



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

## Indice

### Corte costituzionale

1. Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 271, dichiara inammissibili ed infondate le q.l.c. sollevate con riferimento al c.d. rito super-speciale previsto per le controversie in materia di appalti pubblici.

### Corte di cassazione, sezioni unite civili

2. Cass. civ., sez. un., 16 dicembre 2019, n. 33094, sull'eccesso di potere giurisdizionale, in relazione al profilo dello sconfinamento nella sfera del merito della sentenza del Consiglio di stato, sez. III, n. 388 del 2018;
3. Cass. civ., sez. un., 13 dicembre 2019, n. 32977, al g.o. la giurisdizione in una controversia relativa al diniego di rilascio della patente di guida, ai sensi dell'art. 120, comma 1, C.d.S., per insussistenza dei requisiti morali;
4. Cass. civ., sez. un., 13 dicembre 2019, n. 32976, al g.o. la giurisdizione in relazione ad una azione proposta da un'impresa classificatasi seconda in sede di gara tendente a far dichiarare invalido il contratto stipulato con l'impresa aggiudicataria;
5. Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2019, n. 32608, sui presupposti necessari per il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità degli amministratori o dei dipendenti di enti pubblici, con particolare riferimento alle società *in house*.

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

6. [Cons. Stato, sez. III, 16 dicembre 2019, n. 8501](#), all'Adunanza plenaria la verifica d'ufficio e in sede contenziosa dei presupposti per l'accesso generalizzato se non sussistono i presupposti per l'accesso ordinario;
7. [Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472](#), sull'utilizzo degli algoritmi nel procedimento amministrativo;
8. [C.g.a., sez. giurisdizionale, 13 dicembre 2019, n. 798](#), sulla sospensione dei termini feriali nella fase cautelare;
9. [Cons. Stato, sez. III, 11 dicembre 2019, n. 8435](#), all'Adunanza plenaria l'interpretazione del d.m. 4 maggio 2012 sui moduli transattivi per indennizzo conseguente a trasfusione con sangue infetto;
10. [T.a.r. per la Sicilia, sez. I, 12 dicembre 2019, n. 2980](#), sulla invarianza della soglia di anomalia dell'offerta;
11. [T.a.r. per il Lazio, sez. II ter, 10 dicembre 2019, n. 14140](#), sull'accesso alle riproduzioni audio-video delle prove orali di un concorso;
12. [T.a.r. per la Campania, sez. VI, 10 dicembre 2019, n. 5837](#), sull'accesso generalizzato all'offerta dell'aggiudicatario;
13. [T.a.r. per la Valle d'Aosta, sez. unica, 10 dicembre 2019, n. 56](#), sulla bocciatura di un alunno affetto da DSA in mancanza di misura compensativa;
14. [T.a.r. per la Campania, sez. IV, 3 dicembre 2019, n. 5684](#), sul fallimento della società che ha affittato il ramo di azienda.

### Normativa

15. [LEGGE 12 dicembre 2019, n. 141](#) - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 ottobre 2019, n. 111, recante misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. (GU Serie Generale n. 292 del 13-12-2019);  
Entrata in vigore del provvedimento: 14/12/2019;
16. [MINISTERO DELL'INTERNO – Dipartimento della Pubblica Sicurezza – circolare 6 novembre 2019](#) - Oggetto: sentenza TAR Lazio, Sez. II-bis 5 febbraio 2019, n. 1460 – Ordinanze sindacali recanti limitazioni degli orari di apertura dei locali in cui sono installati apparecchi ex art. comma 6, TULPS.

Corte costituzionale

(1)

**La Corte dichiara inammissibili ed infondate le q.l.c. sollevate con riferimento al c.d. rito super-speciale previsto per le controversie in materia di appalti pubblici.**

[Corte costituzionale, sentenza 13 dicembre 2019, n. 271 – Pres. Carosi, Red. Coraggio.](#)

La Corte: ha evidenziato che la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, sia primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini.

Nel caso di specie, tuttavia, deve escludersi che il legislatore abbia configurato una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare in via esclusiva o prioritaria l'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di affidamento, avendo piuttosto inteso dare autonoma ed eccezionale rilevanza all'interesse strumentale o procedimentale del concorrente alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara, interesse che è proprio e personale del concorrente, poiché la maggiore o minore estensione di quella platea incide oggettivamente sulla *chance* di aggiudicazione

Peraltro, se è vero che gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari individuati dalla legge, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con

l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo.

In conclusione, la scelta del legislatore di fare emergere, all'interno del procedimento di gara, un distinto interesse strumentale a contestare l'ammissione di altri concorrenti non altera la struttura soggettiva della giurisdizione amministrativa e pertanto non è lesiva degli invocati parametri costituzionali.

Né il costo in tesi eccessivo del cumulo dei contributi unificati non può essere motivo di illegittimità costituzionale delle norme istitutive del rito "super speciale" ma, eventualmente, di quelle che regolano l'imposizione o la misura del contributo medesimo, norme, quest'ultime, non oggetto dell'odierno scrutinio di costituzionalità.

Per tali motivi la Corte costituzionale ha dichiarato:

a) *inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2-bis, dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), sollevata, in riferimento agli artt. 24 e 111 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia con le ordinanze indicate in epigrafe;*

2) *non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2-bis, dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo n. 104 del 2010, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, 103, 113 e 117, primo comma, della Costituzione – quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 – dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia con le ordinanze indicate in epigrafe."*

**Si segnala che l'ordinanza sarà oggetto di apposita News a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione**

## Corte di cassazione, sezioni unite civili

(2)

**Le Sezioni unite si pronunciano sull'eccesso di potere giurisdizionale, in relazione al profilo dello sconfinamento nella sfera del merito della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 388 del 2018.**

**Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 16 dicembre 2019, n. 33094 – Pres. Spirito, Est. Cirillo.**

*Le Sezioni unite dichiarano che: “l'eccesso di potere giurisdizionale in relazione al profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost., è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, divenga strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronunzia la quale abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.*

*Tali condizioni, però, non sussistono nel caso in esame, nel quale ogni eventuale (ipotetico) errore rimarrebbe ristretto nei limiti dell'error in iudicando e, in quanto tale, sarebbe sottratto al sindacato sui limiti esterni della giurisdizione rimesso a queste Sezioni Unite”. Nella specie, in tema di impugnazione di un'interdittiva antimafia, secondo il ricorrente, il Consiglio di Stato, avrebbe realizzato «un'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale dal punto di vista dello sconfinamento nella sfera del merito perché, seppure nel rispetto della formula dell'annullamento, finisce per sostituirsi alla volontà ed alla motivazione espresse dalla Amministrazione prefettizia»; esso, in altri*

termini, anziché limitarsi ad effettuare il sindacato di legittimità sugli atti impugnati, avrebbe individuato una ragione estranea e perfino posteriore per giustificare la legittimità di quegli atti, esercitando un sindacato di merito ed esorbitando in tal modo dai confini del proprio potere giurisdizionale.

**(3)**

**Le Sezioni unite, pronunciando su conflitto negativo di giurisdizione proposto d'ufficio dal T.a.r. per la Liguria, dichiarano la giurisdizione del g.o. in una controversia relativa al diniego di rilascio della patente di guida, ai sensi dell'art. 120, comma 1, C.d.S., per insussistenza dei requisiti morali.**

**[Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 13 dicembre 2019, n. 32977 – Pres. Manna, Est. Scrima.](#)**

Le Sezioni unite dichiarano che: *“il diniego del rilascio della patente di guida, ai sensi dell'art. 120, comma 1, C.d.S., per insussistenza di requisiti morali non è espressione di discrezionalità amministrativa ma atto vincolato, sia nel presupposto che nel contenuto, e ciò anche a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 9 febbraio 2018, n. 22, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 120 già richiamato, come sostituito dall'art. 3, comma 52, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94, nella parte in cui — con riguardo all'ipotesi, diversa da quella all'esame, di condanna per reati di cui agli artt. 73 e 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, che intervenga in data successiva a quella di rilascio della patente di guida — dispone che il prefetto «provvede», invece che «può provvedere», alla revoca della patente.*

*Nella specie, la condanna risulta essere intervenuta in un momento anteriore al rilascio della patente. Si tratta, quindi, nel caso in esame, dell'esercizio di un'attività*

*del tutto vincolata - regolata da una norma di relazione - rispetto alla quale si configurano posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di diritto soggettivo, evidenziandosi che il carattere vincolato dell'atto rende irrilevante il difetto di motivazione, sicché non si pone, neppure in astratto, ex art. 21 - octies legge n. 241 del 1990, la questione di annullabilità dell'atto in parola."*

**Nello stesso senso Cass. civ., sez. un., 16 dicembre 2019, n. 33090 e 13 dicembre 2019, n. 32978.**

**(4)**

**Le Sezioni unite, pronunciando su regolamento di giurisdizione in relazione a giudizio pendente presso il T.a.r. per la Calabria, dichiarano la giurisdizione del g.o. in relazione ad una azione proposta da un'impresa classificatasi seconda in sede di gara tendente a far dichiarare invalido il contratto stipulato con la impresa aggiudicataria.**

**[Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 13 dicembre 2019, n. 32976 – Pres. Manna, Est. Scaldaferrì.](#)**

*Le Sezioni unite precisano che: "è consolidato l'orientamento per il quale rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, cioè non solo quelle che attengono al suo adempimento e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento a evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne*

*affliggono singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo;*

*-tale orientamento tiene conto delle indicazioni del Giudice delle leggi (cfr. Corte Cost. n. 204/04) secondo cui l'affidamento al giudice amministrativo di ambiti di "intreccio" tra diritti ed interessi (esclusa quindi l'ipotesi in cui si sia in presenza di sole situazioni di diritto soggettivo) deve avvenire per «materie» che devono essere «particolari» rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, nel senso che devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”.*

## **(5)**

**Le Sezioni unite si pronunciano sui presupposti necessari per il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori o dipendenti di enti pubblici, con particolare riferimento alle società *in house*.**

**[Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 12 dicembre 2019, n. 32608 – Pres. Virgilio, Est. Giusti.](#)**

*Le Sezioni unite hanno “il principio secondo cui ai fini del sorgere della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house, la nozione di società in house, come codificata nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, non può spingersi sino a ricomprendere società partecipate, non già da una pubblica amministrazione*



*secondo la definizione desumibile dall'art. 2, comma 1, lettera a) del testo unico approvato con il d.lgs. n. 175 del 2016, bensì da un soggetto la Fondazione ENPAM - che, pur svolgendo un'attività pubblicistica ed essendo conseguenzialmente sottoposto alla vigilanza ministeriale e al controllo della Corte dei conti, ha la qualificazione giuridica di ente privato e come tale si presenta all'esterno.*

*Ne deriva che gli strumenti di reazione a fronte di condotte di mala gestio di società partecipate dalla Fondazione sono quelli apprestati dal diritto privato."*

## **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 "In evidenza" della Home page del sito istituzionale.**

**(6)**

**La III Sezione rimette all'Adunanza plenaria la verifica d'ufficio e in sede contenziosa dei presupposti per l'accesso generalizzato se non sussistono i presupposti per l'accesso ordinario.**

**[Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 16 dicembre 2019, n. 8501 – Pres. Lipari, Est. Fedullo.](#)**

E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, ad avere

accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo le regole dello scorrimento della graduatoria.

E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se la disciplina dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d.lgs. n. 97 del 2016, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice.

E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se, in presenza di un'istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, l'amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33 del 2013; se, di conseguenza, il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato.

**Si segnala che l'ordinanza sarà oggetto di apposita News a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione.**

**La VI Sezione si pronuncia sull'utilizzo degli algoritmi nel procedimento amministrativo.**

**[Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472 – Pres. Montedoro, Est. Ponte.](#)**

Il ricorso all'algoritmo nel procedimento amministrativo, pienamente ammissibile, va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere. Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.

Premessa la generale ammissibilità dell'algoritmo nell'esercizio dell'attività amministrativa, assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

**(8)**

**Il C.g.a. si pronuncia sulla sospensione dei termini feriali nella fase cautelare.**

C.g.a., sezione giurisdizionale, ordinanza 13 dicembre 2019, n. 798 – Pres. De Nictolis, Est. Molinari.

Ai sensi dell'art. 54, comma 3, c.p.a., la sospensione feriale dei termini non si applica nel procedimento cautelare.

Ha ricordato il C.g.a. che, ai sensi dell'art. 62, comma 1, c.p.a., il termine per appellare le ordinanze cautelari non notificate è di sessanta giorni dalla pubblicazione.

**Nello stesso senso si veda Cons. Stato, ord., sez. IV, 13 dicembre 2017 n. 5412; id., ord., sez. V, 21 febbraio 2006, n. 1968.**

(9)

**La III Sezione rimette all'Adunanza plenaria l'interpretazione del d.m. 4 maggio 2012 sui moduli transattivi per indennizzo conseguente a trasfusione con sangue infetto.**

Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 11 dicembre 2019, n. 8435 – Pres. Garofoli, Est. Pescatore.

Va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione relativa alla corretta interpretazione della lett. b) dell'art. 5, comma 1, d.m. 4 maggio 2012 – adottato dal Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con la quale sono stati definiti i moduli transattivi, e cioè gli importi da applicare a ciascuna delle categorie di soggetti individuati dalle leggi n. 222 e n. 244 del 2007 – al fine di appurare, in particolare: a) a quali posizioni soggettive tale disposizione faccia riferimento; b) se il termine decennale ivi indicato risulti coerente con i principi civilistici in materia di prescrizione; c) se il sistema transattivo

predisposto dalle leggi n. 222 e n. 244 del 2007, così come attuate dal d.m. n. 132 del 2009 e dal d.m. 4 maggio 2012, deve intendersi aperto ai soli diretti danneggiati da trasfusione infetta e ai loro eredi che agiscano iure hereditatis; ovvero anche ai congiunti che agiscano per ottenere il ristoro dei danni patiti iure proprio.

**Si segnala che l'ordinanza sarà oggetto di apposita News a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione**

(10)

**Il T.a.r. per la Sicilia si pronuncia sulla invarianza della soglia di anomalia dell'offerta.**

**[T.a.r. per la Sicilia, Catania, sezione I, 12 dicembre 2019, n. 2980 – Pres. Savasta, Est. Sidoti.](#)**

Il principio di invarianza della soglia di anomalia (art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016) ha la funzione di assicurare stabilità agli esiti finali della procedura di gara; con tale norma la legge intende evitare che, nel caso di esclusione dell'aggiudicatario o di un concorrente dalla procedura di gara per mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati, la stazione appaltante debba retrocedere la procedura fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, con l'inconveniente del conseguente prolungamento dei tempi della gara e del dispendio di risorse umane ed economiche (Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2019, n. 572).

Ha chiarito il T.a.r. che l'invarianza della soglia, portata alle sue estreme conseguenze, impedirebbe di fatto, specie in una procedura quale quella in questione caratterizzata dall'inversione procedimentale e dal ricalcolo della soglia successivamente al soccorso istruttorio, la valutazione delle censure relative a "variazioni" intervenute nella fase che precede l'aggiudicazione aventi ad oggetto proprio le stesse, quasi che il legislatore abbia inteso

crystalizzare (e quindi rendere insindacabile) ogni attività della stazione appaltante, comprese la contestata attivazione del soccorso istruttorio e la conseguente esclusione, che incidono, nella procedura in questione, sul "ricalcolo" della soglia.

La *ratio* della disposizione legislativa è, però, come sopra chiarito, del tutto diversa, essendo essa rivolta esclusivamente ad evitare che i procedimenti per gli affidamenti si protraggano eccessivamente e che i provvedimenti di aggiudicazione possano venire 'ribaltati' più volte - finanche dopo l'esaurimento della fase preordinata al raggiungimento di un assetto definitivo - generando incertezza ed inefficienza, con conseguenti effetti pregiudizievoli per le ditte, per il mercato e per la stessa collettività.

Il principio dell'invarianza in questione, insomma, non può essere invocato per crystalizzare soluzioni incoerenti (per non dire illegittime) laddove venga censurata la sussistenza dei presupposti per l'attivazione del soccorso, il cui mancato riscontro sia stato determinante ai fini della rideterminazione della soglia di anomalia, senza che ciò risulti di oggettivo presidio ad altri e di pari rango valori giuridici, rispetto al diritto di difesa e al "diritto alla giusta aggiudicazione".

Ne consegue che una lettura della norma in esame (art. 95, comma 15, cit., coordinata nel caso con l'art. 36, comma 5, cit) orientata ai suddetti principi non può condurre a ritenere inammissibile il ricorso laddove esso, come nel caso, non miri a "variare" la soglia di anomalia e a procedere ad una sua nuova "determinazione", quanto piuttosto a dimostrare che, nella procedura in esame, non sussistevano i presupposti per il "ricalcolo" della soglia (previsto dall'art.36 quinto comma del d.lgs. n. 50 del 2016 *illo tempore* vigente e dalla *lex specialis*), che pertanto doveva rimanere quella iniziale, con conseguente aggiudicazione in favore della ricorrente.

(11)

**Il T.a.r. per il Lazio si pronuncia sull'accesso alle riproduzioni audio-video delle prove orali di un concorso.**

[T.a.r. per il Lazio, Roma, sezione II \*ter\*, 10 dicembre 2019, n. 14140 – Pres. Morabito, Est. Maddalena.](#)

Essendo la prova orale di un concorso certamente riconducibile al procedimento concorsuale, la sua riproduzione audio video deve ritenersi accessibile, in quanto documento informatico detenuto da una pubblica amministrazione e concernente attività pubblicistica dalla stessa posta in essere, senza che possa in alcun modo avere rilevanza la circostanza che si tratti di documenti non aventi ad oggetto un atto formato dalla pubblica amministrazione.

La Sezione II *ter* del T.a.r. Lazio ha accolto il ricorso di un concorrente non classificatosi tra i vincitori ad accedere alle riproduzioni audio-video delle prove orali dei concorrenti risultati vincitori.

Il T.a.r. ha pertanto affermato che riproduzione audio video di una prova orale di un concorso deve ritenersi accessibile, in quanto documento informatico detenuto da una pubblica amministrazione e concernente attività pubblicistica dalla stessa posta in essere nell'ambito del procedimento concorsuale, senza che possa in alcun modo avere rilevanza la circostanza che si tratti di documenti non aventi ad oggetto un atto formato dalla pubblica amministrazione.

Quanto alla asserita lesione delle riservatezza, ha chiarito il Tar che in linea di principio sussiste il diritto ad accedere a tutti gli atti della procedura concorsuale e non vi sono limiti ai documenti ostensibili, essendo noto che le domande e i documenti prodotti dai candidati, i verbali, le schede di valutazione e gli stessi elaborati di un concorso pubblico costituiscono documenti rispetto ai quali deve essere esclusa in radice l'esigenza di riservatezza e tutela dei terzi, posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza della valutazione (Tar Lazio, sez. III, 10 settembre 2013, n.8199).

In ogni caso, la sentenza ha rilevato che, attesa la specifica natura dei documenti in questione (registrazioni audio-video delle prove orali), qualora

dovesse profilarsi un contrasto tra esigenze di privacy dei terzi e il diritto di accesso, trattandosi di accesso per fini di necessità difensive, queste ultime dovrebbe comunque ritenersi prevalenti.

Tuttavia, l'amministrazione potrà adottare accorgimenti tecnici idonei a contemperare l'interesse all'accesso e quello alla riservatezza dei terzi.

(12)

**Il T.a.r. per la Campania si pronuncia sull'accesso generalizzato all'offerta dell'aggiudicatario.**

**[T.a.r. per la Campania, Napoli, sezione VI, 10 dicembre 2019, n. 5837 – Pres. Passoni, Est. Corrado.](#)**

Non tutta la materia dei contratti pubblici può essere sottratta alla “conoscenza diffusa” di cui al d.lgs. n. 33 del 2013 in quanto materia nella quale è più elevato il rischio corruzione (ricompresa tra le aree più a rischio di cui all'art. 1, comma 16, l. n. 190 del 2012); pertanto, allorché la gara si è conclusa (e non si ravvisino ragioni di riservatezza in ragione del tipo di appalto o con riguardo ad alcune parti dell'offerta tecnica), l'offerta dell'aggiudicatario, benché proveniente dal privato, rappresenta la “scelta” in concreto operata dall'amministrazione e l'accesso generalizzato costituisce lo strumento da assicurare in generale ai cittadini per conoscere e apprezzare appieno la “bontà” della scelta effettuata inclusi naturalmente e a fortiori i partecipanti alla gara (allorché non possono più vantare un interesse “qualificato”) nonché i soggetti in senso lato interessati alla gara, che avranno le cognizioni e le competenze per effettuare un vero “controllo” esterno e generalizzato sulle scelte effettuate dall'amministrazione; l'offerta selezionata diventa, così, la “decisione amministrativa” controllabile da parte dei cittadini.



All'accesso civico generalizzato si applicano, in ragione del rinvio operato dall'art. 5 - *bis*, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, solo le puntuali limitazioni di cui all'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016 poste a tutela della gara stessa e dei partecipanti (c.d. limiti assoluti).

Il test del pregiudizio concreto, da applicare per delimitare la conoscenza generalizzata di cui all'art. 5-*bis* comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013, impone che il pregiudizio non deve essere solo affermato, ma anche dimostrato; inoltre, il test del pregiudizio concreto impone che il nesso di causalità che lega questo alla divulgazione deve superare la soglia del "meramente ipotetico" per emergere quale "probabile", sebbene futuro; pertanto, l'Amministrazione, nel rigettare una richiesta di ostensione, deve dimostrare che la stessa pregiudicherebbe l'interesse da tutelare ovvero che ciò sarebbe "molto probabile".

Con riguardo all'interpretazione dell'art. 5-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, e cioè se attraverso questo richiamo il legislatore abbia voluto introdurre un limite assoluto a conoscere gli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, si sono registrati due diversi orientamenti culminati in due pronunce del Consiglio di Stato che si sono susseguite negli ultimi mesi.

Da una parte si registra un orientamento di maggiore "apertura" verso la conoscenza dei detti atti che si rinviene nella sentenza della III sez., n. 3780 del 5 giugno 2019, la quale, muovendo proprio dall'interpretazione dell'art. 5-*bis*, comma 3, chiarisce che "tale ultima prescrizione fa riferimento, nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" non ad intere "materie". Diversamente interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016 e nel d.lgs. n. 33 del 2013, mirano all'attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell'accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici. D'altro canto, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso "ordinario" di cui agli artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore

al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 67 modificativo del d.lgs. n. 33 del 2013..... dal medesimo principio – ricavabile dalla testuale interpretazione dell’art. 5 bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 come novellato – discende la regola, ben chiara ad avviso del Collegio, per cui, ove non si ricada in una “materia” esplicitamente sottratta, possono esservi solo “casi” in cui il legislatore pone specifiche limitazioni, modalità o limiti.

Non ritiene il Collegio che il richiamo, ritenuto decisivo dal primo giudice, all’art. 53 del “Codice dei contratti” nella parte in cui esso rinvia alla disciplina degli artt. 22 e seguenti della l. 241 del 1990, possa condurre alla generale esclusione dell’accesso civico della materia degli appalti pubblici.... Proprio con riferimento alle procedure di appalto, la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e viene perciò meno la tutela della “par condicio” dei concorrenti, non risponde soltanto ai canoni generali di “controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche” (art. 5, comma 2, cit. d.lgs. n. 33).

Vi è infatti, a rafforzare in materia l’ammissibilità dell’accesso civico, una esigenza specifica e più volte riaffermata nell’ordinamento statale ed europeo, e cioè il perseguimento di procedure di appalto trasparenti anche come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione...”.

Un diverso orientamento si rinviene nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503 del 2 agosto 2019, la quale - nel negare l’accesso generalizzato agli atti di gara - ha affermato che “La previsione dell’art. 5-bis, comma 3 si distingue da quella dei comma 1 e 2,...perché è disposizione volta a fissare, non i limiti relativi all’accesso generalizzato consentito a “chiunque”, bensì le eccezioni assolute, a fronte delle quali la trasparenza recede. Anche la tecnica redazionale del comma si distingue da quella dei comma precedenti, poiché se è vero che l’art. 5-bis, comma 3, non sottrae al bilanciamento materie direttamente individuate dalla norma medesima (a differenza degli interessi, pubblici e privati, che sono individuati dal primo e dal secondo comma), resta che utilizza l’espressione generica di casi, che fanno eccezione assoluta, in modo da rinviare, per la loro individuazione, ad altre disposizioni di legge, direttamente o indirettamente, richiamate dallo stesso comma 3 (sicché l’ampiezza dell’eccezione dipende dalla portata della normativa cui l’art. 5-bis, comma 3, rinvia). In particolare, sono sottratti al bilanciamento ed esclusi senz’altro dall’accesso generalizzato: i casi di

segreto di Stato ed i casi di divieti di accesso o di divulgazione previsti dalla legge, i casi elencati nell'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990 (che, al suo interno, ricomprende intere materie), i casi in cui "l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti" .. la previsione in questione assume significato autonomo e decisivo se riferita alle discipline speciali vigenti in tema di accesso e, per quanto qui rileva, al primo inciso del primo comma dell'art. 53. Ne consegue che il richiamo testuale alla disciplina degli artt. 22 e ss., l.7 agosto 1990 n. 241 va inteso come rinvio alle condizioni, modalità e limiti fissati dalla normativa in tema di accesso documentale, che devono sussistere ed operare perché possa essere esercitato il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici".

Nella pronuncia da ultimo richiamata si fa poi riferimento alla circostanza che l'accesso generalizzato non sarebbe stato introdotto, nell'ambito del codice dei contratti pubblici, nemmeno in sede di correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017, come segno evidente della volontà del legislatore di non consentire l'accesso generalizzato in detta materia; inoltre, la sentenza considera che quelli della procedura di gara sono "atti formati e depositati nell'ambito di procedimenti assoggettati, per intero, ad una disciplina speciale ed a sé stante. Questa disciplina attua specifiche direttive europee di settore che, tra l'altro, si preoccupano già di assicurare la trasparenza e la pubblicità negli affidamenti pubblici, nel rispetto di altri principi di rilevanza euro unitaria, in primo luogo il principio di concorrenza, oltre che di economicità, efficacia ed imparzialità. ....".

La stessa Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiarito sul punto che l'Amministrazione deve valutare che il pregiudizio conseguente alla *disclosure* sia un evento altamente probabile e non solo possibile (cfr. Delibera Anac n. 1309 del 2016).

**Il T.a.r. per la Valle d'Aosta si pronuncia sulla bocciatura di un alunno affetto da DSA in mancanza di misura compensativa.**

**[T.a.r. per la Valle d'Aosta, sezione unica, 10 dicembre 2019, n. 56 – Pres. ed Est. Migliozzi.](#)**

L'ammissione con riserva dell'alunno agli esami, anche quando abbia poi superato la prova, è un provvedimento cautelare che non fa venir meno l'interesse alla definizione del ricorso nel merito, poiché l'ammissione è appunto subordinata alla verifica della fondatezza delle sue ragioni, senza pregiudicare nelle more la sua legittima aspirazione a sostenere la prova (Cons St., sez. III, 6 maggio 2016, n. 1839).

E' illegittima la mancata applicazione delle misura compensativa della prova orale nell'esame conclusivo del percorso didattico individualizzato e personalizzato in favore dell'alunno affetto da DSA per violazione del diritto alla istruzione come costituzionalmente garantito in favore di alunni affetti da DSA.

Ha ricordato il T.a.r. che tale *regula iuris* è stata di recente ancor più chiaramente ribadita dal giudice amministrativo di appello (Cons St., sez. III, 29 ottobre 2019, n. 7410) che ha avuto modo di sancire che "la tutela cautelare non è la rimozione di un ostacolo procedurale interposto dall'amministrazione, ma solo l'effetto della protezione interinale di una posizione giuridica di guisa che il tempo del processo non abbia a compromettere definitivamente la utilità cui il ricorrente aspira".

Ha ricordato il T.a.r. che nel caso sottoposto al suo esame non è stata posta in essere una misura compensativa, quella della prova orale quale misura personalizzata che invece andava disposta in favore dell'alunno in ragione della peculiarità del suo disturbo (*deficit* di compitazione) affidandosi l'esecuzione e la valutazione della prova di esame unicamente alle modalità dello scritto.

E il comportamento omissivo posto in essere (il non aver attivato la prova integrativa dell'orale) ha una sua decisiva incidenza nella verifica della legittimità o meno degli atti impugnati per almeno tre ordini di ragioni:

a) perché la mancanza della modalità orale è in contrasto con la ratio che anima l'attivazione di misure compensative e dispensative previste in favore di un alunno affetto da disturbo dell'apprendimento e cioè evitare situazioni di affaticamento e di disagio in compiti direttamente coinvolti dal disturbo (Cons. St., sez. VI, 9 luglio 2019, n. 4817);

b) perché l'assenza della prova in questione non è in linea con gli strumenti didattici personalizzati previsti dal PDP predisposto per il figlio dei ricorrenti;

c) perché, in concreto, si inverte nella specie un comportamento non diligente in contrasto con gli oneri posti a carico dalla istituzione scolastica, quelli volti a compensare il gap deficitario del ragazzo, adempimenti che ove correttamente e integralmente posti in essere avrebbero potuto mettere e (sicuramente avrebbero messo) il discente nelle condizioni di affrontare ed espletare al meglio la prova di riparazione nella lingua francese con elevata probabilità di conseguire un esito positivo.

Siamo in presenza di un inadempimento degli oneri gravanti sulla scuola che la stessa istituzione scolastica si era data con l'approvazione del PDP ma nel contempo in presenza di una condotta che costituisce inosservanza delle previsioni normative dettate *in subjecta* materia e che in ragione della cogenza della disciplina al riguardo dettata devono avere applicazione ancor prima e a prescindere dall'intermediazione dell'approvazione di un piano didattico previsto *ad personam*.

Ha aggiunto il Tar che anche a voler ammettere (ma così non è) l'assenza nel PDP in questione di una previsione della misura compensativa della prova orale, ciò non osta a rinvenire a carico dell'istituzione scolastica uno specifico onere di utilizzare lo strumento compensativo in questione (la prova orale) perchè questo è espressamente e direttamente previsto dalla normativa nazionale e regionale dettata in tema di approntamento di strumenti compensativi in favore di studenti affetti da DSA.

A sancire il “diritto” a vedersi applicare in sede di esame lo strumento sia pure in via integrativa della prova orale è la normativa recata dalla fondamentale legge n. 170 del 2010 (recante disposizioni in materia di disturbi specifici dell’apprendimento in ambito scolastico) che all’art.2 stabilisce il dovere delle istituzioni scolastiche di perseguire la finalità di “adottare forme di verifica e di valutazione adeguate alle necessità formative degli studenti” e al successivo art. 5 di garantire per “l’insegnamento delle lingue straniere l’uso di strumenti compensativi che favoriscono la comunicazione verbale...”.

E, ancora, il d.m. n. 5669 del /2011 applicativo della normativa appena indicata che all’art. 6, comma 4, espressamente stabilisce che “le istituzioni scolastiche attuano ogni strategia didattica per consentire ad alunni e studenti con DSA l’apprendimento di lingue straniere. A tal fine valorizzano le modalità attraverso cui il discente meglio può esprimere le sue competenze privilegiando l’espressione orale, nonché ricorrendo agli strumenti compensativi e alle misure dispensative più opportune”.

La mancata applicazione delle misura compensativa della prova orale nell’esame conclusivo del percorso didattico individualizzato e personalizzato in favore dell’alunno sta a significare che gli atti che hanno disposto, approntato l’espletamento della prova finale (prova scritta di francese del 3/9/2019, la pagella scolastica in parte qua del 5/9/2019 8 e ogni altro atto della procedura) si rivelano illegittimi in quanto violativi della normativa passata in rassegna oltreché del diritto alla istruzione come costituzionalmente garantito in favore di alunni affetti da DSA e finiscono per inficiare le determinazioni di non ammissione dell’alunno alla classe successiva assunte nello scrutinio del consiglio di classe del 12/9/2019 ( come da relativo verbale).

(14)

**Il T.a.r. per la Campania si pronuncia sul fallimento della società che ha affittato il ramo di azienda.**

[T.a.r. per la Campania, Napoli, sezione IV, 3 dicembre 2019, n. 5684 – Pres. Biancofiore, Est. Cestaro.](#)

La previsione del bando di gara che sanzioni un obbligo dichiarativo con l'esclusione, non può valere a escludere la disciplina del soccorso istruttorio che, sancito dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, costituisce attuazione dei principi di concorrenza, del *favor participationis* e di proporzionalità.

Qualora l'impresa partecipante a una gara d'appalto affitti un ramo di un'altra azienda onde raggiungere il requisito del fatturato minimo, il fallimento della società affittante non rileva quale causa di esclusione dell'affittuaria; l'art. 105, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, prevede che tale conseguenza operi solo nei rapporti tra subappaltatore e appaltatore e non è possibile adottare un'interpretazione che estenda l'operatività dell'esclusione a ipotesi non espressamente previste in quanto la cause di esclusione sono soggette al principio di tassatività (art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016,) e di stretta interpretazione.

Il negozio unilaterale di recesso dal contratto di affitto di azienda effettuato dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 79, r.d. n. 16 marzo 1942, n. 267 (l. fall.), qualora operato in modo tale da garantire all'affittuaria che stia partecipando a una gara d'appalto tanto la costante disponibilità del compendio aziendale quanto la possibilità di presentare un'offerta di acquisto del ramo di azienda nell'ambito della procedura fallimentare, deve ritenersi condizionato sospensivamente alla mancata formulazione dell'offerta di acquisto da parte dell'affittuaria e, poi, al mancato perfezionamento dell'acquisto medesimo; conseguentemente, l'esercizio del diritto di recesso, in tal modo condizionato, non determina il venir meno del requisito di partecipazione in capo all'impresa che, al fine di ottenere il requisito medesimo, si sia giovata dell'affitto del ramo di un'azienda poi fallita, che abbia conservato la piena disponibilità del ramo di azienda senza soluzione di continuità e che sia in procinto di acquistarlo nell'ambito della procedura fallimentare.

Ha chiarito la Sezione che ragionare diversamente equivale a rendere facoltativa, per le stazioni appaltanti, l'applicazione del soccorso istruttorio che potrebbe essere evitata semplicemente munendo gli obblighi dichiarativi

della sanzione dell'esclusione nell'ambito della documentazione di gara, il che costituisce un esito non accettabile sul piano interpretativo; l'obbligo del soccorso istruttorio, infatti, deriva direttamente dalla legge e costituisce attuazione dei principi di concorrenza, del *favor participationis* e di proporzionalità.

La disciplina è, ormai, orientata nel senso che, qualora siano posseduti i requisiti sostanziali per partecipare alla gara e sempre che le mancanze non riguardino l'offerta, le omissioni dichiarative, anche essenziali, possano essere sanate.

Ad avviso del T.a.r. la disciplina è, anzi, orientata nel senso di salvaguardare la possibilità di impiego del compendio aziendale anche nel settore delle gare pubbliche mediante istituti quali l'autorizzazione al curatore per l'esercizio dell'impresa (onde proseguire l'esecuzione della prestazione, art. 110, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016) e la possibilità di partecipazione dell'impresa che sia ammessa al concordato preventivo (artt. 110, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016; 161 e 186 bis, r.d. n. 16 marzo 1942, n. 267, l.fall.).

Giova rammentare che il recesso è un atto negoziale unilaterale che non sfugge alle regole di interpretazione del contratto, pur nei limiti della compatibilità (artt. 1324 e 1362 e ss. c.c.); ebbene, l'indagine sulla effettiva volontà del recedente (art. 1362 c.c.), l'interpretazione complessiva delle espressioni utilizzate nella nota con cui si è esercitato il recesso (art. 1363 c.c.) nonché lo stesso principio di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.) inducono, appunto, a concludere che il recesso non fosse immediatamente operativo, ma, piuttosto, condizionato all'eventuale formulazione e, poi, al perfezionamento dell'acquisto dell'azienda.

Nello stesso senso, è l'indagine della causa del negozio (unilaterale) di recesso; essa va intesa quale "causa concreta" e, quindi, non tipica e immutabile, ma da collegarsi alla concreta finalità posta in essere dal recedente che, nel caso di specie, è senz'altro quella di consentire e, anzi, di favorire il consolidamento della detenzione del compendio aziendale e la sua trasformazione in possesso (cd. *traditio brevi manu*). Anche da questo punto di vista, quindi, il recesso è da intendersi condizionato sospensivamente al perfezionamento della vendita del compendio aziendale all'affittuaria.



## Normativa ed altre novità di interesse

**(15)**

**LEGGE 12 dicembre 2019, n. 141** Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 ottobre 2019, n. 111, recante misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. (GU Serie Generale n. 292 del 13-12-2019); Entrata in vigore del provvedimento: 14/12/2019.

**(16)**

**MINISTERO DELL'INTERNO – Dipartimento della Pubblica Sicurezza – circolare 6 novembre 2019** – Oggetto: sentenza TAR Lazio, Sez. II-bis 5 febbraio 2019, n. 1460 – Ordinanze sindacali recanti limitazioni degli orari di apertura dei locali in cui sono installati apparecchi ex art. comma 6, TULPS.