SOMMARIO

Saluti 1

1. L'anno trascorso 2

2. Il Tar del Lazio nella cornice della giustizia amministrativa europea 7

3. Le novità normative 10

3.1. Aumento di organico e copia cartacea d'obbligo 10

3.2. Giustizia sportiva 11

3.3. Contratti pubblici 14

4. Gli uffici per il processo amministrativo 17

5. Il Tar del Lazio nella formazione 19

6. I profili quantitativi e qualitativi del contenzioso 22

6.1. I dati 22

6.2. Le decisioni significative 29

7. Riflessioni 32

7.1. Sulla discrezionalità dell'amministrazione 32

7.2. Il miglioramento del servizio giustizia 34

8. Il ricorso a forme di soluzione alternative delle controversie amministrative 39

9. Le iniziative in campo internazionale 42

10. Conclusioni 46

Appendice 49

Rassegna di giurisprudenza 51

Dati statistici 143

Saluti

Autorità civili, militari e religiose; giudici costituzionali; esponenti del mondo accademico; colleghi, anche a riposo, del Consiglio di Stato, di questo e degli altri Tribunali amministrativi regionali; magistrati degli altri Ordini giudiziari; componenti del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa; rappresentanti dell'Avvocatura dello Stato, delle Avvocature degli enti pubblici e del libero Foro; operatori e personale della giustizia amministrativa; gentili ospiti.

Si inaugura l'anno giudiziario e come sempre è momento di incontro e confronto, oltre che di meditazione e riflessione, con uno sguardo - anche critico - indietro (all'anno trascorso) e avanti (a quello in corso).

Per me è la quarta inaugurazione. E segna il tempo che passa, inesorabilmente.

Sono diventato quasi un veterano, ma non posso non sentire l'importanza di questo evento, che è centrale nell'illustrare l'attività svolta nell'anno passato e il ruolo ricoperto da questo Tribunale nel sistema di giustizia amministrativa europeo, nazionale e locale.

Quest'anno, e per la prima volta nella mia presidenza, ho inteso innovare la prassi, dando parola agli avvocati i quali, assieme ai magistrati e al personale amministrativo, sono i protagonisti della vita di questo Tribunale. Così che ho invitato a svolgere un breve intervento sia l'Avvocato generale dello Stato che il Presidente del Consiglio nazionale forense.

1. L'anno trascorso

L'anno trascorso, a differenza del 2017, è stato abbastanza tranquillo per il Tar del Lazio, consentendo di lavorare serenamente e proficuamente. Forse si è preso atto che questo Tribunale non costituisce intralcio alla crescita del Paese.

Certo è che è continuata l'opera di garanzia della legalità da parte di questo Tribunale, al fine di assicurare l'osservanza della legge e delle regole secondo principi di indipendenza, imparzialità e terzietà.

Il nostro ordinamento è tutto incentrato nel demandare al giudice amministrativo la risoluzione dei conflitti.

Ma accade, sempre più frequentemente, che i conflitti insorgono non più solo tra pubblica amministrazione, che esercita il potere, e soggetti privati destinatari dello stesso - sia nel caso in cui ci si opponga all'esercizio del potere che nell'ipotesi in cui si pretenda qualcosa dall'amministrazione (interessi, rispettivamente, di tipo oppositivo e pretensivo) - ma anche tra pubbliche amministrazioni stesse, nei diversi livelli di interessi devoluti alla cura delle stesse.

In questo caso, il giudice amministrativo interviene in un campo che dovrebbe, invece, essere lasciato ai vari ambiti amministrativi, nella ricerca della soluzione dei conflitti insorti tra loro.

E interviene anche nella carenza dell'esercizio di poteri attribuiti dalla legge. Come recentemente accaduto con la sentenza della sez. III-quater di questo Tribunale n. 500/2019, con cui si è dichiarato l'obbligo

dei Ministeri dell'ambiente, della salute e dell'istruzione, dell'Università e della ricerca, ciascuno per il proprio ambito di competenza, di provvedere, in attuazione di quanto disposto dall'art. 10 della l. n. 36/2001, ad adottare una campagna informativa, rivolta all'intera popolazione, avente a oggetto l'individuazione delle concrete modalità d'uso degli apparecchi di telefonia mobile (telefoni cellulari e cordless) e l'informazione dei rischi per la salute per l'ambiente connessi all'uso improprio di tali apparecchi.

Il che non vuol dire ingerenza del giudice amministrativo. Significa, invece, supplenza all'inerzia (illegittima) dell'amministrazione nell'esercitare i poteri ad essa spettanti e all'incapacità dell'apparato amministrativo di assumersi le proprie responsabilità nelle risposte da dare al cittadino. E si tratta di intervento necessitato dalla mancata previsione di idonei strumenti di risoluzione delle controversie diversi dall'agire sempre e comunque innanzi al giudice amministrativo.

D'altra parte, in un campo in cui non mancano occasioni di antinomie normative, il giudice, nella ricerca della coerenza dell'ordinamento, tende a intervenire sempre di più. L'incertezza del diritto aumenta la domanda di giustizia ma, nello stesso tempo, non si può pretendere che l'integrazione normativa sia demandata sempre e solo al giudice.

In uno Stato di diritto, che fa parte dell'Unione europea, il primato del diritto europeo influenza metodi e strumenti di tutela.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, elevatosi da principio costituzionale a principio del diritto europeo, impone la *full jurisdiction*, ossia il pieno controllo giudiziario dell'attività amministrativa, la piena tutela cautelare e l'accelerazione dei processi decisionali, per assicurare rapidità e pienezza della tutela, esecuzione delle decisioni e completa riparazione dei danni prodotti dall'illegittimo esercizio, o non esercizio, del potere.

Così che l'efficacia e l'efficienza di un sistema di giustizia amministrativa devono essere rapportate a principi e parametri europei.

Il primato del diritto europeo influenza il diritto interno, imponendosi sullo stesso. Molti principi dell'attività amministrativa (art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990), a loro volta di derivazione costituzionale, si sono elevati a principi dell'ordinamento europeo, in una relazione ormai bidirezionale.

I principi di certezza del diritto, parità di trattamento, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza sono ormai principi del diritto europeo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. In particolare, il principio di proporzionalità (corollario del principio di ragionevolezza) è stato applicato dalla giurisprudenza della Corte come controllo di legittimità dell'azione amministrativa degli Stati membri ed è diventato uno dei fondamenti costituzionali del diritto europeo.

In questa cornice anche il Tar del Lazio svolge un ruolo rilevante nell'integrazione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione, nell'emersione dei diritti dei cittadini a livello europeo e nella tutela dei diritti fondamentali, elevando i principi costituzionali a principi europei e dando il proprio contributo nell'assicurare la conformità del diritto interno al diritto europeo.

Tredici sono state le ordinanze con cui questo Tribunale, nel corso del 2018, ha rimesso questioni pregiudiziali all'interpretazione della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). In tema, tra l'altro, di: debenza dei contributi nell'ambito del programma di risoluzione delle crisi bancarie; esclusione dalla gara di appalto dell'offerente per mancanza dei requisiti obbligatori di un subappaltatore; natura giuridica di organismo di diritto pubblico, o meno, di Poste Italiane s.p.a. e Poste Tutela s.p.a.; incenerimento dei rifiuti; acquisto delle azioni Mediaset s.p.a. da parte della società francese Vivendi S.A.; compatibilità delle norme "spalma incentivi" nel settore fotovoltaico; trattamento economico di soggetti, già titolari di trattamento pensionistico erogato da un ente previdenziale pubblico, che svolgono attività lavorativa in favore di una pubblica amministrazione.

Continua, inoltre, il rilevante ruolo svolto dal Tar del Lazio tra legalità e mercato. Il principio di concorrenza, che di per sé costituisce uno dei cardini del Trattato, trova attuazione e garanzia anche nelle

decisioni di questo Tribunale. Non solo in materia di appalti e di contratti pubblici, ma soprattutto nell'ambito del controllo di legalità dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), attribuiti alla competenza funzionale del Tar del Lazio.

2. Il Tar del Lazio nella cornice della giustizia amministrativa europea

La peculiarità del Tar del Lazio, giudice amministrativo di primo grado che condensa in sé le competenze di Tar regionale, per la Regione Lazio, e di Tar centrale, in quanto decide sugli atti dei ministri e del Governo, degli organi a rilevanza costituzionale, come il Consiglio superiore della magistratura (CSM), delle Autorità indipendenti, lo rende un *unicum* nel panorama della giustizia amministrativa in Europa; per l'importanza e la delicatezza del contenzioso che gli è riservato.

In quasi tutti i Paesi europei aventi un sistema di giustizia amministrativa, il riparto di competenze tra gli organi giudiziari è molto più articolato e complesso che in Italia.

Esso si caratterizza, in generale, per due aspetti che nell'ordinamento italiano non si riscontrano:

1) l'introduzione, in molti Paesi (Spagna, Francia e Germania), di un giudice monocratico di primo grado, per particolari materie o controversie di minore valore;

2) l'attribuzione di alcune materie di maggiore importanza alla competenza in unico grado del giudice di appello o della Corte suprema amministrativa.

Inoltre, nella maggioranza dei Paesi europei, il contenzioso del giudice amministrativo riguarda anche materie che in Italia sono di competenza del giudice ordinario; quali le espulsioni dei cittadini extracomunitari irregolari, il diritto di asilo, la responsabilità civile degli enti pubblici, le

contravvenzioni stradali. Ciò significa che spesso si registra un contenzioso numericamente più rilevante, ma meno impegnativo dal punto di vista qualitativo.

In questo quadro, tenendo conto delle peculiarità dei vari ordinamenti, può dirsi, ad esempio, che in Spagna competenze equivalenti a quelle del Tar del Lazio sono suddivise tra organi di primo e secondo grado, regionali e centrali, e *Tribunal Supremo* (la Corte Suprema spagnola).

In Spagna, infatti, vi sono organi di primo e secondo grado con articolazione provinciale o regionale, che sono competenti per le controversie afferenti gli atti delle Comunità autonome e delle municipalità e, solo a Madrid, oltre a questi, vi è un organo giudiziario, articolato in un primo e secondo grado (*Juzgados centrales* e *Audiencia Nacional*), di carattere centrale e specializzato, deputato a decidere delle controversie riguardanti le autorità statali, il quale ha giurisdizione su tutto il territorio nazionale.

Tuttavia, alcune tra le controversie di maggiore rilevanza sono riservate in unico grado al *Tribunal Supremo*, il quale giudica, ad esempio, degli atti amministrativi e regolamentari del Capo del Governo, degli atti dell'organo di autogoverno della magistratura, ecc.

Per certi versi analoga alla situazione spagnola è quella austriaca, a seguito della riforma costituzionale del 2012, con la creazione di Corti amministrative di primo grado statali e di una corte amministrativa

federale, avente sede a Vienna, per gli atti dell'amministrazione federale.

In Francia, invece, il contenzioso di maggior rilievo, in gran parte coincidente con quello su cui il Tar del Lazio giudica come tribunale "centrale", viene riservato al *Conseil d'État* in unica istanza, il quale giudica ad esempio dei decreti e regolamenti ministeriali, degli atti delle autorità indipendenti, ecc.

Diverse e di minore ampiezza rispetto alle competenze del Tar del Lazio, appaiono, pertanto, le competenze attribuite nell'ordinamento francese al Tribunale amministrativo di Parigi, il quale è competente in via residuale su tutte le materie che non ricadono nella competenza dei Tribunali amministrativi periferici e del *Conseil d'État*.

In Germania, stante la natura federale dello Stato, le corti amministrative di primo e secondo grado sono organi giudiziari dei *Land* e sono da essi disciplinate e finanziate. Tra esse, dunque, non è dato rinvenire una Corte dotata di competenze specifiche e tantomeno di carattere centrale.

In Europa, quindi, solo il Tar del Lazio assume un ruolo così significativo e rilevante, quasi "crocevia" di tutta la giustizia amministrativa italiana di primo grado (*the "Hub" of the Administrative Justice*).

3. Le novità normative

3.1. Aumento di organico e copia cartacea d'obbligo

Il 2018 ha visto diverse novità normative di interesse per la giustizia amministrativa.

La legge di bilancio n. 145/2018 ha previsto, "al fine di agevolare la definizione dei processi amministrativi pendenti e di ridurre ulteriormente l'arretrato", l'assunzione, con conseguente incremento della dotazione organica, di consiglieri di Stato e di referendari dei Tar, anche in deroga alla vigente normativa in materia di turn over (art. 1, comma 320), nonché, per il triennio 2019-2021 e in deroga ai vigenti limiti assunzionali, il reclutamento, con contratto di lavoro a tempo indeterminato, sino a 26 unità di personale non dirigenziale del Consiglio di Stato e dei Tar, con conseguente incremento della dotazione organica (art. 1, comma 321).

Per i magistrati amministrativi, a differenza dei magistrati ordinari e degli avvocati e procuratori dello Stato, non è stato indicato il numero dell'incremento della dotazione organica. Così che l'incremento, per potere essere operativo, ha bisogno comunque di un provvedimento amministrativo attuativo o addirittura di un ulteriore intervento normativo.

L'obbligo del deposito della copia cartacea del ricorso e degli scritti difensivi - per i giudizi introdotti con i ricorsi depositati con modalità telematiche - è diventato definitivo. Ciò per effetto dell'art. 15, comma 1-bis, del d.l. n. 113/2018, convertito dalla l. n.

132/2018, che ha soppresso il termine finale del 1° gennaio 2019 previsto nell'art. 7, comma 4, del d.l. n. 168/2016, convertito dalla l. n. 197/2016.

Conosco la posizione manifestata dal Consiglio Nazionale Forense (con delibera n. 567 del 14 dicembre 2018), secondo cui la modifica sarebbe in aperta contraddizione con la semplificazione dei processi - che con l'introduzione del processo amministrativo telematico (PAT) si voleva ottenere - siccome duplicazione di attività e inaccettabile aggravio dei costi.

Rilevo al riguardo, tuttavia, che eguali esigenze connesse alla necessità della copia cartacea sono sentite nell'ambito del processo tributario, laddove al riguardo non è stato previsto alcunché, mentre alla data del 1° luglio 2019 diventerà obbligatorio per legge l'utilizzo delle modalità telematiche per la notifica e il deposito degli atti processuali, dei documenti e dei provvedimenti giurisdizionali.

3.2. Giustizia sportiva

Tra le novità di maggiore impatto intervenute vanno ricordate le disposizioni che hanno ampliato l'ambito della giurisdizione amministrativa in materia di giustizia sportiva.

A seguito delle modifiche apportate all'organico del campionato di serie B e del contenzioso che ne è scaturito, è stato emanato, dapprima, il d.l. n. 115/2018 recante "Disposizioni urgenti in materia di giustizia amministrativa, di difesa erariale e per il regolare

svolgimento delle competizioni sportive", pubblicato il 6 ottobre 2018 ed entrato in vigore il giorno successivo.

Il decreto ha apportato modifiche al codice del processo amministrativo (c.p.a.), introducendo (sub lettera «z-septies») una nuova materia di giurisdizione esclusiva all'elenco di cui all'art. 133, comma 1, del c.p.a., avente ad oggetto "le controversie relative ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche"; con riferimento a tali controversie è stata prevista, poi, la competenza funzionale inderogabile del Tar del Lazio, sede di Roma, ampliando le ipotesi di cui all'art. 135 del c.p.a., e l'applicazione del rito abbreviato di cui all'art. 119 del c.p.a.

Il decreto legge non è stato convertito, ma la parte più rilevante del suo contenuto è stata recepita dall'art. 1 della legge di bilancio (l. n. 145/2018), che ha dedicato quattro commi al tema della giustizia sportiva.

In particolare, il comma 647 ha apportato modificazioni all'art. 3, comma 1, del d.l. n. 220/2003, convertito dalla l. n. 280/2003, aggiungendo, questa volta nel testo della norma che delinea l'assetto dei rapporti tra giurisdizione statale e ordinamento sportivo, la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e della competenza funzionale inderogabile del Tar del Lazio, con sede in Roma, sulle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di

ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche; è stata ribadita anche l'applicazione, in questi casi, del rito speciale di cui all'art. 119 del c.p.a.

In relazione a tali controversie il legislatore ha escluso, allo stato attuale, ogni competenza degli organi di giustizia sportiva, facendo comunque salva la possibilità per il CONI e le Federazioni sportive di prevedere organi di giustizia dell'ordinamento sportivo che decidano tali questioni anche nel merito e in unico grado, e le cui statuizioni siano impugnabili dinanzi al Tar del Lazio.

È stata prevista altresì, in via transitoria (comma 648), la possibilità di riproporre innanzi al Tar, nel termine di trenta giorni dall'entrata in vigore della legge, le controversie pendenti dinanzi agli organi di giustizia sportiva aventi ad oggetto i provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive, introducendo a tal fine il meccanismo della *translatio iudicii* codificato dall'art. 11, comma 2, del c.p.a.

Infine, viene precisata l'applicabilità immediata della legge anche ai processi e alle controversie in corso alla data della sua entrata in vigore (comma 650).

L'individuazione di una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e di competenza funzionale di questo Tribunale, introdotta con il decreto legge citato e confermata dalla l. n.

145/2018, esprime una perdurante fiducia nell'operato di questo plesso e nella rapidità della risposta di giustizia che lo stesso può assicurare, anche a fronte di provvedimenti che richiedono particolare urgenza ed efficienza di definizione.

3.3. Contratti pubblici

Novità in tema di contratti pubblici, oltre che di società pubbliche, sono state di recente apportate dalla legge di bilancio n. 145/2018.

Si tratta, in primo luogo, di disposizioni che hanno riguardato la programmazione (art. 1, commi 108-111), la creazione della struttura di progettazione (art. 1, commi 162-168), le società a partecipazione pubblica (art. 1, commi 721, 722, 723 e 724).

Poi l'art. 1, comma 912, ha introdotto fino al 31 dicembre 2019 una deroga all'art. 36 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), che disciplina le procedure di affidamento dei contratti sotto soglia europea, al fine di elevare dagli attuali 40.000 euro a 150.000 la soglia prevista per l'affidamento di lavori con procedura diretta, previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e applicare la procedura negoziata, previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, per lavori da 150.000 euro fino a 350.000 euro. La disposizione in esame specifica che le suddette deroghe, introdotte nelle more di una complessiva revisione del detto codice, sono valide fino al 31 dicembre 2019.

L'art. 10 del d.l. n. 109/2018, convertito dalla l. n. 130/2018, ha previsto, al comma 1, una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo cui sono devolute le controversie aventi ad oggetto gli atti del Commissario straordinario per la ricostruzione del tratto crollato del ponte "Morandi" dell'autostrada A10 nel Comune di Genova e concernenti le attività "per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario".

Inoltre, l'art. 5 del d.l. n. 135/2018 ha sostituito la lett. c) del comma 5 dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici in tema di "gravi illeciti professionali" che comportano, da parte delle stazioni appaltanti, l'esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto.

Le modifiche sono tese ad allineare il testo dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice all'art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE, il quale considera in maniera autonoma fattispecie di esclusione che erano indicate a titolo esemplificativo nell'originaria lett. c) dell'art. 80, comma 5, del codice.

La disposizione sostituita ha già dato luogo ad un nutrito contenzioso innanzi al giudice amministrativo conseguente, soprattutto, all'individuazione degli esatti confini delle previste ipotesi di esclusione, oltre che a rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea da parte del Consiglio di Stato (ordinanza della sez. V,

23 agosto 2018, n. 5033). L'incertezza si è acuita con le interpretazioni fornite dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac), con le linee guida, e dall'AGCM, in alcuni punti tra loro contrastanti.

4. Gli uffici per il processo amministrativo

L'art. 53-ter della l. n. 186/1982 (introdotto dall'art. 8, comma 1, del d.l. n. 168/2016, convertito dalla l. n. 197/2016) ha istituito, a supporto dell'attività dei magistrati amministrativi, l'ufficio per il processo, ovvero strutture organizzative interne degli uffici di segreteria, finalizzate a garantire la ragionevole durata del processo e la piena attuazione del processo amministrativo telematico.

In attuazione del disposto normativo, con successivo decreto del Presidente del Consiglio di Stato in data 25 maggio 2017, si è provveduto alla formale costituzione dell'ufficio per il processo presso la giustizia amministrativa (art. 22-bis).

Il succitato articolo ha, inoltre, espressamente previsto, con riferimento al Tar del Lazio, l'istituzione di detto ufficio "presso ogni sezione esterna".

Conseguentemente, con mio decreto del 18 gennaio 2018, sono stati attivati gli uffici per il processo presso le tre sezioni esterne di questo Tribunale ed è stata demandata a ciascuno dei presidenti di sezione esterna l'organizzazione dell'ufficio di rispettiva competenza, nonché la programmazione delle relative attività.

Sono così intervenuti i decreti presidenziali n. 52 del 19 marzo 2018, n. 60 del 23 marzo 2018 e n. 20 del 2 febbraio 2018, relativi, rispettivamente, alle sezioni prima, seconda e terza esterne, con i quali sono state definite le linee fondamentali per l'organizzazione dell'ufficio, da articolare sulla base del numero effettivo dei magistrati in servizio, nonché del personale di

segreteria a ciascuno assegnabile e di coloro che svolgono il tirocinio formativo, ai sensi dell'art. 73 del d.l. n. 69/2013.

La peculiarità dell'ufficio per il processo si rinviene nella natura dell'attività svolta, che non è prettamente amministrativa, ma partecipativa dell'attività giurisdizionale dell'intero ufficio giudiziario.

Da ciò deriva una certa elasticità della struttura, la cui ratio si rinviene nella necessità di arricchire gli uffici giudiziari di dotazioni che possano supportare, a vario titolo, la maggiore complessità del contenzioso.

Dal quadro organizzativo appena descritto emerge l'assoluta unicità dell'ufficio del processo, non paragonabile ad altra struttura organizzativa, nel quale assume un ruolo fondamentale la figura del presidente e quella del magistrato da questi delegato.

Da qui scaturisce un rapporto sinergico, nel quale non solo i tirocinanti, ma anche gli stessi magistrati affidatari, si interfacciano con l'ufficio del processo, sempre nella prospettiva di contribuire a garantire la ragionevole durata del processo e la piena attuazione del processo amministrativo telematico.

5. Il Tar del Lazio nella formazione

Anche il 2018 ha visto il Tar del Lazio in primo piano, non solo nella risoluzione delle controversie, ma anche nella formazione scientifica e nell'approfondimento di essenziali tematiche interessanti la vita delle istituzioni pubbliche oltre che la concreta applicazione del diritto.

Sono stati organizzati presso questo Tribunale diversi incontri in tema di contratti pubblici, processo amministrativo - di particolare rilievo quelli sulle tecniche redazionali e il linguaggio giuridico dei provvedimenti del giudice amministrativo, e sulla collaborazione tra giudice e avvocato nel processo - ambiente e territorio, imprese pubbliche e settori speciali, società pubbliche. Gli incontri hanno visto la partecipazione di magistrati amministrativi, ordinari e della Corte dei Conti, avvocati, professori, funzionari delle pubbliche amministrazioni e addetti al settore.

E' poi proseguita con successo l'attività di formazione giuridica indirizzata ai giovani.

L'8 novembre 2018 è stata formalmente sottoscritta una convenzione con l'Università degli studi di Roma la Sapienza, con cui si è avviato un rapporto di collaborazione scientifica e didattica, finalizzato a promuovere lo scambio di risorse e competenze in favore degli studenti.

L'iniziativa ha lo scopo di favorire, attraverso l'organizzazione di convegni, seminari e attività di ricerca, azioni comuni e forme di integrazione e di

cooperazione gratuita, da svolgersi in ambito sia nazionale che internazionale.

Sempre nell'ottica della collaborazione scientifica, il Tar del Lazio ha ospitato, lo scorso 7 novembre, 40 studenti dell'Università LUMSA, che hanno presenziato a un'udienza pubblica della sezione I.

Sono state rinnovate (a decorrere dal 1° gennaio 2019) le convenzioni stipulate con l'Università degli Studi Roma Tre e con la Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università LUMSA, aventi ad oggetto lo svolgimento di attività di tirocinio formativo presso questo Tar.

Sono proseguiti i tirocini formativi. A seguito dell'indizione della procedura per 60 tirocinanti da immettere presso il Tar del Lazio, ai sensi dell'art. 73 del d.l. n. 69/2013 (convertito dalla l. n. 98/2013), sono stati sottoscritti, nei mesi di marzo e aprile, 42 accordi.

I tirocinanti così selezionati sono stati assegnati agli uffici del processo amministrativo, istituiti presso le tre sezioni esterne di questo tribunale, e destinati anche ad un ciclo formativo (5 incontri), in collaborazione con l'Ufficio studi del Consiglio di Stato.

Infine, nell'anno 2018 è proseguito, ed è attualmente in corso, il programma di incontri con gli studenti delle scuole secondarie del Lazio, dal titolo "Costituzione, giudici e cittadini di domani".

L'iniziativa ha coinvolto circa 38 scuole con la partecipazione di circa 1.300 studenti e ha visto impegnati magistrati, dirigenti del Tar e avvocati.

Il programma degli incontri prevede nella prima parte una breve presentazione dell'assetto costituzionale della giustizia, e di quella amministrativa in particolare, tenuta da magistrati e avvocati, cui segue la simulazione di un processo, con la partecipazione attiva dei ragazzi che sono chiamati ad esaminare, discutere e decidere alcuni casi tratti da giudizi realmente decisi.

Si tratta di incontri che mirano a migliorare la conoscenza dei principi fondamentali della Costituzione e dei meccanismi di funzionamento della giustizia, e a stimolare una riflessione autonoma, da parte degli studenti, sulla legalità, le regole della convivenza civile e l'effettività della tutela giurisdizionale, nella consapevolezza che la giustizia deve funzionare per i cittadini, ma per funzionare bene ha anche bisogno del contributo di tutti coloro che quotidianamente vi entrano in contatto.

6. I profili quantitativi e qualitativi del contenzioso

6.1. I dati

Considerando i ricorsi pervenuti al Tar del Lazio, sede di Roma, dal 2005 al 2018, si registra fino al 2012 una sostanziale costanza nel numero dei ricorsi depositati, con una leggera tendenza a una loro diminuzione, salvo poi osservare, nel successivo biennio 2013-2014, una significativa ripresa, pari a una media nel suddetto biennio di 15.032 ricorsi, superiore di 3.082 rispetto alla media di 11.950 del periodo 2005-2012.

Nel quadriennio appena conclusosi il Tar del Lazio è stato attraversato da un significativo afflusso di contenzioso, che ha incrementato in modo rilevante il numero dei ricorsi introitati. Si è passati da un valore medio di 12.566 del periodo 2005-2014 a un valore medio di 15.118 del periodo 2015-2018, con un aumento complessivo del 20,3%.

Nel corso del 2018 si è registrato un evidente incremento dei depositi rispetto al 2017, passandosi da 13.407 a 15.527 (+15,8%), così attestandosi su valori in linea con quelli del 2016.

Tra i fattori che hanno contribuito all'incremento, una parte significativa è riconducibile ai ricorsi ordinari in materia scolastica e universitaria, in numero di 3.395 rispetto ai 2.390 dell'anno precedente (+42%). Altra importante parte concerne i ricorsi per mancata esecuzione del giudicato, passati dai 1.353 del 2017 ai 1.814 del 2018 (+ 34%). Di questi ultimi, 1.244 ricorsi

conseguono alla mancata esecuzione di giudicato su condanne in materia di equa riparazione per ritardo nei giudizi (c.d. legge Pinto), che, rispetto ai 757 del 2017, risultano incrementati del 64,3%. In aumento anche i ricorsi in materia di silenzio, il cui numero si è attestato su 1.115 rispetto ai 799 del 2017 (+39,5%).

oooo

In aumento è anche il numero complessivo dei ricorsi depositati dinanzi al giudice amministrativo di primo grado: nel 2018 i nuovi ricorsi sono aumentati, nell'insieme dei Tar, di poco più del 2,9% (a fronte di 48.555 ricorsi proposti nel 2017, nel 2018 ne sono pervenuti complessivamente 49.968).

A tale aumento ha contribuito il Tar del Lazio in misura considerevole. Infatti, nel 2018 l'incidenza dei ricorsi ivi depositati sul totale nazionale risulta pari al 31,07%, con un incremento del 3,46% rispetto al 27,61% del 2017 (se si considera anche la sezione staccata di Latina, l'incidenza del Tar del Lazio nel 2018 raggiunge il 32,55% del totale nazionale dei ricorsi). Il dato si inserisce in un quadro di progressivo sostanziale incremento dell'incidenza percentuale degli introiti del Tar di Roma rispetto a quella di tutti gli altri Tar (20,26% nel 2011, 22,51% nel 2012, 24,06% nel 2013, 26,45% nel 2014, 25,82% nel 2015, 28,76% nel 2016 e 27,61% nel 2017).

Lo stesso dato risulta ancora più significativo se raffrontato con l'incidenza percentuale registrata nel 2005, in cui i ricorsi depositati presso il Tar di Roma

rappresentavano "soltanto" il 19,96% del totale nazionale.

La situazione di assoluta specialità di questo Tribunale è efficacemente delineata anche dall'esame dei dati riguardanti la distribuzione del carico complessivo dei ricorsi pervenuti al Tar del Lazio tra le singole sezioni interne. Alcune sezioni interne (quali la I-ter e la III-bis) hanno introitato nel corso dell'anno, da sole, più ricorsi di quelli pervenuti nella maggior parte dei Tar. Merita di essere evidenziato che la III sezione esterna, da sola, ha introitato nel 2018 il maggior numero dei ricorsi tra i Tribunali amministrativi, seguita dalla sede di Napoli e quindi dalla I e dalla II sezione esterne del Tar del Lazio.

oooo

La materia che nell'anno ha fatto registrare in assoluto i più alti introiti è stata quella attinente al contenzioso scolastico e universitario con, come accennato, 3.395 ricorsi incamerati (pari a circa il 21,9% dei ricorsi complessivi). Di questi, 1.137 in ambito universitario e 2.258 in quello scolastico.

I 1.583 ricorsi in materia di immigrazione e di cittadinanza, pari al 10,19% degli introiti complessivi, occupano il secondo posto; al terzo posto si collocano i ricorsi per l'esecuzione di giudicato ai sensi della legge Pinto, con 1.244 depositi.

I 1.814 ricorsi in tema di esecuzione del giudicato, di cui il 68,57% concernenti, come detto, i ricorsi ex legge Pinto, a loro volta costituiscono l'11,68% del totale dell'anno.

Quanto ai 1.115 ricorsi depositati avverso il silenzio dell'amministrazione, gli stessi rappresentano il 7,18% dei ricorsi complessivi.

In materia di appalti il numero complessivo dei ricorsi depositati è stato pari a 552 (di cui 79 riconducibili all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, del c.p.a.) e incidono per il 3,55 % del totale. In proposito si rileva una flessione degli stessi rispetto ai 615 del 2017, con un decremento di circa il 10,2%.

°°°°°

Dei 15.527 ricorsi pervenuti nel 2018, più della metà (8.807) presentavano una richiesta cautelare (il 2% circa in più delle 8.630 istanze cautelari pervenute nel 2017) e le ordinanze cautelari emesse sono state 5.640. Gli esiti delle ordinanze cautelari sono stati di rigetto per circa il 61,9% delle istanze trattate, a fronte di una percentuale di accoglimento pari a circa il 20,4%; la rimanente percentuale del 17,7% riguarda esiti diversi.

Va segnalato, inoltre, che, nel corso del 2018, sono stati emessi 2.248 decreti cautelari monocratici, con un incremento di circa il 15% rispetto al 2017 (1.951).

°°°°

Venendo ai dati sui provvedimenti emessi, si deve dare conto di una diminuzione nel corso del 2018 delle pronunce rispetto all'anno precedente che ha riguardato indistintamente, sia pure con diverse incidenze, tutte le tipologie di provvedimenti. Il dato più evidente riguarda i decreti decisori adottati: nel 2017 ne sono stati pubblicati 8.050 a fronte dei 6.537 del 2018 (di cui 6.061

decreti di perenzione), pari a un decremento del 18,8% circa.

Il numero delle sentenze definitive emesse ha registrato una flessione pari al 4,5%: nel 2018 sono state pubblicate 9.244 sentenze definitive a fronte delle 9.679 sentenze definitive pubblicate nell'anno 2017.

Nel 2018 sono state pubblicate 1.808 sentenze definitive in forma semplificata, pari al 19,5% delle sentenze definitive complessivamente emesse nell'anno.

Inoltre, sono stati emessi nell'anno 599 provvedimenti (ordinanze e altri decreti) che hanno definito il giudizio.

La diminuzione del numero dei provvedimenti emessi è da ricondurre, per un verso, al permanere di una situazione di immutata criticità riguardante l'organico del personale di magistratura e, per l'altro, ai riverberi di carattere organizzativo legati al significativo tasso di *turn over* che ha coinvolto il personale stesso nel corso del 2018. A ciò possono aggiungersi, in particolare per quanto concerne i decreti decisori, circostanze legate sia alla naturale diminuzione delle più risalenti pendenze, sia alla fisiologica variabilità, nel tempo, del numero dei ricorsi da avviare alle procedure di perenzione.

In ogni caso, pur a fronte di tale riduzione, il rapporto tra ricorsi definiti (16.519) e ricorsi pervenuti nell'anno (15.527) fa registrare comunque un valore di segno positivo, pari a circa l'1,06.

Più in generale, tale saldo attivo tra ricorsi pervenuti e definiti ha determinato un'ulteriore diminuzione (del 2,85%) dei ricorsi complessivamente pendenti al Tar del Lazio che, al 31 dicembre 2018, ammontavano a 53.101 (mentre, al 31 dicembre 2017, erano 54.659). Tale dato, ove raffrontato con le pendenze rilevate al 31 dicembre 2009 (172.782), delinea l'ampiezza del decremento realizzatosi negli ultimi nove anni.

oooo

Relativamente agli esiti delle sentenze emesse, quello di accoglimento ha riguardato 2.888 ricorsi (pari al 30,5 % dei ricorsi definiti con sentenza), mentre gli esiti di rigetto sono stati 2.980 (pari al 31,5 % dei ricorsi definiti con sentenza), cui devono aggiungersi 2.958 esiti di puro rito (irricevibilità, improcedibilità, inammissibilità, cessata materia del contendere), pari al 31,3%; gli altri esiti sono stati 634 (pari al 6,7%).

In materia di appalti i ricorsi definiti con sentenza nel 2018 sono stati 544, di cui 74 con esito di accoglimento, 257 con esito di rigetto e 213 con altri esiti.

Nel corso dell'anno 2018 risultano pubblicate 679 sentenze contro il silenzio dell'amministrazione, di cui 192 con esito di accoglimento, anche parziale, 23 di rigetto, 319 di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse o di cessazione della materia del contendere e 145 con altri esiti.

Per quanto riguarda i ricorsi in materia di accesso, quelli definiti con sentenza sono stati 256, di cui 90 accolti, 49 respinti e 117 definiti con altri esiti.

Per ultimo, i ricorsi per l'esecuzione del giudicato definiti con sentenza sono stati complessivamente 1.386, con esito di accoglimento in numero di 835, 31 con esito di rigetto e 520 con altri esiti.

oooo

Infine, il dato sugli appelli avverso le sentenze del Tar del Lazio, il quale non può che essere riferito al 2017.

Le sentenze di primo grado del 2017 non appellate sono state 7.928, pari a circa all'81% del totale (9.793). Le sentenze appellate risultano 1.865. Al momento risultano definiti 739 appelli, di cui 270 accolti (pari al 36,53% degli appelli definiti), 327 respinti o inammissibili (pari al 44,25%) e 142 con altri esiti (pari al 19,22%). Se ne ricava che le sentenze di primo grado emesse nel 2017 che sono divenute definitive rappresentano l'84,29% del totale.

oooo

Relativamente ai tempi medi di definizione dei ricorsi con sentenza e ordinanza - che comprende sia gli appalti, che vengono definiti in pochi mesi, sia i riti abbreviati e quelli ordinari - essi si attestano su 1.123 giorni (poco più di 3 anni), circa 6 mesi in più di quanto richiesto nel 2017 (due anni e mezzo circa). Ma il tempo di definizione dei ricorsi con sentenza si riduce a 822 giorni (poco più di due anni) se non si considerano i ricorsi definiti nel 2018 in occasione di udienze dedicate allo smaltimento dell'arretrato (circa 900 ricorsi).

Per il dettaglio dei dati si rinvia alle tabelle allegate.

6.2. Le decisioni significative

Per le decisioni più significative rinvio alla rassegna.

Solo a titolo esemplificativo, per dare un'idea della varietà e ampiezza delle questioni che affronta quotidianamente questo Tribunale, ricordo alcune pronunce emesse nel corso dell'anno 2018.

Con le sentenze dell'11 luglio, nn. 9229 e 9230, la sezione III-bis si è occupata delle modalità e dei limiti del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative, con riferimento in particolare all'algoritmo utilizzato per le assegnazioni e i trasferimenti operati nell'ambito del piano straordinario di assunzione dei docenti; algoritmo che avrebbe del tutto sostituito la fase istruttoria governata dal responsabile del procedimento.

Il Tribunale ha evidenziato che, nel caso in cui l'istruttoria procedimentale venga integralmente surrogata da un impersonale meccanismo informatico e matematico, privo di capacità di valutazione delle singole fattispecie, vengono violate le garanzie e i canoni procedimentali propri della l. n. 241/1990, quali l'accesso, la partecipazione, l'interlocuzione personale e la trasparenza, oltre che l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, non essendo possibile per l'interessato comprendere l'*iter* logico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione. Tali pronunce hanno affermato il principio della strumentalità delle procedure informatiche rispetto ai procedimenti amministrativi, nell'ambito dei quali l'attività cognitiva, ponderativa e acquisitiva di

circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati, non può che essere svolta da un funzionario persona fisica.

Con la decisione della sezione I, 27 novembre 2018, n. 11494, è stata precisata l'ampiezza dei poteri spettanti all'Anac in merito alla rilevazione del c.d. "pantouflage" – meccanismo delle porte girevoli – ovvero il divieto previsto dall'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. n. 165/2001, secondo il quale i dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri, a pena di nullità dei contratti e degli incarichi conferiti. La sentenza ha chiarito che il potere di vigilanza dell'Anac si esplica nei confronti non dei soggetti privati ma delle sole amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, essendo, di contro, limitato, nei confronti dei soggetti privati, all'adozione di pareri "facoltativi" in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti dello Stato e degli enti pubblici nazionali.

Di particolare risonanza mediatica sono state poi le sentenze nn. 3261 del 22 marzo e 12481 del 21 dicembre, con cui la sezione III si è pronunciata sulle delibere dell'Autorità garante delle comunicazioni che hanno introdotto modifiche al regolamento per la tutela

dell'utente, imponendo agli operatori telefonici un limite temporale minimo per il rinnovo delle offerte e la cadenza della fatturazione, pari ad un mese anziché 28 giorni.

Il Collegio ha ritenuto tali delibere conformi alla disciplina di livello comunitario e nazionale, poiché volte a contrastare non l'autonomia negoziale e le libere scelte imprenditoriali riferite alla scadenza delle fatturazioni, ma specifiche modalità di scelta delle caratteristiche del servizio, non rispettose del principio di trasparenza nei confronti degli utenti, in quanto sostanzialmente finalizzate a realizzare incrementi tariffari non dichiarati e di non immediata percezione per i consumatori.

Tra le numerose ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, di rilievo quella del 29 maggio 2018, n. 6010, con cui la sezione II ha rimesso il possibile contrasto tra gli artt. 57 e 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE e l'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, il quale prevede l'esclusione dalla gara dell'operatore economico offerente nel caso di accertamento, in fase di gara, di un motivo di esclusione relativo ad un subappaltatore facente parte della terna indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato.

7. Riflessioni

7.1. Sulla discrezionalità dell'amministrazione

Alcune riflessioni in tema di discrezionalità dell'amministrazione.

Esiste una discrezionalità in senso lato dell'amministrazione?

Due esempi.

In passato era consolidata la giurisprudenza secondo cui il CSM – nel conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi – esercitava una discrezionalità dotata di un margine di apprezzamento particolarmente ampio e i profili curriculari dei candidati non dovevano essere raffrontati in modo analitico, con riguardo a ciascuno dei parametri prestabiliti dalle norme secondarie adottate dall'organo di autogoverno ovvero a ognuna delle singole esperienze possedute dagli aspiranti all'incarico.

Tale orientamento pare sostanzialmente superato dal Consiglio di Stato che, in recenti pronunce, ha affermato che il giudizio comparativo espresso dal CSM deve presentare un sufficiente grado di analiticità, tanto nella fase valutativa dei curricula che in quella comparativa. Il giudice di appello ha ritenuto, a tal fine, di dare ampio risalto a quelle disposizioni regolamentari che introducono indicatori specifici, taluni dei quali dotati di "speciale rilievo", e ha ritenuto che l'organo di autogoverno sia vincolato a prenderli espressamente in considerazione e a motivare puntualmente nel caso in cui siano ritenuti recessivi ai fini del giudizio di

comparazione (da ultimo Cons. Stato, sez. V, n. 97/2019).

Con riguardo ai ricorsi avverso scioglimenti dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose di cui all'art. 143 del d.lgs. n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), si è affermato un orientamento giurisprudenziale secondo cui il provvedimento di scioglimento non ha natura sanzionatoria, ma preventiva, con la conseguenza che, ai fini della sua legittimità, è sufficiente la presenza di elementi indizianti, che consentano d'individuare, osservati non in maniera atomistica ma nel loro insieme, la sussistenza di un rapporto inquinante tra l'organizzazione mafiosa e gli amministratori dell'ente considerato infiltrato.

In tale contesto, le pronunce rese dal giudice di appello manifestano una decisa tendenza a valutare in maniera estremamente rigorosa ogni elemento indiziario utile a dimostrare l'esistenza di situazioni di condizionamento e di ingerenza nella gestione dell'ente. Alcune recenti sentenze del Consiglio di Stato (da ultimo, sez. III, n. 5970/2018), richiamata l'ampia discrezionalità di cui l'amministrazione dispone in sede di valutazione dei fenomeni connessi all'ordine pubblico e in particolare alla minaccia rappresentata dal radicamento sul territorio delle organizzazioni mafiose, hanno inteso valorizzare singoli episodi, considerati comunque significativi ai fini della dimostrazione della sussistenza di un condizionamento criminale, che questo Tribunale aveva ritenuto non sufficientemente

rilevanti, tenuto conto delle circostanze fattuali in cui erano maturati e in una considerazione "d'insieme".

E allora, esiste una discrezionalità lata dell'amministrazione o invece esiste solo la discrezionalità, intesa come capacità di scegliere la via migliore per realizzare l'interesse pubblico indicato dalla legge e nell'osservanza delle regole?

Forse ci si dovrebbe orientare verso la seconda alternativa, con tutti i conseguenti effetti in tema di sindacato giurisdizionale.

7.2. Il miglioramento del servizio giustizia

La giustizia è un insopprimibile necessità comune. Occorre quindi vedere come sia possibile migliorarne il servizio.

Al riguardo non c'è bisogno di "riforme epocali", le quali spesso annunciate si è visto poi come siano andate a finire. Un esempio su tutti: la riforma del codice dei contratti pubblici. Sarebbero sufficienti, invece, pochi interventi migliorativi del sistema.

Ma prima di pensare ad eventuali miglioramenti si dovrebbe porre una domanda. Si riesce a garantire una giustizia piena, effettiva e tempestiva in attuazione dei principi europei, costituzionali e del c.p.a.?

I problemi del Tar del Lazio sono comuni a quelli della giustizia tutta, oltre che a quelli della giustizia amministrativa. Ma vengono acuiti dalla sua centralità e unicità nella giustizia amministrativa di primo grado. Se ne evidenziano alcuni: a) l'arretrato; b) le risorse umane e strumentali; c) i costi di accesso alla giustizia; d) i tempi

del giudizio; e) la certezza delle regole e della giurisprudenza.

Quanto all'arretrato, l'esistenza di 53.101 ricorsi pendenti al 31 dicembre 2018 (l'anno prima erano 54.659) rappresenta un male estremo da curare con rimedi estremi.

Il lavoro fatto è encomiabile, ma non basta.

Ricordo che i ricorsi pendenti al 31 dicembre 2010 erano 143.254 e quelli pendenti al 31 dicembre 2015, anno del mio insediamento alla presidenza di questo Tar, 63.178.

Il presidente del Consiglio di Stato, con decreto 14 dicembre 2018 n. 176, ha trasformato la seconda sezione consultiva in sezione giurisdizionale al fine di smaltire l'arretrato costituito da circa 2.850 ricorsi pendenti depositati fino al 31 dicembre 2012.

Al Tar del Lazio eguale situazione vede la pendenza di circa 8.000 ricorsi depositati fino al 31 dicembre 2012, in numeri più o meno rilevanti (alcune volte superiori a 1.000) presso tutte le 12 sezioni. Ma, a risorse invariate, non è possibile trasformare nessuna sezione esistente in sezione deputata allo smaltimento dell'arretrato, dovendosi rispettare anche i carichi di lavoro fissati dal Consiglio di presidenza nel 2013 e ormai anacronistici.

Il risultato conseguito dal programma di smaltimento dell'arretrato su base volontaria svoltosi al Tar del Lazio dal novembre 2017 al settembre 2018 è esiguo. Sono stati definiti solo 1.137 ricorsi.

Con riguardo alle risorse umane e strumentali, si sconta la sproporzione tra il numero dei giudici e del personale ausiliario e il numero dei ricorsi da decidere. Il che imporrebbe un migliore impiego delle risorse dell'apparato giudiziario nazionale.

Se effettivamente la giustizia amministrativa deve rappresentare un servizio pubblico reso ai cittadini, le dotazioni organiche di questo Tribunale non possono essere mantenute nelle attuali elevate percentuali di scopertura (30,2%). Tra l'altro, in una situazione che vede ormai questo Tar attestato a ricevere quasi un terzo (nella specie 31,07%) dei ricorsi in entrata innanzi al giudice amministrativo di primo grado, in un contenzioso particolarmente complesso e delicato qualitativamente, oltre che unico nel panorama nazionale (art. 135 c.p.a.).

Attualmente il numero dei magistrati in servizio presso questo Tribunale è di 60 (di cui 3 presidenti) su 86 previsti in organico ed è eguale a quello che esisteva al 1° gennaio 2015, pochi mesi prima del mio insediamento come presidente di questo Tribunale; ciò malgrado successivamente l'organico di diritto sia stato incrementato da 73 a 86 e sia stato espletato un concorso per referendario.

Emblematica continua ad essere la situazione della sezione III esterna del Tar del Lazio, la quale da anni introita più ricorsi di tutti gli altri Tar ed è composta solo di quattro sezioni interne a differenza del Tar Campania, sede di Napoli, composto di otto sezioni interne.

Si aggiunge la significativa carenza di personale amministrativo, che rischia di compromettere il mantenimento delle condizioni di efficiente operatività nelle varie e complesse articolazioni che compongono la struttura di questo Tribunale.

Le criticità maggiori riguardano l'area funzionale terza, ovvero quella dei funzionari amministrativi, che, allo stato, sono apprezzabili in circa un terzo della dotazione organica (26 unità in servizio a fronte delle 37 previste in organico).

Lo scenario appena descritto, già di per sé allarmante, si aggrava ove si consideri che l'introduzione del PAT ha inciso profondamente sull'impatto organizzativo, in quanto ha comportato una serie di verifiche di segreteria più complesse e accurate, che richiedono specifiche e peculiari competenze professionali.

I costi di accesso alla giustizia - elevati nel contenzioso sugli appalti pubblici per l'entità del contributo unificato, del tutto sproporzionato rispetto alle altre cause e motivo evidente della diminuzione del numero dei ricorsi in entrata nel 2018 rispetto all'anno precedente - qualora costituiscano barriere al contenzioso vanno contenuti. Così come andrebbero eliminate ulteriori barriere. Si pensi, ad esempio, al cosiddetto rito superspeciale negli appalti (art. 120, commi 2-bis e 6-bis, del c.p.a.) con riguardo alla previsione della necessaria impugnazione, a pena di inammissibilità di eventuali ricorsi futuri, anche in assenza di interesse processuale.

I tempi medi di definizione dei ricorsi con sentenza e ordinanza (poco più di 3 anni) sono in peggioramento rispetto a quelli dei tre anni precedenti (due anni e mezzo nel 2017 e quasi due anni nel 2016 e nel 2015).

In tema di certezza (delle regole e della giurisprudenza), è ormai acclarata l'incertezza del diritto, dovuta a fattori patologici (rapido mutare della legislazione e sua scarsa qualità tecnica) e a fattori fisiologici (l'incidenza degli ordinamenti sovranazionali e delle pronunce delle Corti europee, nonché i diversi livelli di regolazione); e anche alla complessità sociale.

L'incertezza del diritto lascia maggiore spazio all'interpretazione giurisprudenziale ma non incentiva la certezza della giurisprudenza. Anzi, comporta alcune volte soluzioni differenziate da parte dei giudici di primo grado che, poi, trovano assestamento solo successivamente e a seguito della necessaria dialettica con il giudice di appello.

8. Il ricorso a forme di soluzione alternative delle controversie amministrative

È ormai arrivato il tempo di pensare seriamente alla previsione di efficaci strumenti di risoluzione dei conflitti alternativi al giudice amministrativo.

Si consideri innanzitutto l'esigenza di ridurre i tempi e di deflazionare il contenzioso, alleggerendo il giudice amministrativo del numero dei ricorsi portati al suo esame. La situazione dei vuoti di organico della giustizia amministrativa va avanti da anni e non ha ancora trovato soluzione; tra l'altro, in un organico di diritto nettamente inferiore a quello di altri Paesi europei (Francia e Germania su di tutti), mentre è necessario assicurare un servizio di giustizia efficace, efficiente e tempestivo.

E' evidente il ruolo che potrebbe essere demandato a un serio sistema di ADR (*alternative dispute resolution*) in ambito pubblicistico, da collocarsi temporalmente, ma non necessariamente, tra il procedimento amministrativo e il processo. Ruolo che sarebbe quanto più efficace tanto più se lo si riuscisse a scollegare dall'obbligatorietà del rimedio, concentrandosi invece sulla volontarietà di un accordo preventivo tra le parti e sugli effetti premiali conseguenti.

Soprattutto, ma non solo, in un'amministrazione concepita da tempo per consenso (art. 11 della l. n. 241/1990), anche se, nella pratica, fa fatica a procedere per strumenti consensuali. Un'amministrazione per consenso dovrebbe di per sé solo incentivare sistemi di mediazione.

La soluzione dei conflitti tra le parti non può essere rimessa sempre e comunque al giudice. L'effettività della tutela non si persegue solo nell'ambito del processo ma, a maggiore ragione, al di fuori dello stesso, se si riesce ad evitare il processo.

Si pensi alla risoluzione dei conflitti tra pubbliche amministrazioni (nel 2018 al Tar del Lazio sono stati presentati 284 ricorsi da parte di pubbliche amministrazioni). Il legislatore, proprio in questi casi, potrebbe prevedere - per fattispecie determinate - il tentativo di accordo tra l'ufficio amministrativo e il destinatario dell'esercizio della sua attività (involgente interessi legittimi o diritti soggettivi).

Senza parlare poi delle controversie di modico valore o di facile soluzione, proprio per questo ipotesi tipiche in cui la mediazione amministrativa si può esprimere al meglio.

Non si pretende introdurre la mediazione in ogni ipotesi di controversie conoscibili dal giudice amministrativo.

Si comprende come essa in alcuni casi possa non avere senso, non riuscendo appieno a svolgere la sua funzione. Come nelle controversie avverso provvedimenti che scaturiscono da procedimenti amministrativi di tipo para contenzioso (quali i procedimenti innanzi all'AGCM in caso di comportamenti anticoncorrenziali, abuso di posizione dominante o pratiche commerciali scorrette). Ma la mediazione non può più continuare a essere un oggetto sconosciuto al processo amministrativo.

Nell'ambito di iniziative di riforma della giustizia amministrativa le tutele extragiudiziali dovranno avere un loro rilievo.

Allo stato, nella materia manca una cultura della mediazione, che va invece ricercata e perseguita. Ora, più che mai, sulla spinta della normativa europea e dei principi costituzionali, i tempi sembrano maturi perché anche la mediazione trovi spazio adeguato nelle controversie devolute al giudice amministrativo.

9. Le iniziative in campo internazionale

Nel corso del 2018, come anche negli anni precedenti, il Tar del Lazio si è distinto per essere la sede in cui è stato ospitato il maggior numero di eventi di rilievo internazionale organizzati dalla giustizia amministrativa in Italia.

Va in primo luogo ricordato il seminario, tenutosi l'8 e il 9 novembre 2018 e organizzato dall'Ufficio studi della giustizia amministrativa per l'EJTN (*European judicial training network*) in materia di diritto europeo della concorrenza, in lingua inglese, nel quale sono intervenuti, come relatori, accademici di altissimo profilo provenienti da varie università europee, esperti nella materia antitrust, nonché giudici di vari Paesi europei (tra cui il vice Presidente del *Conseil d'État*) e, per il pubblico, oltre 40 magistrati, sia amministrativi che ordinari, provenienti da ben 23 Paesi europei, per approfondire e discutere della complessa tematica del *public and private enforcement* delle regole della concorrenza.

Il 14 febbraio è venuta in vista ufficiale una delegazione della Corte Suprema di Giustizia amministrativa della Repubblica Islamica d'Iran.

Numerosi colleghi stranieri, inoltre, sono stati ospitati – come ogni anno – presso il Tar del Lazio per lo svolgimento di *stage* di due settimane, nell'ambito del programma di scambi finanziato dalla Commissione europea per la formazione giudiziaria europea e organizzati sempre dall'EJTN.

Nel mese di novembre hanno preso parte a uno *stage* collettivo, in lingua inglese, e a vari stage individuali, in lingua italiana, complessivamente undici magistrati amministrativi provenienti da Spagna, Germania, Francia, Slovenia e Lituania.

Inoltre, nello stesso periodo è stata ospitata, per un analogo *stage* individuale di una settimana per giudici specializzati nel diritto della concorrenza, una collega ungherese che, grazie alla collaborazione e al supporto dei colleghi che hanno competenza nella materia, ha potuto effettuare uno studio comparato del diritto antitrust nel proprio e nel nostro ordinamento nazionale.

Le attività sono state organizzate in collaborazione con l'Ufficio studi. I colleghi stranieri hanno potuto assistere alle udienze e approfondire la conoscenza del sistema di giustizia amministrativa italiano mediante il confronto e lo scambio di esperienze con i colleghi italiani del Tar e del Consiglio di Stato e con docenti universitari. Essi hanno anche visitato il Consiglio di Stato e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa.

Tali iniziative sono state, come ogni anno, molto interessanti, consentendo tanto ai colleghi stranieri di conoscere il sistema di giustizia amministrativa italiana, spesso poco noto all'estero, che ai magistrati del Tar del Lazio di approfondire l'analisi comparativa tra i sistemi giuridici dei vari Paesi, anche su temi di rilievo europeo e dunque di interesse comune.

Tutto ciò è stato possibile solo grazie al generoso apporto di alcuni magistrati del Tar del Lazio, che hanno dedicato il loro tempo e le loro energie alla buona riuscita degli *stage*.

Nel corso dell'ultimo anno, poi, vari magistrati di questo Tribunale hanno preso parte a loro volta a iniziative della rete di formazione giudiziaria europea, sia recandosi presso omologhe Corti amministrative in Europa sia presso la Corte di giustizia europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcuni hanno anche partecipato a seminari internazionali di approfondimento su temi di diritto amministrativo, distinguendosi per la propria preparazione e dedizione.

Non può non menzionarsi la partecipazione, ormai assidua, da parte di molti colleghi di questo Tar, agli incontri di studio in materia di ambiente, diritto tributario, immigrazione e diritti fondamentali, organizzati dall'Associazione dei giudici amministratici europei (AEAJ – *Association of European administrative judges*) in vari Paesi dell'Unione e il loro significativo apporto, anche come relatori, in questi contesti internazionali.

Vi è infine la presenza di taluni colleghi, anche nella veste di relatori, ai forum organizzati direttamente dalla Commissione Europea a fini di approfondimento e confronto dei giudici nazionali in alcune materie altamente specialistiche di derivazione europea, cui l'organismo europeo annette grande importanza, come il diritto della concorrenza e il diritto delle comunicazioni elettroniche.

Si tratta, in definitiva, di attività di enorme rilievo, la cui finalità non è solo un mero incremento di conoscenze di diritto comparato da parte dei giudici coinvolti nei programmi di formazione ma soprattutto lo sviluppo, in ambito europeo, di una "cultura giuridica comune", obiettivo perseguito con grande impegno, anche di risorse, dalla Commissione europea.

La partecipazione a tali iniziative è tanto più importante in un quadro giuridico ormai caratterizzato dalla presenza di fonti sovranazionali (sia a livello di diritto UE che di ordinamento convenzionale), come interpretate dalle Corti europee, che incidono sulle fonti nazionali con impatto quotidiano sull'attività del giudicare.

Per tale ragione sono assolutamente indispensabili il dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali e il confronto con gli altri ordinamenti europei, anche al fine di fornire il nostro apporto nei contesti sovranazionali, impegnandoci perché la ricchezza e profondità della nostra tradizione giuridica siano il più possibile conosciute e valorizzate in ambito europeo.

10. Conclusioni

Non mi aspetto che questo sia l'anno della svolta.

Mi basterebbe riuscire a garantire una giustizia piena, effettiva e tempestiva.

Ma per fare questo, in mancanza di riforme, occorre, anche da parte dell'organo di autogoverno, riconoscere una volta per tutte la situazione di assoluta specialità di questo Tribunale, che, considerate competenze e ruolo, non può essere trattato allo stesso modo di tutti gli altri Tribunali amministrativi; e intervenire di conseguenza.

Altrimenti, non so fino a che punto potrà essere garantito quanto previsto dall'art. 41, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui "Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione".

La sentenza della sez. III-quater del Tar del Lazio n. 500/2019 in tema di telefonia mobile, a cui si è accennato all'inizio, è stata definita sulla stampa "rivoluzionaria".

Ma la vera rivoluzione sarà quando:

a) sarà introdotto il giudice monocratico di primo grado;

b) il Tar del Lazio non deciderà sempre e comunque su tutto;

c) saranno previste efficaci forme di risoluzione alternative delle controversie amministrative;

d) le pendenze diminuiranno entro limiti tollerabili;

e) i tempi dei giudizi saranno oltremodo contenuti;

f) l'organico di magistratura e dei funzionari di questo Tribunale sarà coperto del tutto;

g) diminuirà l'incertezza del diritto;

h) sarà raggiunta la piena fiducia da parte degli utenti nell'istituzione Tar del Lazio.

Solo una volta che, con l'apporto di tutti gli operatori, questa fiducia sarà radicata, potrà considerarsi realizzato uno degli obiettivi primari della giustizia amministrativa. E almeno su questo posso dire che si è sulla buona strada.

In conclusione, ringrazio i presidenti delle sezioni esterne, gli altri presidenti e i magistrati di questo Tribunale per l'attività svolta e la collaborazione dimostrata.

Ringrazio anche il segretario generale, il personale amministrativo tutto e gli avvocati che frequentano il Tar del Lazio.

Il Presidente di questo Tar è destinatario di tante richieste che, nei limiti del consentito, cerca di soddisfare. Ma non è possibile accoglierle tutte, anche perché alcune volte confliggono tra loro o con l'interesse generale dell'istituzione Tar del Lazio e del servizio giustizia, che devono essere prioritariamente perseguiti.

Rivolgo a tutti i migliori auguri per questo nuovo anno giudiziario e ringrazio i presenti per l'attenzione che ancora una volta hanno voluto riservare a me, all'istituzione che rappresento e alla giustizia amministrativa.

APPENDICE

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

a cura

degli Uffici per il processo amministrativo e dei magistrati Lucia Brancatelli, Maria Laura Maddalena, Francesca Petrucciani, Raffaele Tuccillo e Anna Maria Verlengia

SOMMARIO 1. **Autorità amministrative indipendenti:** 1.1. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm). 1.2. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom). 1.3. Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac). 1.4. Banca d'Italia. 1.5 Consob. **2. Regioni ed enti locali. 3. Elezioni amministrative. 4. Appalti e contratti pubblici. 5. Infrastrutture e trasporti. 6. Sanità. 7. Pubblica istruzione. 8. Ambiente e beni culturali. 9. Urbanistica ed edilizia. 10. Monopoli. 11. Giochi e scommesse. 12. Società miste. 13. Associazioni sindacali. 14. Pubblico impiego non contrattualizzato. 15. Procedimento amministrativo. 16. Giurisdizione. 17. Processo amministrativo. 18. Giustizia sportiva. 19. Ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale. 20. Ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.**

1. AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

1.1. Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm)

Pratiche commerciali scorrette, *hosting provider* e clausola di esenzione da responsabilità

Con la sentenza della **Sezione I, 15 gennaio 2018, n. 464**, il Tribunale, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della sanzione irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad una società operante nel mercato secondario della vendita online di biglietti per eventi culturali, ha statuito che, ai fini dell'inoperatività della clausola di esenzione da responsabilità dell'*hosting provider* per le informazioni fornite ad un destinatario del servizio, come disposta dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, attuata nell'ordinamento nazionale dal D.lgs. n. 70/2003, occorre verificare se l'intermediario *online* interessato possa essere qualificato come professionista e se, in tale veste, abbia o meno posto in essere una pratica commerciale direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

E ciò in quanto le deroghe alla responsabilità previste dalla sopracitata direttiva, come confermato dalla giurisprudenza europea, riguardano esclusivamente i casi in cui l'intermediario *online* sia un "soggetto neutro" o, più precisamente, un prestatore del servizio di sola "memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio". Nel caso di specie, la sentenza in questione, alla luce anche dell'ampia accezione assunta dalla qualifica di "professionista", ormai riconosciuta a chiunque partecipi alla realizzazione di una pratica traendone uno specifico e diretto vantaggio economico o commerciale, ha escluso che la posizione della ricorrente nella realizzazione della condotta sanzionata potesse ritenersi assimilabile a quella di una mera piattaforma ospitante, con conseguente inoperatività del regime di esenzione invocato.

Illecito antitrust, intesa orizzontale e accordi verticali

Con una serie di pronunce riguardanti la sanzione irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad operatori del settore del c.d. "model management", il Tribunale ha affrontato alcune questioni inerenti la sussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza unica, complessa e qualificabile come "orizzontale" o "per oggetto", posta in essere in violazione dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (**Sezione I, 20 aprile 2018, nn. 4401, 4402, 4403, 4404, 4405, 4406)**. Più nello specifico, la Sezione, nel confermare la natura orizzontale dell'intesa accertata dall'Autorità, ha ribadito come la mera partecipazione o presenza di un cliente in un accordo intercorrente tra numerose imprese impegnate allo stesso livello della filiera non possa, per ciò solo, assorbire e connotare di verticalità una concertazione sostanzialmente orizzontale. In altri termini, la qualificazione dell'intesa come "orizzontale" non può essere esclusa in presenza di una partecipazione o iniziativa del cliente che sia solo sporadica o eventuale. E ciò in aderenza con quanto statuito dall'art. 1, lettera a), del Reg. UE n. 330/2010, che definisce accordi verticali quegli accordi intercorrenti "*tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo o della pratica concordata, ad un livello differente della catena di produzione o distribuzione*".

Illecito antitrust, abuso di posizione dominante mediante strategia escludente, AEC test

Con la sentenza della **Sezione I, 31 maggio 2018, n. 6080**, il Tribunale si è pronunciato sul provvedimento con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto che un'impresa attiva nello sviluppo e commercializzazione di prodotti di largo consumo avesse posto in essere un abuso di posizione dominante, contrario all'art. 102 del TFUE. In particolare, la pronuncia in questione ha rilevato come la condotta abusiva si sia concretata nell'adozione di una strategia escludente, realizzata a mezzo dell'ampio utilizzo di clausole di esclusiva merceologica e da una serie articolata di ulteriori condizioni contrattuali, strumenti di politica commerciale e condotte, complessivamente volti a mantenere, durevolmente, l'esclusiva delle forniture sulla propria clientela e a ostacolare, per tale via, la competizione sui meriti. In particolare, la Sezione ha rilevato come l'Autorità abbia correttamente ravvisato la condotta sanzionata non negli effetti escludenti connessi all'adozione di una determinata politica degli sconti, bensì negli effetti escludenti collegati alla pervasiva presenza di accordi di esclusiva, la cui idoneità ad alterare la concorrenza è solo rafforzata da una pluralità di condotte, tra cui rientrano anche gli sconti e gli altri incentivi indicati nel provvedimento impugnato. Di conseguenza, la sentenza in questione ha ritenuto che nel caso in esame l'"AEC test" (test del concorrente altrettanto efficiente) non fosse necessario, sia perché non si era in presenza di un abuso attuato solo a mezzo di una politica di sconti, sia perché tale test non costituisce condizione della completezza dell'istruttoria. Al riguardo, si osservava, conformemente a quanto da ultimo statuito dalla giurisprudenza comunitaria, che l'art. 82 del TFUE deve essere interpretato nel senso che, per ricadere nell'ambito di applicazione di tale articolo, l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti operato da un'impresa in posizione dominante deve essere probabile, senza che sia necessario dimostrare che esso riveste carattere grave o notevole.

Disciplina della concorrenza, illecito antitrust e definizione del termine massimo di avvio della fase istruttoria

Le sentenze della **Sezione I, 12 giugno 2018, n. 6516, 6518, 6519, 6521, 6522, 6523 e 6525**, nell'ambito del giudizio su un caso di intesa restrittiva della concorrenza tra imprese rilevata dall'Agcm, si sono pronunciate con riferimento alle conseguenze di una ingiustificata

eccessiva durata della fase preistruttoria. Le pronunce hanno premesso che né nell'art. 14 della l. n. 287 del 1990 né nel Regolamento dell'Autorità in materia di procedure istruttorie viene individuato un termine massimo per la durata di tale fase; tuttavia, la non applicabilità diretta del termine di cui all'art. 14 della l. n. 689/1981 non può giustificare il compimento di una attività preistruttoria che si dipani entro un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, poiché un simile *modus operandi* sarebbe in aperto contrasto con i principi positivizzati nella legge n. 241/1990 e, più in generale, con le esigenze di efficienza dell'agire amministrativo e di certezza del professionista sottoposto al procedimento.
Le decisioni hanno anche richiamato, quali riferimenti interpretativi, i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta Fondamentale dei diritti UE, dalla lettura dei quali è stato desunto l'obbligo per l'Autorità competente, per accertare una violazione del diritto "antitrust" e per applicare le relative sanzioni, di procedere all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta a esame, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguerne l'operato.
E' stato, inoltre, chiarito che, ai fini della valutazione della congruità del tempo di accertamento dell'infrazione, ciò che rileva, quale termine iniziale, non è la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità ma l'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza a sua volta implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione.

Notifica del provvedimento sanzionatorio al liquidatore nominato in sede di concordato preventivo

La pronuncia della **Sezione I, 30 luglio 2018, n. 8545** riguarda un provvedimento sanzionatorio emesso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e si sofferma sulla funzione della notifica del provvedimento medesimo al liquidatore nominato in sede di concordato

preventivo. La parte ricorrente aveva dedotto l'inesistenza o, comunque, la radicale nullità della notifica del provvedimento impugnato, in quanto eseguito nei confronti di un soggetto (il liquidatore) diverso dal concordato. La decisione specifica che, sebbene l'unica parte del procedimento sanzionatorio, e dunque il soggetto a cui è imputata la condotta collusiva, sia la sola società in liquidazione, la notifica del provvedimento al liquidatore nominato in sede di omologa del concordato e alla società in liquidazione ha avuto la finalità di garantire la massima conoscenza della delibera, anche al fine di individuare il soggetto munito dei poteri, quantomeno concorrenti, necessari per effettuare il pagamento della sanzione. La sentenza ha, inoltre, osservato che la notifica del provvedimento amministrativo assolve ad un compito diverso da quello della notifica dell'atto processuale, tanto da ammettere l'equivalente della piena conoscenza comunque raggiunta, così che a nulla vale il riferimento alle categorie processualcivilistiche della inesistenza o della radicale nullità.

Diniego del rinnovo del "rating di legalità" in presenza di un decreto penale di condanna non formalmente revocato

La sentenza della **Sezione I, 17 settembre 2018, n. 9417**, ha analizzato le conseguenze della presenza di un decreto penale di condanna, non formalmente revocato ma rispetto al quale pende un giudizio di opposizione, sul rilascio del "rating di legalità" da parte dell'Agcm. Il Collegio, rammentato che il regolamento dell'Autorità fa riferimento, come presupposto ostativo al rilascio/rinnovo del "rating" in questione, alla emissione di un decreto penale di condanna per determinati reati, ha preso atto della circostanza che, allo stato, lo specifico decreto in capo al rappresentante legale della parte ricorrente non risultava revocato. Tuttavia, ha richiamato la giurisprudenza maggioritaria della Corte di Cassazione, secondo cui la revoca del decreto penale di condanna, ex art. 464, comma 3, c.p.p., è un "*antecedente immancabile del giudizio di opposizione che si verifica per il solo fatto della sua celebrazione, ope legis e non ope iudicis*". La pronuncia ha, quindi, ritenuto che la mancata esplicita revoca del decreto era una circostanza non rilevante, essendo riconducibile a impostazione processuale del giudice competente in relazione a quanto previsto dagli artt. 464, comma 3, e 557, comma 2, c.p.p., dato che la mera instaurata e rituale opposizione rendeva il decreto *tamquam non esset* per disposizione di legge desumibile dalla obbligatorietà della sua revoca in costanza del

giudizio in questione. Pertanto, il provvedimento impugnato, in cui il rating non era stato rilasciato in ragione della sola presenza del decreto penale di condanna "opposto" ma non formalmente revocato, è stato ritenuto viziato per carenza dei presupposti e di motivazione.

1.2. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom)

Potere di regolazione dell'Agcom nell'attuale regime autorizzatorio dei servizi di telecomunicazione

Con la sentenza della **Sezione III, 22 marzo 2018, n. 3261**, il Tribunale ha affermato la legittimità della delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 121/17, con cui sono state introdotte modifiche al regolamento per la tutela dell'utente e per favorire la trasparenza e la comparazione delle condizioni dell'offerta (approvato con delibera 252/16). In particolare, la delibera n. 121 del 2017 ha imposto agli operatori telefonici un limite temporale minimo per il rinnovo delle offerte e di cadenza della fatturazione, pari ad un mese (o suoi multipli), per la telefonia fissa e convergenti, e ad almeno quattro settimane, per la telefonia mobile, ed ha previsto un obbligo di informazione gratuita agli utenti sul credito residuo, da effettuarsi secondo determinate modalità.

Il Collegio ha ritenuto la disciplina contestata conforme alle norme generali di livello comunitario e nazionale, perché volta non a mettere in discussione l'autonomia negoziale e le libere scelte imprenditoriali riferite alla scadenza delle fatturazioni, ma specifiche modalità di scelta delle caratteristiche del servizio, non rispettose del principio di trasparenza nei confronti degli utenti, in quanto sostanzialmente finalizzate a realizzare incrementi tariffari non dichiarati e di non immediata percezione. Secondo il Tribunale il potere di intervento regolatorio dell'Autorità non è mutato ma, piuttosto, si è rafforzato, nel passaggio dal sistema precedente (di tipo concessorio) a quello attuale (di tipo autorizzatorio), atteso che "*la liberalizzazione dei servizi di comunicazione elettronica è fenomeno che non comporta il superamento della norma*" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 24 maggio 2016, n. 2182). Nel caso di specie, l'Agcom ha rilevato l'esigenza di intervenire mediante l'individuazione di un quadro complessivo di riferimento, *rectius* di una mera cornice, costituita dal periodo minimo di fatturazione, lasciando liberi – all'interno di essa –

gli operatori di articolare le proprie offerte commerciali nel modo più utile ed efficace; ciò, al fine di eliminare o, comunque, correggere un fattore distorsivo costituito dalla unilaterale (e continua) modifica dei periodi di fatturazione, che aveva ingenerato un clima di incertezza e di confusione tra gli utenti, non essendo più chiari i parametri di valutazione delle offerte.
Il differimento delle possibilità di tutela del consumatore ad una fase successiva alle modifiche contrattuali, quale mera possibilità di recesso dal contratto, di contro, non garantirebbe le esigenze di trasparenza, confrontabilità delle offerte e libertà di scelta e di comportamento dell'utente in relazione alla fruizione dei servizi.
In conclusione, con la delibera impugnata non è stato introdotto un livello di regolazione superiore a quello richiesto dalla direttiva 2002/22/CE, né è possibile ritenere che una regolamentazione finalizzata a garantire un'informazione più ampia e trasparente sia di per sé limitativa della concorrenza tra imprese, essendo queste ultime vincolate ai medesimi obblighi informativi nei confronti degli utenti.

Il provvedimento sanzionatorio nei confronti di un programma televisivo per la lesività delle immagini trasmesse deve essere motivato in concreto

Con la sentenza **n. 4265 del 14 aprile 2018, la Sezione III ter** ha annullato la delibera adottata dalla Commissione per i Servizi e i Prodotti dell'Agcom con cui era stata condannata una rete televisiva al pagamento di una sanzione di euro 100.000 per la violazione dell'art. 4, I co., lett. b), del d.lgs. n. 177/2005 a tutela dei minori e del Codice di Autoregolamentazione per aver trasmesso un *reportage* idoneo al danneggiamento dello sviluppo psichico e morale dei minori telespettatori.
La sentenza ha ritenuto che il provvedimento dell'Agcom, redatto senza la consultazione di esperti specializzati in discipline scientifiche e tecniche dell'età evolutiva, non ha esplicitato "*in maniera adeguata le ragioni della ritenuta lesività, in concreto, delle immagini trasmesse dalla trasmissione sanzionata*" che sono andate in onda "*fuori dalla fascia destinata alla fruizione familiare congiunta"* e quindi fuori dalle tutele previste dal Codice di Autoregolamentazione. Tali pareri avrebbero anche permesso, ai sensi dell'art. 134, I co., lett. c), del codice del processo amministrativo, un giudizio nel merito del provvedimento impugnato.

In più, essendo la trasmissione in oggetto riconducibile alla categoria di “Programma di informazione”, non era necessaria la segnalazione iconografica prevista per i programmi non adatti ai minori ma deve ritenersi sufficiente l’avviso del conduttore sulla materia trattata nella puntata che stava per iniziare.

Competenza dell’Agcom in materia di cadenza di fatturazione dei servizi di comunicazione elettronica

Anche con la sentenza **n. 12481 del 21 dicembre 2018 la Sezione III** si è pronunciata sulla legittimità delle delibere adottate dall’Agcom in materia di cadenza di fatturazione dei servizi di comunicazione elettronica. In particolare la sentenza ha ritenuto legittime le delibere con cui l’Agcom ha imposto per la telefonia fissa la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione su base mensile o suoi multipli, con l’ordine agli operatori di adeguarsi entro novanta giorni, ordinando poi, in luogo del precedente “storno” di somme di danaro a compensazione del minor numero di giorni previsto con la precedente fatturazione a quattro settimane, una posticipazione della prima fattura, commisurata al periodo mensile in misura corrispondente ai giorni di servizio sottratti in precedenza con la fatturazione a 28 giorni.

Evidenziando la coerenza di tali provvedimenti con il d.l. n. 148/2017 (conv. in l. n. 172/2017), volto a favorire la trasparenza e l’accesso pieno alle informazioni riguardanti i prezzi praticati al fine di tutelare la libertà di scelta degli utenti in termini di effettiva possibilità di comparazione delle condizioni economiche di offerta dei servizi di comunicazione elettronica, il Collegio ha precisato che l’art. 19 *quinquesdecies* del d.l. n. 148/2017 conv. in l. n. 172/2017 impone la medesima cadenza di fatturazione mensile già prevista dall’Autorità resistente per i servizi di telefonia fissa, estendendo però tale obbligo a tutti gli operatori di telefonia mobile e delle reti televisive, al fine di garantire una maggiore uniformità di disciplina e di estendere la tutela della trasparenza ad una gamma più ampia di offerte commerciali. In altre parole, secondo il Collegio, la norma non comporterebbe alcuna abrogazione della delibera suddetta ma ne confermerebbe, esplicitandoli ed espandendoli, i contenuti.

Con riguardo alle ulteriori censure relative all’assenza del potere regolatorio dell’Agcom in materia, il Collegio ha ritenuto legittimo l’operato dell’Autorità predetta, in quanto la delibera n. 121/2017 impugnata trae fondamento dall’art. 71 CCE, espressivo dei principi

elaborati dalla direttiva quadro sul servizio universale di comunicazioni elettroniche 2002/21/CE, che all'art. 8 individua gli obiettivi generali e i principi dell'attività di regolamentazione delle autorità amministrative indipendenti. Ha affermato inoltre che il potere di intervento dell'Autorità resistente trova fondamento anche nelle norme contenute nella legge n. 481/1995 istitutiva delle Autorità per i servizi di pubblica utilità, competenti per energia elettrica, gas e le telecomunicazioni in particolare all'art. 2, co. 12, lett. H) ed L), nonché nella legge n. 249/1997 istitutiva dell'Agcom e, in particolare, nell'art. 1, co. 6, n. 2. Da tanto deriva che il successivo intervento legislativo deve essere interpretato in funzione di perfezionamento e specificazione di un potere generale già attribuito all'Autorità ai sensi dell'art. 71 CCE.

1.3. Autorità nazionale anticorruzione (Anac)

Poteri di rilevazione del c.d. "pantouflage" nei confronti di soggetti privati

La decisione della **Sezione I, 27 novembre 2018, n. 11494** ha precisato l'ampiezza dei poteri spettanti all'Autorità nazionale anticorruzione in merito alla rilevazione del c.d. "pantouflage" nei confronti di soggetti privati. Viene in considerazione il divieto previsto dall'art. 53, comma 16 *ter*, del d.lgs. n. 165/2001, secondo il quale i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri, a pena di nullità dei contratti e degli incarichi conferiti in violazione della norma. Attraverso una preliminare analisi della normativa di riferimento, il Collegio osserva come l'art. 16 del d.lgs. n. 39/2013 è chiaro nel limitare il potere di vigilanza dell'Autorità nei confronti delle sole amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico. I poteri "ispettivi e di accertamento" che l'ANAC è chiamata a svolgere sono dunque limitati, sotto il profilo soggettivo, alle amministrazioni pubbliche in senso lato richiamate dalla norma e, sotto il profilo oggettivo, al conferimento di un "incarico pubblico". In tal senso depone, peraltro, il secondo comma del medesimo art. 16 del d.lgs. n. 39/2013, il quale si sofferma sui soli incarichi conferiti da "amministrazioni pubbliche",

come attestato anche dal richiamo alla possibile segnalazione alla Corte dei conti. Solo il terzo comma introduce un più generale potere di intervento, ma al limitato fine di predisporre pareri su atti amministrativi riguardanti l'interpretazione del d.lgs. n. 39/2013, che peraltro reca nuovamente un riferimento soggettivo ben preciso legato solo a disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi "presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico". Alle medesime conclusioni giunge il Collegio sulla scorta dell'analisi dell'art. 1 della l. n. 190/2012: l'intervento dell'ANAC è limitato nei confronti delle "pubbliche amministrazioni" e, per quanto riguarda i poteri di vigilanza e controllo, solo sull'effettiva applicazione dei commi 4 e 5 dell'art. 1, che si occupano dell'adozione di meri atti programmatici. Quanto, invece, al coinvolgimento di soggetti "esterni" alla pubblica amministrazione, l'unico ambito che il legislatore ha riconosciuto all'ANAC per intervenire nell'applicazione dell'art. 53, comma 16 *ter*, del d.lgs. n. 165/2001 cit. è quello circoscritto, dal comma 2, lett. e), della predetta disposizione, all'adozione di pareri "facoltativi" in materia di "*autorizzazioni allo svolgimento* di *incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali".*

1.4. Banca d'Italia

Il potere di *removal* della Banca d'Italia di cui all'art. 7, comma 2 bis, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF)

Con sentenza **n. 8867 del 18 giugno 2018**, la **Sezione II bis** si è pronunciata sul potere di *removal* della Banca d'Italia di cui all'art. 7, comma 2 bis, TUF (introdotto con il d.lgs. 12.5.2015, n.72), in base al quale essa "*può disporre la rimozione di uno o più esponenti aziendali di Sim, società di gestione del risparmio, Sicav e Sicaf qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione del soggetto abilitato*". Nel caso di specie si trattava della rimozione del Presidente del CDA di una società operante nel campo del private equity e degli investimenti alternativi.

Secondo il Collegio, il potere di *removal* ha una funzione eminentemente prudenziale e ripristinatoria, non fondato sull'accertamento *ex post* di una violazione prevista dalla legge come illecito amministrativo quanto, piuttosto, su una valutazione *ex ante* di

inidoneità pro futuro dei vertici della società a garantire condizioni di stabilità all'ente governato.
Nella specie, in base alle risultanze dell'ispezione e al successivo complesso approfondimento di tutte le circostanze del caso, la rimozione del ricorrente è stata ritenuta dalla Banca d'Italia l'unico provvedimento idoneo a fronteggiare, per il futuro, il pericolo per la sana e prudente gestione del soggetto abilitato, in quanto in grado di evitare efficacemente il protrarsi dell'attività del soggetto la cui condotta si era rivelata rischiosa per gli interessi dei risparmiatori e per il mercato e, al contempo, di salvaguardare la piena operatività della società.
La rimozione individuale prevista dall'art. 7, comma 2 bis, del TUF è, del resto, affidata al prudente apprezzamento della Banca d'Italia sulla sussistenza dei presupposti per la sua adozione e costituisce esercizio di poteri di discrezionalità tecnica, attribuitale dalla legge per "*la tutela dei risparmiatori e, dunque, delle garanzie che devono assistere l'attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito, di affidabilità complessiva del sistema bancario e, in particolare, di ogni singolo istituto*. Il provvedimento di *removal*, pertanto, è sindacabile innanzi al giudice amministrativo in sede di legittimità, oltre che per vizi di incompetenza e di violazione di legge, solo per illogicità manifesta, quale figura sintomatica di eccesso di potere, non potendo il giudice amministrativo sostituire proprie valutazioni a quelle dell'organo di controllo.
Quanto alla mancata comunicazione di avvio del procedimento di rimozione del ricorrente dalla carica di presidente del Consiglio di Amministrazione, il Collegio, a prescindere dalla complessa questione dei limiti di applicabilità della l. n. 241/1990 ai procedimenti di vigilanza bancaria e finanziaria, anche ai sensi dell'art. 24 della l. n. 262/2005, l'ha ritenuta comunque giustificata alla luce della prioritaria esigenza pubblica di non diffondere atteggiamenti negativi da parte dei risparmiatori, evitando distorsioni e turbative nei mercati. Il bilanciamento effettuato dal legislatore ha dato prevalenza all'interesse dei risparmiatori e investitori alla stabilità del mercato e alla salvaguardia degli investimenti, piuttosto che all'interesse degli organi societari alla conoscenza della pendenza di procedimenti volti allo scioglimento degli organi stessi.

1.5. Consob

Accesso agli atti e diritto di difesa

La sentenza della **Sezione II quater, 10 luglio 2018, n. 8487** ha ribadito la primazia del diritto di difesa rispetto ad altri interessi contrapposti, quali il segreto d'ufficio e la riservatezza anche in relazione agli atti detenuti dalla Consob.

In particolare, il Collegio ha precisato che la portata della disposizione di cui all'art. 4, comma 10, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 non comprende gli atti, le notizie e i dati in possesso della Commissione in relazione alla sua attività di vigilanza, posti a fondamento di un procedimento disciplinare, sicché questi, nei confronti dell'interessato, non sono affatto segreti e sono invece pienamente accessibili: non soltanto nel giudizio di opposizione alla sanzione disciplinare, ma anche nello speciale procedimento di accesso regolato dall'art. 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Dunque, il richiedente l'accesso "defensionale", il quale agisce sulla base di un diritto costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.), deve essere messo in condizione di perseguire la propria strategia difensiva sulla base della piena cognizione dei fatti rilevanti, in una posizione di parità con l'altra parte.

Infatti, il testo dell'art. 24, comma 7, della L. n. 241/1990 è inequivoco: l'interesse defensionale deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

Il criterio della "stretta indispensabilità" vale soltanto nello specifico ambito dei dati c.d. "sensibilissimi" e non può quindi essere configurato quale espressione di un principio di carattere generale, ostandovi la lettera della norma e la *ratio* dell'istituto dell'accesso defensionale.

2. REGIONI ED ENTI LOCALI

Condizioni per l'iscrizione all'elenco prefettizio relativo al personale addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e di spettacolo

Con la sentenza della **Sezione I ter, 23 marzo 2018, n. 3285,** è stato respinto il ricorso proposto avverso il provvedimento della Prefettura

di Roma con cui si disponeva il diniego dell'iscrizione all'elenco prefettizio, relativo al personale addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e di spettacolo in luoghi aperti al pubblico o in pubblici esercizi anche a tutela dell'incolumità dei presenti, per difetto del requisito previsto dall'art. 1, comma 4, lett. e), del d.m. 6 ottobre 2009 ovvero "*non essere aderenti o essere stati aderenti a movimenti, associazioni o gruppi organizzati di cui al decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla legge 25 giugno 1993, nl. 205*".
Il ricorrente era un soggetto conosciuto come esponente del movimento politico di estrema destra "Forza Nuova" e l'appartenenza a tale movimento politico è stata considerata quale mancato possesso del requisito di cui all'art. 1, comma 4, lett. e), del d.m. 6 ottobre 2009.
Il decreto legge 16 aprile 1993, n. 122, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. legge Mancino), a cui fa rinvio il d.m. 6 ottobre 2009, mira a sanzionare e a prevenire le condotte di discriminazione razziale, etnica e religiosa, vietando altresì ogni organizzazione, movimento o gruppo che abbia tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.
La valutazione operata, nell'esercizio degli ampi poteri discrezionali di cui l'autorità amministrativa è titolare in materia, è risultata, a giudizio del collegio, esente da vizi manifesti di illegittimità, richiamandosi a sostegno di tale tesi la giurisprudenza della Cassazione, la quale ha qualificato "Forza Nuova" come un movimento caratterizzato dall'adesione all'ideologia fascista e, pertanto, portatore di convinzioni discriminatorie intimamente connaturate a detta ideologia.

Fondo di solidarietà comunale per l'anno 2017
Con un gruppo di sentenze (**Sezione I, 26 luglio 2018, nn. 8476, 8477, 8472 e 25 luglio 2018, n. 8390**) riguardanti il Fondo di solidarietà comunale, il Tribunale ha affrontato il tema dell'individuazione dei termini di approvazione del provvedimento di riparto del predetto fondo per l'annualità 2017. In particolare, è stato rilevato che, sebbene sia l'art. 1, comma 380 ter, della l. n. 228/2012 sia l'art. 1, comma 451, della l. n. 232/2016 prevedano un termine espresso per l'approvazione del provvedimento di riparto, tali termini non possono considerarsi perentori in virtù del fatto che le predette norme non li qualificano espressamente come tali, né comminano effetti decadenziali o invalidanti del provvedimento finale connessi all'inutile spirare degli stessi. Il Collegio ha avuto riguardo anche a specificare precedenti

pronunce, peraltro confermate dal Consiglio di Stato, che hanno disposto l'annullamento del d.P.C.M. di riparto relativo all'annualità 2015, la prima per la quale è stato istituito il fondo. In tale ultimo caso l'annullamento si giustificava sulla circostanza per cui la tardività nell'emanazione del provvedimento di riparto si correlava non al mero superamento del termine, ma al significativo scollamento temporale tra la scadenza del termine per l'approvazione del bilancio di previsione e l'adozione del d.P.C.M., nonché al fatto che il decreto era stato emanato a poco meno di 4 mesi dalla chiusura dell'esercizio contabile.

3. ELEZIONI AMMINISTRATIVE

Disciplina delle elezioni regionali e attribuzione del premio di maggioranza

Con **sentenza n. 6835 del 18 giugno 2018**, la **Sezione II bis** si è espressa sulla nuova normativa in materia di elezioni regionali, introdotta con la l.r. Lazio n. 10 del 2017, con la quale sono apportate significative modifiche all'originario impianto definito dalla disciplina previgente (l.r. n. 2 del 2005). In particolare, nell'evidenziare la *ratio* sottesa al superamento del sistema incentrato sui c.d. listini bloccati, la pronuncia si sofferma sul meccanismo di c.d. "slittamento" (o traslazione) dei seggi, operante nell'ipotesi in cui, come nella fattispecie esaminata, in fase di distribuzione su base circoscrizionale del premio di maggioranza ad ogni gruppo di liste unite nella coalizione che ha sostenuto il presidente eletto, emerga la "scopertura" di una o più circoscrizioni.

In tale quadro è stata, in primo luogo chiarita l'interpretazione dell'art. 6 della l.r. Lazio n. 2 del 2005, nella formulazione conseguente alle modifiche introdotte nel 2017, evidenziandosi, alla luce dei consolidati criteri ermeneutici (letterale ed anche finalistico e sistematico), che detta disposizione stabilisce che il premio di maggioranza deve essere ripartito tra i gruppi di liste facenti parte della coalizione in ragione del quoziente e dei più alti resti e che, del pari, ove si renda necessario accedere alla traslazione di seggi in conseguenza della verifica della "scopertura" di alcune, restano negativamente incisi i gruppi di liste della coalizione che hanno riportato il resto o la cifra elettorale minore; è stato poi evidenziato che restano estranei agli obiettivi che

caratterizzano la *voluntas legis* i rapporti di forza interni alla coalizione, le cui dinamiche trovano genesi prima ancora che sviluppo in una libera scelta dei partiti, conformemente alla natura giuridica ad essi propria nell'attuale configurazione ordinamentale.
La Sezione ha ritenuto manifestamente infondate le deduzioni dirette a prospettare profili di illegittimità costituzionale della sopra indicata disposizione, tenuto conto dell'ampia discrezionalità del legislatore regionale nella scelta del sistema elettorale che ritenga più idoneo e della ragionevolezza delle scelte operate segnatamente con riferimento alla profondità e all'estensione data al principio di rappresentanza territoriale; conseguentemente, è stata esclusa la sussistenza di un obbligo per il legislatore regionale di considerare i rapporti interni alla coalizione, non essendo rinvenibile nell'ordinamento un principio di tutela delle liste minoritarie inserite all'interno della medesima coalizione a sostegno del candidato eletto presidente della Regione in virtù del quale nell'attribuzione dei seggi costituenti il premio di maggioranza, in luogo del criterio incentrato sul consenso conseguito da ciascuna lista (o gruppo di liste) espresso dai voti della stessa riportati, debba trovare applicazione un criterio incentrato sull'incidenza ponderale della singola lista (o gruppo di liste) sul complessivo esito finale della consultazione.

4. APPALTI E CONTRATTI PUBBLICI

Condanna non definitiva a carico degli amministratori della società controllante al 100%

La **Sezione I bis,** con la sentenza dell'**11 gennaio 2018, n. 286,** ha statuito che l'esistenza di una sentenza di condanna non definitiva a carico degli amministratori della società controllante al 100% la società ricorrente non costituisce elemento che possa essere posto a fondamento della mancata aggiudicazione *ex* art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, atteso che la mancata aggiudicazione deve fondarsi sul contenuto dell'offerta, non su circostanze a essa estranee, mentre la valutazione dei requisiti morali *ex* art. 80, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 viene effettuata in sede di ammissione dei soggetti alla partecipazione alla gara e prima di esaminare l'offerta tecnica e quella economica.

Nozione di “grave errore professionale”

La **Sezione II**, con la sentenza **n. 1092 del 30 gennaio 2018**, è giunta ad una più ampia delineazione della nozione di “grave errore professionale” di cui all’art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, in una fattispecie relativa ad un provvedimento di esclusione da una gara pubblica, motivato sulla base del coinvolgimento del socio di minoranza della mandataria di un RTI in un procedimento penale per corruzione, relativo ad una serie di gare bandite dalla Consip tra cui la gara in questione.

Il Collegio ha ritenuto che anche l’illecito concorrenziale in esame potesse ragionevolmente essere ricompreso, alla luce dell’art. 45, par. 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE, tra le ipotesi di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, considerato che le «*disposizioni nazionali e comunitarie dettate in materia soggiacciono agli stessi principi ispiratori di cui è espressione la normativa antitrust*».

In sostanza, il concetto di errore professionale deve ritenersi, secondo la pronuncia in esame, esteso ad un’ampia gamma di ipotesi, comunque riconducibili alla negligenza, malafede o incapacità di assolvere alle prestazioni contrattuali.

Nel caso di specie, la condotta della società, pur se non più sanzionabile ai sensi della lett. m) dell’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, per intervenuta sospensione e/o revoca della misura interdittiva precedentemente disposta a carico della medesima, ben poteva essere valutata dalla stazione appaltante in termini di errore grave, con conseguente applicazione della diversa ipotesi di cui alla lett. f).

Gli elementi rilevanti ai fini dell'operatività dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 infatti possono essere desunti anche da fatti oggetto di un procedimento penale, ferma restando, in tal caso, l'esigenza di un puntuale onere motivazionale in capo alla stazione appaltante, la quale è tenuta a descrivere precisamente i fatti e la loro incidenza causale sul rapporto fiduciario.

L’onere di valutazione e motivazione in ordine alla sussistenza di tale illecito è stato individuato da parte del giudice in capo alla stazione appaltante e non già della commissione di gara, al fine di preservare l’elemento fiduciario che deve connotare, quale caratteristica indefettibile, i rapporti contrattuali con l'impresa concorrente.

Modalità di trasmissione dei documenti per la partecipazione ad una gara attraverso il sistema AVCPASS

Con la sentenza **19 febbraio 2018, n. 1893**, la **Sezione II ter** ha rigettato il ricorso proposto da una società avverso il provvedimento di esclusione dalla procedura aperta per il servizio di raccolta differenziata di indumenti usati ed accessori di abbigliamento provenienti dalla raccolta differenziata del Comune di Roma, indetto da AMA S.p.a., per aver inviato la documentazione a corredo dell'offerta tramite PEC e non attraverso il sistema AVCPASS, entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione, ai sensi dell'art. 81 del d.lgs. n. 50/2016 e della deliberazione ANAC 157 del 17.2.2016.

Ha osservato il Collegio che l'art. 81, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016, prevedendo che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei requisiti di gara *esclusivamente* tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, non permette di ritenere che altre e diverse modalità di acquisizione della documentazione *de qu*a possano ritenersi equipollenti. Le modalità tassative di trasmissione/acquisizione della documentazione rispondono ad una precisa *ratio legis* che è volta ad assicurare una verifica informatizzata dei requisiti di partecipazione, evitando, in tal modo, uno stallo del sistema o una regressione alle modalità di verifica cartacea, assicurando al contempo certezza e uniformità di procedure. Il sistema AVCPass, istituito dalla soppressa AVCP (oggi ANAC) con determinazione n° 111 del 2012, è entrato in vigore in regime di obbligatorietà a partire dal 1° luglio 2014: pertanto, per le procedure avviate a far epoca da tale data, le stazioni appaltanti devono verificare i requisiti dichiarati dai concorrenti per la partecipazione alle stesse esclusivamente attraverso il predetto sistema. In merito alla non imputabilità alla ricorrente dell'impossibilità di procedere all'utilizzo del sistema AVCPass per problemi tecnici, il Collegio ha ribadito che la gestione interamente informatizzata della procedura di una gara di appalto ben può implicare l'esclusione dalla gara della domanda che risulti illeggibile per un guasto non dei comandi di trasmissione, ma dell'originazione del relativo file; tale regola è posta a tutela della quanto più ragionevolmente rapida e sicura gestione dei flussi di informazioni sulla partecipazione alla gara, che risponde ad un particolare interesse pubblico generale, oltre che della stazione appaltante, di certezza, speditezza e trasparenza ed è posta a garanzia altresì della *par condicio* dei concorrenti.

Le società di revisione autorizzate all'attività di asseverazione del PEF (Piano economico finanziario) nel *project financing*

Con sentenza del **19 febbraio 2018**, **n. 1908**, la **Sezione II ter**, in una causa avente ad oggetto l'aggiudicazione di un lotto della procedura per l'affidamento in concessione di valorizzazione di un faro, si è pronunciata per la prima volta sulla corretta interpretazione del rinvio contenuto nell'art. 37 bis della legge n. 109/1994 (come modificata dalla legge n. 166/2002) e poi reiterato nell'art. 153, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006 e nell'art. 183, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, alle società fiduciarie e di revisione di cui all'art. 1 della legge n. 1966/1939 (pertanto iscritte al registro tenuto dal MISE), come le uniche idonee alla asseverazione di un piano economico-finanziario, nelle ipotesi di *project financing*.

La questione oggetto del giudizio era se fosse o meno idonea, stante il rinvio operato dal bando alle norme sopra citate, anche l'asseverazione del piano effettuata da una società di revisione legale di cui al d.lgs. 39/2010 (art. 1, lett. q), iscritta nel Registro tenuto dal MEF.

Il Collegio ha sul punto rilevato che l'art. 153, comma 9, citato non fa riferimento ad alcun Registro o Albo in cui le società di revisione debbano essere iscritte, ma menziona unicamente la fonte normativa che originariamente le disciplinava. Solamente con il d.lgs. n. 39/2010, successivo alla modifica della legge Merloni del 2002, è stata introdotta la definizione di società di revisione legale (art. 1, lett. q); tali società, iscritte nel Registro delle società di revisione legale tenuto dal MEF, nel quale sono transitate molte delle società iscritte negli elenchi del MISE e nel quale è confluito nel 2012 anche l'Albo speciale delle società di revisione tenuto dalla Consob (istituito dall'art. 8 del d.P.R. 136/1975), sono le sole autorizzate allo svolgimento di attività di revisione legale e obbligatoria dei conti.

Le società di revisione di cui all'art. 1 della legge n. 1966/1939 possono invece svolgere unicamente attività di revisione non obbligatoria con effetti di tipo privatistico, che peraltro non è preclusa alle società di revisione legale.

In considerazione di quanto esposto, il Collegio ha ritenuto che l'unica interpretazione coerente con l'evoluzione del quadro normativo di riferimento e con i principi di ragionevolezza, parità di trattamento e libera concorrenza, fosse quella di intendere il rinvio alle società fiduciarie e di revisione di cui all'art. 1 della legge n. 1966/1939 come

riferito a tutte le società che, comunque denominate, svolgano sotto forma di impresa l'attività di revisione contabile di aziende, e dunque non solo le società di revisione e le società fiduciarie e di revisione inserite negli elenchi del MISE ma anche le società di revisione legale iscritte nel Registro del MEF.

Applicazione della misura prefettizia di commissariamento ex art. 32 del d.l. n. 90/2014 alle società consortili subconcessionarie di opere pubbliche

Con la sentenza del **22 febbraio 2018, n. 2053, la Sezione I ter** analizza l'ambito di applicazione della misura straordinaria di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione, prevista dall'art. 32 del d.l. n. 90/2014.

Tale norma prevede che, su proposta dell'ANAC, il Prefetto, a fronte di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili a un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o a un contraente generale, disponga di provvedere direttamente, in via straordinaria e temporanea, alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.

Il caso di specie riguardava l'attività di costruzione concernente la realizzazione di barriere mobili presso la Laguna di Venezia (più nota come Modulo Sperimentale Elettromeccanico o MOSE di Venezia), affidata in concessione al Consorzio Venezia Nuova (anche CVN) sulla base di una convenzione stipulata con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

A fronte di sopravvenute vicende penali in cui erano stati coinvolti suoi ex amministratori, il Prefetto di Roma aveva disposto il commissariamento dell'attività affidata al Consorzio, con conseguente nomina di due Amministratori Straordinari per la gestione temporanea e straordinaria dell'attività in convenzione

Avendo il Consorzio Venezia Nuova precedentemente affidato una parte sostanziale di tale attività prevista dalla concessione alla Comar s.c.a.r.l. (società consortile costituita appositamente dalle imprese consorziate al CVN e incaricata di realizzare le principali opere del sistema MOSE, appaltando a sua volta le forniture a tal fine necessarie a terzi), il Prefetto di Roma, con il provvedimento impugnato, aveva

poi ritenuto di estendere il commissariamento ex art. 32 d.l. n. 90/2014 anche nei confronti di Comar, relativamente alla parte di attività in concessione ad essa pertinente, sottoponendola alla gestione straordinaria degli stessi Amministratori straordinari già nominati per la CVN.
Secondo il Collegio, la misura di straordinaria e temporanea gestione ex art. 32 del d.l. n. 90/2014 può applicarsi anche nei confronti delle imprese che, come la ricorrente, rivestono la posizione sostanziale di subconcessionario o subappaltatore dell'impresa principale, nonché esecutore in proprio di parte dei lavori affidati in concessione.
Infatti, rientrano tra i destinatari dalla misura ex art. 32 d.l. n. 90/2014, individuati dalla norma ne "*l'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, il concessionario di lavori pubblici o il contraente generale*", anche quei soggetti titolari della gestione della parte principale delle procedure di affidamento dei lavori necessari all'esecuzione dell'opera pubblica, nonché affidatari in proprio di parte di essi.
Tale interpretazione estensiva della norma, infatti, si pone in linea con la *ratio* stessa della misura, che intende evitare, da una parte, che il coinvolgimento di soggetti di vertice delle imprese titolari di appalti e concessioni pubbliche in indagini penali possa impedire o rallentare la conclusione delle opere, e, dall'altra, che gli autori degli illeciti possano ottenere i profitti dell'attività criminosa.

La Federazione Italiana Giuoco Calcio è un organismo di diritto pubblico e alla stessa si applica il codice dei contratti pubblici
Con le sentenze nn. **4100 e 4101 del 13 marzo 2018, la Sezione I ter** ha ritenuto sussistenti, con riferimento alla FIGC, i requisiti per la qualificazione dell'ente come organismo di diritto pubblico.
Rientra in tale nozione, secondo l'art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016, "qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri

dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".
Partendo dal testo normativo, il Collegio ha individuato in capo alla FIGC lo svolgimento di funzioni di rilievo pubblicistico consistenti, a titolo esemplificativo, nell'ammissione e affiliazione di società, nel controllo in ordine al regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi professionistici, nell'utilizzazione di contributi pubblici, nella prevenzione e repressione del doping, nonché nelle attività relative alla preparazione olimpica e alla formazione dei tecnici, all'utilizzazione e alla gestione degli impianti sportivi. Quindi, sebbene la FICG, come le altre federazioni sportive, abbia secondo il disposto dell'art. 15 del d.lgs. n. 242/99 natura giuridica di associazione di diritto privato, è indubbio che la stessa svolga funzioni di valenza pubblicistica, o meglio, di interesse generale.
Con riferimento, poi, al terzo requisito richiesto dalla legge, il Collegio ha ravvisato la indubbia sussistenza di un generale controllo pubblicistico, operato dal CONI, sulla gestione della Federazione, in considerazione del controllo del Consiglio Nazionale del CONI ai fini del riconoscimento della personalità giuridica delle Federazioni, del controllo e della necessaria approvazione da parte della Giunta Nazionale del CONI dei bilanci e degli statuti, del potere di indirizzo e controllo esercitato dal CONI sulle attività a valenza pubblicistica delle Federazioni nazionali sportive.
La Sezione ha anche precisato che, secondo la giurisprudenza consolidata in materia, nel solco di quanto affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, "ai fini della qualificazione come organismo di diritto pubblico, il soddisfacimento di bisogni di interesse generale privi di natura commerciale o industriale non deve necessariamente rivestire carattere esclusivo, essendo sufficiente che una parte dell'attività dell'ente presenti tale qualità, ben potendo l'ente medesimo perseguire al contempo interessi di carattere commerciale e industriale".
Sulla base di tali considerazioni la Sezione I ter è giunta a qualificare la FIGC come organismo di diritto pubblico e, pertanto, ha statuito l'applicabilità del codice dei contratti pubblici e la sussistenza della giurisdizione amministrativa in tutte le ipotesi in cui le attività poste al centro della gara pubblica attengano a funzioni pubblicistiche e siano dirette a soddisfare un interesse generale.

Correzione degli errori di calcolo nelle offerte economiche

Con il gruppo di sentenze del **13 marzo 2018, n. 2846 e del 14 marzo 2018, nn. 2882 e 2887, la Sezione II ter** ha riconosciuto l'ammissibilità del potere correttivo della stazione appaltante nel caso di contrasto tra il prezzo unitario offerto a base d'asta e la percentuale di rialzo da applicarsi al suindicato importo unitario.

Con i provvedimenti impugnati la stazione appaltante aveva disposto la revoca delle aggiudicazioni di determinati lotti nelle procedure d'asta aventi ad oggetto la cessione dei rifiuti in carta e cartone provenienti dalla raccolta differenziata congiunta nel comune di Roma Capitale, avvenute sulla base del criterio del massimo rialzo del prezzo offerto a base d'asta. Nei casi in esame era emersa, dalla lettura delle offerte economiche di alcuni partecipanti, una divergenza tra la percentuale di rialzo ed il prezzo unitario offerti. In sostanza, nella indicazione del prezzo unitario offerto, la concorrente aveva omesso di considerare il prezzo unitario posto a base d'asta ed aveva unicamente indicato il rialzo offerto, in termini di maggiorazione del prezzo unitario.

La commissione provvedeva pertanto a correggere l'importo del prezzo unitario attraverso la formulazione di un nuovo calcolo, ritenendo che si trattasse di un mero errore di calcolo nell'applicazione della percentuale di rialzo indicata nell'offerta.

Il Collegio ha respinto il gravame e si è pronunciato, con una sentenza innovativa, a favore della legittimità di tale operazione affermando che, se la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile un intervento correttivo del seggio di gara nel caso di errore materiale nell'offerta, inteso come discordanza tra l'indicazione in cifre e in lettere (v. anche il comma 7 dell'art. 119 d.P.R. n. 207/2010), nonché nel caso di errore di calcolo in una moltiplicazione, allora può di conseguenza ammettersi la possibilità di risolvere, correttamente interpretando l'offerta, anche il contrasto tra percentuale di rialzo e prezzo unitario, riconoscendo la prevalenza della prima indicazione sul secondo elemento qualora il bando preveda l'aggiudicazione alla migliore percentuale di rialzo offerta.

La Sezione ha sottolineato che l'elemento significativo dell'offerta economica era costituito dalla percentuale di rialzo rispetto all'importo unitario posto a base d'asta, mentre l'indicazione del prezzo unitario costituiva una mera operazione matematica conseguente alla determinazione della percentuale di rialzo, suscettibile di correzione.

Requisito finanziario necessario per l'accesso ai servizi telematici della giustizia

La decisione della **Sezione I, 14 marzo 2018, n. 2890**, ha sancito l'irragionevolezza e la sproporzionalità del requisito di carattere finanziario (possesso di un capitale sociale di un milione di euro) imposto ai fini dell'accesso al mercato dei servizi telematici di accesso alla giustizia. Il Tribunale ha specificato che, in assenza di una norma di legge che imponga specifici requisiti di carattere finanziario e tecnico al gestore dei punti di accesso, la disciplina regolamentare, laddove fa riferimento unicamente al possesso di un elevato capitale sociale, non risulta coerente con la *ratio* sottostante alla disciplina, che presuppone specifiche competenze tecniche e gestionali, non necessariamente subordinate alla presenza di un preciso indice di solidità finanziaria in capo alle imprese che operano nel campo della fornitura dei servizi telematici. Né appare significativo il riferimento alla presenza di «identità digitali forti» per la gestione dei punti di accesso, in quanto ciò si riflette sul maggiore livello di affidabilità tecnica e organizzativa richiesto dal gestore, non necessariamente dimostrato dal possesso di un significativo capitale sociale minimo. Ne consegue che il requisito di carattere finanziario imposto (quale quello del possesso di un capitale sociale minimo di un milione di euro), non risultando ragionevole e proporzionato rispetto alle finalità perseguite dalla disciplina sulle modalità di accesso ai servizi telematici della giustizia, costituisce un limite non giustificato all'accesso del relativo mercato delle imprese interessate a fornire tali servizi, producendo effetti distorsivi del mercato stesso, specie in favore dei soggetti pubblici di cui all'art. 23, che invece possono liberamente prestarli.

Mancato versamento del contributo ANAC e omessa allegazione del documento di identità.

Nella sentenza **21 marzo 2018, n. 3177**, riguardante una procedura indetta dalla Presidenza del Consiglio per l'affidamento di servizi giornalistici e strumentali ad agenzie di stampa con rete di servizi esteri e loro diffusione all'estero, la **Sezione I quater** ha affrontato la questione della legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara di una società per il mancato versamento del contributo ANAC e l'omessa allegazione del documento di identità alla domanda di partecipazione.

Quanto al mancato versamento del contributo ANAC, è stato rilevato che l'art. 1, comma 67, della l. n. 266/2005, espressamente recepito dal

disciplinare di gara, ha previsto il versamento del contributo in parola da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche. Pertanto, il Collegio ha ritenuto l'obbligatorietà dell'adempimento e la legittimità delle conseguenze espulsive della mancata ottemperanza (cfr. Tar Lazio, sez. III quater, 14 giugno 2016, n. 6776; 8 gennaio 2015, n. 21).
È stata poi affrontata la questione relativa all'individuazione del valore dell'appalto al fine di quantificare il contributo. In proposito, è stato richiamato l'art. 35 del d.lgs. n. 50/2016, recepito dal bando, ritenendo pertanto che, ai fini del pagamento del contributo, il valore globale dell'appalto dovesse essere parametrato sull'importo totale pagabile, e non sul valore del solo contratto semestrale, senza tener conto dei successivi rinnovi.
Ancora, è stata affermata l'inapplicabilità del soccorso istruttorio per rimediare alla carenza del versamento in parola, in quanto l'istituto non è utilizzabile per sopperire alla mancanza di dichiarazioni o documenti essenziali ai fini dell'ammissione alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016, n. 2106; 11 aprile 2016, n. 1412; Tar Toscana, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 1545).
Alle stesse conclusioni il Collegio è giunto relativamente alla mancata presentazione del documento di identità del legale rappresentante della società, ritenuta non oggetto di soccorso istruttorio, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I quater, 4 ottobre 2017, n. 10033).

Sui limiti di applicabilità del rito appalti *ex* art. 120 c.p.a. e della relativa disciplina sostanziale di cui al d.lgs. n. 50/2016.
Con la sentenza **n. 6538 del 12 giugno 2018** la **Sezione II**, nel qualificare la procedura bandita da Roma Capitale con l'avviso pubblico del 21 aprile 2017 diretto alla composizione del programma della "*Estate Romana*", come volta non all'affidamento di lavori, servizi o forniture, bensì all'attribuzione di vantaggi economici, ha escluso l'operatività della disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, ritenendo applicabile piuttosto quella di cui all'art. 12 della legge n. 241 del 1990.
Il ricorso, che ha destato interesse presso l'opinione pubblica in quanto concernente lo svolgimento dell'annuale Festival musicale estivo presso la penisola del laghetto di Villa Ada, riguardava la procedura

"*per la composizione del programma dell'Estate Romana triennio 2017-2019 e annualità 2017 con attribuzione di vantaggi economici a sostegno delle iniziative*", finalizzata sia alla selezione di proposte di durata triennale "*da svilupparsi nell'ambito dell'Estate Romana 2017, 2018 e 2019*", sia di proposte di durata annuale, per la sola edizione dell'Estate Romana 2017, mediante la formazione di due graduatorie, dirette a consentire "*l'accesso a vantaggi economici diretti e/o indiretti attribuiti ai sensi dell'art. 12 della legge n. 241/90*".
Tal ultimi vantaggi economici erano da ritenersi consistenti principalmente nell'assegnazione di aree pubbliche per lo svolgimento di eventi e concerti, nella pubblicizzazione del programma delle iniziative a cura dell'Amministrazione e nell'eventuale erogazione di contributi in denaro.
Pur riconoscendo, quindi, l'esigenza che la procedura selettiva in questione fosse assoggettata ai principi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento tra gli operatori, la sentenza ha affermato che la stessa non soggiace né alla disciplina dei contratti pubblici, né al rito delineato dal legislatore per le controversie relative a tali contratti. *A fortiori*, non può trovare applicazione, nel caso di specie, la disciplina processuale di cui ai commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a., la quale – nell'ambito del rito dettato per le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture – presenta indubbio carattere derogatorio rispetto al sistema ed è, pertanto, di stretta interpretazione.
Il ricorso è stato quindi accolto in quanto l'istruttoria compiuta dalla Commissione Giudicatrice sarebbe stata carente, non essendo stato appurato, nell'ambito dell'attività valutativa, che la proposta progettuale del RTI aggiudicatario fosse in parte irrealizzabile, perché diversi artisti indicati nel programma presentato dal concorrente erano, in realtà, già impegnati.

Licenza *ex* art. 28 T.U.L.P.S. per le società estere

La sentenza della **Sezione I bis, 22 giugno 2018, n. 6960** ha trattato il problema del rispetto dei principi stabiliti dall'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (già dall'art. 47 del d.lgs. n. 163 del 2006), in coerenza con i principi comunitari, stabiliti dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, quali l'art. 28, in tema di tutela della libera circolazione delle merci, l'art. 49, in tema di libertà di stabilimento, l'art. 56, in tema di libera prestazione di servizi, l'art. 18, paragrafo 1°, della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio

del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, secondo cui: "*1. Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.*
La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.".
In tale ottica, ha affermato che la richiesta, a pena di esclusione, del possesso della licenza *ex* art. 28 TULPS, relativa al possesso e alla fabbricazione di armi, già al momento della scadenza della domanda di partecipazione, comporta la violazione dei principi posti dalla normativa comunitaria, tra cui quello del *favor partecipationis*.
La P.A. pertanto, nel consentire la partecipazione alle ditte europee aventi sede in Stati, come la Romania, in cui non è prevista la licenza *ex* art. 28 T.U.L.P.S, può solo richiedere la dichiarazione di impegno ad acquisirla successivamente, per consentirne la possibilità di presentare le offerte e per evitare discriminazioni.

Appalto sullo smaltimento delle macerie da evento sismico. Requisito del "servizio analogo".
La decisione della **Sezione I quater del 26 giugno 2018, n. 7142** affronta la tematica che coinvolge la nozione di rifiuto urbano non pericoloso. L'Ente regionale aveva indetto un bando finalizzato al conferimento di un appalto per la separazione dei rifiuti, il caricamento, trasporto, recupero e smaltimento delle macerie, derivate da eventi sismici. Una delle ATI partecipanti è stata esclusa dalla gara, in quanto ritenuta carente del requisito di aver svolto "servizi affini" a quelli sopra indicati, pur sostenendo di essere una delle reti più attive ed affidabili in Italia circa lo smaltimento dei rifiuti urbani.
Il Collegio ha respinto le doglianze ritenendo le attività svolte da anni dalla ricorrente ontologicamente diverse da quelle oggetto del bando: la raccolta dei rifiuti urbani - comuni scarti di vario genere - è ben diversa dallo smaltimento delle macerie causate da terremoti, in cui si possono rinvenire ricordi ed oggetti personali di quanti sono stati afflitti da tali catastrofi. Peraltro, se è vero che il concetto di "servizio analogo" è senza dubbio differente da quello di "servizio identico", nondimeno è

altrettanto vero che esso individua una categoria aperta di prestazioni, accomunate da elementi caratterizzanti simili ed omogenei, che non ricorrono, nel caso specifico, rispetto all'attività di gestione di comuni rifiuti urbani.
Non è dunque la tipologia del rifiuto da separare, pacificamente da intendere come rifiuto urbano non pericoloso, a caratterizzare la procedura in questione, ma la causa che lo ha prodotto ed il significato umano che quei detriti assumono. Neppure è censurabile la discrezionalità esercitata dalla Amministrazione che ha volutamente deliberato di ritagliare la platea dei partecipanti alla gara, volendo ricercare quei soggetti che, grazie a pregresse e specifiche esperienze, le garantissero i migliori risultati.

Criteri on/off

Con la sentenza **16 luglio 2018, n. 7889**, la **Sezione I bis** ha accolto l'impugnazione proposta avverso gli atti della procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale per gli immobili in uso alle Direzioni Regionali dei Vigili del Fuoco per l'Abruzzo e il Lazio.
La Sezione – dopo aver evidenziato l'indiscutibile *favor*, espresso dalla normativa nazionale e comunitaria, per il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto in grado di assicurare il miglior rapporto tra qualità e prezzo – ha rilevato che nel caso di specie tale criterio, pur formalmente accolto attraverso la previsione di due distinti punteggi per l'offerta tecnica (max 70) e per quella economica (max 30), ha finito con l'essere – di fatto – neutralizzato dalla "standardizzazione" dell'offerta tecnica, sostanzialmente bloccata a causa del sistema tabellare di attribuzione del punteggio secondo la modalità "on/off" per la quasi totalità dei 26 elementi oggetto di valutazione, senza consentire alcuna graduazione e snaturando il criterio di aggiudicazione previsto in tutti i documenti di gara e imposto, prima ancora, dal legislatore nazionale e comunitario per gli appalti ad alta intensità di manodopera.
Una competizione basata unicamente sul prezzo può determinare indubbiamente esternalità negative, in quanto induce le imprese a utilizzare manovalanza non specializzata, prodotti a basso costo, andando evidentemente ad incidere sulla qualità del servizio reso alla P.A. e scaricando sulla collettività il costo in termini di inquinamento, abbassamento del tenore di vita dei lavoratori, mancato sviluppo delle

imprese di settore, le quali, diversamente, ricorrendo ad un sistema premiante il rapporto qualità/prezzo delle offerte, potrebbero essere incoraggiate all'innovazione sotto il profilo organizzativo, tecnologico e produttivo.

Carenza documentale circa il possesso di migliorie facoltative: esclusione dalla gara o mancata attribuzione del punteggio aggiuntivo?

La sentenza della **Sezione II, 23 luglio 2018, n. 8278** affronta il tema delle conseguenze derivanti dalla mancata comprova documentale del possesso di caratteristiche facoltative nell'ambito di un appalto di forniture.

Nella fattispecie, la società ricorrente impugnava l'esclusione dalla gara, nella quale risultava prima classificata all'esito delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche. A fondamento del provvedimento impugnato vi era la clausola del Disciplinare di gara che, da un lato, prevedeva il ricorso allo strumento della "verifica tecnica" per provare il possesso, da parte del concorrente, delle "caratteristiche facoltative" e, dall'altro, prevedeva l'esclusione dalla gara, qualora, nell'impossibilità di ricorrere alla suddetta verifica, il concorrente non fosse stato in grado di provare documentalmente il possesso delle migliorie.

Al riguardo, il Collegio ha effettuato una distinzione tra proposte migliorative inscindibili dal nucleo centrale dell'appalto, quali sono tutte quelle concernenti la qualità e le caratteristiche dei prodotti oggetto di gara, e proposte migliorative scorporabili, che non incidono cioè in alcun modo sull'apparecchiatura da fornire.

La Sezione ha rilevato che la clausola in esame non aveva operato tale distinzione, così prevedendo un diverso trattamento tra offerta migliorativa suscettibile di "verifica tecnica" ed offerta migliorativa comprovabile solo documentalmente, senza invece valutare la scorporabilità delle migliorie.

Il Collegio ha concluso per l'annullamento della clausola della *lex specialis* di gara che prevede l'automatica esclusione del concorrente che ha fornito una documentazione carente, relativa ad una proposta facoltativa, eventuale e scindibile dall'oggetto principale dell'appalto, piuttosto che la non attribuzione del relativo punteggio aggiuntivo.

Quantificazione dei costi di manodopera nel bando di gara

Con la decisione del **23 luglio 2018, n. 8327, la Sezione II ter**, in una causa avente ad oggetto l'impugnazione di un bando di gara relativo all'affidamento del servizio di pulizia e decoro nei cimiteri capitolini, ha affrontato, in primo luogo, il tema relativo alla ragionevolezza della previsione di un fatturato minimo come requisito di capacità tecnico-professionale e della applicabilità, anche in questi casi, del limite del doppio del valore stimato dell'appalto, di cui all'art. 83, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 ai fini della richiesta del fatturato minimo annuo.

Sul punto il Collegio, respingendo l'assunto di parte ricorrente, ha sottolineato che, a prescindere dalla non assimilabilità tra i due requisiti di capacità economica e finanziaria e capacità tecnico-professionale, l'invocato art. 83, comma 5, prevede un fatturato il cui importo annuo può arrivare fino al doppio del valore stimato dell'appalto mentre, sotto il profilo del requisito tecnico-professionale, il fatturato richiesto dal bando era riferito al triennio, e non al singolo anno come previsto invece per la capacità economica e finanziaria, cosicché in ogni caso non veniva ad essere superato l'importo fissato dall'art. 83, comma 5.

In secondo luogo, il Collegio si è pronunciato sulla questione relativa alla dedotta illegittimità del bando di gara per mancata indicazione nello stesso dei costi della manodopera, con conseguente impossibilità per la parte ricorrente di formulare un'offerta consapevole. La Sezione, rigettando il gravame, ha rilevato che la stazione appaltante nell'individuazione dei costi della manodopera nei documenti di gara, deve indicare tali costi sulla base delle tabelle redatte annualmente dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Dunque, esistendo un parametro di determinazione *ab externo* del costo del lavoro, costituito dalle tabelle ministeriali facilmente accessibili anche al concorrente, la mancata specifica quantificazione dei costi della manodopera nel bando non preclude *ex sé* la possibilità di formulare offerte ammissibili e non produce automaticamente effetti vizianti sulla legge di gara.

Certificazione di qualità sulla gestione ambientale di qualità EN ISO e requisiti della "*prova documentale equivalente*"

Con la sentenza della **Sezione III, 27 luglio 2018, n. 8511**, il Tribunale ha affrontato il tema della presentazione, ai fini dell'ammissione alla gara di appalto, di una prova documentale equivalente alla certificazione della gestione ambientale EN ISO 14000:2004, idonea a dimostrare che le misure in concreto adottate soddisfano gli standard di

garanzia della qualità ambientale previsti dalla suddetta normativa. Nel caso di specie, l'aggiudicataria controinteressata - essendo priva della certificazione EN ISO 14000:2004 al momento della presentazione dell'offerta - aveva presentato la relazione di un professionista privato, da essa stessa incaricato, che a suo dire avrebbe costituito una prova documentale equivalente a detta certificazione. Ad avviso del Collegio, la relazione di un perito chimico incaricato dalla stessa aggiudicataria non è riconducibile alla categoria delle prove equivalenti di cui all'art. 87, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 per due motivi: da un lato, l'art. 87 citato fa espresso riferimento all'attestazione effettuata da parte di *"organismi indipendenti"*, mentre la relazione in questione era stata redatta da un professionista privato; dall'altro, detta dichiarazione si limitava, del tutto genericamente, a riconoscere che le misure di gestione ambientale poste in essere dall'aggiudicataria erano conformi allo standard ISO 14001, sicché non risultava idonea ad integrare una prova della concreta adozione di misure conformi agli standard previsti. Posto che l'aggiudicataria aveva conseguito l'Autorizzazione Unica Ambientale e la certificazione ISO 14001 tardivamente, così implicitamente confermando di esserne priva nel momento della presentazione dell'offerta, non potendo considerarsi la relazione del perito prova documentale equivalente, il Collegio ha accolto il ricorso ed ha annullato l'atto di aggiudicazione impugnato.

Autotutela ex art. 21 *quinquies* l. n. 241 del 1990 nella fase successiva alla scelta del contraente ma precedente alla stipula del contratto, rispetto dei principi della *par condicio* dei concorrenti e della non modificabilità dell'offerta

Con la sentenza della **Sezione III, 30 luglio 2018, n. 8556,** il Collegio, dopo aver affermato che la giurisdizione del giudice amministrativo, estendendosi nelle procedure di scelta del contraente fino alla aggiudicazione della gara, comprende anche eventuali modifiche dell'offerta, ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione del contratto in favore del concorrente primo classificato che aveva, nel corso della procedura, modificato la propria originaria offerta. Nel caso di specie, la società appaltante, successivamente all'aggiudicazione della gara, aveva consentito la modifica di elementi essenziali dell'offerta dell'aggiudicataria, con assunzione, da parte di quest'ultima di impegni non conformi a quanto dichiarato in sede di offerta tecnica. La controinteressata, aggiudicataria della gara, ha eccepito il difetto di

giurisdizione del giudice amministrativo, tenuto conto dell'intervenuta sottoscrizione del contratto di appalto e dell'attinenza delle prospettate modifiche dell'offerta alla fase successiva all'aggiudicazione. La pronuncia, sul profilo della giurisdizione, ha ritenuto che la modifica dell'offerta equivalesse alla presentazione di una nuova offerta, con la conseguenza che la conferma dell'affidamento in favore dell'originaria aggiudicataria doveva essere qualificato come un nuovo affidamento sostitutivo del precedente, rimesso alla cognizione del giudice amministrativo, che si estende a tutta la fase successiva alla scelta del contraente, fino alla stipulazione del contratto. Nel merito il Collegio, nell'accogliere il ricorso – annullando la conferma dell'aggiudicazione e dichiarando inefficace il contratto stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata *ex* art. 122 c.p.a., con scorrimento della graduatoria a favore dell'operatore economico secondo classificato – ha riscontrato una violazione del principio della non modificabilità dell'offerta, la cui rideterminazione si traduce in oggettiva alterazione della *par condicio* dei concorrenti e della certezza delle situazioni giuridiche, oltre a compromettere l'imparzialità e la trasparenza dell'operato della stazione appaltante.

Procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, immodificabilità dell'offerta e possibilità di nuove giustificazioni e compensazioni in fase di contraddittorio sub procedimentale

La sentenza della **Sezione III bis, 2 agosto 2018, n. 8675**, ha annullato il provvedimento di aggiudicazione della gestione del servizio mensa del tipo *free-flow* e del bar della sede di Roma dell'Agenzia Spaziale Italiana, sul presupposto che i termini per l'impugnazione previsti dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. (disciplinante il rito speciale "*superaccelerato*") riguardano esclusivamente le sub-fasi del procedimento ad evidenza pubblica concernenti le determinazioni di ammissione o esclusione dei concorrenti e non l'aggiudicazione della procedura di una gara e che il termine per l'impugnazione decorre dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione contenente tutti gli elementi necessari per percepirne la lesività da parte dei concorrenti non vincitori – quali la definitiva assegnazione della gara all'aggiudicataria, il nominativo della medesima, i punteggi, complessivo e parziale, assegnati, nonché l'indicazione del nominativo della concorrente seconda classificata. Il provvedimento di aggiudicazione è stato annullato poiché l'aggiudicataria, in sede di giustificazioni dopo la

verifica di anomalia, aveva modificato la sua offerta tecnica con riguardo agli elementi costitutivi sui quali è stato formulato dalla commissione il giudizio valutativo esitato nell'attribuzione del punteggio all'offerente (nella specie, il massimo), senza che ricorressero ragioni plausibili. Infatti, le giustificazioni - o meglio le spiegazioni, come le definisce l'art. 97 del nuovo codice degli appalti - che l'offerente vincitore può presentare alla stazione appaltante o alla commissione tecnica non possono tradursi in una rideterminazione o una modifica dell'offerta presentata, altrimenti tale azione si tradurrebbe in un'oggettiva alternazione della parità di condizione dei concorrenti, nonché in una violazione del principio di certezza delle situazioni giuridiche e il bando di gara perderebbe la sua forza cogente per i soggetti partecipanti, ai quali non è dato interpretare e precisare il senso e la priorità di quei parametri di gara la cui immutabilità è posta a garanzia di tutti indistintamente i partecipanti.

Dovere di soccorso istruttorio ex art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, irregolarità essenziali

Con la sentenza della **Sezione III, 6 agosto 2018, n. 8781**, il Tribunale ha annullato il provvedimento con cui la stazione appaltante ha comunicato ad un concorrente l'irregolarità essenziale della documentazione di gara presentata e irrogato una sanzione pecuniaria. La pronuncia conferma quanto già statuito dalla sentenza della Corte di giustizia UE del 28 febbraio 2018 (causa C-536/16), la quale ha ritenuto che la nozione stessa di *"irregolarità essenziale che non è definita nell' articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, non appare compatibile né con le disposizioni dell'articolo 51 della direttiva 2004/18 né con i requisiti ai quali è subordinato (...) il chiarimento di un'offerta nell'ambito di un appalto pubblico soggetto alla direttiva 2004/17*" (punto 55). Nel dettaglio, secondo la Corte di giustizia UE, se l'irregolarità è "essenziale" all'offerente non può essere inflitta alcuna sanzione, viceversa, se l'irregolarità non è essenziale, in astratto è possibile irrogare una sanzione pecuniaria collegata al soccorso istruttorio, ma spetta al giudice nazionale verificare che le sanzioni che in concreto vengono irrogate rispettino il principio di proporzionalità. Mentre, in ogni caso, "*è illegittima l'applicazione (come quella avvenuta nel caso di specie) di una sanzione pecuniaria in modo automatico, immotivato, nonché indifferenziato e non graduato in base alla gravità dell'irregolarità riscontrata nel singolo caso di specie*"

(punto 62). Secondo quanto rilevato dal Collegio, l'assenza di una formale definizione della nozione di irregolarità essenziale nell'ambito dell'art. 38, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 impediva di considerare l'errore commesso dalla ricorrente alla stregua di una irregolarità essenziale, sanzionabile con l'irrogazione di pena pecuniaria. La pronuncia ha altresì evidenziato che, nel caso di specie, i principi enunciati dalla richiamata decisione della Corte di Giustizia erano applicabili a maggior ragione, in quanto l'errore era meramente materiale, facilmente riconoscibile dalla stazione appaltante, per la cui regolarizzazione non si era neppure resa necessaria un'attività complessa e impegnativa. Il Collegio, nell'accogliere il ricorso, ha pertanto disapplicato l'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, atteso il contrasto della disposizione (vigente alla data di svolgimento della procedura selettiva in esame) con le norme del diritto europeo.

Sulla possibilità di ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione per il mancato esercizio della verifica facoltativa di anomalia dell'offerta, non sollecitata nel procedimento di gara

Con sentenza del **13 agosto 2018, n. 8977**, la **Sezione II ter**, in una causa avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di una procedura per l'affidamento del servizio mensa e gestione bar presso le strutture aziendali dell'AMA s.p.a., si è pronunciata sulla questione relativa alla possibilità di ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione per il mancato esercizio della verifica facoltativa di anomalia dell'offerta di cui all'art. 97, comma 6, d.lgs. 50/2016, qualora tale verifica non sia stata sollecitata nel procedimento di gara. La disposizione normativa prevede che la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di un'offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. A tale verifica la giurisprudenza prevalente riconosce natura discrezionale, con la precisazione che la scelta di non procedere alla verifica di anomalia, in caso di partecipazione di un numero ridotto di concorrenti, deve essere adeguatamente motivata in presenza di motivate sollecitazioni delle concorrenti. Nel caso di specie, la ricorrente non aveva avanzato nel procedimento di gara una motivata richiesta di esame dell'ipotizzata anomalia dell'offerta. Di conseguenza, la mancata verifica non poteva essere censurata in termini di una mancanza o difetto di procedimento di gara. Tuttavia, ad avviso della sezione non può sostenersi che il mancato esercizio della verifica

facoltativa precluda di far valere in giudizio l'anomalia dell'offerta della propria concorrente, al fine di ottenere il riesame dell'offerta da parte della P.A. (oppure la verifica della stessa offerta in giudizio da parte del giudice, a seconda di come si intendano i limiti del sindacato giurisdizionale in materia di appalti). Infatti, la circostanza che la stazione appaltante, pur avendone la facoltà, abbia ritenuto di non assoggettare l'offerta ad una verifica di anomalia, implica che il potere di scelta della migliore offerta è stato esercitato e consumato, con la conseguenza che non viene in rilievo il divieto di cui all'art. 34, comma 2, del c.p.a. Inoltre, la verifica di anomalia dell'offerta costituisce subprocedimento eventuale, ossia segmento procedimentale di un esercizio unitario del potere, e non potere in senso tecnico. Per queste ragioni, il Collegio ha affermato che il mancato esercizio della verifica facoltativa di anomalia, non sollecitata nel procedimento di gara, si configura come vizio di un non corretto esercizio del potere di scelta della migliore offerta, qualora la stazione appaltante non abbia dato rilievo a estremi di manifesta incongruità di talune offerte. Nel merito, il Collegio non ha rinvenuto i presupposti per l'accoglimento del gravame, non sussistendo quei profili di irragionevolezza dell'offerta che ne avrebbero imposto una disamina apposita da parte della stazione appaltante previa ripetizione, *in parte qua*, delle operazioni di gara.

Oneri di sicurezza e non riconducibilità dei servizi assicurativi ai servizi di natura intellettuale

Con la sentenza **n. 11717 del 3 dicembre 2018, la Sezione II quater** si è occupata del tema della riconducibilità o meno dei servizi di assicurazione al novero dei "servizi di natura intellettuale", per i quali la legge prevede, in via eccezionale, l'esenzione dall'obbligo di specifica indicazione degli oneri di sicurezza aziendali in sede di offerta.

La Sezione ha ritenuto che il contratto di assicurazione, a differenza del servizio di brokeraggio, non concerne né un'attività di consulenza, né, più in generale, un'attività da svolgersi nei locali dell'impresa prestatrice del servizio, ma implica una serie di attività materiali e giuridiche standardizzate inserite in una complessa organizzazione aziendale, in cui difetta un apporto personale e professionale del singolo operatore.

Per tali ragioni, il Collegio ha ritenuto che i servizi assicurativi, oggetto del contratto messo a gara, non rientrano nella categoria dei "servizi di

natura intellettuale" e non godono, pertanto, dell'esenzione dall'obbligo di specifica indicazione degli oneri di sicurezza aziendali in sede di offerta.

5. INFRASTRUTTURE E TRASPORTI

Obbligo di adeguamento annuale della misura dei diritti aeroportuali al tasso di inflazione programmato

Con sentenza della **Sezione III ter, 29 maggio 2018, n. 6032**, il Tribunale si è occupato della questione inerente l'aggiornamento della misura dei diritti aeroportuali al tasso di inflazione programmato di cui all'art. 21 bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31. In particolare, l'art. 21 bis del decreto citato ha riconfermato il diritto dei gestori aeroportuali ad ottenere il parziale recupero della perdita di potere d'acquisto della moneta, attraverso il periodico adeguamento dei diritti aeroportuali al tasso di inflazione programmato. La misura di detto adeguamento è determinata con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nelle more dell'approvazione dei contratti di programma da stipularsi tra l'ENAC e le singole società di gestione aeroportuale volti a definire per un quadriennio i diritti aeroportuali. Nel caso di specie, la società concessionaria della gestione dell'aeroporto di Bergamo Orio al Serio ha impugnato, fra gli altri, il decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 27.07.2008, pubblicato nella G.U. n. 247 del 21.10.2008, con il quale venivano aggiornati i diritti aeroportuali all'inflazione programmata nell'anno 2008, asserendo l'inadeguatezza e la tardività di detto adeguamento. Il Collegio ha accolto il ricorso della società concessionaria, poiché il decreto impugnato ha determinato un adeguamento soltanto per il futuro, senza che si verificasse un effetto di recupero retroattivo, e cioè limitando l'adeguamento al tasso di inflazione programmato esclusivamente all'anno 2008. In altri termini, l'adeguamento è avvenuto tenendo conto soltanto del tasso di inflazione previsto per l'anno corrente, senza considerare il tasso d'inflazione anno per anno, cioè dall'1 gennaio 2001 al 31 dicembre 2008. Il d.m. del 27.07.2008 è stato ritenuto, pertanto, in contrasto con la ratio sottesa all'art. 21 bis del decreto legge 31 dicembre 2007 n. 248, analoga a quella di cui all'art. 2, comma 190,

della legge n. 662 del 1996 (in senso conforme, Tar Lazio, sez. III ter, sentenza 22 maggio 2008, n. 4807).

6. SANITA'

Regole di riferimento per stabilire il prezzo dei farmaci generici

La sentenza della **Sezione III quater, 21 febbraio 2018, n. 2011**, ha stabilito che, in caso di richiesta di un'azienda farmaceutica di allineamento del prezzo del proprio farmaco a quello più basso praticato al pubblico dalle altre aziende assunte in comparazione, sussiste l'obbligo in capo all'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) di ammettere la relativa istanza, senza poter procedere alla verifica della complessiva convenienza e praticabilità del prezzo proposto. Secondo il Collegio è dunque legittima la richiesta di allineare il prezzo al pubblico a quello già praticato sul mercato dalle altre aziende, non derivando da tale condotta alcun ulteriore aggravio per il cittadino. In particolare, la società ricorrente aveva proposto per il farmaco "*Ibuprofene*", sia nella formula in bustine che in compresse, un prezzo allineato a quello di riferimento, rettificando successivamente tale richiesta per le sole bustine, al fine di adeguarlo al prezzo più basso al pubblico praticato da altre aziende. Sul punto, il Collegio ha richiamato il proprio precedente (Sez. III quater, sentenza 5 febbraio 2014, n. 1415), secondo cui "*una volta acclarata la bioequivalenza terapeutica, la richiamata normativa subordina l'immissione in commercio soltanto ad un aspetto relativo al prezzo offerto*", con la conseguenza che non risulta attribuito all'AIFA alcun potere valutativo in ordine alla convenienza dell'operazione prospettata. La lettura sistematica delle norme così delineata risponde d'altra parte alla logica dell'inserimento nel mercato dei farmaci generici i quali, in funzione della penetrazione di un ambiente commerciale connotato dalla presenza dell'*originator* (ovvero di altri generici nel tempo intervenuti), dovrebbero tendere a un prezzo al pubblico inferiore a quello minimo già praticato dai concorrenti, con un complessivo effetto di sistema volto naturalmente al progressivo e costante avvicinamento del prezzo al pubblico a quello *ex factory*. Dunque, il Collegio, nell'accogliere il ricorso, ha rilevato l'illegittimità del diniego opposto dall'AIFA, in mancanza di alcun

potere in capo alla stessa di valutare la convenienza e la praticabilità del prezzo.

Vaccini e relazione con autismo

Con la sentenza della **Sezione III quater, 16 marzo 2018, n. 2995**, il Tribunale ha affermato che, in base alle attuali conoscenze scientifiche, non esiste una correlazione tra vaccini e autismo.

L'esistenza di una relazione temporanea tra evento e danno è presupposto necessario, ma non sufficiente a configurare un rapporto di causalità. A giudizio del Collegio, risulta vago il riferimento del ricorrente a "diversi studi", atti a suffragare la propria tesi in ordine alla sussistenza di un nesso causale, in specie se si considera che lo stesso è stato esclusivamente incentrato su articoli di organi di stampa e, pertanto, non basato su evidenze scientifiche. D'altro canto, invece, il Piano Vaccini 2017-2019, recante abbondante bibliografia scientifica e un apposito paragrafo titolato "*Gli eventi avversi al vaccino*", in cui vengono analizzati gli effetti indesiderati (cosiddette controindicazioni), di lieve entità e dovuti alla risposta immunitaria al vaccino stesso, non porta a ritenere sussistente una correlazione tra vaccini e autismo. Riguardo alla diagnosi prevaccinale, rilevanti sono le valutazioni del pediatra, nonché l'anamnesi al fine di individuare le reali situazioni di rischio, che possono prevedere l'esonero di soggetti immunizzati, purché tale condizione sia comprovata. Con riferimento al contagio, si legge che, in caso di vaccinazioni contro il morbillo, la parotite e la rosolia, il rischio non è mai stato documentato, a differenza della varicella, in cui lo stesso è realistico e comprovato. Dunque, il Collegio, nel dichiarare preliminarmente inammissibile l'impugnativa degli atti di proposta del Consiglio dei Ministri, nonché degli atti istruttori presupposti al decreto vaccini, in quanto trattasi di atti aventi natura politica sottratti alla giurisdizione del giudice amministrativo, ha rigettato il ricorso ritenendo non dimostrato il nesso causale tra l'evento lesivo e il vaccino.

Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza per persone non autosufficienti e bisognose

La sentenza della **Sezione III quater, 17 aprile 2018, n. 4214**, respingendo le censure mosse dalle Associazioni ricorrenti, ha anzitutto affermato che il d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, recante "*Definizione ed aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza di cui all'art. 1 co. 7*

d. lgs. 30 dicembre 1992 n. 502", nel disporre all'art. 64, comma 5, l'abrogazione del precedente d.P.C.M. del 2001, non viola il principio di gerarchia delle fonti, avendo lo stesso Governo - che aveva adottato il precedente decreto - abrogato, con una norma di pari rango normativo, detta disposizione. Respingendo le censure con cui la parte ricorrente lamentava che il decreto impugnato realizzasse una grave violazione del diritto alla salute ex art. 32 della Costituzione, subordinando alla previa valutazione multidimensionale le cure di cui le persone malate ed invalide al 100% sono bisognose, il Collegio ha poi affermato che l'art. 23, comma 1, del decreto impugnato offre per le cure palliative domiciliari un'articolata individuazione dei vari livelli con cui tali cure devono essere somministrate, e che gli artt. 21 e 22 e dal 24 al 28 individuano puntualmente i vari percorsi di cura per ogni problematica medica sui quali si basa l'approccio multidimensionale.
Il Tribunale, richiamando le diverse pronunce con cui la Corte costituzionale ha ribadito il rapporto Stato – Regioni - Province autonome in materia di diritto alla salute, ha affermato che è conforme all'art. 117, comma 2, della Costituzione la previsione dell'art. 21, comma 2, del suddetto decreto, secondo cui le Regioni e le Province autonome organizzano le attività garantendo uniformità sul proprio territorio nelle modalità, procedure e negli strumenti di valutazione multidimensionale, anche con le diverse fasi del progetto di assistenza. Inoltre, secondo il Collegio, la circostanza che le Regioni possano esprimersi nell'ambito del loro territorio, avendo presente le differenti realtà socioeconomiche dalle quali è formato il tessuto sociale, non contrasta nemmeno con il principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione, alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata, che impone una diversa disciplina di situazioni dissimile. Esaminando l'ulteriore profilo oggetto di censura, il Collegio ha affermato che l'art. 21 del decreto presidenziale impugnato, nel delineare i "*percorsi assistenziali integrati*", non viola l'integrità delle prestazioni sanitarie. Infatti, pur essendo vero che tali percorsi debbano prevedere la partecipazione dell'area sanitaria e dell'area sociale, l'integrazione è garantita da apposito accordo in sede di Conferenza unificata ex art. 8 d.lgs. n. 281 del 1997 e non è sganciata dal servizio sanitario nazionale cui spetta, ai sensi del comma 2 del medesimo art. 21, un'azione di coordinamento quanto ai servizi sanitari e sociali, alla presa in carico della persona e alla valutazione multidimensionale dei bisogni, sotto il profilo clinico, funzionale e sociale.

Per il Collegio, infine, il decreto impugnato non determina il passaggio di alcune prestazioni sanitarie a carico del paziente. Infatti l'art. 30 del d.P.C.M. citato, nel disciplinare l'assistenza sociosanitaria residenziale e semiresidenziale alle persone invalide ponendo le prestazioni di lungodegenza in parte a carico totale del SSN e in parte a carico del SSN solo per il 50 %, gradua la ripartizione dell'onere economico in relazione alla gravità della condizione del paziente.
Da ultimo, affrontando problematiche di carattere economico relative alla mancata previsione di criteri di finanziamento per le cure domiciliari ai sensi dell'art. 22 del decreto impugnato, il Collegio sottolinea la necessità di tenere conto che le cure domiciliari sono comunque supportate da interventi sociali in relazione agli esiti delle valutazioni multidimensionali e, quindi, vi è una forma di integrazione tra personale professionale e non professionale. L'apparente iniquità delle disposizioni con cui l'alimentazione e l'idratazione artificiale delle persone malate è attribuita a carico totale del SSN per i primi sessanta giorni e, successivamente, al 50 % a carico del SSN e, per il resto, a carico del servizio sanitario locale, si giustifica alla luce delle disposizioni delle leggi di stabilità ed in particolare dell'art. 1, comma 553, l. n. 208 del 2015 con cui si è previsto l'aggiornamento, entro sessanta giorni dalla sua entrata in vigore, del d.P.C.M. 29 novembre 2001 nel rispetto degli equilibri programmati della finanza pubblica, tenendo conto dell'art. 6, comma 3, del d.l. n. 210 del 2015, convertito in legge n. 21 del 2016, oltre che delle altre norme di *spending review*.

Preparazioni galeniche magistrali a scopo dimagrante, divieto di utilizzo di alcune sostanze chimiche e prevalenza della tutela della salute pubblica sulla libertà terapeutica e prescrittiva del medico

Con la sentenza della **Sezione III quater, 10 maggio 2018, n. 5221**, il Tribunale ha ribadito il principio, consolidato nella giurisprudenza amministrativa, secondo il quale il libero esercizio della professione medica non riceve garanzia in senso assoluto, ma deve necessariamente coordinarsi con altri interessi di rilievo collettivo cui l'ordinamento dello Stato può assegnare valore preminente. Nel caso di specie, i ricorrenti, tutti titolari di farmacie abilitate alle preparazioni galeniche, hanno impugnato il d.m. 31.03.2017, il quale, modificando il d.m. 22.12.2016, ha espunto dal divieto di utilizzo i principi di origine vegetale e mantenuto invece il divieto di prescrivere ed allestire preparazioni galeniche magistrali a scopo dimagrante contenenti sedici

sostanze (contenute invece in medicinali autorizzati all'immissione in commercio), presenti singolarmente o in combinazione associata tra loro, nonché di fornire al medesimo paziente due o più preparazioni singole contenenti una delle suddette sostanze. Tale proibizione, a parere dei ricorrenti, si porrebbe in aperto contrasto sia con la normativa italiana e comunitaria in materia, sia con i principi di libertà prescrittiva del medico curante, di precauzione e di proporzionalità, i quali riserverebbero al medico la valutazione della sicurezza nella somministrazione di un medicinale di cui non esiste l'equivalente autorizzato sul mercato. Secondo il Collegio, la libertà terapeutica e la libertà prescrittiva, anche del medico preparatore galenico, devono rispettare i limiti imposti dallo Stato (e previsti all'art. 6 lett. c della l. n. 833 del 1978) e, tra questi, i divieti di utilizzazione di medicinali e di preparazioni eseguite in farmacia di cui è stata acclarata la pericolosità per la salute pubblica, come confermato dall'art. 154, comma 2, del d.lgs. n. 219 del 2006. Tale assetto normativo non risulta confliggente con le regole della concorrenza e del mercato, poiché deve essere effettuato un necessario bilanciamento tra valori costituzionalmente garantiti, quali il diritto alla salute, definito 'fondamentale' dall'art. 32 della Costituzione, ed il principio della libertà di iniziativa economica ex art. 41 della Carta Costituzionale, che non può mai essere esercitato in danno della sicurezza e della dignità umana (come ribadito nell'art. 36 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea).

Determinazione nuovi requisiti minimi di accreditamento per le attività di cure domiciliari, contrattualizzazione personale dedicato ai servizi alla persona

Con la sentenza della **Sezione III quater, 1° giugno 2018, n. 6127**, il Tribunale ha esaminato la conformità del decreto del Commissario ad acta per la Sanità della Regione Lazio n. U00376 del 17 novembre 2016 con la disciplina nazionale di cui agli artt. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992 e 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, regolante i criteri generali uniformi di accreditamento delle strutture socio-sanitarie, pubbliche e private, che svolgono prestazioni assistenziali. Il Collegio ha rilevato l'incompatibilità di tale atto amministrativo *in primis* con il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., nella parte in cui impone alle strutture socio-sanitarie private già accreditate di soddisfare l'ulteriore condizione di assumere direttamente con rapporto di lavoro subordinato il personale con

qualifica di infermiere, operatore sanitario o figura equivalente o dedicata ai servizi alla persona. Ciò, in virtù del fatto che la tipologia contrattuale non inficia gli obblighi di professionalità, qualità delle prestazioni e continuità che devono essere assolti in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale attraverso una idonea organizzazione che prescinde dalla scelta del rapporto di lavoro praticabile (art. 8, comma 3, lett. c) del d.lgs. n. 502/1992). Inoltre, il decreto commissariale non tiene conto delle esclusioni normativamente previste dal contratto di lavoro subordinato per talune categorie professionali intellettuali (soggette ad iscrizione nell'apposito albo), che costituiscono un'eccezione alla comune regola di applicazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato, né della disparità di trattamento operata tra strutture sanitarie che erogano prestazioni residenziali, soggette alla contrattualizzazione, e quelle che erogano invece prestazioni domiciliari, libere nella relativa scelta.

Illegittimità del criterio di preferenza della minore anzianità di laurea ai fini dell'ammissione al Corso triennale di formazione specifica in medicina generale

La sentenza della **Sezione III quater, 20 settembre 2018, n. 9513** ha annullato l'art. 9, comma 2, del Decreto del Ministero della Salute del 7 marzo 2006, recante "Principi fondamentali per la disciplina unitaria in materia di formazione specifica in medicina generale", nonché l'art. 10 del bando di concorso per l'accesso al Corso triennale di formazione specifica in medicina generale presso la Regione Sicilia, per il triennio 2017/2020, allegato al D.A. 17 marzo 2017, n. 511, nella parte in cui stabiliscono che, in caso di parità di punteggio tra i candidati, si faccia ricorso al criterio di preferenza della minore anzianità di laurea. In particolare, ad avviso del Collegio, il suddetto criterio risulta del tutto incongruo e irrazionale, poiché attribuisce la preferenza a coloro che hanno conseguito la laurea per ultimi a prescindere da parametri oggettivi, quali l'aver conseguito il titolo nel tempo stabilito dal corso di studi, la media dei voti ottenuti nei singoli esami e il voto di laurea. In tal modo, si premiano non già i più capaci, ma esclusivamente coloro che, per ragioni soggettive e fattuali, hanno conseguito la laurea più di recente rispetto ad altri. Nel caso di specie, inoltre, la necessità di valorizzare criteri oggettivi di preferenza in caso di parità di punteggio è ancor più pressante, in quanto il corso di formazione in medicina generale non ha carattere di corso universitario, contrariamente alle

Scuole di specializzazione, ma costituisce un corso di formazione *post lauream* che consente l'accesso al posto di medico di base convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale. Il Tribunale ha pertanto accolto il ricorso, evidenziando la necessità di introdurre parametri oggettivi di preferenza nel caso di parità di punteggio tra candidati.

7. PUBBLICA ISTRUZIONE

Mobilità scolastica territoriale, uso algoritmi, strumentalità del ricorso all'informatica nei procedimenti amministrativi e violazione dell'obbligo di motivazione

Le sentenze della **Sezione III bis, 11 luglio 2018, n. 9229 e n. 9230**, hanno affermato il principio della strumentalità del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative. Nel caso di specie, i ricorrenti hanno contestato che le assegnazioni e i trasferimenti, operati in virtù del piano straordinario di assunzione dei docenti, sono stati condotti tramite l'utilizzo di un algoritmo che ha del tutto sostituito la fase istruttoria spettante ad un ufficio e ad un responsabile.

Il Collegio ha rilevato la violazione delle garanzie e dei canoni procedimentali propri della l. n. 241 del 1990, quali l'accesso, la partecipazione, l'interlocuzione personale e la trasparenza, nel caso in cui nel corso della procedura amministrativa la tradizionale attività istruttoria procedimentale venga integralmente sostituita a scapito di un impersonale meccanismo informatico e matematico privo di capacità di valutazione delle singole fattispecie, specialmente quando la procedura si conclude con atti provvedimentali lesivi di posizioni giuridiche soggettive dei privati. Ad essere vulnerato, in tal caso, secondo il Collegio, è anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, non essendo possibile per l'interessato comprendere l'*iter* logico seguito dall'amministrazione per giungere alla sua decisione. Ribadendo la posizione ausiliaria delle procedure informatiche rispetto ai procedimenti amministrativi, la Sezione ha affermato che l'istruttoria, in quanto attività cognitiva, ponderativa e acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati del provvedimento finale, non può che essere svolta da un funzionario persona fisica.

Disturbi specifici dell'apprendimento e obbligo di misure compensative

La sentenza della **Sezione III bis, 25 agosto 2018, n. 9720**, ha affermato che sussiste in capo all'amministrazione scolastica l'obbligo di apprestare tutte le misure compensative e rimediali più opportune al fine di consentire agli alunni affetti da DSA (disturbo specifico dell'apprendimento) di colmare tale deficit e di raggiungere un livello di preparazione adeguato. Nel caso di specie, un'alunna non era stata ammessa alla scuola secondaria di primo grado, nonostante fosse stato accertato e dimostrato, attraverso apposito certificato sottoscritto da un neuropsichiatra infantile, che la stessa presentava un disturbo specifico dell'apprendimento e che tale condizione non era stata valutata nella relazione del verbale di scrutinio, né era stata prevista dalla scuola alcuna strategia specifica per accrescere e favorire il livello di apprendimento dell'alunna. Il Collegio ha osservato che l'art. 6 D.M. n. 5669 del 2011 pone in capo alle istituzioni scolastiche l'obbligo di adottare modalità valutative che consentano all'alunno con disturbo specifico dell'apprendimento di mostrare effettivamente il livello di apprendimento raggiunto, da una parte applicando misure che determinino le condizioni ottimali per l'espletamento delle prestazioni da valutare e dall'altra indicando strategie di recupero finalizzate a fronteggiare il gap di apprendimento (art. 5, comma 2, l. n. 170 del 2010). La pronuncia ha inoltre sottolineato come la presenza di una specifica relazione diagnostica dell'unità multidisciplinare di neuropsichiatria infantile, attestante la sussistenza del disturbo specifico dell'apprendimento, inviata all'Istituto scolastico dai genitori dell'alunno, pone l'istituto in condizione di conoscere la patologia e di apprestare le misure compensative necessarie e opportune per permettere alla minore di conseguire un livello di preparazione sufficiente. Il Collegio ha pertanto annullato il giudizio del Consiglio di classe e il provvedimento finale di non ammissione della minore, con conseguente obbligo della scuola di sottoporre a rivalutazione la discente, tenendo conto della omessa adozione di misure compensative atte a superare il deficit di apprendimento che la affligge.

Graduatoria per l'accesso alla Facoltà di Medicina, scorrimento dei posti

Con la sentenza della **Sezione III, 26 settembre 2018 n. 9698**, il Tribunale ha annullato l'art. 10, comma 3, secondo capoverso, del

decreto ministeriale n. 477 del 2017, nella parte in cui limita lo scorrimento dei posti non occupati riservati ai cittadini non comunitari residenti all'estero, nella graduatoria di ammissione alla Facoltà di Medicina, solamente ai trasferimenti ad anni successivi al primo di studenti di cittadinanza dell'Unione europea soggiornanti in Italia, ai sensi dell'art. 26 della l. n. 189 del 2002, o a studenti iscritti presso una Università Italiana, ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. n. 394 del 2000. Nel caso di specie, il Collegio ha accolto il ricorso di un soggetto non ammesso al corso di laurea a causa della mancata riassegnazione, per l'immatricolazione al primo anno, dei posti lasciati liberi dagli studenti extracomunitari.

La Sezione ha affermato che il diritto allo studio, di rilevanza costituzionale, impone di contenere nei limiti del possibile il sacrificio delle aspirazioni di soggetti, che siano utilmente inseriti in graduatoria, continuando a manifestare il proprio interesse all'immatricolazione: tale interesse, in quanto meritevole di tutela, può essere subordinato a superiori ragioni di interesse pubblico solo quando l'Ateneo non disponga di risorse sufficienti, per assicurare la formazione di adeguate professionalità, ovvero quando il sistema non risulti effettivamente in grado di assorbire i nuovi professionisti, nonostante il lungo e difficile percorso dai medesimi affrontato. Alla luce del rilievo costituzionale attribuito al diritto allo studio, *ex* artt. 33 e 34 della Costituzione, la norma sopra richiamata è stata valutata dal Collegio irragionevole in quanto impedisce l'iscrizione degli aspiranti medici al corso di laurea pur in presenza di posti liberi già conteggiati nel criterio della capacità formativa degli Atenei interessati.

Nonostante il diverso orientamento espresso in merito dal Consiglio di Stato, basato sull'assenza di una norma a livello primario che legittimi la riassegnazione dei posti ai cittadini comunitari, il Collegio ha ritenuto come non sussista nessuna ragione di interesse pubblico tale da impedire la ripartizione dei posti *de qua* a tutti i richiedenti, in quanto non implicante un dispendio ulteriore di risorse alla luce anche della necessità del sistema di assorbire nuovi professionisti, risultando irrazionale la scelta di riservare i posti non occupati da cittadini extracomunitari solo per i trasferimenti, anziché per le più pressanti esigenze dei soggetti utilmente collocati in graduatoria per l'immatricolazione al primo anno di corso.

Ammissione alle Scuole di specializzazione in area sanitaria, test preselettivo e rispetto dei principi di certezza del diritto e pari trattamento dei candidati

Con sentenza della **Sezione III, 26 settembre 2018, n. 9711**, il Tribunale ha confermato la legittimità e la vincolatività delle prescrizioni contenute nell'art. 2, comma 433, della legge n. 244 del 2007 (*legge finanziaria 2008*), che accorda l'accesso alle scuole di specializzazioni mediche ai laureati in Medicina e Chirurgia che siano altresì abilitati all'esercizio della professione entro la data di inizio delle attività didattiche delle scuole di specializzazione medesime. Nel caso di specie, il ricorrente contestava le modalità applicative del citato art. 2, comma 433, della legge n. 244 del 2007, per essere stato escluso dalla graduatoria della Scuola di Specializzazione in conseguenza della mancata indizione delle prove necessarie ai fini dell'ottenimento dell'abilitazione all'esercizio della professione nel periodo intercorrente tra la data di pubblicazione del bando per l'ammissione alle Scuole di Specializzazione e la data fissata per la verifica del possesso dei requisiti per l'ammissione alle Scuole medesime, nonostante il superamento del test preselettivo di accesso. Al riguardo, il Collegio ha rilevato come la fissazione di termini perentori per la maturazione dei requisiti di accesso previsti dalla legge, comuni ad ogni procedura concorsuale, trovi il suo fondamento nella tutela dei principi di imparzialità e certezza delle situazioni giuridiche e che mere ragioni di opportunità non sono certamente idonee a determinare deroghe al principio di legalità. Peraltro, qualunque termine perentorio, per esigenze di certezza del diritto e di pari trattamento degli aspiranti, reca con sé l'intrinseca possibilità di esclusione di un soggetto per la mancata maturazione dei requisiti richiesti che non si presta a dubbi di costituzionalità, ove il discrimine temporale non sia frutto di una scelta arbitraria. Parimenti infondata risulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 433, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nella parte in cui prevede il possesso dei due titoli – laurea e abilitazione alla professione – per l'accesso alle scuole di specializzazione. Al riguardo, infatti, in ambito sanitario, costituisce fatto notorio la presenza non solo di medici generici, ma altresì di specialisti la cui formazione avviene attraverso un percorso professionale implicante lo svolgimento di attività nei reparti ospedalieri. È pertanto ragionevole, a parere del Collegio, riservare l'abilitazione a quei soggetti che siano già in possesso del titolo di

laurea in medicina e, tra questi, ammettere soltanto chi sia già abilitato all'esercizio della professione alle scuole di specializzazione ed al contemporaneo esercizio dell'attività terapeutica.

Test di ingresso alla facoltà di Medicina, annullamento della previsione che permette l'iscrizione al secondo anno esclusivamente a coloro che sono già iscritti ai medesimi corsi di laurea magistrale a ciclo unico in altra sede universitaria italiana, comunitaria o extracomunitaria

Anche la sentenza della **Sezione III, 9 ottobre 2018, n. 9832**, ha esaminato - sotto altro profilo – la disciplina normativa recante modalità e contenuti delle prove di ammissione ai corsi di laurea e di laurea magistrale a ciclo unico ad accesso programmato nazionale, per l'anno accademico 2017/2018. In particolare, il Tribunale ha ritenuto illegittimo il D.M. 28 giugno 2017, n. 477, allegato 2, punto 12, nella parte in cui consente l'iscrizione agli anni successivi al primo del corso di laurea di Medicina e Chirurgia, senza il previo superamento della prova di ammissione, unicamente agli studenti che "*sono già iscritti ai medesimi corsi di laurea magistrale a ciclo unico in altra sede universitaria italiana o comunitaria o extracomunitaria*". Normalmente, per gli studenti che effettuano un passaggio da un'altra Università o da un altro corso di laurea, non è previsto alcun requisito di ammissione al secondo anno di un corso di laurea, ma è possibile che i singoli regolamenti didattici prevedano diversi criteri e modalità di riconoscimento dei crediti già maturati dagli studenti stessi. Deve, dunque, essere annullata la parte del D.M. n. 477 del 2017 che esclude aprioristicamente l'accesso alla facoltà di Medicina e Chirurgia agli studenti provenienti da facoltà diverse che hanno sostenuto esami equipollenti a quelli previsti nel piano di studio di tale facoltà. Gli effetti conformativi dell'annullamento, tuttavia, non implicano l'accertamento del diritto della ricorrente all'immatricolazione, essendo rimessa al discrezionale apprezzamento dell'ateneo, in base ai parametri vigenti, la valutazione sia di equipollenza che di sufficienza, o meno, dei crediti formativi in possesso della ricorrente per la immatricolazione al secondo anno, purché si sia verificata una scopertura dei posti annualmente disponibili a seguito di trasferimenti o rinunce.

8. AMBIENTE E BENI CULTURALI

Valutazione della rarità del bene al fine dell'apposizione del vincolo di interesse culturale

Con la sentenza del **9 ottobre 2018, n. 9826,** la **Sezione II quater** si è pronunciata sui criteri di valutazione dell'interesse culturale di cui al d.m. 13.5.1974, facendone applicazione nel caso di un vincolo apposto su una moneta aurea commemorativa dell'incoronazione di Federico II (cd. augustale). È stato chiarito che tale valutazione deve essere adattata alla particolarità del bene (che si compone di due facciate) e alla tecnica di produzione (cd. doppio conio). La sentenza, a tal proposito, ha fatto applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, per evitare di estendere in maniera ingiustificata l'intervento pubblico limitativo delle facoltà del proprietario del bene, soprattutto qualora si tratti di monete, cioè di un bene per sua natura destinato alla produzione seriale e con funzione di circolazione.

Annullamento in autotutela di autorizzazioni all'esportazione e inapplicabilità del termine di cui all'art. 21 *nonies* l. 241/90.

Con la sentenza del **16 ottobre 2018, n. 10018**, **la Sezione II quater** si è pronunciata sulla legittimità dell'annullamento in autotutela degli attestati di libera circolazione rilasciati per l'esportazione di due dipinti del XVIII secolo "di scuola veneziana" raffiguranti "vedute di Venezia", disposto in considerazione della successiva scoperta, da parte dei competenti organi tecnici dell'Amministrazione, della loro attribuzione al Guardi, essendo state identificate come "Andata del Bucintoro verso San Nicola al Lido" e "Ritorno del Bucintoro verso palazzo Ducale" del noto Maestro. Veniva inoltre impugnato l'ordine di riportare le opere in Italia.

Le questioni di fondo affrontate dalla sentenza sono riconducibili a due profili: se l'atto di ritiro sia stato assunto nel rispetto delle regole del procedimento e delle garanzie formali prescritte dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 – in particolare sotto il profilo della violazione del termine per l'esercizio del potere di autotutela e della motivazione del relativo provvedimento, anche relativamente a motivi già censurati dal TAR con sentenze passate in giudicato - e se l'invito a riportare le opere in Italia costituisca uno sviamento del potere esercitato dall'Amministrazione

La Sezione, a prescindere dall'inapplicabilità, *ratione temporis*, della norma invocata dalla ricorrente nella versione risultante dalle modificazioni introdotte dalla legge n. 124/2015, l'ha ritenuta comunque non applicabile nella materia in esame, non potendo riconoscersi ai provvedimenti che consentono l'esportazione all'estero di cose d'arte la natura di "autorizzazione" allo svolgimento di attività private disciplinato dalle norme di liberalizzazione, nel senso inteso dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, né la loro riconducibilità al novero delle concessioni di benefici economici. Infatti, l'ordinamento giuridico non prevede alcun contributo a sostegno dell'esportazione di beni culturali, anzi, al contrario, vieta l'uscita di tali beni, consentendo la libera esportazione di cose d'arte solo in condizioni eccezionali. Infine, la Sezione ha rilevato che comunque il termine previsto dall'art. 21 *nonies* della l. 241/1990 sarebbe incompatibile con la rigorosa normativa di tutela dei beni culturali, che ne proibisce radicalmente la dislocazione al di fuori del territorio nazionale.
In secondo luogo, la Sezione ha rilevato che una volta venuto meno il titolo che autorizzava l'esportazione, non risultava più giustificato il loro trasferimento all'estero, con la conseguenza che le stesse, in quanto componenti del "patrimonio culturale nazionale", dovevano essere fatte rientrare in Patria per esservi idealmente reintegrate.
Infine, la Sezione ha ritenuto che l'annullamento in autotutela dell'attestato di libera circolazione rappresentava per l'Amministrazione un atto dovuto una volta riconosciuto che i titoli autorizzatori erano stati rilasciati per effetto di un errore (incolpevole) grave e determinante sull'oggetto esaminato, dovuto al fatto che quest'ultimo è stato consapevolmente alterato in modo tale da non renderlo riconoscibile per la sua vera natura. Tale contraffazione, effettuata in vista della presentazione della richiesta di attestato di libera circolazione all'Ufficio Esportazione, è stata determinante, in quanto ha impedito la corretta percezione visiva delle opere da parte degli addetti e questo è stato l'unico motivo per cui ne è stata autorizzata l'esportazione.

Sindacato giurisdizionale sul diniego di nulla osta alla proiezione in pubblico di un film

Con la sentenza n. **11007 del 14 novembre 2018 della Sezione II quater**, resa in sede di giurisdizione di merito, è stato respinto il ricorso presentato da una impresa cinematografica contro il diniego di nulla

osta alla proiezione in pubblico di un film ritenuto non adatto alla visione da parte di minori dalla Commissione prevista dalla Legge n. 161 del 1962, in applicazione dei criteri stabiliti dal D.P.R. n. 2029 del 1963.

Il Tar ha preliminarmente ricordato la particolare natura, il carattere e la funzione del controllo giudiziario dei giudizi valutativi in esame, che non riguardano il "pregio artistico" dell'opera cinematografica (che rileva, invece, a diversi fini, per le controversie sul riconoscimento del carattere culturale del film o per l'attribuzione del premio di qualità, che rientrano nella giurisdizione di legittimità), bensì la valutazione del diverso profilo degli effetti della visione dello stesso sugli spettatori che, in ragione della fase di maturazione, non sono in grado di tollerare, senza problemi, i sentimenti negativi suscitati dalla rappresentazione di scene violente, sconce etc., ovvero non sono in grado di discernere la negatività di alcuni modelli di comportamento proposti. Pertanto, è solo sulla base delle conseguenze psicologiche e di formazione morale dei giovani che deve essere assunta la decisione se autorizzare o meno la proiezione nelle sale cinematografiche del prodotto filmico, da parte delle Commissioni, in prima e seconda istanza, e, in caso di ricorso, da parte del TAR e del Consiglio di Stato che, in tale materia, esercitano una giurisdizione di merito.

A differenza, pertanto, di analoghe valutazioni, pur finalizzate sempre alla tutela dei minori, da parte di Autorità diverse, che sono soggette al consueto sindacato "debole", secondo il modello classico del controllo di ragionevolezza sull'esercizio della "discrezionalità tecnica" della PA (come nel caso delle sanzioni pecuniarie irrogate ad emittenti televisive dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per la violazione dell'art. 15, comma 11, l. n. 223 del 1990, come trasfuso nell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 177 del 2005, in cui la giurisdizione di merito del giudice amministrativo concerne solo il quantum della sanzione pecuniaria irrogata, ma non si estende alla valutazione dei presupposti relativi alla natura e qualità dell'opera trasmessa), la normativa in materia attribuisce al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione di merito, il compito di controllare le valutazioni espresse dal Comitato facendo applicazione di criteri relativi alle esigenze riconducibili alla "*particolare sensibilità dell'età evolutiva*" ed alla sua "*tutela morale*".

In tale prospettiva, la Sezione, facendo applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità nell'applicazione del criterio della "tutela della morale", secondo "*il criterio normale dell'uomo di media*

cultura e di sani principi" (parametro del "*bonus pater familias*") e dei valori espressi dal corpo sociale in un dato momento storico secondo il criterio della "accettabilità", in società pluralistica e multietnica (anche al fine di mantenere la coesione sociale e contenere le spinte disgregatrici di visioni contrapposte sulla formazione morale dei giovani), ha ritenuto non adatto ad un pubblico di minori un film che propaganda la mercificazione del corpo femminile, la strumentalizzazione dello scambio sesso-potere, esalatati come modelli di comportamento verso il successo.

Sulla carenza di legittimazione degli eredi a chiedere il riconoscimento dell'importante carattere artistico di un bene immobile, ai sensi della legge d'autore

Con la sentenza del **5 dicembre 2018, n. 11798**, la **Sezione II quater** è tornata ad occuparsi del caso del cinema America.

I proprietari dell'immobile avevano impugnato il provvedimento con cui, su istanza degli eredi del progettista - arch. Angelo di Castro – presentata ai sensi degli artt. 20 e 23 della legge 22 aprile 1941, n. 633 e s.m.i., l'edificio era stato riconosciuto "di importante carattere artistico", in quanto ritenuto "*esempio di rilievo nel panorama dell'architettura italiana della seconda metà del Novecento per l'originalità della composizione spaziale e funzionale connessa con un'interpretazione all'avanguardia della tipologia della sala cinematografica*".

La sezione, nell'affrontare la questione del coordinamento delle previsioni degli artt. 20 e 23 della legge sul diritto d'autore, circa la legittimazione degli eredi del progettista a richiedere l'accertamento del carattere di artisticità dell'opera architettonica del congiunto, ha evidenziato che l'autore è l'unico legittimato a richiedere tale riconoscimento, cosicché doveva escludersi la legittimazione degli eredi.

9. URBANISTICA ED EDILIZIA

Requisito della c.d. *vicinitas* e interesse a ricorrere in materia edilizia e presupposti per l'avvio del procedimento di V.I.A.

La sentenza della **sezione III ter, 28 marzo 2018, n. 3418**, con riferimento alla legittimità di opere volte alla realizzazione di un tratto di ferrovia, ritenuto dai ricorrenti prima inesistente o comunque totalmente differente rispetto a quello in precedenza esistente, ha affrontato il problema del rispetto delle disposizioni normative di cui all'art. 6, comma 7, lett. a), e), in combinato disposto con l'allegato IV, n. 7, lett. i) e n. 8, lett. t), del d.lgs. n. 152 del 2006. La sezione ha chiarito la distinzione tra concetto di "nuova opera" e concetto di "modifica od estensione" di un'opera già esistente ai fini della sottoposizione del progetto di realizzazione della stessa alla Valutazione d'Impatto Ambientale ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 152 del 2006. Mentre per "opera nuova" il codice dell'ambiente richiede *de plano* la sottoposizione alla valutazione di impatto ambientale *ex* art. 6, comma 7, lett. a), d.lgs. n. 152 del 2006, per "la modifica o l'estensione di opera già esistente" la sottoposizione a VIA è subordinata alla condizione che, all'esito della preliminare verifica di assoggettabilità *ex* art. 6, comma 6, emerga la possibilità che tale modifica o estensione possa produrre impatti ambientali significativi e negativi *ex* art. 6, comma 7, lett. e), del codice richiamato. Nel caso di specie, secondo il Collegio, le significative variazioni di esercizio apportate dall'amministrazione alla tratta ferroviaria riattivata, in particolare l'aumento della velocità di esercizio e una diversa tipologia di traffico ferroviario e dei relativi convogli ammessi, comportando un maggiore sfruttamento della stessa, determinano con certezza una "modifica o estensione del progetto originario" la cui realizzazione potrebbe produrre effetti negativi e significativi sull'ambiente, fondando, per ciò solo, l'obbligo del proponente di attivare il procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA ai sensi dell'art. 20, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 152 del 2006.

Verificata la necessità di sottoporre il progetto di modifica dell'opera al preliminare giudizio di assoggettabilità a VIA, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. b), e 20 del d.lgs. n. 152 del 2006, il Collegio ha altresì ritenuto sussistente in capo alle amministrazioni il dovere di pronunciarsi sulle istanze inoltrate dai ricorrenti con cui si chiedeva la

sospensione dei lavori o l'inibizione dell'esercizio della tratta ferroviaria, avviando quantomeno un procedimento di verifica sullo stato delle autorizzazioni ambientali nel rispetto dell'art. 29, comma 4, del d.lgs. n. 152 del 2006.
Il Collegio ha quindi verificato il rispetto dei regolamenti tecnici di settore e degli *standards* tecnici nazionali e internazionali in materia di vibrazioni correlate al transito dei treni (norme UNI e ISO), pronunciandosi in particolare sul paventato rischio di instabilità strutturale degli edifici limitrofi alla linea ferroviaria di proprietà dei ricorrenti e sulla dedotta inadeguatezza degli accorgimenti volti a ridurre le vibrazioni e le correnti vaganti derivanti dal transito dei treni.
Sulla base di quanto affermato nella relazione di verificazione, il Tribunale ha considerato nel caso di specie imprescindibile, per la riapertura della linea ferroviaria alle condizioni di esercizio previste nei progetti di modifica, una "nuova e più approfondita campagna sperimentale", tenuto conto dei naturali cambiamenti morfologici del territorio e delle sopravvenute modifiche strutturali apportate all'opera.

10. MONOPOLI

Equiparazione di tutti i prodotti del fumo elettronico contenenti o meno nicotina nel divieto di vendita a distanza

La **Sezione II,** con la sentenza del **5 ottobre 2018, n. 9772,** ha affermato la compatibilità del quadro normativo in riferimento al divieto di vendita online delle sigarette elettroniche, con o senza nicotina, rispetto alla normativa europea e la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale prospettate.
Il Collegio ha ritenuto, nel bilanciamento di interessi costituzionalmente garantiti, la prevalenza del principio di utilità sociale desumibile dal divieto di vendita online di tutti i prodotti del fumo elettronico "con o senza nicotina". Tra questi rilevanza fondamentale assume il diritto alla salute, rispetto al quale la vendita a distanza presenta maggiori rischi, non solo perché rappresenta una modalità semplificata di acquisto, danneggiando una platea molto ampia di popolazione, ma anche perché non permette la verifica sia del divieto di vendita ai minori, sia della conformità ai criteri tecnici dei

prodotti rispetto a quanto stabilito nella normativa europea a tutela dei consumatori.
Nella sentenza inoltre è stato superato il dubbio di illegittimità costituzionale circa l'equiparazione tra i liquidi continenti la nicotina e quelli che non la contengono, richiamando la sentenza della Corte Costituzionale n. 240 del 2017.
Tale sentenza ha riconosciuto la conformità a Costituzione dell'art. 62 quater, comma 1 bis, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. f., numero 1), del decreto legislativo 15 dicembre 2014, n. 188, il quale ha equiparato il trattamento fiscale dei liquidi contenenti o meno nicotina. Il giudice delle leggi ha osservato, da un lato, come la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, 2014/40/CE abbia riconosciuto che le sigarette elettroniche possono diventare un prodotto di passaggio verso la dipendenza dalla nicotina e il consumo di tabacco tradizionale, in quanto imitano e rendono normale l'atto di fumare; dall'altro, la Corte ha ritenuto che le conoscenze attuali in materia di fumo elettronico non sembrano essere tali da potere escludere l'innocuità dei liquidi senza nicotina. Tale valutazione trova conferma nelle indicazioni espresse dall'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) che, nel dissuadere dal fumare, considerano in modo unitario i dispositivi elettronici da inalare, senza attribuire rilevanza alla presenza o meno in essi di nicotina.
Pertanto, il Collegio ha ritenuto pienamente conforme a Costituzione la normativa attraverso la quale il legislatore, dopo aver equiparato il trattamento fiscale dei liquidi contenenti o meno nicotina, ha equiparato le categorie in parola anche in relazione al divieto di vendita a distanza.

11. GIOCHI E SCOMMESSE

La prosecuzione del rapporto concessorio e il sistema "multiproviding".
La pronuncia della **Sezione II, 4 ottobre 2018, n. 9730** affronta il tema delle concessioni in materia di giochi e del loro regime normativo.
Nella fattispecie, la società ricorrente ha impugnato la determinazione con la quale l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli aveva invitato la controinteressata L.N. S.r.l. – gestore del servizio fino al 30 settembre 2019 - ad accettare la prosecuzione della concessione relativa alla

raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, fino al 30 settembre 2028.
Nel ricorso si sosteneva che si sarebbe dovuto procedere alla previa "selezione concorrenziale per l'aggiudicazione delle concessioni", basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e all'aggiudicazione di più "concessioni", eventualmente rinnovabili per non più di una volta, in ossequio a quanto stabilito dai commi 3 e 4 dell'art. 21 del d.l. n. 78 del 2009, espressamente richiamati dall'art. 20 del d.l. n. 148 del 2017.
Il Collegio, ricostruendo il quadro normativo che regola la materia in questione, ha ritenuto che l'art. 20 del d.l. n. 148 del 2017, ove si "provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio", dovesse essere letto in combinato disposto con l'art. 21 del d.l. n. 78 del 2009.
Tale ultima norma prescrive l'affidamento della gestione delle attività ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte (sistema "multiproviding"), prevedendo altresì la rinnovabilità per non più di una volta di tali concessioni, per una durata massima di nove anni, rispettivamente suddivisi in due periodi di cinque e quattro anni.
La Sezione ha rilevato come, a seguito dell'espletamento della procedura ad evidenza pubblica, come prescritto dall'art. 21 del d.l. n. 78 del 2009, la controinteressata, unica partecipante alla stessa, fosse risultata aggiudicataria della concessione oggetto di controversia.
A fronte della situazione derivante dall'esito della gara suindicata ed in presenza del rapporto concessorio che ne è derivato, l'Amministrazione si è limitata a prevedere la prosecuzione di quest'ultimo, in ossequio a quanto previsto dal quarto comma dell'art. 21 del d.l. n. 78 del 2009.

12. SOCIETA' MISTE

Gara a doppio oggetto nell'ambito della società mista pubblico privato

Con la sentenza **n. 1088 del 30 gennaio 2018**, la **Sezione II** ha ripercorso i presupposti e le condizioni *ex lege* richiesti per l'utilizzo del modulo della società mista, ricordando la necessità di garantire quei fondamentali principi, il cui rispetto è imposto, peraltro, dalla

normativa comunitaria, del *favor partecipationis* e del canone di proporzionalità.
Muovendo da una primaria distinzione tra vincolo di scopo e vincolo di necessità, la Sezione ha ribadito come la *condicio sine qua non* affinché l'Amministrazione possa optare per la costituzione di una società pubblico privata di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 – Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (cd. TUSPP) - sia da rinvenire nella doverosa esternalizzazione della motivazione, che esplichi precisamente le ragioni per cui le finalità pubbliche si ritengono perseguibili in via più efficace mediante la costituzione di una società pubblico privata rispetto all'ordinario modello dell'affidamento mediante gara.
In altri termini, la deroga all'ordinaria procedura della gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio deve ritenersi giustificata ed ammessa solo laddove l'amministrazione resistente proceda ad assolvere pienamente il proprio onere di motivazione analitica.
Nel caso di specie, poi, il Collegio è giunto a tracciare in modo netto i confini di operatività dell'istituto, escludendo che il modulo della società mista possa essere utilizzato per i cd. "servizi strumentali", intendendosi con tale locuzione quei servizi integranti prestazioni da erogarsi direttamente a favore dell'amministrazione, nell'ambito di una cornice negoziale di contratto di appalto pubblico.
Ribadendo ciò, il Tar del Lazio ha così annullato il bando di gara, del valore di 475 milioni di euro, di Roma Capitale per l'affidamento dei servizi per il funzionamento delle strutture educative e scolastiche, nonché per la manutenzione del verde pubblico non di pregio, scolastico e delle piste ciclabili per un periodo di 8 anni, annullando la determinazione del comune capitolino di optare per la forma della "società mista".

13. ASSOCIAZIONI SINDACALI

Associazioni sindacali e nozione di associazione comparativamente più rappresentativa

La sentenza della **Sezione I, 8 febbraio 2018, n. 1522**, si è occupata della definizione del concetto di associazioni "comparativamente più rappresentative" di cui all'art. 6, co. 1, lett. c), d. lgs. n. 150/2015. A tal

proposito, il Tribunale ha specificato che la nozione di associazione “comparativamente più rappresentativa” presuppone, diversamente dal concetto di "maggiore rappresentatività", una selezione delle associazioni sindacali, sulla base di una valutazione comparativa della effettiva capacità di rappresentanza di ciascuna di esse. E ciò al fine di commisurare il godimento di determinate prerogative all'effettiva capacità rappresentativa delle organizzazioni soggette al giudizio comparativo. Il Collegio osserva che il concetto di rappresentatività di un’associazione sindacale non si presta ad una interpretazione univoca, ma va modellato in relazione alle finalità perseguite dalle norme che lo richiamano. In particolare, nell'ipotesi di utilizzazione da parte del legislatore della locuzione "sindacato maggiormente rappresentativo" si è solitamente al cospetto di una previsione volta ad attribuire specifiche prerogative e diritti alle associazioni sindacali operanti in determinati contesti lavorativi, rispetto alle quali l'analisi sulla rappresentatività deve tenere adeguatamente conto della necessità di tutelare il principio del pluralismo, onde evitare che un deficit in termini astratti di rappresentatività si traduca in una sostanziale compromissione dell'esercizio delle libertà di azione sindacale costituzionalmente garantite. Dunque, la nozione di "maggiore rappresentatività" va solitamente declinata secondo una accezione inclusiva, in quanto tale criterio non si riferisce ad una comparazione fra le varie confederazioni nazionali, bensì ad una effettività - che può essere sempre conseguita da ogni confederazione sindacale - della loro forza rappresentativa.

14. PUBBLICO IMPIEGO NON CONTRATTUALIZZATO

Forze armate - Ricorso gerarchico per sanzioni disciplinari di corpo

Con la sentenza della **Sezione I bis, 30 marzo 2018, n. 3553** si afferma che l'art. 16, comma 2, della l. 11 luglio 1978, n. 382, ove prevede che avverso le sanzioni disciplinari di corpo non è ammesso ricorso giurisdizionale o straordinario se prima non è stato proposto ricorso gerarchico, non introduce una deroga al principio introdotto dalla l. 6 dicembre 1971, n. 1034, che ha abolito l'onere del previo ricorso amministrativo.

La disposizione, che ha riguardo esclusivamente all'ordinamento militare, impone l'esperimento del ricorso gerarchico quale dovere di disciplina militare, la cui omissione è sanzionabile dall'Arma di appartenenza, senza assurgere a condizione dell'azione giurisdizionale in senso tecnico.

Soglia a "doppio sbarramento".

Con la sentenza della **Sezione I quater, 31 agosto 2018, n. 9105** il Tribunale ha respinto il ricorso avverso il bando di concorso per l'assunzione di 1.148 Allievi Agenti della Polizia di Stato.

Nel caso di specie, il ricorrente, pur avendo superato le prove scritte, lamentava la non ammissione alle prove e agli accertamenti successivi. In particolare, l'esclusione era stata disposta in applicazione della previsione che stabiliva una soglia di sbarramento in sede di convocazione alle prove e accertamenti successivi allo scritto.

Sulla base di una lettura sistematica della normativa di riferimento e della disciplina di gara, la decisione ha statuito che la graduatoria dei candidati che hanno superato la prova scritta (con un voto non inferiore a quello minimo stabilito) costituisce semplicemente il bacino di "idonei" all'accesso agli accertamenti successivi, ma non dà diritto ad una automatica convocazione. Tale scelta - ispirata oltre che ai predetti criteri di reclutamento di personale meritevole, intrinseci alle procedure di concorso, anche ai criteri di razionalizzazione della spesa pubblica - non lascia emergere profili di illogicità e irragionevolezza, atteso che la convocazione automatica di tutti gli idonei, per aver ottenuto un voto non inferiore a sei decimi alla prova scritta, avrebbe costituito una attività molto dispendiosa per l'Amministrazione, con necessità di impiego di notevoli risorse organizzative e aggravio dei costi, non funzionale per le ragioni di speditezza del concorso stesso e comunque inutile per gli stessi candidati sottoposti ad ulteriori accertamenti senza possibilità di ammissione. Ed invero il limite numerico fissato dal bando quale criterio di sbarramento non contrasta, a giudizio del Collegio, con i principi costituzionali di buon andamento, dovendosi piuttosto ritenere improntato a criteri di economicità ed efficienza, nonché di maggiore speditezza della procedura.

Inoltre, il Collegio non ha ritenuto convincente la doglianza riguardante l'illegittimità del doppio sbarramento previsto dal bando, tenuto conto del punteggio finale ottenuto dalla somma di quello conseguito con la prova scritta con la valutazione dei titoli, con la conseguente possibilità

di utile posizione in graduatoria finale. Ciò in quanto l'art. 7, comma 4, del d.m. del 12 maggio 2006 dispone che "la valutazione dei titoli è effettuata nei confronti dei soli candidati che abbiano superato la prova scritta d'esame e siano risultati idonei agli accertamenti psico-fisici ed attitudinali" e il bando di concorso, in conformità a tale principio, prevede l'ordine cronologico di valutazione dei titoli (professionali) per graduare la progressione nella graduatoria finale dei candidati, sommando per ciascun candidato risultato idoneo alla prova di efficienza fisica e agli accertamenti psico-fisici ed attitudinali, il punteggio utile conseguito alla prova d'esame scritta e il punteggio riportato nella valutazione di titoli.

15. PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Accesso ad atti e documenti già ritenuti da un Tribunale straniero inidonei a stabilire i fatti allegati in giudizio da parte istante

La sentenza della **Sezione III quater, 31 gennaio 2018, n. 1111**, ha rigettato il ricorso proposto avverso il diniego di accesso alla documentazione richiesta all'A.I.F.A.. La società ricorrente, parte di un giudizio proposto innanzi al *Tribunale de première instance* di Ginevra, aveva presentato all'A.I.F.A. istanza di accesso al *Dossier* prezzi di altra società, qualificando il medesimo accesso come «*defensionale*» ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, per essere funzionale alla difesa nel giudizio pendente a Ginevra. Con la propria pronuncia, il Collegio ha ritenuto condivisibile la valutazione compiuta dall'amministrazione italiana, in quanto nell'ambito di tale giudizio il giudice aveva valutato processualmente irrilevante la richiesta istruttoria della ricorrente. Secondo quanto rilevato dal Collegio, nel caso di specie assumeva rilievo decisivo il fatto storico costituito dal giudizio formale ed esplicito, formulato dal giudice competente a decidere il processo in relazione al quale è spiegata l'istanza di accesso defensionale, in ordine alla irrilevanza in quel giudizio dell'acquisizione del documento amministrativo *de quo*. Alla luce di tale elemento oggettivo, dunque, la valutazione dell'amministrazione non ha operato un giudizio prognostico, prendendo invece atto di un giudizio di non inerenza e di inidoneità probatoria già formalizzato dal giudice naturale della controversia in atto.

La pronuncia ha altresì evidenziato che assumeva un rilievo decisivo il fatto che la stessa ricorrente, al momento della formulazione dell'istanza di accesso, avesse esplicitamente collegato il proprio interesse all'ostensione del *Dossier* prezzi unicamente alle esigenze defensionali di quello specifico giudizio.

Accesso alle cartelle di pagamento e valore probatorio degli estratti di ruolo

Con la decisione del **5 aprile 2018, n. 3779**, la **Sezione II ter** si è pronunciata sul ricorso avverso la nota con cui l'Agente della Riscossione – Agenzia delle Entrate, in riscontro ad un'istanza di accesso ex artt. 22 ss. della legge n. 241/1990, si limitava a fornire i referti di notificazione e gli estratti di ruolo riferibili alle cartelle di pagamento richiamate nell'ingiunzione, anziché rilasciare la copia conforme all'originale delle cartelle stesse e dei ruoli formati da ogni singolo ente impositore. Il Collegio, nel dichiarare l'infondatezza dell'avverso gravame, ha rilevato la sostanziale identità di contenuto tra le copie degli originali delle cartelle e gli estratti di ruolo. Questi ultimi non sono che la fedele ed integrale riproduzione della parte del ruolo relativa alla o alle pretese creditorie azionate dagli Enti impositori verso il contribuente debitore con la cartella esattoriale e devono contenere tutti gli elementi essenziali per identificare la persona del debitore, la causa e l'ammontare della pretesa creditoria. Inoltre, l'accesso alle cartelle esattoriali deve essere valutato con riferimento alla modalità di notifica adottata nel caso concreto. Se essa è avvenuta a mezzo PEC o per il tramite degli ufficiali della riscossione, l'originale dell'atto resta sempre conservato e, pertanto, il diritto di accesso è facilmente e legittimamente esperibile. Se, invece, la cartella esattoriale è stata notificata per mezzo di servizio postale, essendo presente un unico originale notificato alla parte debitrice, la Sezione si è pronunciata nel senso che non si può richiedere all'agente della riscossione copia dell'originale notificato, in quanto in possesso esclusivo del destinatario della notifica.

Ne consegue che l'agente della riscossione può legittimamente adempiere ad una richiesta di accesso agli atti producendo copia degli estratti di ruolo delle cartelle di pagamento e delle relate di notifica.

Condizioni per far valere il diritto di accesso ex l. 241/1990

Con la sentenza della **Sezione I quater del 18 giugno 2018, n. 7840** è stato respinto il ricorso presentato da un'organizzazione sindacale di polizia che si era vista negare dall'Amministrazione un'istanza di accesso, volta a verificare alcune segnalazioni da parte di alcuni lavoratori (utilizzo di autista *sine titulo*, contraddittorietà nell'orario di servizio, turnazioni incongrue) relativi ad un intero anno di servizio, perché ritenuta troppo gravosa e indeterminata.

La sentenza ha premesso che l'associazione sindacale è, in via astratta, titolare di un interesse alla conoscenza di documenti che possono coinvolgere tanto le prerogative del sindacato quale istituzione esponenziale di categoria, quanto le posizioni di lavoro dei singoli iscritti nel cui interesse opera e, quindi, legittimata all'accesso.

Tuttavia, la richiesta di documentazione non può essere caratterizzata da una formulazione eccessivamente generalizzata tanto da far trasmodare l'accesso in un controllo generalizzato, creando un aggravio degli uffici dell'Ente che devono evaderla, in violazione del canone costituzionale del buon andamento. Pertanto, pur dovendosi riconoscere una nozione ampia di strumentalità del diritto di accesso, nella specie la utilità della documentazione non è risultata chiara e concretamente individuata, attesa la vasta e indifferenziata richiesta di dati riferiti alla ampia platea di soggetti per un arco temporale rilevante. Tra l'altro la richiesta documentale si è rivelata come un controllo, dalla natura ispettiva, su atti organizzativi dell'Amministrazione, mentre per gli interessi particolari dei singoli associati ritenuti lesi dall'agire amministrativo sarebbe stata necessaria la indicazione del collegamento specifico e concreto con un interesse, nella specie, solo ipotetico.

Limiti dell'ambito di applicazione del c.d. accesso civico

La sentenza della **Sezione II bis, n. 7326 del 2 luglio 2018**, attraverso una dettagliata ricostruzione della disciplina di riferimento, fornisce le coordinate di carattere interpretativo ed applicativo utili ad orientare le amministrazioni e, in generale, i soggetti tenuti all'applicazione delle disposizioni recate dal d.lgs. n. 33 del 2013 e dal d.lgs. n. 97 del 2016, nella definizione di un giusto punto di equilibrio tra accesso e privacy, di particolare attualità alla luce dell'entrata in vigore del regolamento UE 2016/679. In particolare, è stata sottolineata la valenza selettiva e delimitativa delle finalità per le quali è stato introdotto l'accesso civico

generalizzato, chiaramente esplicitate nell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, restando precluso il ricorso al nuovo istituto in relazione ad istanze dirette a soddisfare un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto.

Accesso civico generalizzato

Con la decisione della **Sezione I ter, 7 agosto 2018, n. 8892**, è stato affrontato il tema della ostensibilità degli atti relativi alle prestazioni oggetto del Memorandum di Intesa del 2 febbraio 2017 tra Italia e Libia limitatamente alla quantità, alla provenienza e all'allocazione delle risorse utilizzate per la sua attuazione e del Programma di sostegno alla gestione integrata delle frontiere e dei flussi migratori in Libia.

Il Collegio ha ritenuto legittimo il diniego opposto alla richiesta di accesso civico generalizzato avente ad oggetto i documenti relativi alla mera attività di implementazione del Memorandum, ai sensi dell'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 33/2013. L'accesso è precluso ai documenti coperti da segreto di Stato e a quelli per i quali la limitazione è prevista dalla legge ex art. 24, comma 1, l. n. 241/1990, nella cui ipotesi rientra il d.m. n. 415/1994. Infatti, è espressamente escluso l'accesso alla "documentazione relativa agli accordi intergovernativi stipulati per la realizzazione di programmi militari, di sviluppo, approvvigionamento e/o supporto comune o di programmi per la collaborazione internazionale di polizia".

Infine, si è osservato come ogni procedimento amministrativo svolto innanzi al G.A. è retto dal principio dispositivo, sia pure "temperato" del metodo acquisitivo, in ossequio al quale sul ricorrente grava comunque un onere probatorio che, relativamente all'acquisizione dei documenti, deve tradursi nella specifica indicazione degli stessi ex art. 116 c.p.a. Trattandosi di valutazioni caratterizzate da elevata discrezionalità, il sindacato giurisdizionale non può che essere meramente estrinseco, cioè limitato alla verifica della causa di non ostensibilità invocata dall'Amministrazione.

Dovere di "*soccorso procedimentale*" ex art. 6. l. n. 241 del 1990 e procedimento amministrativo telematizzato

Secondo la sentenza della **Sezione III bis, 8 agosto 2018, n. 8902**, il dovere di c.d. *soccorso istruttorio* ex art. 6 della l. n. 241 del 1990 è imposto all'amministrazione anche nei procedimenti interamente telematizzati, specialmente quando la presentazione della domanda sia sottoposta a termini rigidi di decadenza e sia complessa la sua compilazione. Nel caso di specie, alcune problematiche connesse all'utilizzo della piattaforma telematica avevano impedito alla ricorrente di inoltrare, entro i termini di decadenza, la domanda di accesso al finanziamento pubblico di un progetto di ricerca. In considerazione della mancata previsione di modalità di presentazione alternative a quella telematica e accertato il rallentamento del sistema informatico, il Collegio ha rilevato l'illegittimità del diniego della riapertura dei termini per completare l'istanza, perché in contrasto con il dovere di soccorso istruttorio procedimentale tipizzato all'art. 6 l. n. 241 del 1990. La pronuncia, sottolineando la distinzione tra il procedimento cartaceo e quello telematico, ha evidenziato che nei procedimenti amministrativi interamente telematizzati le imprevedibili modalità di configurazione del Sistema Informatico, dalle quali dipende il rispetto del termine di presentazione dell'istanza, non possono essere ricondotte nella comune sfera di diligenza dell'interessato. Ribadendo la posizione servente delle procedure informatiche rispetto ai procedimenti amministrativi, il Collegio, pur non individuando in capo all'amministrazione l'obbligo di prevedere ulteriori modalità di presentazione della domanda, ha affermato che il dovere di c.d. soccorso istruttorio prescritto all'art. 6 l. n. 241 del 1990 impone di rimettere nei termini l'interessato consentendogli il completamento dell'istanza.

16. GIURISDIZIONE

I benefici connessi allo status di "vittime del dovere" sono qualificabili come diritti soggettivi

La sentenza della **Sezione I ter del 9 ottobre 2018, n. 9909**, affronta nuovamente la problematica del riparto di giurisdizione in materia di benefici connessi alle c.d. "vittime del dovere". Con la sentenza delle

Sezioni Unite del 16 novembre 2016, n. 23300, in senso contrario rispetto al precedente orientamento, si è statuito che i benefici spettanti alle vittime del dovere (così come definite dall'art. 3 della legge 13 agosto 1980, n. 466 e dall'art. 1, comma 563, della legge 23 dicembre 2005, n. 266) debbano ricomprendersi nel novero dei diritti soggettivi e non degli interessi legittimi; ciò in quanto i soggetti rientranti in tale categoria, o i loro familiari, vantano una posizione giuridica rispetto alla quale non sussiste discrezionalità della Pubblica Amministrazione, in ordine alla decisione di erogare o meno le provvidenze, dovendo la stessa attenersi ai criteri e alle modalità precisate nella legge stessa.
Operata tale premessa, il Collegio, in linea con la sentenza della Suprema Corte sopra richiamata, precisa che i benefici riconosciuti alle vittime del dovere non rientrano nello spettro di diritti e doveri che integrano il rapporto di lavoro subordinato dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Essi hanno, infatti, natura prevalentemente assistenziale e spettano a coloro che abbiano subito un'infermità a causa della prestazione di un servizio in favore delle amministrazioni pubbliche. Di conseguenza, la giurisdizione in materia spetta al giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro.

17. PROCESSO AMMINISTRATIVO

Processo Amministrativo Telematico. Sottoscrizione del ricorso in formato CAdES, anziché PAdES

Con la **sentenza 25 maggio 2018, n. 5912 la Sezione I bis** ha affermato che il ricorso sottoscritto, notificato e depositato in formato CAdES, anziché PAdES, è ammissibile e l'unica esigenza di regolarizzazione riguarda il deposito di un atto in nativo digitale sottoscritto in PAdES, ai fini della correttezza del processo, indipendentemente dalla circostanza se la parte intimata in giudizio si sia costituita. La sottoscrizione digitale con formato CAdES è pienamente idonea ad assolvere la funzione di attestare la provenienza dell'atto in capo al suo autore.

Ricorso collettivo, ammissibilità solo in presenza di identiche situazioni sostanziali e processuali

La sentenza della **Sezione III, 20 luglio 2018, n. 8263**, ha affermato che il ricorso collettivo è proponibile esclusivamente in presenza di identiche situazioni sostanziali e processuali dei ricorrenti, che non diano luogo ad alcuna situazione di conflitto di interessi. Nel caso di specie, trattandosi di ricorso proposto da soggetti non utilmente collocati nelle graduatorie di ammissione alla Facoltà di Medicina e Chirurgia, la Sezione ha ritenuto sussistenti i requisiti di proponibilità del ricorso collettivo in relazione alle censure di caducazione dell'intera procedura, finalizzate ad ottenere nuove *chances* di conseguimento del bene della vita in capo a tutti i ricorrenti, per effetto della ripetizione della prova. La sentenza ha dichiarato inammissibile, invece, il ricorso collettivo con riferimento alle censure che non sono dirette a ottenere l'annullamento dell'intera procedura, ma l'immatricolazione con riserva dei singoli ricorrenti, in quanto l'inserimento in graduatoria di uno di essi si traduce in una potenziale lesione della situazione giuridica degli altri, che mirano al conseguimento del medesimo bene della vita.

Rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Con la sentenza numero **10193 del 22 ottobre 2018**, la **Sezione II bis** è tornata sulla questione del rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale, in una procedura di affidamento di un appalto pubblico.

Nella fattispecie la ricorrente principale aveva chiesto, con il primo motivo, l'annullamento dell'aggiudicazione in quanto il raggruppamento temporaneo aggiudicatario non sarebbe stato qualificato per difetto di adeguata certificazione s.o.a. in capo alle mandanti.

Con il ricorso incidentale, la controinteressata aggiudicataria deduceva il difetto di interesse e di legittimazione attiva delle ricorrenti principali avendo esse formulato un'offerta plurima e condizionata; sarebbe stato anche erroneamente attribuito il punteggio all'offerta tecnica della ricorrente principale in presenza di una miglioria relativa all'utilizzazione del materiale per tubazioni fognarie asseritamente inidoneo.

Alla luce dei suddetti motivi di impugnazione, il Collegio ha ritenuto che la decisione sul primo motivo del ricorso principale dovesse precedere logicamente e cronologicamente la decisione del ricorso incidentale, avendo ad oggetto una fase della procedura di gara

precedente la valutazione delle offerte, essendo contestata l'ammissione alla gara della concorrente aggiudicataria per mancanza dei requisiti di qualificazione.
A tal fine il collegio ha confermato la distinzione tra tre fasi fondamentali del procedimento di gara, cui corrispondono tre categorie di vizi reciprocamente escludenti i concorrenti: la prima fase, attinente alla tempestività della domanda e alla integrità dei plichi; la seconda fase, relativa alla verifica dei requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione alla gara; la terza fase, consistente nell'esame delle offerte e nella verifica della validità di esse.

Esecuzione, dinanzi al giudice amministrativo, delle ordinanze di assegnazione di somme del giudice ordinario dell'esecuzione *ex* art. 553 c.p.c.

La **Sezione I bis** con la sentenza **31 ottobre 2018 n. 10522** si è pronunciata sulla mancata equiparazione delle ordinanze di assegnazione di somme del giudice ordinario dell'esecuzione *ex* art. 553 c.p.c. alle sentenze passate in giudicato, ai fini del giudizio di ottemperanza, sotto il profilo del carattere decisorio e della stabilità.
La sentenza ha affermato che la parte che agisce in ottemperanza per un'ordinanza di assegnazione di somme deve provare, oltre alla definitività del provvedimento di assegnazione, anche il passaggio in giudicato del titolo per la cui esecuzione è stato azionato il pignoramento presso terzi, corrispondente nel caso del decreto ingiuntivo alla sua definitività. Ciò in quanto il comando giudiziale da eseguire, ai fini dell'ottemperanza, deve essere contenuto non solo in un provvedimento che non sia più formalmente suscettibile di impugnazioni o opposizioni, ma in una pronuncia che esprima anche un accertamento definitivo e stabile del diritto fatto valere riferibile all'intera vicenda considerata, tale non poter più essere messo in discussione da ulteriori pronunce del giudice che possano travolgere il titolo azionato in ottemperanza. Il Collegio non ha ritenuto, quindi, ammissibile il rimedio dell'ottemperanza per un provvedimento del giudice ordinario emesso all'esito di un processo di esecuzione, quale il pignoramento presso terzi, che, per quanto non opposto con i rimedi esperibili nel giudizio esecutivo, non era basato su una sentenza conclusiva di un processo di cognizione passata in giudicato o su un provvedimento ad essa equiparato.

Sempre con riferimento alle condizioni di ammissibilità del giudizio di ottemperanza si è pronunciata anche la **Sezione II,** con la sentenza **n. 11255 del 20 novembre 2018**, affermando la non esperibilità del rimedio dell'ottemperanza per l'esecuzione dell'ordinanza resa ai sensi del "nuovo" art. 5 quinquies della legge n. 89/2001 (Legge Pinto), trattandosi di provvedimento di assegnazione diretta della somma pignorata sulle contabilità speciali di pertinenza dell'Amministrazione, convenuta nel giudizio di cognizione che si conclude con il decreto di liquidazione dell'indennizzo per la non ragionevole durata del processo.

Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, interpretazione adeguatrice dell'art. 30, comma 3, secondo periodo, c.p.a. alla luce della disciplina civilistica di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.

Con sentenza della **III Sezione, 9 novembre 2018, n. 10845**, il Tribunale si è pronunciato sull'interpretazione dell'art. 30, comma 3, ultimo periodo del c.p.a., disciplinante l'azione di condanna al risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, autonoma rispetto alla previa impugnazione dell'esercizio o del mancato esercizio dell'attività amministrativa.

La disposizione richiamata evoca implicitamente il comma 2 dell'art. 1227 del c.c., prevedendo che il risarcimento del danno è escluso quando il danno poteva essere evitato con l'impiego di ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento dei mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento. La disposizione, oltre a non prevedere l'attenuazione del *quantum debeatur* nel caso di concorso di colpa (art. 1227, comma 1, c.c.), aggiunge tra le condotte esigibili dal privato, secondo i canoni di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) e gli obblighi di solidarietà (art. 2 Cost.), il ricorso agli strumenti giurisdizionali o di autotutela amministrativa.

La giurisprudenza civile ha pacificamente estromesso dalle condotte di ordinaria diligenza la promozione degli strumenti di tutela poiché implicante una scelta insindacabile del privato, dispendiosa in termini di tempo e risorse economiche ed eccedente il "sacrificio apprezzabile".

Per evitare una reintroduzione della pregiudiziale amministrativa, traslata dall'esame dei profili di rito a quelli di merito, il giudice amministrativo sembra preferibile ritenere che l'impiego del termine "esclude" non imponga un automatico rigetto della domanda di

condanna al risarcimento del danno ogni volta che il privato non abbia previamente impugnato l'esercizio del potere amministrativo. Diversamente, il mancato esperimento dei mezzi di tutela è una tra le diverse condotte da valutare, nella specificità del caso concreto, alla luce del "comportamento complessivo tenuto dalle parti" e dell'ordinaria diligenza, accertando se la medesima sia causalmente generatrice del danno-conseguenza e non superi il sacrificio sostenibile dal privato. Nel caso di specie, il collegio si è espresso sulla mancata impugnazione di un provvedimento di diniego illegittimo (determinazione n. 142 del 15 gennaio 2014), adottato dalla Provincia di Roma, in ordine al riconoscimento o all'esclusione del risarcimento del danno da lesione di un interesse legittimo pretensivo (ai sensi dell'art. 30, comma 3, ultimo periodo, c.p.a.), consistente nell'ottenimento della concessione in uso di un'area per la costruzione di un impianto sportivo. Nella sentenza si è ritenuto l'apporto causale dell'omesso esperimento dell'azione demolitoria inidoneo ad evitare i "danni emergenti", secondo un giudizio prognostico di tipo controfattuale, dal momento che l'impugnazione tempestiva non avrebbe evitato il prodursi dei danni verificatisi in data anteriore rispetto alla data di adozione del provvedimento finale illegittimo. Pertanto, l'azione autonoma di condanna al risarcimento del danno è stata accolta, limitatamente ai danni emergenti.

Improcedibilità dell'azione annullatoria per violazione del termine di deposito della prova dell'integrazione del contraddittorio, irrilevanza *ex se* per autonomia dell'azione risarcitoria

Anche la sentenza della **Sezione III, 15 novembre 2018, n. 11070**, ha esaminato la questione dell'autonomia dell'azione di condanna nel processo amministrativo. In particolare, il Tribunale ha ritenuto improcedibile la domanda di annullamento del bando di concorso per l'ammissione al dottorato di ricerca avanzata dalla ricorrente, che ha adottato una condotta processuale ostativa alla rimozione degli effetti lesivi del bando, non adempiendo correttamente all'ordine di integrazione del contraddittorio formulato dal giudice, ai sensi del combinato disposto degli artt. 49 e 35, comma 1, lettera c), c.p.a.

Avendo la a ricorrente proposto, contestualmente alla richiesta di annullamento, domanda di risarcimento del danno, la Sezione ha osservato che l'improcedibilità dell'azione di annullamento non esime l'autorità giudiziaria dall'esigenza di valutare la domanda di condanna

al risarcimento dei danni, che, a norma dell'art. 30 c.p.a., ha carattere autonomo, potendo essere proposta anche a prescindere dal richiesto annullamento dell'atto lesivo.
Il Collegio, premesso che l'art. 30, comma 3, c.p.a. introduce il principio secondo cui l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza, ha affermato la necessità di condurre un giudizio basato sulla cd. *causalità ipotetica*, in forza del quale non deve essere risarcito il danno che il creditore non avrebbe subito se avesse serbato il comportamento collaborativo cui era tenuto, secondo regole di correttezza, volte ad evitare o ridurre il danno.
Quindi, ritenute improcedibile la richiesta di annullamento del bando e infondata la richiesta di risarcimento del danno, la Sezione ha respinto il ricorso, riscontrando che una condotta ostativa alla possibile rimozione giudiziale degli atti ritenuti dannosi elide il nesso causale fra i prospettati vizi del bando e la segnalata lesione dell'interesse legittimo della ricorrente stessa a corrette regole concorsuali.

Nozione di "cointeressato" e "controinteressato" nei giudizi relativi all'attribuzione di incarichi direttivi ai magistrati ordinari

La decisione della **Sezione I, 18 dicembre 2018, n. 12316** ha analizzato la posizione in giudizio dei due soggetti, diversi dalla parte ricorrente, che, nell'ambito del procedimento di nomina a funzioni "semidirettive" o "direttive", sono stati destinatari di una proposta favorevole da parte della Quinta Commissione del Consiglio superiore della magistratura ma non sono risultati prescelti dall'organo plenario del CSM. Secondo la pronuncia, tali soggetti sono titolari di una mera aspettativa e non ricevono alcun beneficio dalla conservazione degli effetti giuridici del provvedimento impugnato - come invece accade per il controinteressato "formale" e/o "sostanziale"; la delibera che attribuisce l'incarico, infatti, non assegna loro alcuna posizione favorevole rispetto all'incarico direttivo in questione, ricevendo semmai dei benefici dalla rimozione dello stesso.
Da ciò la pronuncia deduce che l'esito della procedura comparativa ha determinato un interesse omogeneo dei due magistrati "soccombenti", teso ad auspicare in realtà un annullamento dei provvedimenti di nomina del soggetto risultato vincitore, in vista della "riedizione" del potere da parte del CSM e, per tale ragione, la loro posizione non poteva

considerarsi avente natura uguale e contraria a quella del ricorrente ma sostanzialmente coincidente, con la conseguenza di non essere individuabile nei loro confronti la qualifica di "controinteressati" ma di "cointeressati".

18. GIUSTIZIA SPORTIVA

Responsabilità della Federazione sportiva e condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali in materia di sanzioni disciplinari

Con la sentenza **del 25 maggio 2018, n. 5913, la Sezione I ter** ha esaminato la domanda risarcitoria avanzata da un calciatore a causa dell'illegittimità della sanzione disciplinare della squalifica di sei mesi irrogata con deliberazione della Commissione Disciplinare Nazionale C.U. n. 11/CDN 10 agosto 2012 e accertata con lodo del Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport – TNAS – del 22 ottobre 2012, rilevando l'assenza di qualsivoglia elemento di prova a fondamento del coinvolgimento del giocatore nell'accordo per l'alterazione del risultato della partita Novara-Siena.

Il Tribunale ha osservato che il Giudice delle Leggi, con la sentenza n. 49 del 2011, ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1, comma 2, d.l. 19 agosto 2003, n. 220, conv. dalla l. 17 ottobre 2003, n. 280, in materia di sanzioni disciplinari. Pertanto, laddove il provvedimento adottato dalle Federazioni sportive o dal CONI abbia incidenza su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico statale, la domanda volta ad ottenere, non la caducazione dell'atto, ma il conseguente risarcimento del danno, deve essere proposta dinanzi al Giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, non operando alcuna riserva a favore della giustizia sportiva.

La Sezione, premessa l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. alla responsabilità degli organi federali, ha ritenuto che la sanzione è stata inflitta sulla base di un comportamento colposo degli organi federali in alcun modo scusabile, in quanto fondata sulla sola dichiarazione accusatoria di un altro calciatore, sfornita di qualsivoglia riscontro probatorio. È stato ritenuto sussistente, altresì, il nesso eziologico tra la sanzione della sospensione e i danni lamentati dal calciatore, che ha

dovuto subire il venir meno del rapporto in essere con il Pavia Calcio per l'unica ragione rappresentata dalla sanzione subita.
Dunque, ravvisandosi la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile, è stato riconosciuto il diritto del ricorrente al risarcimento del danno patrimoniale in misura pari agli emolumenti che avrebbe dovuto percepire per le stagioni 2012/2013 e 2013/2014, e del danno non patrimoniale a titolo di risarcimento del danno all'immagine.

19. ORDINANZE DI RIMESSIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Sull'illegittimità costituzionale della norma che prevede la reiterazione di incarichi dirigenziali a funzionari della medesima agenzia senza espletamento di concorso pubblico

Con l'ordinanza **n. 8253 del 20 luglio 2018**, la **Sezione II** ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 bis del decreto legge 19 giugno 2015, n. 78, introdotto dalla legge di conversione 6 agosto 2015, n. 125, come successivamente modificato, per contrasto con gli articoli 77, 3, 51, 97 e 136 della Costituzione, laddove permette la reiterazione di incarichi aventi ad oggetto pressoché la totalità delle funzioni dirigenziali, relative alla posizione di ruolo di dirigente dell'amministrazione, ai funzionari già in servizio presso le agenzie fiscali, senza lo svolgimento di un concorso pubblico.
In primo luogo, il Collegio ha osservato l'assenza del necessario requisito di omogeneità del decreto legge anche rispetto alla legge di conversione, desumibile dal fatto che a fronte di un decreto legge adottato per la finalità di rispondere a "Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali", formato da un unico capo dedicato agli "Enti locali", risulterebbe del tutto eterogenea la previsione di quanto disposto dall'art. 4 bis recante "Disposizioni per la funzionalità operativa delle Agenzie fiscali".
In secondo luogo, il Collegio ha ritenuto che la norma violerebbe il principio di uguaglianza, limitando l'accesso alla funzione di dirigente ai soli funzionari già in servizio di ogni agenzia fiscale, così negando a tutti gli altri cittadini la possibilità di accedere a tali pubblici uffici.
Invero, la Sezione ha ritenuto che la disposizione censurata, aggirando di fatto la regola dell'accesso agli impieghi pubblici nelle pubbliche

amministrazioni tramite un concorso pubblico ed aperto, comporterebbe un *vulnus* ai principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Ciò in conseguenza del fatto che i concorsi pubblici rappresentano un meccanismo strumentale all'efficienza dell'azione amministrativa e, al contempo, attuativo del principio del buon andamento, risultando il modo più adeguato a selezionare i candidati più preparati per lo svolgimento delle funzioni da affidare loro.
Infine, il Collegio ha considerato la norma in esame elusiva del giudicato costituzionale di cui alla sentenza n. 37 del 2015, ravvisando un parallelismo con la fattispecie, relativa all'Agenzia delle entrate, oggetto della citata sentenza, in virtù del fatto che il legislatore avrebbe reiterato la volontà di assicurare la copertura dei posti dirigenziali e delle correlate funzioni, nelle agenzie fiscali, tramite l'affidamento, teoricamente per un tempo limitato ma in pratica più volte prorogato, a funzionari già dipendenti delle stesse.

Questione di legittimità costituzionale circa l'esclusione da una gara di impresa mandataria sottoposta alla procedura di concordato in continuità aziendale di cui all'art. 186 bis della Legge fallimentare

Con due ordinanze gemelle **(10397 e 10398 del 29 ottobre 2018)**, la **Sezione II** ha sollevato la questione di legittimità costituzionale delle norme che, nel sistema del vecchio codice dei contratti (art. 38, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 163 del 2006), per un verso, consentono all'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo (o all'impresa singola offerente), anche se sottoposta alla procedura di concordato con continuità aziendale (di cui all'art. 186 bis della Legge fallimentare), di poter partecipare alle gare per l'affidamento di appalti pubblici ma che, tuttavia, per altro verso, vietano la partecipazione qualora ad essere sottoposta a detta procedura concordataria sia l'impresa mandataria di un raggruppamento temporaneo.
Nel caso di specie, nelle more di una procedura di affidamento di un appalto di servizi, bandito dalla CONSIP s.p.a. e regolato dalle norme del vecchio codice dei contratti, l'impresa mandataria di un raggruppamento temporaneo che aveva presentato offerta era sottoposta alla procedura di "concordato con continuità aziendale" (si tratta del nuovo istituto coniato dall'art. 186 bis della Legge

fallimentare, come introdotto dal decreto legge n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134/2012).
In applicazione del combinato disposto tra l'art. 38, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006 (che prevede una causa di esclusione dalla gara per quelle imprese "che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 186 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267") e l'art. 186 bis, comma 6, della Legge fallimentare (secondo cui, per quanto qui interessa, "l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria"), la stazione appaltante ha deciso di escludere tutto il raggruppamento dalla gara.
La Sezione rimettente ha in primo luogo escluso che la letterale previsione dell'art. 186 bis, comma 6, della Legge fallimentare – secondo cui la regola generale del divieto di partecipazione alle gare pubbliche per le imprese che si trovino sottoposte a procedure concorsuali [di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006] viene derogata, nell'ipotesi del concordato preventivo di continuità, solo qualora si tratti di impresa singola oppure di impresa mandante di un raggruppamento temporaneo, e non anche qualora l'impresa sottoposta a detta procedura concorsuale sia quella capogruppo (la mandataria) – sia suscettibile di una diversa interpretazione.
Tanto premesso, quindi, la Sezione rimettente ha reputato irragionevole la diversa disciplina risultante dal combinato disposto di cui sopra, laddove prevede la deroga alla esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica nel caso di sottoposizione a concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 bis della Legge Fallimentare solo nei confronti dell'impresa mandante, ma non parimenti per l'impresa mandataria.
La ritenuta irragionevolezza determinerebbe anche la possibile violazione dell'art. 41 Cost., nel senso di ingiustificata limitazione della libertà di iniziativa economica, nonché del principio euro-unitario di concorrenza.
I dubbi di ragionevolezza prospettati sarebbero inoltre corroborati dalla scelta successivamente operata dal legislatore del nuovo codice il quale, all'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, ha stabilito che "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti

situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6, qualora:… b) l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale", con una disciplina, quindi, che si pone quale normativa speciale (e per ciò solo prevalente) rispetto a quella dell'art. 186 bis della Legge fallimentare (disposizione che, infatti, non è più richiamata), con ciò quindi confermandosi che, nell'attuale sistema delle gare pubbliche, la deroga al divieto di partecipazione vale indipendentemente da quale sia la posizione rivestita, all'interno del raggruppamento temporaneo, dall'impresa che è assoggettata a concordato con continuità aziendale.

20. ORDINANZE DI RIMESSIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Compatibilità con la Direttiva 2004/39/CE delle disposizioni inibitorie in materia di intermediazione finanziaria di cui all'art. 55, comma 2, del d.lgs. n. 58/98 nei confronti dell'agente collegato (tied agent)

Con ordinanza **n. 230 del 10 gennaio 2018, la Sez. II quater** ha investito la Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione relativa all'applicabilità della Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, di disciplina dei mercati degli strumenti finanziari, alla figura del tied-agent (cd. Consulente finanziario autorizzato all'offerta fuori sede, ex "promotore finanziario") e, di conseguenza, alla compatibilità di alcune disposizioni della normativa interna di carattere sospensivo-sanzionatorio dell'attività di promozione finanziaria, in presenza di processo penale in corso, con detta Direttiva, nonché con i principi e le norme dei Trattati in tema di non discriminazione, proporzionalità, libertà di prestazione dei servizi e diritto di stabilimento.

Il Collegio ha ritenuto in particolare, come da specifiche censure mosse da parte ricorrente, di sottoporre al vaglio comunitario le disposizioni di cui all'art. 55, comma 2, del decreto legislativo 24.2.1998, n. 58, recante il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, in combinato disposto con la normativa di attuazione di cui all'art. 111, comma 2, della deliberazione della Consob n. 16190 del

29.10.2007, le quali prevedono la possibilità di inibire "discrezionalmente" l'esercizio dell'attività di un "agente collegato" in relazione a fatti che non implicano la perdita dell'onorabilità, per come definita dal diritto interno, e che allo stesso tempo non riguardino il rispetto delle norme attuative della direttiva.
Nella controversia alla base il ricorrente aveva impugnato il provvedimento di sospensione cautelare, della durata di un anno, cui era stato sottoposto dalla Consob in ragione della pendenza di un processo penale a suo carico, lamentando l'incompatibilità con la disciplina eurounitaria della normativa posta alla base della misura inibitoria - la quale era da considerarsi di carattere sanzionatorio, alla luce del parametro europeo che guarda agli effetti concreti prodotti, e che comunque preclude l'esercizio dell'attività – non dipendendo, questa, né dalla perdita dei requisiti di onorabilità (che la norma nazionale riconduce solo a condanne definitive), né dalla violazione delle regole sull'esercizio dell'attività.
L'Amministrazione resistente eccepiva, di contro, l'esclusione della disciplina dell'offerta fuori sede dal campo di applicazione della Direttiva 2004/39/CE e, di conseguenza, l'esclusività della potestà normativa in capo a ciascuno Stato membro, il quale può liberamente disciplinarne attività, misure di vigilanza e sanzioni irrogabili nei confronti dei promotori finanziari senza dover rispettare alcuno specifico vincolo comunitario in materia.
Il Collegio, considerate sia la peculiare discrezionalità del potere sanzionatorio in questione sia la forte incidenza dei relativi effetti sulla posizione del consulente/promotore e dei suoi rapporti con le imprese mandanti e la clientela, ha richiesto alla CGUE se la figura dell'agente collegato (tied agent) rientri nell'armonizzazione disposta dalla direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, e per quali aspetti, e se osti alla corretta applicazione della Direttiva 2004/39/CE, e in particolare degli artt. 8, 23 e 51 della stessa, nonché dei principi e delle norme dei Trattati in tema di non discriminazione, proporzionalità, libertà di prestazione dei servizi e di diritto di stabilimento, una normativa nazionale, quale quella ricavabile dall'art. 55, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nonché dall'art. 111, comma 2, della deliberazione della Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 (Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari), che consente di inibire "discrezionalmente" l'esercizio

dell'attività di un "agente collegato" (consulente abilitato all'offerta fuori sede – ex promotore finanziario) in relazione a fatti che non implicano la perdita dell'onorabilità, per come definita dal diritto interno, e che allo stesso tempo non riguardino il rispetto delle norme attuative della direttiva, e di inibire "discrezionalmente" e sino a un anno l'esercizio dell'attività di un "agente collegato" in un procedimento volto a prevenire lo "strepitus" derivante dall'imputazione in un processo penale la cui durata è di norma molto superiore all'anno.

Sulla debenza dei contributi nell'ambito del Programma di risoluzione delle crisi bancarie

Con ordinanza del **22 marzo 2018 n. 3266**, la **Sezione II bis** ha rimesso alla Corte di giustizia UE tre questioni pregiudiziali in relazione sia all'individuazione della data di entrata in vigore del Meccanismo Unico di Risanamento e Risoluzione degli enti in situazione di dissesto, sia in rapporto alla possibilità di inquadrare la fusione societaria tra una banca italiana e la società madre tedesca come uno dei "cambiamenti di status dell'ente" dichiarati dal legislatore comunitario espressamente irrilevanti sulla debenza dei contributi.

Nel caso di specie si trattava di un giudizio promosso da una banca tedesca avverso il provvedimento con il quale la Banca d'Italia, in qualità di Autorità di risoluzione nazionale del *Single Resolution Mechanism* (Meccanismo Unico di Risanamento e Risoluzione degli enti in situazione di dissesto, avviato con la direttiva 2014/59/UE del 15.05.2014 – *Bank Recovery and Resolution Directive o BRRD*), le aveva richiesto il pagamento di euro 1.275.606 a titolo di contribuzione ordinaria e di euro 3.826. 819 a titolo di contribuzione straordinaria, nell'ambito del Programma di risoluzione delle crisi di alcune banche italiane in amministrazione straordinaria.

La ricorrente ha sostenuto di non essere tenuta al pagamento della quota a titolo di contribuzione, in quanto attiva in Italia come autonoma banca italiana solo fino al 5.7.2015 e successivamente, dal 6.7.2015, per la sua fusione con una banca tedesca, operante sul territorio nazionale in regime di libero stabilimento per mezzo di una semplice succursale, come tale non soggetta agli obblighi di contribuzione in Italia, ma solo a quelli del Fondo di risoluzione tedesco, regolarmente assolti.

In via subordinata la ricorrente ha dedotto che la Banca d'Italia avrebbe potuto chiedere esclusivamente di versare un contributo ordinario di importo proporzionale ai mesi in cui la ricorrente ha svolto la propria

attività in Italia, anziché l'intero contributo annuale, facendo applicazione dell'art. 12, par. 1, del Regolamento n. 2015/623, il quale prevede che "per l'ente neoinserito nella vigilanza solo per parte del periodo di contribuzione, il contributo parziale è determinato applicando la metodologia di cui alla sezione 3 all'importo del contributo annuale calcolato nel periodo di contribuzione successivo, con riferimento al numero di mesi completi del periodo di contribuzione per i quali l'ente è stato inserito nella vigilanza".
Ha ritenuto il Collegio, per la rilevanza degli interessi e dei valori coinvolti, di rimettere alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali, chiedendole di pronunciarsi sui seguenti quesiti:
- se tra i "cambiamenti di status" che non incidono, a norma dell'art. 12 del Regolamento UE n. 63/2015, sull'obbligo di contribuzione debba essere ricompresa anche la fusione per incorporazione di un ente, in precedenza soggetto alla vigilanza di un'Autorità di risoluzione nazionale, nella società madre appartenente ad altro Stato membro, avvenuta nel periodo di contribuzione, e se tale regola valga anche nel caso in cui la fusione e la conseguente estinzione dell'ente siano avvenute nell'anno 2015, in un momento in cui sia l'Autorità di risoluzione nazionale sia il Fondo nazionale non erano stati ancora formalmente istituiti dallo Stato membro ed i contributi non ancora calcolati;
- se il medesimo art. 12 del Regolamento UE n. 63/2015, congiuntamente all'art. 14 dello stesso regolamento ed agli artt. 103 e 104 della direttiva 2014/59/UE, debba essere interpretato nel senso che, anche nel caso di fusione per incorporazione in una società madre di altro Stato membro nel corso dell'anno di contribuzione, un ente sia tenuto al pagamento integrale del contributo per quell'anno e non in proporzione ai mesi in cui l'ente stesso è stato soggetto alla vigilanza dell'autorità di risoluzione del primo Stato membro, in analogia a quanto stabilito per l'ente neoinserito nella vigilanza;
- se, ai sensi della Direttiva UE 2014/59 e del Regolamento UE 2015/63 e dei principi che regolano il Sistema degli strumenti di risoluzione delle crisi bancarie, le medesime regole dettate per il contributo ordinario e, in particolare l'art. 12 par. 2 del Regolamento 2015/63, si applichino, anche con riguardo al momento di individuazione dei soggetti tenuti alla contribuzione e alla misura del contributo, al contributo straordinario, tenuto conto della sua natura e dei presupposti prescritti per la sua imposizione.

Esclusione dalla gara di appalto dell'offerente per omessa separata indicazione dei costi della manodopera

Con l'ordinanza **n. 4562 del 24 aprile 2018, la Sezione II bis** ha rimesso alla Corte di Giustizia UE, in via pregiudiziale, la questione inerente alla compatibilità con i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, nonché della parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, della normativa nazionale di cui all'art. 95, comma 10, e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera.

Nella specie la stazione appaltante aveva aggiudicato la gara ad una società che aveva omesso di indicare i costi della manodopera in sede di presentazione dell'offerta economica, consentendole il ricorso al soccorso istruttorio.

La ricorrente, collocatasi al secondo posto nella graduatoria, ha prospettato che tutte le offerte economiche non riportanti la specifica indicazione del costo della manodopera avrebbero dovute essere escluse ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, indipendentemente da quanto previsto nella *lex specialis* di gara e senza possibilità alcuna di ammettere il soccorso istruttorio per integrare l'offerta stessa.

Sulla questione che ci occupa la Corte di Giustizia UE si era già pronunciata ritenendo che, qualora una condizione per la partecipazione alla procedura di gara non fosse stata espressamente prevista dalla stazione appaltante nella *lex specialis* e potesse essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice poteva accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione, nel rispetto dei principi di trasparenza e della parità di trattamento.

Tuttavia, nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) il legislatore ha imposto espressamente l'obbligo per gli operatori di indicare, nell'offerta economica, i propri costi della manodopera, conducendo così ad escludere la facoltà per la stazione appaltante di fare ricorso alla procedura del soccorso istruttorio nei casi in cui i costi in questione non risultino specificamente indicati.
Il Collegio ha ritenuto di rimettere la questione alla Corte di Giustizia, considerando dubbia la conformità al diritto europeo, in particolare ai principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità, dell'esclusione dalla gara, senza possibilità di adempimento successivo entro un termine prefissato dalla stazione appaltante, di un'impresa che abbia omesso di indicare separatamente nell'offerta economica i costi della manodopera, redigendo l'offerta medesima in conformità alla *lex specialis* di gara predisposta dalla stazione appaltante e menzionando nell'offerta economica il rispetto dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016.

Sulla compatibilità comunitaria della definizione degli impianti di incenerimento come "infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale"

Con l'ordinanza del **24 aprile 2018, n. 4574, la Sezione I** ha sottoposto alla Corte di giustizia la questione della conformità alla normativa eurounitaria dell'art. 35, comma 1, del d.l. n. 133/14, come convertito in legge, recante "*Misure urgenti per la realizzazione su scala nazionale di un sistema adeguato e integrato di gestione dei rifiuti urbani e per conseguire gli obiettivi di raccolta differenziata e di riciclaggio. Misure urgenti per la gestione e per la tracciabilità dei rifiuti nonché per il recupero dei beni in polietilene*", nella parte in cui, al primo comma, affida a un d.p.c.m. di individuare, a livello nazionale, la capacità complessiva di trattamento di rifiuti urbani e assimilati degli impianti di incenerimento in esercizio o autorizzati a livello nazionale e gli impianti di incenerimento con recupero energetico di rifiuti urbani e assimilati da realizzare per coprire il fabbisogno residuo, facendo in modo che gli impianti così individuati costituiscano infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale, attuino un sistema integrato e moderno di gestione di rifiuti urbani e assimilati, garantiscano la sicurezza nazionale nell'autosufficienza, consentano di superare e prevenire ulteriori procedure di infrazione per mancata

attuazione delle norme europee di settore e limitano il conferimento di rifiuti in discarica.
Ritiene, in particolare, il Collegio che l'incremento della portata della termovalorizzazione e incenerimento e la definizione dei relativi impianti come "infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale" possano porsi in violazione degli articoli 4, 13 e 16 della Direttiva 2008/98/CE, soprattutto perché analogo riconoscimento non è stato esteso agli altri impianti volti al trattamento dei rifiuti a fini di riciclo e riuso, nonostante la loro preminenza nella "gerarchia dei rifiuti" di cui alla richiamata Direttiva, da intendersi eventualmente come direttamente applicabile e vincolante per tutti gli Stati membri dell'Unione. Il Collegio osserva, anche, che la prevalenza allo smaltimento dei rifiuti tramite incenerimento potrebbe porsi in violazione dei principi di "precauzione" e di minore impatto sulla salute umana e sull'ambiente, di cui all'art. 13 della richiamata Direttiva 2008/98/CE.
Viene sottoposta alla Corte anche la questione della compatibilità comunitaria della normativa nazionale, nella parte in cui stabilisce che il Presidente del Consiglio dei Ministri possa con proprio decreto rideterminare in aumento la capacità degli impianti di incenerimento in essere nonché determinare il numero, la capacità e la localizzazione regionale degli impianti di incenerimento con recupero energetico di rifiuti urbani e assimilati da realizzare per coprire il fabbisogno residuo determinato, con finalità di progressivo riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale e nel rispetto degli obiettivi di raccolta differenziata e di riciclaggio, senza che tale normativa interna preveda che, in fase di predisposizione di tale piano emergente dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, si applichi la disciplina di valutazione ambientale strategica così come prevista dalla Direttiva 2001/42/CE.

Conformità alla normativa europea dell'esclusione dalla gara di appalto dell'offerente per mancanza di alcuni requisiti obbligatori di un subappaltatore

Con l'ordinanza del **29 maggio 2018, n. 6010**, la **Sezione II** ha rimesso, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il possibile contrasto tra gli articoli 57 e 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE e l'art. 80, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, il quale prevede l'esclusione dalla gara dell'operatore economico

offerente nel caso di accertamento, in fase di gara, di un motivo di esclusione relativo ad un subappaltatore facente parte della terna indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato.
In subordine, il Collegio ha richiesto alla Corte se il principio di proporzionalità, enunciato all'art. 5 del Trattato UE, richiamato al "considerando" 101 della direttiva 2014/24/UE e indicato quale principio generale del diritto eurounitario dalla Corte di Giustizia, osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all'art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016, la quale prevede che, in caso di accertamento in fase di gara di un motivo di esclusione relativo ad un subappaltatore designato, venga disposta l'esclusione dell'operatore economico offerente in ogni caso, anche laddove vi siano altri subappaltatori non esclusi e in possesso dei requisiti per eseguire le prestazioni da subappaltare oppure l'operatore economico offerente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.

Determinazione dei contributi ordinari e straordinari dovuti dalle "banche di secondo livello" al Fondo di Risoluzione, nell'ambito del Programma di risoluzione delle crisi bancarie

Con l'ordinanza **n. 6364 del 7 giugno 2018, la Sezione II bis** ha rimesso alla Corte di Giustizia UE, in via pregiudiziale, la questione relativa all'interpretazione dell'art. 5 par. 1 lett. a) e lett. f) del Regolamento n. 2015/63, ai fini del calcolo dei contributi di cui all'art. 103 par. 2 della Direttiva 2014/59/UE, allo scopo di verificare se il trattamento di favore riservato alle passività agevolate nel medesimo art. 5 possa trovare applicazione, per via analogica, anche alle passività di una banca cd. "di secondo livello" verso le altre banche del sistema.
Il giudizio di cui si controverte era stato promosso da una banca cd. "di secondo livello", posta al vertice di una rete di aziende di credito (la cui funzione è quella di potenziare l'operatività delle Banche di Credito Cooperativo attraverso funzioni creditizie, di intermediazione tecnica e assistenza finanziaria in qualunque forma) per impugnare i provvedimenti con cui la Banca d'Italia le aveva richiesto il pagamento dei contributi ordinari e straordinari al Fondo di Risoluzione per gli anni 2015 e 2016.
In particolare, era stata dedotta l'errata interpretazione ed applicazione, da parte dell'Autorità nazionale di risoluzione, della normativa

comunitaria in materia di risoluzione delle banche e di determinazione dei contributi e, in particolare, del Regolamento delegato UE 2015/63, asserendo che la Banca d'Italia, prevedendo la doppia contribuzione, non avrebbe tenuto conto del fatto che le passività tra la stessa ricorrente e le Banche del sistema del Credito Cooperativo avrebbero dovuto essere considerate come passività infragruppo, con l'effetto che l'ammontare dei contributi da essa dovuti avrebbe dovuto essere assai inferiore a quello attualmente preteso.
L'amministrazione resistente aveva evidenziato la mancanza di un vero rapporto di controllo o di influenza dominante, tale da integrare il requisito richiesto per l'esclusione dalla base di calcolo delle passività infragruppo.
Il Collegio ha ritenuto, per la rilevanza degli interessi coinvolti e per la complessità dei valori in gioco, di rimettere alla Corte di Giustizia il seguente quesito:
"Se l'art. 5 paragrafo 1, in particolare alle lettere a) ed f) del Regolamento n. 2015/63, interpretato alla luce dei principi rinvenibili all'interno di tale fonte normativa, nonché nella Direttiva n. 2014/59, nel Regolamento n. 2014/806 e nell'art. 120 del Trattato sul Funzionamento dell'UE e in base alle regole fondamentali di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità di cui all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché del divieto di doppia contribuzione, ai fini del calcolo dei contributi di cui all'art. 103 par. 2 della Direttiva 2014/59, osti ad un'applicazione del regime previsto delle passività infragruppo anche nel caso di gruppo "di fatto" o, comunque, nel caso di interconnessioni esistenti tra un ente ed altre banche di un medesimo sistema; se, invece, sempre alla luce dei suddetti principi, il trattamento di favore riservato alle passività agevolate nel medesimo art. 5 possa trovare applicazione, per via analogica, anche alle passività di una banca cd. "di secondo livello" verso le altre banche del sistema (del Credito Cooperativo) o se quest'ultima caratteristica di un ente, concretamente operante come istituto centrale all'interno di una compagine interconnessa ed integrata di piccole banche, anche nei rapporti con la BCE e con il mercato finanziario, debba comunque condurre, in base alla disciplina vigente, a qualche correttivo nella prospettazione dei dati finanziari da parte dell'Autorità Nazionale di Risoluzione agli Organismi Comunitari e nella determinazione dei contributi dovuti dall'ente al Fondo di

Risoluzione in forza delle sue effettive passività e del suo concreto profilo rischio".

Organismo di diritto pubblico, natura giuridica di Poste Italiane S.p.a. e Poste Tutela S.p.a. secondo la normativa e la giurisprudenza europee

Con ordinanza della **Sezione III, 12 luglio 2018, n. 7778**, il Tribunale ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, al fine di ottenere l'interpretazione del giudice europeo sulla natura di Poste Italiane S.p.a. e della controllata Poste Tutela S.p.a. e, in particolare, sulla qualificabilità o meno di tali società come organismi di diritto pubblico. Tra i requisiti individuati dalla giurisprudenza europea, quello che ha sollevato maggiori dubbi ermeneutici concerne l'elemento teleologico dell'istituzione dell'ente per il perseguimento di interessi generali, di carattere non industriale e non commerciale. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 4899 del 2018, ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico di Poste Italiane S.p.a., qualificando la stessa come un'impresa pubblica svolgente anche attività di natura finanziaria, espletate in regime di libera concorrenza. Diversamente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nn. 13, 14, 15 e 16 del 2016, ha ravvisato nella medesima società tutti e tre i requisiti dell'organismo di diritto pubblico e, quindi, la personalità giuridica, l'influenza pubblica dominante e lo svolgimento di attività di interesse generale.

Nel caso esaminato dal Collegio, si discuteva sulla possibilità di applicare il codice dei contratti pubblici ad un servizio svolto da Poste Tutela S.p.a., quello di portierato, reception e presidio varchi, escluso dai settori speciali. Pertanto, qualificando Poste Italiane S.p.a. e la società controllata alla stregua di imprese pubbliche, le stesse godrebbero di piena autonomia negoziale in settori estranei a quelli speciali, regolati dal d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente inapplicabilità delle regole dell'evidenza pubblica poste dal codice. Diversamente, qualificando Poste Italiane S.p.a. e la controllata quali organismi di diritto pubblico, le stesse sarebbero soggette al codice dei contratti pubblici anche nel caso di svolgimento di servizi estranei, ma collegati, ai settori speciali, come lo stesso servizio oggetto della controversia.

Comunicazioni elettroniche, posizione dominante e tutela del pluralismo, della libera circolazione dei capitali e della libera prestazione dei servizi

L'ordinanza della **Sezione III, 5 novembre 2018, n. 10654,** ha sospeso – disponendo il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE - il giudizio promosso dalla società Vivendi contro Agcom, per l'annullamento della delibera n. 178 del 2017, con cui la stessa Autorità ha ritenuto dominante, nel settore delle comunicazioni elettroniche e nel sistema integrato delle comunicazioni (SIC), la posizione della ricorrente in quanto contrastante con l'art. 43, comma 11, del d.lgs. n. 177 del 2005 (in seguito: TUSMAR). La norma, al fine di tutelare il pluralismo nel mercato delle comunicazioni, sanziona la nascita di posizioni dominanti vietando alle imprese, anche attraverso società controllate o collegate, di raggiungere ricavi superiori al 10% del valore di tutto il SIC, se queste abbiano già conseguito ricavi superiori al 40% degli utili complessivi nel settore delle comunicazioni elettroniche. In particolare, ad avviso dell'Agcom, le partecipazioni detenute da Vivendi in Telecom e nella stessa Mediaset, supererebbero i limiti posti dall'art. 43, comma 11, del TUSMAR. In questo contesto il Collegio, ravvisando dubbi sulla conformità della norma del TUSMAR con la disciplina comunitaria, ha sottoposto alcune questioni interpretative alla Corte di Giustizia UE osservando, in via preliminare, che il giudice nazionale ha l'obbligo di effettuare il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, non solo in caso di dubbia legittimità di un atto rispetto alla normativa sovranazionale, ma anche quando l'applicazione della stessa nella fattispecie solleva ragionevoli dubbi.

In particolare, il Collegio ha rimesso alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

a) se la disposizione di cui all'art. 43, comma 11, TUSMAR sia contrastante con il principio della libera circolazione dei capitali, ex art. 63 TFUE, nella parte in cui, attraverso il richiamo all'art. 18 del codice delle comunicazioni elettroniche, limita il settore in questione ai mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante* nonostante l'informazione risulti veicolata, in base ai dati di comune esperienza, in misura crescente dall'uso di internet, dei personal computer e della telefonia mobile. A riguardo appare irragionevole l'esclusione dei servizi al dettaglio di telefonia mobile solo perché operanti in pieno regime di concorrenza soprattutto in virtù del fatto che l'Agcom, al fine di applicare l'art. 43, comma 11, TUSMAR nel procedimento in esame,

ha ristretto l'ambito del settore delle comunicazioni elettroniche prendendo in considerazione solo i mercati sui quali sia stata svolta almeno un'analisi dall'entrata in vigore del CCE con ricavi;
b) se i principi, ex artt. 49, 56 TFUE e artt. 15 e 16 della direttiva 2002/21/CE, di libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi e di proporzionalità ostino ad una normativa nazionale nel settore delle comunicazioni, come l'art. 43, comma 11, TUSMAR che, ai fini dell'accertamento della posizione dominante di un'impresa in questo settore, conteggia nel limite del 10% del ricavato anche imprese solamente "collegate", nei termini dell'art. 2359 c.c., seppur queste ultime non subiscano alcuna influenza sulle informazioni da diffondere;
c) se sono legittime, rispetto ai principi della libertà di stabilimento, della libera prestazione di servizi, in materia di tutela del pluralismo delle fonti d'informazione e della concorrenza nel settore radiotelevisivo, le diverse soglie di sbarramento del 20% e 10%, previste nei commi 9 e 11 dell'art. 43 TUSMAR rispettivamente per i soggetti destinatari di concessione o autorizzazione da parte dell'Autorità o di altre Amministrazioni competenti, nonché per le imprese concessionarie di pubblicità comunque trasmessa, rispetto alle imprese operanti nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Energie rinnovabili – incentivi statali ai titolari di impianti fotovoltaici – modifiche regolamentari con valenza retroattiva in ordine alle modalità di erogazione dei contributi

Con ordinanza della **Sezione III ter, 16 novembre 2018, n. 11124**, il Tribunale ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea *ex* art. 267 TFUE la questione pregiudiziale inerente la compatibilità della disciplina di cui all'art. 26, commi 2 e 3, del decreto legge n. 91 del 2014, come convertito dalla legge n. 116 del 2014, con i principi generali del diritto dell'Unione Europea di legittimo affidamento, certezza del diritto, di leale collaborazione ed effetto utile, nonché con gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, con la direttiva n. 2009/28/CE, con la disciplina dei regimi di sostegno ivi prevista ed, infine, con l'art. 216, par. 2, TFUE in rapporto al Trattato sulla Carta Europea dell'Energia. Al riguardo, parte ricorrente, sulla scorta della normativa e degli indirizzi europei in materia di fonti rinnovabili che precluderebbero al legislatore nazionale l'introduzione di disposizioni peggiorative in materia di energia elettrica rinnovabile e di regimi di sostegno, prospetta la circostanza per

cui l'art. 26 del decreto legge n. 91 del 2014 inciderebbe negativamente sui rapporti già definiti dai provvedimenti di concessione e dalle convenzioni stipulate con il Gestore pubblico, ledendo l'affidamento degli operatori. In particolare, il legislatore nazionale con la normativa *de qua* ha imposto agli operatori del settore il passaggio ad un diverso sistema tariffario, rimodulato in base ad una delle opzioni di cui ai punti *sub* a), b) e c, del comma 3 del decreto legge n. 91 del 2014, ciascuna delle quali determina un effetto novativo sugli elementi della durata, dell'importo o di entrambi, incidendo in senso peggiorativo sulla posizione degli operatori del settore rispetto a quanto stabilito nelle convenzioni di incentivazione stipulate con il GSE. Tale normativa, sostiene il Collegio, rischia di porsi in contrasto con i principi generali del legittimo affidamento e della certezza del diritto, giacché modifica unilateralmente le condizioni giuridiche in forza delle quali le imprese ricorrenti avevano impostato la propria attività economica. Per le medesime ragioni la disposizione nazionale si porrebbe altresì in contrasto con gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, alterando infatti le misure di sostegno economico già accordate. Ulteriormente prospettata è l'incompatibilità della normativa nazionale con il diritto dell'Unione europea derivato. In particolare, la direttiva n. 2009/28/CE, in un'ottica di armonizzazione delle normative nazionali relative alla produzione di energia da fonti rinnovabili, ha imposto agli Stati membri l'obbligo di adottare misure efficaci al fine del raggiungimento della rispettiva quota di energia da fonti rinnovabili, indicando, fra tali misure, i regimi di sostegno. Al riguardo, l'art. 26, commi 2 e 3, del decreto legge n. 91 del 2014, oltre ad incidere negativamente su detti regimi di sostegno e a colpire, in senso peggiorativo, gli investitori, rischia di recare pregiudizio agli obiettivi di politica energetica di cui alla citata direttiva dell'Unione Europea, segnatamente quello di creare stabilità sul lungo periodo per l'attuazione da parte delle imprese di investimenti razionali e sostenibili nel settore delle energie rinnovabili. Analogamente, sostiene il Collegio, la normativa nazionale recherebbe pregiudizio ai principi di certezza dell'investimento di cui al Trattato sulla Carta Europea dell'energia, da considerarsi parte integrante dell'ordinamento comunitario (si veda in proposito Corte di giustizia, sentenza 30 aprile 1974, *Haegeman*, causa C-181/73) e precisamente al disposto di cui all'art. 10, par. 1, della Carta stessa, secondo cui ogni parte contraente "*incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per*

gli investitori […] gli investimenti godono inoltre di una piena tutela e sicurezza e nessuna Parte contraente può in alcun modo pregiudicare con misure ingiustificate e discriminatorie la gestione, il mantenimento, l'impiego, il godimento o l'alienazione degli stessi".

Applicabilità del tetto massimo a titolo di emolumenti o retribuzioni per lo svolgimento di lavoro a favore di una pubblica amministrazione ai soggetti che svolgono attività lavorativa in favore di una amministrazione pubblica e siano già titolari di un trattamento pensionistico

Con le ordinanze della **Sezione I, n. 11755 e n. 11756, del 4 dicembre 2018**, è stata sottoposta alla Corte di giustizia la questione della compatibilità con i principi e le norme del diritto comunitario dell'art. 1, comma 489, della l. n. 147/2013, che ha esteso l'obbligo di rispettare il massimale previsto dall'art. 23 ter del decreto legge n. 201/2011, convertito nella l. n. 214/2011, ai soggetti che svolgono attività lavorativa in favore di una amministrazione pubblica e siano già titolari di un trattamento pensionistico erogato da un ente previdenziale pubblico.

Il citato art. 23 ter aveva, in particolare, fissato un tetto massimo (pari allo stipendio del Primo Presidente della Corte di Cassazione) all'importo che può essere erogato, a carico delle finanze pubbliche, a favore di un soggetto, a titolo di emolumenti o retribuzioni per lo svolgimento di lavoro dipendente o autonomo a favore di una pubblica amministrazione o di più pubbliche amministrazioni.

Il Collegio osserva che dalla applicazione della norma nazionale discende che, nel caso in cui il trattamento pensionistico e quello retributivo percepiti dal soggetto superino, sommati insieme, il massimale di € 240.000,00, l'amministrazione che eroga il trattamento retributivo deve effettuare una decurtazione dello stesso nella misura necessaria a rientrare nel predetto massimale. Poiché la norma stabilisce che l'eventuale superamento del massimale obbliga la sola amministrazione che eroga il trattamento retributivo, corrisposto a fronte della attività lavorativa del soggetto, ad effettuare la decurtazione, se ne ricava che il trattamento pensionistico rimane fermo e, correlativamente, solo il trattamento retributivo corrisposto a fronte della attività lavorativa subisce una decurtazione, che varia unicamente in funzione del variare del trattamento pensionistico. Il Collegio evidenzia, conseguentemente, che l'art. 1, comma 489, della l. n.

147/2013 implicitamente impone al lavoratore una rinuncia alla retribuzione e consente ad una amministrazione di avvalersi della attività lavorativa di un dipendente o di un collaboratore ad un costo notevolmente ridotto, quando non irrisorio o nullo, rispetto a quello che sarebbe generalmente dovuto per lo svolgimento di tale attività.
Premesso che la norma può interessare anche cittadini dell'Unione Europea (coloro che, avendo maturato in Italia il diritto ad un trattamento pensionistico erogato da un ente previdenziale pubblico, siano chiamati ad un incarico pubblico la cui elevata remunerazione rischia di determinare lo sforamento del massimale annuo), il Collegio dubita della conformità della norma agli artt. 106 e 107 del Trattato FUE. Osserva, in particolare, che una amministrazione pubblica che svolge attività economica (come tale, tenuta al rispetto delle norme sulla concorrenza) non è obbligata, nel momento in cui si avvale della collaborazione di un soggetto già titolare di un trattamento pensionistico, a retribuirlo nella misura ordinariamente stabilita, con un conseguente risparmio di costi che potrebbe integrare un aiuto di Stato, concesso in violazione dei richiamati articoli del Trattato.
Inoltre, poiché la norma nazionale può comportare per il lavoratore una rinuncia, in tutto o in parte, alla retribuzione, essa va in senso contrario al principio, che si può desumere dagli articoli 14 e 15, comma 1, TFUE, secondo cui l'Unione e gli Stati membri debbono promuovere il buon governo e l'efficacia della azione amministrativa, in modo da poter concretamente assolvere ai propri compiti.
Il Collegio rileva, poi, che il meccanismo introdotto dall'art. 1, comma 489, rende la retribuzione non trasparente e non prevedibile ed ha anche una portata ingiustificatamente discriminatoria, costringendo determinati lavoratori a compiere scelte rinunciatarie in ragione del mero fatto che sono anche titolari di un trattamento pensionistico erogato da un ente previdenziale pubblico, e quindi, sulla base della loro condizione patrimoniale.

Compatibilità con la Direttiva 97/13/CE dell'obbligo di pagamento del canone di concessione per l'esercizio finanziario del 1998 da parte di Telecom s.p.a., e possibilità di disapplicazione di un giudicato interno contrastante con la Direttiva

Con ordinanza del **17 dicembre 2018, n. 12247, la Sez. II** ha adito la CGUE per accertare la compatibilità con il diritto UE della normativa interna in base alla quale il Ministero delle Comunicazioni ha richiesto

alla società Telecom Italia s.p.a. il pagamento di conguaglio del canone di concessione per l'esercizio finanziario 1998.
Con sentenza del 21 febbraio 2008 (nella causa C-296/06), resa nell'ambito del giudizio che ha visto la Telecom s.p.a. agire per l'accertamento della non debenza del canone riferito all'esercizio finanziario 1998, la CGUE ha affermato che gli articoli 6, 11, 22 e 25 della Direttiva 97/13/CE ostano a che uno Stato membro esiga da un operatore, già titolare di un diritto esclusivo sui servizi di telecomunicazioni pubbliche, divenuto titolare di un'autorizzazione generale, il pagamento di un onere pecuniario corrispondente all'importo precedentemente previsto come corrispettivo per il detto diritto esclusivo, per il periodo di un anno a decorrere dalla data ultima prevista per la trasposizione di detta direttiva nel diritto nazionale, cioè fino al 31 dicembre 1998.
La Sezione ha ritenuto pertanto che la CGUE con tale sentenza abbia escluso la riconducibilità del canone all'ambito di applicazione dell'art. 22 della Direttiva, che ammette disposizioni derogatorie per le autorizzazioni esistenti al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa europea. Il canone è infatti connesso a diritti speciali e/o esclusivi, esclusi dalla possibilità di deroga dal paragrafo 2 dell'art. 22. Inoltre, anche supponendo che un onere pecuniario come il canone per l'anno 1998 non sia connesso a un diritto esclusivo, tale canone non può configurarsi come obbligo rientrante nelle condizioni relative all'autorizzazione ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 22. Infatti, il regime degli oneri pecuniari imponibili successivamente all'entrata in vigore della direttiva viene espressamente preso in considerazione dai soli articoli 6 e 11 della Direttiva 97/13/CE, per cui il paragrafo 3 dell'art. 22 deve essere riferito a diversi diritti e obblighi.
Il Consiglio di Stato (Sez. VI), con sentenza n. 7506 del 2009, passata in giudicato, ha affermato la legittimità della richiesta di pagamento del canone per l'anno 1998 alla società Telecom s.p.a. Pur escludendo che tale canone fosse connesso a diritti speciali e/o esclusivi, ha ritenuto che la ragione della permanenza del canone per il 1998 andasse individuata nel mantenimento per tale anno del peculiare rapporto concessorio, nel cui ambito il canone costituiva il corrispettivo dello svolgimento di un servizio, la cui titolarità sarebbe altrimenti restata in capo allo Stato. Ha sostenuto pertanto che l'interpretazione del paragrafo 3 dell'art. 22 della Direttiva confermava la compatibilità dell'obbligo di pagamento di un canone per il 1998, la cui ragione

andava individuata nelle condizioni di autorizzazione, con natura corrispettiva rispetto alla possibilità di gestione di un servizio che, pur non essendo più esclusivo, restava ancora nella disponibilità dello Stato.

La Sezione ha sottoposto quindi alla CGUE la questione pregiudiziale relativa all'accertamento della compatibilità con il diritto UE della interpretazione fornita dal Consiglio di Stato, per verificare se l'art. 22, paragrafo 3, della Direttiva 97/13/CE consenta, anche per l'anno 1998, il mantenimento dell'obbligo di pagare un canone corrispondente a quello dovuto in base al regime anteriore alla medesima direttiva.

Il Collegio ha sottolineato la rilevanza del giudicato formatosi sulla sentenza 7506/2009 e, quindi, sulla legittimità della richiesta di pagamento del canone per l'esercizio 1998, dal momento che la ricorrente Telecom s.p.a. contesta la richiesta di pagamento del conguaglio relativo al medesimo canone e, quindi, seppur per mezzo di una domanda diversa, si controverte in ordine allo stesso rapporto giuridico sostanziale. L'ordinanza ha ricordato altresì che la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale ha la stessa efficacia vincolante della disposizione interpretata, per cui, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto.

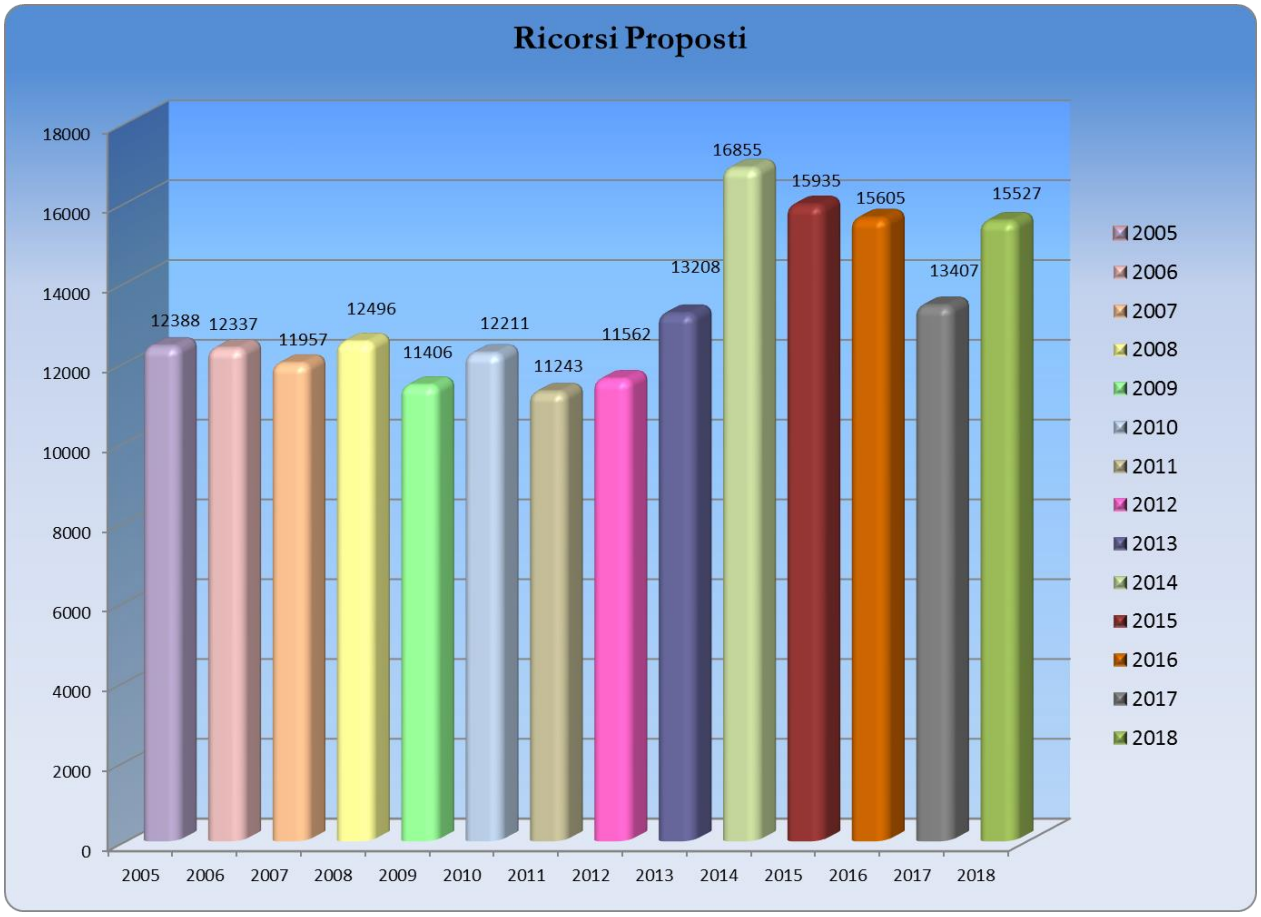
Alla luce di tali considerazioni, la Sezione ha sollevato l'ulteriore questione pregiudiziale, al fine di verificare se la Direttiva 97/13/CE, come interpretata dalla CGUE, osti ad un giudicato interno frutto di una errata interpretazione della Direttiva, con conseguente possibilità di disapplicazione di tale giudicato da parte di un secondo giudice chiamato a giudicare in una controversia fondata sul medesimo rapporto giuridico sostanziale.

DATI STATISTICI

Tribunale Amministrativo del Lazio - Roma

Prospetto riepilogativo
RICORSI PROPOSTI AL T.A.R. LAZIO DAL 2005 AL 2018

ANNO	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Ricorsi Proposti	12388	12337	11957	12496	11406	12211	11243	11562	13208	16855	15935	15605 (1)	13407	15527



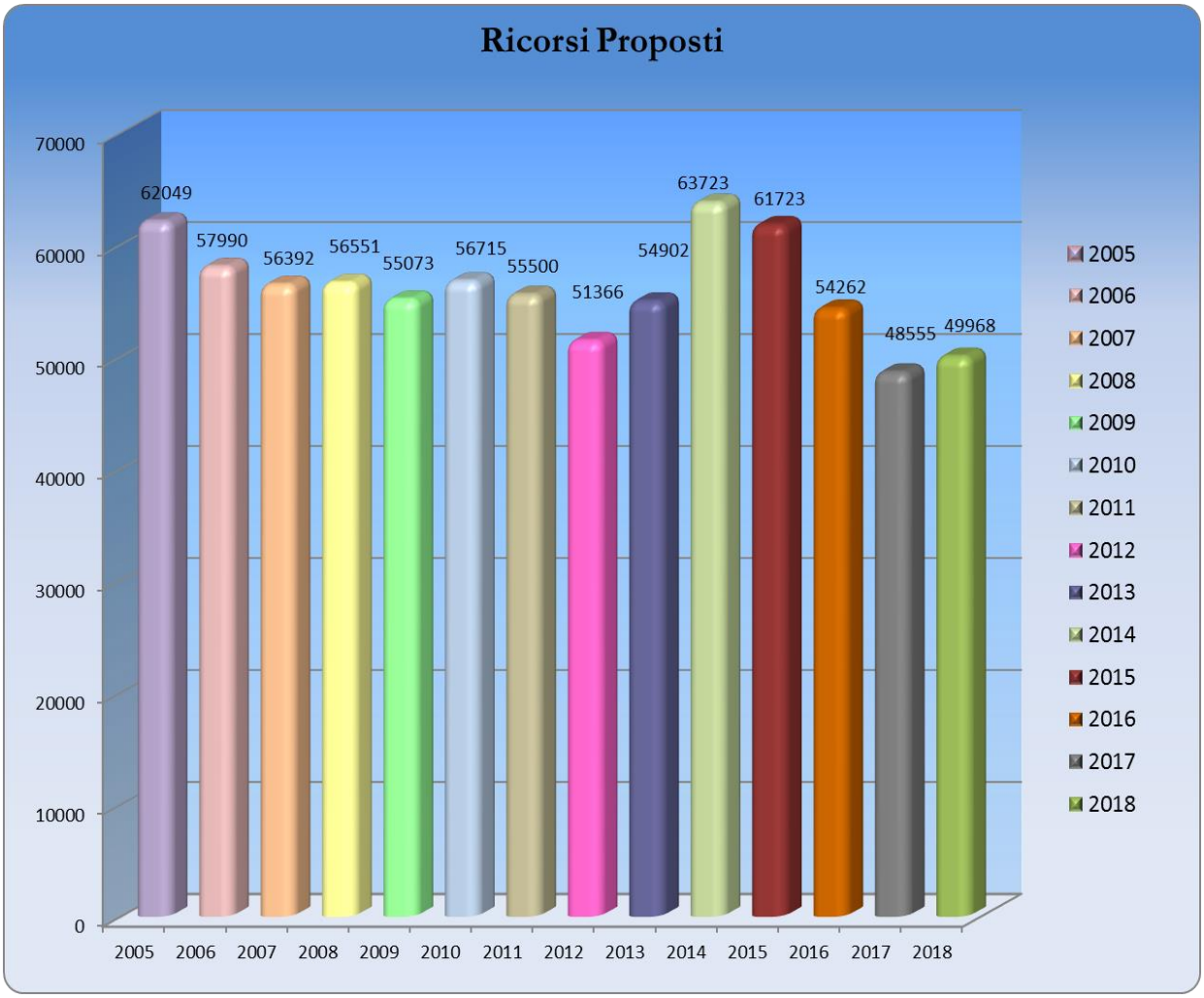
(1) Dato elaborato escludendo i ricorsi il cui deposito è stato duplicato nell'ambito della sperimentazione P.A.T. (dal 10 ottobre 2016 al 30 novembre 2016) o per errore nell'inserimento informatico.

Fonte SIGA

Tribunale Amministrativo del Lazio - Roma

Prospetto riepilogativo
RICORSI PROPOSTI DAL 2005 AL 2018
INNANZI A TUTTI I TT.AA.RR.

ANNO	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Ricorsi Proposti	62049	57990	56392	56551	55073	56715	55500	51366	54902	63723	61723	54262 (1)	48555	49968



(1) Dato elaborato escludendo i ricorsi il cui deposito è stato duplicato nell'ambito della sperimentazione P.A.T. (dal 10 ottobre 2016 al 30 novembre 2016) o per errore nell'inserimento informatico.

Fonte sito G.A.

Tribunale Amministrativo del Lazio - Roma

Prospetto riepilogativo

RICORSI PROPOSTI NELL' ANNO 2018 INNANZI A CIASCUN T.A.R.

E VARIAZIONI PERCENTUALI RISPETTO AL 2017

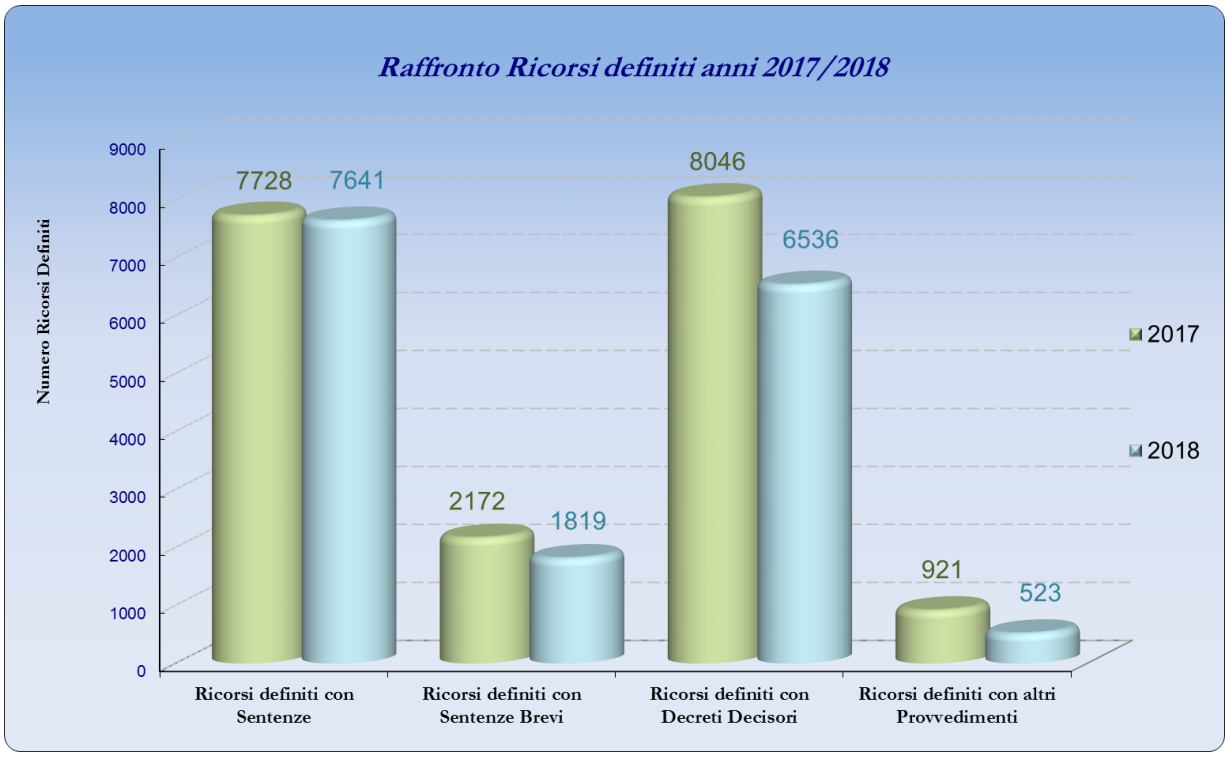
Sede	Ricorsi pervenuti 2017	Ricorsi pervenuti 2018	Δ(2018/2017) (%)	Singolo TAR/Totale (%)
TAR ABRUZZO L'AQUILA	546	530	-2,93	1,07
TAR ABRUZZO PESCARA - Sezione staccata	426	415	-2,58	0,83
TAR BASILICATA POTENZA	617	583	-5,51	1,17
TAR CALABRIA CATANZARO	1612	1738	7,82	3,48
TAR CALABRIA REGGIO CALABRIA - Sezione staccata	792	653	-17,55	1,31
TAR CAMPANIA NAPOLI	5275	5256	-0,36	10,52
TAR CAMPANIA SALERNO - Sezione staccata	1819	2011	10,56	4,02
TAR EMILIA ROMAGNA BOLOGNA	989	1000	1,11	2,00
TAR EMILIA ROMAGNA PARMA - Sezione staccata	332	321	-3,31	0,64
TAR FRIULI VENEZIA GIULIA TRIESTE	396	396	0,00	0,79
TAR LAZIO LATINA - Sezione staccata	898	738	-17,82	1,48
TAR LAZIO ROMA	13407	15527	15,81	31,07
TAR LIGURIA GENOVA	932	877	-5,90	1,76
TAR LOMBARDIA BRESCIA - Sezione staccata	1235	1140	-7,69	2,28
TAR LOMBARDIA MILANO	3035	2948	-2,87	5,90
TAR MARCHE ANCONA	671	616	-8,20	1,23
TAR MOLISE CAMPOBASSO	535	482	-9,91	0,96
TAR PIEMONTE TORINO	1245	1129	-9,32	2,26
TAR PUGLIA BARI	1397	1620	15,96	3,24
TAR PUGLIA LECCE - Sezione staccata	1609	1516	-5,78	3,03
TAR SARDEGNA CAGLIARI	1057	1041	-1,51	2,08
TAR SICILIA CATANIA - Sezione staccata	2308	2203	-4,55	4,41
TAR SICILIA PALERMO	3074	2694	-12,36	5,39
TAR TOSCANA FIRENZE	1722	1769	2,73	3,54
TAR TRENTINO ALTO ADIGE BOLZANO - Sez. Aut.	294	289	-1,70	0,58
TAR TRENTINO ALTO ADIGE TRENTO	256	288	12,50	0,58
TAR UMBRIA PERUGIA	510	651	27,65	1,30
TAR VALLE D'AOSTA AOSTA	59	51	-13,56	0,10
TAR VENETO VENEZIA	1507	1486	-1,39	2,98
Totale	48555	49968		100,00

Fonte sito G.A.

Tribunale Amministrativo del Lazio - Roma

Prospetto riepilogativo
RICORSI DEFINITI NELL' ANNO 2018
E RAFFRONTO CON QUELLI DELL'ANNO 2017

	2017	2018
Ricorsi definiti con Sentenze	7728	7641
Ricorsi definiti con Sentenze Brevi	2172	1819
Totale	**9900**	**9460**
Ricorsi definiti con Decreti Decisori	8046	6536
Ricorsi definiti con altri Provvedimenti	921	523
TOTALE	**18867**	**16519**

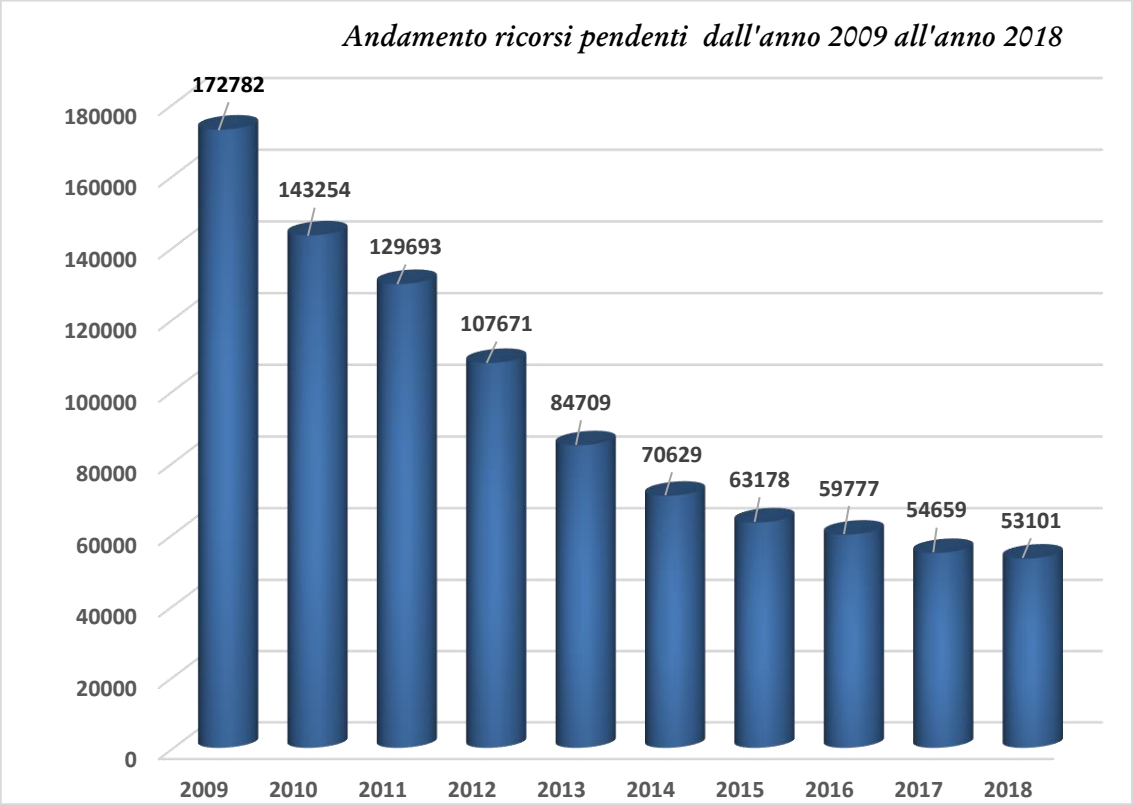


Fonte SIGA

Tribunale Amministrativo del Lazio - Roma

Prospetto riepilogativo
RICORSI PENDENTI AL TAR LAZIO – ROMA DAL 2009 AL 2018

ANNO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Ricorsi Pendenti	172782	143254	129693	107671	84709	70629	63178	59777	54659	53101
Variazione percentuale dei ricorsi pendenti	2,45%	-17,09%	-9,47%	-16,99%	-21,33%	-16,62%	-10,55%	-5,38%	-8,56%	-2,85%



Fonte SIGA

Tribunale Amministrativo del Lazio – Roma

DISTRIBUZIONE TERRITORIALE DEI RICORSI DEPOSITATI PRESSO CIASCUNA DELLE SEZIONI ESTERNE

DEL TAR LAZIO – ROMA

E TUTTI I TT.AA.RR. NELL'ANNO 2018

Sede	Ricorsi depositati 2018
TAR LAZIO ROMA - SEZIONE TERZA	6663
TAR CAMPANIA NAPOLI	5256
TAR LAZIO ROMA - SEZIONE PRIMA	5067
TAR LAZIO ROMA - SEZIONE SECONDA	3797
TAR LOMBARDIA MILANO	2948
TAR SICILIA PALERMO	2694
TAR SICILIA CATANIA - Sezione staccata	2203
TAR CAMPANIA SALERNO - Sezione staccata	2011
TAR TOSCANA FIRENZE	1769
TAR CALABRIA CATANZARO	1738
TAR PUGLIA BARI	1620
TAR PUGLIA LECCE - Sezione staccata	1516
TAR VENETO VENEZIA	1486
TAR LOMBARDIA BRESCIA - Sezione staccata	1140
TAR PIEMONTE TORINO	1129
TAR SARDEGNA CAGLIARI	1041
TAR EMILIA ROMAGNA BOLOGNA	1000
TAR LIGURIA GENOVA	877
TAR LAZIO LATINA - Sezione staccata	738
TAR CALABRIA REGGIO CALABRIA - Sezione staccata	653
TAR UMBRIA PERUGIA	651
TAR MARCHE ANCONA	616
TAR BASILICATA POTENZA	583
TAR ABRUZZO L'AQUILA	530
TAR MOLISE CAMPOBASSO	482
TAR ABRUZZO PESCARA - Sezione staccata	415
TAR FRIULI VENEZIA GIULIA TRIESTE	396
TAR EMILIA ROMAGNA PARMA - Sezione staccata	321
TAR TRENTINO ALTO ADIGE BOLZANO - Sez. Aut.	289
TAR TRENTINO ALTO ADIGE TRENTO	288
TAR VALLE D'AOSTA AOSTA	51
Totale	**49968**

Fonte sito G.A.