

LEZIONI DEL 27 LUGLIO 2022 – 11 OTTOBRE 2022 – 19 FEBBRAIO 2023

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

**CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO PER REFERENDARIO TAR  
2022-2023**

**GIAPPICHELLI EDITORE**

**Responsabile scientifico**

**Vincenzo Lopilato**

**ESTRATTI LEZIONI DEL 27 LUGLIO 2022 – 11 OTTOBRE 2022 –  
19 FEBBRAIO 2023**

di Vincenzo Lopilato

**Diritto Amministrativo**

## Argomento 1

### **TRACCIA**

## **Rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione: regole di diritto pubblico e regole di diritto privato, con riferimenti al riparto di giurisdizione.**

**Nota.** Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.

### A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 8, parr. 1-14.1, pagg. 445-482; Capitolo 25, parr. 12-12.3, pagg. 1888-1895.

### B. Giurisprudenza

1. "Scorrimento" della graduatoria e riparto di giurisdizione: **Cass. civ., sez. un., 15 febbraio 2022, n. 4870.**

Massima:

In materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il "diritto all'assunzione".

Si riporta di seguito la parte motivazionale:

*Omissis.*

**RILEVATO**

*che:*

*1. con ricorso al Tribunale di S. M. Capua Vetere M.S., classificato al tredicesimo posto della graduatoria definitiva di merito, approvata con Det. Dirig. 30 dicembre 2009, n. 3431, per il profilo professionale di "esecutore amministrativo", ctg. B della selezione per titoli e colloquio riservata alle categorie protette di cui alla L. n. 68 del 1999, degli iscritti agli invalidi del collocamento obbligatorio della provincia di Caserta di cui al bando del 30/7/2007 del Comune di Caserta per l'assunzione di 16 unità a tempo pieno e indeterminato (di cui 12 per il profilo di "esecutore amministrativo"), ritenendo di essere stato danneggiato dal mancato scorrimento della graduatoria, trattandosi di diritto soggettivo all'assunzione, ha l'accertamento di tale suo diritto con condanna del Comune al pagamento delle retribuzioni a partire dalla data di mancata assunzione (e cioè dal 29/12/2011);*

*ha dedotto che con Det. 15 dicembre 2011, n. 2603, il Comune di Caserta aveva disposto che si procedesse all'assunzione con decorrenza dal 29/12/2011 di 20 unità di personale appartenente alle categorie protette utilmente graduato nella selezione di cui al bando del 30/7/2007 (ivi comprese le 12 unità di cat. B, profilo di "esecutore amministrativo") e che di tali 20 unità erano state assunte solo 19 in quanto l'ultima graduata come "esecutore amministrativo" era risultata rinunciataria;*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

ha evidenziato che il Comune, a seguito della rinuncia all'assunzione della suddetta ultima graduata, non aveva proceduto, come avrebbe dovuto, a scorrere la graduatoria e che con successiva Delib. G.C. 12 dicembre 2013, n. 144, aveva stabilito di ricoprire le quattro vacanze ancora presenti in dotazione organica nella categoria B, tra cui il posto in questione, con l'assunzione di lavoratori socialmente utili (Delib., peraltro, rimasta inattuata in quanto superata dalla successiva Delib. n. 9 del 2014, che prevedeva esclusivamente l'assunzione di un dirigente a tempo determinato);

2. il Tribunale con sentenza n. 327/2018 ha dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice ordinario ritenendo che la controversia afferisse all'esercizio del potere dell'amministrazione cui corrispondeva una posizione di interesse legittimo;

3. la causa è stata riassunta innanzi al TAR della Campania;

quest'ultimo, dubitando a sua volta della propria giurisdizione, con ordinanza n. 2986/2021, ha sollevato conflitto negativo di giurisdizione con il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ai sensi dell'art. 11, comma 3, cod. proc. amm.;

ha, in particolare, richiamato il principio più volte affermato da questa Corte secondo cui in materia di procedure concorsuali della P.A. preordinate all'assunzione di dipendenti, il diritto del partecipante al concorso mediante lo scorrimento della graduatoria presuppone necessariamente l'esistenza di un obbligo dell'Amministrazione di coprire il posto, con attribuzione della qualifica ad un soggetto dichiarato idoneo non vincitore di un precedente concorso: tale obbligo può derivare dalle indicazioni del bando ovvero da una apposita determinazione dell'Amministrazione stessa di rendere disponibile il posto vacante e di coprirlo senza l'apertura di una nuova procedura concorsuale, dovendosi ritenere, in mancanza, che l'amministrazione non sia tenuta all'assunzione di candidati non idonei v. ex multis Cass. 18 giugno 2013, n. 15212;

ha, quindi, rilevato che, nel caso di specie, il ricorrente avesse inteso far valere in primis il suo diritto perfetto all'assunzione per effetto della scelta del Comune di coprire, tra l'altro, 12 posti di categoria B e della rinuncia di altra concorrente utilmente posizionata;

rispetto a tale diritto erano irrilevanti i successivi atti di programmazione assunzionale (che il ricorrente aveva prudenzialmente contestato);

4. il conflitto è stato avviato alla trattazione in Camera di consiglio sulla base delle conclusioni scritte, ai sensi dell'art. 380-ter c.p.c., del Pubblico Ministero, il quale ha chiesto dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

#### CONSIDERATO

che:

1. il regolamento è ammissibile, stante l'intervenuta riassunzione da parte del M. entro i relativi termini - giusta sentenza del Tribunale di S.M. Capua Vetere n. 327/2018 del 6/2/2018 di declaratoria del proprio difetto di giurisdizione in favore del Giudice amministrativo - del giudizio dal predetto instaurato nel 2014 dinanzi al Giudice ordinario;

2. condivide il collegio l'opinione del giudice confliggente secondo il quale la controversia ricade nella giurisdizione del giudice ordinario;

3. nella specie non è in discussione che quella indetta dal Comune di Caserta con bando del 30 luglio del 2007 sia stata una vera e propria procedura concorsuale;

del resto, come è noto, l'ordinamento prevede tre diverse modalità di assunzione dei soggetti con disabilità: la chiamata numerica per le categorie e i profili per cui è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo in base al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35, comma 2; il concorso (con riserva di posti) per le altre qualifiche secondo la L. n. 68 del 1999, art. 16; le convenzioni ai sensi della medesima L. n. 68 del 1999, art. 11;

nel caso in esame il Comune con il bando di concorso in questione si è avvalso della seconda indicata modalità di assunzione prevedendo non un concorso aperto a tutti e con riserva di posti ma proprio un concorso interamente riservato alle categorie della L. n. 68 del 1999, ex art. 8;

4. tanto precisato, con riguardo allo specifico tema del cd. "scorrimento" della graduatoria approvata all'esito della procedura concorsuale, la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha già avuto Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*modo di precisare che il fenomeno consente la stipulazione del contratto di lavoro con partecipanti risultati idonei e non vincitori, in forza di eventi successivi alla definizione del procedimento concorsuale con l'approvazione della graduatoria;*

*ciò può avvenire o in applicazione di specifiche previsioni del bando, contemplanti l'ammissione alla stipulazione del contratto del lavoro degli idonei fino ad esaurimento dei posti messi a concorso; ovvero perché viene conservata (per disposizione di atti normativi o del bando) l'efficacia della graduatoria ai fini dell'assunzione degli idonei in relazione a posti resisi vacanti e disponibili entro un determinato periodo di tempo;*

*5. la pretesa allo "scorrimento", di conseguenza, si colloca di per sé fuori dell'ambito della procedura concorsuale (esclusa, nella seconda delle ipotesi indicate, proprio dall'ultrattività della graduatoria approvata) ed è conosciuta dal giudice ordinario quale controversia inerente al "diritto all'assunzione" (Cass., Sez. Un., 29 settembre 2003, n. 14529; Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2005, n. 20107; Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3055), salva la verifica del fondamento di merito della domanda, esulante dal novero delle questioni di giurisdizione;*

*il principio è stato di recente ribadito da Cass., Sez. Un., 12 agosto 2021, n. 22746 secondo cui in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il "diritto all'assunzione"; ove, invece, la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'Amministrazione di merito, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4;*

*6. la giurisprudenza di questa Corte, sempre in tema di "scorrimento" e con riguardo alla perdurante efficacia di una graduatoria, ha anche precisato che l'operatività dell'istituto presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto ("deve trattare di posti non solo vacanti, ma anche disponibili, e tali diventano sulla base di apposita determinazione"), decisione che, una volta assunta, risulta equiparabile all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con l'identificazione degli ulteriori vincitori (Cass., Sez. Un., n. 14529/2003, cit.; Cass. Sez. lav. 5 marzo 2003, n. 3252);*

*anche tale principio è stato successivamente ribadito (Cass., Sez. Un., 22 agosto 2019 n. 21607; Cass., Sez. Un. 20 ottobre 2017, n. 24878; Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2016, n. 27460) precisandosi che candidati utilmente collocati nella graduatoria finale di un concorso pubblico ancora efficace possono ricorrere alla giurisdizione del giudice ordinario nel caso in cui possano vantare un diritto perfetto all'assunzione, derivante da una decisione dell'Amministrazione di coprire i posti vacanti mediante oggetto le modalità di attuazione dello scorrimento della graduatoria del concorso espletato;*

*7. in altri termini, il diritto all'assunzione sorge con il completamento di una fattispecie complessa: perdurante efficacia di una graduatoria + decisione di avvalersene per coprire posti vacanti utilizzando la graduatoria rimasta efficace;*

*tale decisione della amministrazione, una volta assunta, vincola dunque l'amministrazione a darvi corso;*

*in tale quadro è stato affermato che la domanda avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa a dare corso allo scorrimento della graduatoria già deliberato verte sul diritto alla assunzione (Cass. Sez. lav. 2 novembre 2017, n. 26104 e giurisprudenza ivi citata);*

*dalla situazione sin qui descritta va distinta l'ipotesi in cui il preteso diritto allo scorrimento della graduatoria sia consequenziale alla negazione degli effetti di un provvedimento amministrativo che*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 4 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

*disponga di non coprire più - (o di coprire diversamente, come nel caso di indizione di un nuovo concorso) - il posto resosi vacante anziché avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso anteriormente espletato; in tale eventualità si è in presenza di una contestazione che investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4 (Cass., Sez. Un., 22 agosto 2019, n. 21607; Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2017, n. 24878);*

*8. nel caso di specie, vi è stata una decisione assunta dall'amministrazione nel senso di disporre l'assunzione di 20 unità di categorie protette attingendo dalla graduatoria di cui al bando del 30/7/2007 ed è tale determinazione che ha reso operante l'istituto dello scorrimento;*

*il M. ha appunto fatto valere nella controversia il diritto all'assunzione, diritto che afferma insorto per effetto della decisione di coprire i posti vacanti, sul presupposto che l'amministrazione, a fronte della rinuncia del soggetto utilmente collocato in graduatoria, non avrebbe potuto escludere lo "scorrimento" in suo favore;*

*la circostanza che sia poi intervenuta altra determinazione della P.A. (nel 2013) di segno opposto e che sia stato disposto di attingere, per coprire i posti dei profili B rimasti vacanti (anche per effetto della rinuncia di cui si è detto), dal bacino dei lavoratori socialmente utili, nella prospettazione del ricorrente integra un fatto successivo inidoneo a degradare quello che, nell'assunto attoreo, era già un diritto ricollegabile alla determinazione del 2011;*

*10. sulla base del criterio cd. del petitum sostanziale, la questione di giurisdizione deve essere risolta nel senso dell'appartenenza della controversia alla giurisdizione di legittimità del giudice ordinario non vendendo in rilievo la conformità a legge del potere di attingere ai lavoratori socialmente utili per la copertura dei posti vacanti, in presenza di graduatoria di precedente concorso, ma la sussistenza di un diritto allo scorrimento di tale graduatoria per effetto di precisa scelta della P.A. di utilizzare la stessa graduatoria per assumere 20 unità di personale appartenente alle categorie protette;*

*ritiene, pertanto, il Collegio di disattendere le conclusioni del P.G., considerato che, nel caso in esame, del prospettato diritto all'assunzione in forza dello "scorrimento" della graduatoria, si asserisce l'esistenza in dipendenza della stessa decisione del Comune di utilizzare quella graduatoria e non in relazione alla negazione degli effetti del nuovo Piano di fabbisogno del personale ovvero del provvedimento con cui si è successivamente scelto di ricorrere ad altra procedura rispetto alla graduatoria della selezione pubblica espletata nel 2007;*

*11. va pertanto dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario, con conseguente cassazione della pronuncia declinatoria emessa dal Tribunale di S.M. Capua Vetere, davanti alla quale le parti vanno rimesse per la prosecuzione del giudizio;*

*12. non vi è luogo a pronuncia sulle spese, trattandosi di regolamento di giurisdizione sollevato d'ufficio, nel quale le parti non hanno svolto attività difensiva.*

*P.Q.M.*

*dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e cassa la sentenza declinatoria del Tribunale di S.M. Capua Vertere n. 327/2018 davanti al quale rimette le parti.*

*Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 23 novembre 2021.*

*Depositato in Cancelleria il 15 febbraio 2022*

*Omissis.*

### **1.1. Segue: Cons. Stato, sez. VII, 21 marzo 2022, n. 2046.**

Massima:

Spetta al giudice ordinario la giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto dei docenti della scuola all'inserimento in una graduatoria ove esso non presupponga una procedura selettiva o una valutazione degli aspiranti, ma soltanto il possesso di specifici titoli. In tal caso, infatti, la posizione soggettiva dell'aspirante non è qualificabile in termini di interesse legittimo, ma di diritto

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

soggettivo all'inserimento nella graduatoria, all'esito di una operazione di mera rilevazione avuto riguardo ai titoli posseduti e dichiarati dal candidato medesimo.

Si riporta di seguito la parte motivazionale:

*Omissis.*

*8.1. La Corte di Cassazione ha chiarito (cfr. sentenza delle Sezioni Unite n. 21198/2017) che "ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto dei docenti della scuola all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre avere riguardo al petitum sostanziale dedotto in giudizio. Se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto - di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una determinata graduatoria - l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo, essendo proposta in via diretta una domanda di annullamento di un atto amministrativo. Se, viceversa, la domanda rivolta al giudice è specificamente volta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario".*

*8.2. Come ha rilevato anche dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, le procedure relative alla formazione e all'aggiornamento delle graduatorie permanenti (GAE) del personale docente non sono procedure concorsuali, onde non può ritenersi la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, vertendosi in tema di atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato, ex art. 5, comma 2, del richiamato decreto legislativo, a fronte dei quali sussistono solo posizioni di diritto soggettivo, poiché le pretese consistono solo nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e, dunque, di gestione della graduatoria (Cons. Stato, A.P., 12 luglio 2011, n. 11).*

*Omissis.*

**1.2. Segue: Cass. civ., sez. un., 23 aprile 2020, n. 8098.**

Massima:

Ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto dei docenti della scuola pubblica all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre avere riguardo al petitum sostanziale dedotto in giudizio. Se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto - di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una determinata graduatoria - l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo, essendo proposta in via diretta una domanda di annullamento di un atto amministrativo. Se, viceversa, la domanda giudiziale è specificamente volta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, sull'assunto secondo cui tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 6 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

## **D. Normativa**

**1. Decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, (in Gazz. Uff., 9 giugno 2021, n. 136). - Decreto convertito, con modificazioni, in Legge 6 agosto 2021, n. 113. Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia. (DECRETO RECLUTAMENTO).**

### **Art. 1. Modalità speciali per il reclutamento del personale e il conferimento di incarichi professionali per l'attuazione del PNRR da parte delle amministrazioni pubbliche**

1. Al di fuori delle assunzioni di personale già espressamente previste nel Piano nazionale di ripresa e resilienza, di seguito «PNRR», presentato alla Commissione europea ai sensi degli articoli 18 e seguenti del regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, le amministrazioni titolari di interventi previsti nel PNRR possono porre a carico del PNRR esclusivamente le spese per il reclutamento di personale specificamente destinato a realizzare i progetti di cui hanno la diretta titolarità di attuazione, nei limiti degli importi che saranno previsti dalle corrispondenti voci di costo del quadro economico del progetto.

A tal fine, con circolare del Ministero dell'economia e delle finanze sono stabilite le modalità, le condizioni e i criteri in base ai quali le amministrazioni titolari dei singoli interventi possono imputare nel relativo quadro economico i costi per il predetto personale da rendicontare a carico del PNRR. Il predetto reclutamento è effettuato in deroga ai limiti di spesa di cui all'articolo 9, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 e alla dotazione organica delle amministrazioni interessate. L'ammissibilità di ulteriori spese di personale a carico del PNRR rispetto a quelle di cui al secondo periodo è oggetto di preventiva verifica da parte dell'Amministrazione centrale titolare dell'intervento di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, di concerto con il Dipartimento della ragioneria generale dello Stato - Servizio centrale per il PNRR del Ministero dell'economia e delle finanze. La medesima procedura si applica per le spese relative ai servizi di supporto e consulenza esterni. Per i reclutamenti di cui ai commi 4 e 5, ciascuna amministrazione, previa verifica di cui al presente comma, individua, in relazione ai progetti di competenza, il fabbisogno di personale necessario all'attuazione degli stessi. In caso di verifica negativa le Amministrazioni possono assumere il personale o conferire gli incarichi entro i limiti delle facoltà assunzionali verificate.

2. Al fine di accelerare le procedure per il reclutamento del personale a tempo determinato da impiegare per l'attuazione del PNRR, le amministrazioni di cui al comma 1 possono ricorrere alle modalità di selezione stabilite dal presente articolo. A tal fine, i contratti di lavoro a tempo determinato e i contratti di collaborazione di cui al presente articolo possono essere stipulati per un periodo complessivo anche superiore a trentasei mesi, ma non eccedente la durata di attuazione dei progetti di competenza delle singole amministrazioni e comunque non eccedente il 31 dicembre 2026. Tali contratti indicano, a pena di nullità, il progetto del PNRR al quale è riferita la prestazione lavorativa e possono essere rinnovati o prorogati, anche per una durata diversa da quella iniziale, per non più di una volta. Il mancato conseguimento dei traguardi e degli obiettivi, intermedi e finali, previsti dal progetto costituisce giusta causa di recesso dell'amministrazione dal contratto ai sensi dell'articolo 2119 del codice civile.

*Omissis.*

4. **Fermo restando quanto stabilito ai commi 1 e 2 per le finalità ivi previste, le amministrazioni, previa verifica di cui al comma 1, possono svolgere le procedure concorsuali relative al reclutamento di personale con contratto di lavoro a tempo determinato per l'attuazione dei progetti del PNRR mediante le modalità digitali, decentrate e semplificate di cui all'articolo 10 del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, prevedendo, oltre alla valutazione dei titoli ai sensi del citato articolo 10, lo svolgimento della sola prova scritta. Se due o più candidati ottengono pari punteggio, a conclusione delle operazioni di valutazione dei titoli e delle prove di esame, è preferito il candidato più giovane di età, ai sensi dell'articolo 3, comma 7, della legge 15 maggio 1997, n. 127. I bandi di concorso per il reclutamento**

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 7 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

del personale di cui al presente comma sono pubblicati come documenti in formato aperto ed organizzati in una base di dati ricercabile in ogni campo sul portale del reclutamento di cui all'articolo 3, comma 7, della legge 19 giugno 2019, n. 56.

*Omissis.*

**2. Decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, in Legge 28 maggio 2021, n. 76. Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici. (DECRETO COVID).**

*Omissis.*

**Art. 10. Misure per lo svolgimento delle procedure per i concorsi pubblici e per la durata dei corsi di formazione iniziale**

1. Al fine di ridurre i tempi di reclutamento del personale, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, prevedono, anche in deroga alla disciplina del decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 24 settembre 2004, n. 272, e della legge 19 giugno 2019, n. 56, le seguenti modalità semplificate di svolgimento delle prove, assicurandone comunque il profilo comparativo: <sup>(39)</sup>

a) nei concorsi per il reclutamento di personale non dirigenziale, l'espletamento di una sola prova scritta e di una prova orale;

b) l'utilizzo di strumenti informatici e digitali e, facoltativamente, lo svolgimento in videoconferenza della prova orale, garantendo comunque l'adozione di soluzioni tecniche che ne assicurino la pubblicità, l'identificazione dei partecipanti, la sicurezza delle comunicazioni e la loro tracciabilità, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali e nel limite delle pertinenti risorse disponibili a legislazione vigente;

c) per i profili qualificati dalle amministrazioni, in sede di bando, ad elevata specializzazione tecnica, una fase di valutazione dei titoli legalmente riconosciuti e strettamente correlati alla natura e alle caratteristiche delle posizioni bandite, ai fini dell'ammissione a successive fasi concorsuali; <sup>(40)</sup>

c-bis) conformemente a quanto disposto dall'articolo 3, comma 6, lettera b), numero 7), della legge 19 giugno 2019, n. 56, i titoli e l'eventuale esperienza professionale, inclusi i titoli di servizio, possono concorrere, in misura non superiore a un terzo, alla formazione del punteggio finale <sup>(41)</sup>.

*Omissis.*

**3. Decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80 (in Gazz. Uff., 9 giugno 2021, n. 136). - Decreto convertito, con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2021, n. 113 . Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia. (DECRETO RECLUTAMENTO).**

*Omissis.*

**Art. 3. Misure per la valorizzazione del personale e per il riconoscimento del merito**

1. All'articolo 52 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 , il comma 1-bis è sostituito dal seguente <sup>1</sup>:

«1-bis. I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, dei conservatori e degli istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. La contrattazione collettiva individua un'ulteriore area per l'inquadramento del personale di elevata qualificazione. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono, con modalità stabilite dalla contrattazione collettiva, in funzione delle capacità culturali e professionali e dell'esperienza maturata e secondo principi di selettività, in funzione della qualità dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Fatta salva una riserva di almeno

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 8 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*



il 50 per cento delle posizioni disponibili destinata all'accesso dall'esterno, **le progressioni fra le aree e, negli enti locali, anche fra qualifiche diverse, avvengono tramite procedura comparativa** basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli o competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso all'area dall'esterno, nonché sul numero e sulla tipologia de gli incarichi rivestiti. In sede di revisione degli ordinamenti professionali, i contratti collettivi nazionali di lavoro di comparto per il periodo 2019-2021 possono definire tabelle di corrispondenza tra vecchi e nuovi inquadramenti, ad esclusione dell'area di cui al secondo periodo, sulla base di requisiti di esperienza e professionalità maturate ed effettivamente utilizzate dall'amministrazione di appartenenza per almeno cinque anni, anche in deroga al possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso all'area dall'esterno. All'attuazione del presente comma si provvede nei limiti delle risorse destinate ad assunzioni di personale a tempo indeterminato disponibili a legislazione vigente.»<sup>2</sup>.

*Omissis.*

## Argomento 2

### **TRACCIA**

#### **Servizi pubblici: gestione delle infrastrutture e servizio di interesse economico generale.**

**Nota.** Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia. **Verrà poi distribuito lo schema insieme alla correzione del tema.**

#### **A.1. Rinvio al Manuale**

**1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 13, parr. 1-11, pagg. 879-914.**

#### **B. Giurisprudenza**

**1. Gestione delle reti, servizio di trasporto, settori speciali e appalto: Trib. amm. reg. Lazio, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 11522.**

*Omissis.*

**FATTO**

*Con bando, pubblicato sulla GUUE del 9.3.2018, Trenitalia ha indetto una gara a procedura negoziata, gestita con sistemi telematici, per l'affidamento del "Servizio di manutenzione e correttiva dei convogli ETR 500 della durata di 6 anni" per un importo complessivo pari ad € 132.034.228,00 di cui € 34.228,00 per costi della sicurezza da interferenze non soggetti a ribasso.*

*Il servizio consiste nella manutenzione preventiva e correttiva degli apparati/impianti installati su n. 59 convogli ETR, 500 di Trenitalia, nonché n. 2 convogli diagnostici ETR 500 di RFI e comprende gli interventi per il mantenimento/miglioramento del decoro interno ed esterno. Il servizio dovrà essere svolto prevalentemente presso gli Impianti di manutenzione IMC AV di Trenitalia, con presidi almeno presso le stazioni ferroviarie di Firenze Santa Maria Novella, Roma Termini, Torino Porta Nuova e Milano Centrale.*

*Il criterio di aggiudicazione della gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*

*Alla procedura, che è stata preceduta da una fase di prequalifica, hanno partecipato due operatori economici: Hitachi (società costruttrice dei treni oggetto di manutenzione e fornitore uscente del servizio manutentivo) in costituendo RTI con SITAV e CAF ITALIA s.r.l. (di seguito: CAF).*

*In data 25/07/2018 si è tenuta la prima seduta pubblica relativa all'apertura della "Busta A – Documentazione". All'esito dell'apertura delle buste amministrative, la Commissione di gara ha ammesso RTI Hitachi e CAF alle successive fasi di gara.*

*In data 31/07/2018 e 03/12/2018 si sono, rispettivamente, tenute le sedute pubbliche relative all'apertura della "Busta B – Offerta Tecnica" e della "BUSTA C – Offerta Economica", all'esito delle quali la Stazione Appaltante ha assegnato i relativi punteggi in applicazione delle formule stabilite dalla lettera d'invito, stilando la graduatoria, in cui al primo posto si è collocata la società CAF, con un punteggio pari a 76 davanti a RTI Hitachi con 49,62. In particolare, CAF ha conseguito il massimo punteggio (30) per l'offerta economica ed un punteggio analogo a quello della ricorrente per l'offerta tecnica (46 CAF; 46,26 Hitachi)*

*Con nota prot. TRNIT-DACQ\P\2018\0067175 del 17/12/2018, la Stazione Appaltante ha comunicato a Hitachi l'aggiudicazione della gara alla società CAF ITALIA S.r.l., avvenuta con delibera n. 200 del 13/12/2018.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 10 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

*Hitachi rappresenta di aver avuto un accesso solo parziale agli atti di gara, in quanto sono state escluse le parti dell'offerta tecnica per le quali l'aggiudicataria ha espresso diniego all'accesso per la presenza di brevetti, segreti industriali tecnici e/o commerciali (tra cui il "Progetto del Servizio"), senza tuttavia che risulti il possesso della relativa certificazione.*

*Avverso gli atti in epigrafe ha quindi proposto ricorso l'interessata, deducendo i seguenti motivi:*

*1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e dell'art 83, D.lgs. n.50/2016; Violazione del bando di gara al paragrafo "III.1.3) Capacità professionale e tecnica"; Violazione della lex specialis di gara; Violazione della COCS n. 30.5/DT del 15 luglio 2014 e s.m.i.. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Illogicità manifesta. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza, parità di trattamento.*

*La controinteressata CAF ha fatto ricorso all'avvalimento della casa madre spagnola Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. (anche CAF Spagna) solo per il requisito del fatturato specifico, ma non per i requisiti di cui alle lettere b), c) e d) del paragrafo III. 1.3 del bando di gara: sicché nessun rilievo assume l'eventualità che l'impresa avvalsa possa, in ipotesi, possedere tali requisiti, posto che di essi non è stato effettuato alcun "prestito" alla società ausiliata.*

*CAF, in particolare, non sarebbe in possesso dei requisiti di capacità professionale e tecnica di cui al paragrafo III. 1.3) lett. c) del bando di gara, tra cui quello "di essere in possesso di un Sistema di Gestione delle Competenze (SGC), conforme alla normativa nazionale applicabile (normativa ANSF e norme di legge) e alla COCS n. 30.5/DT del 15/07/2014 e s.m.i."*

*Tanto veniva richiesto anche nel Sub Allegato 1 della COCS n. 30.5/DT del 15/07/2014 (Allegato A.3 della Lettera di Invito), laddove il Par. 4.1 prescrive che per partecipare alla gara la ditta appaltatrice avrebbe dovuto fornire una dichiarazione, ai sensi del D.P.R. 445/2000, di possesso di un SGC, corrispondente a quanto richiesto dal predetto Sub Allegato. CAF ha dichiarato di possedere tale requisito.*

*Dal verbale dalla Commissione di gara, relativo alla seduta riservata in data 1/10/2018, emergerebbe, viceversa, la mancata esibizione da parte di CAF di elementi di riscontro, circa l'effettiva disponibilità delle risorse e del relativo sistema di competenze, come da dichiarazione contenuta nella busta amministrativa prodotta dalla società stessa, essendosi quest'ultima limitata ad affermare in maniera generica di ricorrere ad un programma graduale di assunzione, senza evidenziarne le tempistiche, in modo tale da garantire la piena disponibilità delle risorse per l'esecuzione del servizio.*

*Né CAF avrebbe dichiarato di possedere un sistema di gestione certificato, rispetto al contesto operativo oggetto del CTO di gara, risultando tale sistema solo predisposto. L'aggiudicataria, quindi, sarebbe sprovvista del requisito in questione e avrebbe rilasciato una falsa dichiarazione in sede di prequalifica.*

*L'aggiudicataria, inoltre, sarebbe priva del requisito previsto dalla lett. d) del paragrafo III. 1.3) del Bando, circa la disponibilità di un idoneo numero di Manutentori abilitati ad operare su tutti gli organi di sicurezza, ai sensi del Decreto ANSF 4/2012 del 9 agosto 2012 e s.m.i., recante "Norme ANSF per la qualificazione del personale impiegato in attività di sicurezza della circolazione ferroviaria".*

*La Commissione di gara, inoltre, avrebbe rilevato la mancata indicazione nell'offerta tecnica della disponibilità in organico di personale, dotato delle necessarie abilitazioni/competenze per l'esecuzione delle attività manutentive.*

*CAF, infatti, avrebbe dimensionato il personale da utilizzare nell'esecuzione dell'appalto sulla base delle risorse attuali utilizzate da altra società, impedendo alla Commissione di rilevare le modalità con cui la società intenderebbe eseguire il servizio di manutenzione, non essendo stata dimostrata la possibilità di eseguire l'appalto con un idoneo numero di Manutentori, abilitati ad operare su tutti gli apparati di sicurezza, ai sensi del citato Decreto ANSF 4/2012 del 9 agosto 2012.*

*CAF, inoltre, disporrebbe di risorse prive del requisito di abilitazione appropriato, nel contesto operativo di cui trattasi.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 11 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

*Nella dichiarazione rilasciata con nota prot. 0145 del 23/07/2018, successiva a quella del 16/04/2018, formulata in fase di prequalifica, CAF ha affermato “che rispetterà comunque tutte le prescrizioni previste dalle Norme ISO 9001:2015...”.*

*Ciò non dimostra che l’aggiudicataria fosse anche provvista - al momento della partecipazione (vale a dire in fase di prequalifica) - del requisito previsto dalla lett. b) del paragrafo III.1.3) del Bando di gara.*

*2) Violazione dell’art. 83 d.lgs. n. 50/2016. Violazione del par. III lett. d) della Lettera di invito. Offerta tecnica generica e inammissibile.*

*Il Progetto del Servizio, costituente parte necessaria e qualificante della offerta tecnica della controinteressata CAF, allo stato ancora non noto alla ricorrente, sarebbe stato giudicato del tutto generico ed inattendibile dalla stessa Commissione di gara.*

*Detta offerta sarebbe infatti irrazionale e contraddittoria, in quanto CAF, nello sviluppo del progetto, farebbe riferimento alla possibilità di ricorrere per alcune attività al subappalto, diversamente da quanto dichiarato nella documentazione di gara. La stessa risulterebbe anche approssimativa nella parte concernente l’organizzazione del personale, per quanto riguarda la consistenza delle squadre di manutenzione preventiva da utilizzare negli impianti di Napoli e Milano, in quanto rinviata ad un allegato (n. “4”), non presente nella relazione allegata all’offerta stessa.*

*Quest’ultima sarebbe altresì inadeguata a raggiungere il livello minimo di servizio richiesto, laddove, per ammissione della Commissione il dimensionamento delle squadre di correttiva non risulterebbe “pienamente esaustivo ai fini dell’esecuzione delle attività manutentive”.*

*Nel caso di specie, all’esito della valutazione, la Commissione ha assegnato un punteggio pari a 2 sui 20 disponibili per tale elemento dell’offerta tecnica.*

*La stazione appaltante, invece, avrebbe dovuto escludere CAF dalla gara, in base al par. III lett. d) della RdO, risultando l’offerta incompleta;*

*3) Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Illogicità manifesta. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza, parità di trattamento. Violazione dell’art. 95 d.lgs. n. 50/2016. A fronte dei giudizi della commissione sugli otto punti critici evidenziati nel verbale 1.10.2018, il giudizio tecnico finale della procedura, che evidenzia una differenza di soli 0,26 punti tra Hitachi e CAF, nonostante il Progetto del Servizio della prima fosse pienamente coerente al CTO ed agli atti di gara, sarebbe inattendibile.*

*Il punteggio ottenuto da CAF, paragonabile a quello della ricorrente, sarebbe frutto del ribasso di valori tecnici, ovvero delle formule di attribuzione del punteggio tecnico, premianti per il concorrente, che dichiara i ribassi maggiori sul piano delle specifiche, applicando i massimi punteggi previsti da Trenitalia nei suoi atti di gara.*

*In particolare, l’esito del giudizio tecnico e della procedura discenderebbe dall’attribuzione all’offerta tecnica di CAF dei punteggi massimi relativi ai “PARAMETRI RELATIVI ALL’ESERCIZIO” (14 punti) e ai “PARAMETRI DI AFFIDABILITÀ DEGLI APPARATI” (18 punti) La Commissione, tuttavia, avrebbe attribuito illogicamente il massimo punteggio ai predetti sottoparametri, dal momento che – contestualmente – il progetto complessivo veniva ritenuto incompleto e, pertanto, difficilmente valutabile anche sotto il profilo della sicurezza.*

*I punteggi in questione, pertanto, dovrebbero essere decurtati, in modo tale da consentire alla ricorrente di recuperare il divario registrato rispetto all’offerta economica, ottenendo così l’aggiudicazione, ferma restando l’ulteriore possibilità di estromettere CAF dalla gara, per le ragioni descritte.*

*Trenitalia S.p.a. e CAF Italia S.r.l. si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso: la prima, eccependo in via pregiudiziale anche il difetto di giurisdizione di questo Tribunale ed entrambe sollevando eccezione di irricevibilità del primo motivo di gravame (concernente la necessaria esclusione dalla gara della controinteressata), nonché sostenendo l’infondatezza nel merito dell’intera impugnativa.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 12 perché coperti dal diritto d’autore.*

*Giappichelli Formazione*

*Le parti hanno quindi depositato memorie, insistendo nelle rispettive tesi e, nell'udienza del 3 luglio 2019, dopo ampia discussione il ricorso è stato trattenuto in decisione.*

#### **DIRITTO**

**1. In via prioritaria, occorre esaminare l'eccezione di Trenitalia, secondo cui la controversia in esame non rientrerebbe nell'ambito della Giurisdizione Amministrativa.**

*Trenitalia, affermando di essere un'impresa pubblica, sostiene infatti che la procedura di aggiudicazione, oggetto di giudizio, non rientrerebbe nell'ambito dei settori speciali e che la stessa sarebbe, pertanto, sottratta alla giurisdizione di questo Tribunale, secondo l'indirizzo interpretativo contenuto nella nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2011.*

*In particolare, la stazione appaltante asserisce che non troverebbe applicazione al caso di specie l'art. 118 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), in primo luogo perché, sotto il profilo soggettivo, Trenitalia non sarebbe compresa nel novero dei gestori dell'infrastruttura ferroviaria, contemplati dalla citata norma.*

*In secondo luogo viene rilevata, sul piano oggettivo, l'estraneità dell'attività oggetto di gara (manutenzione dei convogli, addetti al trasporto ad alta velocità) al predetto sistema di gestione della rete (affidato a Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a.), in quanto non vi sarebbe "gestione di rete", intesa sia come infrastruttura fisica, sia come complesso di prescrizioni operative, stabilite da autorità pubbliche; il servizio di trasporto ferroviario ad alta velocità, inoltre, sarebbe liberalizzato e rappresenterebbe un mercato a sé stante, estraneo quindi all'ambito di applicabilità del secondo comma dell'art. 118 del d.lgs. 50/2016.*

**2. L'eccezione non può essere condivisa.**

*La controversia in esame riguarda l'affidamento di un servizio di manutenzione di treni destinati al trasporto ferroviario ad alta velocità, da considerare servizio pubblico di trasporto ferroviario, in quanto istituito per assicurare la mobilità dei cittadini sul territorio, in corrispondenza di interessi tutelati a livello nazionale e comunitario (articolo 16 della Costituzione e, da ultimo, direttiva 2014/25/UE). Appare ancora condivisibile, in particolare, il consolidato indirizzo, secondo cui la società Ferrovie dello Stato italiane s.p.a., succeduta all'Ente Ferrovie dello Stato, ha acquisito la qualità di concessionario ex lege del servizio ferroviario, costituente servizio pubblico essenziale di interesse nazionale e riferibile allo Stato, con capitale sociale detenuto al 100% dal Ministero dell'Economia e qualificazione della società stessa come organismo di diritto pubblico (cfr. in tal senso Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2004 e giurisprudenza ivi citata). Quanto a Trenitalia – pure costituita in società per azioni, inserita nella holding di Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. e da quest'ultima interamente controllata – la natura giuridica della stessa quale organismo di diritto pubblico o di impresa pubblica non può che ricondursi, prioritariamente, alle finalità perseguite dal nuovo soggetto, richiedendosi che lo stesso – per concretizzare i requisiti, di cui all'art. 3, comma 1, lettera d del d.lgs. n. 50 del 2016 – sia stato istituito per "soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale". La qualificazione giuridica in questione, d'altra parte, non sarebbe priva di conseguenze pratiche, essendo il predetto organismo – definito quale "amministrazione aggiudicatrice" – sempre tenuto a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica, in base alla parte prima o seconda del codice, ovvero seguendo le regole dei settori ordinari per i contratti estranei ai settori speciali (cfr. in tal senso Corte di Giustizia, sez. IV, causa C-393/06, ing. Aigner sentenza 10 aprile 2008, nonché art. 133, comma 1, lettera e, punto 1, del d.lgs. n. 104 del 2010 – cod. proc. amm.).*

*Tenuto conto dell'obbligatoria separazione (più avanti meglio specificata) fra gestione dell'infrastruttura e servizio di trasporto tramite vettori, l'affidamento di quest'ultimo a Trenitalia, quale sostanziale emanazione della società Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. (di seguito: F.S.), rende in effetti difficilmente ipotizzabile la sottrazione del medesimo alle finalità istitutive prioritarie – di carattere non industriale o commerciale – di mobilità da assicurare ai cittadini (anche su tratte che, ipoteticamente, il privato imprenditore o l'impresa pubblica potrebbero ritenere non percorribili, poiché non abbastanza remunerative). Sembra preferibile, pertanto, una*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 13 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

valutazione che accomuni Trenitalia alla natura giuridica di F.S., quale ente geneticamente preposto ad un servizio pubblico essenziale di trasporto.

Ad avviso del Collegio, in ogni caso, la qualificazione giuridica di Trenitalia può ritenersi recessiva, tenuto conto dell'ampia nozione di "enti aggiudicatori", quale emerge dal combinato disposto degli artt. 3, comma 1, lett e) e 114, comma 2, del d.lgs. 50/2016, con riferimento ai cosiddetti "settori speciali", nell'ambito dei quali sono vincolati alle procedure concorsuali, disciplinate dal codice degli appalti, sia le **amministrazioni aggiudicatrici che le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di un diritto di esclusiva: in ogni caso, pertanto, non potrebbe escludersi la giurisdizione di questo Tribunale, ove il contratto, da concludere nel caso di specie, fosse ritenuto attinente al settore, disciplinato nell'art. 118 del medesimo d.lgs. n. 50 (codice dei contratti pubblici).**

Tale attinenza appare in effetti ravvisabile.

Per giurisprudenza ormai consolidata, infatti, sussiste l'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica al ricorrere dei seguenti concorrenti presupposti: a) quando la procedura contrattuale debba essere avviata da **"enti aggiudicatori", come sopra specificati**; b) quando oggetto dell'affidamento siano attività **strumentali a quella svolta nei settori speciali** (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 gennaio 2018, n. 590, che richiama la nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 1 agosto 2011).

Ciò posto, è opportuno richiamare l'art. 118 del citato codice, il quale dispone quanto segue:

**"1. Ferme restando le esclusioni di cui all'articolo 17, comma 1, lettera i), le disposizioni del presente capo si applicano alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo.**

**2. Nei servizi di trasporto, si considera che una rete esiste se il servizio viene fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, quali quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio".**

L'interpretazione della suddetta norma, alla luce delle modalità di formazione della holding di cui trattasi, esclude la **rappresentata possibilità che i vettori, ossia i gestori dei convogli addetti al trasporto, siano esclusi dall'ambito della relativa applicazione.**

**La società F.S. S.p.a., nel separare i propri rami d'azienda, attribuendo distinte funzioni a Società controllate, esclusivamente competenti per singoli settori, ha esercitato la facoltà di cui all'art. 2, c. 1, lett. c) del d.P.R. 8 luglio 1998, n. 277, che consente di costituire imprese separate per la gestione della rete ferroviaria e per l'esercizio dell'attività di trasporto a mezzo ferrovia, peraltro in attuazione della direttiva CEE n. 440 del 1991.**

Quanto sopra in coerenza con quanto stabilito dal successivo art. 4, commi 1 e 3, in virtù dei quali il **gestore dell'infrastruttura ferroviaria**, soggetto autonomo ed indipendente rispetto alle imprese operanti nel settore dei trasporti, **qualora sia titolare anche di un'impresa ferroviaria**, deve svolgerne l'attività attraverso una struttura aziendale autonoma e distinta, almeno sotto il profilo contabile, rispetto a quelle destinate alle attività, espletate in qualità di vettore o d'impresa di servizi.

2.2. Il riparto delle competenze discende, inoltre, dalla definizione di infrastruttura ferroviaria delineata dall'**art. 3, lett. c) del medesimo d.P.R. 277/1998 e ribadita dall'art. 2, lett. c) del d.P.R. 16 marzo 1999, n. 146**, secondo i quali, per i complessi immobiliari, rilevano e sono parti integranti dell'infrastruttura ferroviaria solo le porzioni direttamente inerenti alla circolazione dei treni ed alla gestione e manutenzione della rete ferroviaria.

3. Ciò premesso e venendo alla vicenda in esame, essa ha ad **oggetto la manutenzione di treni ad alta velocità, che è strettamente connessa e strumentale alla gestione del servizio pubblico di trasporto che si svolge nel settore ferroviario.**

Contrariamente a quanto affermato da Trenitalia, infatti, deve ritenersi che nel caso di specie sussistano tutti i presupposti descritti dalla norma per affermare l'esistenza di una rete, tenuto conto degli importanti compiti che il d.lgs. 112/15 (cfr. in particolare l'art. 3, comma 1, lett. b septies, nonché articoli 22, 24 e 26) **attribuisce al gestore dell'infrastruttura (quale è Rete Ferroviaria**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 14 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

**Italiana RFI) in relazione alla individuazione (a titolo esemplificativo) delle tratte, degli orari, della frequenza e della capacità di trasporto.**

*E' pur vero che, come afferma Trenitalia, essa si occupa dell'attività di trasporto passeggeri ed è soggetto diverso da quello preposto alla gestione/messa a disposizione della rete ferroviaria (anche in virtù del già ricordato divieto, ricavabile dall'art 2, co 1, lett. A) del d.lgs. n. 112/2015, che stabilisce il principio dell'autonomia e separazione tra gestori dell'infrastruttura e soggetti preposti all'esercizio dell'attività di trasporto a mezzo ferrovia); non è tuttavia possibile escludere che (anche) Trenitalia partecipi alle attività "relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario".*

*L'opzione interpretativa della stazione appaltante muove, invero, da una lettura parziale, riferita al solo primo comma dell'art. 118, laddove per l'individuazione del settore speciale in questione occorre necessariamente fare riferimento al contenuto del secondo comma della norma, già sopra riportato.*

*Per l'individuazione di una rete di trasporto ferroviaria, che rientri nei settori speciali, occorre quindi non solo considerare l'aspetto inerente le "attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario...", ma anche verificare se "il servizio viene fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche": circostanza, quest'ultima, di certo sussistente nel caso di specie, se si tiene conto non solo degli importanti poteri di regolazione attribuiti dal citato d.lgs. 115/12 all'Autorità di settore (l'Autorità di Regolazione dei Trasporti), ma anche del carattere complementare dell'attività, svolta dal vettore in questione, rispetto a quella del gestore dell'infrastruttura (di cui costituisce emanazione), per la stessa delimitazione del servizio pubblico ferroviario, che lo Stato intende mettere a disposizione dei cittadini.*

*3.1. Ne consegue che l'attività di trasporto ad alta velocità, ancorché liberalizzata, non esula dal concetto di "rete", come puntualizzato dal secondo comma del citato art. 118 del d.lgs. 50/2016, che ricomprende nel servizio pubblico di trasporto non solo l'infrastruttura fisica, ma – come già precisato nel primo comma – anche i vettori, purchè inseriti in un progetto operativo, nell'ambito del quale l'autorità pubblica disciplina termini e modalità del servizio stesso, nella misura in cui ritenga di poterlo rendere accessibile alla cittadinanza..*

*4. Le suddette considerazioni trovano conferma in una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'unione Europea: sentenza 2019, C – 388/17 – Konkurrensverket contro SJ AB, in cui viene stabilito quanto segue:*

*- 1) l'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 (corrispondente all'attuale direttiva 2014/25/UE), che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che esiste una rete di servizi di trasporto ferroviario, ai sensi di tale disposizione, quando servizi di trasporto vengono messi a disposizione, in conformità ad una normativa nazionale che recepisce la direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, istitutiva di uno spazio ferroviario europeo unico, su un'infrastruttura ferroviaria gestita da un'autorità nazionale che assegna le capacità di tale infrastruttura, anche se quest'ultima è tenuta a soddisfare le richieste delle imprese ferroviarie fino al raggiungimento dei limiti di dette capacità.*

*- 2) l'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2004/17 deve essere interpretato nel senso che l'attività svolta da un'impresa ferroviaria, consistente nel fornire servizi di trasporto al pubblico esercitando un diritto di utilizzo della rete ferroviaria, costituisce una «gestione di reti» ai fini di tale direttiva.*

*4.1. La suddetta pronuncia aveva ad oggetto una gara d'appalto in cui la SJ - società per azioni interamente detenuta dallo Stato svedese, che esercita un'attività di trasporto ferroviario - nel mese di gennaio 2012 aveva stipulato due contratti, per un importo rispettivo di 56 e 60 milioni di corone svedesi (SEK) (circa € 5.502.306,00 e € 5.895.328,00), mediante i quali aveva attribuito gli appalti*  
*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 15 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

di servizi di pulizia dei treni da essa gestiti, senza aver indetto alcuna procedura di gara ai fini dell'aggiudicazione degli appalti stessi.

In tale occasione il giudice del rinvio svedese aveva chiesto all'organo di giustizia europeo, in primo luogo, se l'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2004/17 dovesse essere interpretato nel senso che esiste una rete di servizi di trasporto ferroviario, ai sensi di tale disposizione, nel caso in cui taluni servizi di trasporto vengano messi a disposizione, in conformità ad una normativa nazionale che recepisce la direttiva 2012/34, su un'infrastruttura ferroviaria gestita da un'autorità nazionale che assegna le capacità dell'infrastruttura stessa, essendo tenuta a soddisfare le richieste delle imprese ferroviarie fino al raggiungimento dei limiti di dette capacità.

A tale quesito, la Corte ha risposto, osservando ai paragrafi 41-44, che: “41 in simili circostanze, pur ammettendo che l'impresa ferroviaria gode di una certa libertà nel determinare le condizioni di esercizio della propria attività di trasporto, si deve ritenere – tenuto conto degli obblighi e delle limitazioni, considerati nel loro insieme, che gravano sulla stessa, in particolare dell'obbligo di ottenere tracce ferroviarie e di rispettare i relativi requisiti – che le condizioni in cui essa fornisce il servizio di trasporto siano stabilite da un'autorità competente di uno Stato membro, nella fattispecie l'amministrazione dei trasporti nel procedimento principale, che opera in veste di gestore dell'infrastruttura.

42 Tale giudizio è inoltre avvalorato dall'analisi della genesi dell'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2004/17.

43 Infatti, come precisato dalla Commissione europea, l'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1990, L 297, pag. 1), che riprende in sostanza l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2004/17, è stato introdotto al fine di assoggettare l'aggiudicazione di appalti nel settore dei servizi di trasporto mediante autobus alle disposizioni della direttiva 90/531 e ha consentito di precisare che una rete di trasporti esiste non solo se è costituita da un'infrastruttura fisica, come le ferrovie, ma anche da un sistema coordinato di linee a condizioni determinate, come nell'ambito del trasporto mediante autobus. Per contro, il legislatore dell'Unione non ha inteso limitare, mediante tale disposizione, l'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel settore dei trasporti effettuati su una rete fisica.

44 Si deve pertanto rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 5, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2004/17 deve essere interpretato nel senso che esiste una rete di servizi di trasporto ferroviario, ai sensi di tale disposizione, quando servizi di trasporto vengono messi a disposizione, in conformità ad una normativa nazionale che recepisce la direttiva 2012/34, su un'infrastruttura ferroviaria gestita da un'autorità nazionale che assegna le capacità di tale infrastruttura, anche se quest'ultima è tenuta a soddisfare le richieste delle imprese ferroviarie fino al raggiungimento dei limiti di dette capacità”.

4.2. Con la seconda questione, il giudice del rinvio svedese aveva chiesto, inoltre, se l'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2004/17 **dovesse essere interpretato nel senso che l'attività svolta da un'impresa ferroviaria, consistente nel fornire servizi di trasporto al pubblico utilizzando la rete ferroviaria, costituisca una «messa a disposizione» o una «gestione di reti» ai sensi della direttiva citata.**

La Corte in proposito ha osservato che, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2004/17, questa si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

Ha poi rilevato che “47 Tale disposizione ha pertanto ad oggetto due tipi di attività, vale a dire la messa a disposizione di reti, per un verso, e la gestione di reti, per altro verso”. A tale proposito, il termine «gestione» deve essere inteso, conformemente al suo senso abituale, come riferito all'utilizzo

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 16 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione



*di un oggetto o all'esercizio di un diritto per trarne un reddito. In tal senso, la gestione di reti da parte di un'impresa ferroviaria consiste nell'esercizio da parte della medesima del diritto di utilizzare l'infrastruttura ferroviaria per trarne redditi".*

*Conclude poi l'organo di giustizia europeo che ...alla luce di quanto precede, si deve dichiarare che l'attività relativa alla «gestione di reti» si riferisce all'esercizio del diritto di utilizzo della rete ferroviaria per la fornitura dei servizi di trasporto, mentre l'attività relativa alla «messa a disposizione di reti» si riferisce all'amministrazione della rete.*

*54 In considerazione di quanto sin qui esposto, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2004/17 deve essere interpretato nel senso che l'attività svolta da un'impresa ferroviaria, consistente nel fornire servizi di trasporto al pubblico esercitando un diritto di utilizzo della rete ferroviaria, costituisce una «gestione di reti» ai fini di tale direttiva".*

*5. La menzionata pronuncia della corte di Giustizia relativa alla corretta interpretazione della "gestione delle reti", che ricomprende qualsiasi attività svolta da un'impresa ferroviaria, consistente nel fornire servizi di trasporto al pubblico esercitando un diritto di utilizzo della rete ferroviaria è del tutto pertinente alla vicenda in esame, che concerne un servizio di manutenzione strumentale all'esercizio di un servizio di trasporto pubblico, e conferma, quindi, quanto sopra argomentato in ordine alla giurisdizione di questo Tribunale. E' anche opportuno segnalare, a quest'ultimo riguardo, come la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia recepisca un concetto di "strumentalità", rispetto alle attività proprie dei settori speciali, anche più sfumato rispetto a quello, che sembra emergere dalle conclusioni della citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2011, ritenendosi sufficiente, per l'applicabilità della normativa di settore, un semplice "nesso" dell'appalto da aggiudicare con l'attività, strettamente riconducibile ai settori speciali (cfr. Corte di Giustizia, causa C-152/17 – Consorzio Italian Management – punto n. 26; concetto, comunque, già delineato nella richiamata pronuncia della medesima Corte sulla causa C-393/06, Aigner).*

*Sussistono pertanto sufficienti elementi per ritenere – tenuto conto dei principi, chiariti anche dalla giurisprudenza comunitaria – che la procedura contrattuale, avviata nel caso di specie, fosse doverosa in base alla disciplina dettata per i settori speciali (e non, quindi, disposta per mero autovincolo), con conseguente sussistenza, al riguardo, della giurisdizione di questo Tribunale.*

*6. Sempre in via preliminare, occorre poi soffermarsi sulla eccezione di irricevibilità del primo motivo, sollevata dalla difesa di Trenitalia S.p.a. e CAF Italia S.r.l., le quali sostengono che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare l'ammissione di CAF sin dalla pubblicazione dell'elenco degli ammessi alla gara, in applicazione del rito accelerato di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. allora vigente.*

*La tesi non convince.*

*A tal riguardo si osserva che secondo l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., applicabile ratione temporis alla vicenda in esame, "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale".*

*L'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 (vigente alla data di svolgimento della gara), a sua volta, prevedeva che "Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni.... devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 17 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. ...”.

Dal combinato disposto delle due norme risulta, quindi, che il dies a quo per impugnare il provvedimento di ammissione o esclusione, dando ingresso al giudizio previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., decorre dalla pubblicazione dello stesso sul sito della stazione appaltante.

A ciò, tuttavia, deve aggiungersi che la specialità della disciplina e l'introduzione, ad opera di essa, di un'ipotesi di decadenza ne impongono una interpretazione non estensiva, circoscrivendone l'applicabilità, come dalla stessa espressamente previsto, ai fini della decorrenza del termine, all'emissione e pubblicazione di un provvedimento contenente le ammissioni ed esclusioni dalla gara, che consenta comunque di ricavare il contenuto essenziale delle determinazioni di ammissione.

In questo senso si è orientata, infatti, la Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, con ordinanza 14 febbraio 2019, C- 54/18, chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale dal T.a.r. per il Piemonte, sez. I, con l'ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88, che ha ritenuto non in contrasto con il diritto europeo la disciplina processuale interna che impone la immediata impugnazione, entro un termine decadenziale, delle ammissioni ed esclusioni dalle procedure di gara, a condizione però che tali provvedimenti siano conosciuti o conoscibili dagli interessati, così che gli stessi possano apprezzarne gli eventuali profili di illegittimità, anche rispetto al diritto europeo.

La Corte di Giustizia nella predetta decisione afferma in modo assai chiaro che il termine di 30 giorni di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. si applica “a condizione che i provvedimenti (di ammissione) siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata”.

Il particolare rito accelerato, di cui alla norma in esame, si applica dunque “solo a condizione che essi (gli interessati) siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata”.

6.1. Ciò premesso merita di essere condiviso al riguardo l'assunto di Hitachi, secondo cui la stessa è stata messa in grado di prendere contezza del vizio, solo dopo aver avuto accesso al verbale della seduta riservata del giorno 1.10.2018.

Infatti è verosimile che Hitachi abbia potuto verificare l'assenza del requisito, riguardante la disponibilità di manutentori abilitati da parte di CAF, solo dopo aver preso visione del predetto verbale, in quanto ciò che era fino a quel momento disponibile era la mera dichiarazione di CAF in ordine alla disponibilità dei manutentori (disponibilità, invece, insussistente, alla stregua di quanto si osserverà più dettagliatamente nel prosieguo).

Per tale ragione non può valere, ai fini della decorrenza del termine decadenziale per proporre ricorso, la pubblicazione sul sito dell'avviso della stazione appaltante (doc. 23 Trenitalia), che si limita ad indicare le due imprese ammesse.

6.2. In tal senso non può quindi che farsi riferimento all'art. 29, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 (come modificato dall'art. 19, comma 1, del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), il quale stabilisce che “Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione...”, vale a dire, nella specie, dall'esibizione del verbale di ammissione, comprensivo dei documenti amministrativi e non del mero elenco degli ammessi.

Di conseguenza il motivo deve ritenersi tempestivo, anche con riferimento alle questioni relative all'illegittima ammissione della controinteressata.

7. Venendo all'esame del merito deve essere condiviso il primo motivo, con il quale Hitachi deduce la mancanza da parte della controinteressata del requisito della capacità professionale e tecnica, tra

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 18 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

cui quello “di essere in possesso di un Sistema di Gestione delle Competenze (SGC) conforme alla normativa nazionale in vigore applicabile (normativa ANSF e norme di legge) e alla COCS n. 30.5/DT del 15/07/2014 e s.m.i.”, richiesto dal bando di gara e dal Sub Allegato 1 della COCS n. 30.5/DT del 15/07/2014 (Allegato A.3 della Lettera di Invito), il cui Par. 4.1 prescrive che per partecipare alla gara la ditta appaltatrice avrebbe dovuto fornire una dichiarazione ai sensi del d.P.R. 445/2000 di possesso di un SGC rispondente ai suddetti requisiti del Sub Allegato.

In proposito, CAF in sede di offerta tecnica ha dichiarato di aver predisposto un sistema di gestione certificato rispetto al contesto operativo oggetto del CTO; tale sistema presentava però evidenti lacune, come si desume dal verbale della stessa commissione di gara del 1.10.2018.

Infatti a pag. 5 punto 7 del predetto verbale, il seggio di gara – soffermandosi sulla offerta tecnica di CAF – ha osservato quanto segue in merito al sistema di Gestione delle Competenze ed alle abilitazioni in possesso del personale:

“- in conformità alle linee guida ANSF ... ed alla COCS 30/DT r.v. rispetto al contesto operativo oggetto del CTO di gara, CAF non fornisce alcuna evidenza della disponibilità delle risorse e del relativo sistema di competenze come dalla stessa società dichiarato nella busta amministrativa;

- CAF dichiara in maniera generica di ricorrere ad un programma graduale di assunzione, senza evidenziarne le tempistiche, tali da garantire la piena disponibilità delle risorse per l'esecuzione del servizio;

- in riferimento al sistema di Gestione delle Competenze per la manutenzione degli Organi di Sicurezza, in ottemperanza ai requisiti della norma COCS 30/DT r.v. e del decreto ANSF di riferimento, CAF non dichiara di possedere ma solo di aver predisposto un sistema di gestione certificato rispetto al contesto operativo oggetto del CTO di gara;

- CAF nello sviluppo del progetto fa riferimento alla possibilità di ricorrere per alcune attività al subappalto, diversamente da quanto dichiarato nella documentazione amministrativa nella quale ha escluso il ricorso al subappalto”.

7.1. Le perplessità espresse dall'organo collegiale - in modo esteso e circostanziato - evidenziano la fondatezza dei rilievi di Hitachi sulle gravi carenze del progetto di servizio.

7.2. Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione alla disponibilità dei manutentori. La lett. d) del paragrafo III. 1.3) del Bando prescrive in modo inequivocabile che i partecipanti dovessero avere la disponibilità e che utilizzassero nell'esecuzione dell'appalto “un idoneo numero di Manutentori, abilitati ad operare su tutti gli organi di sicurezza”, ai sensi del decreto ANSF 4/2012 del 9 agosto 2012 e s.m.i., recante “Norme ANSF per la qualificazione del personale impiegato in attività di sicurezza della circolazione ferroviaria”.

Tuttavia, sulla base di quanto rilevato dalla stessa commissione di gara, l'offerta tecnica non indica il personale, dotato delle competenze necessarie per eseguire la manutenzione richiesta.

7.3. Secondo un criterio di interpretazione letterale della legge di gara il requisito doveva essere posseduto alla data di presentazione della domanda e non della esecuzione del contratto, né del resto dalla medesima domanda è possibile ricavare – mediante rinvii o altre indicazioni – la specifica quantità di personale e le abilitazioni dallo stesso possedute nella misura necessaria per eseguire il servizio, che non potrebbe essere limitato alle otto figure professionali indicate, tenuto conto del fatto che, nello svolgimento del servizio attuale, secondo quanto riferito da Hitachi sono impiegati circa 300 dipendenti.

7.4. In senso contrario non vale il riferimento delle resistenti alla risposta al quesito formulato, se la locuzione di cui alla richiamata lett. d) del paragrafo III. 1.3) del Bando “implica che l'operatore economico abbia già, alla pubblicazione del presente bando all'interno del suo organigramma/organico tale personale oppure che l'operatore economico si impegni ad avere la disponibilità del personale all'interno del suo organigramma/organico al momento dell'esecuzione dell'appalto” (quesito n 7). In proposito la stazione appaltante ha affermato che, seppure le necessarie abilitazioni debbano essere possedute sin dal momento della presentazione della domanda

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 19 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*di partecipazione, il numero di manutentori abilitati “dovrà essere idoneo... nell’esecuzione dell’appalto”.*

*Ove interpretata nel senso proposto da Trenitalia e da CAF tale risposta avrebbe comportato una significativa e non consentita modifica della legge di gara, il cui contenuto - sotto tale profilo - era piuttosto netto nel richiamare la disponibilità del personale già alla fase di presentazione delle offerte.*

*Peraltro, da tale risposta non è possibile ricavare alcuna chiara conferma, circa la possibilità per le imprese di ottenere la disponibilità del personale necessario dopo la data di presentazione dell’offerta.*

*7.2. Non può non essere considerato, inoltre, che la stessa Commissione aveva manifestato dubbi sul possesso del requisito di cui trattasi (oggetto di mera dichiarazione) già in sede di esame del Progetto Tecnico di CAF.*

*Nel citato verbale del 1.10.2018, infatti, si dà atto che nell’offerta di CAF non è possibile rinvenire una specifica del personale in questione (cfr. punti 5 e 7 del verbale in questione).*

*Il verbale, dunque, conferma la carenza di un requisito che era stato dichiarato da CAF, ma sul quale non era stata svolta alcuna verifica da parte della stazione appaltante.*

*8. Né può assumere alcun rilievo in proposito l’eventuale ricorso alla clausola sociale, che svolge solo una funzione protettiva dei lavoratori ed opera nel caso in cui il fornitore uscente non sia in grado di mantenerne l’occupazione dei propri dipendenti, addetti al previo svolgimento del servizio. La clausola sociale, invero, non attribuisce al nuovo aggiudicatario il diritto a subentrare nell’organizzazione aziendale del precedente gestore del servizio; per cui non può valere a integrare l’obbligo previsto dalla legge di gara di indicare il personale di cui si dispone per eseguire il servizio. Le generiche indicazioni di CAF, che riferisce la quantità del personale da utilizzare nell’esecuzione dell’appalto in relazione alle risorse allo stato utilizzate dal precedente fornitore del servizio, non possono quindi essere ritenute conformi alle prescrizioni della legge di gara. Tali dichiarazioni, per la loro genericità, impediscono inoltre di verificare anche il possesso dei requisiti previsti dal Decreto ANSF 4/2012 del 9 agosto 2012 e s.m.i., recante “Norme ANSF per la qualificazione del personale impiegato in attività di sicurezza della circolazione ferroviaria”, come prescritto dal bando.*

*9. Non meritano, invece, adesione le censure inerenti il possesso della certificazione di conformità del proprio sistema Qualità alle norme UNI EN ISO 9001:2015, in corso di validità, rilasciata da un organismo debitamente accreditato, alla stregua di quanto depositato da Trenitalia (cfr. doc. 24).*

*10. Con il secondo motivo si contesta la idoneità del Progetto del Servizio indicato nella offerta tecnica della controinteressata alla stregua di quanto previsto nella legge di gara.*

*La tesi merita adesione, il progetto infatti è ritenuto del tutto generico ed inattendibile dalla stessa commissione di gara, che ha rilevato quanto segue:*

*“1) La relazione presentata da CAF non fornisce un quadro completo dell’organizzazione industriale, risultando inoltre generica nella descrizione delle risorse e delle modalità che si intendono mettere in campo per l’esecuzione delle attività previste nel CTO. Non vengono, infatti, esplicitate con sufficiente dettaglio le lavorazioni previste nei CTO ma vengono indicate una serie di attività non previste e non richieste, come le attività di magazzino e logistica.*

*2) Nell’offerta non viene data evidenza della disponibilità in organico di personale dotato delle necessarie abilitazioni/competenze per l’esecuzione delle attività (fatta eccezione per le risorse di Staff/ingegneria). Al contrario, si dichiara l’intenzione di assumere, in caso di affidamento del servizio, parte del personale attuale utilizzato da altra impresa nel servizio di manutenzione della flotta EIR500 e/o di ricorrere all’assunzione di nuovo personale da formare. A supporto di ciò il dimensionamento del personale da utilizzare nell’esecuzione dell’appalto (in termini di anzianità, competenza e professionalità) viene effettuato sulla base delle risorse attuali utilizzare da altra società, il che non consente alla Commissione di rilevare in maniera compiuta le modalità con cui*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 20 perché coperti dal diritto d’autore.*

*Giappichelli Formazione*

CAF intende effettuare il servizio di manutenzione, il cui progetto risulta poco approfondito e generico nella definizione dell'organizzazione e quindi dei risultati attesi.

3) Nella relazione del Progetto del Servizio di CAF non vengono indicate le squadre, il numero di risorse, le relative competenze/abilitazioni del personale per la in manutenzione preventiva. Inoltre, viene indicato esclusivamente un numero di risorse ma non le relative competenze che si intendono utilizzare per effettuare la manutenzione correttiva, non esplicita le modalità con cui verrà effettuato il servizio giornaliero” salvo indicare che “lo staff è composto da 16 persone e che 48 risorse complessivamente vengono utilizzate (...).

Non c'è evidenza alcuna di come verranno utilizzate le restanti risorse...

Il dimensionamento delle squadre di correttiva pari: 6 risorse per turno h24 per IMC di Napoli; 6 risorse per turno h 24 per IMC di Milano; 2 risorse per turno h24 per IMC di Roma; 2 risorse per turno h24 per IMC di Venezia; non risulta pienamente esaustivo ai fini dell'esecuzione delle attività manutentive.

4) L'elenco delle attrezzature da utilizzare nell'appalto risulta generico ed indicativo: non sono riportate le relative quantità, non è indicata la distribuzione delle stesse per singolo Impianto/Stazione/Parco, non sono sufficientemente dettagliate quelle impiegate nelle principali attività manutentive descritte nel Progetto.

5) In merito alla descrizione dell'Organizzazione del Personale, alla sua consistenza nei cantieri, esperienza e competenza: non sono indicate le competenze/abilitazioni per la manutenzione sugli organi di sicurezza in conformità alla COCS 30/ DT r.v. e alle linee guida ANSF di riferimento e la ripartizione delle stesse all'interno delle squadre da utilizzare nei vari siti/impianti; non viene indicata la consistenza specifica delle squadre di manutenzione preventiva da utilizzare negli impianti di Napoli e Milano, in relazione alla quale CAF rimanda per il dettaglio ad un allegato non presente (“Allegato 4”) nella relazione allegata in offerta; per le attività di manutenzione correttiva/preventiva negli impianti di Napoli, Milano, Roma e Venezia non sono riportate le risorse impiegate per turno”.

A fronte di un giudizio così negativo, che mette in risalto un'offerta formulata in modo impreciso o generico, l'offerta stessa può essere considerata, ragionevolmente, non idonea a svolgere la propria funzione, ovvero ad impegnare l'operatore economico ai termini della proposta formulata: proposta che, quindi, in sede di esecuzione potrebbe subire modifiche tali, da non essere più in linea con i termini del capitolato tecnico. In sede di gara, inoltre, l'offerta è oggetto di una valutazione comparativa, volta alla stesura di una graduatoria di merito, anche quest'ultima inevitabilmente viziata, ove gli estremi della comparazione, o taluni di essi, fossero incerti o inattendibili (Cfr. Cons. Stato, Sez V, 14 novembre 2017, n. 5245).

11. E' condivisibile, quindi, quanto sostenuto dalla ricorrente in ordine alla necessità per la stazione appaltante di dichiarare inammissibile l'offerta di CAF e di escluderla di conseguenza dalla gara, come previsto dal par. III lett. d) della lettera di invito (cfr. doc. 4 ricorrente) che prevede l'esclusione delle offerte incomplete.

Né tale esclusione può ritenersi contrastante con il principio di tassatività delle cause di esclusione nelle gare pubbliche, in quanto l'incompletezza dell'offerta tecnica rende la stessa priva di un elemento essenziale, al fine della relativa valutazione di idoneità da parte della Commissione aggiudicatrice (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1494; Sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5655).

11.1. A sostegno della legittimità dell'offerta di CAF non vale nemmeno il riferimento al § II. B - “Busta B – OFFERTA TECNICA”, secondo cui: “N.B. Si precisa che l'Offerta Tecnica presentata deve essere conforme al Capitolato Tecnico Organizzativo (Allegato A.2) e relativi suballegati, le cui norme e prescrizioni si intendono accettate senza condizione o riserva alcuna”. Clausola ripetuta nel modello di offerta tecnica indicato nell'allegato B al disciplinare di gara, in cui al § II.DICHIARAZIONI si indicava che “La scrivente impresa dichiara che l'offerta tecnica presentata è conforme al capitolato Tecnico Organizzativo e relativi suballegati, le cui norme e prescrizioni si intendono accettate senza condizione o riserva alcuna”.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 21 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*Tali previsioni, che sanciscono la prevalenza del Capitolato tecnico operativo e dei relativi allegati sulla proposta eventualmente difforme, riguardano le ipotesi di eventuali contrasti che dovessero emergere in sede di esecuzione del contratto, ma non possono in alcun modo sanare una offerta priva ab origine degli elementi riscontrati dalla medesima commissione di gara, sopra analiticamente riportati.*

*12. Alla stregua di quanto rilevato può ritenersi fondato anche il terzo mezzo.*

*Infatti a fronte degli estesi rilievi negativi sopra richiamati, risulta del tutto contraddittoria l'attribuzione da parte della commissione all'offerta tecnica di CAF dei punteggi massimi relativi ai "parametri relativi all'esercizio" (14 punti) e ai "parametri di affidabilità degli apparati" (18 punti). Allo stesso modo non può non suscitare perplessità – in presenza di un'offerta ampiamente lacunosa, ritenuta tale dalla stessa commissione di gara – un differenziale di punteggio tra la proposta di Hitachi e quella di CAF pari a solo 0,26 di punto.*

*12.1. In senso contrario, non vale replicare che la disciplina di gara consentirebbe di attribuire i punteggi in base ad un sistema tabellare, prescindendo da ogni giudizio di merito sull'offerta stessa, poichè nessuna lettura delle regole dettate può consentire l'effetto paradossale di premiare un'offerta inadeguata (ovvero, sotto molti profili, aleatoria e non documentata, né altrimenti documentabile), come quella messa in evidenza nel menzionato verbale in data 1.10.2018: il punteggio massimo in questione, pertanto, non avrebbe potuto essere assegnato, in assenza di concretezza e verificabilità di tutti i parametri di valutazione, contenuti nell'offerta.*

*In conclusione, per le ragioni esposte, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.*

*13. Ciò premesso si osserva che qualora la controinteressata fosse stata esclusa, l'istante avrebbe conseguito l'aggiudicazione del servizio, in quanto classificata seconda nella gara, a seguito di scorrimento nell'ordine di graduatoria. La natura del servizio consente, peraltro, il subentro nel contratto in conformità all'interesse manifestato dalla ricorrente.*

*Ne consegue che il contratto di appalto eventualmente in corso di esecuzione deve essere dichiarato inefficace a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla data di pubblicazione del dispositivo della presente sentenza, con subentro della ricorrente nel contratto stesso, ai sensi dell'art. 124 del D.lgs. 104/2010, previa verifica del possesso dei prescritti requisiti.*

*Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza nella misura indicata nel dispositivo.*

*P.Q.M.*

*Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) dispone quanto segue:*

*accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;*

*dispone il risarcimento in forma specifica del danno subito dall'interessata mediante aggiudicazione della gara alla ricorrente e suo contestuale subentro nella esecuzione del servizio;*

*dichiara il subentro nel contratto stipulato - ove stipulato - della stessa ricorrente a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla data di pubblicazione del dispositivo della presente sentenza;*

*condanna le parti soccombenti al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente che liquida nella misura complessiva di 8.000,00 (ottomila/00) di cui € 6.000,00 (seimila/00) oltre IVA, CPA e oneri di legge a carico di Trenitalia e € 2.000,00 (tremila/00) oltre IVA, CPA e oneri di legge a carico di CAF.*

*Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.*

*Omissis.*

## Argomento 3

### **TRACCIA**

## **Poteri speciali e società.**

### **B. Giurisprudenza.**

#### **1. Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 5813.**

*Omissis.*

*1. La controversia attiene ad una fattispecie di esercizio del potere governativo di veto ad un'acquisizione societaria, ai sensi del d.l. n. 21 del 2012.*

*1.1. Più in particolare, con decreto in data 21.10.2021, adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri in data 19.10.2021, il **Presidente del Consiglio dei Ministri ha vietato l'acquisizione**, da parte della società di diritto svizzero Syngenta Crop Protection AG, dell'intero capitale sociale della società di diritto olandese Verisem B.V. e delle sue controllate, ivi incluse quelle con sede in Italia.*

*1.2. La società Syngenta Crop Protection AG è una delle quattro principali business unit di cui si compone il gruppo societario facente capo alla società di diritto svizzero Syngenta AG, a sua volta controllata dalla multinazionale cinese ChemChina, costituente una SOE (State-Owned Enterprise) della Repubblica Popolare Cinese. Il gruppo Syngenta è attivo nel campo agricolo, di cui è uno dei maggiori player mondiali, con interessi in oltre 100 Paesi.*

*1.3. La società di diritto olandese Verisem B.V. controlla direttamente o indirettamente, tra l'altro, cinque società con sede in Italia, ossia le società Suba Seeds Company s.p.a., Royal Seeds s.r.l., HortuSi s.r.l., Verisem Distribution s.r.l. e Franchi Sementi s.p.a., tutte a vario titolo attive nel settore sementiero: il capitale sociale della società Verisem B.V. è interamente detenuto dalla società di diritto lussemburghese PSP Verisem Luxemburg Holdings S.à r.l., a sua volta controllata da un fondo di private equity statunitense.*

*1.4. Oggetto dell'operazione, che vede come soggetto interessato all'acquisto la società Syngenta Crop Protection AG e come soggetto interessato all'alienazione la società PSP Verisem Luxemburg Holdings S.à r.l., è l'intero capitale sociale della società Verisem B.V.: l'operazione è stata notificata congiuntamente dalle interessate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo in data 05.07.2021.*

*1.5. Eseguita l'istruttoria, coordinata dal Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali, la pratica è giunta all'attenzione del Consiglio dei Ministri nella seduta del 19.10.2021, che ha ritenuto di non autorizzare l'operazione.*

*2. La società PSP Verisem Luxemburg Holdings S.à r.l. (di seguito Verisem) ha radicato ricorso avanti il T.a.r. per il Lazio, evocando in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la Presidenza della Repubblica ed avanzando quattro ordini di censure, così sintetizzabili:*

*a1) difetto di entrambe le condizioni alla cui contestuale sussistenza è ex lege subordinato il legittimo esercizio del potere di veto. In particolare, assenza del carattere strategico delle attività delle società italiane del gruppo Verisem e, comunque, strutturale incapacità della relativa acquisizione (di carattere, peraltro, estero su estero) di determinare una "situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti" (art. 2, comma 3, d.l. n. 21 del 2012) nel campo agroalimentare, perché le società italiane del gruppo: i) detengono una quota del mercato professionale nazionale dei semi pari solo all'1%; ii) non svolgono alcuna attività di produzione di semi, né di sviluppo e ricerca,*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 23 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

limitandosi alla commercializzazione all'ingrosso ed alla distribuzione dei semi prodotti da terzi; iii) non sono titolari di diritti di privativa industriale o di proprietà intellettuale; iv) non possiedono i terreni dove i semi vengono coltivati; v) lavorano prevalentemente nel mercato hobbistico, di cui, oltretutto, detengono non più del 20-25% a livello nazionale;

a2) mancata formulazione di una motivazione rafforzata che giustifichi l'assunzione di una decisione distonica rispetto alle risultanze dell'istruttoria, giacché il gruppo di coordinamento si era dichiarato favorevole all'operazione con raccomandazioni e, nell'ambito dei relativi lavori, pure il Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza – DIS si era espresso favorevolmente, sia pure chiedendo l'imposizione di più incisive prescrizioni; la proposta di decisione finale formalizzata dal Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali suggeriva l'assenso con raccomandazioni o con prescrizioni, ma non menzionava affatto l'esercizio del potere di veto;

a3) illegittimità, a monte, dell'art. 11, lett. c), D.P.C.M. n. 179 del 2020, in tesi generico, tautologico ed indeterminato, in violazione del principio di legalità;

b) errato richiamo agli artt. 6 e 9 D.P.C.M. n. 179 del 2020, perché le società del gruppo non svolgono attività di raccolta dati critici, né si occupano di intelligenza artificiale o, comunque, di tecnologie critiche, quali la machine learning; a tutto concedere, tali rilievi non sono emersi in istruttoria;

c) violazione del principio di proporzionalità rispetto a scelte meno impattanti sull'autonomia privata e sul libero operare delle dinamiche di mercato, anche in considerazione dei precisi impegni assunti dall'acquirente in sede di notifica dell'operazione;

d) mancanza del preavviso di rigetto.

3. Costituitasi in resistenza la sola Presidenza del Consiglio dei Ministri, con la sentenza indicata in epigrafe il T.a.r., ha così deciso:

- ha disposto "l'estromissione dal giudizio, per carenza di legittimazione passiva, della Presidenza della Repubblica", evocata in giudizio dalla ricorrente;

- ha respinto nel merito il ricorso;

- ha compensato le spese di lite.

3.1. Il T.a.r., in particolare, ha così motivato la reiezione del ricorso (si fa riferimento, di seguito, all'indicazione delle censure operata supra, sub § 2):

d) non sarebbe applicabile in subiecta materia l'art. 10-bis l. n. 241 del 1990, giacché "la notifica [dell'operazione] costituisce per l'impresa un vero e proprio obbligo, funzionale all'esercizio dei poteri di controllo spettanti allo Stato, e non è volta ad ottenere un bene della vita. Per tale ragione, nella notifica non è presente alcuna <<richiesta>> da parte della società interessata"; il procedimento, del resto, sarebbe azionabile anche d'ufficio;

a-b) il provvedimento sarebbe espressione di "amplissima discrezionalità, in ragione della natura degli interessi tutelati, attinenti alla sicurezza nazionale"; si tratterebbe, dunque, di atto di alta amministrazione, come tale "sindacabile dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità", nella specie non riscontrabile, atteso che il provvedimento non sarebbe in contrasto con la propedeutica istruttoria e sarebbe articolatamente motivato, posto che "risultano individuati gli asset strategici, rilevanti sotto il profilo dei fattori produttivi critici, delle tecnologie produttive e delle informazioni possedute"; peraltro, "nella fase istruttoria il compito del gruppo di coordinamento, che si avvale del contributo partecipativo delle amministrazioni coinvolte, affiancate dal Dipartimento della pubblica sicurezza, oltre che dell'apporto partecipativo dei soggetti interessati dall'operazione di acquisizione, è quello di raccogliere gli elementi di valutazione tecnica da sottoporre al Consiglio dei ministri in sede collegiale, che non è pertanto vincolato o comunque tenuto ad adottare una motivazione rafforzata nel caso vengano formulate in fase istruttoria proposte differenti rispetto all'esercizio del potere di veto"; non sarebbe neppure illegittimo l'art. 11, lett. c), del D.P.C.M. che, a monte, individua i settori economici suscettibili di uso del potere di veto, giacché "la tecnica redazionale adoperata per individuare gli asset nel settore agroalimentare rappresenta un adeguato compromesso tra la tutela

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 24 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione



*della libertà di impresa e la garanzia della sicurezza nazionale e tiene conto dell'impossibilità di una catalogazione puntuale e minuta degli attivi strategici";*

*c) non sarebbe lesa il principio di proporzionalità, giacché "il decreto contiene una giustificazione del tutto logica in ordine all'inutilità di imporre misure meno gravose del divieto dell'operazione, quali eventuali prescrizioni, in ragioni della circostanza, non controversa, che l'effettivo proprietario della società acquirente è il Governo cinese e della difficoltà di attuare misure di enforcement realmente efficaci in caso di inottemperanza alle prescrizioni imposte per il trasferimento dell'asset all'estero".*

*4. Verisem appella e ripropone criticamente le censure di prime cure.*

*4.1. La Presidenza del Consiglio dei Ministri si costituisce in resistenza.*

*4.2. Interviene ad opponendum la società di diritto italiano BF s.p.a., che rappresenta di avere interesse all'intervento in quanto, a suo tempo, ha effettuato una proposta di acquisto del capitale di Verisem B.V..*

*4.3. All'esito della camera di consiglio del 28.07.2022 l'istanza cautelare svolta dall'appellante viene accolta ai soli fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito.*

*4.4. In data 24.11.2022 Verisem deposita accordo con Syngenta del 17.11.2022 per il prolungamento sino al 19.12.2022 dell'efficacia della cessione, al fine di dimostrare la persistenza dell'interesse all'acquisizione e, dunque, la procedibilità del giudizio.*

*4.5. In vista della trattazione del ricorso le parti depositano memorie:*

*- la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la società BF ribadiscono l'eccezione di inammissibilità dell'appello, sia perché Syngenta non ha impugnato la sentenza del T.a.r. per il Lazio n. 4488 del 13.04.2022 che ne ha rigettato il parallelo ricorso avverso l'atto di veto (nel relativo giudizio, allibrato al n. 13655 del 2021, Verisem non era stata evocata né aveva preso parte quale interveniente), ciò che, in tesi, impedirebbe comunque la stipula dell'atto di vendita, bloccato dal veto oramai definitivo a carico dell'acquirente, sia perché "la PSP Verisem non ha provato che al momento della notifica dell'Appello lo SPA [ossia il contratto preliminare di vendita fra Syngenta e Verisem] fosse ancora efficace tra le parti";*

*- Verisem, a sua volta, sostiene l'inammissibilità intervento di BF perché, nella seconda fase della selezione privata curata dalla stessa Verisem per reperire un compratore, BF non avrebbe presentato un'offerta.*

*4.6. Il ricorso è stato trattato alla pubblica udienza del 15 dicembre 2022.*

*5. Il Collegio prende le mosse dalla questione pregiudiziale dell'ammissibilità dell'intervento svolto dalla società BF s.p.a..*

*5.1. L'intervento è ammissibile.*

*5.2. Invero, la natura privata della procedura di selezione curata da Verisem ne determina la potenziale ripetizione o, comunque, la possibile rimodulazione anche in itinere - specie all'esito di una pronuncia giurisdizionale che confermi il veto all'operazione di acquisto da parte di Syngenta - proprio perché retta dal diritto comune e non presidiata da rigide ed inderogabili disposizioni di diritto pubblico: ne consegue che BF ha un interesse sì indiretto e riflesso, ma pur sempre giuridicamente apprezzabile, all'esito del presente giudizio.*

*5.3. Peraltro, per principio generale l'inammissibilità dell'intervento consegue all'evidente dimostrazione dell'assenza dei relativi presupposti, dovendosi altrimenti ammettere l'intervento stesso, quale espressione del diritto di difesa costituzionalmente protetto.*

*5.4. Non può non rilevarsi, infine, che a quanto consta BF (soggetto imprenditoriale attivo nel settore agroalimentare) era già intervenuta ad opponendum in prime cure nel giudizio gemello n. 13655 del 2021 intentato avanti il T.a.r. da Syngenta, poi definito con sentenza di rigetto n. 4488 del 13.04.2022, in tal modo dimostrando di coltivare attivamente le proprie istanze.*

*6. Le eccezioni di inammissibilità dell'appello formulate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri (di seguito PCM) e da BF possono, invece, essere assorbite, considerata la complessiva infondatezza nel merito delle prospettazioni di Verisem.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 25 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

7. Preliminarmente, il Collegio dà atto che, a seguito della proposizione dell'appello, è riemerso l'intero thema decidendum del giudizio di primo grado – che perimetra necessariamente il processo di appello ex art. 104 c.p.a. – sicché, per ragioni di economia dei mezzi processuali e semplicità espositiva, secondo la logica affermata dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, verranno presi direttamente in esame gli originari motivi posti a sostegno del ricorso introduttivo (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. IV, n. 1137 del 2020).

8. Ciò premesso, il Collegio non può non premettere la ricognizione della normativa applicabile, pur se ciò inevitabilmente appesantisce la trattazione.

**8.1. Deve anzitutto menzionarsi il Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019, volto a “istituire un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione”, che costituisce il corpus normativo di riferimento a livello unionale.**

8.1.1. Tale Regolamento:

- al considerando 2, richiama “l'articolo 3, paragrafo 5, del trattato sull'Unione europea (TUE)”, ai sensi del quale “nelle relazioni con il resto del mondo, l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi”;

- al considerando 3, stabilisce che, “conformemente agli impegni internazionali assunti nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici e degli accordi commerciali e di investimento conclusi con paesi terzi, l'Unione e gli Stati membri possono adottare, per motivi di sicurezza o di ordine pubblico, misure restrittive nei confronti degli investimenti esteri diretti, purché siano rispettate alcune condizioni”;

- al considerando 6, precisa che “gli investimenti esteri diretti rientrano nell'ambito della politica commerciale comune. A norma dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera e), TFUE, l'Unione ha competenza esclusiva per quanto concerne la politica commerciale comune”;

- al considerando 8, aggiunge che “il quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti e per la cooperazione dovrebbe dotare gli Stati membri e la Commissione degli strumenti per affrontare in modo globale i rischi per la sicurezza o per l'ordine pubblico e per adeguarsi al mutare delle circostanze, mantenendo nel contempo la necessaria flessibilità per consentire agli Stati membri di controllare gli investimenti esteri diretti per motivi di sicurezza e ordine pubblico, tenendo conto delle rispettive situazioni individuali e delle specificità nazionali. Spetta esclusivamente allo Stato membro interessato decidere se istituire un meccanismo di controllo o se controllare un investimento estero diretto”;

- al considerando 11, stabilisce che “dovrebbe essere possibile per gli Stati membri valutare i rischi per la sicurezza o per l'ordine pubblico derivanti da cambiamenti significativi dell'assetto proprietario o delle caratteristiche fondamentali di un investitore estero determinato”;

- al considerando 12, precisa che “al fine di orientare gli Stati membri e la Commissione nell'applicazione del presente regolamento, è opportuno indicare un elenco di fattori che potrebbero essere presi in considerazione nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico ... L'elenco di fattori che possono incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico dovrebbe restare non esaustivo”;

- al considerando 13, stabilisce che “Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, dovrebbe essere possibile per gli Stati membri e la Commissione tenere conto di tutti i fattori pertinenti, compresi gli effetti sulle infrastrutture critiche, sulle tecnologie, comprese le tecnologie abilitanti fondamentali, e sui fattori produttivi che sono essenziali per la sicurezza o il mantenimento dell'ordine pubblico la cui perturbazione, disfunzione, perdita o distruzione avrebbe un impatto significativo in uno Stato membro o nell'Unione. A tale proposito, dovrebbe altresì essere possibile per gli Stati membri e la Commissione tenere conto del contesto e delle circostanze dell'investimento estero diretto, in particolare della possibilità che un investitore estero sia controllato direttamente o indirettamente, ad esempio attraverso finanziamenti consistenti, comprese le sovvenzioni, da parte del governo di un paese terzo, o persegua progetti o programmi all'estero a guida statale”;

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 26 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

- all'art. 2, definisce come “investimento estero diretto, un investimento di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica”;

- all'art. 3, stabilisce che “conformemente al presente regolamento, gli Stati membri possono mantenere, modificare o adottare meccanismi per controllare gli investimenti esteri diretti nel loro territorio per motivi di sicurezza o di ordine pubblico” e, in tale ambito, “stabiliscono in particolare le circostanze che danno luogo al controllo, i motivi del controllo e le regole procedurali dettagliate applicabili”;

- all'art. 4, rubricato “Fattori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione”, stabilisce:

i) al paragrafo 1, che “Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione i suoi effetti potenziali, tra l'altro, a livello di: c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare”.

ii) al successivo paragrafo 2, che “Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione tengono altresì conto, in particolare, se: a) l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti”.

**8.2. Nell'ordinamento nazionale, deve farsi riferimento al D.L. n. 21 del 15 marzo 2012, convertito con modificazioni con l. n. 56 dell'11 maggio 2012 e rubricato “Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni”.**

8.2.1. All'art. 2, comma 1-ter, il D.L. stabilisce che “Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'interno, con il Ministro della difesa, con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale e con i Ministri competenti per settore, adottati anche in deroga all'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, che è reso entro trenta giorni, decorsi i quali i decreti possono comunque essere adottati, sono individuati, ai fini della verifica in ordine alla sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, compreso il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, anche se oggetto di concessioni, comunque affidate, ulteriori rispetto a quelli individuati nei decreti di cui all'articolo 1, comma 1, e al comma 1 del presente articolo, nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019 [ossia, tra l'altro, l'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare], nonché la tipologia di atti od operazioni all'interno di un medesimo gruppo ai quali non si applica la disciplina di cui al presente articolo. I decreti di cui al primo periodo sono adottati entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e sono aggiornati almeno ogni tre anni”.

8.2.2. Al successivo comma 2-bis, il D.L. precisa che “Qualsiasi delibera, atto od operazione, adottato da un'impresa che detiene uno o più degli attivi individuati ai sensi del comma 1-ter, che abbia per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi a favore di un soggetto esterno all'Unione europea, di cui al comma 5-bis, ovvero, nei settori individuati nel secondo periodo del comma 5, anche a favore di un soggetto appartenente all'Unione europea, ivi compresi quelli stabiliti o residenti in Italia, comprese le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 27 perché coperti dal diritto d'autore.

dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia, il trasferimento di società controllate che detengono i predetti attivi, ovvero che abbia per effetto il trasferimento della sede sociale in un Paese non appartenente all'Unione europea, e' notificato, salvo che l'operazione sia in corso di valutazione o sia già stata valutata ai sensi del comma 5, entro dieci giorni e comunque prima che vi sia data attuazione, alla Presidenza del Consiglio dei ministri dalla stessa impresa. Sono notificati altresì nei medesimi termini qualsiasi delibera, atto od operazione, adottato da un'impresa che detiene uno o più degli attivi individuati ai sensi del comma 1-ter, che abbia per effetto il cambiamento della loro destinazione, nonché qualsiasi delibera che abbia ad oggetto la modifica dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società o la modifica di clausole statutarie eventualmente adottate ai sensi dell'articolo 2351, terzo comma, del codice civile ovvero introdotte ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, come da ultimo modificato dall'articolo 3 del presente decreto”.

8.2.3. Al successivo comma 3, il D.L. stabilisce che “Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti, può essere espresso il veto alle delibere, atti e operazioni di cui ai commi 2 e 2-bis, che diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti”.

8.2.4. Al comma 6, il D.L. aggiunge che “Qualora l'acquisto di cui al comma 5 [ossia “l'acquisto a qualsiasi titolo da parte di un soggetto esterno all'Unione europea di partecipazioni in società che detengono gli attivi individuati come strategici ai sensi del comma 1 nonché di quelli di cui al comma 1-ter, di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione e' oggetto dell'acquisto”] comporti una minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato di cui al comma 3 ovvero un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico ... con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti, l'efficacia dell'acquisto può essere condizionata all'assunzione, da parte dell'acquirente e della società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto, di impegni diretti a garantire la tutela dei predetti interessi ... In casi eccezionali di rischio per la tutela dei predetti interessi, non eliminabili attraverso l'assunzione degli impegni di cui al primo periodo, il Governo può opporsi, sulla base della stessa procedura, all'acquisto”.

8.2.5. Il comma prosegue, precisando che “Per determinare se un investimento estero possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico e' possibile prendere in considerazione le seguenti circostanze: a) che l'acquirente sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, compresi organismi statali o forze armate, di un Paese non appartenente all'Unione europea, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti”.

8.2.6. Infine, il comma 7 stabilisce che “I poteri speciali di cui ai commi precedenti sono esercitati esclusivamente sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori. A tale fine il Governo considera, avuto riguardo alla natura dell'operazione, i seguenti criteri: a) l'esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati; b) l'idoneità dell'assetto risultante dall'atto giuridico o dall'operazione, tenuto conto anche delle modalità di finanziamento dell'acquisizione e della capacità economica,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 28 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente, a garantire: 1) la sicurezza e la continuit  degli approvvigionamenti; 2) il mantenimento, la sicurezza e l'operativit  delle reti e degli impianti”.

8.3. A **livello di normazione secondaria, il D.P.C.M. n. 179 del 18 dicembre 2020**, rubricato “Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56” stabilisce, all'art. 11, a sua volta rubricato “Beni e rapporti in tema di approvvigionamento di fattori produttivi e nel settore agroalimentare”, che rientrano tra i beni e i rapporti di cui all'articolo 1 [ossia “beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, ulteriori rispetto a quelli individuati nei decreti di cui all'articolo 1, comma 1, e all'articolo 2, comma 1, del medesimo decreto-legge n. 21 del 2012, nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019”], tra l'altro, “le attivit  economiche di rilevanza strategica e l'approvvigionamento di fattori produttivi critici della filiera agroalimentare”.

8.4. Quanto all'aspetto procedurale, si richiama il D.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, rubricato “Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21”, che, nel disciplinare il procedimento da seguire (poi ancor pi  dettagliatamente normato dal successivo D.P.C.M. 6 agosto 2014), precisa, per quanto qui di interesse, che (art. 6):

- “Il Ministero **responsabile dell'istruttoria e della proposta ai sensi dell'articolo 3**, tenuto conto delle risultanze emerse nell'ambito del gruppo di coordinamento di cui all'articolo 2, comma 2, lettera c), trasmette tempestivamente in via telematica alla Presidenza del Consiglio dei ministri, e al suddetto gruppo di coordinamento, la **proposta di esercizio dei poteri speciali con il relativo schema di provvedimento**, ovvero comunica le motivazioni per cui ritiene non necessario l'esercizio dei poteri speciali”;

- “**Lo schema di provvedimento di esercizio dei poteri speciali** indica dettagliatamente le minacce di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuit  degli approvvigionamenti e puo' comportare rispettivamente il potere di veto alla delibera o il potere di opposizione all'acquisto nei casi in cui l'imposizione di specifiche prescrizioni, condizioni o impegni non siano sufficienti ad assicurare la tutela degli interessi pubblici”;

- “Nel caso in cui i poteri speciali siano esercitati nella forma di assunzione da parte dell'acquirente di impegni diretti a garantire la tutela degli interessi essenziali dello Stato, di cui all'articolo 2, comma 3, del decreto-legge, ai sensi dell'articolo 2, comma 6, del decreto-legge, lo schema di provvedimento indica:

- a) le specifiche prescrizioni o condizioni richieste all'impresa;
- b) specifici criteri e modalit  di monitoraggio;
- c) l'amministrazione competente a svolgere il monitoraggio delle prescrizioni o condizioni richieste, nonch  l'organo da essa incaricato di curare le relative attivit ;
- d) le sanzioni previste dal decreto-legge in caso di inottemperanza, anche tenuto conto delle previsioni di cui all'articolo 8”.

9. Attingendo a questo punto il merito, il Collegio ricostruisce l'andamento del procedimento.

10. Per quanto di interesse ai fini della presente decisione, la fase istruttoria si   svolta come segue.

10.1. Nella riunione finale del Gruppo di coordinamento del 07.10.2021, il Ministero dell'Agricoltura, nella qualit  di Amministrazione responsabile dell'istruttoria, propone “il non esercizio dei poteri speciali”, aggiungendo tuttavia che “in considerazione della strategicit  degli asset coinvolti e del carattere programmatico di alcuni impegni assunti dalle societ  notificanti, sia necessario garantire il monitoraggio sugli stessi”: il Ministero, pertanto, “propone di inserire nella delibera di non esercizio dei poteri speciali una raccomandazione, rivolta alla societ  acquirente,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 29 perch  coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*affinché operi in modo conforme agli impegni assunti in sede di notifica e nel corso del procedimento”.*

*10.2. Il Dipartimento delle informazioni per la sicurezza “evidenzia le criticità ed i rischi legati alla natura dell’operazione” e “propone, in alternativa, di esercitare i poteri speciali, mediante l’imposizione di specifiche prescrizioni volte al mantenimento dei rapporti contrattuali ed alla preservazione dell’attività di Suba Seeds Company s.p.a. in Italia”.*

*10.3. Anche sulla scorta delle osservazioni del Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri - secondo cui da un lato “le raccomandazioni proposte dal Ministero responsabile sono simili a delle vere e proprie prescrizioni”, dall’altro comunque “il Consiglio dei Ministri, in sede di esame del provvedimento, può decidere di mutare la natura delle raccomandazioni trasformandole in un esercizio dei poteri speciali con prescrizioni” - il Gruppo di coordinamento concorda con la proposta del Ministero dell’Agricoltura di non esercizio dei poteri speciali, con la formulazione di apposite raccomandazioni alla società acquirente, soggette a monitoraggio.*

*10.4. Conseguentemente, il Ministero dell’Agricoltura, nel trasmettere alla PCM, con nota dell’11.10.2021, gli esiti della fase istruttoria, propone il “non esercizio dei poteri speciali”, sia pure prevedendo che “l’acquirente trasmetta al Governo una relazione periodica di monitoraggio dell’operazione, al fine di consentire la verifica del rispetto degli stessi”.*

*10.5. Tuttavia, nell’appunto per il Ministro in vista del Consiglio dei Ministri, si ventila altresì la proposta alternativa dell’esercizio dei poteri speciali, mediante la formulazione di “apposite prescrizioni”, dettagliatamente indicate.*

*10.6. Nel corso del Consiglio dei Ministri del 19.10.2021, il Ministro dell’Agricoltura propone senz’altro “l’esercizio dei poteri, manifestando disponibilità al confronto in merito all’opzione tra prescrizioni o veto”, opzione quest’ultima poi prescelta dal Consiglio, all’esito della discussione.*

*11. Da quanto precede si evince che non sussiste, in termini sostanziali, il contrasto lamentato dalla ricorrente fra il provvedimento e l’istruttoria, almeno nella misura macroscopica tale da determinare un inaccettabile iato fra gli esiti della stessa ed il successivo decisum, con conseguente vizio della funzione.*

*11.1. Invero, nell’ambito dei lavori del Gruppo di coordinamento il Ministero dell’Agricoltura individua l’operazione come “strategica” (si menziona espressamente, in particolare, la “strategicità degli asset coinvolti”) e qualifica come fondamentali gli impegni assunti pro futuro dall’acquirente, che, proprio in quanto strutturalmente “programmatici”, necessitano di essere puntualmente verificati.*

*11.2. Il Ministero, dunque, pur proponendo il non esercizio dei poteri speciali, esprime la consapevolezza della delicatezza della questione, sia per l’oggetto dell’operazione, sia per il carattere qualificante che rivestono gli impegni assunti dall’acquirente in sede di notifica (poi vieppiù arricchiti nel corso dell’istruttoria).*

*11.3. Il Gruppo di coordinamento concorda con l’impostazione ministeriale.*

*11.4. Nella conseguente proposta formale rivolta alla PCM (cfr. nota dell’11.10.2021), il Ministero dell’Agricoltura ritiene non sussistere i presupposti dell’esercizio dei poteri speciali, alla luce:*

*- della “puntuale disciplina” normativa nazionale del settore sementiero (“che prevede un rigoroso sistema di vigilanza e controllo”);*

*- del fatto che le “target italiane utilizzano” sementi “di pubblico dominio” (salvo solo 63 varietà ortive, di cui la società Royal Seeds è costituente), “non svolgono un’attività di ricerca e di significativa costituzione varietale”, operano “in un contesto piuttosto differenziato”, detengono “un ruolo marginale nel mercato professionale” nazionale, “non detengono materiale genetico specifico” ed hanno un “fatturato consolidato ... di gran lunga inferiore alle soglie di rilevanza strategica individuate generalmente nei settori soggetti al golden power”;*

*- degli impegni “stringenti e significativi” assunti dall’acquirente.*

*11.5. Il Ministero, comunque, proprio in considerazione del fatto che “le dichiarazioni e gli impegni dell’acquirente in sede di notifica e nel corso del procedimento, come poc’anzi specificati, assumono*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 30 perché coperti dal diritto d’autore.*

*Giappichelli Formazione*

rilevanza a fondamento di tale conclusione istruttoria ... propone di prevedere che l'acquirente trasmetta al Governo una relazione periodica di monitoraggio dell'operazione, al fine di consentire la verifica del rispetto degli stessi".

11.6. I dati oggettivi raccolti dal Gruppo in sede istruttoria identificano, dunque, un'operazione attinente ad una materia dichiaratamente "sensibile", in ordine alla quale, nondimeno, viene esclusa la necessità di esercizio dei poteri speciali in considerazione dei vari profili specificamente enucleati.

11.7. Peraltro, dapprima il Ministero dell'Agricoltura rappresenta al Ministro la possibile alternativa dell'imposizione non di semplici raccomandazioni, ma di ben più incisive prescrizioni; quindi, in sede di Consiglio dei Ministri, il Ministro propone senz'altro l'esercizio dei poteri, nella forma più lieve dell'assenso con prescrizioni o in quella più dura del divieto.

11.8. Questo significativo climax istruttorio registratosi nella specie da un lato testimonia l'esito tutt'altro che monolitico ed univoco dell'istruttoria stessa, dall'altro attesta vieppiù, per tabulas, la percepita delicatezza della questione già nel corso della fase istruttoria.

12. Pur a voler prescindere da tali considerazioni, comunque, il Collegio osserva in termini generali che, nella procedura dell'esercizio dei poteri speciali, ciò che giuridicamente distingue la fase decisoria dalla previa fase istruttoria è proprio l'attività valutativa del sostrato fattuale acquisito agli atti.

13. Il procedimento nazionale in tema di "golden power" è, invero, bifasico.

13.1. Esso prevede una prima fase di carattere prettamente istruttorio tesa all'acquisizione di tutti i dati di fatto rilevanti al fine di ricostruire ed inquadrare l'operazione in chiave tanto analitica, quanto sistemica, a beneficio della successiva valutazione finale: tale fase, che il D.P.R. n. 86 del 2014 significativamente definisce come "attività propedeutica all'esercizio dei poteri speciali", è curata da un apposito Gruppo di coordinamento, composto da personale di livello dirigenziale apicale della PCM e dei vari Ministeri interessati.

13.2. La seconda fase, appunto decisoria, è viceversa appannaggio esclusivo del Consiglio dei Ministri.

14. Questa seconda fase – affidata, non a caso, al massimo organo di direzione politica dello Stato e non a personale dirigenziale – assume un marcato ed assai lato profilo discrezionale: essa, invero, prende le mosse sì dai dati di fatto acquisiti in sede istruttoria, ma, nel contesto di una valutazione collegiale della questione in cui intervengono i Vertici politici di tutte le Amministrazioni dello Stato, affronta, inquadra e qualifica l'operazione nell'ambito della più ampia postura politica dello Stato in ottica non solo economica e finanziaria, ma in senso più globale strategica.

14.1. Il Consiglio dei Ministri, in sostanza, non si limita ad una ricognizione atomistica, puntiforme e, per così dire, "contabile" ed anodina delle caratteristiche specifiche dell'operazione, ma la traguarda nell'ambito e nel contesto dei fini generali della politica nazionale, ponderandone gli impatti sia sull'assetto economico-produttivo del settore socio-economico interessato, sia sulla più ampia struttura dell'economia nazionale, sia, infine, sui rapporti internazionali e sul complessivo posizionamento politico-strategico del Paese nell'agone internazionale.

14.2. Del resto, è lo stesso diritto unionale che facoltizza tale ampio spettro di valutazioni (cfr. le disposizioni richiamate supra del richiamato Regolamento UE n. 452 del 2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019).

14.3. In definitiva, dunque, nella specifica procedura in commento il vizio di contrasto con l'istruttoria si presenta strutturalmente marginale, in quanto è limitato ai casi macroscopici in cui il Consiglio affermi fatti smentiti dall'istruttoria o, al contrario, neghi fatti riscontrati nella fase istruttoria.

15. Ovviamente, ciò non veicola una sorta di arbitrio decisionale del Consiglio, che, di contro, deve poggiare su un iter argomentativo coerente, fondato sui criteri posti a monte dalla legge.

15.1. Nella vicenda di specie, decisivo è il fatto che l'acquirente è indirettamente (ma univocamente) espressione del Governo della Repubblica Popolare Cinese, circostanza debitamente evidenziata dal Consiglio e giuridicamente rilevante ai sensi tanto della normativa unionale (Regolamento n. 452

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 31 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

del 2019, considerando 13 ed art. 4), quanto di quella nazionale (cfr. D.L. n. 21 del 2012, art. 2, comma 6).

15.2. Il Consiglio, in particolare, ha rilevato che:

- per la Repubblica Popolare cinese, Stato ad economia pianificata, il settore alimentare costituisce dichiaratamente un obiettivo strategico (così il XIV Piano quinquennale), nel quale quindi è ragionevole ritenere che siano autoritativamente convogliate, guidate ed indirizzate le (poderose) energie economiche, finanziarie e politico-diplomatiche del Paese;

- le società del gruppo Verisem sono attive in tale settore, sono tecnologicamente all'avanguardia (in particolare, dalla relazione delle parti interessate e dall'audizione di Assosementi risulta che le società italiane del Gruppo Verisem sono altamente qualificate in punto di moltiplicazione del seme, attività *ictu oculi* oltremodo delicata, sensibile e "strategica") e, benché non producano direttamente i semi ma stipulino, a tal fine, contratti con gli agricoltori italiani (cui, peraltro, cedono a titolo oneroso il "basic seed", ossia il "portaseme", e la cui attività di coltivazione è sistematicamente supervisionata da agronomi del Gruppo - cfr. ricorso al T.a.r., pag. 18 e relazione delle parti in data 02.08.2021), è evidente che contrattualmente possano incidere sulla filiera agroalimentare nazionale, condizionandola in maniera apprezzabile in base alle loro mutevoli necessità, evidentemente dettate, in ultima analisi, dalla volontà (politica) del Governo di Pechino.

15.3. In proposito, il Collegio rileva che:

- l'apprezzamento della strategicità di un'operazione in relazione all'interesse nazionale da parte del Consiglio dei Ministri **ha tratti altamente discrezionali, posto che lo stesso concetto di interesse nazionale non è un prius, ossia un dato oggettivo preesistente in natura, bensì un posterius, ossia la risultante di valutazioni ed opzioni politiche;**

- tale apprezzamento, proprio in quanto attiene ad un profilo di massima quale quello strategico, viene svolto dal Consiglio dei Ministri nell'ambito di un'ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri e può legittimamente essere proteso non solo a proteggere istanze nazionali, ma anche a non favorire esigenze e scopi di Stati ritenuti (non solo ostili, ma anche semplicemente) competitor o con i quali, comunque, i rapporti possano prospetticamente presentare profili di problematicità;

- più in generale, l'ascrizione di "rilevanza strategica per l'interesse nazionale" ai "beni e rapporti" coinvolti da un'operazione notificata, al fine della verifica circa la sussistenza di un "possibile pregiudizio alla sicurezza e ... alla continuità degli approvvigionamenti" (cfr. D.L. n. 21 del 2012, art. 2, comma 1-ter), è stata già operata a monte con D.P.C.M. n. 179 del 2020, che, per quanto qui di interesse, così dispone:

i) qualifica "attività economiche di rilevanza strategica ... le attività economiche essenziali per il mantenimento delle funzioni vitali della società", quali certo sono quelle del settore agroalimentare, fondamentale per la stessa esistenza fisica dell'uomo;

ii) con specifico riferimento al settore agroalimentare, qualifica come strategico "l'approvvigionamento di fattori produttivi critici della filiera alimentare", quali certo sono le sementi, base imprescindibile di ogni coltivazione agricola.

16. Tale ultima locuzione non presenta l'intollerabile profilo di genericità ed indeterminatezza lamentato dall'appellante, ove si ponga mente allo scopo della normativa (primaria e secondaria) in tema di golden power, che è quello di apprestare una disciplina a maglie volutamente larghe al fine di non imbrigliare – e, quindi, depotenziare – il presidio costituito dalla spendita del potere omonimo.

16.1. Il potere di golden power, infatti, rappresenta il limes provvedimentoale posto dalla legge a garanzia ultima dell'interesse nazionale nelle specifiche macro-aree economiche prese in considerazione; come tale, e proprio in quanto dettato a tutela di interessi fondamentali ("strategici") della collettività nazionale come discrezionalmente apprezzati dal Consiglio dei Ministri, **esige un fondamento normativo altrettanto ampio, elastico, flessibile ed inclusivo, che consenta di apprestare la massima e più efficace tutela agli (assai rilevanti) interessi sottostanti: in tale specifica ottica, esula qualunque addebito di indeterminatezza e genericità.**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 32 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione



16.2. Peraltro, aggiunge il Collegio, **siamo al di fuori della materia lato sensu penale** (che impone, come noto, la necessità di una particolare tassatività nell'enucleazione della fattispecie normativa), esulando dalla normativa sul golden power qualsivoglia finalità afflittiva; parimenti, non ricorre l'imposizione di una prestazione patrimoniale ex art. 23 Cost. (cfr. ricorso al T.a.r., pag. 44), ma la mera previsione legislativa di un presidio di verifica della compatibilità dell'iniziativa economica privata con l'utilità sociale (art. 41 Cost.), espressione ampia in cui certo rientra l'interesse nazionale in ordine a "beni e rapporti strategici" come individuati dalla legge.

17. Di converso, è la stessa normativa primaria a stabilire che:

- "per determinare se un investimento estero possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico ... è possibile prendere in considerazione" il fatto che "l'acquirente sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, compresi organismi statali o forze armate, di un Paese non appartenente all'Unione europea" (cfr. D.L. n. 21 del 2012, art. 2, comma 6);

- "il Governo considera, avuto riguardo alla natura dell'operazione ... l'esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto", nonché "l'idoneità dell'assetto risultante dall'atto giuridico o dall'operazione ... a garantire ... la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti" (cfr. D.L. n. 21 del 2012, art. 2, comma 7).

18. Alla luce di queste puntuali coordinate legislative, in considerazione degli impatti che l'operazione potrebbe avere su "fattori produttivi critici della filiera alimentare" (quali indubbiamente sono le sementi e la libertà contrattuale dei produttori agricoli nazionali) e della riconducibilità della società acquirente al Governo di un Paese estraneo all'Unione Europea e connotato da una forma di governo differente da quelle occidentali, il Consiglio dei Ministri ha riscontrato la sussistenza di una "situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti", cui la normativa primaria (cfr. D.L. n. 21 del 2012, art. 2, comma 3) subordina l'esercizio dei poteri di golden power sub specie di veto all'operazione.

18.1. Tale delibazione non sconta il vizio della funzione ravvisato dall'appellante, posto che il Consiglio dei Ministri ha ritenuto, nell'esplicazione dell'ampia discrezionalità di cui – quale massimo organo di indirizzo politico del Paese – dispone, di apprestare una tutela particolarmente incisiva al settore agroalimentare nazionale, da un lato proteggendo il patrimonio informativo, tecnologico, scientifico e contrattuale posseduto, nel settore sementiero, dalle target italiane (in particolare, dalla società Suba Seeds), dall'altro e specularmente impedendo che, grazie all'acquisizione, la società Syngenta (e, per essa, il Governo cinese) integrando la propria filiera, possa incrementare il proprio potenziale capacitativo in un'area dichiaratamente strategica anche per la Repubblica Popolare (cfr. la relazione presentata dalle parti in data 02.08.2021, pag. 8, ove si precisa che "il razionale strategico dell'Operazione è rappresentato dalla rilevanza che il segmento di clientela a livello globale cui Verisem si rivolge riveste per Syngenta").

18.2. Il Consiglio dei Ministri, in particolare, ha inteso evitare che, grazie all'acquisizione, il Governo cinese possa volgere a vantaggio del proprio mercato domestico il potenziale produttivo delle target italiane (in particolare, di Suba Seeds), mediante, inter alia, la "rimodulazione delle priorità e delle tempistiche dell'agenda produttiva delle aziende agricole italiane", la "delocalizzazione dei punti decisionali fuori dai confini nazionali", il "mutamento del modello di business", "l'accelerazione del processo di standardizzazione nella produzione di sementi", tutte ipotesi che non possono certo escludersi in futuro.

18.3. Come già specificato supra, nell'ambito della procedura di cui al D.L. n. 21 del 2012 il Consiglio dei Ministri è organo decisionale deputato, sulla base delle risultanze fattuali dell'istruttoria (e non anche delle valutazioni e delle proposte operate dal Gruppo di coordinamento o dal Ministero responsabile), ad operare un'ampia valutazione prospettica di scenario, tesa da un lato a preservare il Paese da possibili fattori di rischio prospetticamente rilevanti, dall'altro e Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 33 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*contestualmente ad arginare iniziative di Paesi terzi potenzialmente pericolosi o per i quali, comunque, sia ritenuto opportuno un ingaggio geopolitico particolarmente prudente.*

*18.4. In altra angolazione argomentativa, la stessa valutazione di strategicità non costituisce un dato oggettivo e, per così dire, inconfutabile riveniente dalle caratteristiche dell'operazione in sé atomisticamente considerate, ma rappresenta la risultante di una ponderazione altamente discrezionale (se non apertamente politica), sì che ben può essere qualificata "strategica" e capace di determinare "una situazione eccezionale" non altrimenti fronteggiabile un'operazione che pure, di per sé, non presenti profili intrinseci macroscopicamente straordinari: altrimenti detto, una stessa operazione può essere strategica o meno in funzione anche (se non soprattutto) dei soggetti coinvolti, non solo dei caratteri dell'asset e della società target.*

*18.5. Del resto, il controllo di un operatore economico nazionale da parte di uno Stato terzo estraneo all'Unione Europea e con cui non intercorrono formali e cogenti legami di alleanza (si pensi, in primis, a quello riveniente dal Trattato NATO) fa sì che l'operazione non sia ascrivibile al solo mercato ed alle connesse logiche di politica industriale, ma coinvolga ineludibilmente anche considerazioni di politica internazionale e di sicurezza, tese in ultima analisi a preservare non solo il funzionamento corretto del mercato nazionale, messo in pericolo dalla presenza di un operatore longa manus di uno Stato straniero, ma la stessa effettività del principio costituzionale supremo di cui all'art. 1, comma 2 ("La sovranità appartiene al popolo"), potenzialmente vulnerato da acquisizioni di asset fondamentali per la collettività nazionale da parte di Stati stranieri che, ad avviso del Governo, non diano sufficienti garanzie circa il relativo uso.*

*19. La piena idoneità delle ragioni afferenti alla tutela del settore agroalimentare a sorreggere ex se il provvedimento rende superfluo lo scrutinio delle censure mosse dall'appellante alle altre due ragioni enucleate nel provvedimento, inerenti ai profili della "raccolta dati" e alle "tecnologie di machine learning".*

*20. Per doverosa completezza motivazionale, il Collegio precisa che la normativa nazionale di cui al D.L. n. 21 del 2012 è conforme al diritto unionale, che, come visto, lascia ampio spazio al legislatore nazionale (cfr. considerando 8 e 12 del Regolamento 2019/452) e qualifica come "fattore pertinente" ai fini dell'esercizio dei poteri di golden power il controllo dell'acquirente da parte del Governo di un Paese terzo estraneo all'Unione Europea (considerando 13 ed articolo 4 del citato Regolamento).*

*21. Tornando alla vicenda di specie, non può neanche rilevare che la multinazionale ChemChina già controlli un'importante società italiana attiva nel settore automotive (cfr. ricorso al T.a.r., pag. 17): l'esercizio dei poteri di golden power, infatti, consegue ad una considerazione attuale del quadro politico internazionale (strutturalmente in evoluzione) e si modula in base allo specifico settore economico interessato ed alla sua specifica "sensibilità" strategica.*

*22. Non si apprezza, poi, una violazione del principio di proporzionalità.*

*Omissis.*