennità di licenziamento illegittimo per vizi formali non può essere ancorata soltanto all'anzianità di servizio.

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

4. Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2020, n. 4646, alla Corte di giustizia Ue le condotte che si sostanziano in abusi di posizione dominante;
5. Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdizionale, 20 luglio 2020, n. 639, sul termine lungo per appellare;
6. Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdizionale, 20 luglio 2020, n. 634, sul giudizio di equivalenza tra dispositivi medici prodotti in sede di gara pubblica;
7. T.a.r. per il Piemonte, sez. I, 22 luglio 2020, n. 480, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario a decidere una controversia sulla richiesta di controllo giudiziario da parte dell'impresa colpita da interdittiva antimafia;
8. T.a.r. per il Lazio, Roma, sez. II, 20 luglio 2020, n. 8462, sul divieto di offerte in aumento nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
9. T.a.r. per la Lombardia, Milano, sez. III, 20 luglio 2020, n. 1374, alla Corte costituzionale l'art. 15 c.p.a., nella parte in cui preclude la pronuncia sulla

eccezione di parte del difetto di competenza territoriale nel merito, qualora, nella fase cautelare, sia stata trattenuta implicitamente la competenza.

Normativa

10. Testo del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 128 del 19 maggio 2020, SO n. 21/L), coordinato con la legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77 recante: «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19». (GU Serie Generale n. 180 del 18-07-2020 - Suppl. Ordinario n. 25).

Corte giustizia dell'Unione europea

(1)

La Corte di giustizia Ue si pronuncia sulla differenza di trattamento tra i giudici di pace e i magistrati ordinari.

[Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione II, sentenza 16 luglio 2020, C- 658/18 – UX contro Governo della Repubblica italiana](#)

La Corte di giustizia Ue ha ricordato che, secondo una costante giurisprudenza, per valutare se l'organismo di rinvio di cui trattasi costituisca una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE – questione rientrante unicamente nel diritto dell'Unione – si tiene conto di un insieme di elementi, quali l'origine legale di tale organismo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, lo svolgimento in contraddittorio dei procedimenti dinanzi ad esso, l'applicazione, da parte dell'organo, di norme giuridiche, nonché la sua indipendenza (sentenza del 21 gennaio 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punto 51 e giurisprudenza ivi citata).

La Corte ha ricordato che l'indipendenza dei giudici nazionali è essenziale per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo di rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, in quanto tale meccanismo può essere attivato unicamente da un organo, incaricato di applicare il diritto dell'Unione, che soddisfi, segnatamente, il suddetto criterio di indipendenza (sentenza del 21 gennaio 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punto 56 e giurisprudenza ivi citata).

Secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di «indipendenza» comporta due aspetti. Il primo aspetto, di ordine esterno, esige che l'organismo in questione eserciti le proprie funzioni in piena autonomia, senza soggiacere a vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni di qualsivoglia origine, in modo da essere tutelato dinanzi agli interventi o alle pressioni esterne suscettibili di compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e di influenzare le decisioni di questi (sentenza del 21 gennaio 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punto 57 e giurisprudenza ivi citata).

Sempre per quanto riguarda l'aspetto esterno della nozione di «indipendenza», occorre ricordare che l'inamovibilità dei membri dell'organo di cui trattasi costituisce una garanzia inerente all'indipendenza dei giudici, in quanto mira a proteggere la persona di coloro che hanno il compito di giudicare.

Il principio di inamovibilità, del quale va sottolineata l'importanza capitale, esige, in particolare, che i giudici possano continuare a esercitare le proprie funzioni finché non abbiano raggiunto l'età obbligatoria per il collocamento a riposo o fino alla scadenza del loro mandato, qualora quest'ultimo abbia una durata determinata. Pur non essendo assoluto, questo principio può conoscere eccezioni solo a condizione che ciò sia giustificato da motivi legittimi e imperativi, nel rispetto del principio di proporzionalità. In concreto, si ammette comunemente che i giudici possano essere rimossi ove

siano inidonei a continuare ad esercitare le loro funzioni a motivo di un'incapacità o di una grave violazione, rispettando a tal fine procedure appropriate (sentenza del 21 gennaio 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punto 59 e giurisprudenza ivi citata)

Il secondo aspetto della nozione di «indipendenza», di ordine interno, si ricollega alla nozione di «imparzialità» e riguarda l'equidistanza rispetto alle parti della controversia ed ai loro rispettivi interessi in rapporto all'oggetto di quest'ultima. Questo aspetto impone il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione della controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica (sentenza del 21 gennaio 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).

La Corte ha, quindi, dichiarato che:

“1) L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che il Giudice di pace (Italia) rientra nella nozione di «giurisdizione di uno degli Stati membri», ai sensi di tale articolo.

2) L'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che un giudice di pace che, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, può rientrare nella nozione di «lavoratore», ai sensi di tali disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

La clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che la nozione di «lavoratore a tempo determinato», contenuta in tale disposizione, può includere un giudice di pace,

nominato per un periodo limitato, il quale, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale che non prevede il diritto per un giudice di pace di beneficiare di ferie annuali retribuite di 30 giorni, come quello previsto per i magistrati ordinari, nell'ipotesi in cui tale giudice di pace rientri nella nozione di «lavoratore a tempo determinato», ai sensi della clausola 2, punto 1, di tale accordo quadro, e in cui si trovi in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati devono assumere la responsabilità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.”

La presente sentenza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi, massimario e formazione.

(2)

La Corte di giustizia Ue si pronuncia sul principio generale del diritto di difesa nei procedimenti amministrativi.

[Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IX, ordinanza 28 maggio 2020, C- 17/20 – MC contro Ufficio territoriale del governo \(U.T.G.\) – Prefettura di Foggia](#)

La Corte di giustizia Ue ha evidenziato che il principio del rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale anche del diritto dell'Unione

che trova applicazione quando l'amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio. In forza di tale principio i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione. Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa dell'Unione applicabile non preveda espressamente siffatta formalità (sentenza del 22 ottobre 2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, punto 38).

Tuttavia, nella causa oggetto del giudizio, il giudice del rinvio non ha dimostrato l'esistenza di un criterio di collegamento tra, da un lato, il diritto dell'Unione e, dall'altro, l'informazione antimafia interdittiva adottata dalla prefettura o la decisione del Comune, che ha dato origine all'indagine sfociata nell'adozione di tale informazione, di revocare la concessione di un terreno utilizzato dalla impresa per lo svolgimento della sua attività economica.

Non sembra pertanto che la normativa oggetto del procedimento principale possa ricadere nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione o attuarlo

Per questi motivi, la Corte ha dichiarato:

“La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia), con ordinanza del 27 novembre 2019, è manifestamente irricevibile”.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi, massimario e formazione.

Corte costituzionale

(3)

La Corte, pronunciando sul “Jobs Act”, chiarisce perché l’indennità di licenziamento illegittimo per vizi formali non può essere ancorata soltanto all’anzianità di servizio.

[Corte costituzionale, sentenza 16 luglio 2020, n. 150 – Pres. Cartabia, Red. Sciarra](#)

La Corte costituzionale ha dichiarato:

“l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), limitatamente alle parole «di importo pari a una mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».”

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

Le massime e le relative appendici sono state redatte dal Cons. Giulia Ferrari e possono consultarsi nella Sezione “In evidenza” della Home page del sito istituzionale.

(4)

La VI Sezione rimette alla Corte di giustizia Ue le condotte che si sostanziano in abusi di posizione dominante.

Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 20 luglio 2020, n. 4646 – Pres. De Felice, Est. Simeoli

Sono rimessi alla Corte di giustizia Ue i seguenti quesiti: a) se le condotte che inverano lo sfruttamento abusivo di posizione dominante possano essere di per sé del tutto lecite ed essere qualificate “abusiva” unicamente in ragione dell’effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento; oppure se le stesse debbano essere contrassegnate anche da una specifica componente di antigiuridicità, costituita dal ricorso a «metodi (o mezzi) concorrenziali diversi» da quelli «normali»; in quest’ultimo caso, sulla base di quali criteri si possa stabilire il confine tra la concorrenza «normale» e quella «falsata»; b) se la funzione dell’abuso sia di massimizzare il benessere dei consumatori, di cui il giudice debba misurare l’avvenuta (o il pericolo di) diminuzione; oppure se l’illecito concorrenziale abbia il compito di preservare di per sé la struttura concorrenziale del mercato, al fine di scongiurare la creazione di aggregazioni di potere economico ritenute comunque dannose per la collettività; c) se, in caso di abuso di posizione dominante consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, l’impresa dominante sia comunque ammessa a provare che – nonostante l’astratta idoneità dell’effetto restrittivo – la condotta è risultata priva di concreta offensività; se, in caso di risposta positiva, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza di un abuso escludente atipico, l’articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all’Autorità l’obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti; d) se l’abuso di posizione dominante debba valutarsi soltanto per i suoi effetti (anche soltanto potenziali) sul mercato, senza alcun riguardo al movente soggettivo dell’agente; oppure se la dimostrazione dell’intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile (anche in via esclusiva) per valutare l’abusività del comportamento

dell'impresa dominante; oppure ancora se tale dimostrazione dell'elemento soggettivo valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante (la quale sarebbe onerata, a questo punto, di fornire la prova che l'effetto escludente è mancato); e) se, in ipotesi di posizione dominante riferita una pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo societario, l'appartenenza al predetto gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito – cosicché all'Autorità di vigilanza sarebbe sufficiente dimostrare un parallelismo cosciente, sia pure non collusivo, delle imprese operanti all'interno del gruppo collettivamente dominante – oppure se (al pari di quanto accade per il divieto di intese) occorra comunque fornire la prova, anche indiretta, di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del gruppo in posizione dominante, in particolare al fine dimostrare il coinvolgimento della casa madre.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi massimario e formazione.

(5)

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana si pronuncia sul termine lungo per appellare.

[Consiglio giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, sentenza 20 luglio 2020, n. 639 – Pres. De Nictolis, Est. Caleca](#)

Il termine "lungo" per appellare la sentenza del T.a.r. è un termine residuale, che non è determinato dalla volontà delle parti, ed è finalizzato a fare in modo che la pendenza del rapporto processuale abbia termine definitivamente a prescindere dalle scelte processuali degli attori per

eliminare ogni incertezza sulla formazione del giudicato; il termine lungo rimane perentorio, insuperabile e sottratto alla volontà ed alle scelte processuali delle parti.

Ha chiarito la sezione giurisdizionale del C.g.a. che l'utilizzo del termine "in difetto" da parte dell'art. 92, comma 3, c.p.a. in luogo del termine "indipendentemente" (usato dall'art. 327, comma 1, c.p.c.) non comporta una totale ed ontologica revisione della disciplina dei termini, che è ispirata a dare certezza al giudicato ed ai suoi effetti.

Se si accedesse alla diversa interpretazione i termini per proporre appello andrebbero così individuati: - un termine "breve" decorrente dalla notifica della sentenza; - un termine "lungo"; - un termine calcolato sommando un ulteriore termine breve al termine lungo, per il solo fatto, del tutto eventuale, che la sentenza sia stata notificata a ridosso dello scadere del termine lungo.

Tale ultimo termine sarebbe dotato di una certa aleatorietà perché è determinato dalla data in cui, avvicinandosi la scadenza del termine lungo, la sentenza viene notificata a cura della parte.

In definitiva la data del termine "ultimo" cui ancorare la definitiva certezza della immodificabilità del giudicato sarebbe lasciata ad una delle parti processuali.

I termini per proporre impugnazione, per conforme giurisprudenza civile ed amministrativa, sono tutti perentori e previsti, come rileva la migliore dottrina, a pena di estinzione del potere concesso alla parte.

In modo particolare il termine "lungo" è da sempre ritenuto un termine residuale, che non è determinato dalla volontà delle parti, ed è finalizzato a fare in modo che la pendenza del rapporto processuale abbia termine definitivamente a prescindere dalle scelte processuali degli attori per

eliminare ogni incertezza sulla formazione del giudicato (Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 4017).

L'esigenza di certezza di stabilità del giudicato è ancora più rilevante nel processo amministrativo dove, di norma, oggetto dello scrutinio sono gli atti ed i provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione.

Sul piano squisitamente lessicale tra il termine "indipendentemente" (art. 327, comma 1, c.p.c.) ed il termine "in difetto" (art. 92, comma 3, c.p.a.) intercorre il tipico rapporto tra *genus* e *species*.

Utilizzando il termine "indipendentemente" (*genus*) si ipotizza che la notifica della sentenza potrebbe esserci come non esserci. Con il termine "in difetto" (*species*) si considera solo l'ipotesi in cui la notifica non vi sia.

Anche sul piano strettamente linguistico alla *species* non viene riconosciuta la capacità di modificare l'ontologica essenza del *genus*.

(6)

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana si pronuncia sul giudizio di equivalenza tra dispositivi medici prodotti in sede di gara pubblica.

[Consiglio giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, sentenza 20 luglio 2020, n. 634 – Pres. De Nictolis, Est. Caleca](#)

In sede di gara per l'appalto di fornitura di dispositivi medici trova applicazione il giudizio di equivalenza, la quale va ragguagliata alla

funzionalità di quanto richiesto dalla Pubblica amministrazione con quanto offerto in sede gara, non certo alla mera formale descrizione del prodotto.

Ha chiarito la sezione giurisdizionale del C.g.a. che con i commi 1 e 4 dell'art. 68, d.lgs. n. 163/2006 il legislatore - allorché le offerte tecniche devono recare per la loro idoneità elementi corrispondenti a specifiche tecniche - ha inteso introdurre, ai fini della valutazione del prodotto offerto dal soggetto concorrente, il criterio dell'equivalenza, nel senso cioè che non vi deve essere una conformità formale, ma sostanziale con le specifiche tecniche nella misura in cui esse vengono in pratica comunque soddisfatte" (Cons. Stato n. 7450 del 2019).

In particolare: "La norma, in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, è finalizzata a che la ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente non debba comportare ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche. Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza (come tale vincolante per l'Amministrazione e per il giudice) ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto.

Il comma 4 dell'art. 68, d.lgs. n.163 cit., laddove prevede che le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi presentati non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, impone quindi che il riscontro delle stesse in una gara sia agganciato non al formale meccanico riscontro della specifica certificazione tecnica, ma al criterio della conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte."

Pertanto il criterio dell'equivalenza non può subire una lettura limitativa o formalistica ma deve, al contrario, godere di un particolare favore perché è finalizzato a soddisfare l'esigenza primaria di garantire la massima

concorrenza tra gli operatori economici: ovviamente l'equivalenza va ragguagliata alla funzionalità di quanto richiesto dalla pubblica Amministrazione con quanto offerto in sede gara, non certo alla mera formale descrizione del prodotto.

Le specifiche tecniche hanno il compito di rendere intellegibile il bisogno che la stazione appaltante intende soddisfare con la pubblica gara più che quello di descrivere minuziosamente le caratteristiche del prodotto offerto dai concorrenti.

I recenti approdi giurisprudenziali (Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212) consentono di affermare che il principio di equivalenza delle offerte è attuativo del più generale principio del *favor participationis*, costituendo dunque espressione della massima concorrenzialità nel settore dei pubblici contratti.

Dalla superiore affermazione la giurisprudenza fa discendere l'esigenza di limitare entro rigorosi limiti applicativi l'area dei requisiti tecnici minimi e di dare spazio – parallelamente ma anche ragionevolmente e proporzionalmente – ai prodotti sostanzialmente analoghi a quelli espressamente richiesti dalla disciplina di gara.

(7)

Il T.a.r. per il Piemonte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario a decidere una controversia sulla richiesta di controllo giudiziario da parte dell'impresa colpita da interdittiva antimafia.

[T.a.r. per il Piemonte, sezione I, sentenza 22 luglio 2020, n. 480 – Pres. Salamone, Est. Cerroni](#)

É manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 159 del 2011 nella parte in cui non stabilisce quali siano le modalità per superare l'interdittiva, imponendo all'impresa che ne sia destinataria l'onere di impugnarla nei termini avanti il giudice amministrativo prima di poter rivolgere al giudice ordinario la richiesta di controllo giudiziario ex art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011 e senza specificare la necessità di procedere secondo un approccio prospettico-recuperativo.

Orbene, il concorrente scrutinio giurisdizionale opera su versante differenti e non può che accrescere il tasso di effettività delle tutele, inopinatamente oggetto delle doglianze della ricorrente. Invero, la *ratio* recuperativa appare immanente all'istituto del controllo giudiziario avendo riguardo ai chiari indici normativi che ne delineano la fisionomia: basti por mente al disposto della lettera e) del comma 3 dell'art. 34-*bis*, d.lgs. n. 159 del 2011 per cui il tribunale stabilisce gli obblighi dell'amministratore giudiziario tra cui quello "di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi". La portata risolutiva o meno dell'istituto si consuma, perverso, sugli indirizzi assunti dal diritto vivente in ordine al requisito della "occasionalità" delle condotte agevolatorie contro-indicanti – terreno cruciale ove si confrontano approcci retrospettivo-stigmatizzanti o prospettico-recuperativi: senonché, si tratta di profili che attengono agli indirizzi applicativi dell'istituto nei casi concreti e non investono i dubbi di costituzionalità sollevati dalla ricorrente.

In ultimo, preme sottolineare il fondamentale monito rivolto dal giudice delle leggi nella ridetta pronuncia in ordine alla puntuale e rigorosa applicazione da parte dell'autorità amministrativa, *in primis*, e dei giudici amministrativi, in caso di gravame, del carattere provvisorio della misura interdittiva "per scongiurare il rischio della persistenza di una misura non

più giustificata e quindi di un danno realmente irreversibile". La temporaneità intrinseca dell'interdittiva antimafia è la risposta ordinamentale ai dubbi svolti dalla ricorrente sul crinale della legittimità costituzionale del sistema normativo sotto scrutinio: è, dunque, compito irrinunciabile dell'Autorità amministrativa e del giudice amministrativo assicurarne un'applicazione puntuale e rigorosa, tale da garantire l'effettività delle vie ordinamentali per il superamento della situazione di controindicazione mafiosa (i.e. richiesta di aggiornamento ex art. 91, co. 5; controllo giudiziario ex art. 34-bis, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011). Indi, il dubbio di costituzionalità non coglie nel segno, rispondendo a razionalità *in abstracto* l'attuale assetto del sistema normativo antimafia sotto tal profilo.

(8)

Il T.a.r. per il Lazio, Roma, si pronuncia sul divieto di offerte in aumento nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

[T.a.r. per il Lazio, Roma, sezione II, sentenza 20 luglio 2020, n. 8462 – Pres. Riccio, Est. Iera](#)

Nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il principio del divieto delle offerte in aumento trova espressa previsione nella disposizione dell'art. 59, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, con la quale il legislatore ha recepito l'orientamento della giurisprudenza che aveva affermato, sotto il vigore del precedente testo del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la sussistenza, in via implicita, del predetto divieto.

La Sezione ha chiarito che l'art. 59, d.lgs. n. 50 del 2016 in parola non va tuttavia interpretato in modo formale ed isolato, ma in modo sostanziale e

sistematico, tenendo conto della peculiarità del caso concreto (ossia delle caratteristiche della gara e del criterio di aggiudicazione prescelto).

Nell'art. 59 l'espressione "offerte" è declinata al plurale, anziché al singolare (come in altre previsioni del codice), il che lascia intendere come essa si riferisca non solo al "prezzo" della complessiva offerta della prestazione oggetto di gara, ma altresì ai "prezzi" posti "a base di gara" delle singole prestazioni di cui si compone l'appalto secondo le valutazioni espresse dall'amministrazione nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

La portata dell'art. 59 va inoltre definita alla luce dei principi di imparzialità dell'azione amministrativa e di tutela della par condicio dei concorrenti che, in virtù dell'influenza del diritto europeo, devono essere garantiti in via prioritaria nelle procedure ad evidenza pubblica.

Le gare che prevedono il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si risolvono nella scelta dell'offerta che si presenta come la migliore sotto il profilo tecnico e che, al contempo, si contraddistingue per offrire il prezzo più basso. Tale criterio di scelta realizza una doppia competizione tra gli operatori sia sotto profilo tecnico che economico, con una preponderante prevalenza per la componente tecnica poiché il punteggio complessivo da attribuire all'offerta deve prevedere "un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento".

Come ricordato, i criteri di aggiudicazione "garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva" e la stazione appaltante, "al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo [...] individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici" (art. 95, commi 1 e 10-bis, d.lgs. n. 50 del 2016).

La stazione appaltante è, pertanto, chiamata ad individuare prima e applicare dopo i criteri di aggiudicazione in modo coerente con il fine di

garantire un “confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici” dell’offerta. In questo contesto, l’importo a base d’asta gioca un ruolo fondamentale per il regolare svolgimento del “confronto concorrenziale sui profili tecnici” poiché esso fissa il limite estremo al di sopra del quale non è possibile offrire e quindi, specularmente, fissa il limite all’interno del quale dovrà svolgersi la competizione in relazione alla componente tecnica.

Una volta stabilita la soglia massima di offerta per una data prestazione o servizio (ossia il prezzo che l’amministrazione è disposta a corrispondere), i concorrenti sono consapevoli che non saranno presi in considerazione in relazione a quella specifica prestazione o servizio (che in senso generico possono essere definiti “prodotti”) offerte che presentano un costo superiore a quello di soglia massima. La previa fissazione di una soglia massima di offerta impone allora agli operatori di calibrare le proprie offerte tecniche in relazione al costo economico che dovranno sostenere per i “prodotti” da offrire e che sarà poi remunerato dalla stazione appaltante a seguito dell’aggiudicazione.

Proprio nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, dove la componente tecnica assume un peso relativo maggiore rispetto a quella economica, il valore tecnico del “prodotto” è strettamente parametrato al prezzo offerto. Il rigoroso rispetto della soglia massima di offerta, che l’amministrazione può decidere di porre “a base di gara”, consente che il confronto concorrenziale si svolga in modo effettivo ed imparziale; diversamente, il superamento della soglia si risolve nella inesorabile violazione del principio di imparzialità e di tutela della par condicio, alterando di fatto il confronto concorrenziale “sui profili tecnici” dell’offerta oppure favorendo comportamenti opportunistici dei concorrenti che potrebbero fare affidamento su condotte amministrative non rispettose degli auto-vincoli posti in gara oppure ancora agevolando comportamenti ondivaghi della commissione esaminatrice destinati a refluire in esiti difformi tra loro. In questo caso, il concorrente che - eludendo le disposizioni

di gara - riesce ad offrire un “prodotto” superiore dal punto di vista tecnico, verrà di fatto avvantaggiato dalla commissione in sede di valutazione della componente tecnica, ricevendo così, per questa componente, un punteggio superiore a scapito degli operatori rispettosi della legge di gara. Il mancato rispetto della soglia massima di offerta consentirà, infatti, al concorrente di mettere a disposizione della stazione appaltante un “prodotto” ad un prezzo superiore alla soglia e quindi verosimilmente un “prodotto” superiore (anche) dal punto di vista tecnico rispetto ad un omologo “prodotto” che, avendo un costo inferiore, è obiettivamente posizionato in un segmento di mercato meno performante

(9)

Il T.a.r. per la Lombardia, Milano, rimette alla Corte costituzionale l’art. 15 c.p.a. nella parte in cui preclude la pronuncia sulla eccezione di parte del difetto di competenza territoriale nel merito, qualora nella fase cautelare sia stata trattenuta implicitamente la competenza.

[T.a.r. per la Lombardia, Milano, sezione III, ordinanza 20 luglio 2020, n. 1374 – Pres. Di Benedetto, Est. Lombardi](#)

È rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24, 25, 76 e 77, primo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 15, commi 1, 2 e 3, c.p.a. nella parte in cui precludono al giudice di esaminare e pronunciare sulla proposta eccezione di parte del difetto di competenza territoriale anche nella fase di merito, qualora nella fase cautelare sia stata trattenuta implicitamente la competenza.

Ha chiarito la Sezione che il secondo comma dell’art. 15 - il quale, secondo il diritto “vivente”, tramite l’inciso “in ogni caso” introduce una preclusione ai poteri del giudice analoga a quella prevista dall’art. 38, comma 3 c.p.c. nel

giudizio civile, arretrando e confinando, peraltro, la possibilità di rilevare ed esaminare la questione di competenza territoriale alla fase cautelare -, possa violare gli artt. 3, 24, 25, 76 e 77, primo comma, Cost., sotto il duplice profilo dell'irragionevole limitazione del diritto alla tutela giurisdizionale e dell'eccesso di delega legislativa.

Invero, le parti diverse dai ricorrenti – cui spetta la facoltà processuale costituzionalmente tutelata di far valere la propria posizione giuridica nella sede di competenza del giudice precostituito per legge -, pur proponendo tempestivamente l'eccezione di incompetenza territoriale, si vedono preclusa la possibilità di una pronuncia esplicita nella fase di merito sulla loro eccezione, qualora sia stata proposta domanda cautelare, e sono addirittura costretti ad impugnare l'ordinanza cautelare a loro favorevole che abbia ritenuto implicitamente la competenza, per evitare la definitiva eliminazione in entrambi i gradi del giudizio della suddetta facoltà processuale.

Sotto altro, concorrente profilo, l'art. 44 della legge n. 69 del 2009, che aveva delegato il Governo ad adottare "uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato", è rimasto silente sullo specifico aspetto della disciplina afferente al rilievo dell'incompetenza territoriale.

L'assenza sul punto di principi e criteri direttivi, pur non essendo di per sé decisiva, di certo non autorizzava il legislatore delegato ad innovare radicalmente la disciplina in esame, trasformando il regime della competenza territoriale da "sempre derogabile" (come previsto in precedenza) a "sempre inderogabile", fin dalla fase cautelare (come stabilito nel nuovo codice del processo amministrativo), e creando una inusitata interferenza tra fase cautelare e rilievo definitivo dell'incompetenza.

Si è dunque concretizzata un'ipotesi di vizio di eccesso di delega, per contrasto tra norma delegata e norma delegante (norma interposta e parametro di costituzionalità dei decreti legislativi delegati), in ragione dell'esorbitanza dall'oggetto della delega del sistema previsto dal legislatore delegato, con specifico riferimento, per quanto di interesse, alle limitazioni temporali e strutturali imposte al rilievo ed esame della questione di competenza territoriale.

Più in particolare, la sospetta violazione indiretta dell'art. 76 Cost. si è manifestata su due fronti concorrenti: da un lato, perché il silenzio serbato dal legislatore delegante sullo specifico aspetto sul quale è intervenuto in modo particolarmente innovativo rispetto al previgente sistema il legislatore delegato (regime processuale del rilievo del difetto di competenza territoriale), non può non risultare chiaramente rivelatore della volontà di non introdurre sul punto alcuna modifica; dall'altro, perché le disposizioni delegate sotto esame non rappresentano un mezzo di attuazione delle finalità della delega, ma anzi risultano in contrasto, per la fortissima compressione delle facoltà processuali delle parti interessate ad ottenere una pronuncia dal giudice precostituito per legge, con gli indirizzi generali stabiliti dall'art. 44, l. n. 69 del 2009, secondo cui il nuovo codice del processo amministrativo avrebbe dovuto assicurare "l'effettività della tutela".

Sulla base delle su esposte considerazioni, la Sezione ritiene dunque necessaria la sospensione del giudizio e la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, affinché si pronunci sulla questione.

Osserva che una pronuncia caducatoria delle norme censurate, che resti limitata all'eliminazione dell'inciso "in ogni caso" di cui al secondo comma dell'art. 15 c.p.a., risulterebbe congrua rispetto all'obiettivo perseguito dal rimettente, che è quello di potere esaminare e pronunciare esplicitamente sull'eccezione di incompetenza territoriale tempestivamente sollevata dalla difesa erariale anche nella fase di merito, nonostante la Sezione abbia già

deciso sulla proposta domanda cautelare, ritenendo implicitamente, in quella diversa fase, la propria competenza territoriale.

L'eliminazione dell'inciso "in ogni caso", infatti, riespanderebbe, secondo un'interpretazione costituzionalmente adeguata, l'applicabilità alla fattispecie in esame del comma 1 del citato art. 15, secondo cui "il difetto di competenza è rilevato d'ufficio finché la causa non è decisa in primo grado".

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi massimario e formazione.

Normativa ed altre novità di interesse

(10)

[Testo del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 \(in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 128 del 19 maggio 2020, SO n. 21/L\), coordinato con la legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77](#) recante: «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19». (GU Serie Generale n. 180 del 18-07-2020 - Suppl. Ordinario n. 25).