

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Novembre 2012

PROCESSO AMMINISTRATIVO – LEGITTIMAZIONE ATTIVA

Cons. Stato, Sez. III, 8 novembre 2012, n. 5685, Pres. Lignani, Est. Spiezia

Nell'ambito del procedimento disciplinare, e nei confronti dei provvedimenti che lo definiscono, non emergono situazioni giuridiche soggettive tutelabili (se non, appunto, quella del soggetto inquisito, qualificabile come interesse oppositivo).

Il procedimento disciplinare non ha, infatti, la funzione di tutelare le situazioni giuridiche soggettive dei terzi, e del resto è strutturalmente inidoneo a farlo.

Eventuali lesioni ai diritti ed agli interessi legittimi dei terzi derivano dal comportamento dell'inquisito o anche, eventualmente, dai provvedimenti amministrativi che da quel comportamento siano scaturiti; tali lesioni debbono ricevere dall'ordinamento le appropriate tutele restitutorie ovvero ripristinatorie o risarcitorie, ma la sanzione disciplinare non è lo strumento appropriato per produrre effetti di questo genere e in realtà non li produce.

Né costituisce un presupposto necessario, né di diritto né di fatto, per l'esperibilità di tali azioni.

Non rileva, neppure, in senso contrario, il fatto che il terzo abbia presentato un esposto inteso a sollecitare l'esercizio dell'azione disciplinare. La presentazione di un esposto non costituisce di per sé atto d'impulso procedimentale e non fa assumere al suo autore la qualità di parte del procedimento che eventualmente venga iniziato (d'ufficio) in conseguenza dell'esposto stesso.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il Codacons (associazione per la tutela dei consumatori) - nell'ambito di iniziative intraprese in varie sedi per ottenere dalle autorità pubbliche competenti una penetrante regolamentazione dell'impiego degli appositi "occhiali" per la visione dei film 3D nelle sale cinematografiche, al fine di prevenire possibili pericoli per la salute dei cittadini – aveva presentato un esposto al Consiglio dell'Ordine provinciale dei medici-chirurghi e degli odontoiatri di Roma, sollecitando l'adozione di sanzioni disciplinari nei confronti di un cattedratico, oftalmologo di grande fama, della cui consulenza il Ministero della salute si era avvalso per l'emanazione di alcune circolari relative al fenomeno.

Con la prima, del 17 marzo 2010, il Ministero aveva dato istruzioni nel senso dell'impiego di occhiali monouso.

In seguito, poiché era stato rappresentato che gli occhiali monouso avrebbero comportato un costo insostenibile dallo spettatore, con una nuova circolare del 6 agosto 2010, il Ministero aveva espresso l'avviso che una valida alternativa fosse la sottoposizione degli occhiali ad appropriati processi di pulizia e di disinfezione.

Le circolari del Ministero sono state oggetto di molteplici impugnative da parte del Codacons, in quanto ritenute non sufficientemente rigorose e potenzialmente dannose per la salute pubblica.

In particolare, il Codacons riteneva che le opinioni espresse dal cattedratico (e recepite dal Ministero) non fossero tecnicamente condivisibili e che nel formularle l'autore fosse incorso in molteplici violazioni della deontologia professionale.

Il Consiglio, con apposita nota, ha ritenuto non comprovata, a carico del professionista, alcuna fattispecie sanzionabile in sede disciplinare.

Quest'ultima nota è stata impugnata dal Codacons davanti al Tar Lazio.

Quest'ultimo, preso atto che il provvedimento di archiviazione dell'esposto è impugnabile solo dinanzi alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

Il Codacons ha impugnato la sentenza del Tar innanzi al Consiglio di Stato, evidenziando che la legittimazione a proporre appello avverso gli atti dei Consigli degli Ordini Professionali in materia disciplinare spetta, secondo la vigente normativa unicamente all'interessato (cioè al sanitario soggetto a procedimento disciplinare), al Prefetto e al Procuratore della Repubblica, dunque non a terzi.

Perciò, secondo l'appellante, ai terzi, non legittimati a ricorrere alla Commissione centrale, si deve riconoscere la legittimazione ad impugnare davanti al Tar gli atti dei Consigli dell'Ordine in materia disciplinare. Questa tesi è stata sviluppata con ampie argomentazioni e corredata anche con la prospettazione di questioni di costituzionalità.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha rigettato l'appello confermando la sentenza di primo grado.

La decisione

Il Consiglio di Stato ha precisato le finalità sottese alla impugnazione dei provvedimenti resi in materia disciplinare dagli Consigli degli ordini professionali, delineando, conseguentemente, i confini entro i quali si radica la legittimazione ad agire avverso gli stessi.

In particolare, il Collegio ha rilevato come, in considerazione della peculiare *ratio* che caratterizza il procedimento disciplinare, nei confronti dei provvedimenti che lo definiscono, non emergano situazioni giuridiche soggettive tutelabili (se non, appunto, quella del professionista inquisito, qualificabile come interesse oppositivo).

Secondo tale impostazione, infatti, il procedimento disciplinare non ha la funzione di tutelare le situazioni giuridiche soggettive dei terzi, e del resto è strutturalmente inidoneo a farlo.

Peraltro, come ulteriormente precisato dal Collegio, non vi è un nesso di derivazione tra eventuali pregiudizi lamentati da terzi e gli atti che definiscono il procedimento disciplinare.

Infatti, lesioni ai diritti ed agli interessi legittimi dei terzi derivano dal comportamento del professionista, o anche, eventualmente, dai provvedimenti amministrativi che da quel comportamento siano scaturiti; tali lesioni debbono ricevere dall'ordinamento le appropriate tutele restitutorie ovvero ripristinatorie o risarcitorie, ma la sanzione disciplinare non è lo strumento appropriato per produrre effetti di questo genere e in realtà non li produce.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, il terzo leso può ottenerli, semmai, agendo davanti al giudice competente a darli; e cioè il giudice civile, ove si assuma che il comportamento del professionista ha prodotto danni risarcibili ex art. 2043 c.c., ovvero il giudice amministrativo, ove si assuma che quel comportamento si è tradotto (direttamente o indirettamente) in provvedimenti amministrativi illegittimi. L'applicazione di una sanzione disciplinare non è un presupposto necessario, né di diritto né di fatto, per l'esperibilità di tali azioni.

Secondo la sentenza non rileva la circostanza che il Codacons abbia presentato l'esposto da cui è scaturito il procedimento disciplinare. La presentazione di un esposto non costituisce di per sé atto d'impulso procedimentale e non fa assumere al suo autore la qualità di parte del procedimento che eventualmente venga iniziato (d'ufficio) in conseguenza dell'esposto stesso.

Inoltre, non giustifica l'attribuzione al Codacons della legittimazione ad impugnare il provvedimento di archiviazione neppure la circostanza che allo stesso, in quanto presentatore

dell'esposto, sia stato riconosciuto il diritto di ottenere l'accesso agli atti del procedimento disciplinare.

Richiamando l'orientamento prevalente in giurisprudenza, infatti, il Collegio ha sottolineato che la legittimazione all'accesso non coincide (nel senso che è più estesa) con quella all'impugnazione dell'atto che concluderà il procedimento: il fatto che ad un soggetto venga riconosciuto il diritto all'accesso non è indizio sufficiente dell'esistenza di un interesse legittimo tutelabile mediante l'impugnazione dell'atto terminale.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – COMPETENZA

Cons. Stato. Sez. III, 8 novembre 2012, n. 5696, Pres. Lignani, Est. Spiezia

In materia di procedimento di concessione della cittadinanza italiana, se il provvedimento espresso (non importa se di accoglimento o di diniego) è di competenza dell'amministrazione centrale e produce effetti non territorialmente limitati, identiche sono le caratteristiche del comportamento omissivo (c.d. silenzio-rifiuto o silenzio-inadempimento). Ne consegue che, anche dal punto di vista logico, sembra inevitabile ritenere che il giudice territorialmente competente a sindacare la legittimità del silenzio e a dichiarare, se del caso, l'obbligo di provvedere, sia lo stesso che è territorialmente competente a sindacare il provvedimento una volta che esso sia stato emanato. Sussiste, quindi, in entrambi i casi, la competenza del Tar Lazio, sede di Roma.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Un cittadino straniero aveva proposto, dinanzi al Tar Lombardia, sezione distaccata di Brescia, un ricorso, ai sensi dell'art. 117 c.p.a., per far dichiarare l'illegittimità del silenzio della p.a. e l'obbligo di provvedere sulla sua istanza di concessione della cittadinanza italiana.

Il Tar adito ha accolto il ricorso, preliminarmente affermando la propria competenza per territorio.

Il Ministero dell'interno ha impugnato la sentenza unicamente per il profilo della competenza, affermando che il ricorso doveva essere proposto davanti al T.A.R. del Lazio, sede di Roma, in quanto la concessione della cittadinanza italiana è atto dell'amministrazione centrale dello Stato e produce effetti non territorialmente limitati.

Il Tar Brescia, invece, aveva disatteso tali argomentazioni ritenendole pertinenti solo qualora venga impugnato un provvedimento espresso di diniego, ma non quando venga proposta un'azione contro il silenzio della p.a.

Il Consiglio di Stato, invece, in riforma della sentenza, ha accolto la tesi prospettata dalla difesa erariale.

La decisione

La sentenza si fonda sul principio della simmetria, ai fini del radicamento della competenza territoriale del giudice, tra il provvedimento espresso e il corrispondente comportamento omissivo dell'amministrazione.

Perciò, se il provvedimento espresso è di competenza dell'amministrazione centrale, anche in virtù dei suoi effetti non limitati ad una determinata parte del territorio nazionale, è logico che anche il corrispondente comportamento omissivo presenti le medesime caratteristiche.

Con particolare riferimento, poi, alle specifiche caratteristiche del procedimento di concessione della cittadinanza italiana, il quale si articola in una prima fase svolta a livello periferico e in una fase conclusiva di competenza dell'amministrazione centrale, il Collegio ha osservato che non rileva in senso contrario la circostanza che la fase istruttoria del procedimento di concessione della cittadinanza italiana si svolga in sede locale (Prefettura), giacché non sempre e non necessariamente il ritardo che dà motivo al ricorso si manifesta in quella fase (ed invero anche in sede centrale si svolgono attività istruttorie di notevole importanza e che possono richiedere un certo tempo, come ad es. le verifiche circa l'inesistenza di gravi ragioni ostative, attinenti agli interessi politici ed alla sicurezza dello Stato) e comunque l'inadempimento è sempre imputabile all'autorità cui spetta emanare l'atto conclusivo, l'unico di rilevanza esterna, con tutte le conseguenze in punto di individuazione del giudice territorialmente competente.

Il principio affermato dalla decisione in questione è conforme ad altro recente arresto della medesima sezione (si veda, infatti, Sez. III, 26 giugno 2012, n. 3727).

ASSISTENZA PUBBLICA – DISABILI

Cons. Stato, Sez. III, 16 novembre 2012, n. 5782, Pres. Lignani, Est. Palanza

In materia di contribuzione alla spesa per i programmi di assistenza di disabili gravi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato non interpreta l'art. 3, comma 2 ter, del d.lgs. 109/98 come un principio assoluto e incondizionato, ma si limita a considerare illegittimo un regolamento comunale in quanto non preveda un'adeguata distinzione tra la posizione dei disabili gravi e degli anziani non autosufficienti e quella degli altri utenti, nel senso di valorizzare la posizione del solo assistito ai fini della compartecipazione alla contribuzione di determinate spese.

Tale indirizzo non implica neppure la deresponsabilizzazione del nucleo familiare o degli altri familiari eventualmente tenuti a forme di solidarietà familiare, ma al contrario è rivolto esplicitamente allo scopo di favorire tale responsabilizzazione. La norma in questione, infatti, prevede due finalità pari ordinate e tra loro connesse: il principio della considerazione della situazione economica del solo assistito ai fini della contribuzione al pagamento delle rette e la esigenza di favorire la permanenza dell'assistito presso il nucleo di appartenenza.

La distinzione tra disabili gravi e ultrasessantacinquenni non autosufficienti deve, dunque, avere un seguito coerente e conforme al contenuto della norma che è quello di escludere dalla partecipazione al pagamento della retta per il ricovero in strutture residenziali e semiresidenziali, ma ciò deve avvenire allo scopo di rafforzare e non di indebolire il rapporto con il nucleo familiare di appartenenza. Le modalità attuative devono dunque rispondere al sistema disegnato dalla sopra ricordata disposizione, che richiede il bilanciamento delle finalità che il principio assegna al DPCM attuativo e che, quindi in sua assenza, attribuisce tale compito agli altri enti che, in assenza del decreto governativo, regolano interamente i relativi rapporti al fine di dar ad esso applicazione.

Pertanto, ferma restando l'applicazione di questa norma speciale, ciò non significa che, nei confronti dei congiunti di disabili gravi o degli anziani non autosufficienti, si disapplica la restante disciplina ordinaria prevista dal D.lgs. n.109. Non si può in alcun modo intendere che i familiari – in particolare quelli del nucleo di appartenenza - non siano più tenuti alla presentazione della dichiarazione ISEE o siano sottratti ai doveri di solidarietà e di assistenza verso l'assistito. La finalità per la quale i familiari sono esentati dalla contribuzione alla spesa per i programmi di assistenza di disabili gravi è quella di favorire la permanenza dell'assistito presso il nucleo familiare.

La partecipazione del nucleo familiare si traduce, quindi, non in una contribuzione alla spesa per i programmi di assistenza, esclusa a buon titolo dalla norma, ma nelle attività restanti a carico della

famiglia, nei periodi o momenti in cui l'assistito è loro affidato, da definire anche con gli enti gestori, attraverso le quali i nuclei familiari stessi concorrono alla assistenza assicurando un costante legame con l'assistito.

Il principio legislativo di cui si tratta chiede dunque che le famiglie siano chiamate ad un ruolo più attivo, ma anche che non si trovino ad esser gravate da un doppio onere e cioè agli oneri direttamente a loro carico in termini di costante appartenenza al nucleo familiare dell'assistito e la contribuzione al pagamento delle prestazioni di assistenza curate da soggetti pubblici o accreditati.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

La ricorrente, madre di un disabile grave ex art. 3, comma 4, della legge n. 104/1992, inserito presso una comunità di Brescia e frequentante, altresì, un centro diurno per disabili sito nella stessa città, aveva impugnato la sentenza del Tar della Lombardia – Sezione distaccata di Brescia - con la quale era stato respinto il suo ricorso per l'annullamento:

- a) della nota del Responsabile del Settore servizi sociali del Comune di Brescia con la quale le veniva richiesto il rilascio di una garanzia, in favore del Comune, per il pagamento della retta di degenza del figlio presso la comunità;
- b) della nota con cui il Responsabile del Settore servizi sociali del Comune di Brescia richiedeva una maggiorazione del contributo giornaliero per la retta di degenza del figlio presso la medesima comunità;
- c) della delibera della Giunta comunale di Brescia del 30 marzo 2007 e relativo allegato n. 326/1277771 recante disciplina relativa all'erogazione dei servizi e degli interventi socio assistenziali.

La sentenza si fondava essenzialmente sull'assunto per cui non va inteso in modo assoluto il principio - ex art. 3, comma 2 *ter*, del d.lgs. n. 109/1998 - della evidenziazione della situazione economica del solo assistito, ai fini della contribuzione al costo delle prestazioni, in riferimento alle persone con handicap permanente grave e ai soggetti ultrasessantacinquenni non autosufficienti.

Secondo il Tar Brescia, la norma dianzi citata prevede per la sua attuazione un D.P.C.M., al quale è demandata la funzione di regolarne e limitarne la portata. Da una lettura complessiva emerge, secondo la sentenza di prime cure, che la disposizione affida all'autorità statale, in via contestuale, sia il compito di raggiungere il delineato obiettivo a favore dei soggetti tutelati, sia la determinazione dei limiti residuali entro i quali l'ISEE familiare può comunque trovare applicazione: spetta in altre parole al Presidente del Consiglio dare attuazione al principio e delimitarne la portata, individuando le ipotesi marginali nelle quali può riespandersi la disciplina generale dell'ISEE familiare. In assenza del suddetto decreto, quindi, pare evidente – secondo il Tar Brescia - che *“la proposizione normativa debba essere nella sua globalità tradotta in scelte concrete dalle amministrazioni titolari delle funzioni amministrative in materia di interventi sociali sul territorio”*.

La ricorrente ha proposto appello avverso la sentenza rilevando, in particolare, che, anche in assenza del DPCM attuativo, la disposizione dell'art. 3, comma 2 *ter*, del d.lgs. 109/98 deve trovare immediata applicazione. Ciò, secondo la ricorrente, è chiaramente statuito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, costante nel ritenere immediata la precettività del principio ivi statuito, di evidenziazione della situazione economica del solo assistito anziché di quella del nucleo familiare in relazione alle modalità di contribuzione al costo delle prestazioni rivolte a persone con disabilità permanente grave e anziani non autosufficienti. Secondo il Consiglio di Stato il principio è immediatamente applicabile e, anzi, costituisce uno dei livelli essenziali di assistenza da garantire in

modo uniforme sull'intero territorio nazionale, ed è quindi vincolante sia per il legislatore regionale sia per i regolamenti comunali.

Il Consiglio di Stato ha parzialmente accolto il ricorso, riformando la sentenza di primo grado.

La decisione

La sentenza si colloca nell'alveo di un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, quale quello che ritiene dotato di portata immediatamente precettiva l'art. 3, comma 2^{ter}, del d.lgs. 109/98 (*ex plurimis*, CdS n. n. 1607/2011, nonché n. 5185/2011 e quelle, recentissime, della III Sezione nn. 4071/2012, 4077/2012, 4085/2012).

La decisione in questione, comunque, si distingue per l'accurata ricostruzione del quadro normativo vigente in materia e per lo sforzo di precisare la *ratio* del principio di rilevanza della situazione economica del solo assistito, ai fini della contribuzione al costo delle prestazioni, in riferimento alle persone con handicap permanente grave e ai soggetti ultrasessantacinquenni non autosufficienti.

In particolare, la decisione chiarisce che siffatto principio, lungi dal poter essere inteso in senso assoluto ed incondizionato, necessita di una applicazione temperata volta a responsabilizzare il nucleo familiare di appartenenza del soggetto affetto da disabilità grave, chiamato a svolgere un ruolo più attivo ed a contribuire alle spese di assistenza in una maniera consona alla sua natura di fondamentale contesto sociale e affettivo.

In quest'ottica, quindi, è giusto porre a carico della famiglia di origine del disabile le prestazioni da questa garantite nei periodi o momenti in cui l'assistito è alla stessa affidato, ma non anche il compito di contribuire finanziariamente alle prestazioni assistenziali assicurate da soggetti pubblici o accreditati.

In questo modo, quindi, si garantisce, secondo il Consiglio di Stato un equo bilanciamento tra il principio statuito dalla disposizione con l'esigenza, parimenti meritevole di tutela, di responsabilizzare la famiglia di origine del disabile non autosufficiente, favorendone la permanenza presso il nucleo familiare, ma evitando, al contempo che quest'ultimo venga gravato di un doppio onere economico, rappresentato, da un lato, dal costo delle prestazioni rese durante la permanenza del disabile presso il contesto familiare, dall'altro, dall'onere di contribuire alle prestazioni erogate dagli enti assistenziali.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – OTTEMPERANZA – COMPETENZA

Cons. Stato, Sez. III, 19 novembre 2012, n. 5815, Pres. Lignani, Est. Spiezia

Rientra nella cognizione del Tar il ricorso per l'ottemperanza di una sentenza del Consiglio di Stato che abbia confermato la sentenza di primo grado con un percorso motivazionale apparentemente diverso ma con eguale contenuto dispositivo e altresì equivalente contenuto conformativo.

Ed invero, né il quid agendum né il modus agendi cui l'amministrazione è tenuta per effetto del giudicato, sono minimamente diversi a seconda che si abbia riguardo alla sentenza di primo grado ovvero a quella di secondo grado.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il Tar Basilicata aveva annullato la delibera del Consiglio di Amministrazione dell'ESAB- Ente Sviluppo agricolo in Basilicata - che disponeva la vendita all'asta di alcuni terreni, in quanto gli stessi erano usciti dalla libera disponibilità dell'Ente, essendo stati già assegnati provvisoriamente

(fin dagli anni settanta) ai soggetti cui erano succeduti, a titolo ereditario, i ricorrenti al giudice amministrativo.

Su appello dell' Ente, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado con sentenza n. 42/2000. Tale pronuncia, da un lato, ha ritenuto pacifica in capo agli appellati la qualità di eredi dei danti causa-assegnatari, nonché la condizione di occupanti, mentre, dall'altro, ha ritenuto insussistenti i presupposti per la legittima alienazione dei beni in questione da parte dell'ESAB, in quanto la destinazione a "zona turistica estensiva", presupposto per l'alienabilità dei medesimi, in realtà era stata prevista da una variante al PRG non ancora approvata all'epoca dei fatti.

Investito del ricorso per l'ottemperanza del giudicato, il Tar Basilicata ha promosso d'ufficio il regolamento di competenza. Il Consiglio di Stato ha ritenuto il Tar medesimo competente a pronunciarsi sul ricorso proposto dai ricorrenti vittoriosi.

La decisione

La pronuncia del Consiglio di Stato, collocandosi nell'alveo di un orientamento giurisprudenziale ormai in via di consolidamento (si veda in proposito la recentissima pronuncia della III sezione n. 5206 del 5 ottobre 2012), ha statuito ancora una volta il principio per cui, 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 – GIUDICATO

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE

OFFERTA IN GENERALE

Cons. Stato, Sez. III, 19 novembre 2012, n. 5820, Pres. Lignani, Est. D'Alessio

- 1. Nel caso in cui sia stato impugnato il provvedimento di esclusione da una gara ed il relativo giudizio si sia concluso con la dichiarazione di illegittimità di tale esclusione e l'esclusa sia stata riammessa alla gara, la procedura di gara deve essere (in parte) rinnovata e si conclude con una nuova aggiudicazione che può essere (ovviamente) impugnata da tutte le imprese partecipanti che hanno interesse e, quindi, anche dalla impresa che in un primo momento era stata (illegittimamente) esclusa e poi, dopo la riammissione, era risultata comunque non aggiudicataria.*

Se tuttavia l'impresa non aggiudicataria ha già proposto un precedente ricorso avverso la sua esclusione dalla gara (e la conseguente aggiudicazione della stessa ad altra impresa), contestando anche l'ammissione alla gara della aggiudicataria, si deve ritenere che la non aggiudicataria possa impugnare, a conclusione della gara, gli atti ulteriori della procedura, e la nuova aggiudicazione conseguente alla parziale rinnovazione della gara, per vizi propri delle nuove fasi del procedimento, ma non possa anche riproporre questioni che erano state oggetto del precedente giudizio e sulle quali si è formato il giudicato.

L'impresa che ha già fatto ricorso al giudice amministrativo che si è pronunciato con una sentenza passata in giudicato non può quindi riproporre nel nuovo giudizio vizi riguardanti la precedente fase della gara che sono stati oggetto di un precedente giudizio e sui quali si è formato il giudicato.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per l'impresa che, in quanto aggiudicataria e resistente in un precedente giudizio, ha proposto in tale giudizio un ricorso incidentale nei

confronti dell'impresa esclusa e ricorrente contestandone, per altri profili non considerati dall'amministrazione, i requisiti di ammissione.

I medesimi principi non possono, invece, essere applicati nel caso di assorbimento in appello dei motivi che sono stati esaminati e respinti dal Tar in primo grado.

Infatti, per principio generale, la sentenza di secondo grado assorbe e sostituisce quella di primo grado, con la conseguenza che la portata della decisione di appello va desunta dai limiti entro i quali il giudice di secondo grado si è pronunciato sulla questione a lui sottoposta.

Perciò, se il giudice di appello ha ritenuto di poter decidere il caso a lui sottoposto per un motivo ritenuto assorbente, ed ha quindi dichiarato l'assorbimento di una o più delle altre questioni sollevate, sulla questione assorbita, anche se sulla stessa si era pronunciato il giudice di primo grado, non può ritenersi si sia avuta una decisione sul merito ma solo una omessa pronuncia o se si vuole una pronuncia dichiarativa nel senso dell'assorbimento (ossia della irrilevanza della questione ai fini della decisione che il giudice di ultima istanza sta assumendo).

- 2. La legittimità della scelta di limitare a priori, per ragioni antitrust, la facoltà di associarsi in ATI per le imprese in grado di soddisfare da sole i requisiti di capacità economica e tecnica, non può che essere valutata in concreto, con riferimento alla diverse fattispecie, dovendosi ritenere che la facoltà delle stazioni appaltanti di non ammettere imprese sovrabbondanti alle gare resta soggetta agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, sia con riguardo all'oggetto dell'appalto, sia con riferimento alla utilità pubblica sperata, con la conseguenza che tale scelta può ritenersi illegittima solo se non risponde ad alcuna reale esigenza sottesa all'evidenza pubblica, se meramente astratta, non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto e non suffragata da gravi indizi di intese di cartello tra le imprese.*
- 3. La mancata verbalizzazione delle modalità di custodia dell'offerta non è motivo di illegittimità se la censura non è sorretta da allegazione che si sia verificata una manomissione dei plichi.*

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Un R.T.I. aveva partecipato alla procedura aperta, indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Taranto, per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della progettazione, realizzazione, gestione e manutenzione del sistema informativo automatizzato e per la gestione dei servizi CUP dell'Azienda.

Il raggruppamento, benché avesse riportato il punteggio minimo di qualificazione, era stato escluso per aver riportato un'insufficienza in due dei sottosistemi di valutazione.

L'impresa capogruppo aveva proposto ricorso avverso l'esclusione al Tar di Lecce, contestando altresì l'aggiudicazione ad altro concorrente e la sua stessa ammissione in gara.

Il Tar aveva respinto il principale ed i successivi motivi, dichiarando successivamente inammissibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale dell'aggiudicatario.

Il ricorrente aveva proposto appello avverso la pronuncia del Tar Lecce. Il Consiglio di Stato, previa sospensione degli effetti della sentenza impugnata, ha accolto l'appello e, per l'effetto, ha disposto la riammissione del ricorrente alla procedura, con il rinnovo delle operazioni di gara, dichiarando, altresì, l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

A seguito della parziale rinnovazione degli atti di gara, il contratto è stato nuovamente aggiudicato alla medesima impresa.

Ciò ha fatto sì che il ricorrente originario insorgesse dinanzi alla giustizia amministrativa contestando anche la nuova aggiudicazione. In particolare, l'impresa capogruppo del R.T.I. in questione ha contestato la violazione del disciplinare di gara (nella parte in cui aveva vietato, a pena di esclusione, la partecipazione in R.T.I. di due o più imprese in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione) unitamente ai principi generali di imparzialità, buon andamento, *par condicio*, coerenza e logicità dell'azione amministrativa, nonché l'eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza, difetto d'istruttoria e sviamento, la violazione e falsa applicazione dell'art. 44 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 e dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006.

In subordine, ha lamentato l'elusione del giudicato amministrativo e, in via ulteriormente gradata, la violazione del principio di segretezza degli atti di gara e delle cautele atte a prevenire ogni rischio di manomissione.

L'aggiudicatario, dal canto suo, ha nuovamente contestato l'ammissione alla gara del ricorrente, mediante ricorso incidentale.

Il Tar Lecce ha dichiarato inammissibili le censure sollevate con il ricorso incidentale in quanto riguardanti questioni già definite con sentenza passata in giudicato. Quanto, invece, al ricorso principale, il Tar ha ritenuto che, avendo i primi cinque motivi ad oggetto questioni già proposte nel precedente giudizio, l'assorbimento delle stesse equivale, comunque, al rigetto implicito e determina la formazione del giudicato, poiché, diversamente, verrebbe eluso il termine decadenziale per la proposizione del ricorso. Di conseguenza ha optato per una declaratoria di inammissibilità delle questioni, respingendo, nel merito, le restanti.

Il Consiglio di Stato, previo esame dell'appello incidentale escludente, ritenuto infondato, ha respinto in parte l'appello principale, disponendo apposita verifica ex art. 66 c.p.a., all'esito della quale procedere all'esame nel merito delle ulteriori questioni sollevate dall'appellante principale.

La decisione

L'articolato iter argomentativo della pronuncia in questione offre una pluralità di spunti di riflessione.

La decisione si segnala innanzitutto per aver affrontato la *vexata quaestio* della riproponibilità in un diverso giudizio di questioni che, in quello precedente, anziché essere esaminate nel merito, sono state dichiarate assorbite. Il punto controverso riguarda la formazione o meno del giudicato implicito su tali questioni, nonostante non siano state oggetto di specifico esame. Si tratta di una questione di particolare rilevanza nella materia dei contratti pubblici, ove è frequente che, a seguito della impugnazione di un illegittimo provvedimento di esclusione, il giudice amministrativo disponga la riammissione in gara, con conseguente rinnovazione degli atti di gara e, quindi, possibilità di riproporre questioni già sollevate in precedenza.

Un primo orientamento, condiviso dal giudice di primo grado, ritiene che l'esame di questioni già sollevate in un precedente giudizio, ma dichiarate assorbite, sia comunque precluso in quanto, in caso contrario, verrebbe aggirato il termine decadenziale per la proposizione del ricorso.

Il Consiglio di Stato, invece, opta per l'orientamento opposto, più coerente con i principi che presiedono alla formazione del giudicato, nonché con il giusto processo e il diritto di difesa, in quanto, ove l'assorbimento dei motivi equivalga ad un giudicato implicito, finirebbe per essere pregiudicata la possibilità di ottenere una espressa pronuncia sulla questione, con conseguente *vulnus* per il diritto di difesa di chi l'ha sollevata.

Viene quindi affermato, sul punto, il principio per cui se il giudice di appello ha ritenuto di poter decidere il caso a lui sottoposto per un motivo ritenuto assorbente, ed ha quindi dichiarato l'assorbimento di una o più delle altre questioni sollevate, sulla questione assorbita, anche se sulla stessa si era pronunciato il giudice di primo grado, non può ritenersi si sia avuta una decisione sul merito ma solo una omessa pronuncia o se si vuole una pronuncia dichiarativa nel senso dell'assorbimento (ossia della irrilevanza della questione ai fini della decisione che il giudice di

ultima istanza sta assumendo). Ne consegue, quindi, la possibilità di riproporre la medesima questione in un successivo giudizio.

Altro profilo di particolare interesse della decisione riguarda la questione relativa alla violazione della normativa antitrust da parte di quelle disposizioni della *lex specialis* di gara che limitano la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica alle ATI c.d. sovrabbondanti, ossia quelle ATI costituite da imprese in grado di soddisfare da sole i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica.

Sul punto il Consiglio di Stato adotta un orientamento di tipo sostanzialistico, volto ad evitare aprioristiche limitazioni alla partecipazione da parte di ATI sovrabbondanti che non sia legata ad un'attenta valutazione delle peculiarità del caso concreto e scevra da ogni profilo relativo alla compatibilità coi principi di ragionevolezza e proporzionalità.

In quest'ottica, quindi, per il Consiglio di Stato la scelta di escludere da una gara per l'affidamento di commesse pubbliche è illegittima solo se non risponde ad alcuna reale esigenza sottesa all'evidenza pubblica, se meramente astratta, non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto e non suffragata da gravi indizi di intese di cartello tra le imprese.

Un ulteriore profilo di interesse della decisione concerne il principio, già ribadito in un precedente arresto della III sezione (così, Sez. III, 22 agosto 2012, n. 4592), in base al quale la mancata verbalizzazione delle modalità di custodia dell'offerta non è motivo di illegittimità se non quando la relativa censura dimostri la manomissione dei plichi recanti l'offerta.

PUBBLICO IMPIEGO – SANITARI – INQUADRAMENTO IN RUOLO

PROCESSO AMMINISTRATIVO - PRESCRIZIONE

Cons. Stato, Sez. III, 21 novembre 2012, n. 5914, Pres. Lignani, Est. Ungari

- 1. E' da tempo consolidato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che con riguardo al personale del comparto della sanità - in deroga al generale principio dell'irrilevanza ai fini giuridici ed economici dello svolgimento delle mansioni superiori nel settore del pubblico impiego - ammette la retribuibilità delle stesse, ai sensi dell'art. 29 del d.P.R. 761/1979, in presenza della triplice e contestuale condizione inerente: all'esistenza in organico di un posto vacante cui ricondurre le mansioni di più elevato livello; alla previa adozione di un atto deliberativo di assegnazione delle mansioni superiori da parte dell'organo a ciò competente (potendosene prescindere solo nel caso di sostituzione nell'esercizio delle funzioni primariali); all'espletamento delle suddette mansioni per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare.*
- 2. La regola della non rinunciabilità della prescrizione da parte dell'Amministrazione, anche se non vale a qualificare quella sulla prescrizione come eccezione rilevabile d'ufficio, comporta una limitazione al divieto dello iusnovorum in appello dal momento che l'Amministrazione, quando deduce per la prima volta in appello l'eccezione di prescrizione, esercita il suo poterdovere di corretta gestione delle risorse finanziarie pubbliche, rimediando alle carenze o all'inerzia nello svolgimento delle difese di primo grado.*

La possibilità di rinuncia (espressa o tacita) alla prescrizione contemplata dall'articolo 2937 c.c. per crediti pecuniari aventi fonte in un rapporto di pubblico impiego è preclusa per la P.A. dall'articolo 3 del R.D.L. 295/1939, a norma del quale, ove risulti effettuato il pagamento di una somma prescritta, l'amministrazione per conseguire il rimborso può trattenere il pagamento delle rate successive; ne consegue che una volta maturato il termine di prescrizione l'amministrazione ha l'obbligo di eccepirla senza che sussista alcuna discrezionalità di avvalersi o meno della stessa e che, a maggior ragione, non possono

derivare dall'intervenuto pagamento effetti abdicativi più ampi, come il diritto agli interessi ed alla svalutazione monetaria.

3. *In materia di crediti nei confronti della p.a., quando si tratti di pretese patrimoniali che maturano a prescindere da un formale riconoscimento mediante provvedimento amministrativo, la prescrizione opera per le differenze retributive anteriori ai cinque anni. Infatti, mentre l'azione promossa dal lavoratore subordinato e avente ad oggetto il riconoscimento della qualifica superiore si prescrive nell'ordinario termine decennale di cui all'articolo 2946 cod. civ., le azioni dirette ad ottenere differenze retributive derivanti dal suddetto riconoscimento si prescrivono nel termine quinquennale previsto dall'art. 2948 c.c.*

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il Comitato di Gestione della USL di Venafro (Pz), su richiesta dell'appellata, inquadrata come coadiutore sanitario, le ha riconosciuto il trattamento economico di Responsabile apicale del Servizio per la tutela sanitaria materno infantile, a fronte delle relative mansioni superiori da essa esercitate dal 1 novembre 1980 al 1 luglio 1989.

Il Co.re.co. ha annullato la deliberazione affermando, in sostanza, che:

- si tratta di un posto esclusivamente di funzione, la cui responsabilità non comporta esercizio di mansioni superiori;
- l'attribuzione delle mansioni superiori senza limiti temporali contrasta con l'articolo 29 del d.P.R. 761/1979 e comunque è illegittima poiché comporta una modifica dello status del dipendente al di fuori delle specifiche previsioni ordinamentali;
- inoltre, opera la prescrizione quinquennale, ai sensi dell'articolo 2 della legge 428/1985.

L'interessata ha impugnato il provvedimento negativo di controllo mediante ricorso al TAR Molise che, con sentenza n. 219/2000, ha accolto il ricorso.

Il TAR – rilevato che lo svolgimento delle mansioni, sulla base di incarichi formali e su posto vacante in pianta organica, non era stato contestato dall'organo di controllo - ha ritenuto che la responsabilità del predetto Servizio costituisse esercizio di mansioni superiori, trattandosi di ripartizione organizzativa alla quale, ai sensi degli artt. 7 della l.r. Molise 15/1980, è preposto personale dirigente di posizione apicale, e di posizione funzionale considerata tra quelle apicali dall'articolo 25 del d.m. 30 gennaio 1982.

Inoltre, secondo il Tar, alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 57/1989, n. 296/1990 e n. 101/1995, la previsione di irrilevanza di cui all'articolo 29, comma 2, del d.P.R. 761/1979, si applica solo al periodo massimo di assegnazione delle mansioni superiori ivi considerato, trascorso il quale, in applicazione diretta dell'articolo 36 Cost. e dell'articolo 2126 c.c., spetta al dipendente il trattamento corrispondente all'attività svolta, a prescindere dalla eventuale illegittimità dei provvedimenti di conferimento dell'incarico e della mancanza o inadeguatezza della relativa copertura finanziaria.

Il TAR ha infine censurato il rilievo dell'organo di controllo sull'intervenuta prescrizione quinquennale del diritto, ritenendolo non pertinente in sede di controllo di legittimità.

La Regione Molise, con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ha appellato la sentenza.

Il Consiglio di Stato ha parzialmente accolto il ricorso.

La decisione

Nel riformare parzialmente la sentenza di primo grado, il Consiglio di Stato affronta tre nodi problematici di particolare rilievo.

In primo luogo, in materia di pubblico impiego, rifacendosi ad un orientamento giurisprudenziale diverso da quello prevalente all'epoca della delibera del Coreco annullata in primo grado (l'indirizzo al quale la III sezione aderisce si afferma a partire da Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 1995, n. 1723, da ultima confermata da Cons. Stato, Sez. III, 21 giugno 2012, n. 3661), ritiene ormai superato il principio generale della irrilevanza giuridica ed economica dello svolgimento, in tutte le sue forme, di mansioni superiori nell'ambito del pubblico impiego, invocato dall'appellante. Sul punto, infatti il Consiglio di Stato ha statuito che debbano essere fatte salve le eccezioni frutto di un'espressa previsione normativa, tra cui, precipuamente, quella del comma 2 dell'articolo 29, del d.P.R. 761/1979.

Tale disposizione richiede una triplice e contestuale condizione inerente: all'esistenza in organico di un posto vacante cui ricondurre le mansioni di più elevato livello; alla previa adozione di un atto deliberativo di assegnazione delle mansioni superiori da parte dell'organo a ciò competente (potendosene prescindere solo nel caso di sostituzione nell'esercizio delle funzioni primariali); all'espletamento delle suddette mansioni per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare. Il Consiglio, ritenendo sussistenti nel caso in questione ciascuno dei tre presupposti dianzi menzionati, ha, pertanto, respinto il primo motivo d'appello.

La III sezione ha, invece, condiviso la censura mossa dall'appellante in merito alla non rinunciabilità della prescrizione da parte della pubblica amministrazione.

Da tale principio deriva, secondo il Collegio, non la possibilità di rilevare d'ufficio la prescrizione in appello, bensì una limitazione della preclusione introdotta dal codice di procedura civile in materia di possibilità di proporre *nova* in appello.

La pronuncia in questione chiarisce, infatti, che l'Amministrazione, quando deduce per la prima volta in appello l'eccezione di prescrizione, esercita il suo potere-dovere di corretta gestione delle ricorse finanziarie pubbliche, rimediando alle carenze o all'inerzia nello svolgimento delle difese di primo grado (cfr. Cons. St. VI, 16 giugno 2006, n. 3544; 11 marzo 2004, n. 1240; 7 agosto 2002 n. 414).

Inoltre, la pronuncia precisa ancora che la possibilità di rinuncia (espressa o tacita) alla prescrizione, contemplata dall'articolo 2937 c.c. per crediti pecuniari aventi fonte in un rapporto di pubblico impiego, è preclusa per la P.A. dall'articolo 3 del R.D.L. 295/1939, a norma del quale, ove risulti effettuato il pagamento di una somma prescritta, l'amministrazione per conseguire il rimborso può trattenere il pagamento delle rate successive; ne consegue che una volta maturato il termine di prescrizione l'amministrazione ha l'obbligo di eccipirla senza che sussista alcuna discrezionalità di avvalersi o meno della stessa e che, a maggior ragione, non possono derivare dall'intervenuto pagamento effetti abdicativi più ampi, come il diritto agli interessi ed alla svalutazione monetaria.

La pronuncia precisa, infine, che, nel caso di specie, trattandosi di pretese patrimoniali che maturano a prescindere da un formale riconoscimento mediante provvedimento amministrativo, la prescrizione opera per le differenze retributive anteriori ai cinque anni

Infatti, come chiarito dalla pronuncia *de qua*, mentre l'azione promossa dal lavoratore subordinato e avente ad oggetto il riconoscimento della qualifica superiore si prescrive nell'ordinario termine decennale di cui all'articolo 2946 cod. civ., le azioni dirette ad ottenere differenze retributive derivanti dal suddetto riconoscimento si prescrivono nel termine quinquennale previsto dall'art. 2948 c.c. (in questo senso, Cons. Stato, IV, 9 luglio 2012, n. 4045).

PROCESSO AMMINISTRATIVO – REVOCAZIONE – ERRORE DI FATTO

Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2012, n. 5945, Pres. Lignani, Est. Capuzzi

L'errore di fatto che può dar luogo all'eccezionale istituto della revocazione, ora disciplinato dall'art. 106 cod. proc. amm., si sostanzia in una falsa percezione, da parte del giudice di appello, della realtà risultante dagli atti di causa, consistente in una svista materiale che lo abbia indotto ad

affermare l'esistenza di un fatto incontestabilmente inesistente oppure a considerare inesistente un fatto la cui verità risulti, al contrario, positivamente accertata.

In entrambi i casi, ciò vale solo se il fatto erroneo sia stato un elemento decisivo della pronuncia revocanda e sempre che non attenga ad un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato, perché in tale caso sussiste un errore di diritto; inoltre l'errore deve apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevabilità, senza necessità di elaborate argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche; pertanto non può consistere in un preteso, inesatto o incompleto apprezzamento delle risultanze e documenti processuali, ovvero in un'anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio, vertendosi, in questo caso, in una ipotesi di errore di giudizio attinente all'attività valutativa del giudice, che come tale esula dall'ambito della revocazione, pena la trasformazione dello strumento revocatorio in un inammissibile terzo grado di giudizio.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

La ricorrente, Congregazione Figli dell'Immacolata Concezione, aveva impugnato in primo grado la delibera della Regione Lazio concernente “Ripartizione nei livelli di assistenza del fondo sanitario regionale 2005. Finanziamento del livello assistenziale ospedaliero per l'anno e definizione del sistema di remunerazione delle prestazioni ospedaliere dei soggetti erogatori pubblici e privati per l'anno 2005. Finanziamento e definizione del sistema di remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale e delle attività di assistenza riabilitativa territoriale”, nonché l'Intesa sancita il 23 marzo 2005 tra Governo, Regione e Province Autonome di Trento e Bolzano che impegnava le Regioni ad una riduzione dell'assistenza ospedaliera erogata, da realizzarsi entro il 2007.

La Congregazione lamentava che la Regione, con la sopradetta delibera, non aveva quantificato il tetto di spesa riconoscendo tutta la produzione effettuata dalla struttura nell'anno 2005 pur essendo, l'ospedale ricorrente, classificato ai sensi della legge n.132 del 1968, come ospedale generale di zona e pur essendo il relativo personale equiparato a tutti gli effetti a quello degli ospedali pubblici; così operando la Regione non avrebbe considerato il costo del personale e la maggiorazione degli oneri derivanti dai rinnovi dei CCNL e la indennità di esclusività medica.

La ricorrente insisteva sul fatto che, diversamente dalle strutture private classificate, le Aziende Ospedaliere pubbliche avevano ricevuto una remunerazione corrispondente al completo ripiano del disavanzo maturato, senza alcuna forma di contenimento della spesa.

Il Tar dichiarava in parte inammissibile ed in parte respingeva nel merito il ricorso.

In particolare, la sentenza di primo grado concludeva sottolineando che la delibera n.731 del 2005, per quanto atteneva alla determinazione del budget da assegnare alle strutture ospedaliere, prevedeva criteri di carattere generale da applicare in maniera identica ad ogni singolo soggetto erogatore pubblico e privato e cioè il rispetto del tasso di ospedalizzazione programmato, l'appropriatezza organizzativa delle prestazioni e il miglioramento del livello di complessità assistenziale delle prestazioni e quindi in sostanza non si perpetrava alcuna disparità di trattamento.

La sentenza del Consiglio di Stato sottolineava, confermando in tal modo le conclusioni del primo giudice, che non vi era stata, da parte della delibera regionale, alcuna differenziazione tra strutture pubbliche e private, mentre il ripianamento dei disavanzi delle sole strutture pubbliche si giustificava per il fatto che le medesime, tenute a rendere comunque il servizio, dovevano essere per quanto possibile messe in condizione di operare, il che giustificava che le perdite di esercizio fossero accollate al soggetto che ne aveva la proprietà.

Nel ricorso in revocazione la Congregazione ha criticato sotto molteplici profili la sentenza del Consiglio di Stato, in particolare dolendosi del fatto che il giudice di appello aveva espressamente assorbito specifiche doglianze riferite a particolarità operative della medesima struttura (classe A

chirurgica, esclusività medica, pazienti residenti in altre regioni) ritenendole ricomprese nell'ambito della fissazione del budget come elementi costitutivi dello stesso; tali doglianze, a detta della Congregazione ricorrente, avrebbero dovuto essere affrontate in modo autonomo e non considerate assorbite alla presunta ripartizione del budget.

La Congregazione ha lamentato, inoltre, la mancata conoscenza della normativa di riferimento in materia sanitaria, che avrebbe portato alla erronea affermazione della sentenza revocanda che le strutture non pubbliche ma classificate sono "... complementari.." al servizio sanitario nazionale e alla affermazione che "... le strutture pubbliche, tenute comunque a rendere il servizio, debbono essere per quanto possibile messe in condizioni di operare".

La sentenza impugnata non avrebbe tenuto conto, diversamente da quanto statuito dalla normativa e ritenuto dalla giurisprudenza formatasi in materia - che sarebbe stata del tutto pretermessa - del fatto che l'ospedale ricorrente, in quanto classificato, al pari delle strutture pubbliche, è tenuto comunque a rendere il servizio in quanto ospedale generale di zona ed anche sotto tale profilo la sentenza ed ancor prima la sentenza di primo grado e la delibera regionale non avrebbero in alcun modo giustificato la mancata remunerazione delle prestazioni effettivamente erogate.

La ricorrente ha insistito particolarmente nel sottolineare l'errore in cui sarebbe incorsa la sentenza revocanda là dove ha ritenuto che: "Relativamente a tutte le altre censure particolari avanzate dall'appellante e non prese specificamente in considerazione dal primo giudice, va ribadito quanto considerato anche in precedenza, e cioè che tutte le diverse censure proposte dall'appellante (e nel ricorso di primo grado) non possono che riferirsi al "petitum" del ricorso, che è solo quello dell'errata ripartizione del "budget" fra le diverse articolazioni sanitarie -pubbliche e private- per cui le stesse vanno ricondotte alla corretta ripartizione dello stesso "budget" come sopra specificata e alla sufficienza della istruttoria posta in essere dalla Regione nella suddetta determinazione, incentrata sulle classi di operatività delle strutture sanitarie, sia pubbliche che private, anche classificate".

L'errore, secondo la Congregazione, sarebbe stato duplice, sia in relazione al mancato esame di numerosi motivi avanzati in primo grado e non esaminati dal Tar e riproposti in appello ma semplicemente assorbiti dalla sentenza, sia in relazione alla carenza di istruttoria in ordine alla determinazione del budget di spesa in relazione al quale era stata emanata una ordinanza istruttoria nel gennaio 2011 dallo stesso Consiglio di Stato non adempiuta dalla Regione Lazio.

Si è costituita la Regione Lazio chiedendo una pronuncia di inammissibilità dell'azione revocatoria intrapresa, sostenendo che tutte le questioni sollevate in appello dalla Congregazione erano state affrontate nella sentenza di appello per cui il ricorso in revocazione, nella sostanza, sarebbe stato finalizzato a provocare un inammissibile terzo grado di giudizio.

Il Consiglio di Stato, condividendo l'impostazione della Regione Lazio ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione.

La decisione

Il Consiglio di Stato, nel dichiarare inammissibile il ricorso per revocazione proposto, conferma ancora una volta l'orientamento in base al quale, per potersi avere errore di fatto revocatorio, devono sussistere, contestualmente, tre distinti requisiti: a) attinenza dell'errore ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; b) pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale di atti ritualmente prodotti nel giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto, facendo cioè ritenere esistente un fatto documentalmente escluso o inesistente un fatto documentalmente provato; c) valenza decisiva dell'errore sulla decisione essendo necessario che vi sia un rapporto di causalità tra l' erronea supposizione e la pronuncia stessa (ex multis, Cons. di Stato, sez. IV, 24 gennaio 2011, n. 503).

Devono, invece, ritenersi vizi logici e dunque errori di diritto quelli consistenti nell' erronea interpretazione e valutazione dei fatti e, in più in generale, delle risultanze processuali (Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2010, n. 7599; id., sez. VI, 5 settembre 2011, n. 4987).

Queste ultime doglianze sono inammissibili in quanto surrettiziamente volte ad introdurre un terzo grado di giudizio.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – SPESE DI GIUSTIZIA

Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2012, n. 5958, Pres. Est. Lignani

La dichiarazione della parte di non avere più interesse (per ragioni esclusivamente soggettive) può essere assimilata, ai fini del regime delle spese del giudizio, ad una rinuncia agli atti del giudizio, che comporta in linea di principio la soccombenza nelle spese.

Se, tuttavia, il sopravvenire del difetto di interesse può essere ragionevolmente ascritto anche alla lunga durata del giudizio di appello, per cause non imputabili all'appellante, ciò può giustificare in suo favore il beneficio della compensazione delle spese.

Diversamente, nel caso in cui il sopravvenuto difetto di interesse sia sopraggiunto molto tempo prima del deposito della relativa dichiarazione appare equo e ragionevole condannare l'appellante a rimborsare alla controparte appellata le spese difensive (memoria di discussione e partecipazione all'udienza) che si sarebbero potute evitare se la stessa appellante avesse dichiarato più tempestivamente il venir meno dell'interesse o quanto meno ne avesse doverosamente preavvisato la controparte evitandole lo svolgimento di attività difensive inutili.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il ricorrente aveva impugnato dinanzi al Tar Liguria il diniego opposto dal Comune di Giustenice nei confronti di un'istanza avente ad oggetto il trasferimento di una farmacia.

Il Tar aveva rigettato il ricorso.

Il ricorrente aveva proposto appello. Nell'imminenza dell'udienza di discussione in appello il ricorrente, anche in considerazione della durata del giudizio, aveva depositato una dichiarazione nella quale attestava il sopravvenuto difetto di interesse per motivi esclusivamente soggettivi.

Il Consiglio di Stato, nel prendere atto della sopravvenuta carenza di interesse ai fini della declaratoria di improcedibilità del ricorso ha parzialmente compensato le spese, ponendole in parte a carico dell'appellante.

La decisione

Nella pronuncia in questione, il Consiglio di Stato fornisce un'interpretazione sostanzialistica del principio generale in base al quale la dichiarazione della parte di non avere più interesse al ricorso (per ragioni esclusivamente soggettive) può essere assimilata, ai fini del regime delle spese del giudizio, ad una rinuncia agli atti del giudizio, che comporta in linea di principio la soccombenza nelle spese.

Tuttavia, la soccombenza nelle spese è solo tendenziale, in quanto l'organo giudicante deve comunque tenere conto delle specifiche circostanze del caso.

Proprio in quest'ottica, i giudici della III sezione considerano la lunga durata del giudizio d'appello circostanza rilevante ai fini della compensazione delle spese, stabilendo, altresì, che, ove la sopravvenuta carenza d'interesse non si stata tempestivamente comunicata, vanno comunque poste a carico dell'appellante quelle spese difensive che egli avrebbe potuto evitare se fosse stato più tempestivo.

Il Consiglio di Stato valorizza, quindi, anche ai fini della pronuncia sulle spese di lite, la violazione del legittimo affidamento riposto dalla controparte nella persistenza dell'interesse al ricorso

cagionata dalla tardiva comunicazione dell'appellante dei motivi in base ai quali è sopraggiunta la carenza d'interesse a proseguire la controversia.