

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Giugno 2013

**ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ – PROCEDIMENTO –
COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO**

Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048, Pres. Lodi, Est. Nocelli

È illegittima la procedura espropriativa non preceduta da alcuna forma di comunicazione ai sensi dell'art. 7 della L. n. 241/90 e dell'art. 10 della L. n. 865/71, in quanto il corretto provvedimento espropriativo postula un contraddittorio al quale la comunicazione di avvio del relativo procedimento è indefettibilmente funzionale.

La previsione contenuta nell'art. 21-octies della L. n. 241/90 non può essere applicata d'ufficio dal Giudice ma solo ope exceptionis da parte dell'Amministrazione, sulla quale incombe l'onere di dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

Il caso

I proprietari di un terreno impugnavano il decreto con il quale il Prefetto aveva disposto l'occupazione d'urgenza di una porzione del loro terreno, già interessato da una precedente procedura espropriativa per la realizzazione di un progetto del Comune. I ricorrenti deducevano l'illegittimità del decreto per violazione ed eccesso di potere ed impugnavano, con motivi aggiunti, gli atti della procedura espropriativa successivi al decreto. Il TAR respingeva il ricorso. Gli interessati appellavano la sentenza deducendo la violazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, la carenza assoluta di potere del Prefetto ad adottare il decreto di occupazione, l'omessa pronuncia del TAR su aspetti edilizio-urbanistici che impedivano esecuzione dell'opera. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, ritenendo assorbente il vizio di omessa comunicazione del procedimento espropriativo.

La decisione

La pronuncia, nel censurare tutte le argomentazioni che avevano condotto il TAR a ritenere non applicabile alla fattispecie dell'occupazione d'urgenza l'obbligo di comunicare l'avvio della procedura espropriativa, ha statuito che l'urgenza qualificata che, ai sensi dell'art. 7 della L. n. 241/90, consente alla P.A. di derogare a tale obbligo deve trovare giustificazione nelle esigenze proprie del singolo procedimento e non può essere considerata in *re ipsa* nella procedura posta in essere da un organo *extra ordinem*.

Inoltre, a parte il rilievo che l'art. 21-octies della L. n. 241/90 non era applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, il TAR non avrebbe potuto ricorrere neppure al principio giurisprudenziale del raggiungimento dello scopo (poi cristallizzato dalla norma). Va, infatti, considerato che in materia di comunicazione di avvio, già prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-octies, sono prevalsi canoni

interpretativi di tipo sostanzialistico e teleologico e la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che l'omissione di tale formalità – essendo strumentale ad esigenze di conoscenza effettiva e di partecipazione all'azione amministrativa - non viziava il procedimento solo nelle ipotesi in cui il contenuto di quest'ultimo fosse interamente vincolato, ma tutte le volte in cui la conoscenza non fosse avvenuta, non essendo stato raggiunto in concreto lo scopo della comunicazione.

È, pertanto, illegittima la procedura espropriativa non preceduta da alcuna forma di comunicazione ai sensi dell'art. 7 della L. n. 241/90 e dell'art. 10 della L. n. 865/71, in quanto il corretto provvedimento espropriativo postula un contraddittorio al quale la comunicazione di avvio del relativo procedimento è indefettibilmente funzionale.

Nella specie, peraltro, la conclusione non sarebbe mutata anche qualora fosse stato ritenuto applicabile l'art. 21-*octies*, quale norma processuale, dal momento che tale disposizione non avrebbe potuto essere applicata d'ufficio dal Giudice ma solo *opeexceptionis* da parte dell'Amministrazione, sulla quale incombeva l'onere di dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – NOTIFICAZIONE PER PUBBLICI PROCLAMI PROCESSO AMMINISTRATIVO - TERMINI PROCESSUALI

Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3050, Pres. Est. Lignani

1. *È nulla (o inesistente) la notificazione del ricorso per pubblici proclami che non contiene l'indicazione nominativa dei soggetti che ne sono destinatari, salvo che il Giudice abbia dispensato il ricorrente da tale formalità in considerazione della difficoltà o impossibilità di identificarli tutti.*
2. *Quando il Giudice decide di avvalersi della facoltà di definire immediatamente il giudizio, deve essere rispettato il termine per comparire dettato ad hoc dall'art. 60 c.p.a., il quale è soggetto alla sospensione feriale dei termini, in quanto la sentenza che sarà pronunciata non appartiene più alla fase cautelare.*

Il caso

I vincitori di un concorso indetto dal Corpo dei Vigili del Fuoco per la promozione alla qualifica di "capo squadra" hanno proposto appello avverso la sentenza del TAR con la quale era stato accolto il ricorso proposto da altri candidati, con conseguente annullamento dell'intera procedura concorsuale.

Il TAR, prendendo atto che il ricorso introduttivo non era stato notificato ai vincitori del concorso, aveva disposto l'integrazione del contraddittorio per pubblici proclami. L'avviso veniva pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 12 agosto 2010 ed il 22 settembre 2010 era stata fissata la camera di consiglio, all'esito della quale (nonostante la mancata costituzione dei controinteressati) il TAR ha trattenuto la causa in decisione.

La relativa sentenza veniva pubblicata il 19 ottobre 2010. A distanza di oltre due anni dalla pubblicazione della sentenza (il 5 novembre 2012) i vincitori del concorso proponevano appello dolendosi della nullità della notifica per pubblici proclami.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, annullando la sentenza con rinvio al Giudice di primo grado.

La decisione

La pronuncia ha precisato che per la validità (*rectius* esistenza) della notifica per pubblici proclami è necessario che il relativo atto contenga l'indicazione nominativa dei soggetti che ne sono destinatari, salvo che il Giudice abbia dispensato da tale formalità in considerazione della difficoltà o impossibilità di identificarli tutti. Nel caso in esame, considerando che il provvedimento del

Giudice non dispensava i ricorrenti da tale formalità e che l'individuazione dei nominativi non comportava difficoltà (visto che l'atto impugnato era la graduatoria di un concorso interno), la notificazione deve essere considerata nulla o inesistente, con la duplice conseguenza che l'appello è ammissibile, ai sensi dell'art. 92, comma 4, c.p.a., e che esso è altresì fondato nel merito, in quanto la sentenza di primo grado è viziata da difetto del contraddittorio.

Sotto il profilo dell'esigenza di garantire la completezza del contraddittorio, ai fini di procedere alla definizione immediata del giudizio con sentenza emessa all'esito della fase cautelare (ai sensi dell'art. 60 c.p.a.), la pronuncia in esame contiene un'importante precisazione in merito al termine minimo per comparire che deve essere rispettato tra la data della notifica del ricorso alle controparti e la data dell'udienza in camera in consiglio. Il nodointerpretativo è se il Giudice amministrativo, nel verificare la completezza del contraddittorio, al fine di definire il giudizio in fase cautelare, oltre a verificare se il ricorso sia stato notificato alle controparti, debba accertare se sia stato rispettato il termine loro concesso per costituirsi e se, nello specifico, tale termine debba essere quello più breve previsto per la fase cautelare o quello più lungo stabilito per il processo, con la rilevante differenza che il primo non si sospende nel periodo feriale.

Ad avviso del Collegio, mentre nel sistema anteriore al codice del processo amministrativo, nella camera di consiglio cautelare fissata nel rispetto del termine breve (dieci giorni dalla notifica) non era consentito procedere alla definizione immediata della controversia, con sentenza di merito, se per le controparti non ancora costituite fosse ancora pendente il termine ordinario per comparire (cinquanta giorni dalla notifica, più l'eventuale sospensione feriale), il quadro è parzialmente mutato nel contesto del codice del processo amministrativo. Infatti, l'art. 60 c.p.a. consente la definizione immediata "purchè siano trascorsi venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso". Tale termine, che coincide con quello fissato dall'art. 55, comma 5, c.p.a., deve essere considerato autonomamente ed è soggetto a sospensione feriale, a differenza di quello dell'art. 55 che, in quanto termine inerente la fase cautelare, è sottratto alla sospensione feriale.

Pertanto, nel quadro normativo vigente, quando il Giudice decide di avvalersi della facoltà di definire immediatamente il giudizio ai sensi dell'art. 60 c.p.a., deve essere rispettato il termine per comparire fissato *ad hoc* dall'art. 60 c.p.a., il quale è soggetto alla sospensione feriale.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – OPPOSIZIONE DI TERZO

Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3051, Pres. Est. Lignani

E' inammissibile l'opposizione di terzo proposta da chi, pur essendo legittimato a proporre appello, sia decaduto dal relativo diritto.

E', altresì, inammissibile l'opposizione di terzo con la quale si chiede esclusivamente l'annullamento della sentenza impugnata (contenuto rescindente della domanda) ma è priva di qualsiasi indicazione in ordine all'eventuale giudizio rescissorio.

Il caso

Una procedura concorsuale per la progressione in carriera dei vigili del fuoco era stata *tout court* annullata dal giudice amministrativo, con sentenza confermata anche dal Consiglio di Stato. Alcuni dei vincitori di quella procedura, nei confronti dei quali il Tar aveva ordinato l'integrazione del contraddittorio, sia pure per pubblici proclami, legittimati a proporre appello avverso la sentenza di primo grado, ma decaduti da tale diritto, hanno proposto opposizione di terzo.

In particolare, gli opposenti hanno sostenuto che il giudizio d'appello si sia svolto e sia stato definito senza che il contraddittorio sia stato esteso nei loro confronti, pur nella loro qualità di parti necessarie del processo. Inoltre, hanno anche dedotto che anche il giudizio di primo grado è stato definito illegittimamente, in quanto, anche se il giudice di primo grado aveva disposto l'integrazione del contraddittorio per pubblici proclami, tale incombenza era stato eseguito invalidamente,

cosicché gli attuali opposenti non erano stati ritualmente evocati neppure in primo grado, oltre che in secondo.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto inammissibile l'opposizione.

La decisione

La pronuncia contribuisce a delineare i limiti entro i quali il mezzo straordinario di impugnazione dell'opposizione di terzo può considerarsi ammissibile.

In primo luogo il Consiglio di Stato rileva che chi riveste la qualità di controparte necessaria in un giudizio amministrativo ha l'onere di far valere le proprie censure nei confronti della sentenza che definisce il giudizio attraverso i mezzi di impugnazione ordinariamente previsti dalla legge.

Ne deriva, quindi, la regola secondo cui chi è legittimato a proporre appello contro la sentenza di primo grado, e non lo fa, non ha poi titolo per proporre opposizione di terzo contro la sentenza che rigetta l'appello di un litisconsorte.

E' del pari inammissibile l'opposizione del terzo che, limitandosi a chiedere il solo annullamento della pronuncia impugnata ha un contenuto meramente rescindente ma difetta di ogni richiesta in merito all'eventuale giudizio rescissorio.

Infatti, come osserva il Consiglio di Stato, l'annullamento della sentenza impugnata, da solo, non produrrebbe alcun effetto favorevole agli opposenti, perché lascerebbe intatta la sentenza di primo grado.

Tale indicazione, osserva il Collegio, è tanto più necessaria, in quanto i vizi ascritti alla sentenza opposta sono meri *errores in procedendo*; dunque, supposto che questi vengano effettivamente riconosciuti e la sentenza venga annullata, il giudizio dovrebbe essere ripetuto (naturalmente dallo stesso Collegio che pronuncia la decisione rescindente, e contestualmente a quest'ultima; non sarebbe infatti concepibile un annullamento con rinvio al giudice *a quo*, o se si preferisce in questo caso il giudice *a quo* si identifica con la stessa Sezione che giudica sull'opposizione di terzo).

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - AVVALIMENTO

Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3053, Pres. Lodi, Est. Nocelli

Ai fini della partecipazione ad una gara d'appalto, la certificazione di qualità è un requisito soggettivo che non può essere oggetto di avvalimento; la richiesta di tale certificazione anche alle ausiliarie, secondo le disposizioni della lex specialis, costituisce un'ulteriore garanzia della qualità del sistema produttivo nella sua interezza ma anche singolarmente, sia nelle fasi che si svolgono presso l'impresa concorrente ausiliata che presso quelle ausiliarie.

Il caso

Il Ministero dell'Interno aveva bandito una procedura ristretta per la fornitura di caschi protettivi da ordine pubblico. Il bando prevedeva espressamente che le imprese concorrenti potessero ricorrere all'istituto dell'avvalimento al fine di soddisfare i requisiti di carattere finanziario, tecnico e organizzativo. Presentavano domanda di partecipazione alla procedura cinque imprese. Una di queste dichiarava di volersi avvalere, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. 163/2006, di talune risorse, umane e materiali, fornite da altre due aziende.

La stazione appaltante chiedeva a quest'ultima concorrente di integrare la documentazione prodotta, inviando la certificazione ISO 9001:2008 delle due imprese ausiliarie e la stessa, in evasione di tale richiesta, precisava che le due imprese ausiliarie erano già da tempo e appositamente incluse nel proprio sistema di gestione della qualità del processo produttivo già interamente riconosciuto conforme alla normativa ISO 9001:2008 dall'ente certificatore.

Successivamente la stazione appaltante comunicava, nonostante l'integrazione prodotta, l'esclusione dalla procedura di gara per violazione del bando di gara nella parte in cui chiedeva la certificazione di qualità anche alle imprese ausiliarie. Con ricorso principale, proposto avanti al T.A.R. Lazio, la concorrente esclusa impugnava tale provvedimento lamentando:

a) la violazione del bando di gara e dell'art. 43 del d. lgs. 163/2006;

b) l'eccesso di potere *sub specie* dell'irragionevolezza, della contraddittorietà e della disparità di trattamento;

c) la nullità parziale del bando di gara, nella parte in cui impone in capo alle ausiliarie il possesso della certificazione di qualità autonoma.

Il T.A.R. Lazio, con ordinanza n. 2840 dell'1.8.2012, respingeva la misura cautelare richiesta

Tuttavia il Consiglio, con ordinanza n. 3909 del 28.9.2012, in accoglimento dell'appello cautelare proposto, sospendeva l'efficacia degli atti impugnati.

Nel merito, Il T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. *Iter*, con la sentenza n. 832 del 24.2.2013, ha rigettato tutte le censure proposte

Avverso tale sentenza veniva proposto appello motivato, in particolare, sulla circostanza che la certificazione rilasciata dall'ente certificatore costituirebbe integrazione ed estensione soggettiva della certificazione del Sistema di Gestione della Qualità, ai sensi della norma UNI EN ISO 9001:2008 applicato dalla ricorrente ai processi produttivi aziendali svolti anche, per dette attività, presso le sedi delle imprese ausiliarie e per aver omesso, altresì, di applicare l'art. 43 del d. lgs. 163/2006 che, in coerenza con l'art. 49 della Dir. CEE 18/2004, obbliga le stazioni appaltanti ad ammettere altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia delle qualità prodotte dagli operatori economici;

b) l'*error in iudicando* nel quale sarebbe incorso il T.A.R. per aver violato l'art. 49 del d. lgs. 163/2006 che, a differenza di quanto indicato nel bando di gara, non impone all'ausiliaria il possesso di una certificazione di qualità autonoma rispetto a quella del concorrente, ma solo di provare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del medesimo decreto oltre al possesso delle risorse oggetto di avvalimento, nonché per mancata applicazione dell'art. 46, comma 1-*bis*, del d. lgs. 163/2006, che avrebbe comportato la nullità della clausola del bando che, invece, impone il possesso della certificazione anche in capo all'impresa ausiliaria.

L'appellante ha chiesto, in via cautelare, di sospendere, anche previa concessione di provvedimenti interinali monocratici, ai sensi degli artt. 55 e 56 c.p.a., gli effetti della sentenza e dei provvedimenti impugnati nonché, nel merito, di annullare e/o riformare la sentenza impugnata e, per l'effetto, di accogliere il ricorso principale e quello per motivi aggiunti proposti in prime cure, annullando i provvedimenti impugnati. Con decreto n. 397 del 4.2.2013 il Presidente della III sezione ha accolto interinalmente l'istanza di tutela cautelare monocratica. Nella camera di consiglio del 15.3.2013, fissata per l'esame dell'istanza incidentale di sospensione dell'esecutività dell'impugnata sentenza, il Collegio, ritenuto di dover decidere con sollecitudine anche il merito della controversia, ne rinviava a breve la discussione.

Nella pubblica udienza del 24.5.2013 il Collegio, udita la discussione, tratteneva la causa in decisione e, all'esito della camera di consiglio, depositava in pari data il dispositivo della decisione, ai sensi dell'art. 119, comma 5, e dell'art. 120, commi 3 e 11, c.p.a., avendone fatto espressa richiesta, nel corso dell'udienza, la difesa del Ministero appellato.

L'appello veniva, infine, respinto.

La decisione

Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla questione - non ancora oggetto di prese di posizioni unanimi- relativa alla natura giuridica della certificazione di qualità quale requisito di partecipazione ad un procedura ad evidenza pubblica e, in particolare, sul connesso nodo problematico relativo alla necessità che in caso di avvalimento le imprese ausiliarie siano comunque tenute alla presentazione di tale certificazione.

Sul punto l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (parere n. 15 del 22 giugno 2011) ritiene che la certificazione di qualità è un requisito strettamente soggettivo e non cedibile.

Un primo orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. III, n. 2344/2011), invece, ritiene non persuasivo l'indirizzo interpretativo espresso dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici e, al contrario, fa leva sull'art. 49 del Codice dei contratti pubblici statuendo che l'articolo 49 del codice dei contratti pubblici, nel disciplinare l'istituto dell'avvalimento, non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale.

Il Collegio, invece, si orienta in senso contrario, precisando che la richiesta della certificazione di qualità anche alle ausiliarie, secondo le disposizioni della *lex specialis*, lungi dal rappresentare un inutile formalismo o un ingiustificato aggravio procedimentale, rappresenta, in realtà, un'ulteriore garanzia della qualità del sistema produttivo nella sua interezza ma anche singolarmente, sia nelle fasi che si svolgono presso l'impresa concorrente ausiliata che presso quelle ausiliarie.

Secondo la ricostruzione del Collegio, non giovano in senso contrario né l'art. 43, né tantomeno l'art. 49 del Codice.

In relazione alla prima disposizione, la pronuncia in esame rileva che essa obbliga le stazioni appaltanti ad ammettere le altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici, ma non certo le certificazioni relative ad un operatore economico – nel caso di specie l'appellante – dalle quali possa desumersi, *per relationem*, che altri e distinti operatori rispettino gli standard di qualità richiesti.

Quanto, invece, alla seconda, il Collegio statuisce che non può ravvisarsi alcuna violazione dell'art. 49 del d. lgs. 163/2006, diversamente da quanto assume l'appellante, in quanto la norma non vieta certo alla stazione appaltante di richiedere alle imprese ausiliarie documentazione ulteriore rispetto a quella, minima, imposta dalla lett. c) della citata disposizione.

SANITA' PUBBLICA - SPESA SANITARIA – PRESTAZIONI EROGABILI – MODALITA' DI EROGAZIONE

Cons. Stato, Sez. III, 11 giugno 2013, n. 3226, Pres. FF Cacace, Est. D'Alessio

In materia di erogazione da parte del S.S.N. di prestazioni protesiche la cui applicazione o consegna non richiede l'intervento di un tecnico, la disciplina dettata dal D.M. n. 332 del 1999 non prevede l'obbligo, per le aziende sanitarie, di esperire procedure ad evidenza pubblica per l'erogazione di tali dispositivi in forma diretta, ma consente anche la distribuzione in forma indiretta, permettendo agli assistiti di poter individuare il prodotto più congeniale, tra quelli riconosciuti idonei, e di potersene approvvigionare.

Per la determinazione del prezzo che può essere posto a carico del Servizio sanitario nazionale è possibile (in tal caso) il ricorso a procedure pubbliche ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Decreto (da esperirsi secondo gli ordinari criteri di trasparenza, pubblicità e par condicio), che riguardano non la diretta acquisizione dei beni ma la individuazione del miglior prezzo di acquisto dei dispositivi sul mercato da parte dei privati utilizzatori, con oneri a carico del S.S.N.

Deve pertanto ritenersi ammessa la possibilità, per l'amministrazione, di determinare, con propri atti, le modalità di determinazione del prezzo massimo di rimborso agli assistiti, lasciando agli stessi la possibilità di individuare il prodotto più congeniale, tra quelli riconosciuti omogenei, con addebito del relativo prezzo al S.S.N. nel limite fissato e con accollo, a carico dell'assistito che abbia scelto un prodotto diverso di prezzo più elevato, dell'eccedenza rispetto a quel prezzo massimo.

Il caso

Il caso in esame riguarda più appelli, riuniti e decisi congiuntamente dal Consiglio di Stato per motivi di connessione soggettiva e oggettiva, proposti avverso sentenze di rigetto di distinti provvedimenti adottati dalla Regione Calabria, con i quali quest'ultima aveva statuito che le Aziende sanitarie regionali dovessero provvedere all'acquisto dei dispositivi e ausili protesici, di cui agli elenchi 2 e 3 dell'allegato 1 del Nomenclatore tariffario approvato con il D.M. 332 del 27 agosto 1999, con procedure pubbliche finalizzate alla sola determinazione del prezzo massimo di remunerazione dei dispositivi e non invece all'acquisto da un unico fornitore. Il Consiglio di Stato ha rigettato i ricorsi, confermando, con motivazioni in parte diverse, le sentenze impugnate.

La decisione

Il Consiglio di Stato precisa le coordinate interpretative della normativa in materia di modalità di erogazione da parte del Servizio sanitario nazionale delle prestazioni protesiche che non richiedono, per l'applicazione o la consegna, l'assistenza di un tecnico abilitato.

Sul punto la normativa di rango regolamentare vigente riconosce alle Regioni il potere di scelta tra forme di erogazione diretta previo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica volta all'acquisizione dei beni da erogare ovvero forme di erogazione indiretta, nelle quali la procedura pubblica (da esperirsi secondo gli ordinari criteri di trasparenza, pubblicità e *par condicio*) riguarda solo la individuazione del miglior prezzo di acquisto dei dispositivi sul mercato

Quest'ultima soluzione, pienamente conforme al quadro normativo vigente, mira a garantire agli assistiti un idoneo livello qualitativo di assistenza e di poter scegliere, con una maggiore soddisfazione, la marca e la tipologia dell'ausilio ritenuto più idoneo (anche attraverso la capillare distribuzione operata nelle farmacie).

Essa, inoltre, può consentire anche una riduzione dei costi, sia perché l'assistito potrebbe orientarsi verso un prodotto con un prezzo inferiore a quello massimo rimborsabile, sia perché tale procedura fa venir meno la necessità di provvedere, attraverso una gara, ad un approvvigionamento di dispositivi e di apparecchi, che potrebbero (in concreto) anche rivelarsi inutili e restare quindi inutilizzati.

Il Collegio evidenzia, infine, la compatibilità di una siffatta soluzione con il diritto europeo degli appalti e con il Codice dei contratti. Ciò, in quanto, esula dall'ambito di applicazione della normativa europea, così come del codice nazionale dei contratti pubblici, la scelta dell'amministrazione di provvedere alla fornitura in forma indiretta dei dispositivi protesici, con il rimborso (totale o parziale) agli assistiti della somma da loro spesa. Resta fermo che il prezzo di mercato posto a base della determinazione del quantum del rimborso deve essere comunque individuato nel rispetto dei principi della libera concorrenza degli operatori, di trasparenza, pubblicità e *par condicio*.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

Cons. Stato, Sez. III, 11 giugno 2013, n. 3228, Pres. Cirillo, Est. D'Alessio

Nel caso di selezione delle offerte da svolgersi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le attività preliminari alla valutazione delle offerte sono eseguite dal seggio di gara o direttamente dal RUP (prima fase), la valutazione delle offerte tecniche compete, invece, ad un'apposita Commissione tecnica (seconda fase), mentre la conclusione delle operazioni di gara (terza fase) viene effettuata dal seggio di gara in seduta pubblica. Nel caso di attivazione del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, l'organo competente è il responsabile del procedimento, il quale può avvalersi, ove costituita, della apposita Commissione. In tal caso, la mancata convocazione di una (ulteriore) seduta pubblica per la comunicazione dell'esito della

verifica di anomalia e della conseguente aggiudicazione provvisoria non costituisce un vizio che inficia la procedura, ma è del tutto irrilevante.

Ai fini della legittimità della procedura, non ha rilievo che le attività di valutazione e di ammissione dei concorrenti e la graduatoria dei punteggi non siano stati compiuti dalla commissione in composizione plenaria, né che il RUP sia stato assistito da testimoni, uno dei quali con il ruolo di segretario verbalizzante, in quanto né i testimoni né il segretario partecipano alla formazione delle decisioni adottate dal presidente di seggio in ordine alla modalità di gestione del seggio di gara.

Il caso

La società gestore uscente del servizio di ristorazione di una ASL, classificatasi al quarto posto in graduatoria, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva deducendo l'illegittimità della procedura, in quanto non era stata convocata una seduta pubblica per comunicare l'esito della verifica di anomalia e le attività di valutazione ed ammissione dei concorrenti erano state effettuate dal RUP e non dalla Commissione di gara.

Il TAR ha respinto il ricorso. La società ricorrente ha appellato la sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili. Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello, confermando la sentenza di primo grado.

La decisione

La pronuncia offre un'interessante ricostruzione sui passaggi fondamentali in cui si articola una procedura di gara da svolgersi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il procedimento di gara si svolge, normalmente, in tre fasi: in due fasi sono necessarie prevalenti competenze amministrative ed in una fase sono necessarie prevalenti competenze tecniche. Nello specifico, dopo aver ricevuto le offerte ed aver provveduto alla verifica la regolarità dell'invio delle offerte, la stazione appaltante provvede, in seduta pubblica, all'apertura dei plichi delle diverse offerte, dispone la conservazione delle buste contenenti le offerte economiche e procede all'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa. Successivamente, sempre in seduta pubblica, procede all'apertura della busta contenente la documentazione tecnica, per prendere atto del relativo contenuto e per verificare l'effettiva presenza dei documenti richiesti nel bando. Tutte queste attività, preliminari alla valutazione delle offerte, sono eseguite dal seggio di gara o direttamente dal responsabile del procedimento unico (RUP). Invece, alla seconda fase del procedimento, quella della valutazione delle offerte tecniche, provvede la Commissione tecnica, nominata ai sensi dell'art. 84 del Codice e dell'art. 283, comma 2, del Regolamento (d.P.R. n. 207/2010), la quale, in una o più sedute riservate, valuta le offerte assegnando i relativi punteggi.

Le operazioni di gara (terza fase) si concludono con la comunicazione dell'esito della valutazione tecnica, la lettura dei prezzi offerti, la formulazione della graduatoria finale e l'aggiudicazione provvisoria; tali operazioni sono espletate nuovamente dal seggio di gara in seduta pubblica, come chiarito dall'art. 283, comma 3, del Regolamento. Sempre il Regolamento, dirimendo la questione relativa all'individuazione dell'organo competente a procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta, agli artt. 284 e 121, ha precisato che tale compito spetta al responsabile del procedimento, il quale può avvalersi, ove costituita, della apposita Commissione (o della stessa Commissione tecnica).

In relazione al procedimento di anomalia delle offerte, il Collegio, rigettando la censura dell'appellante, ha precisato che la mancata convocazione di una (ulteriore) seduta pubblica per la comunicazione dell'esito della verifica di anomalia e della conseguente aggiudicazione provvisoria non costituisce un vizio che inficia la procedura, ma è del tutto irrilevante.

Il Consiglio di Stato ha, altresì, precisato che, ai fini della legittimità della procedura, ciò che conta è che il seggio di gara o il RUP abbia svolto le attività facenti parte della prima fase della procedura, mentre la Commissione giudicatrice proceda all'attività di valutazione delle offerte. Non ha, invece, rilievo che le attività di valutazione e di ammissione dei concorrenti e la graduatoria dei punteggi

non siano stati compiuti dalla commissione in composizione plenaria, né che il RUP sia stato assistito da testimoni, uno dei quali con il ruolo di segretario verbalizzante, in quanto né i testimoni né il segretario partecipano alla formazione delle decisioni adottate dal presidente di seggio in ordine alla modalità di gestione del seggio di gara.

SANITA' PUBBLICA – SPESA SANITARIA – DETERMINAZIONE DEI TETTI DI SPESA – COMPETENZA

Cons. Stato, Sez. III, 12 giugno 2013, n. 3247, Pres. Lodi, Est. D'Alessio

Spetta alle Regioni il compito di adottare determinazioni di natura autoritativa e vincolante in tema di limiti alla spesa sanitaria, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria. Nell'esercizio di detta potestà programmatica le Regioni godono di un ampio potere discrezionale, dovendo bilanciare elementi diversi, ossia l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate, le legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale, l'interesse pubblico a garantire l'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario nazionale.

In tale quadro, secondo quanto previsto dall'art. 8-quinquies del d. lgs. n. 502 del 1992, spetta alle diverse Aziende sanitarie locali, nei limiti delle risorse assegnate e nel rispetto dei criteri stabiliti, il compito di procedere alla determinazione dei tetti di spesa aziendali e alla sottoscrizione dei contratti con le strutture private accreditate.

Il caso

Alcuni soggetti erogatori di prestazioni di fisiokinesiterapia ed accreditati con il SSN, avevano impugnato davanti al T.A.R. di Lecce la deliberazione con la quale il Direttore Generale dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Lecce/1 (AUSL LE/1) aveva determinato il tetto di spesa delle prestazioni erogabili per l'anno 2001, nonché ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente.

Il T.A.R. per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, dopo una attenta ricostruzione della normativa regolante la materia, ha respinto il ricorso ritenendolo infondato nel merito. Gli interessati hanno appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili. Dopo aver sostenuto che con il loro ricorso non avevano inteso contestare il potere della Regione di determinare i tetti di spesa delle prestazioni erogabili con oneri a carico del S.S.N., gli appellanti hanno sostenuto, in particolare, che non poteva essere l'Azienda sanitaria, che opera, nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, in regime di concorrenza con gli operatori privati accreditati, a poter determinare i limiti di operatività delle strutture private che peraltro non avrebbero potuto rifiutare le prestazioni loro richieste dagli assistiti.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

La decisione

Il Consiglio di Stato, nel solco di una giurisprudenza che, dopo aver inizialmente abbracciato l'orientamento opposto, ha trovato il proprio definitivo suggello nell'Adunanza plenaria n. 3/2012, ribadisce il principio per cui spetta alle Aziende sanitarie locali, nell'ambito di quanto definito dalla programmazione regionale, il compito di definire le attività da potenziare e depotenziare, nonché il volume massimo di prestazioni, distinto per tipologia e per modalità di assistenza, che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale si impegnano ad assicurare.

La ripartizione di compiti disegnata dalla normativa nazionale e da quella regionale conferisce, quindi, alla Regione la funzione programmatica e di indirizzo generale ed alle AUSL la concreta gestione del sistema sanitario sul territorio. E non si pone in contrasto con tale sistema il cumulo, in

capo allo stesso soggetto, dell'esercizio di funzioni amministrative in materia di programmazione della spesa e dell'erogazione diretta di prestazioni sanitarie.

FARMACIE – ISTITUZIONE DI NUOVE FARMACIE

Cons. Stato, Sez. III, 12 giugno 2013, n. 3249, Pres. Est. Lignani

I farmacisti hanno interesse ad impugnare la delibera di revisione della pianta organica delle farmacie che prevede il diritto di prelazione delle nuove sedi in capo ai rispettivi Comuni, in qualità di aspiranti concorrenti. Essi sono titolari di un interesse effettivo a che le sedi astrattamente disponibili non vengano sottratte al concorso per effetto della prelazione dei Comuni. Inoltre, il loro interesse a ricorrere riveste il carattere dell'attualità, dal momento che, prima ancora della pubblicazione del bando del concorso, l'approvazione della pianta organica, con contestuale offerta delle sedi in prelazione, è atto immediatamente lesivo.

L'espressione "posto vacante", di cui all'art. 11 del d.l. n. 1/2012, convertito nella L. n. 27/2012, non ha un significato restrittivo, ma si riferisce indistintamente a tutti i casi in cui un posto sia libero, senza distinguere se tale stato di fatto duri sin dall'origine ovvero dipenda da vicende sopravvenute. Di conseguenza, il divieto di prelazione dei Comuni riguarda sia le sedi farmaceutiche il cui posto è "vacante" per effetto della cessazione di chi ne era titolare, sia quello scoperto perché istituito recentemente e non ancora provvisto di un titolare.

Il caso

Alcuni farmacisti avevano impugnato una delibera del Consiglio Provinciale con la quale veniva approvata la revisione della pianta organica delle farmacie, prevedendo l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche e riservandole, in prelazione, ai rispettivi Comuni. A sostegno dell'impugnazione, i ricorrenti, dichiarandosi interessati a partecipare al concorso straordinario per l'assegnazione delle nuove farmacie, deducevano la violazione dell'art. 11 del d.l. n. 1/2012, convertito nella L. n. 27/2012, il quale prevede: a) la modifica dei parametri demografici delle sedi farmaceutiche e l'istituzione di un rilevante numero di nuove farmacie; b) l'indizione di un concorso straordinario per l'assegnazione delle nuove farmacie e di quelle vacanti; c) l'esclusione del diritto di prelazione dei Comuni sulle sedi di cui sopra e quelle "comunque vacanti".

Il TAR ha rigettato il ricorso, ritenendo che il suddetto divieto di prelazione riguardi solo le sedi farmaceutiche il cui posto è "vacante" per effetto della cessazione di chi ne era titolare, e non anche quello scoperto perché istituito recentemente e non ancora provvisto di un titolare.

Propongono appello gli originari ricorrenti, i quali contestano l'interpretazione del TAR circa l'espressione "vacante" sostenendo che debba essere fornita una lettura più ampia della norma e che il divieto di prelazione si applichi anche alle sedi di recente istituzione.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

La decisione

In via preliminare, il Consiglio di Stato rigetta le eccezioni di difetto di interesse prospettate dalle Amministrazioni resistenti, ritenendo che gli aspiranti concorrenti hanno un interesse effettivo a che le sedi astrattamente disponibili non vengano sottratte al concorso per effetto della prelazione dei Comuni e che non vi è conflitto di interessi fra i ricorrenti che agiscono insieme per evitare tale sottrazione (posto che essi non agiscono per aumentare il numero dei concorrenti, mirando ad abbassare i requisiti di partecipazione). Inoltre, il loro interesse a ricorrere riveste il carattere dell'attualità, dal momento che, prima ancora della pubblicazione del bando del concorso, l'approvazione della pianta organica, con contestuale offerta delle sedi in prelazione, è atto immediatamente lesivo. Infatti, il successivo bando non potrà mettere in concorso le sedi che erano già state offerte in prelazione ai Comuni (non più disponibili).

Nel merito del ricorso, il Collegio, criticando la tesi seguita dal TAR, ha chiarito che in realtà, nel linguaggio giuridico comune, l'espressione "posto vacante" non ha un significato restrittivo, ma si riferisce indistintamente a tutti i casi in cui un posto sia libero, senza distinguere se tale stato di fatto duri sin dall'origine ovvero dipenda da vicende sopravvenute (ed è in tal senso che la locuzione viene utilizzata nella materia del pubblico impiego ed anche nel contesto del codice di diritto canonico).

Peraltro, nel testo dell'art. 11 del d.l. n. 1/2012, la parola "vacante" viene abbinata all'avverbio "comunque", a dimostrazione della volontà del legislatore di utilizzare il termine in senso ampio, come è anche testimoniato da una lettera sistematica del decreto, la cui ratio è quella di liberalizzare il settore farmaceutico.

Da ultimo, la pronuncia precisa che, ai fini dell'applicazione del divieto di prelazione dei Comuni, la data di riferimento per individuare quali siano le sedi "vacanti" (e come tali da mettere a concorso) deve essere quella dell'indizione effettiva del concorso straordinario o, al più, quella della scadenza del termine entro il quale il concorso doveva essere bandito. Pertanto, anche sotto profilo, la delibera impugnata era illegittima nella parte in cui offriva in prelazione ai rispettivi Comuni le nuove sedi farmaceutiche, in un momento nella quale la prelazione era tassativamente esclusa dalla legge.

AUTOTUTELA DELLA P.A. – POTERE DI RIESAME – CONTENUTO

POLIZIA DI STATO – PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – ILLECITI DISCIPLINARI

Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3452, Pres. Cirillo, Est. Puliatti

1. In applicazione dei principi generali, all'organo competente all'adozione del provvedimento finale spetta anche il potere di verifica della legittimità delle fasi pregresse del procedimento ove ravvisi incongruenze e violazioni di legge procedimentale o sostanziale. Il riesame in via di autotutela della legittimità di precedenti provvedimenti è, infatti, finalizzato a garantire, con l'adozione del contrariusactus, i principi di legalità, efficacia, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

2. In materia di procedimento disciplinare relativo alla Polizia di Stato, l'elenco delle fattispecie tipiche di illecito di cui al d.P.R.n. 737/1981 non è completo, né esaustivo ma comprende gli atti che rivelino mancanza del senso dell'onore o del senso morale e gli atti che siano in grave contrasto con i doveri assunti con il giuramento.

Il caso

Un dipendente della Polizia di Stato, condannato in sede penale per il reato di usura con sentenza dalla Corte di Cassazione per prescrizione del reato, veniva sottoposto a procedimento disciplinare.

All'esito dell'istruttoria il Consiglio provinciale di Disciplina di Mantova proponeva l'applicazione della minore sanzione della sospensione dal servizio per la durata di sei mesi, derubricando l'infrazione inizialmente contestata.

Il Capo della Polizia, cui venivano trasmessi gli atti per l'adozione del provvedimento conclusivo, annullava gli atti del procedimento a partire dalla prima riunione del C.d.D. per illogicità della motivazione, evidenziando alcuni assunti della sentenza della Corte di Cassazione non adeguatamente considerati.

A seguito di rinnovamento del procedimento, l'interessato è stato destituito, con provvedimento disciplinare adottato dal Capo della Polizia, impugnato con ricorso al TAR della Lombardia, sede di Brescia, che accoglieva l'impugnazione ritenendo non correttamente utilizzato da parte del Capo della Polizia il potere di rinvio per riesame al Consiglio di disciplina.

Ha proposto appello il Ministero, assumendo l'erroneità della sentenza per violazione dell'art. 21, 4° comma, DPR 737/1981, affermando che il Capo della Polizia avrebbe evidenziato l'illogicità del percorso valutativo del Consiglio di disciplina con riferimento alle statuizioni, circa la responsabilità del dipendente, della Corte di Cassazione, che ha anche accolto la domanda avanzata in sede penale dalla parte civile.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

La decisione

Il Consiglio di Stato fornisce una lettura ancorata ai principi generali del potere di riesame degli atti del procedimento da parte dell'organo competente ad adottare il provvedimento finale. Secondo il Collegio, infatti, anche in assenza di una espressione previsione in tal senso, sono proprio i principi generali a giustificare il potere complessivo di riesame dell'intera documentazione da parte dell'organo decisore ove quest'ultimo ravvisi incongruenze o violazioni di legge.

Tale potere, secondo il Consiglio di Stato è immanente nel medesimo potere di amministrazione attiva esercitato e trova il proprio fondamento nel principio generale di autotutela amministrativa, in quanto volto a garantire i principi di legalità, efficacia, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Quanto invece agli illeciti disciplinari previsti dalla normativa relativa alla Polizia di Stato, il Consiglio di Stato, nel solco della propria giurisprudenza (*ex plurimis*, sez. III, n. 5915/2012) precisa che il catalogo previsto dal DPR n. 737/1981 ha una funzione meramente esemplificativa, ma non tassativa, per cui sono soggetti a sanzione disciplinare tutti quei comportamenti che rivelino immoralità o rappresentino una violazione dei doveri assunti con il giuramento di fedeltà all'atto dell'assunzione in servizio.

EDILIZIA – PERMESSO DI COSTRUIRE – COMMISSIONE EDILIZIA COMUNALE – COMPOSIZIONE

Cons. Stato, Sez. III, 26 giugno 2013, n. 3490, Pres. Cirillo, Est. Stelo

E' legittima, nei comuni con popolazione inferiore a 500 abitanti, la disposizione del Regolamento edilizio comunale in base alla quale il sindaco può presiedere la Commissione edilizia comunale. Tale disposizione, infatti, trova il supporto normativo nell'articolo 53, comma 23, della legge 388/2000 e nell'autonomia statutaria e regolamentare dei comuni.

Il caso

Il Tar per la Liguria aveva accolto il ricorso con motivi aggiunti propositi da alcuni proprietari di unità immobiliari nel Comune di Carasco (GE), avverso: il permesso di costruire rilasciato dal Comune ai fini della realizzazione da parte della H3G s.p.a. di impianto radioelettrico di comunicazione elettronica a servizio della rete di telefonia cellulare UMTS; i pareri favorevoli espressi dalla Commissione comunale edilizia integrata dalla Soprintendenza per i beni architettonici e per il paesaggio della Liguria; l'autorizzazione paesaggistica n. 1 del 19 ottobre 2005 del responsabile dell'Area Tecnica del Comune; atti comunque connessi e in particolare la disposizione del regolamento urbanistico comunale che prevede il Sindaco presidente della Commissione edilizia.

Il Tribunale, riconosciuto l'interesse a ricorrere in capo ai ricorrenti, in quanto proprietari di immobili adiacenti all'area di insediamento dell'impianto, ha ritenuto illegittima la composizione della Commissione edilizia integrata poiché presieduta dal Sindaco, in violazione degli articoli 107 del D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico delle leggi in materia di Enti Locali), che ha separato l'attività politica da quella gestionale, ai sensi dell'art. 27, comma 1 del D.Lgs. n. 380/2001, in tema di

vigilanza e controllo sull'attività urbanistica e edilizia, nonché dell'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003 (codice delle comunicazioni elettroniche).

La H3G s.p.a. ha interposto appello, con domanda di sospensiva, deducendo l'inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di interesse in capo ai ricorrenti, in quanto la *vicinitas* non sarebbe sufficiente a tali fini e non sarebbe stato evidenziato alcun pregiudizio concreto, diretto e immediato per le loro proprietà, come testimoniato anche dai pareri favorevoli acquisiti nell'occasione.

Ha, altresì, dedotto che la citata Commissione era regolarmente composta, dato che il regolamento edilizio comunale ha previsto che il Sindaco la convochi e la presieda, e comunque l'articolo 53, comma 23, della legge n. 388/2000 contempla, per i Comuni al di sotto dei 5.000 abitanti come nella fattispecie, la possibilità di derogare a quella separazione di poteri, consentendo a componenti della Giunta l'adozione anche di atti di natura tecnico-gestionale e la direzione di uffici e servizi.

Il Comune di Carasco (GE) ha interposto appello deducendo anch'esso la carenza di interesse in capo ai ricorrenti e la legittimità della composizione della Commissione edilizia

I due appelli principali, previa riunione ai sensi dell'art. 96 c.p.a., sono stati accolti.

La decisione

Il Consiglio di Stato adotta un'interpretazione sostanzialistica della normativa in materia edilizia, ritenendo, in un comune con popolazione non superiore a 5000 abitanti, legittima la norma del regolamento edilizio comunale che attribuisce al sindaco la presidenza della Commissione edilizia comunale.

La disposizione in questione, secondo il Collegio, trova il suo fondamento normativo sia nell'autonomia statutaria e regolamentare di cui ciascun comune dispone dopo la riforma del titolo V della Costituzione sia in una specifica previsione normativa, l'art. 53, comma 23, della legge n. 388/2000.

Tale atto normativo, infatti, nel valorizzare l'autonomia organizzativa degli enti locali, prevede in particolare che quelli di piccole dimensioni, anche al fine di operare un contenimento della spesa, possono adottare disposizioni regolamentari organizzative, se necessario anche in deroga al principio di separazione tra attività di indirizzo politico ed attività di gestione amministrativa, attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale.

L'orientamento sostanzialistico appena richiamato si coniuga, nel caso di specie, anche con l'interesse pubblico al potenziamento e al perfezionamento della rete di telefonia mobile, nel rispetto della consistenza e dei livelli di immissione previsti dalla normativa, a presidio del quale è posto l'art. 87 del Codice delle comunicazioni elettroniche che considera gli impianti a servizio della rete di telefonia mobile quali opere di urbanizzazione primaria.

STRANIERO – EMERSIONE DAL LAVORO IRREGOLARE – DINIEGO

Cons. Stato, Sez. III, 27 giugno 2013, n. 3523, Pres. Lignani, est. Simonetti

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, il diniego opposto dall'amministrazione all'istanza di emersione dal lavoro irregolare fatto discendere dalla condanna penale per taluno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p. è costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 3 Cost. ovvero per manifesta irragionevolezza. Ciò sul fondamentale rilievo che non necessariamente e comunque non tutti i reati di cui all'art. 381 c.p.p. sono sintomatici di una effettiva pericolosità sociale di chi li ha commessi. L'amministrazione avrebbe quindi dovuto (e dovrà ora procedere a) valutare una pluralità di elementi, fra i quali, ad esempio, la effettiva gravità e rilevanza del fatto addebitato all'interessato in sede penale, la condotta complessiva del medesimo desumibile dalle

sue condizioni di vita e lavorative al fine di accertare se costui rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato.

Il caso

Un cittadino marocchino, per il quale era stata presentata istanza di emersione dal lavoro irregolare aveva proposto al Tar Calabria, sezione di Reggio Calabria, ricorso avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza e successivi motivi aggiunti avverso il sopravvenuto diniego espresso.

Il giudice di primo grado aveva ritenuto il primo ricorso improcedibile, poiché *medio tempore* l'amministrazione si era pronunciata sebbene in senso negativo, e aveva respinto la seconda impugnazione in ragione della sentenza di condanna dell'interessato alla pena di mesi sei per il delitto di resistenza a pubblico ufficiale, da considerarsi ostativa siccome rientrante nella previsione di cui all'art. 381 c.p.p. cui fa rinvio l'art. 1-ter, co. 13, lett. c) del d.l. 78/2009 convertito in l. 102/2009.

L'interessato ha proposto appello, sia riproponendo una serie di vizi procedurali sia deducendo di nuovo la carenza di motivazione, che renderebbero illegittimo il provvedimento di diniego, sottolineando come la sentenza penale non potrebbe essere causa ostativa alla regolarizzazione in quanto con essa era stato concesso il beneficio della sospensione condizionale della pena, ai sensi e agli effetti dell'art. 166 c.p.

Con successivi motivi aggiunti all'atto di appello ha chiesto, inoltre, la riforma del decreto n. 247/2012 adottato sempre dal Giudice di primo grado e recante il rigetto dell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, adottato in applicazione dell'art. 119 dpr 115/2002 che limiterebbe il beneficio nei confronti dei soli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio nazionale.

Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso limitatamente al diniego pronunciato sull'istanza di emersione, riservando a separato provvedimento la decisione sull'ulteriore domanda di ammissione del ricorrente al patrocinio a spese dello Stato.

La decisione

La III sezione del Consiglio applica anche alla materia dell'emersione dal lavoro irregolare il principio - ormai consolidato nella propria giurisprudenza ed affermato *apertis verbis* dalla Corte costituzionale (si veda in proposito Corte cost. sent. n. 172/2012) - secondo il quale le sentenze di condanna penali non possono dispiegare alcun effetto automatico ai fini del diniego della permanenza sul territorio nazionale di un cittadino extracomunitario.

Secondo tale orientamento ermeneutico, infatti, l'amministrazione, ai fini del rinnovo del titolo di soggiorno o della pronuncia sull'istanza di emersione dal lavoro irregolare, è tenuta a compiere una valutazione complessiva della situazione attuale e concreta in cui lo straniero si trova al momento della conclusione del procedimento, avuto riguardo al comportamento tenuto, alla sussistenza di attività lavorativa e all'attualità o meno della pericolosità sociale nella comparazione con pregresse situazioni preclusive.

E', pertanto, illegittimo un provvedimento di diniego -motivato esclusivamente sulla base di condanne penali riportate dall'istante, ritenute automaticamente ostative - e privo di riscontri o valutazioni di sorta circa la posizione complessiva dell'interessato alla luce del suo comportamento, delle condizioni di vita e lavorative e dell'attualità della pericolosità.