



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. V, 28 ottobre 2020, C-521/18, sull'assoggettamento alla normativa pubblicistica dell'affidamento di servizi che non rientrano propriamente nelle attività speciali.

Corte costituzionale

2. Corte cost., 30 ottobre 2020 n. 227, sull'illegittimità costituzionale di alcune norme della Regione Molise in materia di distacco dei dipendenti di società partecipate, di dirigenti e di smaltimento di rifiuti speciali di provenienza extraregionale.

Corte di cassazione

3. Cass. civ., sez. un., 29 ottobre 2020 n. 23902, in tema di compensazione urbanistica con riferimento alla tassazione Ici.

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

4. Cons. Stato, sez. III, 2 novembre 2020, n. 6782, sulla competenza funzionale del T.a.r. per il Lazio e l'avvalimento amministrativo nell'emergenza da Covid-19;
5. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761, sulla clausola sociale negli appalti pubblici;

6. **Cons. Stato, sez. III, 2 novembre 2020, n. 6724**, sulla distribuzione dei farmaci per il trattamento della tossicodipendenza;
7. **Cons. Stato, sez. III, 2 novembre 2020, n. 6697**, sulla legittimazione di una associazione ad impugnare la *lex specialis* di gara;
8. **T.a.r. per il Lazio, sez. III quater, 3 novembre 2020, n. 11304**, in tema di compatibilità o meno con il diritto comunitario della disciplina sul subappalto che prevede un limite del 40%.

Consiglio di Stato – Pareri

9. **Cons. Stato, sez. cons. per gli atti norm., 3 novembre 2020, n. 1717** - parere sul Regolamento sui requisiti di accesso e modalità degli interventi del cd. "Patrimonio Destinato", destinato all'attuazione di interventi connessi all'emergenza Covid-19.

Normativa ed altre novità di interesse

10. **Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 novembre 2020** – Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19». (GU Serie Generale n. 275 del 04-11-2020 - Suppl. Ordinario n. 41).

Corte di giustizia dell'Unione europea

(1)

La Corte di giustizia UE si pronuncia sull'assoggettamento alla normativa pubblicistica dell'affidamento di servizi che non rientrano propriamente nelle attività speciali.

[Corte di giustizia dell'Unione Europea, sezione V, sentenza 28 ottobre 2020, C-521/18 - Pegaso Srl Servizi Fiduciari, Sistemi di Sicurezza Srl e YW contro Poste Tutela SpA](#)

La Corte di giustizia UE, pronunciando su questione pregiudiziale sollevata dal Tar per il Lazio, sez. III, ordinanza del 2018, n. 7778, ha evidenziato che l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, dev'essere interpretato nel senso che si applica ad attività consistenti nella prestazione di servizi di portierato, *reception* e presidio varchi delle sedi dei prestatori di servizi postali, in quanto siffatte attività presentano un nesso con l'attività rientrante nel settore postale, nel senso che servono effettivamente all'esercizio di tale attività, consentendone la realizzazione in maniera adeguata, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio.

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

Corte costituzionale

(2)

La Corte costituzionale si pronuncia sull'illegittimità costituzionale di alcune norme della Regione Molise in materia di distacco dei dipendenti di società partecipate, di dirigenti e di smaltimento di rifiuti speciali di provenienza extraregionale.

[Corte costituzionale, sentenza 30 ottobre 2020 n. 227, Pres. Morelli, Est. Coraggio](#)

La Corte costituzionale ha chiarito che le disposizioni inerenti all'attività di società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali vanno ricondotte alla materia dell'«ordinamento civile», in quanto volte a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato, nonché a quella della «tutela della concorrenza» in considerazione dello scopo di talune disposizioni di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali.

In relazione agli artt. 117, secondo comma, lettera l), e terzo comma Cost., e 97 Cost., va dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 3, lettera i), della legge della Regione Molise 10 maggio 2019, n. 4 (Legge di stabilità regionale 2019), che prevede l'utilizzazione temporanea, in posizione di distacco, del personale delle società partecipate presso enti regionali. Gli istituti del comando e del distacco infatti non possono trovare applicazione rispetto al personale delle società partecipate che non rientrano nel novero delle pubbliche amministrazioni, come individuate dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001. Né può trovare applicazione la disciplina della mobilità di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Sono costituzionalmente illegittimi l'art. 15, comma 2, lettera h), e l'art. 16, comma 1, lettera b), della legge della Regione Molise 10 maggio 2019, n. 4, i quali, escludendo alcune posizioni dirigenziali conferite dalla Giunta regionale dal computo della dotazione organica, comportano una deroga ai limiti percentuali, previsti dall'art. 19, comma 5-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001. E' costituzionalmente illegittimo l'art. 32 della legge della Regione Molise 10 maggio 2019, n. 4, che ha modificato l'art. 1 della legge della Regione Molise 7 agosto 2003, n. 25 (Norme per l'elaborazione e l'attuazione del Piano di gestione dei rifiuti), introducendo il comma 3-*bis*, secondo cui «La Regione persegue l'obiettivo di limitare nel proprio territorio lo smaltimento di rifiuti speciali di provenienza extra regionale, nel limite della percentuale del totale dei rifiuti, speciali e non, trattati nel territorio regionale, scelta dalla Giunta regionale dopo relazione della struttura tecnica. Il competente servizio

regionale emana, a tal proposito, specifiche direttive». Tale disposizione è in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., in quanto interviene nella materia «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema», rimessa alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, nonché con l'art. 120, primo comma, Cost., per le limitazioni che comporterebbe alla libertà di circolazione tra le Regioni.

Corte di cassazione, sezioni unite civili

(3)

Le Sezioni unite si pronunciano sulla compensazione urbanistica con riferimento alla tassazione Ici.

[Corte di cassazione, sezioni unite civili – sentenza 29 ottobre 2020 n. 23902 - Pres. Virgilio, Est. Stalla](#)

Le Sezioni unite, pronunciando su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato il seguente principio di diritto: *“Un’area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI ove inserita in un programma attributivo di un diritto edificatorio compensativo, dal momento che quest’ultimo non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso.”*

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

(4)

La III Sezione si pronuncia sulla competenza funzionale del T.a.r. per il Lazio e sull'avvalimento amministrativo nell'emergenza da Covid-19.

[Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 2 novembre 2020, n. 6782 - Pres. Corradino, Est. Veltri](#)

La III Sezione, in sede di regolamento di competenza, ha chiarito che i provvedimenti di erogazione degli incentivi o di non ammissione alle agevolazioni rimangono “provvedimenti commissariali” anche se sono stati concretamente adottati dall’apparato amministrativo terzo del quale il Commissario è autorizzato ad avvalersi.

L’avvalimento amministrativo, in quanto strumento meramente organizzativo, ferma la titolarità della funzione, nulla sposta in ordine alla competenza territoriale del T.a.r. per il Lazio, declinata dalla legge processuale come “funzionale” e “inderogabile”, proprio in ragione della titolarità e della *mission* della funzione commissariale, vieppiù nel caso di specie in cui la *mission* ha sicura vocazione nazionale.

Sussiste, pertanto, la competenza funzionale del T.a.r. per il Lazio, ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a., in relazione ai provvedimenti adottati da Invitalia quale soggetto delegato dal Commissario straordinario, ai sensi dell'art. 5 del decreto legge n. 18/2020, ad attuare le specifiche misure di incentivo alla produzione e alla fornitura di dispositivi medici e di dispositivi di protezione individuale nell'ambito dell'emergenza da Covid-19.

(5)

La V Sezione si pronuncia sulla clausola sociale negli appalti pubblici.

[Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 2 novembre 2020, n. 6761 - Pres. Saltelli, Est. Urso](#)

La V Sezione ha chiarito che, nelle gare di appalto, la c.d. clausola sociale prevista dalla *lex specialis* richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale (artt.35 e 41 Cost.), ed anche europeo (art. 15 e 16 Carta

di Nizza) e va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario; il che vale a escludere che dalla clausola sociale possa derivare *sic et simpliciter* un obbligo in capo al concorrente d'inquadrare il lavoratore con lo stesso livello d'anzianità già posseduto.

(6)

La III Sezione si pronuncia sulla distribuzione dei farmaci per il trattamento della tossicodipendenza.

[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 2 novembre 2020, n. 6724 - Pres. Frattini, Est. Pescatore](#)

La III Sezione chiarisce che l'ambito applicativo nel quale si iscrive l'art. 13, comma 1, lett. b), d.l.), d.l. 28 aprile 2009, n. 39 è quello della distribuzione "ordinaria" o "territoriale" dei farmaci, non venendo la spesa farmaceutica incisa nel suo complessivo ammontare, in quanto i medicinali equivalenti di cui all'art. 7, comma 1, d.l. n. 347 del 2001 sono comunque rimborsati al farmacista per l'intero prezzo di vendita al pubblico, ossia "fino alla concorrenza del prezzo più basso del corrispondente farmaco generico"; tale norma non si applica, quindi, nel caso di cd. distribuzione diretta (c.d. DD) di un farmaco (come, ad es., i farmaci per il trattamento degli stati di tossicodipendenza), previo acquisto diretto dalle aziende farmaceutiche produttrici tramite pubbliche gare d'appalto e senza che in alcun modo intervengano grossisti e farmacisti.

L'art. 13, comma 1, lett. b), d.l.), d.l. 28 aprile 2009, n. 39, convertito in l. 24 giugno 2009, n. 77, introduce una deroga all'art. 1, comma 40, l. 23 dicembre 1996, n. 662, che detta una regola generale in forza della quale le quote di spettanza sul prezzo di vendita al pubblico delle specialità medicinali collocate nelle classi a) e b), di cui all'art. 8, comma 10, l. 24 dicembre 1993, n. 537, che sono fissate "...per le aziende farmaceutiche, per i grossisti e per i farmacisti rispettivamente al 66,65 per cento, al 3 per cento e al 30,35 per

cento sul prezzo di vendita al pubblico al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA)".

Il cit. art. 13 prevede una diversa modulazione delle predette percentuali, riconoscendo "... per le aziende farmaceutiche 58,65 per cento, per i grossisti 6,65 per cento e per i farmacisti 26,7 per cento. La rimanente quota dell'8 per cento è ridistribuita fra i farmacisti ed i grossisti secondo le regole di mercato ferma restando la quota minima per la farmacia del 26,7 per cento ..".

Per effetto di tale rimodulazione la spesa farmaceutica non viene incisa nel suo complessivo ammontare, in quanto i medicinali equivalenti di cui all'art. 7, comma 1, d.l. n. 347 del 2001 sono comunque rimborsati al farmacista per l'intero prezzo di vendita al pubblico, ossia "fino alla concorrenza del prezzo più basso del corrispondente farmaco generico". Per la spesa pubblica relativa alla farmaceutica convenzionata la modificazione dei margini di guadagno spettanti ai soggetti della filiera della distribuzione (industria, grossisti, farmacisti) costituisce, quindi, una variabile indipendente. Muta, invece, la ripartizione dei margini di guadagno tra gli attori della filiera, aziende produttrici, grossisti e farmacisti: nel senso che una quota del margine ordinariamente spettante al produttore (8 %) viene tralata in favore di farmacisti e grossisti.

Dunque, gli otto punti percentuali decurtati dal margine dell'azienda farmaceutica non vengono trattenuti dal SSN, come si afferma nella sentenza gravata, ma "ridistribuiti fra i farmacisti ed i grossisti secondo le regole di mercato". Nondimeno, affinché questo effetto possa determinarsi, è necessario ed essenziale che i farmacisti e i grossisti siano effettivamente coinvolti nel processo distributivo del farmaco.

La finalità dell'art. 13, comma 1, lett. b), d.l. n. 39 del 2009 non è, dunque, di determinare una riduzione della spesa farmaceutica a carico del Servizio sanitario nazionale, quale che sia il canale della distribuzione del farmaco.

Al contrario, la modalità di distribuzione dei farmaci nella quale si iscrive la rimodulazione delle percentuali è necessariamente quella "ordinaria" o "territoriale" - non solo perché una chiara indicazione in tal senso si ricava dal comma 1 dell'art. 13, ma anche perché solo attraverso la distribuzione "territoriale" ha modo di realizzarsi la prevista ripartizione interna dei margini di guadagno tra i diversi soggetti della filiera distributiva, fermo

restando il prezzo complessivo rimborsato al farmacista dal Sistema sanitario nazionale.

Con tale meccanismo introdotto dall'art. 13, d.l. n. 39 del 2009 si incoraggia, indirettamente, la diffusione nel mercato dei medicinali equivalenti, e ciò, appunto, attraverso l'incremento dei margini di guadagno riservati per legge ai farmacisti e ai grossisti nella loro commercializzazione e la contestuale riduzione di quelli ordinariamente previsti per le aziende produttrici dei medicinali c.d. *originator*.

Sulla base di tale presupposti, la Sezione ha dichiarato illegittima la determinazione con la quale l'Agenzia Italiana del Farmaco ha autorizzato l'immissione in commercio di un medicinale per la terapia della tossicodipendenza, fissandone un corrispettivo per l'acquisto diretto da parte delle strutture del Servizio Sanitario Nazionale (prezzo cd. "*ex factory*") nella percentuale del 58,65% del suo prezzo al pubblico, in applicazione dell'art. 13, comma 1, lett. b), d.l. 28 aprile 2009, n. 39.

Ha chiarito che il farmaco per il trattamento della tossicodipendenza - già classificato dall'AIFA tra i medicinali di classe H, ossia tra i medicinali erogabili "a carico del Servizio Sanitario nazionale a condizione che siano utilizzati esclusivamente in ambito ospedaliero o in struttura ad esso assimilabile" - oggi rientra nella fascia A (ossia tra i prodotti rimborsati dal Servizio Sanitario Nazionale) ed è inserito "nell'elenco dei prodotti PHT - Prontuario della distribuzione diretta", riferito ai farmaci che "vanno dispensati attraverso le strutture individuate dalle regioni per una continuità assistenziale tra soggetto prescrittore ed unità dispensatrice del farmaco".

La sua dispensazione ai pazienti, con costi a carico del SSN, non avviene attraverso il canale "territoriale" delle farmacie aperte al pubblico (quindi nel segmento di mercato della c.d. farmaceutica "convenzionata"), bensì attraverso la distribuzione diretta agli assistiti nei Servizi di cura delle tossicodipendenze (cd. SERT), previo acquisto diretto dalle aziende farmaceutiche produttrici, tramite pubbliche gare d'appalto (art. 122, comma 3 del d.P.R. n. 309 del 1990). E' fatta salva l'ipotesi di diversi accordi, stipulati dalle Regioni con le associazioni sindacali delle farmacie convenzionate, pubbliche e private, per consentire agli assistiti di rifornirsi, anche presso le dette farmacie convenzionate, delle categorie di medicinali che richiedono

un controllo ricorrente del paziente. Ma le diverse regole introdotte in alcune Regioni rientrano in regimi speciali, concepiti in deroga al sistema ordinario, ad oggi limitati a tre specifiche aree regionali e con costi che vengono addossati a carico delle Regioni che hanno operato tale scelta.

(7)

La III Sezione si pronuncia sulla legittimazione di una associazione ad impugnare la *lex specialis* di gara.

[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 2 novembre 2020, n. 6697 - Pres. Frattini, Est. Maiello](#)

La III Sezione ha chiarito che l'associazione che raggruppa imprese esercenti l'attività di sorveglianza e prevenzione antincendio e che operano in vari settori, tra i quali anche quello sanitario, è legittimata ad impugnare la *lex specialis* di gara che, di fatto, ammette a partecipare alla procedura operatori economici che non possono vantare una qualificazione specifica nel settore della vigilanza antincendio; l'associazione, infatti, ha inteso tutelare l'interesse generale di tutte le imprese operanti nel settore della vigilanza antincendio alla tutela della professionalità e specializzazione della categoria attraverso l'affermazione del principio che alle gare per l'affidamento dei servizi di sorveglianza antincendio possano partecipare solo imprese qualificate in ragione del loro specifico vissuto professionale e non già imprese che non hanno mai svolto un simile – per di più particolarmente delicato – servizio.

La Sezione ha chiarito che nel caso sottoposto al proprio esame l'associazione ricorrente ha inteso tutelare l'interesse generale di tutte le imprese operanti nel settore della vigilanza antincendio alla tutela della professionalità e specializzazione della categoria attraverso l'affermazione del principio che alle gare per l'affidamento dei servizi di sorveglianza antincendio possano partecipare solo imprese qualificate in ragione del loro specifico vissuto professionale e non già imprese che non hanno mai svolto un simile – per di

più particolarmente delicato – servizio. Nel caso di specie tale qualificazione finirebbe per non essere necessaria, essendo previsto il deposito di “referenze bancarie” in alternativa al requisito del fatturato specifico.

(8)

Il T.a.r. per il Lazio si pronuncia in tema di compatibilità o meno con il diritto comunitario della disciplina sul subappalto che prevede un limite del 40%.

[T.a.r. per il Lazio, Roma, sezione III *quater*, sentenza 3 novembre 2020, n. 11304 – Pres. Savoia, Est. Marotta](#)

Il T.a.r. ha chiarito che non può ritenersi contrastante con il diritto comunitario l'attuale limite previsto per il subappalto pari al 40% delle opere, previsto dall'art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019, secondo cui: “Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori”, in quanto la Corte di Giustizia UE (sentenza 6 settembre 2019 C – 63/18), pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30% dei lavori, non esclude la compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori.

Consiglio di Stato – Pareri

(9)

La Sezione normativa ha reso il parere sul Regolamento sui requisiti di accesso e modalità degli interventi del cd. "Patrimonio Destinato", destinato all'attuazione di interventi connessi all'emergenza Covid-19.

[Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 3 novembre 2020, n. 1717 - Pres. Volpe, Est. Neri, Prosperi, Pizzi e Chinè](#)

La Sezione per gli atti normativi ha reso il parere sullo schema di Regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze recante "Requisiti di accesso, condizioni, criteri e modalità degli interventi del Patrimonio Destinato", ai sensi dell'art. 27, comma 5, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 27, comma 1, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, autorizza la costituzione da parte di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. di un patrimonio destinato all'attuazione di "interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo italiano in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19".

Diversamente dal modello civilistico, il Patrimonio Destinato non è costituito mediante segregazione di una parte del patrimonio di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. ma di beni specificamente conferiti dal Ministero dell'economia e delle finanze. Si tratta quindi di un fondo interamente pubblico, la cui gestione è affidata a Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. che non assume alcun rischio in ordine alla sua operatività.

L'art. 27, d.l. n. 34 del 2020 cit. ha previsto che in via preferenziale il Patrimonio Destinato effettui i propri interventi mediante sottoscrizione di prestiti obbligazionari convertibili, la partecipazione ad aumenti di capitale, l'acquisto di azioni quotate sul mercato secondario in caso di operazioni strategiche.

La disciplina di rango legislativo impone altresì di tenere in considerazione l'incidenza dell'impresa con riferimento allo sviluppo tecnologico, alle infrastrutture critiche e strategiche, alle filiere produttive strategiche, alla sostenibilità ambientale e alle altre finalità di cui al comma 86 dell'art. 1, l. 27

dicembre 2019, n. 160, alla rete logistica e dei rifornimenti, ai livelli occupazionali e del mercato del lavoro.

Normativa ed altre novità di interesse

(10)

[Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri 3 novembre 2020](#) - Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19». (GU Serie Generale n. 275 del 04-11-2020 - Suppl. Ordinario n. 41).