



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

### Indice

#### Corte di cassazione, sezioni unite civili

1. Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2019, n. 3521, al TSAP il recesso da s.p.a. comunale di gestione del servizio idrico integrato ;
2. Cass. civ., sez. un., 5 febbraio 2019, n. 3334, al g.o. il pagamento di compensi dovuti dalla P.A. a professionisti privati per incarichi fiduciari;
3. Cass. civ., sez. un., 5 febbraio 2019, n. 3333, al TSAP le ordinanze sindacali che inibiscono l'uso delle acque pubbliche e sulla *translatio iudicii* dal ricorso straordinario al TSAP;
4. Cass. civ., sez. un., 1 febbraio 2019, n. 3167, al g.a. la controversia sulla revoca dell'incentivo per la produzione di energia da fonti rinnovabili;

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

5. Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2019, n. 882, alla plenaria il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei servizi ad alta intensità di manodopera;
6. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 867, sulla *ratio* della gestione commissariale prevista dall'art. 32, d.l. n. 90 del 2014;
7. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 866, sul Daspo di gruppo;
8. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865, sul consorzio stabile di impresa;
9. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2019, n. 840, sul risarcimento del danno per sospensione dall'Albo Nazionale Costruttori;
10. T.a.r. per la Campania, sez. I, 4 febbraio 2019, n. 598, sull'omessa informazione avente ad oggetto una misura limitativa emessa dall'Anac;

11. T.a.r. per la Campania, sez. I, 1 febbraio 2019, n. 548, sull'elusione dell'obbligo di gara pubblica negli accordi tra P.A.;
12. T.a.r. per la Toscana, sez. II, 1 febbraio 2019, n. 165, sull'esclusione dell'offerta per violazione dei minimi tabellari;
13. T.a.r. per il Friuli Venezia Giulia, sez. I, 1 febbraio 2019, n. 49, sull'assegnazione del diritto di superficie per dislocazione di impianti di telefonia mobile;
14. T.a.r. per il Molise, sez. I, 31 gennaio 2019, n. 45, sul nuovo regime del trattamento economico degli Avvocati dello Stato;
15. T.a.r. per il Lazio, sez. III bis, 25 gennaio 2019, n. 999, sulla astensione obbligatoria di componente di commissione docente-collega di candidato;
16. T.a.r. per la Campania, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 402, sull'opposizione di terzo e il controinteressato sopravvenuto;

### Consiglio di Stato – Pareri

17. Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 7 febbraio 2019, n. 371, sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di determinazione della struttura e della composizione dell'ufficio posto alle dipendenze del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

## Corte di cassazione, sezioni unite civili

1)

Le Sezioni unite attribuiscono al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche la giurisdizione nel giudizio sulla legittimità del recesso del Comune dalla società partecipata che gestisce il servizio idrico integrato dell'ambito territoriale ottimale di appartenenza.

[Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 6 febbraio 2019, n. 3521 – Pres. Mammone, Est. Lombardo](#)

Le Sezioni unite ritengono che sussiste la giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, ove l'impugnativa della società ricorrente

ha per oggetto le deliberazioni con le quali l'ente comunale ha revocato la propria adesione alla società deputata alla gestione del servizio idrico integrato. Tale revocata adesione del comune alla società ricorrente incide indubbiamente sulla organizzazione e gestione del servizio idrico integrato - che, ai sensi dell'art. 149 bis del richiamato d.lgs. n. 152 del 2006, è finalizzato a garantirne la gestione in termini di efficienza e di economicità - e riguarda direttamente il regime delle acque pubbliche ed il loro utilizzo. Dunque, il "petitum sostanziale", quale emerge dalla dedotta "causa petendi", depone chiaramente per la giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche in unico grado.

**Analoga questione è stata decisa con ordinanze Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2019, n. 3520; Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2019, n. 3519; Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2019, n. 3518.**

2)

**Le Sezioni unite attribuiscono al g.o. la controversia sul pagamento dei compensi dovuti dalla P.A. per l'espletamento da parte di professionisti privati di incarichi fiduciari.**

**[Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 5 febbraio 2019, n. 3334 – Pres. Mammone, Est. Conti](#)**

*Le Sezioni unite dichiarano la giurisdizione del giudice ordinario “avendo il ricorrente fondato la pretesa sull’esistenza di un diritto soggettivo pieno al compenso e a tal fine richiamando l’esistenza di atti - determinazione ministeriale del compenso da parte del Dicastero nel quale si incardinava la camera arbitrare dopo il parere favorevole del Mef, corresponsione di un acconto - idonei ad escludere l’esistenza di profili di discrezionalità in ordine all’an ed al quantum della pretesa”.*

*Inoltre “proprio l’esistenza del diritto soggettivo al compenso correlato ad una determinazione ministeriale specificamente adottata e direttamente correlata*

*all'esistenza degli ordinari stanziamenti in bilancio rende ininfluyente, ai fini del riparto, l'eventuale mancanza di un atto formale di concerto da parte del MEF, una volta che questi abbia espresso parere favorevole alla determinazione del compenso da parte del Mipaaf che aveva pure accertato la compatibilità finanziaria della relativa determinazione con gli stanziamenti in bilancio, uniformandosi alle indicazioni espresse dal Mef. Ciò consente di escludere che la controversia investa una posizione di interesse legittimo appartenente alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, per come chiarito da Cass., S.U., n. 18618 del 2008 e Cass., S.U., n. 3129 del 1997, Cass., S.U., 17 febbraio 1994, n. 1555 e Cass., S.U. 28 agosto 1990, n. 8869".*

### 3)

**Le Sezioni unite confermano la decisione resa in sede di ricorso straordinario che, in materia di divieto di utilizzo di acque sotterranee inquinate, declina la giurisdizione in favore del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche ed affermano importanti principi in materia di *translatio iudicii*.**

**[Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 5 febbraio 2019, n. 3333 – Pres. Mammone, Est. Conti](#)**

Le Sezioni unite ritengono che sussiste la giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche in unico grado, ai sensi dell'art. 143, comma 1, lettera a), del R. D. n. 1775 del 1933, nei confronti di un provvedimento (ordinanza sindacale recante il divieto di utilizzo delle acque sotterranee e di falda inquinate) che, ancorché proveniente da organi dell'amministrazione non preposti alla cura degli interessi del settore delle acque pubbliche, finisca tuttavia con l'incidere immediatamente sull'uso di queste ultime, in quanto interferisca con i provvedimenti relativi a tale uso, disciplinandone le modalità di utilizzazione (Cass. civ., sez. un., 31 luglio 2017, n. 18977) anche per ragioni di salvaguardia della salute pubblica, interferendo immediatamente e direttamente sulle opere destinate a tale utilizzazione e, in

definitiva, sul regime delle acque pubbliche (Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 1998, n. 12706).

Osservano che a tali principi si è pienamente conformato il Consiglio di Stato in sede consultiva, valorizzando la circostanza che il provvedimento impugnato era destinato ad incidere sul regime delle acque pubbliche e, come tale, riconducibile alla giurisdizione del TSAP.

Affermano inoltre la ammissibilità della *translatio iudicii* dalla sede del ricorso straordinario – stante la natura giurisdizionale del rimedio - al TSAP ed escludono che la riassunzione del giudizio dinanzi al giudice indicato come competente renda inammissibile la preventiva contestazione della decisione sulla giurisdizione mediante impugnazione del decreto decisorio del ricorso straordinario dinanzi alle Sezioni unite.

**Analoga questione è stata decisa con sentenze Cass. civ., sez. un., 5 febbraio 2019, n. 3332 e Cass. civ., sez. un., 5 febbraio 2019, n. 3331.**

#### 4)

**Le Sezioni unite attribuiscono al g.a. la controversia sulla revoca degli incentivi pubblici per la produzione di energia da fonti rinnovabili per la mancata allegazione della certificazione di ispezione di fabbrica.**

**[Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 1 febbraio 2019, n. 3167](#)  
[– Pres. Vivaldi, Est. Giusti](#)**

Le Sezioni unite attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 133, comma 1, lett. o) c.p.a. la controversia sulla revoca degli incentivi pubblici per la produzione di energia da fonti rinnovabili qualora il GSE, nell'ambito della gestione del sistema pubblico di incentivazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile e nell'esercizio dei poteri di competenza, accerti la carenza *ab origine* di una delle condizioni indefettibili per l'accesso al premio di maggiorazione, stante la mancata produzione, da parte del privato, dell'attestato di controllo del processo

produttivo dei moduli fotovoltaici. La controversia - concernendo la dichiarata revoca del premio di maggiorazione - attiene, infatti, ad un provvedimento riguardante l'incentivazione della produzione di energia elettrica dalla fonte solare: concerne, quindi, la «produzione di energia», secondo quanto previsto dall'art. 133, comma 1, lett. o) c.p.a., essendo la previsione di contributi tariffari un efficace strumento di indirizzo della produzione energetica nazionale (Cass. civ., sez. un., 27 aprile 2017, nn. 10409, 10410 e 10411; Cass. civ., sez. un., 4 maggio 2017, n. 10795; Cass. civ., sez. un., 13 giugno 2017, n. 14653; Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28057).

## **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.**

**(5)**

**La III Sezione del Consiglio di Stato deferisce all'Adunanza plenaria l'obbligo di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso di servizi ad alta intensità di manodopera.**

**[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza non definitiva 5 febbraio 2019, n. 882 – Pres. Frattini, Est. Maiello](#)**

La Sezione ritiene che vada rimessa all'Adunanza plenaria la questione se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016 tra il comma 3, lett. a (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed

il comma 4, lett. b (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato), va incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

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

(6)

**La III Sezione del Consiglio di Stato si pronuncia sulla *ratio* della gestione commissariale prevista dall'art. 32, d.l. n. 90 del 2014.**

**[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 4 febbraio 2019, n. 867 – Pres. Frattini, Est. Nocelli](#)**

Ha ricordato la Sezione che l'art. 32, d.l. n. 90 del 2014 – detto anche d.l. anticorruzione – si propone l'ambizioso obiettivo di contemperare due opposte esigenze e, cioè, garantire, da un lato, la completa esecuzione degli appalti e neutralizzare, dall'altro, il rischio derivante dall'infiltrazione criminale nelle imprese, introducendo un originale e innovativo meccanismo di commissariamento.

Ha chiarito la Sezione che l'istituto si manifesta come uno strumento di autotutela contrattuale previsto direttamente dalla legge. Questa speciale forma di commissariamento, in altri termini, riguarda soltanto il contratto (e la sua attuazione) e non la *governance* dell'impresa in quanto tale ed in ciò si distingue dalle misure di prevenzione patrimoniali disposte ai sensi del d.lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice antimafia). In tal senso depone lo stesso tenore letterale della norma laddove si afferma che il commissariamento ha luogo "limitatamente alla completa esecuzione del contratto o della concessione".



Ciò è, inoltre, confermato dall'intera struttura della disposizione, che consente la gestione commissariale del contratto in evidente alternativa alle regole generali che ne imporrebbero la caducazione.

Una misura, dunque, *ad contractum*, secondo l'espressione riportata anche nelle relative Linee guida dell'Anac.

La ratio della disposizione, dunque, è quella di consentire il completamento dell'opera nell'esclusivo interesse dell'amministrazione concedente mediante la gestione del contratto in regime di "legalità controllata" (Cons. St., sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93).

(7)

**La III Sezione del Consiglio di Stato fornisce importanti precisazioni in materia di Daspo.**

**[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 4 febbraio 2019, n. 866 – Pres. Frattini, Est. Nocelli](#)**

Ha ricordato la Sezione che il Daspo è una misura di carattere preventivo e non sanzionatorio, così come chiarito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. I, 8 novembre 2018, ric. n. 19120/15, *Seražin c. Croazia*) con riferimento ad analoghe misure previste dalla legislazione croata, menzionando tra le altre legislazioni in materia anche quella italiana e pervenendo ad escludere la natura sanzionatoria della misura amministrativa, sulla base dei cc.dd. criteri Engel, sia per l'applicabilità della misura indipendentemente da una condanna penale, sia anche per la finalità prevalente della misura, consistente nella creazione di un ambiente che prevenga comportamenti violenti o pericolosi a protezione dell'ordine pubblico e degli altri spettatori, sia infine per la mancanza di afflittività, non consistendo in una privazione della libertà o in una imposizione di obbligazione pecuniaria.

Ha aggiunto la Sezione che ai sensi dell'art. 6, comma 1, l. n. 401 del 1989, il Daspo anche nel nostro ordinamento, non diversamente che in quello croato,



può essere altresì disposto nei confronti di chi, sulla base di elementi di fatto, risulta avere tenuto, anche all'estero, una condotta, sia singola che di gruppo, evidentemente finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza, di minaccia o di intimidazione, tali da porre in pericolo la sicurezza pubblica o a creare turbative per l'ordine pubblico.

Anche per il Daspo disposto dal Questore, come per tutto il diritto amministrativo della prevenzione incentrato su una fattispecie di pericolo per la sicurezza pubblica o per l'ordine pubblico, deve valere la logica del "più probabile che non", non richiedendosi, anche per questa misura amministrativa di prevenzione (al pari di quelle adottate in materia di prevenzione antimafia), la certezza ogni oltre ragionevole dubbio che le condotte siano ascrivibili ai soggetti destinatari del Daspo, ma appunto una dimostrazione fondata su «elementi di fatto» gravi, precisi e concordanti, secondo un ragionamento causale di tipo probabilistico improntato ad una elevata attendibilità, come è nel caso di specie, per tutte le ragioni sin qui espresse, sulla base della documentazione in questa sede prodotta.

Peraltro, e con specifico riferimento ad eventuali condotte individuali estrinsecatesi in azioni di gruppo, la Sezione non ha mancato di rilevare, nella sua costante giurisprudenza, che, anche prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 114 del 2014 all'art. 6, l. n. 401 del 1989, un comportamento di gruppo non ha mai escluso la possibilità di individuare col Daspo (una somma di) responsabilità individuali omogenee, qualora queste fossero supportate da elementi diretti o presuntivi che consentissero di affermare la inequivoca e consapevole partecipazione dei singoli al comportamento di gruppo (Cons. St., sez. III, 4 novembre 2015, n. 5027).

(8)

**La III Sezione del Consiglio di Stato precisa i caratteri differenziali del consorzio stabile.**

[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 4 febbraio 2019, n. 865 – Pres. Frattini, Est. Maiello](#)

Ha chiarito la Sezione che il riferimento, contenuto nel d.m. 18 aprile 2016, n. 32072, ai raggruppamenti temporanei, evoca, in ragione del chiaro valore semantico della proposizione utilizzata, aggregazioni non stabili e durevoli ma occasionate da scopi contingenti e mirati. Vengono cioè in rilievo quelle associazioni temporanee e di scopo espressamente contemplate alla lett. g) dell'art. 3 del medesimo decreto, che reca l'elenco completo dei soggetti beneficiari e che colloca i consorzi stabili nella distinta previsione di cui alla lettera h.

Ha ricordato ancora la Sezione che l'elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 276).

Il riferimento aggiuntivo del codice dei contratti pubblici alla "comune struttura di impresa" induce a concludere nel senso che costituisce un predicato indefettibile di tali soggetti l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di "complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa".

L'alterità che connota tali soggetti rispetto ai propri componenti (e che vale a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari) trova indiretta conferma nel fatto della possibilità, a determinate condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara.

Sul punto, si registra, invero, un diverso regime tra i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari, da un lato, ed i consorzi stabili dall'altro: l'art. 48, comma 7, del Codice dei contratti prevede infatti che "E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I

consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato.”.

Anche in ambito comunitario si è affermato che viola i principi del Trattato la normativa nazionale che stabilisce l'esclusione automatica dei consorzi stabili, e delle imprese che lo compongono, che abbiano partecipato in concorrenza alla stessa procedura di affidamento di un pubblico appalto. Siffatta disposizione nazionale pone una presunzione assoluta d'interferenza reciproca tra i suddetti soggetti, anche nel caso in cui il consorzio non sia intervenuto nel procedimento per conto e nell'interesse di dette imprese; né è consentito ai suddetti operatori di dimostrare che le loro offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente e che non vi è un rischio d'influenza sulla concorrenza fra gli offerenti (Corte giustizia UE, sez. IV, 23 dicembre 2009, n. 376).

(9)

**La IV Sezione del Consiglio di Stato si pronuncia sulla richiesta di risarcimento danni per la sospensione dall'Albo Nazionale costruttori.**

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 5 febbraio 2019, n. 840 – Pres. Maruotti, Est. Caponigro](#)

Ha ricordato la Sezione che la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione per lesione dell'interesse legittimo sussiste soltanto se l'attività amministrativa illegittima abbia determinato la lesione del bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento (cfr, *ex plurimis*, da ultimo, Cons. Stato, IV, 7 gennaio 2019, n. 137; Cons. Stato, IV, 14 giugno 2018, n. 3657).

Il rilievo centrale, quindi, è assunto dal danno, del quale l'art. 30 del codice del processo amministrativo prevede il risarcimento qualora sia ingiusto, sicché, nella sistematica dei rapporti di diritto pubblico, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per

accedere alla tutela risarcitoria, in quanto occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima e colpevole dell'amministrazione pubblica, l'interesse materiale al quale il soggetto aspira.

Infatti, è solo e soltanto la lesione al bene della vita che qualifica in termini di "ingiustizia" il danno derivante dal provvedimento illegittimo e colpevole dell'amministrazione e lo rende risarcibile, determinando, ai sensi del citato art. 30, la sussistenza dell'illecito dell'amministrazione pubblica.

La pretesa al risarcimento del danno ingiusto derivante dalla lesione dell'interesse legittimo, insomma, si fonda su una lettura dell'art. 30 del c.p.a. che riferisce il carattere dell'ingiustizia al danno e non alla condotta, di modo che presupposto essenziale della responsabilità – oltre una condotta rimproverabile – è l'evento dannoso che ingiustamente lede una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento ed affinché la lesione possa considerarsi ingiusta è necessario verificare attraverso un giudizio prognostico se, a seguito del legittimo agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente spettato al titolare dell'interesse.

Salve le questioni sulla sussistenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, l'obbligazione risarcitoria di una amministrazione pubblica, quindi, affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del "più probabile che non") spettato al titolare dell'interesse.

Ne consegue che, ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza, certa o probabile, il danno - in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito e salva la riduzione prevista per le ipotesi di cui all'art. 1227 c.c. - può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di chance (cfr., da ultimo, Cons. Stato, IV, 14 giugno 2018, n. 3657).

**Il T.a.r. Napoli si pronuncia sull'esclusione dalla gara per omessa dichiarazione della sanzione Anac avente ad oggetto l'incapacità a partecipare alle gare.**

**[T.a.r. per la Campania, sezione I, sentenza 4 febbraio 2019, n. 598 – Pres. Veneziano, Est. Santise](#)**

Ha chiarito il T.a.r. che l'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede cause di esclusione dalla gara, obbligatorie o facoltative, fondate sul presupposto che l'operatore economico non dichiari, o dichiari falsamente, alcune condizioni o presupposti specificamente indicati ai commi 1, 2, 4 e 5. La previsione della causa di esclusione per mancata dichiarazione (o falsa dichiarazione) presuppone, dunque, l'emersione, in capo all'operatore economico, di determinati obblighi dichiarativi, il cui contenuto si definisce e si modella alla luce proprio delle citate cause di esclusione. Il legislatore pretende, dunque, dall'operatore economico che partecipa ad una gara pubblica una serie di informazioni per valutarne l'affidabilità morale e professionale. Si tratta di un'applicazione dei principi di buona fede e correttezza che da tempo sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106) e che fanno dell'obbligo di buona fede oggettiva un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462).

La giurisprudenza ha, peraltro, chiarito che il principio di buona fede informa tutte le fasi della procedura di gara al punto che, in tema di responsabilità precontrattuale della p.a., l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 5 del 2018) ha affermato, superando il contrario prevalente orientamento, che la responsabilità precontrattuale della p.a. possa perfezionarsi anche prima dell'aggiudicazione, perché la p.a. è tenuta al dovere di buona fede in tutte le fasi della procedura di gara.

La latitudine applicativa del principio di buona fede nelle gare pubbliche è tale che è pacifica anche la sua rilevanza bilaterale: opera nei confronti della p.a., così come nei confronti dei partecipanti alle gare pubbliche.

Del resto, la Relazione ministeriale al codice civile, sul punto, evidenziava che il principio di correttezza e buona fede "richiama nella sfera del creditore la

considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", operando, quindi, come un criterio di reciprocità. Ne consegue, dunque, che, così come la stazione appaltante deve comportarsi secondo buona fede in tutte le fasi della procedura di gara, così devono fare anche i partecipanti alle gare pubbliche che devono fornire all'amministrazione tutte le informazioni necessarie affinché questa possa scegliere nel modo più consapevole possibile l'impresa più affidabile.

Nel caso di specie, l'aggiudicataria ha omesso un'informazione avente ad oggetto una misura limitativa emessa dall'Anac che ha comportato l'interdizione dalla partecipazione alle gare pubbliche; misura che, dunque, ha comportato un congelamento, una sospensione, della capacità di partecipare alle gare indette dalla p.a.

L'art. 80, comma 5, lett. f), dispone, peraltro, che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico che sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

La sanzione Anac in parola, comportando l'interdizione dalla partecipazione alle gare pubbliche, comporta, come effetto automatico, l'incapacità a contrarre con la p.a. nel periodo temporale di efficacia della sanzione.

(11)

**Il T.a.r. Napoli si pronuncia sull'elusione dall'obbligo di svolgimento della gara pubblica.**

[T.a.r. per la Campania, sezione I, sentenza 1 febbraio 2019, n. 548 – Pres. Veneziano, Est. De Falco](#)

Ha chiarito il T.a.r. che l'affidamento di un contratto senza gara da parte di un'amministrazione aggiudicatrice ad un'altra pubblica amministrazione contrasta con le norme ed i principi sull'evidenza pubblica comunitaria

quando ha ad oggetto servizi i quali, pur riconducibili ad attività di ricerca scientifica, ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo. L'obbligo della gara può escludersi solo in caso di contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi" (Par. 34); ipotesi questa configurabile quando dette forme di cooperazione siano rette unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (Par. 35).

Rileva il Considerando 33 della direttiva 2014/24/UE, che, in applicazione del principio di libera amministrazione, stabilisce: "le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter decidere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici mediante cooperazione senza essere obbligate ad avvalersi di alcuna forma giuridica in particolare. Tale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico. I servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari".

Si tratta dell'istituto del cd. partenariato pubblico-pubblico a carattere orizzontale, realizzato tramite accordi tra diverse amministrazioni, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (a partire dalla sentenza 9 giugno 2009, C-480/06; i confini degli accordi di cooperazione sono stati in seguito meglio precisati con la sentenza 19 dicembre 2012, C-159/11).

E infatti, le amministrazioni pubbliche possono in base al diritto europeo agire sul mercato e competere con altri operatori economici pubblici o privati, ma devono farlo su di un piano di parità senza cioè godere di alcun vantaggio competitivo, per questo motivo la deroga all'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica, anche nei rapporti negoziali tra amministrazioni, soggiace alle predette restrittive condizioni. Ciò è quanto si desume anche dal considerando 14 della direttiva 2014/24/UE secondo cui: "la nozione di 'operatori economici' dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la



realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto, imprese, succursali, filiali, partenariati, società a cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano 'persone giuridiche' o meno in ogni circostanza”.

Tali principi sono stati trasfusi nel codice dei contratti all'art. 5, comma 6, che ha confermato l'esclusione dall'applicazione della disciplina dei contratti pubblici, in presenza delle condizioni ivi indicate, e rappresenta una disposizione ricognitiva di un quadro normativo e giurisprudenziale già pienamente consolidato (Cons. St., sez. III, n. 4631 del 2017). Nell'ordinamento nazionale è riconosciuta alle amministrazioni pubbliche la possibilità di concludere fra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune che dunque deve essere letta alla luce del quadro normativo europeo (art. 15, l. n. 241 del 1990). Tale norma prevede che agli accordi tra amministrazioni pubbliche non si applichino le previsioni del codice purché siano rispettate le seguenti condizioni: a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Al di fuori di questi casi, ogni accordo avente contenuto patrimoniale ed astrattamente contendibile soggiace alle regole dell'evidenza pubblica dovendosi anche le amministrazioni pubbliche includere nel novero degli operatori economici sottoposti alle regole della concorrenza ai sensi dell'art. 3, lett. p), d.lgs. n. 50 del 2016.

Nella specie il T.a.r. ha ritenuto che non ricorrono i presupposti normativi per la conclusione degli accordi tra amministrazioni ed è stata, invece, autorizzata la stipula di un vero e proprio contratto, peraltro remunerativo,

di un servizio contendibile ed astrattamente suscettibile di essere reperito sul mercato, con la conseguenza che in base ai principi ampiamente noti e sopra sintetizzati, i servizi in questione avrebbero dovuto essere affidati mediante una procedura comparativa e trasparente che, invece, non è stata svolta.

(12)

**Il T.a.r. Toscana si pronuncia sull'esclusione dell'offerta per violazione dei minimi tabellari.**

[T.a.r. per la Toscana, sezione II, sentenza 1 febbraio 2019, n. 165 – Pres. Trizzino, Est. Cacciari](#)

Ha chiarito il T.a.r. che la disposizione di cui all'art. 96, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 richiamata non prevede l'istituzione di alcun contraddittorio e deve quindi ritenersi che l'offerta vada irrimediabilmente esclusa, come previsto dall'art. 97, comma 5 (cui rinvia l'art. 96, comma 10) a norma del quale l'accertamento che l'anomalia dell'offerta deriva da un costo del personale inferiore ai minimi tabellari ne determina senz'altro l'esclusione.

Le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 95, comma 10, secondo periodo del d.lgs. n. 50 del 2016, prima dell'aggiudicazione hanno obbligo di controllare che i costi della manodopera rappresentati nell'offerta vincitrice non siano inferiori ai minimi salariali retributivi indicati nelle "tabelle ministeriali". Per tale verifica la disposizione non richiede alcun contraddittorio né, men che meno, che venga attivato il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse. La norma di rinvio è contenuta nell'art. 97, d.lgs. n. 50 del 2016 che disciplina detto procedimento; il rinvio però è limitato al disposto di cui al comma 5, lett. d), di tale articolo e, pertanto, non può essere interpretato nel senso che occorre attivare comunque il procedimento citato. Detto rinvio va invece interpretato nel senso che prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare il rispetto, da parte dell'offerta vincitrice, dei minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali. Laddove la verifica dia esito negativo, la disposizione di cui all'art. 96, comma 10, richiamata non prevede l'istituzione di alcun contraddittorio e deve quindi

ritenersi che l'offerta vada irrimediabilmente esclusa, come previsto dall'art. 97, comma 5 (cui rinvia l'art. 96, comma 10) a norma del quale l'accertamento che l'anomalia dell'offerta deriva da un costo del personale inferiore ai minimi tabellari ne determina senz'altro l'esclusione.

(13)

**Il T.a.r. Friuli Venezia Giulia si pronuncia sull'acquisizione di diritti in relazione ai beni infrastrutturali di proprietà pubblica da parte di soggetto carente della qualifica di operatore di telecomunicazioni.**

**[T.a.r. per il Friuli Venezia Giulia, sezione I, sentenza 1 febbraio 2019, n. 49](#)  
[- Pres. Settesoldi, Est. Bardino](#)**

Ha chiarito il T.a.r. che, a tal fine, riveste carattere dirimente il rilievo secondo cui la posizione soggettiva, sottesa all'impugnazione, può assumere consistenza esclusivamente nel contesto dell'azione amministrativa, il cui legittimo svolgimento configura il presupposto costitutivo per il conseguimento del bene della vita, sotteso alla domanda di annullamento; essa, in particolare, è sostenuta da una posizione di interesse legittimo, che, specie in riferimento all'art. 88, comma 6, d.lgs. n. 259 del 2003, si declina in senso oppositivo, perché intesa a precludere l'assegnazione a terzi del diritto di superficie e, contestualmente, in senso pretensivo, perché volta a preservare le prospettive di futura acquisizione del medesimo diritto, da parte del ricorrente, nella sua qualità di operatore di telecomunicazioni.

Ad avviso del T.a.r. detti beni, infatti, secondo il principio desumibile dall'art. 88, comma 6, d.lgs. n. 259 del 2003, sono soggetti ad un regime di indisponibilità relativa, che, consentendo la costituzione e il trasferimento dei diritti ad essi inerenti, dai Comuni e dalle società da questi controllate a favore dei soli operatori, impedisce, finché permane la destinazione loro assegnata, l'alienazione dei medesimi diritti, benché mediante procedure ad evidenza pubblica, nei confronti dei terzi, privi della qualifica richiesta.

**Il T.a.r. Molise si pronuncia sulla decorrenza del nuovo regime di computo dei compensi professionali degli Avvocati dello Stato.**

[T.a.r. per il Molise - sezione I, sentenza 31 gennaio 2019, n. 45 – Pres. Silvestri Est. Ciliberti](#)

Ha chiarito il T.a.r. che dall'esame della sentenza della Corte costituzionale, n. 236 del 2017, si traggono indicazioni concernenti la successione delle diverse discipline in materia di onorari professionali degli Avvocati e Procuratori di Stato, al fine di stabilire con quale decorrenza si applichi il nuovo regime in relazione alle seguenti questioni:

- a) regime delle controversie che si concludono con compensazione delle spese di lite (regime del "compensato");
- b) regime delle controversie che si concludono con liquidazione delle spese di lite a favore dell'Amministrazione assistita dall'Avvocatura dello Stato (regime del "liquidato" o "riscosso");
- c) computo degli onorari professionali nel c.d. "tetto massimo" degli emolumenti, ex art. 23-ter del d.l. n. 201 del 2011, come richiamato dall'art. 13, d.l. n. 66 del 2014.

Dai riportati passaggi della pronuncia della Corte costituzionale si evince, anzitutto, che il criterio di applicazione del vigente e del previgente regime è quello della "competenza", non quello della "cassa". Il credito per gli onorari spettanti si forma, dunque, quando è statuito nella decisione giurisdizionale (la competenza si basa, infatti, sul titolo giuridico), non già quando il relativo importo viene effettivamente riscosso (entrando nella cassa dello Stato).

Il T.a.r. è passato poi a considerare quale sia l'evento in base a cui - secondo il criterio della competenza - si possano ascrivere le diverse somme all'uno o all'altro regime di corresponsione degli onorari e chiarisce che, per comprendere quale sia la disciplina dei compensi effettivamente applicabile,

si deve fare riferimento alla data di formazione del titolo che regola le spese di lite.

Infine, il T.a.r. ha individuato concretamente il *dies a quo* da cui decorre la nuova disciplina nei suindicati tre distinti profili del “compensato”, del “liquidato” o “riscosso” e del c.d. “tetto massimo” degli emolumenti, affermando il diritto dei ricorrenti Avvocati di Stato a percepire i compensi professionali spettanti fino al 31 dicembre 2014 (e, limitatamente al “compensato”, fino al 24 giugno 2014), senza le decurtazioni e le limitazioni previste dall'art. 9, d.l. n. 90 del 2014, con la conseguente condanna, in forma generica, delle Amministrazioni resistenti al pagamento delle somme dovute.

(15)

**Il T.a.r. Lazio si pronuncia sull'astensione obbligatoria di componente di commissione di concorso, docente-collega di candidato.**

**[T.a.r. per il Lazio, sezione III bis, sentenza 25 gennaio 2019, n. 999 – Pres. Savoia Est. Graziano](#)**

Ha chiarito il T.a.r. che la particolare vicinanza tra un membro di una commissione esaminatrice di un pubblico concorso ed un concorrente, che non sia declinabile in termini di generico rapporto di ufficio che non determina *ex se* una causa di astensione obbligatoria ma che sia qualificata dalla circostanza che entrambi sono docenti che operano nel medesimo dipartimento o area di insegnamento nello stesso istituto scolastico, produce *eo ipso* un'evidente ipotesi di astensione obbligatoria a mente dell'art. 51 c.p.c..

(16)

**Il T.a.r. Napoli si pronuncia sulla inammissibilità dell'opposizione di terzo se l'opponente è divenuto controinteressato solo dopo la sentenza alla quale si oppone.**

[T.a.r. per la Campania, sezione I, sentenza 24 gennaio 2019, n. 402 – Pres. Corciulo Est. Santise](#)

Ha chiarito il T.a.r. che l'opposizione di terzo nel processo amministrativo, disciplinata dagli artt. 108 e 109 c.p.a., rappresenta un mezzo straordinario di impugnazione, quando viene proposta, come nel caso di specie, avverso le sentenze (del Tar o del Consiglio di Stato) passate in giudicato.

Presupposti di ammissibilità di tale rimedio impugnatorio sono:

- 1) che l'opponente non sia stato evocato nel giudizio opposto;
- 2) che l'opponente sia titolare di una posizione autonoma o incompatibile con quella affermata nella sentenza opposta o sia litisconsorte necessario pretermesso;
- 3) che la sentenza opposta pregiudichi i diritti o gli interessi legittimi dell'opponente.

Premesso che nel giudizio proposto avverso l'esclusione da una gara non sono configurabili controinteressati, il Tar ricorda che l'opposizione di terzo può essere proposta dai controinteressati "sopravvenuti e occulti", individuandoli in coloro che abbiano conseguito un titolo abilitativo, un beneficio o uno status derivante da un provvedimento ulteriore conseguente alla conclusione di un procedimento autonomo rispetto a quello presupposto già impugnato, ovvero in coloro che siano sostanzialmente controinteressati, ma non siano facilmente individuabili dalla lettura dell'atto impugnato.

Proprio in tema di appalti è stata riconosciuta la legittimazione a proporre l'opposizione di terzo, nei confronti di una sentenza resa tra altri soggetti, ai controinteressati pretermessi perché sopravvenuti: il riferimento è ai beneficiari di un atto consequenziale (l'aggiudicazione), quando una sentenza abbia annullato un provvedimento presupposto (id est, il bando di gara) all'esito di un giudizio cui sono rimasti estranei.

Nel caso di specie, però, la situazione è sensibilmente differente, perché l'opponente non è beneficiario di alcun atto consequenziale al provvedimento presupposto annullato, ma, in realtà, vuole contrastare la sentenza del Tar che ha ammesso la controinteressata alla procedura di gara, annullando sul

punto il provvedimento di esclusione della stazione appaltante. L'opponente, quindi, sarebbe divenuta controinteressata, in via sopravvenuta, solo dopo la sentenza del Tar che, annullando il citato provvedimento di esclusione di altra concorrente, ha disposto l'ammissione della stessa alla gara, poi divenuta aggiudicataria in via provvisoria.

## Consiglio di Stato – Pareri

(17)

**Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di determinazione della struttura e della composizione dell'ufficio posto alle dipendenze del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.**

**[Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 7 febbraio 2019, n. 371 – Pres. Zucchelli, Est. Orsini](#)**