

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Maggio 2013

**SANITA' PUBBLICA – SPESA SANITARIA – REMUNERAZIONE PRESTAZIONI
EXTRA TETTO – LIMITI**

**SANITA' PUBBLICA– SPESA SANITARIA – TETTI DI SPESA – RETROATTIVITA' –
TUTELA DELL'AFFIDAMENTO**

**SANITA' PUBBLICA – SPESA SANITARIA – SISTEMI TARIFFARI REGIONALI –
CRITERI DI DETERMINAZIONE DELLE TARIFFE**

Cons. Stato, Sez. III, 9 maggio 2013, n. 2522, Pres. Lignani, Est. Ungari

1. Con l'applicazione, a decorrere dal 2009, della legge 133/2008 (mediante la novellazione degli articoli 8-quater, 8-quinquies e 8-sexies, del d.lgs. 502/1992), tutti gli operatori sanitari, comprese le aziende ospedaliere pubbliche, sono sottoposti ai tetti di spesa, e la remunerazione delle prestazioni extra tetto non è dovuta neanche alle aziende ospedaliere, se non qualora e nella misura in cui (con applicazione di tagli e regressione tariffaria) lo prevedano i criteri stabiliti dalla Regione, a titolo legale ed al di fuori degli accordi contrattuali.

2. In materia di fissazione retroattiva dei tetti spesa sanitaria la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ritiene che, nelle more dell'adozione dei provvedimenti di aggiornamento o comunque di modifica, necessari o comunque richiesti, l'operatore accreditato deve orientare la propria attività facendo affidamento sui tetti di spesa in precedenza stabiliti; ed è con riferimento alla differenza rispetto ad essi, che l'affidamento riceve tutela, attraverso un onere di istruttoria e di motivazione, anche in chiave di valutazione comparativa degli interessi contrapposti, direttamente proporzionale all'entità dello scostamento in senso peggiorativo.

3. In materia di determinazione delle tariffe sanitarie regionali, l'art.8-sexies del d.lgs. 502/1992 demanda alle singole Regioni di adottare, sulla base dei criteri generali stabiliti da un decreto ministeriale, i propri sistemi tariffari, perciò nulla impedisce ad una Regione, per di più soggetta a piano di rientro, di fare riferimento al sistema tariffario già predisposto e positivamente utilizzato dalle regioni virtuose.

Il caso

L'ente ecclesiastico che gestisce un ospedale pugliese ha impugnato la delibera di Giunta regionale Puglia con cui, in attuazione della legislazione regionale, sono stati approvati la metodologia e i criteri per la definizione delle tariffe e del calcolo del valore dei ricoveri utilizzati per quantificare economicamente le risorse impegnate e remunerare ciascun episodio di ricovero a carico del servizio sanitario.

Con la delibera impugnata la Regione Puglia, previa comparazione tra tre Regioni – Lombardia, Emilia-Romagna e Basilicata - ritenute “virtuose” (in quanto scelte tra quelle che hanno mostrato la capacità di garantire i livelli essenziali di assistenza mantenendo l'equilibrio economico, senza

essere assoggettate a piani di rientro e con livelli di erogazione dei servizi ritenuti appropriati, efficienti e di qualità), ha individuato per ciascun raggruppamento la tariffa più bassa tra quelle adottate dalle predette Regioni. Il TAR Puglia, con la sentenza appellata (Bari, II, n. 1097/2012) ha respinto il ricorso, affermando, in sintesi, che:

a) quanto alla tardività e retroattività della determinazione delle tariffe, intervenuta oltre il termine e ad esercizio ormai concluso, la tutela dell'affidamento (alla luce dei principi sanciti dall'Adunanza Plenaria con le decisioni n. 3/2012 e n. 4/2012) non può trovare spazio nella misura in cui «*le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute... nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno*», mentre nel caso in esame l'ente ricorrente non ha provato che i tagli delle tariffe e, conseguentemente, del tetto di spesa, in concreto subito siano stati determinati in misura percentuale maggiore dei suindicati limiti, e ha contestato *sic et simpliciter* il ritardo in sé considerato e non già l'ampiezza del potere discrezionale esercitato dalla Regione;

b) quanto all'irrazionalità dell'acritico riferimento agli standard delle Regioni "virtuose", il metodo comparativo, mutuato dall'art. 27 del d.lgs. 68/2011, consente di agganciare le tariffe ad un dato concreto e non virtuale, assumendo il ruolo di volano verso obiettivi coerenti con le esigenze di contenimento dei costi e riduzione complessiva della spesa sanitaria, rispetto alle quali le peculiarità territoriali invocate dall'ente (peraltro, ipotetiche e non dimostrate) si collocano in secondo piano. L'ente ecclesiastico ha proposto appello.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

La decisione

La sentenza affronta tre questioni di particolare rilevanza in materia di sanità pubblica.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato, nel solco di una giurisprudenza ormai in via di consolidamento (per tutte si vedano le sentenze n. 697 e 735 del 2013 della stessa III sezione), ribadisce il principio per cui, a partire dalla riforma del 2009, tutte le strutture operanti in campo sanitario, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, devono sottostare ai tetti di spesa fissati nel rispetto dei criteri di legge.

Ne consegue che la remunerazione delle prestazioni eccedenti tali tetti non può essere riconosciuta neppure alle aziende ospedaliere. Fanno eccezione a tale principio i soli casi previsti da ciascuna Regione con norme di rango primario, mentre non rilevano a questo fine gli accordi di natura contrattuale.

In secondo luogo, collocandosi nel solco della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (si veda, in particolare, la decisione n. 3 2012) e della conforme giurisprudenza successiva della stessa III sezione, la pronuncia statuisce i limiti entro i quali il legittimo affidamento può essere tutelato nel caso di fissazione retroattiva dei tetti di spesa sanitaria ad esercizio finanziario già iniziato.

In questi casi, secondo il Consiglio di Stato, l'operatore sanitario è tenuto a programmare la propria attività facendo affidamento sull'ultrattività dei tetti già fissati per l'anno precedente, salve le decurtazioni imposte dalle successive norme finanziarie, le quali dovranno essere contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, la fissazione di tetti di spesa da parte delle Regioni nel corso dell'esercizio finanziario e che dispieghi i propri effetti anche sulle prestazioni già erogate, non può considerarsi, *ex se*, affetta da illegittimità, in quanto, in un sistema nel quale è fisiologica la sopravvenienza dell'atto determinativo della spesa solo in epoca successiva all'inizio di erogazione del servizio, gli operatori privati erogatori, che erogano prestazioni per il SSN, possono aver riguardo - fino a quando non risulti adottato un provvedimento - all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dell'anno precedente, diminuite, ovviamente, della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie dell'anno in corso.

In quest'ottica, quindi, la tutela del legittimo affidamento è garantita nella misura in cui la riduzione dell'ammontare delle prestazioni erogabili risulti corrispondente alle minori risorse derivanti dall'applicazione delle norme finanziarie relative all'anno in corso, conoscibili dalle strutture sanitarie sin dall'inizio dell'anno.

Ove, invece, i tagli effettuati alla spesa sanitaria vadano al di là dei limiti derivanti dall'applicazione delle norme finanziarie appena citate, la tutela del legittimo affidamento impone un *quid pluris* consistente nello svolgimento di una congrua istruttoria ed in una chiara motivazione delle ragioni che hanno determinato la misura del taglio alla spesa sanitaria, anche alla luce di una attenta valutazione comparativa degli interessi contrapposti.

Altro profilo di interesse della decisione riguarda il potere discrezionale delle Regioni nella determinazione di propri sistemi tariffari in materia sanitaria.

Sul punto il Consiglio di Stato ha statuito il principio secondo cui, fermo restando il rispetto dei criteri generali stabiliti con apposito decreto ministeriale, nulla vieta ad una Regione, per di più soggetta a piano di rientro, di fare riferimento al sistema tariffario già predisposto e positivamente utilizzato dalle regioni virtuose. La pronuncia evidenzia, infatti, che siffatta scelta risulta coerente con i principi generali dell'ordinamento di settore che mirano al contenimento della spesa sanitaria.

In quest'ottica, infatti, appare condivisibile l'utilizzazione di parametri di riferimento che si siano concretamente dimostrati idonei a garantire nel contempo il conseguimento di tale obiettivo senza pregiudicare l'equilibrio e la complessiva funzionalità del sistema sanitario.

PUBBLICO IMPIEGO – AVANZAMENTO IN CARRIERA

PUBBLICO IMPIEGO – MOBBING

Cons. Stato, Sez. III, 9 maggio 2013, n. 2530, Pres. Lodi, Est. Polito

1. L'atto che dispone l'avanzamento in carriera non opera su un piano paritetico, ma ha natura autoritativa e va adottato sulla base di criteri oggettivi stabiliti dalla normativa di riferimento, non derogabili da parte dell'Amministrazione.

2. Il mobbing si sostanzia in condotte seriali del datore di lavoro che si qualificano come pretestuose, sostanzialmente emulative, volte all'emarginazione del lavoratore, e che si risolvono in un danno al suo equilibrio psicologico con ricaduta e possibile danno alla salute. Esso presuppone, pertanto, una stabile, incisiva e perdurante condotta persecutoria diretta all'emarginazione del lavoratore, non sussistente nel caso di singoli eventi, difficoltà o frizioni nello svolgimento della prestazione lavorativa.

Il caso

Il ricorrente, agente del Corpo Forestale dello Stato, assunto a decorrere dal 27 luglio 2000, era stato inquisito in sede penale. Di conseguenza, il Capo del Corpo Forestale aveva adottato un primo provvedimento di sospensione cautelare dall'impiego che, impugnato in sede giurisdizionale dall'interessato, era stato annullato. Riammesso in servizio, l'interessato era stato nuovamente sospeso in via cautelare. Anche questo secondo provvedimento era stato annullato dal Tar.

Il procedimento disciplinare instaurato nei suoi confronti per gli addebiti contestati in sede penale si concludeva l'irrogazione della sanzione della riduzione dello stipendio di un decimo per una mensilità.

Avverso le vicende del rapporto di impiego conseguenti e connesse ai due provvedimenti di allontanamento del servizio veniva proposto un primo ricorso e successivi motivi aggiunti contestando: il mancato inquadramento nel grado superiore di agente scelto con decorrenza 1° gennaio 2006; la mancata corresponsione, durante i periodi di sospensione cautelare, di taluni

emolumenti; veniva altresì richiesto il risarcimento del danno biologico, morale, esistenziale ed alla vita di relazione per condotta *mobbizzante* del datore di lavoro.

Con successivo ricorso il ricorrente impugnava il provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. Il Tar adito, riuniti i ricorsi, li respingeva entrambi.

Avverso la pronuncia l'interessato ha proposto atto di appello.

Il Consiglio di Stato ha accolto parzialmente l'appello.

La decisione

La sentenza affronta due questioni di particolare rilevanza in materia di pubblico impiego. La prima riguarda la natura giuridica del provvedimento che dispone l'avanzamento in carriera, precisando che tale atto ha natura autoritativa ed è, di conseguenza, strettamente legato a parametri oggettivi, tassativamente stabiliti dalla legge e non derogabili dall'Amministrazione. Pertanto, non operando su un piano paritetico, agli effetti della sua decorrenza non rilevano le dichiarazioni negoziali del pubblico dipendente.

La seconda questione, invece, attiene alla definizione della condotta datoriale integrante il *mobbing*, frutto di elaborazione giurisprudenziale, ma non contemplata dal diritto positivo. La pronuncia evidenzia la necessità di condotte ripetute nel tempo volte a porre la vittima in posizione di isolamento in ambito lavorativo, con conseguenti ripercussioni sul suo equilibrio psicologico e sulla sua salute. Tuttavia, ove la situazione lamentata dal ricorrente tragga origine in un contenzioso instaurato con l'Amministrazione, in relazione all'applicazione di istituti che regolano il rapporto di pubblico impiego, non può configurarsi quella situazione persecutoria tale da impedire il normale inserimento nell'ambiente lavorativo che è tipica del *mobbing*.

ACCESSO AI DOCUMENTI – DIRITTO DI ACCESSO

Cons. Stato, Sez. III, 15 maggio 2013, n. 2652, Pres. Cirillo, Est. Stelo

Ai fini dell'applicazione della normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi, i rilievi dattiloscopici, avendo una funzione meramente identificativa dell'interessato la cui conoscenza è insuscettibile di arrecare nocimento agli interessi generali in materia di ordine pubblico e sicurezza, non possono essere ricondotti alla previsione di cui all'art. 3 del d.m. 10 maggio 1994, n. 415, anche nella considerazione che non sussiste alcuna esigenza di tutela della riservatezza nei confronti dei terzi.

Il caso

Un cittadino tunisino aveva chiesto alla Questura di Brindisi copia della propria scheda dattiloscopica, dovendo corredare di un documento d'identità l'istanza di ammissione al gratuito patrocinio per proporre ricorso in Cassazione avverso il provvedimento di proroga del trattenimento nel territorio nazionale adottato dal Tribunale di Brindisi. L'istanza veniva rigettata nel presupposto che il documento richiesto rientrasse tra quelli esclusi dal diritto di accesso, ai sensi dell'art. 24, comma 6, lett. c), della L. n. 241/1990.

L'interessato proponeva ricorso avverso tale diniego. Il TAR rigettava il ricorso nel presupposto che la scheda dattiloscopica dei cittadini extracomunitari, redatta dall'Amministrazione della Pubblica Sicurezza, sia un documento legalmente sottratto all'ostensione in quanto attinente al sistema della prevenzione e repressione della criminalità e della tutela dell'ordine pubblico.

Avverso tale sentenza veniva proposto appello, che il Consiglio di Stato accoglieva.

La decisione

La pronuncia precisa l'ambito applicativo della normativa regolamentare che elenca la documentazione amministrativa sottratta all'accesso per motivi di ordine e sicurezza pubblica

ovvero a fini di prevenzione e repressione della criminalità. In tale categoria non possono ricondursi le schede redatte dall'Amministrazione di pubblica sicurezza recanti i rilievi delle impronte digitali dei cittadini extracomunitari. Tali rilievi, infatti, hanno il solo scopo di accertare le generalità e l'identità dell'interessato, ma il rilascio di copia al medesimo non può recare alcun pregiudizio agli interessi pubblici rilevanti in materia di ordine e sicurezza pubblica, né d'altra parte sussiste alcuna esigenza di tutela della riservatezza di terze persone.

Il Consiglio di Stato, nell'accogliere il ricorso, ha ribadito un principio già espresso in altri precedenti della medesima Sezione (si vedano, in proposito, le sentenze n. 609 e 2320 del 2013).

CONTRIBUTI E AGEVOLAZIONI - GIURISDIZIONE

Cons. Stato, Sez. III, 21 maggio 2013, n. 2745, Pres. Cirillo, Est. Stelo

Appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le questioni concernenti il procedimento relativo alla concessione di un contributo (cd. "momento statico") fino alla revoca e decadenza adottate in sede di autotutela amministrativa per vizi di legittimità. Mentre le vicende relative alle modalità di concreta utilizzazione del contributo e il rispetto agli impegni assunti (cd. "momento dinamico") involgenti posizioni di diritto soggettivo, relative alla conservazione del finanziamento, spettano alla giurisdizione ordinaria.

Il caso

Il TAR aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in relazione ad un ricorso proposto avverso il provvedimento con cui l'Ente regionale competente per l'erogazione degli aiuti in agricoltura aveva revocato un beneficio economico. Il Giudice di primo grado, accertata l'inosservanza da parte dell'interessato degli obblighi contemplati dal provvedimento concessorio, aveva declinato la propria giurisdizione, sulla scorta del rilievo che il contenzioso avesse ad oggetto le modalità di effettiva utilizzazione del contributo erogato ed il rispetto degli impegni assunti con il provvedimento di concessione, ed involgesse, pertanto, posizioni di diritto soggettivo.

L'interessato propone appello, che viene respinto dal Consiglio di Stato.

La decisione

Il Consiglio di Stato, aderendo alla posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 183/2001), traccia, ai fini del riparto di giurisdizione, il regolamento di confini tra le controversie aventi ad oggetto la sussistenza dei presupposti di legge per l'erogazione di un contributo o l'esercizio del potere di autotutela amministrativa per vizi di legittimità, le quali - aventi ad oggetto il cd. momento statico - attengono a posizioni di interesse legittimo e quelle controversie che - riguardando una fase nella quale il contributo è già stato concesso - sono concernenti le modalità di utilizzazione del beneficio economico o il rispetto degli impegni assunti con l'erogazione. Queste ultime, infatti, riguardano il diritto soggettivo alla conservazione del finanziamento e sono, quindi, devolute alla giurisdizione ordinaria.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE - REQUISITI DI ORDINE GENERALE

ORDINE PUBBLICO E SICUREZZA PUBBLICA - INFORMATIVA ANTIMAFIA - INFORMATIVA ATIPICA

Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2013, n. 2835, Pres. FF Cacace, Est. Puliatti

1. L'art. 38, comma 1, lett. e) del Codice dei contratti pubblici impone all'Amministrazione di esplicitare per quale ragione un precedente penale rivesta i caratteri di gravità e incidenza sulla moralità professionale, in quanto, eccettuati i reati testualmente indicati dalla legge, per i restanti, in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica della loro incidenza sulla moralità professionale attiene all'esercizio del potere discrezionale della P.A. e deve essere operata attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna e delle concrete modalità di commissione del reato.

2. L'informativa prefettizia atipica non ha carattere automaticamente interdittivo, ma l'Amministrazione deve sempre compiere una valutazione sulla conservazione del rapporto contrattuale, proprio perché l'art. 11 del d. P.R. n. 252/98 e l'art. 4 del D. Lgs. n. 490 del 1994 implicano l'esercizio di un potere discrezionale e l'assenza di qualsiasi automatismo.

Il caso

Il servizio di "gestione aree di sosta a pagamento senza custodia e rimozione dei veicoli" del Comune di Castellammare di Stabia veniva aggiudicato ad una ATI, nei confronti della cui mandante la Prefettura di Napoli aveva adottato una informativa atipica, per cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva invitato il raggruppamento alla eventuale prosecuzione del rapporto in altra composizione.

Anche il nuovo raggruppamento era gravato di elementi ostativi, per cui veniva revocato il contratto.

Il provvedimento si fondava su tre autonome ragioni:

- impossibilità a proseguire la prosecuzione del contratto per cause interdittive ex art. 10 del D.P.R. n. 252/1998 della impresa mandante del raggruppamento aggiudicatario;
- impossibilità alla prosecuzione del contratto per carenza del requisito prescritto dal comma 1, lett. e), dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 in capo alla impresa ausiliaria dell'ATI costituita in nuova e diversa composizione;
- impossibilità a proseguire nel contratto anche da parte dell'ATI. costituita in nuova composizione per cause interdittive ex art. 10 del D.P.R. n. 252/1998. Il ricorso proposto, ed i motivi aggiunti avverso l'informativa antimafia, a seguito di ordinanza istruttoria rimasta in parte inadempita, venivano accolti con sentenza del TAR Napoli, Sezione I, n. 4912/2012.

Il Comune impugnava la sentenza sostenendo in particolare che l'informativa contenesse pregnanti elementi cognitivi in ordine alla società, capaci di incidere negativamente sulla valutazione dei requisiti del soggetto interessato, al di là di qualsiasi approfondimento in merito ai fatti emergenti dal verbale del Gruppo ispettivo competente;

inoltre, la carenza dei requisiti da parte dell'impresa subentrante in termini di certificazioni e qualificazioni di sicurezza non lascerebbe spazio a giudizi discrezionali da parte della stazione appaltante.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

La decisione

Il Consiglio di Stato chiarisce che il requisito di ordine generale previsto dall'art. 38, comma 1, lettera e) del Codice dei contratti pubblici, lungi dal prevedere alcuna forma di automatismo, introduce, in realtà, il potere discrezionale della stazione appaltante di valutare se ed in che misura un precedente penale possa considerarsi idoneo a compromettere la moralità professionale dell'impresa concorrente ad una gara d'appalto.

Una eventuale prognosi positiva in tal senso, scaturendo dall'esercizio di un potere discrezionale richiede una congrua istruttoria ed un'attenta motivazione in ordine alle caratteristiche dell'appalto, al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato.

La medesima decisione, inoltre, ribadisce, nel solco della prevalente giurisprudenza amministrativa (per tutte, Cons. Stato, sez. III, 14 settembre 2011, n. 5130), il carattere discrezionale della informativa prefettizia atipica, la quale, escludendo ogni automatismo, richiede un'attenta

valutazione delle circostanze concrete del caso ed una esplicita motivazione della decisione adottata.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – LEGITTIMAZIONE ATTIVA

Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2013, n. 2842, Pres. Lignani, Est. Polito

Un'impresa operante nel settore non è legittimata a sindacare la scelta dell'Amministrazione di adesione alle convenzioni CONSIP, in quanto, non venendo in discussione le regole dell'evidenza pubblica, che si è già consumata a monte in sede di gara centralizzata, non ricorrono le ipotesi contemplate dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

La legittimazione non può neppure ricondursi ad elementi probabilistici, futuri, incerti o solamente virtuali di una migliore convenienza economica per l'Amministrazione derivante dall'indizione di un esperimento di gara al quale, come potenziale aggiudicatario, avrebbe partecipato la ricorrente in prime cure.

Il caso

Una ASL, in adesione alla convenzione CONSIP, aveva approvato l'offerta relativa all'affidamento in global service dell'attività di gestione e manutenzione degli impianti tecnologici delle strutture sanitarie pubbliche della zona. Avverso tale provvedimento veniva proposto ricorso al TAR da parte del precedente affidatario della gestione in global service di analoghi servizi, che, tra gli altri motivi, rilevava la necessità di esperire apposita gara di appalto per l'affidamento del servizio a condizioni più vantaggiose.

Il TAR, riconoscendo la legittimazione attiva dell'impresa ricorrente, nella qualità di impresa operante nel settore di mercato per il quale era stata indetta la gara, accoglieva il motivo relativo alla necessità di svolgere una pubblica gara risultando la convenienza sul piano economico dell'esito di una procedura selettiva fra più concorrenti.

Proponeva appello la società vincitrice della gara centralizzata, deducendo il difetto di legittimazione a ricorrere della società precedente affidataria del servizio, nonché l'inidoneità dei profili di illegittimità accolti dal TAR a determinare l'annullamento della delibera di adesione alle convenzioni CONSIP, evidenziando altresì che il TAR era incorso in eccesso di potere giurisdizionale laddove aveva effettuato una valutazione di merito circa la convenienza economica del servizio.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

La decisione

Il Consiglio di Stato ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di legittimazione dell'impresa precedente affidataria del servizio a sindacare le decisioni dell'Amministrazione in ordine alla scelta di aderire alla convenzione CONSIP. Invero, statuisce il Collegio, l'Amministrazione può decidere se effettuare direttamente i servizi inerenti il proprio patrimonio, avvalendosi delle proprie risorse, se bandire una procedura di gara per affidare a terzi il servizio, oppure se aderire al sistema centralizzato delle convenzioni stipulate da CONSIP. In quest'ultima opzione, le regole dell'evidenza pubblica vengono rispettate a monte, in sede di gara centralizzata, per cui non vi è alcuna violazione delle regole concorrenziali per la scelta del contraente. Ciò comporta che la singola impresa operante nel settore di mercato cui è riferito l'appalto, è priva di legittimazione a ricorrere avverso la decisione di adesione alla convenzione CONSIP di un'Amministrazione, anche in considerazione della circostanza che, in linea con i principi statuiti dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, non si è in presenza né di un affidamento diretto, né della scelta dell'Amministrazione di indire o meno una gara.

Sempre sotto il profilo della legittimazione a ricorrere, il Collegio ha precisato che non è consentito ricondursi ad elementi probabilistici, futuri, incerti o virtuali di una migliore convenienza economica per l'Amministrazione derivante dall'indizione di una gara, cui la ricorrente avrebbe potuto partecipare con chance di aggiudicazione. Nella specie, peraltro, non era neppure possibile effettuare il suddetto giudizio comparativo, stante la non identità delle prestazioni tra il precedente contratto e la convenzione CONSIP ed il distinto ambito territoriale.

Da ultimo, la pronuncia ha osservato che l'intero sistema delle gare centralizzate e delle convenzioni CONSIP non avrebbe ragion d'essere se si dovesse accogliere il principio (affermato dal Giudice di primo grado) secondo cui l'adesione alla convenzione CONSIP non esoneri il committente dal dovere di bandire una gara di evidenza pubblica, posto che la funzione istituzionale delle convenzioni-quadro è proprio quella di rendere superflua l'indizione di gare separate per i singoli contratti dei singoli enti.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – CONTRATTI ESCLUSI – NORMATIVA APPLICABILE

Consiglio di Stato, Sez. III, 24 maggio 2013, n. 2846, Pres. Lignani, est. Simonetti

Alle gare d'appalto per l'affidamento di un servizio ricompreso nell'allegato II B non si applicano (ove non espressamente richiamate) le disposizioni puntuali del Codice dei contratti quanto, piuttosto, i principi generali della materia.

Il caso

L'Asl Roma A aveva bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare ai suoi aventi diritto, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di tre anni e per un importo complessivo presunto pari a 15 milioni di euro.

Le cooperative sociali in passato affidatarie del servizio anche in regime di proroga, premettendo di svolgere da molti anni assistenza sanitaria domiciliare nella Regione Lazio, con un primo ricorso hanno impugnato il bando ed il capitolato della nuova gara censurandone i requisiti di partecipazione, sul presupposto che non fosse richiesto il possesso dei requisiti occorrenti per conseguire l'accreditamento e le modalità di aggiudicazione, con particolare riferimento alla previsione di un punteggio assai elevato, sino a 20 punti, per chi abbia "esperienze pregresse in reparti di terapia intensiva", previsione reputata illogica.

Con successivi motivi aggiunti, dopo che la procedura si era conclusa e che il loro costituendo raggruppamento di imprese era risultato secondo classificato, hanno impugnato anche i verbali di gara e l'aggiudicazione sostenendo tra l'altro che l'impresa aggiudicataria non avrebbe avuto i requisiti necessari per essere accreditata; che la composizione della Commissione giudicatrice non sarebbe stata legittima, con particolare riferimento al suo Presidente; che infine la valutazione delle offerte tecniche sarebbe stata errata in più punti.

Il Tar ha respinto il ricorso. Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza.

La decisione

Nella pronuncia in esame la III sezione, confermando la propria precedente giurisprudenza (per tutte si veda la pronuncia n. 5574/2011), precisa che nelle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di un servizio rientrante nell'all. II B del Codice la stazione appaltante non è vincolata all'applicazione della normativa di dettaglio prevista dal Codice - se non espressamente richiamata dalla *lex specialis* di gara – fatta salva l'applicazione dei principi generali che regolano la materia.

Pertanto, il Consiglio di Stato respinge l'interpretazione per cui l'articolo 84 del Codice dovrebbe essere comunque applicato anche agli appalti esclusi, in tutto o in parte, in quanto ritenuto

espressivo di principi generali di derivazione comunitaria e nazionale, in base alla previsione dell'articolo 27 del codice dei contratti pubblici.

Infatti, secondo l'orientamento della III sezione, questa particolare rilevanza della disposizione è smentita dalla chiara dizione dell'articolo 20, che elenca puntualmente le sole disposizioni inderogabilmente applicabili.

SANITA' PUBBLICA – SPESA SANITARIA -

Cons. Stato, Sez. III, 30 maggio 2013, n. 2938, Pres. Cirillo, Est. Puliatti

La sospensione dei termini disposta dall'art. 4 del d.l. 4 novembre 2002, n. 245, è di stretta interpretazione, attenendo ad una disciplina di carattere speciale, con la conseguenza che è inapplicabile al di fuori dei casi previsti. In quest'ottica, poiché non è stata disposta la sospensione dei termini di adempimento delle obbligazioni, non può ritenersi che essi rientrino nella previsione della sospensione dei termini perentori.

Il caso

Una ASL proponeva opposizione nei confronti di un decreto ingiuntivo emesso dal TAR a favore del titolare di una farmacia, con il quale veniva ingiunto il pagamento di forniture di farmaci per assistiti del S.S.N. L'Amministrazione aveva eccepito l'improcedibilità della procedura monitoria, in forza della sospensione dei termini disposta dall'art. 4 del d.l. 4 novembre 2002, n. 245, in conseguenza dell'evento sismico dell'ottobre/novembre 2002.

Il TAR ha respinto l'opposizione, ritenendo che la suddetta sospensione non fosse applicabile al caso di specie. Il Consiglio di stato ha respinto l'appello proposto dall'ASL, confermando la sentenza di primo grado.

La decisione

La pronuncia ha chiarito che l'istituto della sospensione di cui all'art. 4 del d.l. n. 245/2002, concerne solo i termini di prescrizione, decadenza e perentori, senza contemplare anche la sospensione dei termini di adempimento delle obbligazione.

Tali termini, peraltro, non rientrano neppure nella nozione di "termine perentorio", dal momento che per effetto del loro decorso non si verifica la perdita o l'estinzione di un diritto (come per i termini perentori), ma si determina un inadempimento, con conseguente responsabilità del debitore.

Inoltre, secondo il Collegio, la sospensione disposta dalla suddetta normativa deve ritenersi di stretta applicazione, attenendo ad una disciplina di carattere speciale, come tale, inapplicabile fuori dei casi previsti, senza operarne un'interpretazione estensiva.

Ciò è anche in linea con un'esigenza di razionalità, consistente nel far fronte ad una situazione di emergenza solo nei limiti in cui essa è durata, differenziando le diverse situazioni, e trova conferma nel raffronto con altre normative speciali, adottate sempre in ipotesi di gravi calamità, nelle quali, quando il legislatore ha voluto includere anche la sospensione dei termini relativi all'adempimento delle obbligazioni, lo ha fatto espressamente.

CONTRIBUTI E AGEVOLAZIONI - GIURISDIZIONE

Consiglio di Stato, Sez. III, 30 maggio 2013, n. 2940, Pres. Cirillo, Est. Puliatti

In materia di erogazione di contributi pubblici, la verifica relativa all'effettivo assolvimento degli obblighi connessi all'assegnazione del contributo si pone quale fase conclusiva del procedimento e presupposto per il definitivo conseguimento del finanziamento.

Ne consegue che la situazione giuridica soggettiva dell'interessato si configura quale interesse legittimo e la cognizione delle relative controversie è devoluta al giudice amministrativo.

Il caso

Il ricorrente aveva ottenuto dalla Regione Veneto un finanziamento finalizzato a favorire l'insediamento dei giovani in agricoltura, condizionato al conseguimento, nei tre anni successivi, della qualifica di Imprenditore agricolo a titolo principale.

Successivamente, la Regione erogava in suo favore altro contributo dell'ammontare per la ristrutturazione edilizia di una cantina aziendale, con annesso ufficio e spazio-vendita.

A seguito della revoca di entrambi i benefici, motivata sia in relazione al mancato conseguimento nei termini della predetta qualifica, sia per mancanza di funzionalità dei lavori eseguiti, l'interessato proponeva ricorso al Tar Veneto.

Il giudice di primo grado accoglieva parzialmente il ricorso, dichiarando parte dei motivi relativi alla revoca del contributo inammissibili per difetto di giurisdizione.

La Regione ha proposto appello principale.

L'interessato ha proposto appello incidentale avverso il capo della sentenza che declina la giurisdizione e insiste per l'accoglimento del ricorso nel merito.

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

La decisione

Il Consiglio di Stato interviene sul riparto di giurisdizione in materia di erogazione di contributi pubblici statuendo che, nell'ipotesi in cui l'erogazione di un beneficio avvenga sulla base di una valutazione di finanziabilità del progetto presentato dall'interessato, soggetta a successiva verifica dell'assolvimento degli obblighi da questo assunti, il decreto di finanziabilità del progetto non esaurisce il procedimento amministrativo concessorio ma apre, invece, una ulteriore fase di verifica. Solo all'esito di quest'ultima fase il procedimento può dirsi concluso.

In quest'ottica, quindi, l'esecuzione degli obblighi assunti rappresenta un requisito che attiene all'*an* del provvedimento concessorio, per cui la situazione giuridica dell'interessato si configura quale interesse legittimo ed il provvedimento amministrativo di rimozione del beneficio concesso si può definire quale atto di revoca, espressione del potere di autotutela amministrativa, con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa.

ATTO AMMINISTRATIVO – MOTIVAZIONE – MOTIVAZIONE PER RELATIONEM

ORDINE E SICUREZZA PUBBLICA – INFORMATIVA PREFETTIZIA - PRESUPPOSTI

Consiglio di Stato, Sez. III, 30 maggio 2013, n. 2941, Pres. Cirillo, Est. Puliatti

1. La motivazione "per relationem" è sufficiente ad assolvere l'obbligo motivazionale specialmente allorquando il provvedimento amministrativo è preceduto da atti istruttori, da pareri, o costituisce espressione sintetica di concrete valutazioni operate da organi altamente qualificati, nell'ambito di appositi sub procedimenti tecnici, a condizione che dal complesso degli atti del procedimento siano evincibili le ragioni giuridiche che supportano la decisione. Inoltre, sempre in via generale, la motivazione assume connotati di minore pregnanza in caso di adesione alle risultanze di atti presupposti e del complesso dell'istruttoria, mentre richiede una espressione più diffusa e approfondita solo nel caso di discostamento da quelle risultanze.

2. *L'informativa prefettizia, di cui agli art. 4 d.lg. 29 ottobre 1994 n. 490 e 10 d.P.R. 3 giugno 1998 n. 252, è funzionale alla peculiare esigenza di mantenere un atteggiamento intransigente contro rischi di infiltrazione mafiosa, idonei a condizionare le scelte delle imprese chiamate a stipulare contratti con la p.a., determinando l'esclusione dell'imprenditore, sospettato di detti legami, dal mercato dei pubblici appalti e, più in generale, dalla stipula di tutti quei contratti e dalla fruizione di tutti quei benefici, che presuppongono la partecipazione di un soggetto pubblico e l'utilizzo di risorse della collettività. Di conseguenza, la misura è adottabile sulla base di accertamenti sommari e probabilistici, che non raggiungono, né possono raggiungere, le certezze che scaturiscono dai giudizi penali; ed è irrilevante la preesistenza di pregiudizi penali o procedimenti pendenti per reati di mafia così come sono irrilevanti le risultanze negative dei certificati penali delle persone interessate all'indagine. Tuttavia, è altrettanto essenziale, in un sistema di legalità, non attribuire valore esclusivo al mero rapporto di parentela con soggetti pregiudicati o contigui ad ambienti criminali; tale elemento, però, unito ad altri può essere idoneo ad integrare il presupposto del tentativo di infiltrazione mafiosa.*

Il caso

A seguito di informativa antimafia della Prefettura di Caserta, l'impresa capogruppo di una ATI aggiudicataria di lavori ferroviari appaltati dall'Ente Ferrovie dello Stato è stata invitata ad estromettere la mandante, pena la revoca dell'affidamento.

A fondamento dell'informativa antimafia veniva posta la circostanza che l'amministratrice della citata impresa è coniugata con soggetto imparentato con personaggi soggetti vicini ad ambienti criminali, nonché sulla base di una serie di circostanze di fatto riguardanti i singoli componenti della famiglia, complessivamente indizianti la permeabilità della società a condizionamenti mafiosi. Il TAR Campania, Sezione I di Napoli, ha rigettato l'impugnazione, essenzialmente ritenendo la sufficienza della motivazione e dell'istruttoria, essendo il provvedimento congruamente motivato "per relationem" e basato su elementi di controindicazione univoci e sufficienti, non occorrendo né la prova di fatti di reato, né del reale condizionamento delle scelte dell'impresa da parte di soggetti mafiosi, ed essendo ampiamente discrezionale l'apprezzamento rimesso al Prefetto, in cui assumono valore pregnante l'appartenenza dell'amministratore unico ad una compagine familiare sospetta ed i vincoli di parentela (affinità) con vari soggetti gravitanti nell'orbita di associazioni criminali.

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

La decisione

Con la pronuncia in esame il Consiglio di Stato delinea la fisionomia e l'ambito di applicazione della motivazione *per relationem* del provvedimento amministrativo.

In primo luogo viene precisato che l'obbligo per l'amministrazione – sancito dall'art. 3, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241 – di indicare e rendere disponibili gli atti cui la motivazione fa riferimento è garantito ove ne sia assicurata l'accessibilità, mentre non è necessaria la loro materiale allegazione al provvedimento.

Quanto, invece, all'ambito di applicazione dell'istituto la decisione evidenzia che lo stesso è sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 3 della legge 241/1990 in tutte le ipotesi in cui il procedimento amministrativo sia stato caratterizzato da atti istruttori o consultivi che precedono il provvedimento o, in particolare, nel caso in cui l'atto finale rappresenti la sintesi di valutazioni espressione di discrezionalità tecnica, purché, in questi casi, il complesso degli atti procedurali consenta di evincere le ragioni giuridiche della decisione.

La sentenza in esame precisa anche l'ampiezza dell'obbligo di motivazione, chiarendo che l'onere di dare conto delle ragioni della decisione adottata è tanto più penetrante quanto maggiore è lo scostamento rispetto alle risultanze degli atti presupposti.

La pronuncia, inoltre, dopo aver evidenziato la peculiare *ratio* propria delle informative prefettizie antimafia, vale a dire quella di combattere con rigore quei fenomeni di infiltrazione mafiosa, idonei

a condizionare le scelte delle imprese chiamate a stipulare contratti con la p.a, precisa che, comunque che tale istituto non richiede quel rigore probatorio tipico dell'accertamento compiuto in sede penale, nel quale la responsabilità dell'imputato deve essere provata al di là di ogni ragionevole dubbio.

Tuttavia, la necessità di prevenire le infiltrazioni della criminalità nel campo dell'economia non può comunque spingersi fino al punto di ritenere sufficiente a fini interdittivi il mero rapporto di parentela con soggetti pregiudicati o contigui ad ambienti criminali.

Tale elemento, però, unito ad altri elementi di natura indiziaria può essere idoneo ad integrare il presupposto del tentativo di infiltrazione mafiosa.