



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

Indice

Corte costituzionale

1. **Corte cost., 7 ottobre 2021, n. 189, in tema di tutela dell'ambiente e delega di funzioni.**

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

2. **Cons. Stato, sez. IV, 15 ottobre 2021, n. 5660, il rinvio pregiudiziale non produce effetti sospensivi sul provvedimento impugnato;**
3. **Cons. Stato, sez. II, 14 ottobre 2021, n. 6906, in tema di operazioni del procedimento elettorale;**
4. **Cons. Stato, sez. III, 13 ottobre 2021, n. 6896, rimette alla Corte di giustizia UE l'individuazione delle imprese beneficiarie delle misure compensative dei danni determinati dall'influenza aviaria;**
5. **Cons. Stato, sez. III, 12 ottobre 2021, n. 6837, sulla suddivisione della gara in lotti per macro aree geografiche;**
6. **T.a.r. per l'Emilia Romagna, sez. I, 11 ottobre 2021, n. 834, sulla riparametrazione del possesso dei requisiti di partecipazione indicati dal bando (operazioni effettuate nell'ultimo triennio) in ragione della effettiva esistenza della società concorrente.**

Consiglio di Stato – Pareri

7. **Cons. Stato, sez. I, 11 ottobre 2021, n. 1575, sulla cancellazione dall'Elenco nazionale degli Organismi indipendenti di valutazione.**

Normativa ed altre novità di interesse

8. **d.P.C.M. 12 ottobre 2021** - Adozione delle linee guida in materia di condotta delle pubbliche amministrazioni per l'applicazione della disciplina in materia di obbligo di possesso e di esibizione della certificazione verde COVID-19 da parte del personale (GU Serie Generale n. 246 del 14 ottobre 2021);
9. **Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica - Decreto 8 ottobre 2021** - Modalità organizzative per il rientro in presenza dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni (GU Serie Generale n. 245 del 13 ottobre 2021).

Corte costituzionale

(1)

La Corte costituzionale esclude che, in tema di tutela dell'ambiente, la Regione possa delegare le funzioni legislative ad un ente infraregionale.

[Corte costituzionale, 7 ottobre 2021, n. 189, Pres. Coraggio, Red. San Giorgio](#)

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, a far data dal 29 aprile 2006, dell'art. 6, comma 2, lettere b) e c), quest'ultima limitatamente al riferimento alla lettera b), della legge della Regione Lazio 9 luglio 1998, n. 27 (Disciplina regionale della gestione dei rifiuti).

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

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

Le massime sotto riportate comprendono anche quelle pubblicate nella Sezione in evidenza del sito www.giustizia-amministrativa.it, a cura del consigliere Giulia Ferrari.

(2)

La sezione IV dichiara che la pendenza di un rinvio pregiudiziale non ha effetto sospensivo sul provvedimento amministrativo impugnato.

[Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza cautelare 15 ottobre 2021, n. 5660 – Pres. Poli, Est. Lamberti](#)

La formulazione di un rinvio pregiudiziale non ha effetto sospensivo sul provvedimento impugnato, posto che con tale rinvio si sottopone alla Corte europea un quesito di interpretazione del diritto euro-unitario, mentre la questione degli effetti interinali del provvedimento nazionale impugnato resta di competenza esclusiva del giudice della vicenda amministrativa controversa, ossia del giudice nazionale procedente, organo giudiziario precostituito per legge (art. 25, comma 1, Cost.).

(3)

La sezione II ribadisce i principi in tema di operazioni del procedimento elettorale.

Consiglio di Stato, sezione II, sentenza 14 ottobre 2021, n. 6906 – Pres. De Francisco, Est. Altavista

La normativa riguardante il procedimento elettorale disciplina in modo rigoroso i tempi e le modalità di svolgimento delle operazioni elettorali e di verbalizzazione delle stesse, ponendo a carico del presidente della sezione precisi e puntuali obblighi che devono essere compiuti secondo l'ordine prestabilito e nei tempi indicati. In particolare è rilevante la scansione temporale in ordine all'autenticazione delle schede (che devono essere autenticate in un numero corrispondente a quello degli elettori iscritti nella sezione, ai sensi dell'art. 47 comma 4); all'accertamento del numero dei votanti alla chiusura delle operazioni di voto (art. 53, 1 comma, n. 2); al riscontro del numero delle schede autenticate non utilizzate che dovranno corrispondere al numero degli elettori iscritti che non hanno votato (art. 53, 1 comma, n. 3); alla finale verifica della corrispondenza tra il numero totale delle schede scrutinate ed il numero degli elettori che hanno votato (art. 63, 4 comma). Si tratta di operazioni tassative, che devono essere eseguite nell'ordine indicato dalla legge, dovendosene dare pedissequa ed adeguata contezza nel processo verbale sezionale, essendo mirate a garantire la legittimità, la trasparenza e la regolarità della votazione e dello scrutinio e, quindi, la genuinità del risultato finale. In particolare, le formalità inerenti la necessaria corrispondenza tra il numero delle schede complessivamente consegnate alla sezione ed autenticate e la somma delle schede utilizzate dagli elettori e di quelle autenticate, ma non utilizzate ed indicate nel verbale ai sensi dell'art. 53 cit. risulta preordinata a garantire la trasparenza del comportamento dei componenti del seggio elettorale mentre la mera identità numerica tra schede votate e numero dei votanti non è, in sé considerata, prova della correttezza del procedimento elettorale, laddove sia rilevata la mancanza di schede autenticate e non votate, per la cui integrità la legge prescrive le particolari operazioni sopra richiamate, potendo tale anomalia essere di per sé causa di nullità per il pericolo di alterazione dei risultati elettorali, confermandosi la conseguente possibilità (in presenza di un adeguato quadro indiziario, su cui infra) di annullare le operazioni di voto,

sia nelle ipotesi in cui non sia stato verbalizzato il numero delle schede autenticate ovvero di quelle autenticate ma non utilizzate, sia nelle ipotesi in cui il numero delle schede autenticate ma non utilizzate risulti in verbale inferiore ovvero superiore rispetto a quello degli elettori iscritti nelle liste della sezione che non hanno votato o non sussista la necessaria corrispondenza tra il numero delle schede complessivamente autenticate e la somma delle schede utilizzate dagli elettori e di quelle autenticate ma non utilizzate.

(4)

La III Sezione rimette alla Corte di giustizia UE l'individuazione delle imprese beneficiarie delle misure compensative dei danni determinati dall'influenza aviaria.

[Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 13 ottobre 2021, n. 6896, Pres. Corradino, Est. Maiello](#)

E' rimessa alla Corte di giustizia UE la questione se l'art. 220 del regolamento (UE)n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento di esecuzione della Commissione del 2 agosto 2019, n. 2019/1323/UE ostino a una normativa nazionale (come quella di cui decreto ministeriale del 15 gennaio 2020 del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali) intesa ed applicata nel senso di limitare l'accesso alle misure compensative dei danni determinati dall'influenza aviaria alle sole imprese che non abbiano cessato l'attività alla data di presentazione dell'istanza.

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

(5)

La III Sezione si pronuncia sulla suddivisione della gara in lotti per macro aree geografiche.

[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 12 ottobre 2021, n. 6837, Pres. Frattini, Est. Tulumello](#)

A fronte della identità funzionale dell'oggetto della procedura di gara, non irragionevolmente la stazione appaltante recupera l'eventuale *deficit* di diversificazione proconcorrenziale, frazionando le procedure per macro aree geografiche, limitando così gli importi a base d'asta.

Ha premesso la Sezione che la suddivisione in lotti di cui all'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016 è prevista a tutela delle piccole e medie imprese al fine di consentire la loro partecipazione e, dunque, è posta a tutela della libera concorrenza. L'appalto in questione prevede la fornitura dall'oggetto necessariamente unitario, motivo per cui la suddivisione in lotti in termini geografici non appare difforme rispetto al precetto normativo. La previsione di vincoli di partecipazione o di aggiudicazione rientra tra le facoltà dell'amministrazione e non si risolve in un obbligo, come anche indicato nella direttiva 2014/24/UE. La scelta della stazione appaltante è frutto di un bilanciamento tra tutela della concorrenza da una parte, ed esigenze tecnico-economiche dall'altra, afferenti l'interesse pubblico alla prestazione di cui è tributaria l'amministrazione, per cui la suddivisione in lotti geografici su base d'asta non risulta irragionevole o illegittima, e, come affermato da recente giurisprudenza, sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale

principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie. Nella giurisprudenza della sezione si è più volte affermato che la mancata previsione del vincolo di aggiudicazione non comporta *ex se* illegittimità della procedura. In particolare, la sentenza n. 3683 del 2020 ha chiarito che “non è l'assenza di tale vincolo, la cui previsione è meramente discrezionale (art. 51, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016), a determinare in sé la violazione della concorrenza, bensì la strutturazione della gara in modo tale che la sua apparente suddivisione in lotti, per le caratteristiche stesse di questi o in base al complesso delle previsioni della *lex specialis*, favorisca in modo indebito taluno dei concorrenti e gli consenta di acquisire l'esclusiva nell'aggiudicazione dei lotti”.

Il problema si sposta dunque sulla logicità e ragionevolezza della suddivisione in lotti: che, come chiarito, nel caso di specie è risultata conforme ad un plausibile bilanciamento fra le esigenze di tutela della concorrenza e quelle correlate alla organizzazione sul territorio della prestazione oggetto dell'appalto”.

Nella specie la sezione ha escluso la illogicità del frazionamento per essere state accorpate in alcuni lotti più aziende sanitarie, qualora tale accorpamento sia comunque conforme al criterio territoriale di cui sopra: non risultando, e non avendolo peraltro neppure dedotto l'appellante, che gli accorpamenti in questione siano stati individuati e definiti in deroga al ridetto criterio.

L'accorpamento nel medesimo lotto di aziende non ricadenti in ambiti territoriali eterogenei confermerebbe semmai la ragionevolezza del criterio e la sua effettiva funzionalizzazione agli interessi collettivi portati dalla stazione appaltante.

Il T.a.r. si pronuncia sulla riparametrazione del possesso dei requisiti di partecipazione indicati dal bando (operazioni effettuate nell'ultimo triennio) in ragione della effettiva esistenza della società concorrente.

[T.a.r. per l'Emilia Romagna, sezione I, sentenza 11 ottobre 2021, n. 834, Pres. Migliozi, Est. Amovilli](#)

In assenza di specifiche disposizioni limitative da parte del bando di gara, la riparametrazione dei requisiti di capacità tecnica per le imprese neo costituite può favorire condotte elusive e condurre ad esiti del tutto inaccettabili, quali la partecipazione alla gara di operatori economici costituitisi pochi giorni prima rispetto al termine di scadenza di presentazione delle offerte ed in possesso di requisiti del tutto esigui ed inidonei a comprovare l'affidabilità del concorrente.

Ha ricordato la Sezione che per le imprese di recente costituzione "il calcolo per la verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando va effettuato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e i bilanci e la documentazione da presentare sono da riferirsi agli anni di effettiva operativa della stessa" (cfr. deliberazioni ANAC 20 dicembre 2017, n. 1349; 23 maggio 2018, n. 473 e 14 giugno 2017, n. 671).

Tuttavia nella fattispecie oggetto di quel giudizio - relativa ad appalto di ristorazione - vi era anzitutto la presenza di clausola nella *lex specialis* dal tenore ambiguo non essendo chiaro se il criterio dell'esecuzione di servizi analoghi nell'ultimo triennio ovvero di un numero minimo di pasti (70.000) fosse riferito a ciascun anno del triennio o alla media ponderata. In secondo luogo l'impresa interessata aveva abbondantemente dimostrato il possesso del requisito nell'arco del triennio (ben 432.145 pasti) avendo soltanto nell'anno 2015 erogato un numero di pasti inferiore a 70.000 a causa della costituzione avvenuta soltanto nel mese di giugno 2015.

Pur non potendo la sezione che condividere il suindicato principio, sicuramente pro-concorrenziale, non lo ritiene nel caso di specie applicato correttamente dalla stazione appaltante.

La previsione nel bando da parte dell'Amministrazione di specifici requisiti di capacità tecnica costituisce attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., e sostanziandosi nell'apprestamento da parte dell'Amministrazione degli strumenti e delle misure più adeguati ed efficaci per il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, in relazione all'oggetto dell'appalto da affidare (Cons. Stato sez. V, 23 giugno 2011, n. 3809).

Ai sensi dell'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 i requisiti e le capacità economico finanziarie e tecnico professionali "sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione". Il successivo comma 8 onera la stazione appaltante di indicare le condizioni di partecipazione richieste.

Mette conto richiamare anche il considerando 4 della Direttiva 2014/23/UE in tema di "*favor*" per la partecipazione alle procedure di affidamento dei pubblici appalti delle c.d. PMI ovvero delle piccole e medie imprese quali l'odierna controinteressata.

La riparametrazione dei suindicati requisiti, di contro, per quanto sicuramente finalizzata al "*favor participationis*", non trova specifica previsione nel nostro ordinamento in alcuna norma, sì che la *lex specialis* appare la naturale "*sedes materiae*".

In assenza, infatti, di specifiche disposizioni limitative da parte del bando di gara, la riparametrazione dei requisiti di capacità tecnica per le imprese neo costituite può favorire condotte elusive e condurre ad esiti del tutto inaccettabili, quali la partecipazione alla gara di operatori economici costituitisi pochi giorni prima rispetto al termine di scadenza di presentazione delle offerte ed in possesso di requisiti del tutto esigui ed inidonei a comprovare l'affidabilità del concorrente. Per ipotesi, infatti, basterebbe la costituzione dell'impresa concorrente una settimana prima e la

produzione di fatturato di poche centinaia di euro relativo a tal periodo, che riparametrato, consentirebbe la partecipazione.

Riparametrare senza alcun limite il requisito sulla base dell'effettivo periodo di tempo (inferiore a quello richiesto in bando) di operatività dell'azienda (ovverosia a partire dal momento in cui l'attività ha avuto avvio) comporterebbe la violazione di tale ratio, perché non verrebbe assicurata l'esperienza ritenuta necessaria.

Consiglio di Stato – Pareri

(7)

La I sezione si pronuncia sulla cancellazione dall'Elenco nazionale degli Organismi indipendenti di valutazione.

[Consiglio di Stato, sezione I, 11 ottobre 2021, n. 1575, Pres. f.f. Carpentieri, Est. Mele](#)

E' legittimo l'art. 2 del decreto del 2 dicembre 2016 della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della funzione pubblica, che ha istituito l'Elenco nazionale dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione della performance, che esclude la partecipazione di soggetti che abbiano riportato condanne penali per reati ormai estinti; ed invero, nell'Elenco nazionale dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione non possono essere iscritti (o, se già iscritti, debbono esserne cancellati) i soggetti che hanno riportato sentenze penali definitive di condanna, anche in base all'istituto del patteggiamento, ossia della applicazione della pena su richiesta della parte; il generale riferimento al "non aver riportato condanne penali" evidenzia l'irrilevanza della natura del reato commesso (delitto o contravvenzione) nonché dell'epoca, anche risalente, della condanna.

Ha aggiunto la Sezione che il dettato normativo non attribuisce rilevanza ai reati estinti, non essendovi alcun riferimento, ai fini della sussistenza comunque del requisito di iscrizione, a tali reati.

Ha ancora chiarito che in considerazione dell'attribuzione agli OIV di molteplici e delicate funzioni di controllo che attengono al funzionamento delle pubbliche amministrazioni, al corretto utilizzo delle risorse pubbliche ed alla prevenzione ed al contrasto dei fenomeni di corruzione, che le previsioni del decreto ministeriale impugnato risultino legittime e proporzionate, anche con riferimento agli obblighi dichiarativi imposti, i quali devono essere adempiuti da soggetti aspiranti "controllori" in maniera puntuale, completa e veridica, derivandone altrimenti l'esclusione o la cancellazione dall'Elenco.

Non può, invero, predicarsi l'applicabilità al procedimento di iscrizione nell'Elenco Nazionale dei componenti degli Organismi di valutazione delle disposizioni dettate dal Codice dei contratti pubblici, laddove prevede che non può costituire motivo di esclusione la condanna penale "quando il reato è stato dichiarato estinto" dopo la condanna.

Ed, invero, non si tratta nella specie di valutare la moralità e l'affidabilità di un soggetto mero esecutore di opera pubblica, ma bensì di un "controllore" nell'ambito di funzioni che attengono al funzionamento ed all'attività complessiva delle pubbliche amministrazioni, per il cui esercizio è ragionevole imporre requisiti più stringenti rispetto a quanto avviene in materia di partecipazione a procedure di appalto o concessioni

Rileva, peraltro, la sezione che, anche a voler accedere alla tesi sostanzialistica propugnata dal ricorrente e ritenere sussistente il requisito di partecipazione in presenza di condanna per reato estinto, il predetto requisito può ritenersi presente solo quando l'estinzione sia stata dichiarata dal giudice penale.

Va in proposito in primo luogo evidenziato che la disposizione del codice dei contratti pubblici invocata dal ricorrente espressamente richiede, ai fini dell'insussistenza del motivo di esclusione dalla procedura a cagione della condanna penale, l'avvenuta dichiarazione di estinzione del reato.

Normativa ed altre novità di interesse

(8)

d.P.C.M. 12 ottobre 2021 - Adozione delle linee guida in materia di condotta delle pubbliche amministrazioni per l'applicazione della disciplina in materia di obbligo di possesso e di esibizione della certificazione verde COVID-19 da parte del personale (G.U. Serie Generale n. 246 del 14 ottobre 2021).

(9)

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica - decreto 8 ottobre 2021 - Modalità organizzative per il rientro in presenza dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni (G.U. Serie Generale n. 245 del 13 ottobre 2021).