

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA  
DEL CONSIGLIO DI STATO**

**(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)**

**Ottobre 2012**

**PROCESSO AMMINISTRATIVO – OTTEMPERANZA - COMPETENZA**

**Cons. Stato, Sez. III, 5 ottobre 2012, n. 5206, Pres. Lignani, Est. D'Alessio**

*Ai sensi dell'art. 113 c.p.a., la competenza nel giudizio di ottemperanza è del tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado.  
Rientra nella cognizione del Tar anche il ricorso per l'ottemperanza di una sentenza del Consiglio di Stato che, sia pure con una motivazione in parte diversa, abbia confermato il contenuto dispositivo e conformativo della sentenza di primo grado.*

[Link alla sentenza](#)

**Il caso**

Un dipendente di una A.S.L. della provincia di Foggia aveva proposto ricorso al Consiglio di Stato per l'ottemperanza di una sentenza resa dal Tar Puglia, sede di Bari, in materia di riconoscimento di effetti economici a seguito di inquadramento e confermata in appello dal Consiglio di Stato, con motivazione in parte diversa.

Il Consiglio di Stato ha dichiarato la propria incompetenza ad esaminare la questione, affermando, di conseguenza, la competenza sulla questione del giudice di primo grado.

**La decisione**

La pronuncia del Consiglio di Stato chiarisce che, ai fini della competenza del giudice di primo grado in materia di ottemperanza delle sentenze confermate in appello, l'art. 113 c.p.a. si applica anche nella ipotesi in cui la sentenza di appello, pur resa con motivazione in parte diversa rispetto a quella di primo grado, mantenga, comunque, il medesimo dispositivo ed il medesimo contenuto conformativo della pronuncia di prime cure.

**PROCESSO AMMINISTRATIVO – ECCEZIONE DEL DIFETTO DI GIURISDIZIONE IN APPELLO**

**Cons. Stato, Sez. III, 8 ottobre 2012, n. 5213, Pres. Lignani, Est. Simonetti**

*Secondo la Corte di Cassazione, i principi generali di economia processuale e della ragionevole durata del processo impongono la valorizzazione del giudicato interno, esplicito o implicito, quale limite intrinseco che non consente più al giudice dell'appello di rilevare d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione.*

*Tale autorevole interpretazione è stata alla base della formulazione dell'art. 9 del c.p.a. a mente del quale il difetto di giurisdizione, nei giudizi di impugnazione, "è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione".*

*Pertanto, ove non sia stato formulato un simile motivo di impugnazione, il giudicato implicito già formatosi sulla statuizione di primo grado preclude al Collegio di rilevare d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione. Né è sufficiente l'eccezione dedotta, solamente in questa sede e con semplice memoria difensiva, da parte dell'amministrazione che, piuttosto, avrebbe dovuto impugnare la sentenza nelle forme dell'appello incidentale, in ipotesi condizionato.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

Uno dei candidati idonei ma non risultati aggiudicatari dell'incarico di Dirigente medico di II livello presso una Azienda ospedaliera marchigiana aveva proposto ricorso avverso il provvedimento di affidamento dell'incarico ad altro candidato parimenti idoneo, deducendone l'illegittimità per vizi della motivazione ed eccesso di potere.

Il Tar ha respinto il ricorso ritenendo l'affidamento dell'incarico immune dai vizi dedotti e sufficientemente motivato.

Il ricorrente ha successivamente proposto ricorso in appello, chiedendo preliminarmente al Consiglio di Stato di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione e riproponendo nel merito le censure già sollevate in primo grado.

Il Consiglio di Stato, ritenendosi non vincolato ad esaminare la questione di giurisdizione sollevata in via preliminare, in quanto non ritualmente proposta, ha respinto nel merito il ricorso, confermando l'impugnata sentenza.

### **La decisione**

La pronuncia chiarisce come - a seguito del *revirement* della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che, a partire dal 2008, con la pronuncia n. 24883, ha operato una rilettura dell'art. 37 del codice di procedura civile in funzione del principio costituzionale del giusto processo ed in particolare di quella sua peculiare declinazione rappresentata dalla ragionevole durata del processo - la valorizzazione del giudicato interno formatosi in considerazione della mancata impugnazione con specifico motivo del capo della sentenza impugnata che ha deciso in maniera implicita o esplicita sulla giurisdizione, precluda al Consiglio di Stato l'esame della questione di giurisdizione sollevata in appello.

Tale principio vale sia per il ricorrente in primo grado, sia per l'amministrazione resistente che, anziché rilevare la questione con semplice memoria difensiva, avrebbe dovuto proporre specifico appello incidentale, in ipotesi condizionato.

La sentenza, poi, si rivela di particolare interesse ove accenna agli orientamenti più recenti che - stigmatizzando la condotta processuale contrastante con il divieto di *venire contra factum proprium* da parte del ricorrente che, dopo avere originariamente adito la giurisdizione amministrativa, la ritiene non più sussistente in appello, dopo essere risultato soccombente nel giudizio di primo grado - ravvisano nel caso di specie un abuso del diritto processuale, sanzionabile secondo taluni arresti giurisprudenziali con la declaratoria di inammissibilità dell'appello (*ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, n. 656/2012 e III, n. 2857/2012), ovvero, secondo posizioni più moderate con la condanna alle spese (Cass. SS.UU, n. 7097/2011).

**RICORSI AMMINISTRATIVI – RICORSO GERARCHICO – SILENZIO**

**Cons. Stato, Sez. III, 17 ottobre 2012, n. 5287, Pres. Lignani, Est. Stelo**

*Nel sistema del d.P.R. n. 1199/1971 (decreto legislativo delegato recante la disciplina dei ricorsi amministrativi non giurisdizionali) il silenzio mantenuto dall'autorità investita da un ricorso gerarchico non si configura come una inadempienza (e dunque non dà luogo all'impugnazione del silenzio come tale, tanto meno all'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 205/2000 e poi delle corrispondenti disposizioni del codice del processo amministrativo) bensì come mero fatto che abilita il privato interessato a ricorrere al giudice amministrativo impugnando (non il silenzio dell'autorità sovraordinata ma) il provvedimento già impugnato inutilmente in via gerarchica.*

[Link al testo della sentenza](#)

**Il caso**

Il richiedente una licenza per la vendita di armi comuni da sparo, a seguito del diniego opposto dal Questore di Napoli, in considerazione dell'insussistenza delle necessarie garanzie di sicurezza dei locali destinati alla vendita, aveva proposto ricorso gerarchico, impugnando il silenzio successivamente serbato dal Prefetto, investito dell'impugnazione in via amministrativa.

Il Tar, concentrando la sua attenzione sulla legittimità del provvedimento del Questore, ha correttamente obliterato le censure sollevate riguardo al silenzio rigetto sul ricorso gerarchico ed ha ritenuto di accogliere il ricorso ritenendo sussistenti i requisiti soggettivi per il rilascio della licenza richiesta, senza tuttavia prendere posizione sul difetto dei requisiti oggettivi, posto invece a base del decreto questorile.

Il Consiglio, pur condividendo le osservazioni del Tar, sia in punto di determinazione della materia del contendere, sia in punto di sussistenza dei requisiti soggettivi, ha riformato la sentenza rilevando come il diniego questorile fosse fondato sull'inidoneità dei locali destinati alla vendita e non sul difetto dei requisiti oggettivi.

**La decisione**

La pronuncia, nel rilevare l'erroneità della motivazione della sentenza di primo grado, ribadisce il principio per cui il silenzio sul ricorso gerarchico non si configura come un silenzio rigetto, bensì come un mero fatto che non determina il mutamento della materia del contendere che rimane circoscritta alla legittimità del provvedimento già impugnato inutilmente in via gerarchica.

**SANITA' PUBBLICA - spese sanitarie – programmazione – determinazione annuale tetto di spesa – strutture private accreditate – sconti tariffari ex art. 1, comma 796, lett. o), legge n.296 del 2006 – remunerazione prestazioni extra budget –**

**Consiglio di Stato, Sez. III. 26 ottobre 2012 n. 6090, Pres. Lignani, Est. D'Alessio –**

- 1. E' legittima ed in linea con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – decisione n. 3/2012, la determinazione regionale intervenuta a breve lasso di tempo dalla pubblicazione della delibera CIPE che ha effettuato la ripartizione fra le regioni delle risorse del fondo sanitario, mediante la quale l'ente regionale ha individuato le risorse per garantire i LEA, quando la determinazione medesima abbia sostanzialmente confermato il tetto di spesa stabilito per l'anno precedente. Non può ritenersi viziata per*

*difetto di motivazione la determinazione in questione, laddove il distacco del tetto di spesa finale dalla prevista percentuale dei tagli risulti minimo, non ravvisandosi una preminente tutela dell'affidamento a fronte di una determinazione dovuta e prevedibile già sulla base del tetto stabilito per l'anno precedente. E' infatti legittima la fissazione dei tetti di spesa in corso d'anno e a prestazioni già rese, essendo essa l'effetto fisiologico del peculiare meccanismo attraverso il quale vengono necessariamente determinati ex post ed in relazione alle misure finanziarie medio tempore intervenute, i livelli di prestazioni erogabili e la spesa massima sostenibile da parte del SSP per quelle prestazioni.*

- 2. L'obbligo di praticare lo sconto percentuale sulle prestazioni specialistiche e di diagnostica previsto dall'art.1, comma 796, lettera o) della legge n. 296/2006 a carico delle strutture private accreditate, sussiste anche nel caso in cui sia stato annullato in sede giurisdizionale il d.m. 12 settembre 2006 che indicava in concreto i criteri di calcolo dei detti sconti tariffari. L'applicabilità doverosa degli sconti tariffari deriva infatti in via diretta dalla efficacia precettiva della fonte primaria, la quale ha riprodotto le tariffe stabilite dal d.m. 22 luglio 1996 statuendo normativamente una riduzione delle stesse.*
- 3. E' legittima la deliberazione regionale la quale preveda di non remunerare le prestazioni sanitarie rese in eccedenza rispetto al budget assegnato, anche laddove non siano stati previsti i criteri di remunerazione delle prestazioni extra budget, vigendo comunque il vincolo superiore ed ineludibile costituito dal rispetto dei tetti di spesa.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

Una struttura privata sanitaria accreditata presso il SSN ha impugnato i provvedimenti con i quali erano stati determinati i tetti di spesa per l'assistenza specialistica ambulatoriale per l'anno 2008; il TAR ha accolto il ricorso ritenendo fondate le censure con le quali la parte ricorrente aveva lamentato l'erronea applicazione delle tariffe fissate dal D.M. 12 settembre 2006 e dedotto l'illegittimità della mancata previsione dei criteri di remunerazione delle prestazioni eccedenti il budget assegnato. La regione Calabria ha appellato la sentenza; il ricorrente di primo grado ha proposto appello incidentale. Con decreto del 2 dicembre 2011 il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso la definizione del ricorso all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 comma 2 c.p.a., con riferimento alla questione, toccata con l'appello incidentale e oggetto di contrasto giurisprudenziale, relativa alla legittimità dei provvedimenti con i quali vengono stabiliti i limiti massimi di spesa nel corso dell'esercizio finanziario. Il punto è stato risolto dalla nota decisione n. 3 del 12 aprile 2012, nella quale la Plenaria, assumendo la legittimità del peculiare meccanismo di determinazione e contemperando le esigenze primarie di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica con la tutela dell'affidamento in capo agli operatori privati, ha ritenuto non fondata la questione sollevata, respingendo sul punto l'appello incidentale e rimettendo il ricorso alla Sezione per la definizione degli ulteriori aspetti del giudizio nonché per la statuizione sulle spese.

Con la sentenza indicata, il Giudice di Appello ha rigettato le ulteriori censure di illegittimità dedotte con l'appello incidentale dalla struttura convenzionata. Quest'ultima aveva criticato le scelte operate dalla Regione, anche e proprio alla luce di quanto statuito dall'Adunanza Plenaria, deducendo in particolare l'insufficienza motivazionale delle determinazioni delle prestazioni con le quali è stato imposto un budget inferiore rispetto a quello del 2007, determinazione avvenuta a fine

anno e a prestazioni già effettuate. La Sezione ha ritenuto la censura infondata, rilevando come la determinazione dei tetti di spesa per l'anno 2008 sia intervenuta appena 37 giorni dopo la pubblicazione della delibera resa dal CIPE la quale ha effettuato la ripartizione fra le regioni delle risorse del fondo sanitario; evidenziando altresì come il particolare atteggiarsi del meccanismo di determinazione del tetto non possa far considerare tardiva la deliberazione avvenuta *ex post*; puntualizzando come essendo stati sostanzialmente confermati i tetti già stabiliti nel budget per il 2007 ed essendo la Regione Calabria in stato di grave sofferenza già nel 2008, non si profilasse un significativo affidamento in capo all'operatore privato. Tenendo altresì presente che essendo la Regione Calabria in stato di grave sofferenza già ad inizio 2008, si profilava più che probabile e prevedibile che il budget stesso per il 2008 fosse più rigoroso sul piano del contenimento della spesa. D'altronde la determinazione solo postuma del tetto di spesa finale, così come evidenziato dalla Plenaria, è l'inevitabile conseguenza del complesso meccanismo attraverso il quale si determinano i livelli di prestazioni erogabili e la spesa massima sostenibile da parte del SSP per quelle prestazioni.

La sentenza ha viceversa accolto l'appello principale proposto dalla Regione Calabria, sotto un duplice profilo. In primo luogo il giudice d'appello ha opportunamente precisato che l'obbligo di applicare gli sconti tariffari previsto dalla Legge Finanziaria per il 2007 non può venir meno per effetto dell'annullamento giurisdizionale del Decreto Ministeriale reso in data 12.09.2006, con il quale si indicavano i criteri di calcolo degli sconti. Invero, da un lato, non sussistendo una riserva esclusiva di amministrazione intestata in capo alla PA, è ben possibile che il legislatore emani una legge-provvedimento la quale disciplini una determinata materia, purchè ciò avvenga nei limiti della ragionevolezza e non arbitrarietà; dall'altro, la legge in questione ha efficacia non retroattiva, non incide su situazioni già consolidate per effetto di previ giudicati e non interferisce in alcun modo con funzioni giurisdizionali in corso. Con la conseguenza che pur essendo stata espunta la base di calcolo della percentuale di sconto, originariamente prevista dal D.M. del 22.07.1996 (cd. decreto-Bindi) e poi reiterata dal D.M. del 12 settembre 2006 (decreto-Turco), l'applicazione degli sconti tariffari resta comunque doverosa, essendo stata recepita normativamente dalla legge suindicata e derivando l'obbligatorietà direttamente dalla forza precettiva della fonte primaria.

Secondariamente, la decisione *de qua* ha opportunamente evidenziato come la mancata previsione, ad opera dell'ente regionale, dei criteri di remunerazione delle prestazioni extra budget non possa comportare la illegittimità della determinazione assunta dall'ente medesimo di non remunerare le prestazioni sanitarie rese in eccedenza. La non remunerabilità delle prestazioni eccedenti deriva infatti dal vincolo superiore ed ineludibile costituito dall'osservanza del tetto di spesa generale. Tanto più ciò vale, laddove vengano in questione Regioni che versano in stato di dissesto ovvero che siano state sottoposte a piani di rientro o commissariamenti. Né può inferirsi la illegittimità della condotta della Regione, la quale non attenda al rimborso delle prestazioni rese extra budget, argomentando da quanto disposto all'art. 8 *quinquies* lettera d), D.Lgs. n.502/1992, considerato che tale disposizione cede dinanzi ai successivi e sempre più stringenti interventi normativi volti a contenere il costo del settore sanitario. Nel caso di specie, atteso che la Regione Calabria versava in stato di grave squilibrio economico già nel 2008, è apparsa del tutto giustificata la deliberazione della Giunta Regionale, con la quale è stata prevista la non remunerabilità delle prestazioni non autorizzate ed extra budget di assistenza specialistica ambulatoriale.

**SANITA' PUBBLICA - spese sanitarie – programmazione – determinazione annuale tetto di spesa – strutture private accreditate – sconti tariffari ex art. 1, comma 796, lett. o), legge n.296 del 2006 – remunerazione prestazioni extra budget –**

**Consiglio di Stato, Sez. III. 26 ottobre 2012 n. 6091, Pres. Lignani, Est. D'Alessio –**

1. *E' legittima ed in linea con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – decisione n. 4/2012, la determinazione regionale intervenuta a breve lasso di tempo dalla pubblicazione della delibera CIPE che ha effettuato la ripartizione fra le regioni delle risorse del fondo sanitario, mediante la quale l'ente regionale ha individuato le risorse per garantire i LEA, quando la determinazione medesima abbia sostanzialmente confermato il tetto di spesa stabilito per l'anno precedente. Non può ritenersi viziata per difetto di motivazione la determinazione in questione, laddove il distacco del tetto di spesa finale dalla prevista percentuale dei tagli risulti minimo, non ravvisandosi una preminente tutela dell'affidamento a fronte di una determinazione dovuta e prevedibile già sulla base del tetto stabilito per l'anno precedente. E' infatti legittima la fissazione dei tetti di spesa in corso d'anno e a prestazioni già rese, essendo essa l'effetto fisiologico del peculiare meccanismo attraverso il quale vengono necessariamente determinati ex post ed in relazione alle misure finanziarie medio tempore intervenute, i livelli di prestazioni erogabili e la spesa massima sostenibile da parte del SSP per quelle prestazioni.*
2. *L'obbligo di praticare lo sconto percentuale sulle prestazioni specialistiche e di diagnostica previsto dall'art.1, comma 796, lettera o) della legge n. 296/2006 a carico delle strutture private accreditate, sussiste anche nel caso in cui sia stato annullato in sede giurisdizionale il d.m. 12 settembre 2006 che indicava in concreto i criteri di calcolo dei detti sconti tariffari. L'applicabilità doverosa degli sconti tariffari deriva infatti in via diretta dalla efficacia precettiva della fonte primaria, la quale ha riprodotto le tariffe stabilite dal d.m. 22 luglio 1996 statuendo normativamente una riduzione delle stesse.*
3. *E' legittima la deliberazione regionale la quale preveda di non remunerare le prestazioni sanitarie rese in eccedenza rispetto al budget assegnato, anche laddove non siano stati previsti i criteri di remunerazione delle prestazioni extra budget, vigendo comunque il vincolo superiore ed ineludibile costituito dal rispetto dei tetti di spesa.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

Talune strutture private accreditate presso il SSN hanno impugnato i provvedimenti con i quali erano stati determinati i tetti di spesa per l'assistenza specialistica ambulatoriale per l'anno 2008; il TAR aveva accolto il ricorso ritenendo fondate le censure con le quali la parte ricorrente aveva lamentato l'erronea applicazione delle tariffe fissate dal D.M. 12 settembre 2006 e dedotto l'illegittimità della mancata previsione dei criteri di remunerazione delle prestazioni eccedenti il budget assegnato. La regione Calabria ha appellato la sentenza; le stesse ricorrenti di primo grado hanno proposto appello incidentale. Con decreto del 2 dicembre 2011 il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso la definizione del ricorso all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 comma 2 c.p.a., con riferimento alla questione, toccata con l'appello incidentale e oggetto di contrasto giurisprudenziale, relativa alla legittimità dei provvedimenti con i quali vengono stabiliti i limiti

massimi di spesa nel corso dell'esercizio finanziario. Il punto è stata risolto dalla nota decisione n. 4 del 12 aprile 2012, nella quale la Plenaria, assumendo la legittimità del peculiare meccanismo di determinazione e temperando le esigenze primarie di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica con la tutela dell'affidamento in capo agli operatori privati, ha ritenuto non fondata la questione sollevata, respingendo sul punto l'appello incidentale e rimettendo il ricorso alla Sezione per la definizione degli ulteriori aspetti del giudizio nonché per la statuizione sulle spese.

Con la sentenza indicata, il Giudice di Appello ha rigettato l'ulteriore censura di illegittimità dedotta con l'appello incidentale dalle strutture convenzionate, laddove quest'ultime avevano criticato le scelte operate dalla Regione, anche e proprio alla luce di quanto statuito dall'Adunanza Plenaria, deducendo in particolare l'insufficienza motivazionale delle determinazioni delle prestazioni con le quali è stato imposto un budget inferiore rispetto a quello del 2007, determinazione avvenuta a fine anno e a prestazioni già effettuate. La Sezione ha ritenuto la censura infondata, rilevando come la determinazione dei tetti di spesa per l'anno 2008 sia intervenuta appena 37 giorni dopo la pubblicazione della delibera resa dal CIPE la quale ha effettuato la ripartizione fra le regioni delle risorse del fondo sanitario; evidenziando altresì come il particolare atteggiarsi del meccanismo di determinazione del tetto non possa far considerare tardiva la deliberazione avvenuta *ex post*; puntualizzando come essendo stati sostanzialmente confermati i tetti già stabiliti nel budget per il 2007 ed essendo la Regione Calabria in stato di grave sofferenza già nel 2008, non si profilasse un significativo affidamento in capo agli operatori, come tale richiedente una motivazione particolarmente esaustiva. Da ultimo la sentenza supera l'argomento, pur suggestivo, inerente ad un asserito svuotamento del momento contrattuale del rapporto; la Sezione evidenzia come, se da una parte taluni elementi oggetto del contratto potevano dirsi predeterminati, per altro verso, la determinazione solo postuma del tetto di spesa finale è l'inevitabile conseguenza del complesso meccanismo attraverso il quale si determinano i livelli di prestazioni erogabili e la spesa massima sostenibile da parte del SSP per quelle prestazioni, così come d'altro canto evidenziato dalla stessa Plenaria.

La sentenza ha viceversa accolto l'appello principale proposto dalla Regione Calabria, sotto un duplice profilo. In primo luogo il giudice d'appello ha opportunamente precisato che l'obbligo di applicare gli sconti tariffari previsto dalla Legge Finanziaria per il 2007 non può venir meno per effetto dell'annullamento giurisdizionale del Decreto Ministeriale reso in data 12.09.2006, con il quale si indicavano i criteri di calcolo degli sconti. Invero, da un lato, non sussistendo una riserva esclusiva di amministrazione intestata in capo alla PA, è ben possibile che il legislatore emani una legge-provvedimento la quale disciplini una determinata materia, purchè ciò avvenga nei limiti della ragionevolezza e non arbitrarietà; dall'altro, la legge in questione ha efficacia non retroattiva, non incide su situazioni già consolidate per effetto di previ giudicati e non interferisce in alcun modo con funzioni giurisdizionali in corso. Con la conseguenza che pur essendo stata espunta la base di calcolo della percentuale di sconto, originariamente prevista dal D.M. del 22.07.1996 (cd. decreto-Bindi) e poi reiterata dal D.M. del 12 settembre 2006 (decreto-Turco), l'applicazione degli sconti tariffari resta comunque doverosa, essendo stata recepita normativamente dalla legge suindicata e derivando l'obbligatorietà direttamente dalla forza precettiva della fonte primaria.

Secondariamente, la decisione *de qua* ha opportunamente evidenziato come la mancata previsione, ad opera dell'ente regionale, dei criteri di remunerazione delle prestazioni extra budget non possa comportare la illegittimità della determinazione assunta dall'ente medesimo di non remunerare le

prestazioni sanitarie rese in eccedenza La non remunerabilità delle prestazioni eccedenti deriva infatti dal vincolo superiore ed ineludibile costituito dall'osservanza del tetto di spesa generale. Tanto più ciò vale, laddove vengano in questione Regioni che versano in stato di dissesto ovvero che siano state sottoposte a piani di rientro o commissariamenti. Né può inferirsi la illegittimità della condotta della Regione, la quale non attenda al rimborso delle prestazioni rese extra budget, argomentando da quanto disposto all'art. 8 *quinquies* lettera d), D.Lgs. n.502/1992, considerato che tale disposizione cede dinanzi ai successivi e sempre più stringenti interventi normativi volti a contenere il costo del settore sanitario. Nel caso di specie, atteso che la Regione Calabria versava in stato di grave squilibrio economico già nel 2008, è apparsa del tutto giustificata la deliberazione della Giunta Regionale, con la quale è stata prevista la non remunerabilità delle prestazioni non autorizzate ed extra budget di assistenza specialistica ambulatoriale.

## **PROCESSO AMMINISTRATIVO – REVOCAZIONE – ERRORE SUL FATTO – ERRONEA PERCEZIONE DEI MOTIVI DI RICORSO**

**Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2012, n. 5510, Pres. Est. Lignani**

*In presenza di una domanda di revocazione per errore sul fatto di cui all'art. 395, comma primo, n. 4, c.p.c. e, più precisamente di quella sottospecie (di origine giurisprudenziale) della mancata o erronea percezione di uno dei motivi d'impugnazione, secondo il normale ordine logico si dovrebbe prima di tutto stabilire se il preteso fraintendimento rientri, così come prospettato (e a monte della verifica della sua reale esistenza), nella figura dell'errore revocatorio.*

*In caso affermativo e in secondo luogo si dovrebbe discutere se quella censura sia stata veramente fraintesa o al contrario percepita correttamente.*

*In terzo luogo (e supposto che anche la seconda questione si risolve in senso favorevole alla ricorrente) si dovrebbe riesaminare ab novo quell'originario motivo di ricorso, accantonate le considerazioni svolte nella sentenza revocanda; e decidere se, al di là di tutto, esso fosse da accogliere o meno.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

La Regione Lazio aveva indetto una “gara centralizzata” per l’acquisizione del servizio di “lavanolo” (noleggio, lavaggio, stiratura, etc.) di biancheria, vestiario e generi analoghi, nell’interesse di 17 aziende sanitarie e ospedaliere.

Il bando di gara era stato impugnato davanti al T.A.R. Lazio da una impresa che non aveva presentato domanda di partecipazione alla gara, pur dichiarandosi interessata al servizio. Il ricorso era giustificato con l’affermazione che il bando conteneva clausole “escludenti” e altre che rendevano incerto l’oggetto preciso del contratto e dunque rendevano impossibile formulare una offerta seria ed economicamente valida.

Il Tar del Lazio ha rigettato le eccezioni d’inammissibilità ed ha accolto il ricorso nel merito.

La Regione Lazio ha proposto appello.

Il Consiglio di Stato ha accolto l’appello ritenendo in parte inammissibili, in parte infondate, le singole censure dedotte nel ricorso di primo grado, comprese quelle assorbite e riproposte.

L'impresa ricorrente ha, successivamente, proposto domanda di revocazione per errore sul fatto e, più precisamente, per quella sottospecie (di origine giurisprudenziale) della mancata o erronea percezione di uno dei motivi d'impugnazione.

Il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso per revocazione.

### **La decisione**

La sentenza chiarisce l'iter logico – argomentativo che il Collegio deve percorrere al fine di accertare la sussistenza dell'errore di fatto revocatorio e, in particolare, di quella particolare *species*, di origine giurisprudenziale, rappresentata dalla mancata o erronea percezione di uno dei motivi di impugnazione.

Tale percorso, secondo la III Sezione, si articola in tre momenti:

- 1) Il Collegio deve, innanzitutto, stabilire se vi siano, o meno, i presupposti dell'errore revocatorio;
- 2) indi, nel caso in cui tale verifica abbia dato esito positivo, dovrà verificare se la censura oggetto del ricorso sia stata effettivamente fraintesa;
- 3) in terzo luogo, poi, dovrà verificare se il motivo frainteso fosse meritevole di accoglimento.

Nel caso, di specie, tuttavia, il Collegio, data la palese infondatezza del motivo di ricorso ha ritenuto superfluo procedere alle prime due verifiche.

## **CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE – AVVALIMENTO**

**Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2012, n. 5512, Pres. Lignani, Est. Capuzzi**

*E' legittima, in considerazione della violazione dell'art. 88, comma 1, lett. a), del d.P.R. n. 207/2010, l'esclusione da una procedura di aggiudicazione di un contratto pubblico di un'impresa che abbia presentato un contratto di avvalimento con il quale l'ausiliaria si era solo genericamente impegnata a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, per cui la dichiarazione, in considerazione dell'indeterminatezza dell'oggetto del contratto, non poteva ritenersi idonea ad integrare i requisiti minimi previsti dall'art. 88 della citata normativa regolamentare.*

*In tal caso, l'oggetto dell'avvalimento non può neppure essere determinato aliunde, assumendo a riferimento l'attestazione SOA di qualificazione dell'ausiliaria poiché ciò non si evince né dalla volontà contrattuale delle parti, né dall'art. 88 del Regolamento il quale non contempla la determinazione per relationem delle risorse e dei mezzi prestati dall'ausiliaria.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

Una azienda USL di Pistoia aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento di lavori di restauro di un ospedale. All'esito della procedura di gara risultava vincitrice un'impresa che aveva partecipato alla gara in raggruppamento temporaneo mediante avvalimento con altra società, con la quale aveva stipulato apposito contratto.

Con ricorso al Tar Toscana la seconda classificata impugnava gli esiti della gara lamentando, in particolare, che il contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria non rispettava i requisiti previsti dall'art. 88 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento esecutivo ed attuativo del codice dei contratti pubblici), per la genericità del suo contenuto.

Si costituiva la stazione appaltante chiedendo l'integrazione del contraddittorio con l'impresa ausiliaria dell'aggiudicataria e replicando nel merito alle deduzioni della ricorrente.

L'aggiudicataria sosteneva, in particolare, che, poiché nell'ambito dei lavori pubblici esiste un sistema unico di qualificazione diverso da quello stabilito per i contratti pubblici di servizi e forniture e che le risorse ed i mezzi prestatati dall'ausiliaria sarebbero inclusi nell'attestazione di qualificazione SOA dalla stessa posseduta e in tal modo individuabili.

Nel merito, il Tar riteneva il ricorso fondato in quanto dal contratto di avvalimento prodotto dall'aggiudicataria non era possibile evincere in modo determinato e specifico quali erano le risorse e i mezzi che dalla stessa sarebbero stati prestatati per l'esecuzione del contratto, con l'effetto che l'oggetto del contratto di avvalimento era indeterminato contravvenendosi in tale modo alla disposizione posta dall'art. 88, comma 1, lett. a), del Regolamento.

Nell'atto di appello la società prima classificata ha sostenuto, nel merito, l'erroneità dell'accoglimento della censura relativa alla genericità del contratto di avvalimento stipulato con l'impresa ausiliaria.

Alla camera di consiglio del 14 settembre 2012, fissata per la discussione della istanza cautelare, dopo la discussione orale, le parti sono state avvisate dal Presidente della Sezione per una possibile decisione in forma semplificata.

Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado.

### **La decisione**

Il Collegio ha condiviso l'impostazione del giudice di prime cure ritenendo contrastante con l'articolo 88 del Regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici, per indeterminatezza dell'oggetto, un contratto di avvalimento contenente il generico impegno dell'impresa ausiliaria a fornire le risorse necessarie per l'espletamento dell'appalto per tutta la durata prevista.

Come già rilevato dal Tar, infatti, una siffatta dichiarazione, non ulteriormente specificata in alcun altro punto, né del contratto, né della dichiarazione di obbligo prodotta dalla ausiliaria, non consentiva di evincere in modo specifico e sufficientemente determinato quali fossero le risorse e i mezzi che l'impresa ausiliaria si impegnavano a fornire per l'esecuzione del contratto.

Ciò, secondo il Collegio, concretizza la situazione, già stigmatizzata dalla giurisprudenza prevalente (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344 e V, 6 agosto 2012, n. 4510), per cui la semplice messa a disposizione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento concreto con risorse materiali o immateriali, rischia di snaturare l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara.

Inoltre, il Collegio non ha neppure condiviso l'argomentazione addotta dall'aggiudicataria dell'appalto, secondo la quale, poiché nell'ambito dei lavori pubblici esiste un sistema unico di qualificazione diverso da quello stabilito per i contratti pubblici di servizi e forniture, le risorse ed i mezzi prestatati dall'ausiliaria sarebbero inclusi nell'attestazione di qualificazione SOA dalla stessa posseduta e in tal modo individuabili.

A tale asserzione, infatti, il Collegio ha replicato che l'oggetto dell'avvalimento non poteva comunque essere determinato *aliunde*, prendendo come parametro l'attestazione SOA fornita dall'ausiliaria, in quanto ciò non si evince né dalla volontà negoziale delle parti, né dall'interpretazione dell'art. 88 del Regolamento che, infatti, non prevede la possibilità di determinare *per relationem* l'oggetto del contratto di avvalimento.

## **IMMIGRAZIONE – PERMESSO DI SOGGIORNO PER LUNGO SOGGIORNANTI –**

**Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2012, n. 5515, Pres. Lignani, Est. Capuzzi**

*L'odierna previsione dell'art. 9 d.lgs. 286/1998, come sostituito dall'art.1 d.lgs. 3/2007, in attuazione della normativa comunitaria, richiede che l'eventuale diniego di rilascio del "permesso per lungo soggiornanti" sia sorretto da un giudizio di pericolosità sociale dello straniero, con una motivazione articolata non solo con riguardo alla circostanza dell'intervenuta condanna, ma su più*

*elementi, ed in particolare con riguardo alla durata del soggiorno nel territorio nazionale e all'inserimento sociale, familiare e lavorativo dell'interessato, escludendo l'operatività di ogni automatismo in conseguenza di condanne penali riportate.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

Con ricorso al Tar Emilia Romagna, sede di Bologna, il ricorrente aveva impugnato il provvedimento con il quale il Questore di Modena aveva rigettato la richiesta di aggiornamento della carta di soggiorno e ne aveva disposto la revoca a seguito della sua condanna per il reato di per illecita detenzione di sostanze stupefacenti.

Si costituiva in giudizio l'amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Il Tar riteneva il ricorso infondato poiché, ai sensi dell'art. 4 comma 3 del decreto legislativo n. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni, si evinceva la sussistenza di un automatico impedimento al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno ove lo straniero sia stato condannato per uno dei reati ivi considerati, senza necessità di un'autonoma valutazione della concreta pericolosità sociale del soggetto, né dell'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza. Questo perché la preclusione in esame non rappresenta un effetto penale ovvero una sanzione accessoria alla condanna, bensì un effetto di natura amministrativa che la legge fa derivare dal fatto storico consistente nell'aver riportato una condanna per determinati reati, quale indice presuntivo di pericolosità sociale o, quanto meno, di riprovevolezza (e di non meritevolezza ai fini della permanenza in Italia) del comportamento tenuto dallo straniero nel nostro Paese, secondo una scelta giudicata esente da profili di incostituzionalità dalla Corte Costituzionale, avendo il legislatore fatto, in tal caso, un corretto uso del suo ampio potere discrezionale in materia (Corte Cost. 16/05/08 n. 148).

Nell'atto di appello il ricorrente deduceva la violazione dell'art. 5, comma 5 del d.lgs. 286/1998, come modificato dal decreto legislativo n.5 /2007 e dell'art. 9, comma 4, del d.lgs. 286/1998, come modificato dal decreto legislativo n.3/2007, nonché difetto di motivazione.

Si è costituito in appello il Ministero dell'Interno.

Alla camera di consiglio del 14 settembre 2012 fissata per l'esame della istanza cautelare le parti sono state avvisate della possibilità di una decisione in forma semplificata.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, riformando la sentenza impugnata.

### **La decisione**

Il Collegio chiarisce che, a seguito della novella del 2007, ispirata alla *ratio* di adeguare il Testo unico in materia di immigrazione alla normativa europea, il permesso di soggiorno per lungo soggiornanti non può più essere revocato automaticamente in presenza di taluni precedenti penali previsti dal medesimo testo unico.

Viene meno, quindi, la presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale insita nelle condanne per i reati indicati nella versione originaria del d.lgs 286/1998.

Nella nuova versione della normativa citata, infatti, è necessaria, al fine di procedere alla revoca del titolo di soggiorno, una autonoma valutazione della pericolosità sociale dello straniero, sorretta da congrua motivazione relativa non soltanto alla circostanza dell'avvenuta condanna, ma anche ad ulteriori profili rilevanti ai fini del giudizio complessivo, quali la durata del soggiorno nel territorio nazionale e l'inserimento sociale, familiare e lavorativo dell'interessato.

Emerge, quindi, l'esigenza di valutare, ai fini della revoca del titolo, i tratti complessivi del percorso di integrazione dello straniero, piuttosto che tenere conto di singoli episodi da soli non sufficienti a

giustificare il provvedimento restrittivo, a maggior ragione ove si consideri la condizione di soggiornante di lungo periodo dell'interessato.

## **PUBBLICO IMPIEGO – TRATTAMENTO ECONOMICO E INDENNITA'**

**Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2012, n. 5526, Pres. Lignani, Est. D'Alessio**

*L'art. 3 della legge n. 836 del 18.12.1973, contenente norme per il trattamento di missione e di trasferimento dei dipendenti statali, così come sostituito dall'art. 5 della legge n. 417 del 26.7.1978, al comma terzo, lett. c), espressamente prevede che, per alcune categorie di personale, l'indennità di trasferta, per la peculiare natura delle funzioni espletate e per i compiti ad esse riconducibili, non deve essere corrisposta. Sono ricompresi nella disposizione gli ispettori di igiene, chiamati a svolgere in via ordinaria compiti ispettivi e di vigilanza sul territorio, anche in località distanti oltre 10 chilometri dalla sede dell'ufficio di appartenenza, ma comunque nell'ambito della sede di servizio non necessariamente coincidente con la circoscrizione di una singola Unità Sanitaria Locale.*

*La finalità della norma è quella di non riconoscere il trattamento di missione qualora gli spostamenti compiuti dal dipendente per l'espletamento dei compiti cui è preposto rientrano nel quadro organizzativo e funzionale dei servizi e, pertanto, diventano contenuto normale della prestazione. Ciò consente di escludere sia il carattere di temporaneità ed eccezionalità della missione in luogo diverso da quello di servizio che costituiva il presupposto per l'erogazione del trattamento indennitario, sia la sussistenza di un aggravio rispetto agli ordinari compiti della qualifica che richiedevano l'esercizio di funzioni ispettive di vigilanza nell'intero ambito territoriale del presidio multizonale.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

Il ricorrente, all'epoca del ricorso in servizio presso una U.S.L. di Campobasso con la qualifica di assistente tecnico (ispettore di igiene), aveva proposto ricorso avverso il provvedimento con il quale l'Amministratore straordinario dell'azienda, a seguito di parere della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, aveva disposto il recupero delle somme erogate a titolo di indennità di missione dal 1989 al 1992.

In particolare, il T.A.R. aveva ritenuto che le funzioni ispettive rese dal ricorrente oltre il raggio di dieci chilometri dalla sede di servizio non potevano farsi rientrare, ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. n. 761 del 1979 e dell'art. 3 della legge n. 863 del 1973, negli ordinari compiti della qualifica, con la conseguenza che l'interessato aveva diritto al pagamento dell'indennità di missione per le funzioni svolte.

La U.S.L. ha proposto appello al Consiglio di Stato sostenendo, nel merito, l'insussistenza, nel merito, dei presupposti per il pagamento dell'indennità di missione.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, riformando la sentenza di primo grado.

### **La decisione**

Il Collegio, tenendo conto della peculiarità della prestazione lavorativa istituzionalmente svolta dagli ispettori di igiene, chiamati a svolgere in via ordinaria compiti ispettivi e di vigilanza (dell'igiene e della sicurezza di luoghi produttivi e di lavoro) sul territorio, anche in località distanti oltre 10 chilometri dalla sede dell'ufficio di appartenenza, ma comunque nell'ambito della sede di

servizio non necessariamente coincidente con la circoscrizione di una singola Unità Sanitaria Locale, riformando la sentenza di prime cure, ha ritenuto non sussistenti i presupposti per il riconoscimento dell'indennità di missione al ricorrente, in quanto l'attività da costui svolta rientrava *tout court* nel quadro organizzativo e funzionale dei servizi ai quali era stato assegnato, rappresentando, quindi, il compimento di doveri inerenti all'ordinaria attività lavorativa.

Peraltro, il principio affermato nella pronuncia in questione si pone nell'alveo di una giurisprudenza ormai consolidata del Consiglio di Stato che, più volte, ha già avuto modo di statuire che il personale delle U.S.L. chiamato ad esplicare compiti ispettivi oltre il raggio di dieci chilometri dalla ordinaria sede di servizio non ha diritto a percepire l'indennità di missione (Sez. V<sup>^</sup>, n. 6740 del 31 dicembre 2008, n. 1156 del 21 ottobre 1997). Inoltre, anche lo stesso Tar Molise, mutando l'orientamento espresso nella sentenza appellata, ha ritenuto, nella più recente sentenza n. 191 dell'8 maggio 2009, in analoga fattispecie, non dovuto il trattamento di missione ai dipendenti U.S.L. addetti ad attività di controllo e vigilanza per il cui espletamento dovevano necessariamente, con carattere di continuità, allontanarsi dall'Ufficio, Presidio o Distretto sanitario dove risultavano organicamente assegnati.

## **PROCESSO AMMINISTRATIVO – CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO**

### **CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE**

**Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2012, n. 5542, Pres. Lignani, Est. Polito**

*1. La consulenza tecnica non è un mezzo di prova vero e proprio, ma costituisce uno strumento istruttorio per la soluzione, sulla scorta delle acquisizioni di causa, di questioni di carattere non strettamente giuridico con l'ausilio di un soggetto tecnicamente qualificato. Al pari di ogni altro mezzo istruttorio il giudice di merito dispone di un'ampia sfera di apprezzamento discrezionale sull'opportunità di disporre o meno la consulenza tecnica di ufficio e la scelta se avvalersene o meno è sindacabile solo entro limiti molto ristretti.*

*2. L'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 è una disposizione la cui operatività presuppone che sia stato assolto l'obbligo primario di produzione documentale o di dichiarazione da parte del concorrente, così che gli elementi successivamente acquisiti operano in via di mera regolarizzazione delle carenze riscontrate. Pertanto, quando difetta in radice una valida relazione tecnica sugli aspetti organizzativi e sulle risorse umane e materiali da dedicare al servizio di vigilanza resta preclusa la possibilità di ovviare a detta carenza di produzione documentale che verrebbe a consentire una tardiva formulazione dell'omessa dichiarazione negoziale circa le modalità ed i mezzi apprestati per l'espletamento del servizio, che la disciplina concorsuale sanziona con la comminatoria di esclusione.*

[Link al testo della sentenza](#)

#### **Il caso**

La Regione Lazio aveva indetto una procedura ristretta per l'affidamento del servizio integrato di vigilanza, sicurezza, custodia, sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici occorrente alle aziende sanitarie della Regione Lazio, suddivisa in 7 lotti.

Le società ricorrente, nella qualità di mandataria-capogruppo di un costituendo r.t.i., aveva partecipato alla procedura selettiva formulando offerta esclusivamente per il lotto riguardante il servizio di vigilanza mediante piantonamento in favore della A.U.S.L. di Frosinone.

La Commissione di gara, aveva rilevato, in sede di esame dell'offerta tecnica la mancanza di elementi necessari per consentirne la valutazione. Conseguentemente, la Stazione appaltante, recependo quanto rilevato dalla Commissione giudicatrice, aveva escluso il predetto raggruppamento dal prosieguo della gara, con riserva di indire successivamente una nuova gara per il medesimo lotto.

Avverso il provvedimento di esclusione dal concorso, nonché il bando di nuova gara, il raggruppamento insorgeva avanti al T.A.R. per il Lazio, formulando, inoltre, domanda risarcitoria per l'indebita esclusione dalla gara e per la mancata aggiudicazione.

Il T.A.R. adito respingeva il ricorso.

Avverso la sentenza reiettiva le società in raggruppamento hanno proposto atto di appello e, con diffuso ordine argomentativo, hanno contrastato le conclusioni del primo giudice e rinnovato le domande di annullamento degli atti impugnati e di ristoro del danno sofferto a mezzo di reintegrazione in forma specifica, con immissione nell'esecuzione dell'appalto e, ove non possibile, con risarcimento del danno per equivalente.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello, confermando integralmente la sentenza impugnata.

### **La decisione**

La pronuncia, con la quale il Collegio ha rigettato *in toto* le censure rivolte dalla impresa ricorrente al provvedimento di esclusione del raggruppamento temporaneo dalla stessa diretto, si segnala sotto due distinti profili.

In primo luogo, la terza sezione - nel respingere il motivo con il quale il ricorrente lamentava il mancato ricorso da parte del giudice di prime cure ad apposita c.t.u. per verificare la conformità dell'offerta agli elementi contenutistici stabiliti dalla disciplina di gara, con ogni effetto sulla possibilità della commissione di formulare il giudizio valutativo - ha statuito il principio per cui la c.t.u., in considerazione della sua peculiare natura di mezzo per la risoluzione di questioni che richiedono per il loro carattere non strettamente giuridico un apporto tecnico specialistico, è oggetto di un'ampia sfera un'ampia sfera di apprezzamento discrezionale da parte del giudice sull'opportunità di disporre o meno la consulenza tecnica di ufficio.

La decisione se avvalersene o meno, quindi, è sindacabile solo entro limiti molto ristretti.

Il secondo profilo di interesse della decisione in questione riguarda, invece, la nota questione dei limiti entro i quali la stazione appaltante può ricorrere al potere di integrazione documentale ex art. 46 del d.lgs. 163/2006, senza pregiudicare il principio della *par condicio competitorum*, realizzando un equo bilanciamento con l'esigenza, di ascendenza parimenti comunitaria, di garantire la massima apertura delle procedure di aggiudicazione.

Sul punto, la terza sezione, collocandosi nell'alveo di una giurisprudenza ormai consolidata, ha statuito che il potere della stazione appaltante di ricorrere all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici incontra un limite invalicabile nell'ipotesi in cui, anziché svolgere una funzione integrativa di documentazione già depositata nei termini, sia volto a supplire all'omesso compimento di un adempimento prescritto a pena di esclusione, con conseguente *vulnus* della parità di trattamento tra le imprese partecipanti.