

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO Sez. III**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

(Novembre 2011 - Gennaio 2012)

SANITA' PUBBLICA - piani di rientro finanziari

**Consiglio di Stato, Sez. III. 20 dicembre 2011 n. 6681, Pres. Lignani, Est. D'Alessio –
Ordinanza Collegiale, Sez. III 27 gennaio Pres. n. 5388 Cirillo, Est. Cacace**

1. Il giudizio di ottemperanza, avendo natura strettamente esecutiva al pari delle analoghe procedure civilistiche, non può essere azionato qualora, come nel caso di specie, vi osti l'articolo 11, comma 2, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 e successive modifiche, sospenda, in via eccezionale e temporanea (attualmente fino al dicembre 2012), tutte le diverse forme di esecuzione a carico delle ASL comprese nelle regioni sottoposte a piani di rientro e non soltanto le procedure esecutive di soddisfazione del credito.

2. Solo in presenza di un provvedimento di ricognizione dei debiti da parte delle ASL debitorici si può ritenere bilanciato il peso dei contrapposti interessi, altrimenti si profila l'irragionevole e sproporzionata compressione del diritto del creditore a procedure di recupero rapidi ed efficaci in presenza di pagamenti tardivi.

[Link al testo sentenza](#)

I. La titolare di una farmacia ha impugnato la sentenza del Tar per la Calabria, sede di Catanzaro, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per l'ottemperanza proposto per l'esecuzione di un decreto ingiuntivo, non opposto e passato in giudicato, emesso dal Tribunale di Cosenza per il pagamento delle somme dovute. Il T.A.R. per la Calabria, dopo aver richiamato il disposto del comma 51, articolo 1, della legge n.220 del 2010 (legge di stabilità 2011), che fa divieto, nei successivi 12 mesi, di avviare azioni esecutive nei confronti delle amministrazioni, ha ritenuto che anche il rimedio dell'ottemperanza rientri nell'ambito di operatività della suddetta disposizione e ha quindi dichiarato che il giudizio non poteva essere proseguito fino alla scadenza del termine del 31 dicembre 2011. Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza del TAR.

II. La sentenza indicata stabilisce che il giudizio di ottemperanza ha sempre natura strettamente esecutiva, in quanto volto ad assicurare la compiuta esecuzione della pronuncia giurisdizionale da ottemperare e, di conseguenza, con esso si può disporre su tale esecuzione se la medesima pronuncia giurisdizionale sia eseguibile. Ciò che non è se l'esecuzione è in contrasto diretto con una norma di legge che espressamente la vieta, come è nella specie, in cui le norme di cui all'art. 11, comma 2, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, l'art. 1, comma 51, della legge 2010, n. 220 l'articolo 17, comma 4, lettera e), del recente decreto legge n. 98 del 2011 sospendono, in via eccezionale e temporanea, tutte le diverse forme di esecuzione a carico delle ASL comprese nelle regioni sottoposte a piani di rientro, e non soltanto le procedure di soddisfazione del credito caratterizzate dall'agire esecutivamente sui beni del debitore. Le disposizioni, infatti, dispongono, con formulazione ampia e generica, che "non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni" già sottoposte ai piani di rientro dai disavanzi sanitari. Le disposizioni in questione sono tutte finalizzate a garantire

il conseguimento di obiettivi complessivi convergenti nel risanamento finanziario e, in questo ambito, ad assicurare il “regolare” pagamento dei debiti accertati nello svolgimento dei medesimi piani. Vale a dire che il pagamento dei debiti deve avvenire in modo ordinato e programmato all’interno dei piani e non deve essere turbato da estemporanee iniziative esecutive di qualsiasi genere in relazione a singole poste di debito. I piani di rientro sono infatti finalizzati ad una complessiva e ordinata gestione dei debiti proprio al fine di soddisfarne il pagamento secondo una precisa graduatoria di priorità. Per questa ragione le disposizioni di legge devono applicarsi al giudizio di ottemperanza, essendo altrimenti del tutto vanificato il loro scopo. Né può sostenersi che la sospensione deve essere interpretata in modo restrittivo limitatamente alle sole procedure esecutive sui beni del creditore, perché altrimenti le disposizioni che la prevedono contrasterebbero con la direttiva 2000/35/CE, in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e dovrebbero essere disapplicate. Il considerando n. 15 della direttiva che prevede che la materia disciplinata dalla direttiva non comprende l’esecuzione forzata, deve essere coerentemente interpretato nel senso di ricomprendere tutte le procedure esecutive secondo le varie accezioni che i diversi ordinamenti prevedono. Inoltre, la direttiva medesima, all’art. 6. comma 3, consente agli stati membri di escludere dalla disciplina dalla stessa prevista “i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore”. Le procedure relative ai piani di rientro dai disavanzi regionali, implicanti una gestione complessiva del debito, a tutela di un equo e omogeneo trattamento di tutte le diverse categorie di debito in relazione alle loro caratteristiche, appaiono assimilabili alle procedure concorsuali aperte a carico del debitore, che la direttiva in questione consente agli stati membri di disciplinare in via autonoma. Lo dimostra il fatto che i piani di rientro sono tenuti, in base ad espressa disposizione (art.1 del decreto-legge n. 78/2010) ad assicurare il conseguimento degli obiettivi dei medesimi piani “nella loro unitarietà” e il carattere, insito nella procedura, di gestione complessiva del debito, Il fatto che non si preveda una riduzione pro quota dell’ammontare di ciascun debito non altera il carattere sostanzialmente concorsuale della procedura, ma tutela parimenti l’ equo e omogeneo trattamento di tutte le diverse categorie di debito in relazione alle loro caratteristiche (pagamenti indifferibili mensili, trimestrali etc).

III. Tuttavia, la successiva ordinanza della medesima Sezione, pur non sconfessando la sentenza, stabilisce che, proprio in forza del fatto che il legislatore abbia voluto riproporre per le aziende sanitarie pubbliche il medesimo schema proprio delle aziende private di cui alla legge fallimentare, che pone al centro l’accertamento del credito e la sua ammissione allo stato passivo, è legittima la reiterata sospensione delle procedure esecutive solamente in presenza di un provvedimento, da parte delle ASL, di ricognizione dei debiti, la cui adozione è in grado di bilanciare l’irragionevole e sproporzionata compressione del diritto del creditore.

Il termine lungo fissato nell’ordinanza per l’adempimento istruttorio risponde al proposito di consentire all’amministrazione la predisposizione del provvedimento.

Contratti della P.A. - CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI - Bandi, avvisi, inviti - Requisiti di partecipazione e di qualificazione - Requisiti di ordine generale

Consiglio di Stato, Sez. III., 30 gennaio 2012, n. 447, Pres. Lodi, Est. Cacace

- 1. In relazione all’obbligo di dichiarazione dei precedenti penali, previsto dall’art. 38, comma 1, lett. c), del D. Lgs. n. 163/2006, il giudizio d’inidoneità morale degli imprenditori persone giuridiche poggia sulla convinzione che vi sia la presunzione che la condotta penalmente riprovevole (sfociata in “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”) di quelle persone fisiche, che svolgono od abbiano svolto di recente un ruolo rilevante all’interno dell’impresa, abbia inquinato l’organizzazione aziendale.*
- 2. Rientrano nella previsione normativa dell’art. 38, comma 1, lett. c), del D. Lgs. n. 163/2006, tutte le ipotesi di accertata responsabilità penale di amministratori o direttori tecnici di*

società indipendentemente dal fatto che il reato sia stato commesso da tali soggetti nell'interesse della società partecipante alla gara o nell'interesse di una diversa società o addirittura nell'esercizio di altra attività, trattandosi in sostanza di una condizione soggettiva, che attiene alla persona dell'amministratore o direttore tecnico e che dunque rimane estranea al rapporto che lega tale figura alla compagine societaria, assumendo semmai tali circostanze rilevanza ai fini della valutazione dell'incidenza del reato sulla moralità professionale.

3. *L'omissione, in sede di partecipazione ad una gara, della dichiarazione concernente l'assenza di cause di esclusione, se pure prevista a pena di esclusione dalla legge di gara, non può in ogni caso portare alla esclusione del concorrente incorso nell'omissione allorché si verta in ipotesi di clausole della lex specialis contraddittorie, equivoche ed ambigue, tali da ingenerare l'errore in cui è caduto il concorrente nel rendere le dichiarazioni richieste dal bando a pena di esclusione.*
4. *Laddove le previsioni del bando e del disciplinare di gara assoggettino all'obbligo di dichiarazione relativa all'assenza delle cause di esclusione, di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del D. Lgs. n. 163/2006; "gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza", come tale è qualificabile il Vice presidente della società, nel caso in cui, pur attribuendo lo Statuto della società la rappresentanza della società al solo presidente del consiglio di amministrazione, lo stesso comunque preveda che il Vice Presidente sostituisce il Presidente nei casi di sua assenza o impedimento.*
5. *Nel caso di radicale mancanza della dichiarazione richiesta dalla normativa primaria e dalla disciplina di gara circa l'assenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38, c. 1, del D. Lgs. 12.04.2006, n. 163 da parte e comunque nei riguardi di tutti i soggetti dotati di poteri rappresentativi, se ne impone l'esclusione, senza possibilità di integrazione postuma in funzione di sanatoria, operando l'opposto principio del c.d. "falso innocuo" alla duplice condizione che l'impresa sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e che la lex specialis non preveda espressamente l'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire.*

[Link al testo sentenza](#)

Specifica la sentenza che la presunzione di inquinamento è assoluta nel caso in cui il soggetto con precedenti penali ancora svolga un ruolo all'interno dell'organizzazione di impresa, mentre è relativa, consentendo così all'impresa di fornire la prova contraria (consistente nella "completa dissociazione"), nel caso in cui questo sia cessato dalla carica e non sia ancora trascorso quel lasso di tempo, che ragionevolmente consente di ritenere il venir meno dell'influenza negativa recata dal soggetto medesimo.

Viene in proposito precisato che, una volta che il concorrente abbia dichiarato il reato per il quale è stato condannato il soggetto incardinato nella sua struttura tecnico-organizzativa, la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato può rilevare ai fini della valutazione, di competenza dell'Amministrazione, circa la gravità del reato e della successiva verifica, sempre affidata all'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, della sua incidenza sulla moralità professionale dell'interessato (cfr. Cons. St., sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723).

La sentenza ha ritenuto che non possa portare all'esclusione dalla gara il fatto che il soggetto abbia reso una dichiarazione del tutto conforme a quella risultante dal modulo predisposto dall'Amministrazione, che faceva supporre la sua piena completezza rispetto alle dichiarazioni da rendersi ai sensi della legge di gara (v., proprio per l'ipotesi di modulistica non conforme al disciplinare, Cons. St., IV, 5 luglio 2011, n. 4029), dovendo in tal caso l'Amministrazione

consentire la regolarizzazione della documentazione di gara nel senso di integrare la dichiarazione incompleta risultante dal modulo predisposto; e ciò in applicazione dei principii in materia di *favor participationis* e di tutela dell'affidamento.

La sentenza ha poi fatto applicazione, in tema di individuazione dei soggetti tenuti ai fini della partecipazione alle pubbliche gare alla dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del D. Lgs. n. 163/2006, dell'indirizzo giurisprudenziale, secondo cui la dichiarazione in esame deve essere resa anche dai Vice Presidenti o dagli amministratori, che esercitano il potere di rappresentanza in funzione vicaria, quando lo statuto della persona giuridica abilita tali soggetti a sostituire in qualsiasi momento il titolare primario della funzione (cfr. Cons. St., V, 15 gennaio 2008, n. 36 e 23 giugno 2010, n. 3972).

Ha aggiunto la sentenza in discorso che il principio del c.d. "falso innocuo", ricorrente in caso d'infedele dichiarazione circa l'assenza in capo ad uno o più amministratori di una delle cause d'esclusione indicate dall'art. 38, c. 1, lett. b) e c), del D. Lgs. n. 163/2006 quando in concreto si accerti che l'amministratore stesso non sia incorso in nessuna di dette cause, non opera allorché si versa in un caso d'incompleta e non già d'infedele (ancorché innocua) dichiarazione resa dal concorrente, nel senso, cioè, che l'indicazione prescritta è stata in concreto materialmente omessa, indipendentemente, quindi, dalla verificabilità, o meno del relativo contenuto

ACCESSO AI DOCUMENTI - Diritto di accesso

Consiglio di Stato, Sez. III., 1° febbraio 2012 n. 519, Pres. Lignani, Est. Palanza

- 1. Il diritto di accesso non può essere esercitato per richieste di un numero indeterminato di atti per un ampio periodo di tempo al mero scopo di verificare se un proprio determinato interesse sia stato leso. In tal caso la richiesta di accesso contrasta con il limite stabilito dall'art. 24 comma 3 della legge n. 241/1990 che impedisce le forme di accesso finalizzate di controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.*

L' Azienda Sanitaria Unica Regionale – A.S.U.R. Marche impugna la sentenza del T.A.R. Marche che ha accolto il ricorso proposto da una società di trasporto che opera nel settore del trasporto sanitario per l'annullamento del diniego opposto dalla medesima A.S.U.R. Marche, con prot. 0006921/11, all'istanza di accesso della ricorrente in data 14 marzo 2011 e per all'accertamento del diritto della medesima ricorrente ad accedere a tutti gli atti di affidamento del servizio di trasporto sanitario assunti negli ultimi cinque anni sia attraverso procedure di evidenza pubblica sia senza gara. La richiesta è motivata dal fatto che la stessa società opera in quel settore e la conoscenza di tali

documenti è funzionale ad eventuali impugnazioni di atti ancora impugnabili o alla tutela del diritto al risarcimento dei danni per perdita di chance, nel caso in cui tali affidamenti fossero stati disposti senza gara e quindi senza che la ricorrente fosse posta in grado di competere con altri operatori del settore.

La decisione

La sentenza del Consiglio di Stato accoglie l'appello dell'Amministrazione in quanto la richiesta di accesso contrasta con le disposizioni dell'articolo 24, comma 3, secondo le quali "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni". La richiesta della società è rivolta ad una indeterminata serie di atti adottati per una specifica finalità in un ampio arco di tempo e in un certo ambito territoriale. La struttura oggettiva della richiesta configura una forma di controllo generalizzato e non quella dell'accesso puntuale ad atti determinati prevista dalla legge n. 241. La norma vieta forme di controllo generalizzato anche nei casi in cui sussista un interesse del richiedente. E' evidente che, se l'esistenza di un interesse legittimasse forme generalizzate di accesso a determinati tipi di atti, verrebbe del tutto svuotato il limite posto dall'art. 24, comma 3. Si legittimerebbero richieste, anche cautelative, volte ad verificare "se" e "quante volte" una determinata Amministrazione abbia eventualmente operato ai danni dei richiedenti, ampliando, in modo illimitato, la legittimazione a richiedere l'accesso e la stessa ratio dell'istituto dell'accesso, come definita dalla legge. In base alle argomentazioni di cui ai punti precedenti, si deduce anche che un interesse potenzialmente suscettibile di tutela in sede di accesso agli atti, se collegato ad una richiesta generalizzata di atti, perde il richiesto carattere di strumentalità diretta, attuale e concreta e la idoneità a sostenere la richiesta. Si dà quindi luogo ad una particolare forma di carenza di interesse con riferimento al tipo di richiesta che viene avanzata.

Contratti della P.A. – servizi socio-assistenziali – remunerazione “a corpo” – minimi tariffari-derogabilità solo in parte.

Contratti della P.A. – anomalia dell’offerta - sensibile scostamento dalle tabelle ministeriali sul costo del lavoro- verifica di congruità.

Contratti della P.A. – veridicità di dichiarazioni rese nelle forme di autocertificazione- obbligo di controllo nella fase di ammissione a gara – non sussiste

Consiglio di Stato, Sez. III, del 26 gennaio 2012 n. 343- Pres. Cirillo, Est. Puliatti

-Nel calcolo “a corpo” del prezzo, la tariffa minima oraria rappresenta un elemento costitutivo del relativo costo, al pari della remunerazione di tutti gli altri fattori produttivi impiegati dall’appaltatore per rendere il servizio, cui rimane estraneo il calcolo esatto del monte ore e la pedissequa remunerazione oraria, analogamente a quel che avviene in un appalto di lavori a corpo, in cui è offerto un prezzo complessivo e l’elenco prezzi analitico diviene irrilevante.

Allorchè la lex di gara imponga, in materia di costo del lavoro, il rispetto senza deroghe del tariffario regionale per gli affidamenti in favore di cooperative sociali, l’unico riferimento inderogabile è rappresentato dai trattamenti minimi salariali fissati con CCNL (voce A del Tariffario regionale); gli altri elementi del prezzo (ad es. costi generali), che compongono il tariffario, rappresentano, invece, parametro di verifica di congruità.

-L’art. 86, comma 3 bis, cod. contratti pubblici prevede che il valore economico delle offerte sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale.

Devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle dette tabelle, predisposte dal Ministero del Lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, costi medi che costituiscono non parametri inderogabili, ma indici del giudizio di adeguatezza dell’offerta, con la conseguenza che è ammissibile l’offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori così come stabilito in sede di contrattazione collettiva. Invero, neppure la tabella ministeriale assume valore di parametro assoluto ed inderogabile, ma è suscettibile di scostamento

in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali svolte dall'offerente, che evidenzino una particolare organizzazione aziendale; cosicchè è rimessa alla stazione appaltante la valutazione della congruità e dell'affidabilità dell'offerta, in caso di sensibile scostamento, mediante il procedimento di verifica delle anomalie.

-- Non sussiste l'obbligo per il seggio di gara di escludere la ditta che ha reso la dichiarazione richiesta dal bando, essendo comminata l'esclusione solo per l'ipotesi di documentazione mancante o omessa dichiarazione.

La veridicità della dichiarazione resa nelle forme dell'autocertificazione di cui agli artt. 46 e 47 DPR 445/2000, va verificata in una fase successiva all'aggiudicazione, prima dell'affidamento contrattuale, al pari degli altri requisiti di ammissione.

[Link al testo della sentenza](#)

- La fattispecie riguardava l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, parte "a corpo" e "parte a misura", di servizi socio-sanitari di assistenza a soggetti affetti da patologie mentali.

- La sentenza ha escluso che il prezzo base operato dall'Azienda sanitaria sarebbe frutto di sottostima dei costi del lavoro se è svincolato dal calcolo esatto del monte-ore corrispettivo, atteso che in parte il servizio viene remunerato "a corpo" e che la specificità di tale forma di remunerazione esclude la necessità per i concorrenti di formulare l'offerta mediante un calcolo esatto del monte ore e la pedissequa remunerazione oraria.

-Ha precisato, inoltre, come l'unico riferimento inderogabile del costo del lavoro, come fissato con apposito Tariffario regionale per gli affidamenti in favore di cooperative sociali, è rappresentato dai trattamenti minimi salariali (voce A) del Tariffario regionale) come risultanti dal C.C.N.L.; mentre gli altri elementi del prezzo, come ad. es. i costi generali, sono derogabili e rappresentano parametro di verifica e valutazione di congruità.

Questa interpretazione appare la più coerente con l'art. 86 cod. contr. e con la giurisprudenza formatasi al riguardo. L'art. 86, comma 3 bis, prevede che il valore economico delle offerte sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale.

La giurisprudenza al riguardo ha affermato che devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle dette tabelle, cosicchè è rimessa alla stazione appaltante la valutazione della congruità e dell'affidabilità dell'offerta, in caso di sensibile scostamento, mediante il procedimento di verifica delle

anomalie, in linea con il principio codificato dall'art. 55 della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE — secondo cui i concorrenti devono avere la possibilità di dimostrare in concreto qualunque circostanza (di diritto e di fatto) che permetta la riduzione dei costi.(Consiglio Stato , sez. VI, 21 luglio 2010 , n. 4783) Consiglio Stato , sez. III, 07 marzo 2011 , n. 1419; Consiglio Stato , sez. VI, 21 luglio 2010 , n. 4783; Consiglio Stato , sez. V, 07 ottobre 2008 , n. 4847; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 04 novembre 2010 , n. 22686).

La sentenza ha, pertanto, escluso che la deroga alle dette tabelle ed al tariffario regionale invocato dall'appellante potesse determinare la non ammissione dell'offerta alla gara.

- Specifica ancora la sentenza, a proposito della verifica del possesso dei requisiti per l'ammissione a gara, che il controllo della veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti è operazione che non compete al seggio di gara in fase di controllo preliminare della documentazione, ai fini dell'ammissibilità delle offerte, ma che la stazione appaltante è tenuta al controllo dopo la definitività dell'aggiudicazione trattandosi di verifica che assume rilevanza ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione e della conseguente stipulazione, come dispone l'art. 11, comma 8, cod. contratti pubblici.

Atto amministrativo – Accesso ai documenti amministrativi

Consiglio di Stato, Sez. III, 13 gennaio 2012, n. 116 – Pres. Cirillo – Est. Dell'Utri

La necessaria sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto di accedere, non significa che l'accesso sia stato configurato dal legislatore con carattere meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante; esso assume invece una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale, ma anche dall'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti in questione, potrebbe proporre.

[Link al testo sentenza](#)

Giurisprudenza consolidata - Precedenti richiamati: Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2010 n. 1067, 25 maggio 2010 n. 3309, 10 gennaio 2007 n. 55 e 7 settembre 2004 n. 5873

La sentenza ha fatto applicazione del principio riportato in tema di accesso chiesto da un sanitario dipendente di un'Azienda ospedaliera al provvedimento di nomina a dirigente dell'ufficio legale, nonché al rispettivo contratto ed agli atti sottostanti, del difensore della stessa Azienda in giudizi civili pendenti instaurati da quel dipendente. Ciò nel rilievo che:

- il dipendente deve ritenersi titolare di posizione giuridicamente rilevante e di interesse fondato su tale posizione, qualificato dalla pendenza dei giudizi civili costituente il necessario collegamento coi documenti richiesti;

- non rileva che il medico, in quanto tale, non sia legittimato ad impugnare la nomina del dirigente dell'ufficio legale non potendo aspirare a ricoprirne l'incarico e stante il decorso dei termini di impugnativa, né che l'eventuale illegittimità della nomina non infici la difesa nei giudizi pendenti, poiché il mandato sarebbe ugualmente valido, e neppure che il mandato sia stato conferito congiuntamente e disgiuntamente anche ad altro difensore, poiché tali argomentazioni attengono all'eventuale inammissibilità o infondatezza, da valutarsi da parte del giudice adito, delle domande giudiziali che il sanitario potrebbe proporre sulla scorta dei documenti richiesti;

- la richiesta non può essere considerata emulativa o diretta al controllo generalizzato dell'attività amministrativa, stanti la sussistenza di nesso di strumentalità e la puntuale limitazione della

medesima mediante indicazione dei contenuti dei documenti che ne formano oggetto e del procedimento in cui si collocano;

- non possono essere opposte ragioni di riservatezza dell'Azienda, perché gli atti non attengono strategie processuali o al segreto professionale, né dei terzi perché, pur riguardando la sfera personale del dirigente dell'ufficio legale, non possono comunque essere negati ai sensi dell'art. 24, co. 7, della legge n. 241 del 1990 e ss.mm.ii. in quanto necessari – nel senso sopra precisato – per curare o difendere gli interessi giuridici del richiedente.

Sanità pubblica

Consiglio di Stato, Sez. III, 19 gennaio 2012, n. 247 – Pres. Lignani – Est. Dell'Utri

E' legittimo il provvedimento regionale con cui, attraverso la metodica "tandem mass", si estende lo "screening" neonatale delle malattie metaboliche ereditarie, oltre alle tre di legge ed ad altre già previste, ad un numero di patologie inferiore a quello consentito agli stessi costi di utilizzo dalla relativa apparecchiatura, in base a valutazioni ispirate al criterio della opportunità/utilità diagnostica di ciascun test, tenuto anche conto degli indirizzi desumibili dalla letteratura scientifica e dalle linee guida nazionali, nonché degli ulteriori e successivi costi di conferma diagnostica e presa in carico assistenziale.

[Link al testo sentenza](#)

La sentenza ha ritenuto infondate, tra le altre, le censure di violazione del diritto alla salute e del principio di buon andamento dell'attività amministrativa in relazione alla mancata estensione dello "screening" a tutte le patologie possibili, sulla scorta del principio affermato da Corte costituzionale, 26 maggio 2005 n. 200 (che, sul punto, richiama le nn. 304 del 1994 e 247 del 1992), secondo cui il fondamentale diritto alla salute consiste in "un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti", tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione anche in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento.

Dicembre 2011

RESPONSABILITA' CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Colpa e dolo Danno non patrimoniale Liquidazione del danno in forma specifica

Consiglio di Stato sez. III sent. 12 dicembre 2011 n. 6507/2011, Pres. Cirillo Est. Simonetti

Il mancato rispetto delle regole di buona fede nel "rapporto amministrativo" comporta il riconoscimento del risarcimento del danno per equivalente anche nell'ipotesi in cui la pretesa avuta di mira dal privato -nel caso di specie l'accertamento del diritto all'assegnazione alla DIA e lo scorrimento della graduatoria con la conseguente immissione nel posto- non sia più possibile, vuoi perché la graduatoria e la successiva nomina sono atti comunque distinti vuoi perché è trascorso un notevole lasso di tempo. Il calcolo del danno subito deve tenere conto del danno non patrimoniale e di quello patrimoniale: nel primo va incluso la frustrazione subita dal soggetto illegittimamente escluso e il secondo va fatto tenendo conto delle probabilità che il danneggiato

aveva di essere assegnato alla DIA all'epoca dei fatti in rapporto alla indennità prevista per l'espletamento dello speciale servizio.

[Link al testo sentenza](#)

Nel caso di specie un commissario capo di polizia aveva partecipato ad un concorso per titoli per essere impiegato nell'allora costituita DIA ed era stato inserito nella graduatoria tra gli idonei. L'amministrazione aveva deciso di scorrere la graduatoria ed aveva assunto tutti coloro che lo precedevano e poi aveva deciso di arrestare lo scorrimento, chiamando altri soggetti che neppure avevano partecipato al concorso. La sezione ha ritenuto illegittima l'azione dell'amministrazione che abbia interrotto bruscamente lo scorrimento, già avviato, di una graduatoria di concorso in quel momento pienamente valida ed efficace, essendo ciò avvenuto senza alcuna motivazione e senza fornire alcuna informazione, oltre che in contrasto con l'art. 9 del bando che indicava lo scorrimento come modalità privilegiata per future assunzioni, determinando irragionevoli disparità di trattamento tra quanti, tra gli idonei, avevano potuto beneficiare dello scorrimento e quanti ne erano stati invece esclusi. Ciò posto, sul presupposto che a distanza di venti anni non sia più possibile la tutela in forma specifica della pretesa allo scorrimento, il danno sofferto deve essere risarcito per equivalente secondo la tecnica della chance, configurandosi la stessa possibilità di conseguire il bene della vita dell'assunzione come un bene che, quanto meno alla data del dicembre 1992, esisteva nel patrimonio del danneggiato e che è stato perduto a causa del fatto illecito dell'Amministrazione.

Quanto alla liquidazione del danno e quindi alla consistenza della chance, bisogna distinguere l'aspetto patrimoniale da quello non patrimoniale.

Il primo è consistito essenzialmente nella mancata attribuzione dell'indennità prevista dall'art. 4 co. 4 della l. 410/1991 che il ricorrente avrebbe goduto ove fosse stato inquadrato nella DIA, con la precisazione che, data la peculiarità del caso di specie, il danno patrimoniale dovrà essere liquidato calcolando l'indennità, anziché per intero, in una misura che il Collegio reputa equo stabilire nella percentuale del 40%.

Vi è poi da riconoscere il danno non patrimoniale, puntualmente dedotto dal ricorrente, venendo in risalto valori di rilievo costituzionale che attengono alla tutela del lavoro, alla formazione e all'elevazione professionale dei dipendenti, anche pubblici, suscettibili di essere risarciti in tale ambito secondo il noto insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nelle sentenze dell'11.11.2008 n. 26972, 26973, 26974 e 26975. La liquidazione deve avvenire in via equitativa, in una percentuale di quanto quantificato a titolo di danno patrimoniale e che, valutata la durata

temporale del danno in una vicenda nella quale è verosimile che sia stato “forte” il senso di frustrazione del danneggiato, il Collegio stima equo fissare nel 25%.

Contratti pubblici – offerta – requisiti partecipazione

Consiglio di Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6968 - Pres. Lignani, Est. Spiezia

Nei casi di consorzi di cui all'art. 34 lett. B e C Codice Contratti (Consorzi di secondo grado) l'obbligo di possedere requisiti di ordine generale richiesti dall'art. 38 D.lgs. n. 163/2006 deve essere soddisfatto, oltre che dal Consorzio che concorre soltanto dalle cooperative designate quali esecutrici, e non da tutte le altre consociate non coinvolte nell'offerta di prestazione.

[Link al testo sentenza](#)

L'obbligo delle dichiarazioni ex art. 38 Codice Contratti deve intendersi riferito, oltre che al Consorzio stesso (tenuto come soggetto dotato di autonoma soggettività), alle sole cooperative indicate quali esecutrici delle prestazioni.

Infatti la stazione appellante non ha un interesse concreto a valutare la specifica situazione di imprese con le quali non verrà in contatto per l'esecuzione del contratto, mentre l'esigenza di evitare che cooperative prive dei requisiti morali possano “indirettamente” (in quanto associate ad un consorzio) partecipare a gare ad evidenza pubblica, viene soddisfatta agevolmente proprio attraverso l'obbligo di possesso dei requisiti di moralità da parte delle singole cooperative esecutrici; d'altra parte ove il Consorzio in corso di contratto proponga di mutare impresa esecutrice, la nuova designata subentrante dovrà dimostrare alla stazione appaltante di possedere i requisiti di carattere generale prescritti (vedi sul punto C.d.S. VI, 29 aprile 2003, n. 2183.

Per converso il deposito di grandi quantità di dichiarazioni da parte di cooperative, che non hanno alcun rapporto con la stazione appaltante, risulterebbe all'evidenza irragionevole e contrastante con l'obbligo di evitare inutili aggravamenti del procedimento (vedi legge n. 241/1990), nonché con la stessa efficienza della amministrazione, costretta a verificare consistenti quantità di documenti relativi a situazioni prive di interesse attuale e concreto.

Pubblico Impiego

Consiglio di Stato, Sez. III, 7 dicembre 2011, n. 6455 – Pres. Lignani – Est. Dell'Utri

L'art. 17, comma 10, del d.l. 1° luglio 2009 n. 78, conv. l. 3 agosto 2009 n. 162, nello stabilire che nel triennio 2010-2012 le amministrazioni pubbliche possono, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno e dei vincoli finanziari, bandire concorsi per le assunzioni a tempo indeterminato con riserva di posti non superiore al 40% per il personale precario non dirigenziale in possesso di determinati requisiti, ha inteso disciplinare ex novo a partire dal 1° gennaio 2010 le modalità di stabilizzazione del detto personale precario delle amministrazioni interessate, in tal modo sostituendo a partire dalla stessa data del 1° gennaio 2010 con tali nuove modalità quelle anteriormente previste, le quali, pertanto, non sono più applicabili alle situazioni non concluse entro tale data.

[Link al testo sentenza](#)

In base al principio riportato, la sentenza ha affermato la legittimità del provvedimento comunale col quale è stato revocato il programma triennale di fabbisogno di personale 2009-2011, nella parte in cui prevedeva l'assunzione diretta (c.d. stabilizzazione) negli anni 2010 e 2011 di dipendenti

precarì non dirigenti in corrispondenza della data di rispettiva maturazione del prescritto requisito del compimento un triennio anche non continuativo di servizio a tempo determinato a seguito di pubblica selezione, giacché alla data del 1° gennaio 2010 il triennio non era ancora compiuto e stante la sopravvenuta normativa, che consente soltanto il concorso pubblico con riserva di posti.

Contratti pubblici – forma scritta

Consiglio di Stato, Sez. III, 12 dicembre 2011, n. 6508 - Pres. Cirillo, Est. Spiezia

A seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti (art. 11, comma 13) va esclusa la interscambiabilità o equivalenza tra le tipologie di contratto individuate dalla suddetta norma e l'incontro di proposta ed accettazione perfezionatosi tra la stazione appaltante e l'impresa la cui offerta è stata prescelta. Tale conclusione è confortata altresì dall'esame della legge di Contabilità di Stato, che indica la scrittura privata e lo scambio di corrispondenza come modalità di stipula del contratto distinte e non sovrapponibili

[Link al testo della sentenza](#)

Il Codice dei contratti pubblici all'art. 11, comma 13, stabilisce "il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica a cura dell'ufficiale rogante dell'amm.ne giudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante".

Pertanto, considerato che l'indicazione delle suddette forme deve considerarsi tassativa in corrispondenza al principio che gli impegni finanziari della P.A. devono perfezionarsi nel rispetto di procedure formali per evidenti esigenze di legalità, certezza degli impegni finanziari ed esperibilità dei controlli prescritti, si può concludere che l'affidamento di un appalto pubblico è consentito, in alcuni casi, mediante scrittura privata sottoscritta da entrambe le parti contraenti, ma non anche con scambio di proposta ed accettazione; va, pertanto, esclusa ogni ipotesi di interscambiabilità tra contratto ed incontro di proposta ed accettazione, viste le tipologie di stipula individuate dalla norma sopracitata e considerato che, secondo la legge di Contabilità di Stato, la scrittura privata e lo scambio di corrispondenza sono indicati come modalità di stipula del contratto distinte e non sovrapponibili.

Processo Amministrativo

Contenzioso appalti-fissazione udienza

Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza collegiale 2 dicembre 2011/ 17.1.2012 n. 150 - Pres. Cirillo, Est. Puliatti

La fissazione dell'udienza di merito "nel rito appalti" deve rispettare i termini minimi dilatori ricavabili dalla lettura sistematica delle norme del codice del processo amministrativo di cui agli artt. 71, commi 3 e 5, e 73 c.p.a., che tenendo conto del dimezzamento dei termini processuali di cui all'art. 119, comma 2, applicabile ex art.120, comma 3, assommano a giorni sessanta (trenta +trenta).

[Link al testo sentenza](#)

L'ordinanza ha rimesso sul ruolo la causa, in materia di appalti, rilevando che, ai sensi dell'art. 71, comma 3, c.p.a., la fissazione dell'udienza per la discussione del ricorso può avvenire solo decorso il termine per la costituzione delle "altre parti" e, pertanto, solo decorsi trenta giorni dal perfezionarsi della notifica del ricorso per il destinatario, ai fini della costituzione in giudizio (sessanta giorni essendo il termine ordinario ex art 46 c.p.a) e che, ai sensi dello stesso articolo 71, comma 5, l'avviso di udienza va comunicato alle parti costituite, a cura dell'ufficio di segreteria, "almeno sessanta" giorni (in caso di dimezzamento dei termini, almeno trenta giorni) prima dell'udienza fissata.

Tale secondo periodo di "almeno" trenta giorni precedenti l'udienza, (ai fini dell'adempimento di segreteria), va sommato al precedente termine di trenta giorni, utile per la tempestiva costituzione in giudizio, in quanto l'espressione usata dalla norma, secondo cui l'avviso di udienza va inoltrato "alle parti costituite", nonchè la stessa previsione del richiamato primo comma dell'art. 71, lasciano chiaramente intendere che solo dopo la scadenza del termine per la costituzione delle parti intimato può aver luogo l'adempimento di segreteria, al fine di consentire alle parti di organizzare le difese, nel rispetto dei termini decadenziali di cui all'art. 73 c.p.a.(anch'essi dimezzati nel rito appalti).

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6413 del 18 novembre/6 dicembre 2011

Può concedersi l'errore scusabile e la rimessione in termine, ai sensi dell'art. 37 cod. proc. amm., per il tardivo deposito del ricorso, oltre il termine dimezzato fissato dall'art. 87, comma 2, avuto riguardo alle complessive modalità di svolgimento della vicenda, ed alle condizioni personali della ricorrente, invalida al 100%, alla quale ha prestato assistenza, anche legale, nel caso di specie, il fratello non abilitato all'esercizio della professione legale, presumibilmente non aggiornato circa le novità processuali introdotte dal codice del processo amministrativo in materia di deposito del ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi ex art. 116 c.p.a.

[Link al testo sentenza](#)

Il caso riguardava l'esercizio del diritto di accesso a documenti concernenti un intervento terapeutico e l'interesse era connesso sia al diritto alla salute che al diritto al risarcimento dei danni. (l'interessata chiedeva l'esibizione della relazione medic-odontoiatrica ed altri atti, concernenti la modifica della protesi mobile, da cui erano derivati ipotetici danni alla salute).

La sentenza ha richiamato un precedente della Sezione che ha ammesso il beneficio della rimessione in termini per errore scusabile in ipotesi di mancato rispetto del termine dimezzato fissato dall'art. 87, comma 2, del codice proc. amm. per i giudizi in camera di consiglio (ove il ricorso sia stato notificato e depositato poche settimane dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo), atteso che la nuova regola rappresenta una radicale innovazione rispetto al sistema previgente (Consiglio Stato, sez. III, 11 marzo 2011 , n. 1578).

Ha inoltre precisato che la circostanza che la ricorrente non abbia invocato l'errore scusabile in prima istanza non introduce in appello "ius novorum", in quanto il principio del divieto del "ius novorum" in appello non riguarda eccezioni e questioni che siano rilevabili d'ufficio, com'è l'errore scusabile (Consiglio Stato, sez. VI, 01 settembre 2009 , n. 5121).

Novembre

STRANIERO - regolarizzazione

SENTENZA C.d.S. III, N. 6411 del 18 novembre 2011 Pres. Cirillo, Est. Puliatti

E' illegittimo il rigetto dell'istanza di permesso di soggiorno in esito a procedura di emersione ex l.102/2009 dello straniero condannato per violazione dell'ordine di espulsione del Prefetto, sul presupposto che la condanna subita avesse valenza automaticamente ostativa al rilascio della regolarizzazione richiesta, senza autonoma valutazione della concreta pericolosità sociale.

Difatti, la disciplina comunitaria delle procedure di rimpatrio di cui alla direttiva 2008/115/CE, di immediata applicazione negli Stati membri, ha prodotto l'abolizione del reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, con efficacia retroattiva ai sensi dell'art. 2 del codice penale. Tale retroattività riverbera i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato, in quanto il principio del tempus regit actum esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia irretrattabilmente definito, e non quando sia ancora sub iudice.

[Link al testo sentenza](#)

La sentenza fa applicazione dei principi sanciti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 10 maggio 2011, nn. 7 e 8, secondo cui, prendendo atto della sopravvenuta sentenza 28 aprile 2011, in causa C-61/11 PPU, della Corte di Giustizia Europea, "in tema di regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari condannati, il reato di violazione dell'ordine del Questore di lasciare il territorio dello Stato, previsto dall'art. 14, comma 5 ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, punito con una pena edittale fino a quattro anni di reclusione e per il quale è previsto l'arresto obbligatorio, non è più compatibile con la disciplina comunitaria delle procedure di rimpatrio di cui alla direttiva 2008/115/CE.

La normativa di matrice comunitaria è di immediata applicazione negli Stati membri, posto che è inutilmente decorso il termine fissato per il recepimento da parte dello Stato Italiano, e produce l'abolizione del reato, con efficacia retroattiva ai sensi dell'art. 2 del codice penale.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI

Oggetto del contratto --- accordo-quadro

Consiglio di Stato Sez. III, N. 6181 DEL 21 OTTOBRE/23 NOVEMBRE 2011 - Pres. Cirillo, Est. Puliatti

In una convenzione-quadro per l'acquisto "centralizzato" di medicinali, la determinatezza dell'oggetto del "contratto" è raggiunta quando vengono formulate "indicazioni di fabbisogno" sulla base di dati storici la cui attendibilità non viene contestata e le quantità di medicinali siano solo "indicativamente" specificate, ovvero la lex di gara e la convenzione indicano soltanto "il limite massimo della quantità dei beni oggetto dei futuri ordinativi".

Non è pertinente il riferimento all'art. 1560, 1° comma, c.c., che riguarda la determinabilità della prestazione nel contratto di somministrazione con riguardo al "normale fabbisogno" al tempo della conclusione del contratto, in quanto la gara non riguarda la stipula di un contratto di somministrazione ma vale solo ad individuare il fornitore e a fissare le condizioni economiche della fornitura in via astratta, presunto in via indicativa un certo fabbisogno.

[Link al testo sentenza](#)

La sentenza si è occupata della legittimità di una convenzione-quadro, stipulata in esito a gara di evidenza pubblica, ex artt. 20 e 21 della l. della Regione Emilia Romagna 24.5.2004, n. 11, che disciplinano, a favore delle Amministrazioni pubbliche della regione, un sistema di negoziazione "centralizzato" per gli acquisti di beni e servizi "standardizzabili secondo le esigenze comuni".

Ha affermato che la convenzione -quadro è cosa diversa rispetto all'appalto di fornitura e serve solo, in quanto accordo programmatico, a stabilire le "condizioni" (prezzi ed altro) che verranno praticate in seno ai singoli contratti di acquisto.

Il contratto normativo o programmatico disciplina le condizioni generali dei futuri contratti di somministrazione e viene attuato mediante ulteriori e distinti accordi negoziali.

Pertanto, la sentenza ha ritenuto sufficiente ai fini della determinatezza dell'oggetto dell'accordo-quadro che sia indicata la "quantità totale" di medicinali presuntivamente rispondente al fabbisogno nel biennio delle Aziende sanitarie, nonché "l'importo massimo spendibile" ad essa quantità riferito, posto a base di gara per ciascun lotto.

La quantità dei beni oggetto degli acquisti nel biennio sarà successivamente determinata con esattezza a mezzo degli ordinativi, essendo il risultato delle effettive richieste delle singole aziende sanitarie.

Ottobre2011

Consiglio di Stato Sez. III, N. 6147/2011 del 21 ottobre/ 22 novembre 2001 Pres. Cirillo, Est. Puliatti

Processo amministrativo

L'art. 9, cod.proc.amm. nella parte in cui esclude che il giudice d'impugnazione possa rilevare il difetto di giurisdizione d'ufficio opera immediatamente sui processi in corso, secondo la regola propria delle norme processuali; ma nella parte in cui involge attività processuale delle parti, soggiace alla regola "tempus regit actum".

Deve escludersi che il giudice possa dichiarare inammissibile un'eccezione che, rispetto alla normativa in vigore al momento della sua proposizione, risulta senz'altro ritualmente proposta, risultando pacifico che prima dell'entrata in vigore del Codice l'eccezione di difetto di giurisdizione poteva essere riproposta in appello anche con semplice memoria; conseguentemente, la sentenza ha dichiarato il difetto di giurisdizione su eccezione dell'appellante proposta nel corso del processo, e non con "specifico motivo di appello".

[Link al testo della sentenza](#)

Oggetto del ricorso era una pretesa a contenuto esclusivamente patrimoniale, ovvero si chiedeva l'accertamento del diritto soggettivo alla percezione del corrispettivo a fronte di prestazioni sanitarie effettuate in regime di convenzione, con conseguente condanna dell'Azienda al pagamento delle somme dovute a tale titolo.

Sia all'epoca in cui venne proposto il ricorso introduttivo, sia allorchè venne pronunciata la sentenza di primo grado, sia all'atto della proposizione del ricorso in appello, la giurisdizione in subiecta materia apparteneva pacificamente al giudice amministrativo, in forza dell'art. 33, comma 2 lett. e), d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, l. 21 luglio 2000 n. 205, recante la nuova disciplina della giurisdizione in materia di pubblici servizi.

Successivamente, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale "in parte qua" della citata norma ad opera della Corte costituzionale, con sentenza 6 luglio 2004 n. 204, la giurisdizione del giudice amministrativo è venuta meno (anche con riguardo a tutti i rapporti non ancora esauriti, stante l'efficacia retroattiva che assiste le pronunce della Corte costituzionale).

La sentenza della III Sezione affronta la questione del difetto di giurisdizione sollevata dall'appellante solo con una memoria successiva alla proposizione dell'appello e si interroga se ciò sia sufficiente a condurre ad una pronuncia di inammissibilità del ricorso. (Nella specie, tra

l'altro, l'appellante in primo grado aveva proposto l'eccezione di difetto di giurisdizione, anche se con diversa motivazione, e sulla questione il giudice aveva implicitamente pronunciato rigettandola.)

La sentenza risponde affermativamente al quesito, rilevando un duplice contenuto precettivo del sopravvenuto art. 9 cod. proc. amm.,

E' richiamato un precedente della sez. VI, sentenza n. 8925 del 15 dicembre 2010.

Giurisdizione Giudice ordinario

Consiglio di Stato, Sez. III, N. 6183 DEL 21 OTTOBRE 2011 Pres. Cirillo-Est. Puliatti

A seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, la domanda, proposta in data successiva all'entrata in vigore della l. 21 luglio 2000 n. 205 (il cui art. 7 ha sostituito l'art. 33, del D.lgs n. 80/98), esula dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, avendo per oggetto l'accertamento soltanto dell'effettiva debenza dei compensi richiesti, senza coinvolgere una verifica dell'azione autoritativa della Pubblica amministrazione o l'esercizio dei poteri discrezionali di cui essa gode nella determinazione di indennità, canoni o altri corrispettivi.

La causa è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario anche se l'azione esercitata è azione di indebito arricchimento, trattandosi di istituto civilistico, concernente questioni di natura patrimoniale configurabili come di diritto soggettivo anche quando parte sia una P.A.

[Link al testo della sentenza](#)

La controversia sottoposta al Collegio aveva ad oggetto unicamente il pagamento di somme a titolo di corrispettivo di prestazioni effettuate da un Laboratorio di analisi cliniche, in regime di accreditamento, in favore di assistiti del Servizio Sanitario Nazionale e non anche la legittimità dei provvedimenti regionali che fissano "il tetto di spesa".

Sul punto la giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante (C.ds. V, n. 9625/2004; 7141/2004; 5/2006; 2456/06).

Si precisa che la controversia non coinvolge l'esercizio di poteri autoritativi, neppure sotto il profilo del riconoscimento del diritto ex art. 2041 c.c..

Cita a proposito Cass Sez. n 18.11.2010 n. 23284; T.A.R. Emilia Romagna Parma, sez. I, 01 luglio 2008 , n. 341; Cassazione-Sezioni Unite, n. 22119 del 24 novembre 2004; Consiglio di Stato-Sezione 1^, n. 8153 del 21 dicembre 2004; T.A.R. Bari-Sezione 1^, n. 3185 del 7 luglio 2005.

Consiglio di Stato Sez. III, N. 6147/2011 del 21 ottobre/ 22 novembre 2001 Pres. Cirillo, Est. Puliatti

Processo amministrativo

L'art. 9, cod.proc.amm. nella parte in cui esclude che il giudice d'impugnazione possa rilevare il difetto di giurisdizione d'ufficio opera immediatamente sui processi in corso, secondo la

regola propria delle norme processuali; ma nella parte in cui involge attività processuale delle parti, soggiace alla regola “tempus regit actum”.

Deve escludersi che il giudice possa dichiarare inammissibile un'eccezione che, rispetto alla normativa in vigore al momento della sua proposizione, risulta senz'altro ritualmente proposta, risultando pacifico che prima dell'entrata in vigore del Codice l'eccezione di difetto di giurisdizione poteva essere riproposta in appello anche con semplice memoria; conseguentemente, la sentenza ha dichiarato il difetto di giurisdizione su eccezione dell'appellante proposta nel corso del processo, e non con “specifico motivo di appello”.

[Link al testo della sentenza](#)

Oggetto del ricorso era una pretesa a contenuto esclusivamente patrimoniale, ovvero si chiedeva l'accertamento del diritto soggettivo alla percezione del corrispettivo a fronte di prestazioni sanitarie effettuate in regime di convenzione, con conseguente condanna dell'Azienda al pagamento delle somme dovute a tale titolo.

Sia all'epoca in cui venne proposto il ricorso introduttivo, sia allorchè venne pronunciata la sentenza di primo grado, sia all'atto della proposizione del ricorso in appello, la giurisdizione in subjecta materia apparteneva pacificamente al giudice amministrativo, in forza dell'art. 33, comma 2 lett. e), d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, l. 21 luglio 2000 n. 205, recante la nuova disciplina della giurisdizione in materia di pubblici servizi.

Successivamente, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale “in parte qua” della citata norma ad opera della Corte costituzionale, con sentenza 6 luglio 2004 n. 204, la giurisdizione del giudice amministrativo è venuta meno (anche con riguardo a tutti i rapporti non ancora esauriti, stante l'efficacia retroattiva che assiste le pronunce della Corte costituzionale).

La sentenza della III Sezione affronta la questione del difetto di giurisdizione sollevata dall'appellante solo con una memoria successiva alla proposizione dell'appello e si interroga se ciò sia sufficiente a condurre ad una pronuncia di inammissibilità del ricorso. (Nella specie, tra l'altro, l'appellante in primo grado aveva proposto l'eccezione di difetto di giurisdizione, anche se con diversa motivazione, e sulla questione il giudice aveva implicitamente pronunciato rigettandola.)

La sentenza risponde affermativamente al quesito, rilevando un duplice contenuto precettivo del sopravvenuto art. 9 cod. proc. amm.,

E' richiamato un precedente della sez. VI, sentenza n. 8925 del 15 dicembre 2010.

Atto amministrativo – annullamento d'ufficio

Consiglio di Stato, Sez. III, 5 ottobre 2011, n. 5480 - Pres. Cirillo, Est. Spiezia

La legge 1° febbraio 2005 n. 15 (Modifiche ed integrazioni della legge n. 241/190, recante norme generali sull'azione amministrativa) ha introdotto una disciplina organica e generale dell'esercizio del potere di autotutela da parte della P.A. attraverso la revoca del provvedimento (art. 21 quinquies), il recesso dal contratto (art. 21 sexies), la nullità e l'annullabilità del provvedimento (artt. 21 septies ed octies) nonché l'annullamento d'ufficio (art. 21 nonies).

Pertanto, la disciplina dell'annullamento d'ufficio, contenuta nel secondo periodo del comma 136 , art. 1, della legge finanziaria n. 311/2004, più che recare norma speciale che non sarebbe derogata da quella posteriore generale, si configura come regolamentazione parziale ed incompleta dell'esercizio del potere di autotutela, sul quale, invece, qualche mese dopo il legislatore ha compiuto un organico intervento di carattere generale con l'inserimento di un'apposito articolo, 21 nonies, nel testo della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990.

[Link al testo della sentenza](#)

La sentenza ha statuito che il possibile superamento del periodo triennale quale sbarramento "comunque" (vedi legge finanziaria n. 311/2004, art. 1, comma 136) preclusivo all'esercizio dell'annullamento d'ufficio, appare più rispondente alla esigenza che la P.A. possa perseguire la riduzione di oneri finanziari derivanti dall'esecuzione di provvedimenti illegittimi (e quindi realizzare un interesse pubblico attuale e concreto) attraverso uno strumento autogiustiziale particolarmente efficace come l'annullamento d'ufficio, mentre la limitazione temporale del suo impiego entro un ristretto periodo prefissato in sede legislativa mal di concilia con l'effettiva salvaguardia dell'interesse pubblico al buon uso delle risorse finanziarie e con lo stesso interesse generale (cioè sia pubblico che privato) al buon andamento della attività amministrativa ed al contenimento degli effetti non virtuosi connessi alla perdurante esecuzione di provvedimenti che, nonostante siano illegittimi, risultano pur sempre adottati nell'esercizio dei poteri pubblici dell'organo emanante.

Infatti, sotto il profilo della valutazione dei contrapposti interessi, se i destinatari del provvedimento illegittimo vanno tutelati nell'affidamento posto nell'efficacia del provvedimento stesso (pur se illegittimo), è evidente, nondimeno, che antitetico interesse si configura in capo ai controinteressati i quali confidano negli effetti a loro favorevoli connessi al ripristino della legalità ed all'eliminazione delle situazioni di ingiusto vantaggio goduto dai destinatari del provvedimento *contra legem*.

Pertanto, considerati i sopra illustrati aspetti delle "ragioni di interesse pubblico" menzionate dall'art. 21 nonies legge n. 241/1990, il Collegio ritiene che tale ultima disposizione sull'annullamento d'ufficio, in quanto contenuta in norma successiva e recante disciplina organica dell'istituto, prevale sulla disposizione più restrittiva, inserita nell'art. 1 comma 136 della legge finanziaria n. 311/2004, con la conseguenza pratica (nel caso più concretamente apprezzabile) che il decorso di tre anni di efficacia del provvedimento illegittimo non preclude alla P.A. l'esercizio dell'annullamento d'ufficio.

Settembre 2011

Giustizia amministrativa - Ricorso straordinario – Giudizio di ottemperanza-Ammissibilità - Competenza

Consiglio di Stato, Sez. III. Ordinanza collegiale 4 agosto 2011, n. 4666, Pres. Lignani, Est. Simonetti

Per l'esecuzione del decreto che accoglie il ricorso straordinario al capo dello Stato è ammissibile il ricorso per ottemperanza al giudice amministrativo che deve essere proposto, ai sensi dell'art. 113, 2° comma, cod. proc. amm., dinanzi al Tar Lazio

Il caso

La Sig.ra Giuseppina De Luca ha chiesto l'esecuzione del decreto emesso il 30.9.2008 dal Presidente della Repubblica, in conformità del parere della Prima Sezione del Consiglio di Stato, sul

ricorso straordinario presentato nel lontano 3.5.1995 avverso la propria decadenza dal servizio di puericultrice alle dipendenze dell'Azienda Ospedaliera S. Martino di Genova.

La ricorrente ha domandato, in particolare, quale conseguenza dell'annullamento con effetto retroattivo dell'atto impugnato disposto con il D.P.R., la completa riduzione in pristino e, quindi, la corresponsione di tutti gli emolumenti non ricevuti nel periodo compreso tra il 20.1.1995 ed il 31.8.2009 data in cui è stata riammessa in servizio, nonché la regolarizzazione della propria posizione previdenziale ed assistenziale con il versamento dei relativi contributi.

Le decisioni

Il Consiglio di Stato, da un lato, ribadisce la posizione accolta di recente da Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, Foro it., 2011, I, 742, e confermata da Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513, ibid., III, 530, circa l'ammissibilità del ricorso per ottemperanza per l'esecuzione del decreto che accoglie il ricorso straordinario al capo dello Stato; dall'altro, a differenza di tali pronunce, ma in sintonia con alcuni dei primi commenti dottrinali al codice del processo amministrativo, richiama l'art. 112, 2° comma, lett. d), quale argomento a sostegno dell'esperibilità del ricorso per ottemperanza anche nei confronti del decreto che decide il ricorso straordinario («l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione ... d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo di conformarsi alla decisione»). Si tratterebbe del riconoscimento della necessità segnalata dalla commissione affari costituzionali del senato «di dare applicazione agli art. 6 e 13 della convenzione europea dei diritti dell'uomo per le decisioni la cui cogenza è equiparata a quella delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili» (relazione al codice, in <www.giustizia-amministrativa.it>). Da questo punto di vista, la disposizione rappresenterebbe una previsione in grado di giustificare nuove ipotesi di provvedimenti eseguibili attraverso il rimedio dell'ottemperanza.

La motivazione dell'ordinanza poggia sul duplice rilievo che, per un verso, il termine «decisione», astrattamente comprensivo anche del decreto emanato a definizione del ricorso straordinario, al posto di «sentenza», sarebbe un indice della scelta del legislatore di ricomprendere il decreto presidenziale tra i provvedimenti per i quali è ammesso il ricorso per ottemperanza; e, per altro verso, le peculiarità che indubbiamente caratterizzano il ricorso straordinario rispetto agli altri ricorsi amministrativi non giustificano la conclusione sulla natura giurisdizionale del parere del Consiglio di Stato.

La pronuncia esclude — con particolare riferimento a contraddittorio, istruzione probatoria, doppio grado di giudizio — la configurabilità dei requisiti necessari per ritenere la procedura del ricorso straordinario compatibile con i canoni del giusto processo. Ciò vale, soprattutto, a riaffermare la distinzione presente in Costituzione «tra il Consiglio di Stato nella veste di 'organo di tutela della giustizia nell'amministrazione' ed in quella di 'organo di giustizia amministrativa', a norma, rispettivamente degli art. 100 e 103 Cost.» (§ 3.5).

In conclusione, secondo l'ordinanza in epigrafe, l'assimilazione tra i due rimedi è possibile solamente sul piano dell'atto e dei suoi effetti, dovendosi continuare a qualificare il decreto presidenziale alla stregua di un provvedimento formalmente amministrativo, anche se (per vari aspetti) equiparato ad una sentenza.

Ne consegue che, una volta ricondotta la decisione sul ricorso straordinario fra i provvedimenti equiparati alla sentenza, di cui tratta la lett. d) dell'art. 112, 1° comma, cod. proc. amm., e non più nell'ipotesi prevista dalla lett. b) del medesimo comma, il Consiglio di Stato deve dunque dichiarare il proprio difetto di competenza in primo grado in favore del Tar Lazio.

Consiglio di Stato, Sez. III, 31 agosto 2012, n. 4893 – Pres. Lignani, Est. Dell’Utri

Ai sensi degli artt. 33 e 38 del regolamento CE n. 1782 del 2003 e salvi i rapporti privatistici, è legittimo il provvedimento dell’AGEA (Agenzia Generale per le Erogazioni in Agricoltura) con il quale i titoli all’aiuto per la produzione dell’olio d’oliva vengono intestati al soggetto che ha già fruito del medesimo aiuto nel periodo di riferimento in qualità di procuratore generale del proprietario dei fondi coltivati, espressamente legittimato – oltre che alla coltivazione dei fondi - a firmare e presentare personalmente le domande e le denunce di coltivazione, nonché a riscuotere i relativi importi, anziché all’avente causa del proprietario, non beneficiario di aiuto nel periodo di riferimento.

[Link al testo sentenza](#)

La sentenza nega la possibilità che destinatario del provvedimento di attribuzione dei titoli in questione sia l’avente causa del proprietario dei fondi coltivati sulla scorta dell’art. 33 del citato regolamento CE n. 1782 del 2003, secondo cui una delle condizioni per l’ammissione ai benefici è costituita dall’aver fruito di aiuti nell’anteriore, prefissato periodo, e del successivo art. 38, il quale stabilisce che per l’olio d’oliva lo “importo di riferimento” è costituito dalla “media quadriennale degli importi complessivamente percepiti da un agricoltore ... durante le campagne di commercializzazione 1999/2000 ...”, sicché, nella mancata percezione di tali importi, nemmeno è possibile il computo dell’importo di riferimento.