

dipendenti dell'Istituto è regolato da un atto normativo di competenza del Consiglio dell'Istituto, e non dal contratto collettivo; c) la complessiva disciplina normativa del rapporto di impiego alle dipendenze dell'Isvap/Ivass (per come delineata dalla l. 12 agosto 1982, n. 576, come modificata dalla l. 9 gennaio 1991, n. 20, dal decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 49, e dal d.P.R. 18 aprile 1994, n. 385) mantiene un carattere pubblicistico "che rende non comparabile la posizione giuridica dei dipendenti dell'ISVAP con quella dei lavoratori pubblici contrattualizzati"; d) la mancata, espressa menzione del personale dell'ISVAP/IVASS nell'ambito del 'catalogo' di cui all'art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 non impedisce in alcun modo l'inclusione di tale personale nell'ambito di quello in regime di diritto pubblico di cui al medesimo art. 3, "ben potendo ciò essere stabilito da altre fonti legislative, con effetto ampliativo della categoria". La sezione ha quindi affermato che l'esame testuale e sistematico dei commi 17 e 21 dell'art. 9, d.l. n. 78 del 2010 rende palese una *voluntas legis* volta a coinvolgere nell'applicazione delle disposizioni in tema di contenimento della spesa pubblica una platea estremamente estesa di dipendenti, sia in regime di diritto pubblico che di diritto privato. Depone in particolare in tal senso il richiamato comma 17, il quale riferisce il blocco per un triennio delle procedure contrattuali e negoziali sia al personale di cui all'art. 2, comma 2 d.lgs. n. 165, sia a quello di cui al successivo art. 3, in tal modo palesando che l'intenzione del Legislatore fosse nel senso di non lasciare residuare veri e propri 'vuoti disciplinari' o aree di esenzione dalla disciplina in tema di contenimento della spesa connessa al personale pubblico. Sarebbe quindi oggettivamente antisistemico ipotizzare una sorta di 'svista' del Legislatore, il quale avrebbe richiamato il catalogo - non completo - di cui all'art. 3 invece di riferirsi in modo onnicomprensivo al 'personale in regime di diritto pubblico'. Allo stesso modo non è ipotizzabile che il Legislatore abbia prodotto l'effetto di esentare dagli interventi in tema di contenimento della spesa una sola categoria di dipendenti appartenenti a un solo Istituto, in assenza - peraltro - di una palese disposizione di esenzione (come quella che interessa il personale dipendente della Banca d'Italia, ai sensi del comma 3 dell'art. 3, d.l. n. 78 del 2010). Con riferimento, poi, all'espressa - quanto parziale - esenzione che riguarda il personale dipendente della Banca centrale nazionale (espressamente invocata dagli appellanti a sostegno delle proprie tesi) ha osservato la sezione, in senso contrario, che l'applicazione del generale principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* non consente di invocarne l'applicazione anche nei confronti del personale dell'Istituto appellato.

## **2.9. Nomina del Presidente dell'Autorità portuale di Brindisi: Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210.**

La questione affrontata dalla sez. IV con la sentenza in epigrafe riguarda la legittimità della preposizione di un cittadino straniero (appartenente, peraltro, a uno Stato membro dell'Unione europea) alla presidenza di un'Autorità portuale. Ha ricordato che la Corte di giustizia, sez. II, 10 settembre 2014, n. C-270/13, ha statuito che l'art. 45, par. 4, T.F.U.E. deve essere interpretato nel senso di non consentire a uno Stato

membro di riservare ai propri cittadini l'esercizio delle funzioni di presidente di un'Autorità portuale. La Corte ha osservato che la nozione di "lavoratore", ai sensi dell'art. 45 T.F.U.E., ha portata autonoma propria del diritto dell'Unione e non va interpretata restrittivamente; pertanto, deve essere qualificato "lavoratore", ai sensi del cit. art. 45, chiunque svolga attività reali ed effettive, ad esclusione di attività puramente marginali e accessorie; la caratteristica del rapporto di lavoro è data, secondo la giurisprudenza della Corte, dalla circostanza che una persona fornisca per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione. Ne consegue che il rapporto di subordinazione e il pagamento di una retribuzione formano gli elementi costitutivi di qualsiasi rapporto di lavoro dipendente, purché l'attività professionale in questione presenti un carattere reale ed effettivo. Quanto al rapporto di subordinazione, dalla l. 28 gennaio 1994, n. 84 risulta che il Ministro dispone di poteri direttivi e di controllo nonché, se del caso, sanzionatori nei confronti del presidente di un'Autorità portuale. La remunerazione, definita da un decreto del ministro del 31 marzo 2003 e determinata in base al trattamento economico fondamentale previsto per i dirigenti generali del ministero, è versata al presidente di un'Autorità portuale come corrispettivo per lo svolgimento dei compiti che gli sono affidati dalla legge e presenta dunque le caratteristiche di prevedibilità e di regolarità insite in un rapporto di lavoro subordinato. Pertanto il presidente di un'Autorità portuale deve essere considerato un lavoratore ai sensi dell'art. 45, par. 1, T.F.U.E.. Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di "pubblica amministrazione" ai sensi dell'art. 45, par. 4, T.F.U.E. deve ricevere un'interpretazione e un'applicazione uniformi nell'intera Unione e non può essere rimessa alla totale discrezionalità degli Stati membri. La sezione ha ancora ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di "pubblica amministrazione" *ex art. 45, par. 4, T.F.U.E.* comprende i posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno a oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche e presuppongono pertanto, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità dei diritti e doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza. La sezione ha quindi preso posizione sulle riserve, manifestate dall'Avvocatura generale dello Stato. Ha ricordato l'orientamento della Corte costituzionale 24 giugno 2010, n. 227 in tema di rapporto fra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea, individuandone "fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario il sicuro fondamento nell'art. 11 Cost." (in particolare, sentenze n. 232 del 1975 e n. 183 del 1973; ma già in precedenza, le sentenze n. 98 del 1965 e n. 14 del 1964). È in forza di tale parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione. È sempre in

forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice, e prima ancora dell'amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto (sentenze n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984). È, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali (sentenza n. 126 del 1996), individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona (sentenza n. 170 del 1984)". In particolare, nella sentenza n. 183 del 1973, la Corte costituzionale ha affermato che "esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie, - non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati -, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari. Risponde altresì alla logica del sistema comunitario che i regolamenti della C.E.E., - sempreché abbiano compiutezza di contenuto dispositivo, quale caratterizza di regola le norme intersoggettive - come fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti della Comunità, non debbano essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possano comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore, e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarvi o abrogarli, anche parzialmente".

Sulla base di questa giurisprudenza costituzionale la sezione ha ritenuto che le disposizioni sulla libertà di circolazione all'interno dell'Unione, poste dall'art. 45 T.F.U.E., sono da considerarsi recepite nell'ordinamento interno, nell'ambito del quale il diritto dei cittadini dell'Unione di accedere a posti di lavoro nel nostro Paese è assistito dalla garanzia generale del succitato art. 45. L'art. 51 Cost. non richiede quindi alcuna disapplicazione, poiché in conformità all'art. 11 Cost. va letto nel senso di consentire l'accesso dei cittadini degli Stati dell'Unione europea agli uffici pubblici e alle cariche pubbliche nazionali in via generale, sulla base del principio della libera circolazione delle persone *ex* art. 45 T.F.U.E., salvo gli eventuali limiti espressi o legittimamente ricavabili dal sistema. E' alla luce delle disposizioni del cit. art. 45, come interpretato dalla Corte di giustizia, che, in definitiva, deve essere interpretata, applicata e, occorrendo, integrata la normativa dettata al riguardo dal legislatore nazionale (art. 37, d.lgs. n. 29 del 1993, indi art. 24, d.lgs. n. 80 del 1998 e art. 38, d.lgs. n. 165 del 2001; decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174).

**2.10. Trasformazione diretta da associazione a fondazione: Cons. Stato, sez. I, 30 gennaio 2015, n. 296.**

Con il parere in rubrica la sez. I si è pronunciata in ordine alla possibilità di trasformazione diretta di una associazione a fondazione, escludendola. Ha chiarito che la possibilità di effettuare un'operazione di trasformazione diretta tra enti del Libro I del codice civile - in particolare, da associazione (con o senza personalità giuridica) in fondazione - si è posta a seguito dell'introduzione nel codice civile delle c.d. trasformazioni eterogenee da parte del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*). L'incertezza è dovuta all'assenza, nel nostro ordinamento giuridico, di una disciplina espressa regolante il procedimento per ottenere la trasformazione diretta di un soggetto associativo in uno fondazionale, nonché dalla differente valenza interpretativa data dai sostenitori dei due opposti orientamenti alle novità in materia di trasformazioni eterogenee introdotte dalla riforma del diritto societario (secondo alcuni, da intendere quale conferma della presenza, all'interno del nostro ordinamento, del principio della generale trasformabilità tra enti diversi; secondo altri, invece, da interpretare in senso restrittivo, tassativo e non estendibile ad ulteriori fattispecie non espressamente normate). Sul punto si sono registrate due posizioni di segno opposto: da un lato, dottrina dominante e prassi notarile, favorevoli; dall'altro, giurisprudenza prevalente, Prefetture e Regioni italiane (ossia, le Autorità amministrative alle quali spetta il compito di autorizzare o meno il compimento dell'operazione in oggetto, in quanto deputate al controllo in sede di riconoscimento della personalità giuridica e di modificazioni agli statuti di associazioni e fondazioni ai sensi del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361), contrari. Nel parere in esame si è chiarito che "il quesito sottoposto appare emblematico di un modo di essere dell'ermeneutica giuridica contemporanea, che produce l'esatto contrario dello storico postulato di certezza del diritto. Un modo d'essere ascrivibile al cd. metodo umanistico, ossia alla tesi che il diritto - in quanto scienza sociale - si sottragga ai metodi di studio propri delle scienze esatte e sia caratterizzato da ampi margini di opinabilità. Nel caso in esame, gli interpreti sono spaccati a metà e l'aspetto paradossale - ma tipico dei conflitti tra giuristi - è che gli argomenti sono inversamente simmetrici: i due orientamenti utilizzano gli stessi dati testuali, sistematici, teleologici, ma intendendoli in modo opposto. In siffatte situazioni l'intervento consultivo (ma analogo discorso potrebbe farsi per le pronunce delle Sezioni unite della Corte di cassazione) rischia di essere dirimente più per l'autorevolezza - o la formale autorità - del parere che per la possibilità di accreditare come oggettivamente superiore una delle tesi. C'è da dire, infatti, che il conflitto tra opinioni è generato non tanto da errori interpretativi, ma dalla scelta del legislatore, il quale non ha dettato una disposizione generale sull'ammissibilità della trasformazione eterogenea di enti giuridici, con eventuale previsione di deroghe (positive o negative, a seconda che la regola generale sia rispettivamente negativa o positiva), ma ha disciplinato talune ipotesi particolari, racchiuse nell'ambito societario, in cui cioè la società è l'ente originario

o l'ente originato dall'operazione di trasformazione. Scelta che, quale che sia la trama argomentativa prescelta, comporta una interpretazione che viene a risolversi nell'opzione per uno dei valori rilevanti, ossia, da un lato, il dogma dell'autonomia privata e il principio di semplificazione, dall'altro la tutela dell'interesse pubblico e il formalismo giuridico. Appare utile, dunque, dare rilievo a una interpretazione fondata sul postulato secondo il quale l'ordinamento giuridico - inteso come astratto insieme di norme positive - è costituito prevalentemente da inferenze deduttive, essendo sua essenziale funzione costruire regole di condotta, per cui occorre identificare con certezza quando a un determinato fatto segua un effetto". Con riferimento al caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato la difficoltà è data dal fatto che il legislatore non ha codificato esplicitamente il rapporto regola/eccezione, ma si è limitato a prevedere alcuni casi di trasformazione eterogenea. In realtà, impiegando un metodo casistico e selettivo, ha implicitamente fatto riferimento alla disciplina generale dell'ente interessato dalla trasformazione, integrata per gli enti non lucrativi dal d.P.R. 10 febbraio 2000, n.361. In tale quadro gli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* cod. civ. rappresentano una deroga, dettando una normativa di favore per la trasformazione diretta, che non può applicarsi alle ipotesi non espressamente contemplate, per le quali riprende vigore la disciplina generale. Ciò implica l'inammissibilità della trasformazione diretta da associazione a fondazione, poiché il procedimento normativamente previsto per la costituzione della fondazione è incompatibile con la preesistenza di una struttura associativa, in particolare con l'art. 3, comma 1, d.P.R. n. 361 del 2000, secondo cui "ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo".

### 3. Procedimento.

#### 3.1. Responsabile unico del procedimento: C.g.a. 16 dicembre 2015, n. 683.

Con la succitata sentenza il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha giudicato illegittima la decisione dell'Amministrazione di dichiarare inammissibile la domanda di ammissione a contributi pubblici di un Comune per il completamento di una rete di distribuzione di metano sulla base dell'asserita assenza di competenze tecniche in capo al Responsabile unico del procedimento (*id est*, qualifica di ingegnere). E ciò in quanto il R.U.P. ha un ruolo organizzativo e d'impulso e non è pertanto necessario che egli possieda competenze tecniche potenzialmente estese al compimento di ogni singola operazione tecnica, che, se del caso, deve essere affidata a professionisti anche esterni alla struttura. Ha affermato che le competenze richieste al R.U.P. devono essere riferite al ruolo che esso è chiamato ad esercitare nell'iter di realizzazione dell'opera pubblica, assimilabile a quello di *project manager*, che si occupa di controllare e coordinare tutta l'attività istruttoria. Ad esso

non sono invece richieste capacità meramente tecniche, come per il progettista e l'esecutore dell'opera, ma solo capacità di gestione e di coordinamento di tutte le fasi progettuali. A sostegno della propria posizione, il Consiglio ha richiamato non solo quanto analogamente già affermato dal Consiglio di Stato (parere n. 304 del 2004), per il quale il ruolo del R.U.P. è quello di "provvedere a creare le condizioni procedurali affinché l'intervento risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi ed ai costi preventivati ed agli obiettivi richiesti" (parere n. 304/2004), ma anche la posizione assunta al riguardo dell'Anac (Determina n. 10/2001 e Delibera n. 141 del 28 luglio 2004), per cui la capacità richiesta a tale soggetto è organizzativa e propositiva ed appare suscettibile di essere acquisita anche sulla base dell'esperienza operativa e gestionale determinata dall'anzianità del servizio esercitato nel ruolo di appartenenza, al di là del possesso della laurea o dell'abilitazione professionale. Il C.g.a. ha poi evidenziato come il ruolo ed alla funzione così ascritti al R.U.P. appaiono inoltre in linea con il dettato del cit. art. 10, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale dispone in generale che le sue "competenze "devono essere "adeguate ai compiti per cui è stato nominato". In tal senso, si legge nella sentenza, esse si riferiscono non già alle competenze specialistiche proprie del progettista o dell'esecutore del progetto, bensì ai suoi compiti organizzativi e gestionali.

#### **4. Contratti e accordi.**

##### **4.1. Presupposti di applicabilità della direttiva europea in materia di appalti, prima del suo recepimento e in pendenza del relativo termine: C.g.a. 15 gennaio 2015, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n.2660; sez. V, 11 settembre 2015, n. 4253; sez. III, 5 novembre 2015, n. 5359.**

Ha chiarito il Consiglio di Stato con le sentenze in rubrica che, prima della scadenza del termine per il recepimento, resta inconfigurabile qualsiasi efficacia diretta nell'ordinamento interno e, in particolare, nei c.d. rapporti verticali delle direttive europee (che, quindi, non possono essere qualificate, in tale situazione, come *self-executing*), per quanto dettagliate e complete, e che, nondimeno, le stesse conservano un'efficacia giuridica, ancorché limitata, che vincola sia i legislatori sia i giudici nazionali ad assicurare, nell'esercizio delle rispettive funzioni, il conseguimento del risultato voluto dalla direttiva. Quanto ai contenuti di tale ridotta efficacia, ha in particolare chiarito il C.g.a. n. 1 del 2015 che, in pendenza del termine per il recepimento, il rispetto del principio di leale collaborazione sancito all'art. 4, par.3, del Trattato UE impedisce, per un verso, al legislatore nazionale l'approvazione di qualsiasi disposizione che ostacoli il raggiungimento dell'obiettivo al quale risulta preordinata la direttiva (Corte giust. Ue 18 dicembre 1997, C-129/96, Inter-Environnement Wallonie) e impone, per un altro verso, ai giudici nazionali di preferire l'opzione ermeneutica del diritto interno maggiormente conforme alle norme eurou-

nitare da recepire, di guisa che non venga pregiudicato il conseguimento del risultato voluto dall'atto normativo europeo (Corte giust. Ue 15 aprile 2008, C-268/08, Impact). Non solo, ma è stato anche escluso che possa riconoscersi qualsivoglia efficacia alle direttive non ancora recepite, che introducono nell'ordinamento un istituto nuovo, che, come tale, esige una compiuta disciplina normativa interna, necessariamente riservata in tutti i suoi aspetti al legislatore nazionale (Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2097). Ha aggiunto la sentenza della sez. III n. 5359 del 2015 che la regola dell'interpretazione giuridica conforme risulta del tutto inconfigurabile nei riguardi di previsioni della direttiva finalizzate ad introdurre negli ordinamenti nazionali istituti del tutto innovativi che, come tali, esigono la coerente declinazione dei loro elementi costitutivi e dei pertinenti presupposti di applicabilità. Anche a fronte di una disciplina europea sufficientemente dettagliata ed esauriente, risultano, infatti, necessarie la previsione di disposizioni (nazionali) di coordinamento con la normativa vigente e, soprattutto, l'adozione di un regime intertemporale, che chiarisca i tempi di operatività della nuova disciplina, rispetto (ad esempio) alle gare già bandite al momento del recepimento della direttiva. Orbene, prima della formalizzazione di tali scelte, necessariamente consacrate nell'atto legislativo nazionale di recepimento, l'enunciazione nella direttiva di un nuovo istituto, quale può essere quello della sostituzione del terzo ausiliario (finora sconosciuto sia alla normativa nazionale che a quella europea), resta del tutto sprovvista di qualsivoglia efficacia, non solo diretta (come già chiarito), ma anche nella ridotta valenza come paradigma ermeneutico. In difetto, infatti, di una disciplina nazionale, che regoli condizioni e tempi di operatività del nuovo istituto della regolarizzazione del terzo ausiliario (e, ovviamente, in pendenza del termine per la sua introduzione con l'atto di recepimento della direttiva), resta del tutto inimmaginabile un'interpretazione della vigente disciplina dell'avvalimento che, in luogo dell'esclusione dell'operatore economico che si sia avvalso dei requisiti di un'impresa ausiliaria (che, tuttavia, non li possiede), si risolva in una disapplicazione di tale regola e nella sua sostituzione, in via meramente interpretativa (ma, in realtà, creatrice di una nuova norma), con quella della surrogazione dell'ausiliario inadempiente (prima che il legislatore nazionale regoli gli elementi costitutivi della relativa fattispecie).

#### **4.2. Affidamento diretto da parte dell'Università dei propri servizi al Consorzio interuniversitario Cineca: Cons. Stato, sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298 e sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.**

Il Consiglio di Stato ha affrontato, in sede giurisdizionale e consultiva, la questione relativa alla possibilità per l'Università di affidare in via diretta i propri servizi al Consorzio interuniversitario Cineca, partecipato dal Ministero dell'istruzione, dell'Università e della ricerca, da Università e da Enti pubblici di ricerca di prestazioni di servizio nel campo dell'informatica per il sistema universitario, della ricerca e scolastico, pervenendo a soluzioni diverse.

In sede giurisdizionale il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2660 del 2015 ha

escluso che il Cineca sia titolare di un diritto di esclusiva. Ha premesso che l'art. 7, comma 42 *bis*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 - il cui fine dichiarato è contenere i costi, evitando il dispendio di risorse (in termini di strutture, personale e attività) - ha qualificato il Cineca come "unico soggetto a livello nazionale", non in quanto titolare di un diritto di esclusiva ai sensi dell'art. 19, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (come soggetto, cioè, a favore del quale è prevista una "riserva" nello svolgimento di una certa attività), ma nel senso che, all'esito del previsto processo di accorpamento dei consorzi interuniversitari Cineca, Cilea e Caspu, rimane l'unico soggetto esistente sul piano nazionale, in luogo dei tre consorzi prima operanti. Ha aggiunto che l'attribuzione di un diritto di esclusiva ai sensi dell'art. 18 della direttiva 2004/18/CE, attuato con l'art. 19, d.lgs. n. 163 del 2006, implicando la creazione di una situazione di monopolio, per la sua portata significativamente derogatoria della concorrenza e delle regole dell'evidenza pubblica, richiederebbe una esplicita formulazione della volontà legislativa, nel caso di specie assente. In ogni caso, non si può non rilevare come, ai sensi dell'art. 18 della direttiva 2004/18/CE (e dell'art. 19, d.lgs. n. 163 del 2006, che vi ha dato attuazione), il diritto di esclusiva, per poter giustificare la deroga alle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, deve essere previsto da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che siano "compatibili con il Trattato". Nel caso di specie, il requisito della compatibilità sarebbe insussistente: non si ravvisa, infatti, alcun motivo imperativo di interesse generale che, in base alle disposizioni del Trattato, possa giustificare la creazione di questa riserva a favore del Cineca, e non risulterebbero, comunque, rispettati i principi di necessità, proporzionalità e trasparenza.

Di diverso avviso, Cons. St., sez. II, n. 298 del 2015, che ha invece ammesso la possibilità di affidamento diretto (*in house*) al Consorzio Cineca da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca; tale Consorzio infatti, sebbene svolga la propria attività di servizio eminentemente nel settore dell'istruzione superiore e della ricerca scientifica, può essere considerato istituzionalmente titolare della capacità di operare su incarico dello stesso Ministero anche nell'interesse del settore scolastico. Ha osservato la Sezione consultiva del Consiglio di Stato che nella specie sussiste il requisito del controllo analogo, esercitato sul Consorzio da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e ciò per effetto sia della partecipazione di quest'ultimo al capitale e agli organi direttivi dell'ente, sia dell'attribuzione di talune specifiche prerogative, tra le quali il potere di approvare eventuali modifiche allo Statuto del Cineca e il diritto di veto sulle più importanti deliberazioni del Consiglio consortile. Quanto al requisito dello svolgimento dell'attività prevalente nei confronti dei soggetti pubblici consorziati va rilevato innanzitutto che il Consorzio non ha scopo di lucro e che i suoi compiti consistono nell'esclusivo svolgimento di prestazioni a favore degli Enti consorziati. Ha soggiunto che il dato della "prevalenza" dell'attività trova ormai una compiuta e dettagliata quantificazione nell'art. 12, par. 1, lett. b, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 secondo cui "oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate

nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice". Il successivo par. 5 del citato art. 12, stabilendo che "per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, comma 1, lett. b), al par. 3, comma 1, lett. b), e al par. 4, lett. c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto", pone disposizioni di completezza tale da farle ritenere *self-executing*, avendo indubbiamente "contenuto incondizionato e preciso".

#### **4.3. Partecipazione alla gara di enti non profit: Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84.**

La sentenza della sez. V n. 84 del 2015 ha chiarito che l'orientamento giurisprudenziale, sul quale fa perno la sentenza appellata, che considera inattendibili le offerte prive di un margine di utile, non sia estensibile, per mancanza della *ratio* che lo spiega e lo giustifica, all'ipotesi in cui la proposta economica sia formulata da soggetti costituzionalmente non animati da uno scopo di lucro, quali le Onlus e le cooperative sociali. Assume rilievo centrale, al fine di pervenire a tale conclusione, la considerazione che il principio del c.d. "utile necessario" trova condivisibile fondamento, in assenza di una base normativa espressa, nel carattere innaturale e, quindi, intrinsecamente inaffidabile di un'offerta in pareggio che contraddica lo scopo di lucro e, in definitiva, la *ratio essendi* delle imprese e, più in generale, dei soggetti che operano sul mercato in una logica strettamente economica. Detta finalità, che è alla base del principio e ne definisce di conseguenza i confini applicativi, non è estensibile a soggetti che operano per scopi non economici, bensì sociali o mutualistici, per i quali l'obbligatoria indicazione di un utile d'impresa si tradurrebbe in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione non lucrativa, con l'imposizione di un'artificiosa componente di onerosità della proposta. Ne deriva che, diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, l'offerta senza utile presentata da un soggetto, che tale utile non persegue, non è, solo per questo, anomala o inaffidabile in quanto non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio *stricto sensu* economico. Ha chiarito la sezione che non giova alla tesi opposta l'invocazione del principio della *par condicio*, posto che detto canone richiede l'applicazione delle medesime regole di gara a tutti i concorrenti, ma certo non impedisce che, in sede di applicazione delle stesse, ogni concorrente esprima le proprie potenzialità competitive valendosi di asimmetrie virtuose collegate alle proprie caratteristiche ontologiche e alle proprie capacità concorrenziali. In definitiva - una volta ammesso, in conformità alle statuizioni della Corte di Giustizia (sentenza n. 305 del 23 dicembre 2009) che "...la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti - con la conse-

guenza che non v'è ragione di escludere che anche soggetti economici senza scopo di lucro possano soddisfare, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, i necessari requisiti ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni vigenti in materia sempre che questa possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico" - si deve ritenere che proprio lo statuto sociale e mutualistico deve disciplinare il *modus operandi* di tali soggetti in sede di partecipazione alle procedure d'evidenza pubblica. Ha aggiunto la sentenza che la previsione dell'indefettibilità dell'utile, oltre che distonica rispetto alla vocazione di tali soggetti, lederebbe ingiustificatamente anche l'interesse pubblico a usufruire delle offerte più vantaggiose conseguibili in un mercato contendibile da attori con diverse caratteristiche. Può ammettersi, pertanto, la sussistenza di una relazione biunivoca fra l'idoneità soggettiva degli enti no profit alla partecipazione alla gara e la possibilità di presentare offerte con utile pari a zero, basata sul principio di non contraddizione imposto dall'opzione ermeneutica prescelta sul punto dalla richiamata Corte di giustizia: le misure correttive che, ai sensi del 4° considerando della direttiva 2004/187CE, devono essere prese per evitare distorsioni della concorrenza qualora agli appalti partecipino organismi non profit o enti pubblici (destinatari di benefici tributari, previdenziali o di veri e propri aiuti di Stato), gravano infatti sugli Stati membri e non sulle singole stazioni appaltanti; queste ultime possono, e in taluni casi devono prendere in considerazione tali benefici esercitando un rigoroso controllo in sede di verifica dei requisiti generali e di anomalia dell'offerta, ma non possono considerare *ex se* invalida un'offerta che sia priva di utile, purché non sia sottocosto o non disveli, unitamente ad altri elementi, un fine predatorio o anticoncorrenziale. In conclusione, l'inapplicabilità della tesi rigorosa (ovvero quella che ravvisa presuntivamente incongrua un'offerta in caso di utile pari a zero), non sta a significare che sia consentito agli enti no profit di praticare politiche di *dumping* salariale, dovendo l'amministrazione appaltante vigilare affinché ciò non accada. Ha poi ricordato la sezione che le conclusioni cui è pervenuta risultano avvalorate dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE (11 dicembre 2014, C-113, relativa all'affidamento di servizi di trasporto sanitario d'urgenza ad organismi no profit in regime di convenzione quadro), secondo cui: a) un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto da parte dell'onlus concorrente, in quanto ha scarsa rilevanza accertare se i costi, che devono essere rimborsati dalle pubbliche amministrazioni alle associazioni no profit, coprano unicamente i costi diretti collegati allo svolgimento delle prestazioni interessate o, in aggiunta, una parte delle spese generali; b) il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e, in particolare, quello concernente gli appalti pubblici di servizi: I) è diretto a garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri; II) presume che gli appalti relativi ai servizi ricompresi nell'allegato II B della direttiva 2004/18 non presentino, a priori, data la loro natura specifica, un interesse transfrontaliero tale da

giustificare che la loro aggiudicazione avvenga in esito ad una procedura di gara d'appalto intesa a consentire a imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara d'appalto; c) la presenza sul mercato delle associazioni di volontariato si giustifica perché tende a garantire che i servizi (specie di interesse generale), siano assicurati in condizioni di equilibrio economico a livello del bilancio (evitandosi ogni spreco di risorse finanziarie, umane e tecniche) ma al contempo secondo *standard* di elevata qualità; d) in tale contesto è necessario che le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati al precedente punto e, pertanto, che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni (anche se destinato ai loro membri), a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime; e) al contempo, pur essendo ammissibile che le onlus si avvalgano di lavoratori (poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero in molti casi private della possibilità effettiva di agire), l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale in considerazione del principio generale del diritto dell'Unione costituito dal divieto dell'abuso di diritto; quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. All'interno di tali limiti - in particolare: la regolarità della retribuzione e delle garanzie previdenziali in favore dei lavoratori (in modo che si escluda ogni fenomeno di deflazione salariale o di *dumping* sociale), nonché il divieto generale di operare sotto costo - può pertanto ammettersi che le onlus, che partecipino ad una gara di appalto di servizi, possano presentare una offerta economica priva di margini di utile.

#### **4.4. Commissione di gara e sua composizione: Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 473.**

In occasione dell'impugnazione degli atti di gara pubblica e del provvedimento di composizione della commissione giudicatrice la sez. VI, con la sentenza n. 473 del 2015, ha preso posizione sui rapporti tra intensità del sindacato giurisdizionale consentito dall'ordinamento nazionale, e principio sancito dall'art. 1, par. 1 della direttiva 89/665 CE. Ha preliminarmente affermato, nel respingere la censura dedotta avverso la commissione per non essere i suoi componenti esperti *ex art.* 84, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che la qualifica di esperto, richiesta dalla citata norma non richiede, necessariamente il possesso del diploma di laurea. Il possesso del titolo di studio adeguato è un elemento che garantisce, quanto meno sul piano presuntivo, la competenza tecnica, ma ciò non esclude che la qualifica di esperto possa, sempre in via presuntiva, desumersi, pur mancando il diploma di laurea, dai numerosi incarichi svolti, indicativi di una esperienza tecnica acquisita sul campo, nel concreto svolgimento dell'attività professionale. La Sezione ha ritenuto altresì infondati i dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea sollevati dall'appellante, il quale ha contestato la compatibilità eurounitaria della giurisprudenza nazionale, che circoscrive il sindacato giurisdizionale sul giudizio di non anomalia dell'offerta nei limiti

della non macroscopica illogicità. Propone, pertanto, un sindacato più penetrante e, a tal fine, chiede che venga sottoposta alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale sopra trascritta. Ha affermato il giudice di appello che, ove il senso della richiesta di rinvio pregiudiziale fosse quello di sollecitare un sindacato esteso al merito sulle decisioni della stazione appaltante, basterebbe evidenziare che sui rapporti tra intensità del sindacato giurisdizionale consentito dall'ordinamento nazionale e il principio sancito dall'art. 1, par. 1 della direttiva 89/665 CE (ai sensi del quale gli Stati membri adottano, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalla direttiva 2004/18, i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci), la Corte di giustizia si è anche recentemente pronunciata (Corte giust. UE, sez. V, 11 dicembre 2014, C-440/13) nel senso di ritenere che la direttiva 89/665/CE, non postula l'introduzione di un sindacato esteso al merito ("un controllo in materia di opportunità", parr. 43 e 45 della sentenza citata), ma richiede soltanto un sindacato (pieno) di legittimità, volto a garantire il rispetto delle norme pertinenti del diritto dell'Unione oppure delle disposizioni nazionali che recepiscono dette norme, senza che tale controllo possa essere limitato al solo carattere arbitrario delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice e salva la facoltà per il legislatore nazionale di attribuire ai giudici nazionali competenti il potere di esercitare un controllo in materia di opportunità. Nel caso di specie, il controllo esercitato nella sede giurisdizionale, sia nel giudizio di primo grado sia in appello, è stato certamente un controllo volto a garantire il rispetto del quadro normativo fornito dal diritto dell'Unione e dalle norme nazionali di recepimento. Va ancora evidenziato che, con particolare riferimento al giudizio di anomalia delle offerte, la Corte di giustizia ha sempre ritenuto centrale il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione dell'offerta, l'attenta valutazione e ponderazioni delle giustificazioni presentate dall'impresa "sospettata" di aver presentato un'offerta anormalmente bassa, atteso che l'esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di tale offerta rischia di pregiudicare i principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa. Inoltre, l'art. 55 della direttiva 2004/18/CE prevede espressamente che, tra gli elementi che la stazione appaltante può prendere in considerazione prima di respingere l'offerta che appare anormalmente bassa, vi sono: a) l'economia del metodo di prestazione del servizio (che include anche eventuali economie di scale legate alla contestuale erogazione di quel servizio a più soggetti); b) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente (anche nell'acquisto dei materiali). Si tratta proprio degli elementi di valorizzazione del giudizio di non anomalia della stazione appaltante.

**4.5. Affidamento di servizi di rilevante complessità tecnica: Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2015, n. 4040 .**

Ha chiarito la sentenza in rubrica che, anche nell'affidamento di servizi di rilevante complessità tecnica, alla stazione appaltante è riconosciuta ampia discrezionalità

nella scelta del criterio di selezione tra l'offerta economicamente più vantaggiosa e l'offerta di solo prezzo. Infatti, nell'enucleare le "caratteristiche dell'oggetto dell'appalto", quale elemento discretivo nell'individuazione del criterio di selezione, l'art. 81, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rimette alla fase preparatoria della gara, e cioè alla progettazione che ogni soggetto aggiudicatore deve svolgere in vista del futuro affidamento del contratto, la definizione delle caratteristiche di quest'ultimo e, all'esito di tale fase, gli ulteriori aspetti per i quali si prevede invece la ricerca presso gli operatori privati di soluzioni tecnico-qualitative in grado di conseguire prestazioni qualitativamente migliori rispetto a quelle individuate in sede progettuale. Questa notazione rende evidente che anche contratti d'appalto caratterizzati da rilevanti profili di complessità (ed in particolare anche appalti di opere pubbliche), possono essere affidati sulla base del solo criterio del massimo ribasso, laddove la progettazione svolta dalla stazione appaltante sia giunta ad un grado di dettaglio tale da non richiedere, secondo valutazioni di carattere discrezionale di quest'ultima, l'acquisizione di soluzioni tecniche migliorative.

#### **4.6. Avvalimento: C.g.a., sez. giur., 21 gennaio 2015, n. 35.**

Ha chiarito il C.g.a., con la sentenza in rubrica, che il contratto atipico di avvalimento non può essere assimilato né al contratto di affitto d'azienda né al contratto di *sub* appalto; sotto altro aspetto non sembra neppure pienamente equiparabile al contratto di mandato perché "mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" è concetto non pienamente sovrapponibile all'obbligo del mandatario, *ex art. 1703 c.c.*, di compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte. Nello schema negoziale atipico dell'avvalimento ricorrono tratti del mandato dell'appalto di servizi e aspetti di garanzia atipica da parte dell'ausiliario in favore della stazione appaltante per le prestazioni dovute dall'ausiliato. Una volta accolta la nozione di causa in concreto, quale sintesi degli interessi reali delle parti o ragione pratica del contratto (e respinta la diversa nozione di causa quale funzione economico-sociale del negozio), per consentire al giudice di effettuare il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, il contratto di avvalimento deve essere a titolo oneroso oppure, in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità. Dall'interpretazione sistematica delle norme emerge che per il contratto di avvalimento è richiesta la forma scritta *ad substantiam*. Tale conclusione si ricava dall'interpretazione letterale dell'art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dalla esigenza di assicurare la responsabilizzazione del consenso dell'ausiliario e la certezza degli impegni assunti, nonché dalla necessità di garantire le esigenze proprie della c.d.

forma-contenuto. Non si può ricorrere all'istituto dell'avvalimento per dimostrare i requisiti di idoneità professionale. Dal confronto tra l'art. 1346 c.c. e l'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 emerge che il regolamento al Codice dei contratti, a differenza del codice civile, ha richiesto che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato, e non anche solo determinabile, e individuato potendosi al riguardo trarre convincimento dall'aggettivo "specifico" utilizzato dall'art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010. Tale diversità di disciplina tra il codice civile e la normativa in materia di appalti si giustifica in ragione della necessità di evitare l'elusione dei requisiti prescritti dalla legge di gara ricorrendo a dichiarazioni e contratti di avvalimento generici non rispondenti alle esigenze di serietà ed effettività perseguite dalla legge. La necessità di verificare l'effettività e la serietà del rapporto intercorrente tra ausiliaria e ausiliata, nonché di scongiurare il rischio di "avvalifici" (attraverso mere finzioni preordinate ad eludere le regole delle gare pubbliche), esige l'accertamento del rapporto tra impresa ausiliaria e ausiliata. La normativa comunitaria, nella parte in cui permette l'avvalimento "a prescindere dalla natura giuridica" dei legami tra ausiliario e ausiliato, vieta discriminazioni basate sulla differente natura giuridica dei diversi "legami", ma non depona per l'irrelevanza dei rapporti tra avvalente e avvalso. Con riferimento alla specificità dell'oggetto l'ordinamento non distingue tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo. Nel contratto, anche se riferito all'avvalimento dei requisiti economico-finanziario, devono essere adeguatamente indicati, a seconda dei casi, il fatturato globale e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, nonché gli specifici "fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto dal bando".

**4.7. Indicazione degli oneri di sicurezza nell'appalto lavori: Cons. Stato, A.P., 20 marzo 2015, n. 3 e 2 novembre 2015, n. 9.**

L'Adunanza plenaria n. 3 del 2015 ha affermato che, nelle procedure di affidamento di lavori, i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non previsti nel bando di gara.

La questione che si è posta è se l'ultimo alinea dell'art. 87, comma 4, del Codice appalti, nella parte in cui dispone che "Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture", riguarda soltanto gli appalti di servizi e di forniture, cui si riferisce espressamente l'inciso finale del testo. Dalla lettura del comma emerge infatti che mentre il primo periodo ribadisce per tutti gli appalti che gli oneri della

sicurezza non sono soggetti a ribasso d'asta in relazione al piano di sicurezza e coordinamento, il secondo periodo precisa che l'indicazione relativa ai costi della sicurezza deve essere sorretta da caratteri di specificità e di congruità ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta, facendo però riferimento esplicito, questa volta, solo ai settori dei servizi e delle forniture. Sulla questione l'orientamento dei giudici di primo e di secondo grado non è univoco. Secondo una prima lettura, di matrice estensiva, la *ratio* della norma, che impone ai concorrenti di indicare già nell'offerta l'incidenza degli oneri di sicurezza aziendali, risponde a finalità di tutela della sicurezza dei lavoratori e, quindi, a valori sociali e di rilievo costituzionale che assumono rilevanza anche nel settore dei lavori pubblici. Anzi, proprio in quest'ultimo settore il ripetersi di infortuni gravi, dovuto all'utilizzo di personale non sempre qualificato, porta a ritenere che l'obbligo di indicare sin dall'offerta detti oneri debba valere ed essere apprezzato con particolare rigore. Inoltre, depone in tal senso anche la collocazione sistematica della norma citata, che è appunto inserita nella parte del Codice dedicata ai "Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421; sez. V, 19 luglio 2013, n. 3929). Si è poi osservato (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3565) che "tale indicazione costituisce sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture un adempimento imposto dagli artt. 86, comma 3 *bis*, e 87, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare; stante la natura di obbligo legale rivestita dall'indicazione, è irrilevante la circostanza che la *lex specialis* di gara possa non aver richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una *ignorantia legis*; poiché la medesima indicazione riguarda l'offerta, non può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante, ex art. 46, comma 1 *bis*, cit. d.lgs. n. 163 del 2006, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti". Un secondo orientamento (Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2014, n. 2343; 9 ottobre 2013, n. 4964) ha dato una lettura diversa, ritenendo che l'obbligo di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendali riguardi solo gli appalti di servizi o di forniture in ragione della "speciale disciplina normativa riservata agli appalti di lavori, che appunto si connota per l'analisi preventiva dei costi della sicurezza aziendale, che a sua volta si spiega alla luce della maggiore rischiosità insita nella predisposizione di cantieri", aggiungendosi i che "l'obbligo di dichiarare, a pena di esclusione, i costi per la sicurezza interna previsto dall'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 si applica alle sole procedure di affidamento di forniture e di servizi. Per i lavori, al contrario, la quantificazione è rimessa al piano

di sicurezza e coordinamento ex art. 100, d.lgs. n. 9 aprile 2008, n. 81, predisposto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 131 del Codice dei contratti pubblici". Non si può infatti trascurare, si sostiene, che è comunque obbligatoria la valutazione, ai fini della congruità dell'offerta, del costo del lavoro e della sicurezza in forza del comma 3 *bis* dell'art. 86 del Codice secondo cui "... nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture", essendosi così indicate espressamente tutte le possibili tipologie di appalti pubblici, compresi quelli aventi ad oggetto i lavori, per cui si deve ritenere, a contrario, che, non avendo utilizzato la medesima locuzione estensiva nel comma 4 dell'art. 87, tale ultima norma va riferita ai soli contratti pubblici presi espressamente in considerazione, ossia quelli aventi ad oggetto servizi e forniture.

L'Adunanza plenaria ha aderito all'orientamento secondo cui nelle procedure di affidamento relative ai contratti pubblici di lavori i concorrenti devono indicare nell'offerta economica i costi per la sicurezza, interni o aziendali, e ciò in quanto il piano di sicurezza e coordinamento (Psc), di cui agli artt. 100, d.lgs. n. 81 del 2008 e 131 del Codice appalti, è riferito ai costi di sicurezza quantificati a monte dalla stazione appaltante, specialmente in relazione alle interferenze, e non alla quantificazione dei costi aziendali delle imprese. Ha altresì rilevato che non appare coerente imporre alle stazioni appaltanti di tenere espresso conto, nella determinazione del valore economico di tutti gli appalti, dell'insieme dei costi della sicurezza, e non imporre ai concorrenti, per i soli appalti di lavori, un identico obbligo di indicazione nelle offerte dei loro costi specifici, il cui calcolo emergerebbe soltanto in via eventuale, nella non indefettibile fase della valutazione dell'anomalia; così come non si rinviene la *ratio* di non prescrivere la specificazione dei detti costi per le offerte di lavori, nella cui esecuzione i rischi per la sicurezza sono normalmente i più elevati. Si tratterebbe, in definitiva, di una normativa che, incidendo negativamente sulla completezza della previsione dei costi per la sicurezza per le attività più rischiose, risulterebbe incoerente con la prioritaria finalità della tutela della sicurezza del lavoro, che ha fondamento costituzionale negli artt. 1, 2 e 4 e, specificamente, negli artt. 32, 35 e 41 Cost. e trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti e delle imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, rispettivamente di aggiudicare questi ultimi alle migliori condizioni consentite dal mercato, da un lato, e dall'altro di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto. Per evitare una soluzione ermeneutica irragionevole e incompatibile con le coordinate costituzio-

nali si deve allora accedere ad una interpretazione degli artt. 26, comma 6, d.lgs. n. 81 del 2008 e 86, comma 3-*bis*, del Codice, nel senso che l'obbligo di indicazione specifica dei costi di sicurezza aziendali non può essere assolto che dal concorrente, unico in grado di valutare gli elementi necessari in base alle caratteristiche della realtà organizzativa e operativa della singola impresa, venendo altrimenti addossato un onere di impossibile assolvimento alla stazione appaltante, stante la sua non conoscenza degli *interna corporis* dei concorrenti. Aggiungasi che un approccio ermeneutico, che non imponesse la specificazione dei costi interni nell'offerta per lavori, priverebbe il giudizio di anomalia delle preve indicazioni al riguardo da sottoporre a verifica, così inficiando l'attendibilità del giudizio finale. Cons. Stato, A.P., 2 novembre 2015, n. 9 ha da ultimo chiarito che, in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza, non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015.

**4.8. Esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici: Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2015, n. 2957.**

La sentenza n. 2957 del 2015 ha pronunciato sul ricorso proposto avverso l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione per asserita carenza del requisito di partecipazione consistente nel possesso della certificazione di qualità UNI da oltre un triennio, prevista dal disciplinare di gara, e di tale clausola di *lex specialis*. Era stato dedotto da parte appellante che, mediante questa previsione, era stato introdotto un requisito speciale e, conseguentemente, una causa di esclusione dalla gara in caso di sua mancanza, non conforme al principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1 *bis*, del Codice dei contratti pubblici. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello giudicando illegittimo l'autoannullamento per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici sancito dal citato art. 46, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 163, dal momento che l'art. 43 del medesimo Codice non prevede alcunché al riguardo e le esigenze sottese alla richiesta di tale certificazione sono soddisfatte dal fatto che l'impresa concorrente l'abbia comunque conseguita e ne sia fornita al momento della partecipazione alla gara. La previsione di un periodo temporale non risponde peraltro ad effettive esigenze dell'amministrazione di garanzia di qualità del servizio, poiché le stesse sono comunque assicurate dal possesso della certificazione in sé.

**4.9. Attestazioni SOA: Cons. Stato, A.P., 20 luglio 2015, n. 8.**

L'Adunanza plenaria segnalata in rubrica ha affrontato la questione relativa al se, nel regime transitorio dettato dall'art. 357, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e, in particolare, per il caso di bandi di gara pubblicati precedentemente alla data di entrata

in vigore del regolamento, sia comunque necessario, per usufruire della *prorogatio* successiva all'entrata in vigore del regolamento e per il periodo ivi considerato, il requisito della verifica triennale, come prescritta prima dall'art. 15 *bis*, d.P.R. n. 34 del 2000 e poi dall'art. 76, d.P.R. n. 207 del 2010; se, in definitiva, detto adempimento deve considerarsi doveroso o non nell'anzidetto periodo transitorio ai fini del valido utilizzo delle attestazioni SOA. L'Adunanza plenaria ha affermato che nel regime transitorio previsto dall'art. 375, comma 12, prima parte, è applicabile l'onere di verifica triennale imposto prima dall'art. 15 *bis*, d.P.R. n. 34 del 2000 e poi dall'art. 77, d.P.R. n. 207 del 2010; nel regime transitorio dettato dai commi 13, 16 e 17 dell'art. 375, d.P.R. n. 207 per le categorie "variate" non sussiste, durante il regime di proroga, l'obbligo di verifica triennale delle attestazioni Soa, di cui agli artt. 15 *bis*, d.P.R. n. 34 del 2000 e 77, d.P.R. n. 207 del 2010.

**4.10. Indicazione del nominativo del subappaltatore nell'offerta: Cons. Stato, A.P., 2 novembre 2015, n. 9 e 1 dicembre 2015, n. 11.**

La soluzione della questione in ordine alla configurabilità di un obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta da parte dell'impresa concorrente sprovvista della qualificazione in una o più categorie scorporabili (e, quindi, a fronte di un c.d. subappalto necessario) era stata rimessa all'Adunanza plenaria a fronte del contrasto giurisprudenziale. Al predetto problema erano, infatti, offerte due diverse soluzioni. Secondo una prima tesi la necessità della dimostrazione, ai fini della partecipazione alla procedura, della qualificazione per tutte le lavorazioni per le quali la normativa di riferimento la esige implica, quale indefettibile corollario, la necessità dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta, di guisa da permettere alla stazione appaltante il controllo circa il possesso, da parte del concorrente, di tutti i requisiti di capacità richiesti per l'esecuzione dell'appalto; viceversa, secondo una diversa e minoritaria interpretazione dell'istituto, una corretta esegesi delle regole che presidiano i requisiti di qualificazione, e che escludono che, ai fini della partecipazione alla gara, sia necessario il possesso della qualificazione anche per le opere relative alle categorie scorporabili (esigendo il ricorso al subappalto solo per quelle a qualificazione necessaria e nella sola fase dell'esecuzione dell'appalto), imporrebbe la diversa soluzione dell'affermazione del solo obbligo di indicazione delle lavorazioni che il concorrente intende affidare in subappalto, ma non anche del nome dell'impresa subappaltatrice. Infatti l'art. 118, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui ha catalogato (articolandoli in quattro lettere) i requisiti di validità del subappalto, ha evidentemente inteso circoscrivere, in maniera tassativa ed esaustiva, a quei presupposti (e solo ad essi) le condizioni di efficacia del subappalto, con la conseguenza che ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento (rispetto a quelli ivi classificati) dev'essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire

alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire). Ha quindi affermato l'Adunanza plenaria, con le due sentenze nn. 9 e 11 del 2015 che dall'esame della vigente normativa di riferimento può, in definitiva, identificarsi il paradigma (riferito all'azione amministrativa, ma anche al giudizio della sua legittimità) secondo cui l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come "subappalto necessario"). La correttezza di tale soluzione è avvalorata dalle determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (l'AVCP, prima, e l'ANAC, poi), che hanno ripetutamente affermato il principio dell'obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso l'obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore (si vedano la determinazione ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015; il parere ANAC n. 11 del 30 gennaio 2014 e la determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012), approvando, in coerenza con tali enunciazioni, gli schemi dei bandi, con il valore vincolante ad essi assegnati dall'art. 64, comma 4 *bis*, d.lgs. cit. (e previo parere conforme del Ministero delle infrastrutture). Lo scrutinio delle direttive europee non conduce ad esiti differenti, confermando, anzi, la correttezza dei principi prima affermati. Le direttive in materia di appalti pubblici hanno, infatti, rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l'opzione regolatoria attinente alla doverosità dell'indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara, astenendosi, quindi, dall'imporre una qualsivoglia soluzione alla pertinente questione. Orbene, in difetto di un vincolo europeo all'introduzione (in via legislativa o amministrativa) dell'obbligo in discussione, la sua positiva affermazione esige una chiara, univoca ed esplicita sua previsione (con una specifica disposizione di legge, in mancanza della quale resta precluso all'interprete che altrimenti disporrebbe di una potestà discrezionale che le direttive comunitarie riconoscono invece solo allo Stato membro

**4.11. Discordanze fra le offerte espresse in lettere e quelle espresse in cifre:  
Cons. Stato, A.P., 13 novembre 2015, n. 10.**

L'Adunanza plenaria n. 10 del 2015 si è pronunciata sulla questione relativa all'esatta individuazione del criterio utile a dirimere le incertezze derivanti dall'emersione di discordanze fra le offerte espresse in lettere e quelle espresse in cifre, in sede di esame di quelle presentate da partecipanti ad una gara finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture. La problematica sorge in conseguenza della divergenza di disciplina nell'art. 72, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 e nell'art. 119 comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. La prima delle succitate disposizioni sancisce che "quando in una offerta all'asta vi sia discordanza fra il prezzo indicato in lettere e quello indicato in cifre, è valida l'indicazione più vantaggiosa

per l'amministrazione". Diversamente, l'art. 119, d.P.R. n. 207 del 2010 prevede al comma 2 che "il prezzo complessivo offerto, rappresentato dalla somma di tali prodotti, è indicato dal concorrente in calce al modulo stesso, unitamente al conseguente ribasso percentuale rispetto al prezzo complessivo posto a base di gara. Il prezzo complessivo ed il ribasso sono indicati in cifre ed in lettere. In caso di discordanza prevale il ribasso percentuale indicato in lettere". Al comma 3 dello stesso art. 119, si ribadisce che "nel caso di discordanza dei prezzi unitari offerti prevale il prezzo indicato in lettere". Il conflitto tra le disposizioni, dunque, potrebbe sorgere qualora l'operatore economico proponesse un'offerta in lettere discordante rispetto all'offerta in cifre e quest'ultima fosse maggiormente vantaggiosa per l'Amministrazione..

Sulla questione la giurisprudenza del giudice amministrativo si è divisa. Secondo un primo orientamento l'art. 72, r.d. n. 827 del 1924 dovrebbe assurgere a criterio generale utile alla risoluzione del conflitto. Innanzitutto la norma, in assenza di un'esplicita disposizione, non può ritenersi espunta dall'ordinamento e, pertanto, non può essere svuotata di significato in virtù della sola esistenza di una disposizione cronologicamente più recente ma afferente ad una diversa fattispecie. In secondo luogo l'art. 119 comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, non può nemmeno considerarsi espressione di un principio innovativo, derivante da originali e mutate tendenze dell'ordinamento atteso che la disposizione in esso contenuta rappresenta la riproduzione di quanto già sancito, dapprima, con l'art. 5, l. 2 febbraio 1973, n. 14, secondo il cui comma 4 "i prezzi unitari sono indicati in cifre ed in lettere: vale, per il caso di discordanza, il prezzo indicato in lettere" e, successivamente, con una disposizione identica all'attuale formulazione, dall'art. 90, commi 2 e 3, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. In terzo luogo se il criterio di valorizzazione dell'offerta espressa in lettere fosse elevato a soluzione di carattere generale, non si comprende per quale ragione la relativa disposizione non abbia abrogato l'art. 72, r.d. n. 827 del 1924. Infine l'art. 119, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 in effetti si riferisce esplicitamente ed in via esclusiva alle gare indette con il criterio dell'offerta a prezzi unitari. Il Massimo Consesso ha innanzi tutto osservato, in senso contrario a quanto innanzi esposto, che la valorizzazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa per l'Amministrazione potrebbe creare problematiche nell'ambito delle gare in cui vi sia un meccanismo di esclusione delle offerte anomale nel senso che nel contrasto tra offerta espressa in lettere ed offerta espressa in cifre, quella che in astratto può apparire maggiormente vantaggiosa, potrebbe condurre, invece, ad una sua esclusione per anomalia. Inoltre l'art. 119, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, pur non introducendo una disposizione di carattere innovativo, risponde ad esigenze del tutto differenti rispetto all'art. 72, r.d. n. 827 del 1924, atteso che la tutela della concorrenza costituisce la più importante *ratio* ispiratrice dell'intera normativa del settore dei contratti della Pubblica Amministrazione e, in quest'ottica, anche la giurisprudenza di settore deve necessariamente orientarsi. La effettiva parità tra gli operatori economici, che partecipano ad una procedura finalizzata all'affidamento di un appalto, non può considerarsi secondaria rispetto ad altri e diversi interessi,

seppur questi rivestano un'importanza considerevole. Il legislatore europeo, prima, e nazionale, poi, nel delineare il *corpus* normativo afferente alla materia dei contratti, si è orientato nel senso di valorizzare primariamente la *par condicio* fra operatori economici, quale strumento per rendere virtuoso il sistema economico nel suo complesso. Ciò posto, dunque, il criterio di cui all'art. 119, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 è indubbiamente orientato all'effettiva parità fra coloro che partecipano ad una gara pubblica, poiché impone alla commissione un comportamento univoco, non soggetto a interpretazioni virtualmente difformi. Diversamente, l'art. 72, r.d. n. 827 del 1924 opera con precipuo riferimento all'interesse economico-finanziario dell'Amministrazione, come dimostra il suo inserimento all'interno di un sistema normativo finalizzato all'"amministrazione del patrimonio" ed alla "contabilità generale dello Stato" e l'intenzione di addossare sull'operatore il costo dell'errore in sede di compilazione dell'offerta.

**4.12. Offerta di gara e contratto collettivo applicato: Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5597.**

Con la sentenza in rubrica la sez. III ha chiarito che l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la sua mancata applicazione può essere *a priori* sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo, anziché di un altro, possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta. Ha aggiunto, richiamando un precedente della stessa sez. III (Cons. St., sez. III, 2.4.2015, n. 1743), che non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti particolari che riguardano le diverse imprese, con la conseguenza che, ai fini di una valutazione sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve tenere conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi.

**4.13. Offerte anomale nel caso di mancato rispetto delle tabelle ministeriali: Cons. Stato, sez. III, 13 ottobre 2015, n. 4699.**

La sentenza n. 4699 del 2015 ha ricordato che l'art. 86 del codice dei contratti pubblici individua, nei commi 1 e 2, distinti indici, a seconda che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso ovvero quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'individuazione delle offerte che sono sospettate di essere anomale (cd. indicatori automatici di anomalia). In presenza di tali indicatori la stazione appaltante è quindi tenuta ad attivare una verifica sulla possibile anomalia dell'offerta. L'art. 86 al comma 3, con una clausola generale valida per entrambe le ipotesi, stabilisce poi che la stazione appaltante può procedere in ogni caso alla valutazione della congruità di ogni altra offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa. La scelta dell'Amministrazione di attivare in tali casi il

procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è, pertanto, ampiamente discrezionale e può, per questo, essere sindacata davanti al giudice amministrativo solo per manifesta illogicità o per la presenza di rilevanti errori di fatto. L'esercizio di tale facoltà comporta, pertanto, l'apertura di un subprocedimento in contraddittorio con il concorrente che ha presentato l'offerta ritenuta a rischio di anomalia, che può concludersi con un giudizio di anomalia o di non anomalia dell'offerta. Anche tale giudizio è ampiamente discrezionale e può essere sindacato, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo per manifesta illogicità o per la presenza di rilevanti errori di fatto. Tenuto conto del rilievo che in molti contratti ha il costo del lavoro e tenuto conto delle esigenze di tutela dei lavoratori, il legislatore ha aggiunto, all'art. 86, con l'art. 1, comma 909, lettera a) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il comma 3 bis che prevede che gli enti aggiudicatori verifichino *“che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ... il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture”*. Il Ministero del lavoro è, quindi, incaricato della predisposizione di apposite tabelle che tengono conto dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, delle differenti aree territoriali e dei diversi settori merceologici. In esito all'istruttoria disposta da questa Sezione, il Ministero del lavoro ha fornito ampi ragguagli sulle modalità con le quali in concreto tale funzione è esercitata. Per effetto di tale ultima disposizione il costo del lavoro è ritenuto indice di anomalia dell'offerta quando non risultino rispettati i livelli salariali che la normativa vigente - anche a base pattizia - rende obbligatori. Una determinazione complessiva dei costi basata su un costo del lavoro inferiore ai livelli economici minimi fissati normativamente (o in sede di contrattazione collettiva) per i lavoratori del settore può costituire, infatti, indice di inattendibilità economica dell'offerta e di lesione del principio della *par condicio* dei concorrenti ed è fonte di pregiudizio per le altre imprese partecipanti alla gara che abbiano correttamente valutato i costi delle retribuzioni da erogare. Il Consiglio di Stato ha quindi ricordato che la giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo ha affermato che una anomalia dell'offerta non può essere automaticamente desunta dal mancato rispetto delle tabelle ministeriali, richiamate dall'art. 87, comma 2, lett. g), del codice dei contratti pubblici, considerato che i costi medi del lavoro, indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro, in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, non costituiscono parametri inderogabili, ma sono indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta che costituiscono oggetto della valutazione dell'Amministrazione. Corollario di tale premessa è che devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, con la conseguenza che può ritenersi ammissibile un'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede

di contrattazione collettiva. Mentre occorre, perché possa dubitarsi della congruità dell'offerta, che la discordanza sia considerevole ed ingiustificata. E' stato ulteriormente chiarito che non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti particolari ed elementi che possono variare da azienda ad azienda. Ai fini di una valutazione sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve, pertanto, tenere conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (ed anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi. Ha però aggiunto il giudice di appello che occorre fare riferimento ai contratti sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi. Ove si ammettessero, infatti, senza riserve offerte che sono formulate facendo applicazione di costi del lavoro molto più contenuti, oggetto di contratti collettivi di lavoro sottoscritti da sindacati non adeguatamente rappresentativi, si determinerebbero pratiche di *dumping* sociale perché solo alcune imprese possono beneficiare di disposizioni che giustificano un costo del lavoro inferiore.

#### **4.14. Cottimo fiduciario: Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2015, n. 5808.**

Con la sentenza richiamata in rubrica la sez. IV è intervenuta sull'esperibilità della procedura di cottimo fiduciario quando l'appalto di servizi è sotto soglia, giusto quanto asseritamente previsto dall'art. 125, comma 11, del Codice dei contratti pubblici. Ha ricordato che sono due le ipotesi che legittimano il ricorso al cottimo: una che contempla la previa regolamentazione da parte della stazione appaltante, e l'altra che discende da alcune situazioni contingenti o urgenti direttamente e tassativamente individuate dal legislatore. E' sufficiente, in proposito, una rapida rassegna delle norme citate. Dalle stesse si ricava che il cottimo fiduciario è una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi (art. 125, comma 4). L'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze. Il ricorso all'acquisizione in economia è altresì consentito in caso di: a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto; b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo; c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria; d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale (art. 125, comma 10).

Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel

rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento. (art. 125, comma 11).

**4.15. Domanda di subentro nel contratto: Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4585.**

Il Consiglio di Stato ha ricordato, nella sentenza n. 4585 del 2015, che l'art. 121, comma 1, c.p.a., ha stabilito che "il giudice, che annulla l'aggiudicazione definitiva, dichiara l'inefficacia del contratto .... c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento". La giurisprudenza ha osservato che, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva 2007/66/Ce, riprese negli artt. 121 e 122 c.p.a., in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o non l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato, così che l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale, costituendo quelle previsioni una significativa innovazione rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente, anche nella prospettiva delle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività. Ha ancora ricordato l'Alto Consesso che ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a. in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati e tale regola vale anche quando il giudice, secondo quanto disposto dagli artt. 121 e 122 c.p.a., dichiara l'inefficacia del contratto, potendo in tal caso disporre il subentro del ricorrente solo quando l'accoglimento del ricorso non renda necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, aggiungendosi ancora che la circostanza che non sia stato rispettato il termine dilatorio di cui all'art. 11, comma 10 *ter*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. *stand still*) non può da sola comportare la caducazione dei contratti. La giurisprudenza ha escluso che la sola violazione del termine di c.d. *stand still* possa legittimare la declaratoria di inefficacia del contratto. La disposizione della lett. c) del comma 1 dell'art. 121 c.p.a., subordina, infatti, tale declaratoria, non solo all'accertamento che la violazione di quel termine abbia impedito all'interessato di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto, ma soprattutto al fatto che tale

violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

**4.16. Indennizzo ex art. 21 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 per legittimo esercizio del potere di revoca dell'intera procedura di gara: Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2015, n. 2013.**

Ha chiarito la sez. V con la sentenza n. 2013 del 2015, in occasione dell'impugnazione, da parte dell'aggiudicataria provvisoria, del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha disposto la revoca dell'intera procedura di gara, a partire dal bando, che nel caso di revoca legittima la stazione appaltante soggiace all'obbligo di indennizzo ex art. 21 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. Nell'ipotesi sottoposta al vaglio del giudice di appello la revoca era stata disposta per sopravvenute difficoltà finanziarie, ipotesi questa che una giurisprudenza costante del giudice amministrativo ritiene che possa legittimamente fondare provvedimenti di ritiro in autotutela di procedure di gara, benché queste siano giunte all'aggiudicazione definitiva. La perdita della copertura finanziaria rappresenta infatti una circostanza che legittimamente può indurre l'amministrazione a rivalutare i motivi di interesse pubblico sottesi all'affidamento di un contratto e dunque riconducibile alla principale ipotesi di revoca di provvedimenti amministrativi, secondo l'ampia nozione recepita dal citato art. 21 *quinquies* della legge generale sul procedimento amministrativo. Tale conclusione può, ad avviso del giudice di appello, essere esteso *a fortiori* a procedure aggiudicate solo in via provvisoria, ed anche se ad essa non sia seguito alcuno sviluppo procedimentale per molti mesi, lasciando l'impresa in una situazione di incertezza ed attesa per lungo tempo. Di fronte ad un atto espressivo di apprezzamenti di carattere ampiamente discrezionale, riconducibile ad una diversa valutazione del medesimo interesse pubblico che aveva originariamente indotto l'amministrazione ad emettere l'atto poi ritirato, qualsiasi affidamento privato è destinato a soccombere, tanto è vero che l'art. 21 *quinquies* più volte citato non attribuisce ad esso alcun rilievo impeditivo all'esercizio del relativo potere, diversamente da quanto previsto per l'annullamento d'ufficio dal successivo art. 21 *nonies*. La prima delle norme della legge generale sul procedimento amministrativo ora citato tutela infatti il contrapposto interesse destinato unicamente sul piano patrimoniale, attraverso l'indennizzo e dunque mediante un ristoro pecuniario conseguente ad un atto lecito ma pregiudizievole per i contrapposti interessi privati. Venendo alla quantificazione dell'indennizzo, lo stesso deve essere limitato alle spese inutilmente sopportate dalla ricorrente per partecipare alla gara, con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio dalla stessa lamentato. Ciò in base ad un duplice ordine di rilievi. In primo luogo perché si tratta di un rimedio posto a protezione di interessi lesi da atti legittimi, come sopra accertato, e dunque leciti. Conseguentemente con esso non possono essere reintegrate tutte le conseguenze patrimoniali negative risentite dai relativi destinatari, come invece nel risarcimento del danno per fatti che l'ordinamento giuridico riprova, e dunque illeciti ex art. 2043 cod. civ. o commessi in violazione del dovere di buona fede nelle trattative precontrattuali sancito dall'art. 1337 cod. civ.. L'inden-

nizzo è per contro un istituto di giustizia distributiva, che impone una condivisione sul piano economico di tali negative conseguenze di carattere patrimoniale, secondo un bilanciamento rimesso all'equo componimento delle parti interessate o, in caso di disaccordo, al giudice amministrativo. In secondo luogo, conferma di quanto osservato si trae dal comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinqüies*, il quale, nello specifico caso di revoca di atti amministrativi incidenti su rapporti negoziali circoscrive l'indennizzo "al solo danno emergente". La previsione in questione è applicabile *a fortiori* al caso in cui la revoca non incida su tali rapporti, essendo i contrapposti affidamenti privati evidentemente meno meritevoli di tutela rispetto a coloro che vedano vanificate le aspettative di integrale esecuzione di un contratto ormai stipulato. Deve essere invece escluso il danno curriculare perché il suo risarcimento è configurabile in caso di responsabilità da mancata aggiudicazione, trattandosi di voce diretta a ristorare l'interesse positivo all'ottenimento del contratto ed alla sua esecuzione, ma non già l'interesse negativo a non essere coinvolto in trattative contrattuali inutili, il quale viene invece in rilievo nella *culpa in contraendo*.

#### **4.17. Recesso dal contratto di forniture: C.g.a. 21 gennaio 2015, n. 49.**

Ha chiarito il C.g.a. che, qualora successivamente alla valida stipula di un contratto di forniture e servizi l'amministrazione, con riferimento ad una convenzione Consip, accerta la non economicità del contratto originariamente stipulato, deve avvalersi - nei limiti e alle condizioni previste - dell'istituto del recesso contrattuale di cui all'art. 1, comma 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, trattandosi di norma speciale prevalente rispetto al generale potere di revoca in autotutela ex art. 21 *quinqüies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. L'art. 1, comma 13, d.l. n. 95 del 2012 è applicabile anche agli affidamenti diretti di cui all'art. 34, comma 22, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 perché quest'ultima norma è volta solo a far salvi gli affidamenti disposti in vigenza di un quadro normativo differente da quello attuale (e meno conforme ai principi della concorrenza) e non impedisce la rivalutazione della convenienza del contratto, così come stabilito dall'art. 1, comma 13, d.l. n. 95 del 2012. La revoca pubblicistica di cui all'art. 21 *quinqüies*, l. 241 del 1990 e il recesso dal contratto devono essere tenuti distinti perché: a) il potere di revoca della procedura di affidamento si colloca nell'ambito dell'azione amministrativa di tipo pubblicistico mentre il recesso contrattuale, lasciando impregiudicata la serie pubblicistica degli atti, incide solo sul vincolo contrattuale; b) è differente la qualificazione della posizione giuridica vantata dal privato nei confronti della revoca pubblicistica (interesse legittimo) e del recesso contrattuale (diritto soggettivo); c) la revoca può essere adottata in presenza delle condizioni legittimanti previste dall'art. 21 *quinqüies*, l. n. 241 del 1990, mentre il potere di recesso è disciplinato da specifiche disposizioni di legge, tra cui l'art. 134 del Codice dei contratti e l'art. 1, comma 13, d.l. n. 95 del 2012; d) nel caso di revoca la determinazione dell'indennizzo segue le regole stabilite dall'art. 21 *quinqüies*, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990 mentre il ristoro pecuniario dovuto dall'amministrazione recedente è fatto oggetto di apposita disciplina nelle diverse

disposizioni di legge che lo regolano, oltre che innestarsi sulla previsione generale di cui all'art. 1373, comma 3, c.c. (se non derogata).

**4.18. Concessioni-contratto e istituto della penale: Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5492.**

Ha chiarito la sezione che il rapporto amministrazione/concessionario, fondato sulle (usualmente definite) "concessioni/contratto", proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile, le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto applicabili ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, né ciò è indicato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241. Giova, infatti, ricordare che la l. n. 241 del 1990 disciplina nell'art. 11 gli "accordi" tra privati e pubblica amministrazione. In realtà, come segnalato da subito dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (parere 17 febbraio 1987, n. 7/1987), sotto la comune dizione di "accordi", sono richiamati (e succintamente disciplinati) sia moduli più propriamente procedimentali, cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio della potestà, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico - secondo una definizione comunemente invalsa - in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà. La presenza contemporanea delle due figure rende distinta e, per così dire, "asimmetrica", l'applicazione delle stesse norme desumibili dall'art. 11, quali, in particolare, il comma 2, relativo all'applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, ovvero il comma 4, concernente la possibilità offerta alla P.A. di recesso dall'accordo. Per un verso, dunque, la generale disciplina dell'art. 11 trova applicazione (anche) nel caso di "convenzioni" con contenuto patrimoniale, afferenti tuttavia al previo esercizio di potestà; per altro verso, essa deve applicarsi anche ad ipotesi in cui, difettando ogni "substrato patrimoniale", il richiamo - ad esempio - alla applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, risulta avere un ambito di applicazione certamente più ristretto. In tale contesto, l'applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell'amministrazione (riconducibili o meno alla generale figura del contratto), trova in ogni caso un limite, e dunque una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche, e nelle finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate. Come la giurisprudenza ha avuto modo di osservare (Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786; 14 ottobre 2013, n. 5000), fermi i casi di contratti di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che "non diversamente previsto"

Ciò, ovviamente, non esclude - sussistendone i presupposti ora delineati - che il giudice possa fare applicazione anche della disciplina dell'inadempimento del contratto, allorchè una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare. Proprio per questo, la giurisprudenza - certamente escludendo una acritica applicazione delle norme del codice civile - ha avuto modo di affermare: che l'impegno assunto dall'amministrazione con l'accordo non può risultare vincolante in termini assoluti, in quanto esso riguarda pur sempre l'esercizio di pubbliche potestà (Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2001, n. 354); che il c.d. "autovincolo" derivante all'amministrazione da un accordo può perdere successivamente consistenza a seguito del confronto delle posizioni caratterizzanti le fasi successive del procedimento (Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2004, n. 7245). Come si è detto, l'art. 11, l. n. 241 del 1990 non rende applicabili agli accordi della Pubblica amministrazione le norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì i "principi", con ciò stesso presupponendo una non immediata adattabilità - sia ad accordi non aventi natura contrattuale, sia a convenzioni/contratto - delle norme valevoli per le espressioni di autonomia privata, ma richiedendo la verifica della applicabilità, in ragione della specifica natura dell'atto bilaterale sottoposto a giudizio, dei "principi" (e di quanto da essi desumibile) in tema di obbligazioni e contratti, senza per ciò stesso escludere la stessa applicazione di nome in tema di obbligazioni e contratti, nei casi in cui agli accordi possa riconoscersi una natura prettamente contrattuale. Nel caso delle convenzioni che accedono all'esercizio di potestà amministrativa concessoria - dove è chiara la natura latamente contrattuale dell'atto bilaterale, stante la regolazione di aspetti patrimoniali - ben possono trovare applicazione le disposizioni in tema di obbligazioni e contratti. Tuttavia, tale applicazione non può esservi, se non considerando la persistenza (ed immanenza) del potere pubblico, dato che l'atto fondativo del rapporto tra amministrazione e concessionario non è la convenzione, bensì il provvedimento concessorio, rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario, idoneo alla regolazione (subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto.

Da quanto sin qui esposto, consegue che l'istituto della "penale" in diritto amministrativo non può essere apoditticamente ricondotto alla figura contrattuale della clausola penale (artt. 1382-1384 c.c.), ma deve innanzi tutto trovare il proprio fondamento nel regime di diritto pubblico governante il rapporto concessorio. L'istituto della "penale", presente nelle ipotesi di esercizio di potere amministrativo ampliativo della sfera giuridica dei privati (non solo, dunque, nelle ipotesi di esercizio di potere concessorio, ma anche autorizzatorio), ha certamente natura sanzionatoria e salvaguarda il raggiungimento delle finalità di pubblico interesse sottese all'esercizio del potere. Nel rapporto concessorio (ed in particolare, nel caso della concessione c.d. traslativa, di esercizio di funzioni o servizi pubblici), il perseguimento del pubblico interesse, del quale l'amministrazione è fatta titolare, avviene anche per il tramite dell'attività del privato, di modo che - laddove questo non si conformi alle regole imposte dal provvedimento concessorio e dalla convenzione a questo accessiva - l'irrogazione

della penale prevista costituisce appunto sanzione per una condotta tenuta o un evento prodotto non conformi al pubblico interesse. Il bene giuridico inciso non è, dunque, il patrimonio della Pubblica amministrazione, bensì il più generale interesse pubblico che costituisce ad un tempo la ragione causale della concessione ed il fine al quale deve essere orientata l'azione del privato concessionario (al di là delle ovvie finalità individuali). Di conseguenza, la penale costituisce la sanzione per la lesione arrecata all'interesse pubblico, quell'interesse - come si è detto - che sorregge sul piano motivazionale l'adozione stessa del provvedimento concessorio. Ovviamente, la lesione arrecata ben può consistere anche in un danno di natura patrimoniale arrecato all'Amministrazione, o, più precisamente, nel danno conseguente all'inadempimento (o al non esatto adempimento) di una obbligazione assunta in convenzione. Ma, in tali ipotesi, la penale svolge una duplice funzione: quella (primariamente) di sanzione per l'interesse pubblico violato (cui, nel rapporto concessorio, anche il danno patrimoniale si ricollega direttamente); quella più squisitamente civilistica (*ex art. 1382 c.c.*) di determinazione preventiva e consensuale della misura del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento di una determinata prestazione, salvo che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore". Tale configurazione non esclude che, ai fini della verifica dei presupposti per l'irrogazione della penale, possano trovare applicazione le ulteriori disposizioni civilistiche in tema di penale. E dunque, la possibilità che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore" (art. 1382, comma 1); il fatto che essa "è dovuta indipendentemente dalla prova del danno" (comma 2), e può essere ridotta (art. 1384 c.c.) "se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento".

## 5. Sanità.

### 5.1. Decreto del Ministero della salute concernente la remunerazione delle prestazioni di assistenza ospedaliera per acuti, assistenza ospedaliera di riabilitazione e lungodegenza post acuzie e di assistenza specialistica ambulatoriale: Cons. Stato, sez. III, 27 gennaio 2015, n. 381.

La sentenza in rubrica ha contestualizzato l'impugnato decreto ministeriale nel particolare momento in cui è stato adottato. In un contesto caratterizzato dal crescente deficit di bilancio con riguardo alle spese sanitarie e di avvertita esigenza di contenimento del trasferimento di risorse pubbliche, nonché di razionalizzazione del sistema sanitario, è intervenuto il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante "*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario*". Il decreto d'urgenza ha introdotto, al titolo III, disposizioni dirette alla "*Razionalizzazione della spesa sanitaria*" e, segnatamente, "*Disposizioni urgenti per l'equilibrio del settore sanitario e misure di governo della spesa farmaceutica*", intervenendo, con varie e articolate

misure, sulla spesa farmaceutica, sull'acquisto di beni e servizi, prevedendo riduzioni degli importi e corrispondenti volumi di acquisto delle prestazioni sanitarie al fine di ridurre la spesa complessiva annua. In particolare l'art. 15, comma 1, ha definito gli elementi da assumere come termine di riferimento per la determinazione delle tariffe a favore delle strutture private accreditate per le prestazioni di assistenza ospedaliera e ambulatoriale a carico del servizio sanitario nazionale, fissando un termine per determinare le tariffe pari a trenta giorni, nel testo originario del d.l. n. 95 del 2012, con decorrenza dalla data di entrata in vigore del decreto stesso (7 luglio 2012). Il termine è stato successivamente prorogato al 15 settembre 2012 in sede di legge di conversione del decreto. L'art. 15, comma 15, ha stabilito che il tariffario venisse predisposto, in deroga alla "procedura" prevista dall'art. 8 *sexies*, comma 5, d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, sulla base "...dei dati di costo disponibili" e, ove ritenuti congrui ed adeguati, dei tariffari regionali "...tenuto conto dell'esigenza di recuperare, anche tramite la determinazione tariffaria, margini di inappropriata ancora esistenti a livello locale e nazionale".

Ai sensi del successivo comma 17 *bis* è stato previsto che gli importi tariffari fissati dalle singole Regioni, superiori alle tariffe massime stabilite ai sensi del comma 15, fossero posti a carico dei bilanci regionali, mentre è fatto divieto alle regioni sottoposte ai piani di rientro di derogare agli importi massimi stabiliti dal decreto ministeriale. Ha chiarito la sezione che dalla piana lettura del comma 15, in relazione al comma 17 *bis* dell'art. 15 in precedenza richiamato, emerge che non vi è, nel testo del decreto legge, la previsione di un'unica procedura di determinazione delle tariffe, ma che la stessa si sostanzia in due diverse fasi, successive nel tempo, la seconda, attivabile a conclusione della prima. La prima procedura trova disciplina nel comma 15, con un *iter* procedurale semplificato e derogatorio attraverso l'utilizzazione dei "dati di costo disponibili, nonché dei tariffari regionali, ove ritenuti congrui e adeguati, prevedendo inoltre l'acquisizione del parere della Conferenza Stato/Regioni. La seconda procedura, di "aggiornamento delle tariffe determinate ai sensi del comma 15", disciplinata dal comma 17 *bis*, ha previsto il confronto con le associazioni di categoria, evidenziando chiaramente la volontà del legislatore di un approfondimento e rivalutazione delle tariffe rispetto a quelle già determinate in via di urgenza con procedura semplificata, con ripristino delle ordinarie forme di consultazione e confronto ex art. 8 *sexies*, comma 5, d.lgs. n. 502 del 1992. Stante il carattere intertemporale della disciplina tariffaria che deriva dal d.m. 18 ottobre 2012 - che interviene in un contesto caratterizzato dalla necessità di individuare, entro tempo ristretto e a contenimento della spesa nel comparto sanitario, limiti certi in ordine alle tariffe massime che possono essere corrisposte dal servizio sanitario nazionale per prestazioni rese in accreditamento - non può ricondursi al provvedimento normativo un intento elusivo del giudicato di annullamento del precedente decreto del 2006 in esito a contenzioso che vedeva come parte l'odierna appellante. Ed invero la pretesa a un'attività istruttoria di più articolato spessore - tesa a dare rilievo in dettaglio ai costi effettivi che si riconducono alle prestazioni di assistenza rese dal centro ricorrente - non può essere fatta valere contro il d.m. impugnato