

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Aprile 2012

**Contratti pubblici nei settori ordinari. Aggiudicazione.
Giurisdizione. Appalto.**

Consiglio di Stato, Sez. III, 5 aprile 2012, n. 2043 - Pres. Lignani, Est. Spiezia

L'aggiudicazione provvisoria, pur se è un provvedimento diverso dall'aggiudicazione definitiva, tuttavia rappresenta il momento conclusivo del procedimento nel quale confluiscono tutte le violazioni verificatesi nel corso del procedimento medesimo e cioè, nel caso specifico, nel corso dell'esame delle offerte da parte della commissione di gara (1).

La determinazione con la quale la stazione appaltante autorizza l'aggiudicataria a procedere allo smaltimento dei rifiuti presso impianti diversi rispetto a quelli indicati nella documentazione di gara, costituisce esercizio di poteri autoritativi e rientra, pertanto, nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (2).

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

La società classificatasi al secondo posto in una gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti sanitari, ha impugnato dinanzi al Tar Puglia, con ricorso e due atti di motivi aggiunti, l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, la *lex specialis* e la determinazione dirigenziale con cui la stazione appaltante aveva autorizzato la società succeduta all'aggiudicataria, a seguito di cessione di ramo d'azienda, a smaltire i rifiuti ospedalieri in impianti diversi da quelli indicati nella documentazione di gara, chiedendo altresì il risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente.

Il Tar ha dichiarato improcedibile l'atto introduttivo avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, ha respinto i ricorsi per motivi aggiunti, dichiarando inammissibile, per difetto di giurisdizione, l'impugnazione della determinazione dirigenziale e ha, altresì, respinto la domanda di risarcimento del danno. Il Consiglio di Stato ha riformato, in parte, la sentenza di primo grado, annullando l'aggiudicazione definitiva, dichiarando inefficace il contratto stipulato con l'aggiudicataria, con conseguente subentro della società appellante, e riconoscendo il risarcimento del danno per equivalente.

La decisione.

(1) Il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza del Tar che aveva dichiarato improcedibile l'atto introduttivo avverso l'aggiudicazione provvisoria, ritenendo che il ricorrente, impugnando l'aggiudicazione definitiva, avesse abbandonato implicitamente l'atto introduttivo, ha statuito che i motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva hanno ampliato il giudizio instaurato avverso l'aggiudicazione provvisoria, precisando altresì che dagli atti non si desume in modo univoco la volontà del ricorrente di abbandonare le censure dell'atto introduttivo. Inoltre, va considerato che i provvedimenti impugnati con l'atto introduttivo e con i motivi aggiunti non sono diversi: l'aggiudicazione provvisoria, pur se è un provvedimento diverso dall'aggiudicazione definitiva, tuttavia rappresenta il momento conclusivo del procedimento nel quale confluiscono tutte le

violazioni verificatesi nel corso del procedimento medesimo e cioè, nel caso specifico, nel corso dell'esame delle offerte da parte della commissione di gara. Tra l'altro, vi è una correlazione logico-temporale tra i motivi di gravame, in quanto le censure di carenza dei requisiti prescritti dal disciplinare si correlavano a situazioni già perfezionate al momento dell'aggiudicazione provvisoria che divenivano lesive con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Premesso ciò, rilevato, nel merito, che l'offerta dell'aggiudicataria non era conforme al disciplinare di gara, che prevedeva, a pena di esclusione, la presentazione di autorizzazioni di almeno due impianti per lo smaltimento finale, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso, dichiarando inefficace il contratto in corso con l'aggiudicataria e disponendo il subentro della società ricorrente, espletate le verifiche sul possesso dei requisiti di aggiudicazione in capo alla stessa.

(2) La sentenza ha riformato la pronuncia di primo grado anche nella parte in cui ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla determinazione dirigenziale con la quale la stazione appaltante aveva autorizzato l'aggiudicataria a procedere allo smaltimento dei rifiuti presso impianti diversi rispetto a quelli indicati nella documentazione di gara. Ha statuito il collegio che tale autorizzazione solo apparentemente attiene alla fase esecutiva del rapporto contrattuale, ma in realtà costituisce esercizio di poteri autoritativi da parte della stazione appaltante. Pertanto, rientra nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

Dichiarata l'illegittimità dell'aggiudicazione, il collegio ha esaminato la domanda di risarcimento del danno, in ossequio ai consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza. La sentenza ha affermato che, ai fini della determinazione del risarcimento del danno per equivalente, il lucro cessante va computato non sull'importo a base dell'appalto, ma sull'offerta presentata. Inoltre, va quantificato tenendo conto del fatto che la società appellante non ha documentato di non avere utilizzato le risorse aziendali (nelle more della gara) in altri servizi, e quindi di non aver realizzato comunque un utile *aliunde perceptum*. Nella voce danno emergente non sono computabili le spese affrontate per la partecipazione alla gara, atteso che le medesime non sono ristrate neanche all'aggiudicataria e, ove riconosciute, farebbero conseguire all'impresa un benefico maggiore di quello che le deriverebbe dall'aggiudicazione.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Commissione di gara.

Consiglio di Stato, Sez. III, 10 aprile 2012, n. 2054 - Pres. FF Botto, Est. Simonetti

Viola l'art. 84, comma 2, del codice dei contratti pubblici, per difetto di "esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto", l'assoluta mancanza di ingegneri all'interno di una commissione cui è demandato il fondamentale compito di valutare motivatamente la qualità delle offerte tecniche relative ad impianti ascensori (1).

La violazione dell'art. 84, comma 2, non ha valenza meramente procedimentale, tenuto conto che una commissione composta di "veri" esperti avrebbe potuto valutare diversamente le offerte tecniche dei concorrenti, determinando un diverso esito della procedura (2).

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

Un consorzio, classificatosi terzo nella graduatoria di una procedura per l'affidamento del servizio di manutenzione degli impianti elevatori di una Asl, ha proposto ricorso avverso gli esiti della gara, contestando la legittimità dell'intera procedura. Il TAR Campania ha accolto il ricorso, ritenendo fondate le censure concernenti la composizione della commissione giudicatrice e le modalità di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

La decisione.

(1) Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado, rigettando l'appello proposto dalla stazione appaltante, stabilendo che la regola dettata dall'art. 84, comma 2, del codice dei contratti pubblici (secondo il quale la commissione giudicatrice deve essere formata da “esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto”) è il portato dei principi di rango costituzionale di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa. Tale regola è violata nel caso in cui la commissione giudicatrice di una procedura per l'affidamento del servizio di manutenzione degli ascensori non sia composta da nessun ingegnere. Nel caso di specie, la violazione è ancora più vistosa, in quanto appare evidente l'incompetenza del medico chirurgo a svolgere un'attività di valutazione che, con ogni ragionevole probabilità, esula dalle sue competenze ed esperienze.

(2) La sentenza ha rigettato l'appello anche sulla base del rilievo che la violazione dell'art. 84, comma 2, non ha valenza meramente procedimentale e che, come assunto dal consorzio ricorrente, una commissione formata da “veri” esperti in materia di ascensori avrebbe potuto valutare diversamente le offerte tecniche dei concorrenti, determinando, in ipotesi, un diverso esito della procedura.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Offerta anomala.

Consiglio di Stato, Sez. III, 11 aprile 2012, n. 2073 - Pres. Lignani, Est. Simonetti

In tema di verifica dell'anomalia dell'offerta, il problema della sufficienza o insufficienza della motivazione del provvedimento con cui si accettano le giustificazioni dell'impresa offerente si pone in termini notevolmente diversi a seconda del grado e del tipo di anomalia che abbia dato motivo alla verifica dell'offerta. Qualora si proceda alla verifica a norma dell'art. 86, comma 2, del codice dei contratti pubblici non occorre una motivazione particolarmente approfondita. Invece, nel caso in cui l'offerta presenti profili oggettivi ed evidenti di anomalia, una motivazione del tutto assente o gravemente lacunosa non solo impedisce al giudice di ricostruire l'iter logico che ha guidato l'amministrazione nella sua scelta, ma pregiudica anche la stessa possibilità di verificare l'attendibilità delle valutazioni tecniche effettuate, con la conseguenza che in tali casi anche laddove la verifica abbia dato in ultimo esito positivo, la motivazione non potrà essere meno accurata di quella richiesta in caso di verifica negativa (1).

In tema di anomalia dell'offerta, se è vero che un utile di impresa esiguo non denota di per sé l'inaffidabilità dell'offerta economica, deve ritenersi altrettanto vero che l'utile non possa ridursi ad una cifra meramente simbolica. Ed invero, gli appalti pubblici devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, posto che le acquisizioni in perdita potrebbero costringere gli affidatari ad una negligente esecuzione. Conseguentemente, l'interesse del committente pubblico a poter confidare sulla regolare esecuzione del servizio deve ritenersi prevalente su quello dell'impresa ad eseguire comunque un appalto al fine di acquisire esperienza professionale e fatturato da utilizzare in vista della partecipazione a futuri appalti e ciò anche a prescindere dal fatto che, nel singolo caso di specie, la legge di gara non stabilisca una percentuale minima dell'utile d'impresa (2).

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

La sentenza, premettendo che la finalità della verifica dell'anomalia dell'offerta è quella di evitare che offerte troppo basse espongano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta e con modalità esecutive in violazione di norme, con la conseguenza di far sorgere contestazioni e ricorsi (richiamando A.V.C.P., determinazione n. 6 del 8 luglio 2009), affronta il problema del grado di motivazione

richiesto nel caso in cui la verifica di anomalia si concluda positivamente (ovvero, come nel caso di specie, con un giudizio di non anomalia dell'offerta).

La decisione.

(1) Dato atto che sul tema possono distinguersi due orientamenti interpretativi (il primo – prevalente – che ritiene sufficiente una motivazione meno accurata di quella richiesta in caso di verifica negativa; il secondo, che, al contrario, impone alla stazione appaltante l'obbligo di una motivazione adeguata anche in questo caso), la sentenza è innovativa in quanto precisa che è necessario esaminare la questione in concreto, potendo risultare fuorviante condurre una disamina degli orientamenti interpretativi senza alcun riferimento alle particolarità di ogni singola fattispecie. Ed in questo senso, il problema della sufficienza o insufficienza della motivazione del provvedimento con cui si accettano le giustificazioni dell'impresa offerente deve porsi in termini notevolmente diversi a seconda del grado e del tipo di anomalia che abbia dato motivo alla verifica dell'offerta.

Pertanto, qualora si proceda alla verifica ai sensi dell'art. 86, comma 2, del codice dei contratti pubblici - e cioè a motivo del fatto che l'offerta migliore abbia riportato un punteggio non inferiore ai quattro quinti del massimo tanto per l'aspetto tecnico quanto per l'aspetto economico, ma senza alcun altro indizio oggettivo di anomalia - non occorre una motivazione particolarmente approfondita. Altro è da dire, invece, nel caso in cui l'offerta presenti profili oggettivi ed evidenti di anomalia. In siffatte ipotesi, invero, una motivazione del tutto assente o gravemente lacunosa non solo impedisce al giudice di ricostruire l'iter logico che ha guidato l'amministrazione nella sua scelta, ma pregiudica anche la stessa possibilità di verificare l'attendibilità delle valutazioni tecniche effettuate sotto il profilo della loro correttezza, con la conseguenza che in tali casi anche laddove la verifica abbia dato in ultimo esito positivo (pervenendosi ad un giudizio di non anomalia dell'offerta) la motivazione non potrà essere meno accurata di quella richiesta in caso di verifica negativa. Ciò a maggior ragione se, come accaduto nel caso di specie, le giustificazioni fornite dalla concorrente sottoposta alla verifica di anomalia non sono per nulla complete ed esaustive, escludendo la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere ad una motivazione (solo) *per relationem*.

(2) Per quanto concerne le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria, il collegio si è soffermato, in particolare, su quella concernente l'utile di impresa. Il principio secondo il quale gli appalti devono essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, rappresenta un principio di carattere generale posto a garanzia della serietà dell'offerta e della corretta esecuzione del contratto, anche in assenza di previsioni normative in tal senso. È, infatti, interesse dell'Amministrazione quello di affidare la regolare esecuzione del servizio e tale interesse prevale su quello dell'impresa ad eseguire comunque (ossia, anche in perdita o con utile aziendale pari a zero) un appalto al fine di acquisire esperienza professionale e fatturato da utilizzare in vista della partecipazione a futuri appalti. Pertanto, l'utile di impresa non può ridursi ad una cifra meramente simbolica e, in tutti i casi in cui la misura indicata nell'offerta economica sia esigua e sollevi dubbi sull'affidabilità e serietà della stessa, è richiesta una motivazione più accurata da parte della stazione appaltante.

Inoltre, anche supponendo che sia consentito ai concorrenti rinunciare integralmente all'utile o ridurlo a cifra simbolica, tale scelta imprenditoriale potrebbe essere considerata accettabile solo a condizione che nel quadro economico dell'offerta non ci siano voci squilibrate e fuori mercato. Nella specie, è emerso, invece, che l'aggiudicataria aveva offerto un ribasso pari a un terzo circa dell'importo a base di gara e che neppure il quasi azzeramento dell'utile era sufficiente a giustificare un ribasso così significativo. Era stato sottostimato anche il costo medio del lavoro, rispetto alle tabelle ministeriali, senza avere però dimostrato di godere di benefici o sgravi fiscali.

Immigrazione. Permesso di soggiorno.

Consiglio di Stato, Sez. III, 11 aprile 2012, n. 2074 - Pres. Lignani, Est. Botto

Il nuovo testo dell'art. 32 del d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla l. n. 94/2009, si applica unicamente ai minori affidati dopo la sua entrata in vigore, o anche a coloro che, affidati prima, compiano la maggiore età almeno due anni dopo l'entrata in vigore della riforma del 2009. Diversamente non può pretendersi che il minore abbia già concluso il percorso biennale di integrazione. Ai fini della conversione del permesso di soggiorno, è sufficiente, quindi, dimostrare che alla data di entrata in vigore della l. n. 94/2009, il minore si trovasse nelle condizioni per essere ammesso allo svolgimento del programma e che esso sia stato successivamente attuato. Con riferimento ai minori sottoposti a tutela ed entrati nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della l. n. 94/2009, non è necessario dimostrare la permanenza almeno triennale dell'interessato nel territorio nazionale, dal momento che tale requisito non era prescritto prima della riforma.

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

Un cittadino albanese aveva presentato ricorso per l'annullamento del decreto con il quale il Questore aveva rigettato l'istanza di rinnovo/conversione del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato. Il ricorrente aveva fatto ingresso in Italia nel 2008 ed era stato affidato alla tutela dello zio, ottenendo il permesso di soggiorno per minore età. Nel 2010, raggiunta la maggiore età, aveva chiesto il rinnovo/conversione del proprio titolo di soggiorno. La Questura aveva respinto l'istanza poiché, ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. n. 286/1998 (come modificato dalla l. n. 94/2009), il minore straniero affidato o sottoposto a tutela, al raggiungimento della maggiore età, può ottenere un permesso per motivi di studio o di accesso al lavoro, a condizione che sia stato ammesso per un periodo non inferiore a due anni ad un progetto d'integrazione sociale e civile e si trovi nel territorio nazionale da almeno tre anni (nel caso di specie, non sussisteva nessuno dei menzionati presupposti). Il Tar Lombardia aveva respinto il ricorso, condividendo le argomentazioni dell'Amministrazione. Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza.

La decisione.

La pronuncia chiarisce che è errato ritenere che la nuova formulazione dell'art. 32 del d.lgs. n. 286/1998 si applica indistintamente a tutti i minori, anche a quelli che avevano ottenuto il permesso di soggiorno ed erano sottoposti a tutela prima dell'entrata in vigore della legge n. 94/2009 (ovvero, l'8 agosto 2009). Invero, bisogna considerare (come statuito anche da questa stessa Sezione con sentenza del 4 luglio 2011, n. 3987) che la riforma del 2009 ha inciso su situazioni di fatto già in atto, per cui ove il raggiungimento della maggiore età del minore (che ha fatto ingresso in Italia prima dell'entrata in vigore della riforma) intervenga prima che sia trascorso un biennio, non può pretendersi che egli abbia già concluso il percorso biennale di integrazione. In questo caso – e per non incorrere in una lettura illogica della disposizione – sarà sufficiente dimostrare che, alla data di entrata in vigore della l. n. 94/2009, il minore fosse nelle condizioni di essere ammesso allo svolgimento del programma e che esso sia stato successivamente attuato. Così come non è necessario dimostrare la permanenza almeno triennale dell'interessato nel territorio nazionale, dal momento che tale requisito non era prescritto prima della riforma.

Sanità pubblica. Accreditamento.

Consiglio di Stato, Sez. III, 11 aprile 2012, n. 2077 - Pres. Lignani, Est. Simonetti

Nel sistema di accreditamento delle strutture private, il pagamento delle prestazioni effettuate presuppone sempre la sottoscrizione degli accordi di cui all'art. 8 quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992, in assenza dei quali, le aspettative invocate dai singoli operatori non possono essere

soddisfatte ed è ragionevole il riferimento, quale parametro residuale sostitutivo, all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dell'anno precedente.

L'importanza dell'obiettivo della riduzione della spesa sanitaria è tale da giustificare la regressione del rimborso tariffario per le prestazioni sanitarie che eccedono il tetto massimo annuale.

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

Il titolare di una struttura accreditata in via provvisoria con una Asl di Catanzaro aveva proposto ricorso al Tar per l'accertamento del diritto al pagamento delle prestazioni sanitarie erogate nell'anno 2002, contestando il provvedimento dell'Asl che, in base ad una legge regionale, aveva imposto un tetto massimo al rimborso, corrispondente al fatturato validato e riconosciuto nel 2000. Il Tar aveva respinto il ricorso, sul rilievo che fosse direttamente la legge regionale a prevedere il volume massimo delle prestazioni rimborsabili. Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado.

La decisione.

Preliminarmente il Collegio, sul rilievo che l'appellante non avesse sollevato nessun profilo di illegittimità costituzionale della legge regionale, ha osservato che, secondo consolidata giurisprudenza costituzionale (cfr. in particolare, Corte Costituzionale, sentenze n. 509 del 2000 e n. 200 del 2005), è legittima la fissazione di tetti massimi di spesa sanitaria, date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica e tenuto conto che il diritto alla salute, costituzionalmente garantito, non può essere tutelato incondizionatamente.

Per quanto concerne il motivo del contendere, la sentenza ha puntualizzato che la tesi dell'appellante - secondo cui, in mancanza di un accordo ai sensi dell'art. 8 *quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992, l'Asl avrebbe dovuto considerare come parametro le prestazioni effettivamente rese dalla struttura sanitaria - non è meritevole di pregio. Invero, anche se nel sistema di accreditamento delle strutture sanitarie private, il pagamento delle prestazioni effettuate presuppone sempre la sottoscrizione di siffatti accordi, va considerato che, secondo consolidata giurisprudenza, in assenza di questi, è ragionevole fare riferimento, quale parametro residuale sostitutivo, all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dell'anno precedente (Cons. St., ad. plen., n. 8 del 2006).

Tra l'altro, a differenza delle strutture sanitarie pubbliche, quelle private accreditate, non hanno neppure l'obbligo di erogare prestazioni oltre il tetto massimo rimborsabile, attesa l'importanza dell'obiettivo della riduzione della spesa sanitaria richiamata più volte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., da ultimo, Cons. St., ad. pl., 12 aprile 2012, n. 3).

Pubblico impiego. Decadenza dal servizio.

Consiglio di Stato, Sez. III, 17 aprile 2012, n. 2200 - Pres. FF. Est. Botto

Il provvedimento di decadenza dal servizio si configura quale atto consequenziale, a contenuto meramente accertativo, rispetto alla precedente diffida a riprendere il servizio.

Nel caso in cui il ricorrente impugni il provvedimento di decadenza, senza avere tempestivamente impugnato la diffida a riprendere il servizio (atteso il contenuto immediatamente lesivo di questa), non può ritenersi che sussistano i presupposti per la configurazione dell'errore scusabile, con conseguente possibilità di impugnazione tardiva della diffida.

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

La dipendente di una Asl ha impugnato il provvedimento di decadenza dal servizio adottato dall'Amministrazione, in quanto, a seguito della chiusura negativa della pratica di infortunio da parte dell'INAIL, la stessa non aveva ripreso servizio, nonostante fosse stata diffidata. Il Tar aveva dichiarato inammissibile il ricorso, sul presupposto che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare tempestivamente l'atto di diffida. Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza appellata

La decisione.

La sentenza in rassegna ha statuito che il provvedimento di decadenza dal servizio si configura quale atto consequenziale, a contenuto meramente accertativo, rispetto alla precedente diffida a riprendere il servizio. Quest'ultimo provvedimento, avendo ritenuto non giustificata l'assenza dal servizio, avrebbe dovuto essere tempestivamente impugnato dalla ricorrente, in quanto immediatamente lesivo della propria sfera giuridica.

In questo caso, neppure potrebbero ritenersi sussistenti i presupposti per configurare un errore scusabile, con conseguente possibilità di impugnazione tardiva della diffida, in quanto, oltre a trattarsi di questione nuova in appello (dunque, inammissibile), la ricorrente avrebbe dovuto quantomeno impugnare la diffida unitamente all'atto consequenziale di decadenza dal servizio

Sanità pubblica. Accredimento.

Pubblico impiego. Sanitari convenzionati.

Giurisdizione. Pubblico impiego.

Consiglio di Stato, Sez. III, 18 aprile 2012, n. 2269 - Pres. Lignani, Est. Simonetti

Ha natura di concessione di servizio il rapporto di accreditamento istituzionale con soggetti esterni al sistema sanitario nazionale e, come tale, è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il passaggio dal regime convenzionale a quello basato sull'accREDITAMENTO istituzionale e prima ancora provvisorio, ha finito per rafforzare la natura sostanzialmente concessoria del rapporto esistente tra l'amministrazione e le strutture private, imperniato su un provvedimento traslativo di una quota del servizio sanitario nazionale cui segue un contratto di servizio volto a disciplinare gli obblighi di servizio pubblico ed il rapporto patrimoniale, restando fermo ed incondizionato sia il potere di programmazione delle regioni, sia il potere di vigilanza e di controllo delle stesse sull'espletamento delle attività oggetto di concessione da parte delle istituzioni sanitarie private.

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

Un medico in regime di convenzione, ex art. 48 della l. n. 833/1978, ha impugnato l'atto che disponeva la cessazione dell'attività convenzionata con il S.S.N. per raggiunti limiti di età. Il Tar ha declinato la propria giurisdizione, sul presupposto che il rapporto professionale in regime di convenzione fosse espressione di attività paritetica, come tale devoluta alla giurisdizione ordinaria.

Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza

La decisione.

La sentenza si inserisce in un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale che riconosce natura sostanzialmente concessoria al rapporto tra amministrazione e strutture private in regime di accreditamento, con conseguente riconduzione delle relative controversie nell'alveo della giurisdizione amministrativa. Tale assunto risulta ulteriormente corroborato a seguito del passaggio dal regime convenzionale a quello basato sull'accREDITAMENTO istituzionale, che ha rafforzato la natura sostanzialmente concessoria del rapporto tra l'amministrazione e le strutture private, che si

svolge entro la cornice rappresentata dal potere di programmazione delle Regioni, nonché di vigilanza e di controllo delle stesse sull'espletamento delle attività oggetto di concessione. Secondo il collegio, le vicende degli ultimi anni hanno poi accentuato i profili autoritativi del nuovo modello, come dimostrato dalla circostanza che la remunerabilità delle prestazioni a carico del S.S.N. è condizionata in misura crescente dalla determinazione autoritativa di tetti massimi di spesa da parte dell'amministrazione sanitaria, prassi, quest'ultima, ritenuta, da ultimo, legittima dall'Adunanza Plenaria, 12 aprile 2012, n. 3, anche se intervenuta a distanza di un lasso di tempo notevole dall'entrata in vigore della normativa finanziaria di riferimento.

Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Informativa antimafia.

Consiglio di Stato, Sez. III, 18 aprile 2012, n. 2294 - Pres. Lignani, Est. Polito

Diversamente dall'informativa tipica che ha effetto impeditivo di ulteriori rapporti negoziali con le amministrazioni appaltanti, una volta accertati i presupposti previsti dall'art. 4 del d.lgs. n. 490/1994, l'informativa atipica non ha carattere interdittivo ma consente l'attivazione da parte dell'amministrazione che ne è destinataria degli ordinari strumenti di discrezionalità al fine di valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali in atto, in relazione all'idoneità morale del privato.

L'informativa atipica non è di per sé indicativa del pericolo di infiltrazione mafiosa, ma rimette al prudente apprezzamento dell'amministrazione, che ne è destinataria, ogni ulteriore e motivata valutazione in relazione alle singole fattispecie.

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

Il dirigente di un'amministrazione provinciale aveva disposto la cancellazione di una ditta dall'elenco di operatori economici da invitare alle procedure negoziate o alle procedure per l'acquisizione in economia, mediante cottimo fiduciario, di lavori pubblici di competenza provinciale. L'esclusione era stata motivata in base ad una informativa prefettizia da qualificarsi come atipica, in virtù del suo contenuto testuale e del formale richiamo all'art. 1-*septies* del d.l. n. 629/1982, senza però indicare in che misura l'esistenza di precedenti penali attestata dal Prefetto, a carico di congiunti del titolare della ditta, potesse considerarsi sintomatica di un pericolo di condizionamento ad opera della criminalità organizzata, in assenza di ulteriori elementi significativi a riguardo.

Il titolare della ditta proponeva ricorso nei confronti della determinazione dirigenziale e dell'informativa prefettizia. Il Tar respingeva il ricorso qualificando il provvedimento del Prefetto come informativa rilasciata ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 490/1994 e, quindi, volta ad attestare il pericolo di infiltrazione mafiosa tendente a condizionare le scelte e gli indirizzi della ditta interessata. Il Consiglio di Stato, riquilificando il provvedimento prefettizio, ha accolto l'appello.

La decisione.

La sentenza prende spunto dal vigente quadro normativo in materia di informazioni prefettizie antimafia, tracciando la distinzione tra informative tipiche - la cui efficacia interdittiva discende da una valutazione del prefetto - e informative atipiche - la cui efficacia interdittiva scaturisce da una valutazione discrezionale dell'amministrazione destinataria dell'informativa prefettizia -. Alla luce di tale fondamentale distinzione, il collegio, discostandosi dalla sentenza di prime cure, qualifica come atipica l'informativa emessa nei confronti del titolare della ditta esclusa, in considerazione del suo contenuto testuale e dello specifico richiamo alla normativa che regola le informative atipiche.

In considerazione di ciò, l'amministrazione provinciale, anziché limitarsi ad un mera ricognizione di quanto attestato dal Prefetto, avrebbe dovuto motivare autonomamente circa l'effettiva sussistenza di elementi significativi tali da corroborare nel caso concreto il pericolo di condizionamento mafioso.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione. Requisiti di ordine generale.

Consiglio di Stato, Sez. III, 19 aprile 2012 n. 2305 - Pres. Lignani, Est. Stelo

L'inibizione a contrarre con le pubbliche amministrazioni, stabilita dall'articolo 38, comma 1, lett. a), del codice dei contratti pubblici, per quei soggetti che si trovino "in stato...di concordato preventivo", viene meno con il decreto del tribunale di "omologazione" del concordato preventivo. Secondo la corretta interpretazione della lettera dell'articolo 38, lett. a), del codice dei contratti e dell'art. 181 della legge fallimentare (che prevede che "la procedura di concordato preventivo si chiude...con l'omologazione"), non può essere esclusa dalla partecipazione ad appalti pubblici la società che abbia conseguito il solo decreto del tribunale di "omologazione" del concordato preventivo, senza che sia intervenuto il successivo provvedimento con cui si dà atto che il debitore ha adempiuto tutti gli obblighi assunti con il concordato omologato.

Il dato testuale delle norme fa esplicito riferimento allo stato di concordato preventivo "in corso" e alla "chiusura" della procedura con il decreto di omologazione del concordato. Ne consegue che la dizione "in corso" non può che riferirsi alla fase precedente alla "omologazione" del concordato, la quale "chiude" pertanto la procedura dell'ammissione al concordato stesso.

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

La società aggiudicataria di due lotti di una gara per la fornitura triennale di gas medicinali e tecnici, ha impugnato due sentenze pronunciate dal Tar Campania, su ricorso di una A.T.I. concorrente, con le quali era stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e l'affidamento della fornitura alle ricorrenti. Il Giudice di primo grado aveva ritenuto che l'aggiudicataria andasse esclusa dalla gara, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. a) del codice dei contratti pubblici, pur dando atto che la procedura di ammissione al concordato preventivo, cui si era sottoposta, si era conclusa con decreto di omologazione del tribunale emesso prima del termine di scadenza per presentare la domanda di partecipazione alla gara. Secondo l'interpretazione avallata dal Tar, l'inibizione a contrarre con la pubblica amministrazione, sancita dalla disposizione dianzi richiamata, viene meno solo con il decreto con cui, ai sensi dell'art. 181 della legge fallimentare, il tribunale autorizza la chiusura della procedura concorsuale. Ciò in quanto l'omologazione costituisce solo un segmento di procedimento che si conclude con il decreto di chiusura della procedura, il solo che può attestare l'integrale adempimento delle obbligazioni e il conseguente ripristino dell'affidabilità economica dell'impresa.

Il Consiglio di Stato, riunendo i due appelli per evidente connessione soggettiva ed oggettiva, li ha accolti, concentrandosi sulla corretta interpretazione dell'art. 38, comma 1, lett. a) del codice dei contratti, e dell'art. 181 della legge fallimentare.

La decisione.

La sentenza stabilisce che non può condividersi l'interpretazione assunta dal Tar. Invero, l'art. 38, comma 1, lett. a), prevede che sono esclusi dalla partecipazione alle gare "i soggetti: a) che si trovano in stato di...concordato preventivo"; l'art. 181 della legge fallimentare prevede che "la procedura di concordato preventivo si chiude...con l'omologazione". A ben leggere – statuisce la sentenza in rassegna – il dato testuale delle norme fa esplicito riferimento allo stato di concordato

preventivo “in corso” e alla “chiusura” della procedura con il decreto di omologazione del concordato.

Né si può procedere ad una lettura estensiva di tali previsioni che, oltre a non rinvenirsi nelle stesse, non sarebbe consentita in quanto vige il principio della tassatività delle cause di esclusione, che sono, quindi, di rigorosa e stretta interpretazione.

Ne consegue che la dizione “*in corso*” non può che riferirsi alla fase precedente alla “*omologazione*” del concordato, la quale “*chiude*” pertanto la procedura dell’ammissione al concordato stesso, posto che il decreto di autorizzazione alla chiusura emesso dal Tribunale nelle funzioni di sorveglianza e controllo attribuiti agli organi fallimentari costituisce atto consequenziale ed esecutivo del concordato rispetto al complesso delle obbligazioni assunte dal debitore con il concordato.

Pertanto, secondo la corretta interpretazione dell’articolo 38, comma 1, lett. a), del codice dei contratti e dell’art. 181 della legge fallimentare, non può essere esclusa dalla partecipazione ad appalti pubblici la società appellante, che ha conseguito il decreto di “*omologazione*” del concordato preventivo prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara in questione e ha giustamente dichiarato di essere in possesso del requisito di cui all’art. 38, comma 1, lett. a).

Processo amministrativo. Revocazione

Consiglio di Stato, Sez. III, 20 aprile 2012, n. 2350 - Pres. Cirillo, Est. Puliatti

La sentenza di revocazione pronunciata tra altre parti, nel diverso giudizio concernente gli atti di esclusione dal concorso, non può essere estesa al ricorrente, che quella impugnazione non ha proposto. Stante il sistema rigido ed inderogabile delle impugnazioni, il principio dell'acquiescenza e la regola dell'efficacia vincolante (esclusivamente) inter partes del giudicato (art. 2909 c.c.), la mancata impugnazione della sentenza in cui risulta soccombente da parte dell'interessato determina il passaggio in giudicato della statuizione giurisdizionale.

Né può sostenersi che la revocazione intervenuta, sebbene pronunciata in favore di altre parti, operi oggettivamente, in quanto la revocazione è dipesa dal fatto che il giudice avesse applicato una norma inesistente (cioè il testo normativo anteriore a quello in vigore all'epoca del primo giudizio sull'atto di esclusione dal concorso di tutti i concorrenti).

Ancorché il ricorrente versi in situazione fattuale identica a quella dei colleghi, rappresenta fattore discriminante la circostanza che egli non ha proposto ricorso per revocazione, determinando così il consolidarsi degli effetti della pronuncia sfavorevole intervenuta nei suoi confronti.

Il principio della preclusione della estensione degli effetti del giudicato ai soggetti rimasti estranei al giudizio lascia aperta la possibilità che l'Amministrazione riesamini la propria determinazione alla luce dei principi contenuti nel giudicato riguardante altri soggetti, nell'esercizio degli ordinari poteri di autotutela, esternando e motivando adeguatamente le ragioni di pubblico interesse.

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

Un medico, escluso da un concorso per aiuto di pediatria, ha proposto appello avverso la sentenza del Tar che aveva dichiarato inammissibile il suo ricorso contro l’atto di revoca della nomina ad aiuto di pediatria. La controversia prende le mosse dall’ordinanza cautelare del Giudice di primo grado, che, accogliendo la sospensiva, aveva determinato l’ammissione con riserva e la successiva nomina con riserva dell’odierno appellante al concorso. Intervenuta la sentenza di merito con la quale era stato, invece, respinto il ricorso di primo grado, l’appellante, a differenza di altri due soggetti che si trovavano nella sua stessa posizione, non aveva proposto ricorso per revocazione

avverso la sentenza di merito confermata in appello, determinando, in tal modo, la formazione del giudicato relativamente alla sua esclusione dal concorso.

Con l'atto di appello viene censurata l'erroneità della pronuncia nella parte in cui non ha riconosciuto la portata oggettiva della revocazione, precludendo al ricorrente la possibilità di avvantaggiarsi della revoca pronunciata a favore di altri soggetti nella medesima condizione. Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello.

La decisione.

Formatosi il giudicato relativamente alla esclusione del ricorrente dal concorso ad aiuto di pediatria, la successiva impugnazione di atti meramente consequenziali (con cui viene sciolta negativamente la riserva formulata in sede di ammissione a concorso del ricorrente - e degli altri colleghi - per effetto della misura cautelare precedentemente concessa dal C.d.S. in ordine agli atti di esclusione dal concorso), va dichiarata inammissibile.

Precisa la sentenza, respingendo l'appello, che il ricorrente non potrebbe avvantaggiarsi neppure della sentenza di revocazione resa tra altre parti e, precisamente, in favore degli altri concorrenti che avevano a suo tempo proposto ricorso per revocazione avverso la decisione d'appello concernente gli atti di esclusione dal concorso.

Si afferma che la sentenza di revocazione *inter alios*, in questo caso, non dispone un annullamento *erga omnes* degli atti (di esclusione dal concorso).

La decisione di annullamento - che per i limiti soggettivi del giudicato esplica in via ordinaria effetti soltanto fra le parti in causa - acquista efficacia *erga omnes* solo nei casi in cui gli atti impugnati siano a contenuto generale inscindibile, ovvero a contenuto normativo, nei quali gli effetti dell'annullamento non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri (Cons. St., sez. VI, 09 marzo 2011, n. 1469).

Inoltre, secondo giurisprudenza consolidata, è stato osservato che il principio della preclusione della estensione degli effetti del giudicato ai soggetti rimasti estranei al giudizio lascia aperta la possibilità che l'Amministrazione riesamini la propria determinazione alla luce dei principi contenuti nel giudicato riguardante altri soggetti, nell'esercizio degli ordinari poteri di autotutela, esternando e motivando adeguatamente le ragioni di pubblico interesse. Per cui, al più, nella vicenda prospettata, l'Amministrazione potrebbe disporre discrezionalmente l'estensione del giudicato favorevole agli altri colleghi, disponendo la revoca degli atti impugnati e la conseguente riassunzione del ricorrente.