

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA  
DEL CONSIGLIO DI STATO**

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

**Dicembre 2012**

**SANITA' PUBBLICA – SPESA SANITARIA - PIANI DI RIENTRO DEI DISAVANZI SANITARI**

**PROCESSO AMMINISTRATIVO –OTTEMPERANZA**

**Cons. Stato, Sez. III, 11 dicembre 2012, n. 6327, Pres. Lignani, Est. Polito**

- 1. I piani adottati dai commissari ad acta, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del d.l. n. 78 del 2010, convertito con legge n. 122 del 2010, sulle modalità e tempi di pagamento di debiti pregressi nelle regioni già sottoposte ai piani di rientro dei disavanzi sanitari sono qualificabili come procedure assimilabili alle procedure concorsuali aperte a carico del debitore.*
- 2. Stante l' indubbia natura esecutiva del giudizio di ottemperanza ove si richieda il pagamento di una somma di danaro ed il suo carattere concorrente con l'azione esecutiva avanti all' a.g.o. vale al riguardo l'effetto di sospensione delle azioni esecutive introdotto dall'art. 11 del d.l. n. 78 del 2010, confermato dall'art. 1, comma 51, della legge n. 220 del 2010 e prorogato fino al 31 dicembre 2012 per effetto del d.l. n. 78 del 2011. Tale conclusione trova conferma nell'art. 6 bis, comma 2, del d.l. n. 158 del 2012, convertito con legge n. 189 del 2012, che ha prorogato al 31 dicembre 2013 la sospensione delle azioni esecutive.*

[Link al testo della sentenza](#)

**Il caso**

Un'azienda farmaceutica aveva proposto dinanzi al Tar Lombardia, sede di Milano, ricorso per l'ottemperanza di una serie di decreti ingiuntivi emessi dal Tribunale di Busto Arsizio, sezione distaccata di Saronno, nei confronti dell'Asl di Cosenza e rimasti parzialmente ineseguiti.

L'Azienda intimata aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso, stante il blocco delle azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni già sottoposte ai piani di rientro dai disavanzi sanitari, sottoscritti ai sensi dell'articolo 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, e successive modificazioni, introdotto dall'art. 11 del d.l. n. 78 del 2010, confermato dall'art. 1, comma 51, della legge n. 220 del 2010 e prorogato fino al 31 dicembre 2012 per effetto del d.l. n. 78 del 2011.

Il Tar, disattendendo la questione pregiudiziale sollevata dall'Asl di Cosenza, ha ritenuto che il tenore letterale della disposizione, che espressamente si riferisce a pignoramenti e prenotazioni a debito, sia indice della necessità di riferire la preclusione alle sole azioni esecutive in senso stretto, alle quali resta estraneo il giudizio di ottemperanza che, secondo il giudice di primo grado, a differenza di quello di esecuzione, non è finalizzato all'espropriazione dei beni dell'amministrazione debitrice, ma a fare in modo che l'amministrazione stessa si adegui a quanto

statuito nella sentenza passata in giudicato, attraverso l'attività sostitutiva del giudice o del commissario *ad acta* da questi nominato.

Inoltre, a sostegno di tale posizione, il Tar di Milano ha invocato anche il diritto europeo e, in particolare, la direttiva 29 giugno 2000 n. 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Secondo il giudice di primo grado, infatti, l'introduzione nello Stato italiano di una normativa che, nella sostanza, consente alle Aziende del Servizio Sanitario Nazionale in difficoltà finanziarie di adempiere ai propri obblighi contrattuali di pagamento con notevole ritardo, si pone in contrasto con la citata normativa e, in particolare, con il suo articolo 5 il quale prevede che la procedura di recupero dei crediti non contestati sia conclusa entro breve termine.

Ed ancora, secondo la pronuncia impugnata, il divieto di intraprendere o proseguire azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali e ospedaliere presuppone che l'amministrazione regionale abbia proceduto alla ricognizione dei debiti prevista proprio dall'art. 11, comma 2, del d.l. 2010, n. 78.

Tale circostanza, non è stata né allegata, né provata dall'Azienda Sanitaria intimata.

Sulla base di tali motivazioni, quindi, il Tar di Milano, ritenuta la mancata esecuzione dei decreti ingiuntivi dianzi citati, ha adottato le conseguenti misure ai sensi dell'art. 114 c.p.a., nominando un commissario *ad acta*, nella persona del Prefetto di Cosenza, per provvedere alla esecuzione del decreto ingiuntivo.

L'Asl intimata ha impugnato la sentenza dinanzi al Consiglio di Stato che - ritenendo applicabile al caso di specie la normativa di cui all'art. 1, comma 51, della legge n. 220 del 2010 e preso atto che nei confronti della stessa il Tar Campania, sezione staccata di Salerno, ha sollevato questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli articoli 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 41 e 111, comma 2 della Costituzione - ha disposto la sospensione del giudizio, fino alla pronuncia della Corte costituzionale.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato nel sospendere il giudizio in corso, in attesa della decisione della Corte costituzionale sulla questione di legittimità sollevata dal Tar Campania, ha fissato alcuni punti fermi sia sulla natura giuridica dei piani adottati dai commissari *ad acta* - ai sensi dell'art. 11, comma 2, del d.l. n. 78 del 2010, convertito con legge n. 122 del 2010 - sia sulla *vexata quaestio* relativa all'applicabilità anche al giudizio di ottemperanza del blocco delle azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie ed ospedaliere delle regioni interessate dai piani di rientro.

Con riferimento alla prima questione l'ordinanza in esame ha consolidato l'orientamento della III sezione, secondo la quale i citati piani sono assimilabili alle procedure concorsuali (sul punto si rinvia, in particolare, a Cons. Stato, sez. III, 20 dicembre 2011, n. 6681).

Con riferimento, invece, alla estensione del blocco delle esecuzioni anche nei confronti del giudizio di ottemperanza, la decisione offre molteplici spunti.

In primo luogo, discostandosi dall'orientamento del giudice di prime cure, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il blocco delle esecuzioni si applichi anche al giudizio di ottemperanza, in considerazione della indubbia natura esecutiva di tale rimedio quando si richieda il pagamento di una somma di danaro ed il suo carattere concorrente con l'azione esecutiva avanti all' a.g.o.

La decisione ha, inoltre, sottolineato che tale conclusione trova conferma ulteriore nell'art. 6 bis, comma 2, del d.l. n. 158 del 2012, convertito con legge n. 189 del 2012, che ha prorogato al 31 dicembre 2013 la sospensione delle azioni esecutive.

Quanto, invece, alla illegittimità comunitaria della normativa in questione, paventata dal Tar Lombardia, il Consiglio di Stato risolve in maniera diversa il problema ritenendo che la direttiva 2000/35/CE non interviene in ordine alle "*condizioni in presenza delle quali può essere disposta la sospensione dell'esecuzione*" (15° considerando), per cui è escluso ogni profilo di immediato contrasto dell'ordinamento interno con il diritto europeo.

## PROCESSO AMMINISTRATIVO – GIURISDIZIONE – SICUREZZA E IGIENE DEL LAVORO

### PROCESSO AMMINISTRATIVO – GIURISDIZIONE – *TRANSLATIO IUDICII*

Cons. Stato, Sez. III, 11 dicembre 2012, n. 6340, Pres. Lignani, Est. Capuzzi

- 1. In materia di sicurezza ed igiene del lavoro, la prescrizione di regolarizzazione impartita dall'organo di vigilanza al datore di lavoro affinché regolarizzi, entro un termine certo la sua posizione, eliminando i fattori di rischio riscontrati, non integra affatto un provvedimento amministrativo ma un atto tipico di polizia giudiziaria, non connotato da alcuna discrezionalità, neppure tecnica, ed emesso sotto la direzione funzionale dell'autorità giudiziaria. Ne consegue che, stante la natura di atto di polizia giudiziaria del verbale della ASL, lo stesso non può essere impugnato davanti al giudice amministrativo che, in merito, non ha giurisdizione ma ogni doglianza rientra nella giurisdizione del giudice penale, davanti al quale può essere fatta valere anche la pretesa assenza di responsabilità poiché la stessa ricadrebbe su altri soggetti.*
- 2. Nel caso in cui il giudice amministrativo dichiari il proprio difetto di giurisdizione a favore di quello penale, nei confronti di quest'ultimo non può disporsi la translatio dell'instaurato giudizio in sede amministrativa, poiché tale istituto della translatio iudicii ha diverse caratteristiche e finalità nel rito processualpenalistico, per cui il giudice penale dovrà essere adito nelle forme di tale rito.*

[Link al testo della sentenza](#)

#### **Il caso**

Il ricorrente aveva stipulato con un'agenzia di lavoro interinale un contratto di fornitura di lavoro temporaneo concernente un operaio addetto alla litostampa.

A seguito di infortunio sul lavoro subito da quest'ultimo, il servizio di prevenzione e sicurezza degli ambienti di lavoro dell'AUSL Città di Bologna aveva disposto una visita ispettiva nel corso della quale i funzionari verbalizzanti hanno imposto la prescrizione consistente nell'obbligo di far eseguire gli accertamenti sanitari preventivi e periodici, previsti per le specifiche mansioni, al medico competente nominato per lo stabilimento del ricorrente che, quindi, proponeva ricorso dinanzi al Tar Emilia Romagna, sede di Bologna, sostenendo, in particolare, che il datore di lavoro doveva considerarsi l'impresa fornitrice del lavoro interinale e che solo tale impresa era tenuta ad espletare l'accertamento preventivo inteso a valutare, ai fini dell'assunzione, l'idoneità del lavoratore alla specifica mansione individuata nel contratto interinale e ad assolvere gli obblighi di cui alla legge 626/1994.

Il Tar accoglieva il ricorso facendo proprie le tesi della parte ricorrente.

L'Azienda Sanitaria ha proposto appello, sostenendo *in primis* il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in quanto il verbale del servizio di igiene pubblica, essendo redatto da funzionari con qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 21 co.3 della l. 833/78, non è annoverabile tra i provvedimenti amministrativi e come tale è sottratto a impugnazione in sede giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato, ritenendo insussistente la propria giurisdizione, ha accolto l'appello, annullando la sentenza impugnata.

#### **La decisione**

La pronuncia della III sezione del Consiglio di Stato chiarisce la natura giuridica dell'atto con cui il personale ispettivo delle ASL impone determinate prescrizioni al datore di lavoro al fine di garantire il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro.

In particolare, viene statuito che tale atto, lungi dal rappresentare un provvedimento amministrativo, si configura come atto tipico di polizia giudiziaria, non connotato da alcuna discrezionalità, neppure tecnica, ed emesso sotto la direzione funzionale dell'autorità giudiziaria. Ne consegue che, stante la natura di atto di polizia giudiziaria del verbale della ASL, lo stesso non può essere impugnato davanti al giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato valorizza, quindi, ai fini del riparto di giurisdizione, la circostanza che il verbale del servizio di igiene pubblica è redatto da funzionari con qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 21, comma 3, della l. 833/78.

Quest'ultima disposizione statuisce che gli organi di vigilanza assumono la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria in relazione alle funzioni ispettive esercitate in applicazione della legislazione sulla sicurezza del lavoro in quanto esercenti le funzioni previste dall'art. 55 cod. proc. pen., di talché tali organi sono posti alle dipendenze e chiamati ad operare sotto la direzione della autorità giudiziaria, in piena autonomia funzionale rispetto al plesso ordinamentale in cui risultino iscritti da un punto di vista burocratico ed amministrativo.

Ne consegue che il relativo verbale redatto da tali organi non può essere impugnato davanti al giudice amministrativo, restando ogni questione devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, presso il quale ogni doglianza può essere fatta valere anche in relazione al procedimento conseguente all'eventuale inottemperanza della prescrizione (in senso conforme, Cassazione civile sez. un. 13 novembre 2012 n. 19707).

Altra questione di particolare interesse trattata dalla pronuncia in esame concerne le conseguenze derivanti dalla declaratoria del difetto di giurisdizione a favore del giudice penale. Se, in linea generale, infatti, la declaratoria del difetto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo determina la *translatio iudicii* e la conseguenza che la domanda proposta dinanzi al giudice sfornito di giurisdizione mantiene i suoi effetti sostanziali e processuali purché il giudizio venga riassunto nei termini dinanzi al giudice naturale, lo stesso non può dirsi nel caso *de quo*, poiché l'istituto della *translatio iudicii* ha diverse caratteristiche e finalità nel rito processualpenalistico. Sul punto il Consiglio di Stato si conforma all'orientamento prevalente delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. Civile, sez. un. 13 novembre 2012 n. 19707 e 9 marzo 2012 n. 3694).

## **GIURISDIZIONE – FARMACIA**

**Cons. Stato, Sez. III, 11 dicembre 2012, n. 6351, Pres. Lignani, Est. Polito**

*Spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulle domande di rimborso delle ricette mediche a fronte di una pronuncia di segno negativo della Commissione tecnica provinciale.*

*La questione investe, infatti, un diritto soggettivo di natura patrimoniale, che si innesta in un rapporto paritetico fra il farmacista ed il servizio sanitario nazionale disciplinato dalle regole convenzionali in tema di rimborso dei farmaci dispensati sulla base delle prescrizioni contenute nelle ricette prodotte dagli assistiti.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

L' Azienda U.S.L. Bologna Sud, nell'esercizio dei poteri previsti dall'art. 13 del d.P.R. n. 94 del 1989. restituiva alla farmacia ricorrente 13 ricette annullate in tutto o in parte dalla Commissione tecnica provinciale.

La predetta Commissione, interpellata in merito, a motivazione del mancato rimborso precisava che in base a prassi consolidata le ricette che non recano l'indicazione della classe di appartenenza del farmaco devono essere stralciate, alla luce di quanto disposto dalla Commissione unica del farmaco con delibera del 18 aprile 1994.

Avverso detta determinazione proponeva ricorso avanti al T.A.R. per l' Emilia Romagna il titolare della farmacia, assumendo l'illegittimità delle determinazioni adottate per violazione di legge ed eccesso di potere in diversi profili.

Il T.A.R. adito, disattese le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità per difetto di giurisdizione del ricorso, lo accoglieva nel merito.

Avverso la sentenza di primo grado ha proposto appello l' Azienda U.S.L. Bologna Sud che, in rito, ha reiterato le eccezioni di parziale irricevibilità e di inammissibilità per difetto di giurisdizione del ricorso; nel merito ha contrastato le conclusioni del T.A.R. e chiesto la riforma della sentenza appellata.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, dichiarando inammissibile il ricorso di primo grado per difetto di giurisdizione.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato, nel solco di taluni precedenti conformi (sez. V, 15 luglio 2005, n. 3791 e 11 dicembre 2007, n. 6370), dichiara il proprio difetto di giurisdizione rispetto alla domanda avente ad oggetto l'impugnazione del diniego al rimborso delle ricette opposto dalla Commissione tecnica provinciale.

La pronuncia chiarisce che la pretesa azionata ha consistenza di diritto soggettivo e non comporta il coinvolgimento dell'amministrazione in veste autoritativa. Non entrano, infatti, in gioco determinazioni afferenti all'assetto organizzativo del servizio farmaceutico o che siano espressione di scelte discrezionali sul riparto della spesa che, ove incidenti su posizioni di interesse legittimo del farmacista, sono tutelabili avanti al giudice amministrativo.

Peraltro, la sentenza in esame chiarisce che la controversia non rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva secondo gli ambiti di materia prefigurati dall'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 (poi riprodotto dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000) – vigente alla data di proposizione del ricorso avanti al T.A.R. – che prendono in considerazione le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento dei pubblici servizi con specifico riferimento al servizio sanitario nazionale.

La fattispecie oggetto della pronuncia coinvolge, infatti, un rapporto di natura strettamente obbligatoria fra il farmacista e l'amministrazione.

Il Consiglio di Stato precisa, infine, che, anche avuto riguardo alla natura concessoria del rapporto che si costituisce fra l' Amministrazione ed il farmacista, le questioni inerenti al rimborso dei farmaci dispensati si riconducono nell'ambito del pagamento di "*indennità, canoni ed altri corrispettivi*", la cui cognizione esula dall'ambito di giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di beni e di servizi pubblici (Cassazione, SS.UU., n. 3791 del 14 marzo 2002).

## **PROCESSO AMMINISTRATIVO – ATTO IMPUGNABILE**

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

**Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6443, Pres. Lignani, Est. Simonetti**

1. *Nelle procedure ad evidenza pubblica l'onere di impugnazione sorge solamente all'atto dell'aggiudicazione definitiva. Nessun effetto definitivamente lesivo può ritenersi prodotto dall'aggiudicazione provvisoria (la cui impugnazione è infatti una mera facoltà) né, tanto meno, dalla semplice ammissione (o riammissione) in gara degli altri concorrenti. Uniche eccezioni a tale principio generale sono rappresentate, dal bando, ove contenga clausole immediatamente escludenti, e dall'esclusione dalla gara.*
2. *L'istituto della cooptazione, disciplinato dall'art. 92, comma 5, del d.p.r. 207/2010, si inquadra all'interno del sistema di qualificazione dei lavori pubblici, prevedendosi la possibilità che il singolo concorrente o più concorrenti riuniti associno altre imprese, provviste di una qualificazione SOA ma per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal singolo bando. Neppure il nuovo regolamento del 2010, sebbene dettato per tutte le tipologie di appalti, contempla l'istituto della cooptazione con riferimento alle ATI nel settore delle forniture e dei servizi. Sicché, alla luce del dato letterale, valutato unitamente alle differenze tra il sistema di qualificazione nei lavori e quello vigente per i servizi e le forniture, è ragionevole dubitare della possibilità di un'applicazione analogica delle ricordate disposizioni regolamentari agli appalti di servizi e di forniture. Né può ritenersi che una simile conclusione, impedendo alle imprese minori di maturare capacità tecniche diverse ed ulteriori, determini, nel settore dei servizi e delle forniture, un restringimento significativo della partecipazione alle (future) gare e quindi, in ultima analisi, un effettivo freno alla concorrenza, in contrasto con i principi del diritto europeo. Infatti, il ventaglio delle possibilità, offerte dalla legislazione di derivazione comunitaria nel contesto della collaborazione fra imprese, è sufficientemente ampio da offrire agli operatori alternative comunque soddisfacenti: si pensi all'avvalimento, che consente il "prestito" dei requisiti di carattere economico, finanziario e tecnico mancanti; o alla stessa associazione temporanea di imprese, che consente di cumulare i requisiti posseduti da ciascuna impresa. Entrambi gli istituti appena richiamati valgono sicuramente ad ampliare la concorrenza e ricevono una disciplina puntuale. I problemi applicativi determinati dalla lacuna normativa confermano come non sia praticabile la via dell'interpretazione analogica o estensiva degli artt. 95 co. 4 del d.p.r. 554/1999 e 92 co. 5 del d.p.r. 207/2010; e che, comunque, anche ammettendo tale interpretazione, si debba fare (necessaria ed) integrale applicazione delle disposizioni appena richiamate.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

La Prefettura di Gorizia aveva indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 27 d.lgs. 163/2006, per l'affidamento della gestione del centro di identificazione ed espulsione e del centro di accoglienza per richiedenti asilo di Gradisca d'Isonzo (GO), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il servizio, nella sua complessità, ricomprendeva l'assistenza generica alla persone, l'assistenza sanitaria, la pulizia e l'igiene ambientale, la fornitura di alcuni beni.

In particolare, l'avviso prevedeva all'art. 11, lett. d), che, nel caso di associazione temporanea di imprese non ancora costituita, fosse presentata una "dichiarazione autenticata in carta legale" recante l'impegno a conferire il mandato collettivo all'impresa capogruppo.

La Commissione di gara, dopo avere in un primo tempo escluso l'appellante, lo riammetteva aggiudicando la procedura allo stesso in quanto risultato primo classificato.

L'odierno appellato aveva proposto ricorso al Tar per il Friuli Venezia Giulia che lo aveva accolto ravvisando due cause di esclusione a carico del RTI appellante:

-la prima, per non avere presentato l'impegno a conferire mandato collettivo in "dichiarazione autenticata in carta legale", avendo invece prodotto un'autodichiarazione a norma del d.p.r. 445/2000;

-la seconda, perché le cooptate non avevano dimostrato il possesso dei requisiti minimi di capacità tecnica in misura corrispondente alla parte del servizio affidato alla loro esecuzione.

Con l'appello è stata ribadita l'eccezione di tardività del ricorso introduttivo e la violazione dell'art. 11 dell'avviso pubblico, sul presupposto che la prescrizione in esso contenuta circa le modalità formali dell'impegno alla costituzione del raggruppamento non fosse prevista a pena di esclusione e sul rilievo che un'interpretazione di diverso segno sarebbe in contrasto con i principi di proporzionalità e di tassatività delle cause di esclusione, come confermato da ultimo dal nuovo art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163/2006.

Viene, inoltre, dedotta la violazione dell'art. 95, comma 4, del d.p.r. 554/1999 in ordine al possesso dei requisiti di capacità tecnica in capo alle imprese cooptate. Ha sostenuto, in particolare, la difesa appellante che l'istituto dell'associazione in cooptazione, applicabile in via estensiva agli appalti di servizi, prevederebbe solamente un limite quantitativo di esecuzione delle attività (pari al 20% del totale), senza imporre una divisione qualitativa e l'individuazione di servizi secondari eseguibili dalle cooptate. Si sono costituiti la Prefettura, aderendo alle censure di parte appellante, ed il ricorrente in primo grado che ha chiesto la conferma della sentenza. Quest'ultimo ha, in particolare, fondato le proprie difese sulla vigenza, anche nel settore dei servizi, del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, quote di qualificazione e percentuale di esecuzione dei servizi affidati dalla p.a., e sul presupposto che lo stesso principio varrebbe anche in caso di cooptazione ed imporrebbe alle cooptate di dimostrare il possesso dei requisiti tecnico-economici nei limiti della propria percentuale di partecipazione al servizio.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello, confermando l'esclusione del raggruppamento appellante e l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in suo favore.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato, nel respingere l'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado formulata dalla difesa appellante, ribadisce il principio per cui, ai fini della decorrenza del termine decadenziale di impugnazione, il *dies a quo* non può farsi risalire all'atto dell'aggiudicazione provvisoria, né tantomeno alla semplice ammissione (o riammissione) in gara degli altri concorrenti.

Con riferimento alla prima, infatti, il Consiglio ritiene che nessun effetto concretamente e definitivamente lesivo possa riconnettersi all'aggiudicazione provvisoria, la cui impugnazione, infatti, resta soltanto una mera facoltà.

Con riferimento all'atto di riammissione (o ammissione) di taluno dei concorrenti in gara, invece, il Consiglio non riconosce a tale provvedimento alcuna portata lesiva della sfera giuridica degli altri concorrenti, suscettibili di ricevere pregiudizio da tale atto solo ove la gara venga effettivamente aggiudicata al concorrente riammesso.

La decisione precisa anche il ristretto regime di eccezioni al principio generale per cui in materia di procedure ad evidenza pubblica il *dies a quo* per impugnare decorre dall'aggiudicazione definitiva della gara.

In particolare, nella pronuncia in esame viene statuito che le uniche eccezioni al principio generale dianzi richiamato sono rappresentate dal bando, ove contenga clausole immediatamente escludenti, e dall'esclusione dalla gara.

In entrambi i casi, infatti, si è al cospetto di atti che, sebbene abbiano natura endoprocedimentale, determinando, tuttavia, una evidente ed in ipotesi definitiva lesione nella sfera giuridica di chi è escluso, devono essere impugnati immediatamente, prima ancora che la procedura sia conclusa, ma a tali ipotesi non può, per le ragioni appena ribadite, essere assimilata quella concernente l'ammissione (o la riammissione) degli altri concorrenti alla medesima gara.

Altro aspetto di particolare interesse affrontato dal Collegio nella decisione in esame è quello relativo alla possibilità di applicare analogicamente agli appalti di servizi l'istituto della cooptazione previsto, solo per la materia dei lavori, dall'art. 92 del regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici.

Sul punto il Collegio rileva come sia dubbia la possibilità di applicare in via analogica la citata disposizione, in considerazione delle evidenti difformità che caratterizzano il sistema normativo degli appalti di lavori rispetto a quelli di servizi.

In particolare, la pronuncia in esame evidenzia come già il tenore letterale del citato articolo 92 militi in senso sfavorevole all'estensione della cooptazione agli appalti di servizi.

Inoltre, secondo il Consiglio, detta previsione si inquadra in un sistema, quello dei lavori per l'appunto, contrassegnato da un sistema di qualificazione dei soggetti esecutori del tutto peculiare, poiché unico e generalizzato (v. art. 40 del d.lgs. 163/2006), basato su categorie e importi in forza dei quali è rilasciata un'attestazione da parte di organismi di diritto privato autorizzati (e controllati) dall'Autorità di Vigilanza (SOA), che dimostra e certifica il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria. Mentre invece, per gli appalti di servizi e di forniture, quella stessa capacità va provata ogni volta in occasione della singola gara, tenuto anche conto dei requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti (v. artt. 41 e 42 del d.lgs. 163/2006).

Peraltro, secondo l'articolato iter motivazionale della pronuncia *de qua*, ai significativi argomenti derivanti dall'esame del tenore letterale della normativa regolamentare, si aggiungono ulteriori perplessità che inducono a dubitare della possibile di estendere per analogia l'istituto della cooptazione anche agli appalti di servizi.

Non si può, infatti, ritenere che il mancato ricorso all'istituto della cooptazione, impedendo alle imprese minori di maturare capacità tecniche diverse ed ulteriori, determini, nel settore dei servizi e delle forniture, un restringimento significativo della partecipazione alle (future) gare e quindi, in ultima analisi, un effettivo freno alla concorrenza, in contrasto con i principi del diritto europeo.

Il Collegio, sul punto, evidenzia, infatti, che il ventaglio delle possibilità, offerte dalla legislazione di derivazione comunitaria nel contesto della collaborazione fra imprese, è sufficientemente ampio da offrire agli operatori alternative comunque soddisfacenti.

La pronuncia in esame precisa, infine, che, anche a voler ammettere la via dell'interpretazione analogica - o estensiva - degli artt. 95 co. 4 del d.p.r. 554/1999 e 92 co. 5 del d.p.r. 207/2010, è comunque necessaria una integrale applicazione delle disposizioni appena richiamate, con conseguente vigenza, anche nel settore degli appalti di servizi, del principio per cui le imprese cooptate non possono eseguire più del venti per cento dell'importo complessivo dell'appalto e l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna di esse sia almeno pari all'importo della prestazione che le sarà affidata.

## **CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – CONTRATTI ESCLUSI– APPALTI DI SERVIZI DI CUI ALL'ALLEGATO II B DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE – REQUISITI DI ORDINE GENERALE**

### **CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – CONTRATTI ESCLUSI- APPALTI DI SERVIZI DI CUI ALL'ALLEGATO II B DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE**

**Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444, Pres. Lignani, Est. Simonetti**

1. *Nell'ipotesi di appalto avente ad oggetto l'affidamento di servizi che rientrano nell'ambito dell'allegato II B della Direttiva 2004/18/CE e del corrispondente allegato II B del Codice dei contratti, ai sensi dell'art. 20, in sede di aggiudicazione non trovano applicazione le*

*puntuale disposizioni del Codice, fatta eccezione per gli artt. 65, 68 e 225, ma i principi derivanti dai Trattati e dalle direttive europee. La disciplina dei requisiti e delle modalità di partecipazione è quindi, nei suoi elementi di dettaglio, rimessa essenzialmente alla lex specialis e può legittimamente ispirarsi a criteri di maggiore semplificazione e speditezza procedimentale. Pertanto, in casi analoghi, il tenore letterale dell'avviso pubblico può legittimare i partecipanti a rendere dichiarazioni ispirate ad una maggiore sintesi rispetto agli standard consueti, fatto salvo naturalmente il potere-dovere della stazione appaltante di chiedere chiarimenti e procedere ai necessari controlli.*

- 2. L'istituto della cooptazione, disciplinato dall'art. 92, comma 5, del d.p.r. 207/2010, si inquadra all'interno del sistema di qualificazione dei lavori pubblici, prevedendosi la possibilità che il singolo concorrente o più concorrenti riuniti associno altre imprese, provviste di una qualificazione SOA ma per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal singolo bando. Neppure il nuovo regolamento del 2010, sebbene dettato per tutte le tipologie di appalti, contempla l'istituto della cooptazione con riferimento alle ATI nel settore delle forniture e dei servizi. Sicché, alla luce del dato letterale, valutato unitamente alle differenze tra il sistema di qualificazione nei lavori e quello vigente per i servizi e le forniture, è ragionevole dubitare della possibilità di un'applicazione analogica delle ricordate disposizioni regolamentari agli appalti di servizi e di forniture. Né può ritenersi che una simile conclusione, impedendo alle imprese minori di maturare capacità tecniche diverse ed ulteriori, determini, nel settore dei servizi e delle forniture, un restringimento significativo della partecipazione alle (future) gare e quindi, in ultima analisi, un effettivo freno alla concorrenza, in contrasto con i principi del diritto europeo. Infatti, il ventaglio delle possibilità, offerte dalla legislazione di derivazione comunitaria nel contesto della collaborazione fra imprese, è sufficientemente ampio da offrire agli operatori alternative comunque soddisfacenti: si pensi all'avvalimento, che consente il "prestito" dei requisiti di carattere economico, finanziario e tecnico mancanti; o alla stessa associazione temporanea di imprese, che consente di cumulare i requisiti posseduti da ciascuna impresa. Entrambi gli istituti appena richiamati valgono sicuramente ad ampliare la concorrenza e ricevono una disciplina puntuale. I problemi applicativi determinati dalla lacuna normativa confermano come non sia praticabile la via dell'interpretazione analogica o estensiva degli artt. 95 co. 4 del d.p.r. 554/1999 e 92 co. 5 del d.p.r. 207/2010; e che, comunque, anche ammettendo tale interpretazione, si debba fare (necessaria ed) integrale applicazione delle disposizioni appena richiamate.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

La Prefettura di Roma aveva indetto una procedura di gara, ai sensi degli artt. 20 e 27 del Codice dei contratti, per l'affidamento della gestione del Centro di Accoglienza Richiedenti Asilo (C.A.R.A.) di Castelnuovo di Porto (RM).

L'avviso pubblico richiedeva ai partecipanti di dichiarare di non trovarsi in alcuna "delle condizioni di esclusione specificate dall'art. 38, comma 1, del Codice dei contratti" e di "essere iscritti, per attività corrispondenti ai servizi da rendere in relazione all'oggetto dell'appalto da affidare con la presente procedura, presso la CCIAA territorialmente competente ovvero essere iscritti negli albi o nei registri secondo la normativa prevista per la propria natura giuridica"

A seguito dell'aggiudicazione, il secondo classificato ha proposto ricorso al Tar deducendo numerosi motivi per i quali l'aggiudicatario doveva essere escluso. Il Tar ha dichiarato improcedibile il ricorso, avendo accolto il ricorso incidentale escludendolo dall'aggiudicatario.

Il ricorrente in primo grado ha proposto appello, censurando la sentenza per violazione dell'avviso pubblico e degli artt. 38 e 46 del Codice dei contratti.

L'appellante, in particolare, ha dedotto di avere presentato la dichiarazione di partecipazione osservando fedelmente le prescrizioni dell'avviso pubblico e su di essi facendo quindi legittimo affidamento. Con la conseguenza che eventuali incompletezze sarebbero state da imputare alla *lex specialis* e non al dichiarante, al quale doveva essere consentita semmai l'integrazione della documentazione prodotta, senza procedere all'immediata esclusione.

Inoltre, ai sensi dell'art. 101 del c.p.a., ha ripresentato le censure già dedotte in primo grado (con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti) sostenendo che il raggruppamento aggiudicatario andasse escluso dalla gara per avere fatto indebito ricorso all'istituto della cooptazione, modalità non prevista nell'avviso pubblico, per carenza dei requisiti minimi di capacità in capo alle cooptate, per mancanza dell'iscrizione camerale in capo alla mandante, per omessa indicazione dei costi relativi alla sicurezza "propri", per anomalia dell'offerta economica presentata.

Oltre all'annullamento dell'aggiudicazione il ricorrente ha chiesto di subentrare nel contratto *medio tempore* sottoscritto dalla stazione appaltante, previa pronuncia sulla sua inefficacia ai sensi dell'art. 121 oppure dell'art. 122 c.p.a. In alternativa, ove la tutela in forma specifica non fosse reputata più possibile, ha chiesto e quantificato il risarcimento del danno per equivalente.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello limitatamente alla parte in cui censura l'accoglimento in primo grado del ricorso incidentale "paralizzante" ed alle domande impugnatoria e risarcitoria contenute nei motivi aggiunti, mentre non è stata accolta la domanda di inefficacia del contratto e di subentro.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato ha affermato nella decisione in esame il principio per cui in quella particolare tipologia di contratti esclusi rappresentata dagli appalti di servizi di cui all'allegato II B della Direttiva 2004/18/CE e del corrispondente allegato II B del Codice dei contratti trovano applicazione, ai sensi dell'art. 20 del Codice, i principi derivanti dai Trattati e dalle direttive europee, mentre l'applicazione della più dettagliata normativa codicistica è circoscritta ad alcune tassative ipotesi.

Ne consegue che, trattandosi di una disciplina alquanto generica e flessibile, ampio margine di manovra è rimesso, anche con riferimento alla materia dei requisiti e delle modalità di partecipazione, alla *lex specialis* di gara, che può legittimamente ispirarsi a criteri di semplificazione procedimentale.

In quest'ottica, quindi, fatto salvo il potere dovere della stazione appaltante di controllare la sussistenza dei requisiti previsti e chiedere eventuali integrazioni e chiarimenti, ben può l'avviso pubblico di gara essere ispirato ad un minor rigore rispetto agli standard consueti nella richiesta delle dichiarazioni volte a comprovare il possesso dei requisiti di ordine generale.

In quest'ottica, quindi, secondo il Collegio, sarebbe contraddittorio, se non anche inutilmente vessatorio, sanzionare con l'esclusione automatica modalità di presentazione della dichiarazione sulla cui sufficienza e regolarità il concorrente poteva ragionevolmente fare affidamento, quantunque ad un operatore più esperto e ad un'Amministrazione più esigente, assumendo un parametro differente, quelle stesse modalità potessero apparire incomplete o non sufficientemente dettagliate.

Per quanto riguarda, invece, il secondo aspetto rilevante trattato dal Consiglio di Stato nella pronuncia in esame, ossia quello relativo alla possibilità di un'estensione analogica, anche in materia di appalti di servizi, dell'istituto della cooptazione, previsto esclusivamente in materia di appalti di lavori dal regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, il Collegio si rifà al principio già statuito nella coeva decisione n. 6443 della medesima sezione ed oggetto di esame in questo osservatorio, alla quale ci si richiama integralmente.

## ENTI LOCALI – CONSIGLIO COMUNALE – SCIOGLIMENTO

**Cons. Stato, Sez. III, 19 dicembre 2012, n. 6534, Pres. Est. Lignani**

*Le dimissioni presentate dalla metà più uno dei consiglieri comunali, nel pieno rispetto dei requisiti di forma e di contemporaneità, sono irrevocabili e immediatamente efficaci anche se presentate nell'intervallo di tempo fra la proclamazione degli eletti e la prima seduta del Consiglio comunale. L'istituto della "convalida" quale primo atto del nuovo Consiglio comunale apparteneva alla disciplina previgente, ma non è più previsto da quella attuale, che, in effetti, non contiene il termine "convalida", e anzi dispone esplicitamente (art. 38, comma 4, citato sopra) che i consiglieri eletti entrano in carica (s'intende, con pienezza di poteri) all'atto della proclamazione.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

A seguito dello scioglimento del Consiglio comunale di Isernia, provocato dalle dimissioni presentate da 17 consiglieri su 32, poco dopo la proclamazione degli eletti e prima della prima seduta del Consiglio comunale, hanno proposto ricorso al Tar Molise, avverso il provvedimento con il quale il Prefetto di Isernia ha disposto la sospensione degli organi elettivi del Comune e nominato un Commissario, alcuni consiglieri diversi dai dimissionari ed altri elettori.

I medesimi hanno successivamente impugnato, con motivi aggiunti, il decreto del Presidente della Repubblica del 17 luglio 2012 con il quale il Consiglio comunale è stato sciolto.

Il Tar Molise ha accolto il ricorso e i relativi motivi aggiunti.

La sentenza è stata appellata dal Ministero dell'Interno, e, con separato atto, da alcuni degli originari resistenti. Il Consiglio di Stato, riunendo i due appelli proposti contro la medesima sentenza, li ha accolti, riformando la sentenza di primo grado.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato ha affermato il principio per cui le dimissioni contestuali della metà più uno dei consiglieri comunali sono sufficienti a provocare lo scioglimento dell'organo consiliare anche nell'ipotesi in cui siano intervenute nel lasso di tempo intercorrente tra la proclamazione degli eletti e la prima seduta del Consiglio, tradizionalmente dedicata alla verifica dei titoli degli eletti.

A tali conclusioni la III sezione è pervenuta valorizzando il disposto dell'art. 38, comma 4, del d.lgs. 267/2000 a mente del quale i consiglieri comunali entrano in carica all'atto della proclamazione. Secondo il Collegio, quindi, i componenti dell'organo consiliare sono nel pieno dei propri poteri sin da tale momento e possono, quindi, dimettersi efficacemente, anche con la conseguenza di provocare l'autoscioglimento dell'ente e senza che si debba attendere la verifica dei poteri.

Il Consiglio di Stato ha, quindi, ribaltato l'orientamento affermato dal Tar Molise, secondo cui, in attesa della verifica delle (eventuali) ineleggibilità, le dimissioni finalizzate allo scioglimento non sono efficaci. Il giudice di primo grado, in particolare, aveva valorizzato il principio secondo cui la dichiarazione di ineleggibilità di un consigliere, ove dipendente da una situazione già in essere al momento della proclamazione, ha effetto retroattivo, sicché il consigliere dichiarato ineleggibile è come se non fosse mai stato in carica.

In quest'ottica, sino quando non sia stato accertato che un determinato consigliere è esente da cause di ineleggibilità, egli non può contribuire a determinare la vita dell'ente locale con il voto o con altre manifestazioni di volontà (quali, appunto, le dimissioni finalizzate allo scioglimento) che presuppongono la pienezza dei poteri.

In altre parole, secondo il Tar la semplice pendenza della fase di verifica (non “convalida”) sarebbe sufficiente a sterilizzare le dimissioni di ogni singolo consigliere, o comunque a renderle inutili ai fini del c.d. autoscioglimento del Consiglio.

Con la decisione in esame, invece, viene affermato il principio opposto, vale a dire quello per cui il consigliere è nella pienezza dei suoi poteri (incluso quello di concorrere a determinare lo scioglimento del consiglio con lo strumento delle dimissioni) sino a che non venga dichiarata la esistenza di una causa di ineleggibilità.

Inoltre, stando all’iter argomentativo seguito dalla III sezione, è vero che la dichiarazione di ineleggibilità può avere effetto retroattivo, ma ciò non rende *ipso facto* invalidi gli atti compiuti nel frattempo.

Soccorre, infatti, in questa ipotesi il principio del “funzionario di fatto” grazie al quale, in linea di massima, gli atti compiuti restano validi, a meno che non siano stati impugnati nelle forme e nei termini dovuti facendo valere proprio il vizio del difetto di titolo di chi ha agito come funzionario.

## **GIURISDIZIONE – SERVIZI PUBBLICI**

**Cons. Stato, Sez. III, 21 dicembre 2012, n. 6645, Pres. Lignani, est. Capuzzi**

*Nelle controversie in cui si tratti di individuare il soggetto creditore-debitore secondo lo schema obbligo-pretesa, in relazione ad uno specifico atto di concessione e alle norme sottostanti, il giudice è chiamato ad una attività meramente accertativa, rientrando nell’orbita della giustizia ordinaria.*

*Deve, quindi, riconoscersi la giurisdizione del giudice ordinario allorché si controverta in ordine alla spettanza (e alla misura) del compenso dovuto, in base alla concessione, al custode di veicolo sottoposto a sequestro amministrativo.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

Una ditta inclusa nell’elenco dei soggetti ai quali può essere affidata la custodia dei veicoli sottoposti a sequestro o a fermo amministrativo - predisposto dal Prefetto ai sensi dell’art. 8 del DPR n.571/1982 - aveva presentato alla Prefettura di Avellino una istanza volta ad ottenere la liquidazione delle spese sostenute in relazione all’attività di prelievo, di trasporto e di custodia dei veicoli sottoposti a sequestro amministrativo.

La Prefettura rispondeva nel senso che il corrispettivo per la custodia dei veicoli dissequestrati, fermati, rimossi o bloccati e non ritirati dall’avente diritto, pur determinato secondo le tariffe prefettizie, doveva essere corrisposto integralmente dal proprietario e/o contravventore coobbligato in solido e con successiva nota confermava il proprio diniego.

L’impresa destinataria del diniego impugnava dinanzi al Tar Campania, sezione staccata di Salerno, tali atti deducendo profili vari di violazione di legge e di eccesso di potere.

Il Tar, con la sentenza impugnata, riteneva fondata la eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall’amministrazione resistente sul rilievo che si verteva in materia di obbligazioni, di fonte legale, connesse all’esercizio di un servizio pubblico e dunque su diritti soggettivi; conseguentemente, in ossequio ai criteri di riparto dettati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004, la controversia apparteneva alla giurisdizione del giudice ordinario.

Il ricorrente proponeva appello, sostenendo, in particolare, che la controversia non riguarderebbe il mero riconoscimento del diritto soggettivo al pagamento di un corrispettivo, ma investirebbe la più ampia questione della sussistenza e della estensione del rapporto concessorio tra amministrazione e appellante.

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

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato, applicando i criteri di riparto della giurisdizione scolpiti sin dalla celeberrima pronuncia n. 204 del 2004 della Corte costituzionale - e in adesione all'orientamento delle SS. UU. della Suprema Corte (si veda, in particolare Cass., SS. UU., 26 giugno 2009, n. 15044) -, ha stabilito che rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia con cui un soggetto iscritto nell'elenco prefettizio di cui al D.P.R. 571 del 1982 chiede la liquidazione delle spese sostenute in relazione all'attività di prelievo, di trasporto e di custodia dei veicoli sottoposti a sequestro amministrativo.

Secondo il Collegio, infatti, la circostanza che le prestazioni rese dalla società possono qualificarsi come proprie di un servizio pubblico in quanto assoggettate ad un regime giuridico implicante obblighi tariffari e di esercizio - quest'ultimo con la necessaria osservanza da parte del soggetto privato di doveri di imparzialità, continuità, regolarità in sede gestionale - non esime il giudice adito dalla verifica dei presupposti necessari per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Sul punto, infatti, l'art. 133, comma 1, lettera c), del Codice induce a ritenere sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo se, nell'ambito del "*petitum*" del ricorso, sia richiesto un sindacato sui poteri esercitati discrezionalmente dalla p.a. in seno al rapporto concessorio, precluso al giudice civile.

Infatti, come ha rilevato la Corte Costituzionale nella sentenza n.204 del 2004 interpretando l'articolo 103 della Carta Costituzionale, le controversie devolute al giudice amministrativo, anche in sede di giurisdizione esclusiva, devono pur sempre inerire all'esercizio del potere, dovendosi nelle stesse fare questione delle modalità con cui l'amministrazione ha agito in veste di autorità.

Là dove, invece, non vengano in discussione tali modalità, ma si tratti soltanto di individuare il soggetto creditore-debitore secondo lo schema obbligo-pretesa, in relazione allo specifico atto di concessione e alle norme sottostanti, il giudice sarà chiamato ad una attività meramente accertativa, rientrante nell'orbita della giustizia ordinaria, ancorché al riconoscimento del diritto patrimoniale si pervenga attraverso la rimozione delle statuizioni amministrative aventi in tale prospettiva natura e consistenza di meri atti paritetici che hanno negato la erogazione patrimoniale.

E proprio in quest'ambito, secondo il ragionamento della III sezione, ricade la fattispecie oggetto della pronuncia.

Nel caso in esame, infatti, le pretese creditorie del privato traggono origine in tariffe che trovano il proprio presupposto normativo nella legge, essendo insufficiente il generico coinvolgimento, nella controversia, di un pubblico interesse per giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo.

Negli atti impugnati, infatti, l'amministrazione si limita a richiamare la disciplina del DPR 571 del 1982 ed in specie gli articoli 11 e 12, ma non vi è esercizio di potere autoritativo e rimodulazione del rapporto concessorio, come si sostiene nell'atto di appello, ma si verte in materia di spettanza di corrispettivi dovuti da accertare anche con riferimento al soggetto erogatore, sulla base di norme e tariffe prestabilite alle quali pedissequamente si riporta l'amministrazione.

Ne consegue, quindi, il radicamento della giurisdizione ordinaria.

## **PROCESSO AMMINISTRATIVO – DISCUSSIONE – QUESTIONI RILEVABILI D'UFFICIO**

**Cons. Stato, Sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712, Pres. Est. Lignani**

*A norma dell'art. 73, comma 3, del Codice del processo, il giudice amministrativo non può porre a base della sua decisione preclusioni processuali rilevabili d'ufficio, oggettivamente diverse dalle eccezioni prospettate dalle parti, in quanto basate su una serie di presupposti autonomi, senza che le parti siano state poste in grado di difendersi sul punto, occorrendo una esplicita segnalazione del Collegio in udienza o altrimenti un'ordinanza interlocutoria.*

[Link al testo della sentenza](#)

### **Il caso**

L'ente di ricovero e assistenza per anziani di Treviso aveva bandito una gara per l'affidamento del servizio di "lavanolo" di biancheria da aggiudicare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A seguito dell'aggiudicazione, uno dei concorrenti non aggiudicatari ha inviato all'Istituto la "informativa" di cui all'art. 243-bis del codice degli appalti pubblici, segnalando alcuni supposti vizi dell'aggiudicazione.

Dopo aver proposto ricorso - e successivi motivi aggiunti - il ricorrente ha impugnato gli atti con i quali l'Istituto aveva risposto negativamente alla comunicazione "informativa" di cui all'art. 243-bis.

Rispetto a tale impugnazione è stata proposta eccezione di tardività, in quanto si asseriva che la nota in questione fosse già conosciuta dal ricorrente da non meno di trenta giorni anteriormente alla proposizione dei motivi aggiunti.

Il Tar Veneto ha disatteso l'eccezione.

Il Tar ha affermato, invero, che la risposta negativa esplicita dell'ente era sopravvenuta oltre il termine di 15 giorni stabilito dall'art. 243-bis; si tratterebbe dunque di un atto irrilevante, e ugualmente irrilevante (oltre che non necessaria) sarebbe la sua impugnazione.

Nondimeno, il giudice di primo grado ha rilevato autonomamente una diversa preclusione processuale, derivante, a suo giudizio, dalla circostanza che le parti ricorrenti non hanno mai impugnato, né in termini né fuori termine, il silenzio-diniego formatosi ai sensi dell'art. 243-bis, comma 4, decorsi quindici giorni dalla presentazione della "informativa".

Tutte le considerazioni svolte dal Tar relativamente all'applicazione dell'art. 243-bis sono state puntualmente investite dall'atto di appello.

Il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza di primo grado per violazione dell'art. 73, comma 3, del Codice del processo, con rimessione al Giudice di primo grado, a norma dell'art. 105 c.p.a..

### **La decisione**

La pronuncia in esame, in applicazione del principio previsto dall'art. 73, comma 3, del Codice del processo, statuisce il principio per cui si configura una violazione del diritto di nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo ponga a base della propria decisione una preclusione processuale rilevata d'ufficio - e non prospettata dalle parti - senza che sia assicurato in merito il contraddittorio o attraverso un'apposita segnalazione del Collegio in udienza o, nel caso in cui la questione non sia emersa in udienza, mediante un'ordinanza interlocutoria che garantisca il rispetto dei necessari termini a difesa.

Si tratta di un principio introdotto dal Codice del processo amministrativo nell'ottica di una maggiore rispondenza ai principi del giusto processo codificato dall'art. 111 Cost.

Tale principio, secondo la pronuncia in esame, trova applicazione anche nell'ipotesi in cui la preclusione processuale rilevata d'ufficio sia oggettivamente diversa dall'eccezione prospettata dalle parti, in quanto fondata su presupposti autonomi.

Alle medesime conclusioni, peraltro, deve pervenirsi, secondo il Collegio, anche quando la preclusione si fondi su concetti pacifici e generalmente condivisi, tanto da rendere superflua una specifica contestazione.

Ciò che rileva, infatti, non è il carattere problematico della questione, bensì l'assenza di contraddittorio in merito alla stessa.

Pertanto, ove vi siano molteplici elementi di discussione sui quali le parti non hanno avuto modo di dedurre, emerge con evidenza la violazione del diritto di difesa e sussistono giusti motivi per l'annullamento della decisione con conseguente remissione al primo giudice, ai sensi dell'art. 105 c.p.a.