

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Luglio - Agosto 2013

**PROCESSO AMMINISTRATIVO – OMESSA PRONUNCIA SU MOTIVI D'APPELLO –
MEZZI DI IMPUGNAZIONE**

Cons. Stato, Sez. III, 2 Luglio 2013, n. 3548, Pres. Cirillo, Est. Dell'Utri

L'omessa pronuncia su alcuni dei motivi di appello - così come, in genere, l'omessa pronuncia su ogni domanda, eccezione o istanza, ritualmente introdotta in giudizio - risolvendosi nella violazione della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, integra un difetto di attività del giudice di secondo grado che deve essere fatto valere dal ricorrente non con la denuncia della violazione di una norma di diritto sostanziale, ex art. 360 c.p.c., n. 3, o del vizio di motivazione, ex art. 360 c.p.c., n. 5. Infatti, siffatte censure presuppongono che il giudice del merito abbia preso in esame la questione oggetto di doglianza e l'abbia risolta in modo giuridicamente non corretto ovvero senza giustificare (o non giustificando adeguatamente) la decisione al riguardo resa, ma attraverso la specifica deduzione del relativo error in procedendo - ovverosia della violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4 - la quale soltanto consente alla parte di chiedere al giudice di legittimità - in tal caso giudice anche del fatto processuale - di effettuare l'esame, altrimenti precluso, degli atti del giudizio di merito e, così, anche dell'atto di appello.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Al ricorrente era stato conferito l'incarico quinquennale di dirigente medico responsabile della struttura complessa di chirurgia d'urgenza e pronto soccorso di un presidio ospedaliero.

Con ricorso straordinario al Capo dello Stato un concorrente impugnava detta deliberazione. Il ricorso era accolto.

Con due distinti ricorsi davanti al TAR per la Campania, sede di Napoli, l'ASL competente ed il controinteressato impugnavano la decisione e ne chiedevano la previa sospensione dell'esecuzione.

Con ordinanza, confermata in appello, erano accolte le domande cautelari avanzate dai ricorrenti principali.

Con sentenza 27 febbraio 2004 n. 2400 della sezione quinta del TAR adito, non risultante notificata, i ricorsi sono stati accolti nel merito.

Il ricorrente ha appellato la menzionata pronuncia, deducendo *error in iudicando* in ordine alla errata interpretazione ed applicazione dell'art. 10, ultimo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971 e dell'art. 35 della legge n. 1034/1971.

In sintesi, ha sostenuto che, pur dando atto che l'oggetto dell'impugnativa del decreto decisorio del ricorso straordinario non può che essere circoscritto ai vizi *in procedendo*, il TAR ha assunto che la

mancata pronuncia su un motivo del ricorso straordinario non comporterebbe alcun riesame, essendo mancato un preventivo esame; in realtà, invece, un tale esame non è mancato, essendo implicita la reiezione di tutte le doglianze avanzate dai controinteressati e potendo, se mai, ravvisarsi un'astratta violazione dei pacifici principi giurisprudenziali, poi trasfusi nella legge n. 241 del 1990, in tema di esternazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione in relazione alle risultanze dell'istruttoria, ossia un vizio di giudizio per omessa motivazione, non configurabile come errore di forma o del procedimento e, quindi, non deducibile in sede giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'Appello.

La decisione

Il Consiglio di Stato al fine di sindacare l'ammissibilità dell'impugnazione avverso il decreto presidenziale che decide sul ricorso straordinario al Capo dello Stato stabilisce il principio per cui l'omessa pronuncia su una domanda ritualmente introdotta con il ricorso al Presidente della Repubblica equivale non ad un difetto di motivazione ma, stante anche la mancata menzione dell'eccezione stessa sia nel parere che nella relazione ministeriale acquisita in via istruttoria, si configura quale *error in procedendo*, in quanto tale sindacabile in sede impugnatoria ai sensi dell'art. 10, co. 3, del d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199.

Tale disposizione statuisce infatti che *“il mancato esercizio della facoltà di scelta, prevista dal primo comma del presente articolo, preclude ai controinteressati, ai quali sia stato notificato il ricorso straordinario, l'impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale della decisione di accoglimento del Presidente della Repubblica, salvo che per vizi di forma o di procedimento propri del medesimo”*.

Secondo il Collegio, quindi, anche nel caso di specie vale il consolidato orientamento della Cassazione secondo cui l'omessa pronuncia su domanda, eccezione o istanza, ritualmente introdotta in giudizio, risolvendosi nella violazione della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, integra un difetto di attività del giudice di secondo grado che deve essere fatto valere dal ricorrente attraverso la specifica deduzione del relativo *error in procedendo*, ovvero sia della violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4 (*ex plurimis*, Cass. civ., sez. lav., 25 giugno 2012 n. 10508; cfr., altresì, Cass. civ., sez. lav., 18 marzo 2013 n. 6715, nonché Cass. civ., sez. trib., 18 maggio 2012 n. 7871).

GIURISDIZIONE – PUBBLICO IMPIEGO – PROCEDURE DI SELEZIONE

Cons. Stato, Sez. III, 5 luglio 2013, n. 3578, Pres. Cirillo, Est. Spiezia

In materia di pubblico impiego sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie relative alle procedure selettive caratterizzate da alcuni elementi di carattere concorsuale sul piano procedurale e dalla valutazione degli aspiranti sotto il profilo della maggiore o minore idoneità all'esercizio delle funzioni da assegnare in quanto i relativi provvedimenti sono espressione di potestà, di natura autoritativa, di organizzazione dei servizi e quindi di attività amministrativa in senso pubblicistico non riconducibile alla capacità di diritto privato dell'Amministrazione.

Il carattere selettivo della procedura di scelta dei dipendenti resta intatto anche nelle ipotesi in cui la selezione riguardi posizioni di livello dirigenziale e il rapporto di lavoro sia a tempo determinato, applicandosi le norme generali discendenti dal principio di cui all'art. 97, comma 3, della Costituzione e che regolano le gestione dei concorsi pubblici.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio aveva respinto il ricorso avverso il provvedimento con cui era stato confermato l'affidamento dell'incarico di sostituzione del Dirigente responsabile della U.O.C. di Radiologia e Diagnostica per Immagini di un ospedale romano per mesi sei rinnovabili, nonché avverso la successiva deliberazione di proroga dell'incarico medesimo.

Il T.A.R. aveva dapprima respinto le eccezioni di difetto di giurisdizione, tenuto conto della disposta procedura e valutazione comparativa nel merito dei titoli dei candidati.

Quindi ha ritenuto corretto l'operato sia dell'Amministrazione, sia della Commissione in quanto il giudizio comparativo sulla qualità e quantità dell'attività svolta e dei protocolli di ricerca clinica dei candidati è il frutto di apprezzamento espressione di discrezionalità tecnica, immune da gravi illogicità e contraddittorietà.

Il ricorrente ha interposto appello, con domanda di sospensiva, riproponendo sostanzialmente i motivi dedotti in primo grado e deducendo l'illegittimità della sentenza impugnata.

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

La decisione

Nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato afferma il principio per cui sono devolute alla giurisdizione amministrativa -a mente dell'art. 63 del d.lgs. 20 marzo 2001, n. 165 – anche quelle procedure selettive per l'affidamento di incarichi che presentino taluni degli elementi propri delle procedure concorsuali, tra i quali, ad esempio, la valutazione degli aspiranti sotto il profilo della maggiore o minore idoneità all'esercizio delle funzioni da assegnare, connotato, quest'ultimo, tipico delle procedure selettive in materia di pubblico impiego.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, i provvedimenti adottati nell'ambito di siffatta procedura sono espressione di potestà, di natura autoritativa, di organizzazione dei servizi e, quindi, di attività amministrativa in senso pubblicistico, non riconducibile, quindi, alla capacità di diritto privato dell'Amministrazione.

Secondo, il Collegio, inoltre, il carattere selettivo della procedura permane, con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa, anche nelle ipotesi in cui la selezione riguardi posizioni di livello dirigenziale e il rapporto di lavoro sia a tempo determinato, applicandosi, in quest'ultimo caso, il principio della selezione mediante pubblico concorso sancito dall'art. 97, comma 3, Cost.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI –PROROGA – LIMITI

Cons. Stato, Sez. III, 5 luglio 2013, n. 3580, Pres. Lodi, Est. Puliatti

E' legittima la proroga dei contratti pubblici, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, sia ab origine prevista negli atti di gara e venga esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione. Viceversa, una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

L'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, alla scadenza del rapporto con l'impresa titolare del servizio di brokeraggio assicurativo, invece di bandire una nuova gara, esercitava l'opzione, inizialmente prevista dal capitolato speciale, di rinnovare il contratto per un ulteriore triennio.

Avverso tale provvedimento la società seconda classificata nella precedente gara proponeva ricorso deducendo vari profili di illegittimità.

Il TRGA di Trento accoglieva il ricorso, annullando la determinazione del Direttore della tecnostruttura area tecnica dell'Azienda di rinnovo del contratto, per un ulteriore triennio, in favore della precedente aggiudicataria.

Hanno proposto appello l'impresa capogruppo dell'ATI aggiudicataria, e l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, deducendo l'erroneità della sentenza e l'Azienda anche l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

Il Consiglio di Stato, previa riunione degli appelli, li ha accolti.

La decisione

La pronuncia in esame affronta il nodo problematico relativo alla legittimità della proroga di un rapporto contrattuale pubblico in favore del medesimo contraente al momento della sua scadenza e senza bandire una nuova gara.

Ad avviso del Collegio non ostano a tale eventualità né i principi comunitari consolidati in materia di contratti pubblici, né la normativa interna, che non impediscono il rinnovo espresso dei contratti, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, sia *ab origine* prevista negli atti di gara e venga esercitata in modo espresso e attraverso congrua motivazione.

In particolare, l'art. 23 della l. 62/2005, che modifica l'articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, il quale, nella prima parte, espressamente vieta il rinnovo tacito dei contratti scaduti per la fornitura di beni e servizi, prevede che il contratto scaduto può essere prorogato per il tempo necessario all'indizione di nuova gara, anche in assenza della previsione espressa di proroga contenuta negli atti di gara, purché nei detti limiti.

L'art. 57, comma 7, D.lgs 163/2006, inoltre, dispone esclusivamente il divieto di rinnovo tacito di tutti i contratti aventi ad oggetto forniture, servizi e lavori, e commina la nullità di quelli rinnovati tacitamente.

Inoltre, un argomento positivo a favore dell'ammissibilità del rinnovo contrattuale, se espressamente previsto dalla *lex specialis* di gara, si trae dall'art. 29 del codice dei contratti, che a proposito del calcolo del valore stimato degli appalti e dei servizi pubblici prescrive che si tenga conto di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto.

Secondo il Consiglio di Stato, i divieti di cui alle norme richiamate sono ispirati alla finalità di scongiurare affidamenti reiterati allo stesso soggetto in elusione al principio di concorrenza, che più di ogni altro garantisce la scelta del miglior contraente, sia sotto il profilo della qualificazione tecnica dell'operatore, che della convenienza economica del contratto; tuttavia, allorché la possibilità della "proroga" contrattuale sia resa nota ai concorrenti sin dall'inizio delle operazioni di gara, cosicché ognuno possa formulare le proprie offerte in considerazione della durata eventuale del contratto, nessuna lesione dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente è possibile riscontrare, né alcuna lesione dell'interesse generale alla libera concorrenza, essendo la fattispecie del tutto analoga, dal punto di vista della tutela della concorrenza, a quella nella quale si troverebbero le parti contraenti nell'ipotesi in cui l'azienda avesse operato, *ab initio*, una scelta "secca" per la più lunga durata del contratto (sei anni, anziché tre più tre).

Secondo il Collegio, quindi, la soluzione di operare un frazionamento della durata del contratto (con riserva espressa di optare per il suo prolungamento eventuale, nei termini anzidetti) meglio risponde all'interesse pubblico, poiché consente di rivalutare la convenienza del rapporto dopo un primo periodo di attività, alla scadenza contrattuale, sulla base dei risultati ottenuti, senza un vincolo di lungo periodo, ed eventualmente, se ritenuta non conveniente la prosecuzione del rapporto, lascia

libera l'Amministrazione di reperire sul mercato condizioni migliori; scelta quanto mai opportuna nel settore assicurativo, esposto a rapide evoluzioni in virtù dell'andamento dei rischi.

Tale soluzione, peraltro, è pienamente coerente con l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa più recente, la quale ritiene legittima la proroga del contratto scaduto, ove prevista nella *lexspecialis*, se esercitata per un periodo predeterminato e con adeguata motivazione, che dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale. (così, Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194).

FARMACIA – FARMACIE COMUNALI – GESTIONE

Cons. Stato, Sez. III, 9 luglio 2013, n. 3647, Pres. Cirillo, Est. Palanza

Il testo unico 18 agosto 2000, n. 267, ha regolato l'intera materia delle forme giuridiche di prestazione dei servizi pubblici locali, determinando l'abrogazione delle disposizioni di legge anteriori che regolavano le forme di prestazione di singoli servizi, come appunto l'articolo 9, primo comma, della legge n. 475 del 1968, nel testo stabilito dall'art. 10 della legge 1 novembre 1991 n. 362.

Ne consegue che la citata normativa, nei limiti in cui è rimasta in vigore, può comunque applicarsi solo se è compatibile con la disciplina generale prevista in materia dal TUEL e nelle forme previste da esso, contemperandosi con le altre procedure previste dal TUEL stesso e in particolare con l'art. 115 e comunque nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il caso in esame riguarda l'impugnazione della deliberazione del Consiglio Comunale di Montegranaro, relativa all'approvazione dei criteri generali per la cessione delle azioni a soci privati della farmacia comunale e gli atti ad essa connessi o conseguenti.

Tale impugnazione era stata respinta dal giudice di primo grado in quanto, a suo giudizio, il D. Lgs. n. 267/2000, ed in particolare gli artt.113 e segg., prevedono un nuovo e generale sistema di gestione dei servizi pubblici locali con cui è stato, di fatto, recepito ed istituzionalizzato il regime di deroga alla riserva a favore dei farmacisti dipendenti che era stato previsto dall'art.12, comma 1, della legge n. 489/1992.

Pertanto l'abrogazione di questa ultima norma, disposta dallo stesso decreto legislativo n. 267/2000, non comporta certo il venir meno della possibilità di deroga alla disciplina dell'art. 9 della legge n. 475 del 1968, che prevede che il Comune possa gestire una farmacia tramite una società di capitali soltanto se questa sia costituita tra il Comune e i farmacisti che, al momento della costituzione, prestavano servizio nella farmacia comunale.

Dalla nuova e generale disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 267/2000 non sono state espressamente escluse le aziende farmaceutiche comunali: di conseguenza, le farmacie comunali possono essere gestite anche da società per azioni a proprietà pubblica maggioritaria o minoritaria da parte del Comune e senza più alcun obbligo di predeterminazione legale dei soci tra i farmacisti dipendenti del Comune.

Anche dopo l'abrogazione del comma 5 dell'art. 115 del D.Lgs. n. 267/2000, che consentiva il ricorso alle procedure previste dall'art. 116 del medesimo decreto tra cui il D.P.R. 16 settembre 1996 n. 533, resta fermo che è consentita l'alienabilità delle azioni della società costituita a seguito della trasformazione dell'azienda speciale, una volta intervenuta la stima prevista dall'art. 2343 c.c.,

a cui fa riferimento il comma 3 del menzionato art. 115 del D.Lgs. n. 267/2000, la quale non può che svolgersi sulla base del già citato D.P.R. n.533/1996, in mancanza di altro regolamento.

Avverso la pronuncia di primo grado è stato interposto appello. L'appellante contesta l'interpretazione adottata dal TAR secondo la quale il D.Lgs n. 267/2000 avrebbe definito un nuovo e generale sistema di gestione dei servizi pubblici con cui sarebbe stato recepito e istituzionalizzato il regime derogatorio già previsto dall'art. 12 della legge n. 498/1992, che sarebbe stato per questa ragione abrogato.

Infatti il servizio di assistenza farmaceutica - e tanto meno l'esercizio di una singola farmacia - non costituisce "servizio pubblico locale" (ex art. 113 e seguenti del TUEL). Pertanto tale disciplina non incide sulla normativa sanitaria che regola l'organizzazione del servizio farmaceutico e, in particolare, sull'art. 9 della legge n. 475 del 1968, che, attraverso la modifica apportata dall'art. 10 della legge n. 362/1991, ha introdotto la possibilità per i Comuni di affidare la gestione delle farmacie pubbliche ad apposite società di capitali " ai sensi della legge n. 142/1990", mantenendo ferma la riserva e la tutela a favore dei farmacisti dipendenti prevista dal medesimo articolo 9. E' erronea e fuorviante, quindi, la tesi sostenuta dal TAR secondo la quale sarebbe consentito l'affidamento delle farmacie comunali a società miste ai sensi degli artt. 115 e 116 TUEL. Il servizio farmaceutico non rientra nell'ambito delle competenze del Comune, facendo capo invece alle Aziende USL ai sensi dell'art. 28 della legge n. 833/1978. Il Comune non può quindi pretendere di privatizzare la gestione del servizio farmaceutico con i soli strumenti del TUEL senza il ricorso alle procedure specifiche previste dalla legge n. 475/1968.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

La decisione

Nel respingere l'appello il Collegio precisa che la controversia va decisa sulla base della normativa vigente pro tempore e legittimamente posta alla base degli atti adottati dal Comune, secondo l'interpretazione a suo tempo adottata dall'indirizzo consolidatosi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, che può essere confermato anche nel vigente quadro normativo.

In particolare, il Collegio si conforma ad un precedente orientamento giurisprudenziale(Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2007, n. 637) dal quale non ritiene vi siano ragioni di discostarsi sostanzialmente, pur in presenza di alcuni aggiornamenti del quadro normativo considerato da detta sentenza, consistenti nel richiamo "in vita" da parte di norme successive dell'articolo 9 della legge n. 475 del 1968, a loro volta in seguito abrogate dal referendum o annullate dalla successiva sentenza della Corte costituzionale, che tuttavia potrebbero essere richiamate a favore di una persistente vigenza del predetto articolo 9.

A questi limitati fini il Consiglio di Stato richiama le normative successive allo svolgimento della vicenda in esame. In particolare:

- il comma 1 dell'art. 23 bis del decreto legge 112/2008, che aveva integrato e in parte modificato la normativa prevista dall'art.113 dal Testo unico degli enti locali, come successivamente modificato dal decreto legge n. 135/2009, nel testo emerso dalla conversione operata dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, aveva escluso le farmacie comunali dalla applicazione della disciplina da esso prevista prevedendo la riconduzione della gestione delle farmacie municipalizzate alla disciplina di cui alla legge 2 aprile 1968 n.475 e cioè all'art. 9, che è la norma di questa legge che disciplina specificamente la gestione delle farmacie comunali;

- dopo l'abrogazione in via referendaria dell'art. 23 bis sopra citato, veniva introdotto sulla stessa materia l'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, che al comma 34 prevedeva la esclusione dalla nuova disciplina oltre che del servizio idrico integrato, anche "delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475."

- la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale ha successivamente dichiarato l'illegittimità delle disposizioni del citato art. 4, in quanto dirette a ripristinare norme abrogate dalla volontà popolare col suddetto referendum, quindi in contrasto con il divieto desumibile dall'art. 75 Cost. .

– alla luce della predetta sentenza della Corte Costituzionale restano in vigore per tutti i servizi pubblici locali i principi comunitari come interpretati dalla Corte di Giustizia europea (tutela della concorrenza, libertà di circolazione dei fattori produttivi, divieto di barriere di entrata nel mercato, trasparenza e non discriminazione) che appartengono a pieno titolo al diritto positivo interno, in ragione della natura di norme inderogabili di ordine pubblico economico.

- restano in vigore altresì gli articoli 115 e 116 del TUEL, non toccati dalle normative successive oggetto prima del referendum e poi della sentenza della Corte costituzionale n.199, già citata, mentre, a norma della sentenza della stessa Corte n. 24/2011 che ha ammesso il referendum, il suo successo non determina la reviviscenza delle norme dell'art. 113, abrogate in attuazione del 23 bis a sua volta abrogato dal referendum.

Dalla richiamata ricostruzione risulta evidente che la successiva esclusione delle farmacie comunali dalla diversa disciplina di cui all'articolo 23 bis del D.L. 112/2008 e l'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, - norme successivamente abrogate o annullate rispettivamente dal referendum e dalla sentenza della Corte costituzionale - non potrebbe essere invocata a sostegno della tesi di parte appellante circa la esistenza di una analoga esclusione implicita dalla applicazione dell'articolo 115 del TUEL in materia di servizi pubblici locali, in quanto la farmacia rientrerebbe nei servizi essenziali di tipo sanitario e non nei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. Al contrario la vicenda normativa successiva prova semmai il contrario: e cioè sia che la esclusione se c'è deve essere esplicita, sia il fatto che la gestione delle farmacie comunali deve essere considerata un servizio comunale avente rilevanza economica, altrimenti non ci sarebbe stato bisogno di una esplicita esclusione.

Inoltre, ammesso che il richiamo da parte di norme successive e poi a loro volta abrogate o annullate valga a provare che l'articolo 9 della legge 2 aprile 1968 n. 475, come successivamente modificato, debba considerarsi ancora in vigore, essa dimostra anche tale norma, se vigente e tuttora applicabile, deve contemperarsi con la normativa di cui all'art.115 del TUEL dal momento che tale articolo è certamente vigente e contrariamente alle discipline specifiche successivamente emanate non prevede la esclusione delle farmacie comunali e anzi con l' abrogazione dell'art. 12 della legge n. 498/1992 con tutta evidenza le include.

Inoltre, secondo il Collegio, va anche detto che se l'art. 9 più volte citato, ove considerato tuttora vigente e anche applicabile secondo la normativa comunitaria, non fosse interpretato come norma che deve contemperarsi e integrarsi con le disposizioni dell'articolo 115 TUEL, (come una delle possibilità incluse nelle procedure di cui al comma 4) i due ricorsi in primo grado sarebbero interamente inammissibili in quanto la ricorrente non ha impugnato il primo provvedimento concernente la trasformazione della azienda speciale in società di capitali, trasformazione che era esplicitamente operata a norma dell'art. 115 del TUEL.

In aggiunta, viene anche rilevato che, essendo le norme dell'art.115 parte di un complesso di norme attuative di principi dell'Unione europea in materia di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, una interpretazione "esclusiva" della norma dell'art. 9 più volte citato - nel senso di riservare la partecipazione alla società di capitali solo ai farmacisti dipendenti - dovrebbe essere disapplicata per contrasto con il diritto europeo o in ogni caso sottoposta al giudizio della Corte di giustizia.

Secondo il Consiglio di Stato, quindi, l'abrogazione dell'articolo 12, comma 1, della legge 23 dicembre 1992 n. 498 - che prevedeva la possibilità di costituire società per azioni per l'esercizio di servizi pubblici anche in deroga alla disposizione dell'articolo 9, primo comma, lettera "d", della legge n. 475 del 1968 – da parte dell'articolo 274, del TUEL, contenente abrogazione di disposizioni incompatibili, deve essere necessariamente interpretata nel senso che il regime di deroga di cui all'abrogato art. 12 viene integralmente sostituito dalla più ampia disciplina prevista dallo stesso TUEL agli art. 113 e seguenti. Pertanto l'abrogazione dell'art. 12 sopracitata ha un senso in conseguenza dell'entrata in vigore dei richiamati articoli del TUEL solo perché tali articoli assorbono in una nuova organica disciplina generale - prevalente su tutte le discipline speciali -

anche la deroga puntualmente prevista dall'art.12 con riferimento alla disciplina delle farmacie comunali.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – REVOCAZIONE

Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2013, n. 3720, Pres. Est. Lignani

La formulazione dell'art. 107, comma 2, c.p.a., corrispondente a quella dell'art. 403, c.p.c., appare precisa ed inequivoca in quanto sottrae ad una nuova domanda di revocazione «la sentenza emessa nel giudizio di revocazione».

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il caso in esame concerne l'ammissibilità di un ricorso per revocazione avverso una sentenza emessa in un precedente giudizio per revocazione nel quale il Consiglio di Stato aveva accolto la domanda revocatoria sul piano rescindente, rilevando l'esistenza di un motivo di appello non esaminato dal Collegio nella sentenza impugnata, mentre, passando alla fase rescissoria del giudizio, aveva rilevato che il motivo d'appello non scrutinato era comunque inammissibile in quanto non sollevato nel ricorso di primo grado, per cui aveva revocato la sentenza impugnata, integrando il dispositivo con la declaratoria di inammissibilità del motivo non esaminato in precedenza.

Il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il nuovo ricorso per revocazione.

La decisione

Il Consiglio di Stato, valorizzando il principio di certezza delle situazioni giuridiche, statuisce l'inammissibilità di una nuova domanda di revocazione proposta nei confronti di una precedente sentenza già resa in altro giudizio di revocazione.

Secondo il Collegio, infatti, la formulazione dell'art. 107, comma 2, c.p.a., corrispondente a quella dell'art. 403, c.p.c., appare precisa ed inequivoca in quanto sottrae ad una nuova domanda di revocazione «la sentenza emessa nel giudizio di revocazione». Non distingue a seconda del tipo di vizio che venga imputato alla sentenza de qua; né a seconda del fatto che tale vizio sia omogeneo o meno a quello che aveva dato motivo al precedente ricorso per revocazione; né a seconda del fatto che il nuovo vizio prospettato si sia determinato, in tesi, nella fase rescindente ovvero in quella rescissoria; né, ancora, in relazione al dispositivo (di accoglimento, di rigetto, di inammissibilità, etc.) della sentenza emessa nel precedente giudizio di revocazione; ovvero al fatto che la parte che propone la nuova domanda di revocazione si identifichi o meno con quella che aveva proposto la precedente.

La clausola preclusiva è, infatti, di tale nettezza che impedisce di impugnare per revocazione anche la sentenza che abbia definito il giudizio di revocazione con una pronuncia meramente processuale. Secondo la pronuncia in esame tale principio si spiega con l'intento evitare che le liti si prolunghino all'infinito per effetto di successive impugnazioni. In effetti, il diritto costituzionalmente garantito di agire e difendersi in giudizio (art. 24 cost.) non include un diritto illimitato all'impugnazione delle sentenze. Com'è noto, nella procedura civile non è costituzionalizzato il "doppio grado", inteso come possibilità di proporre appello; lo è, invece, il ricorso per Cassazione, peraltro per soli motivi di legittimità. Nella giurisdizione amministrativa, com'è noto, il ricorso per Cassazione è ammesso solo per le questioni di giurisdizione (art. 111). D'altra parte, la tutela dei diritti individuali si deve ragionevolmente equilibrare con l'esigenza della certezza del diritto.

Né la Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo del 1950, né la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2010, inoltre, impongono la garanzia di gradi di giudizio molteplici o addirittura illimitati.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – SILENZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – CESSAZIONE DELLA MATERIA DEL CONTENDERE

Consiglio di Stato, Sez. III, 11 luglio 2013, n. 3727, Pres. Est. Lignani

Nel giudizio per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio della pubblica amministrazione e dell'obbligo di provvedere, il silenzio illegittimamente serbato non si può ritenere cessato e di conseguenza non può essere dichiarata la cessazione della materia del contendere sino a che il procedimento amministrativo non sia stato realmente definito con l'emanazione del provvedimento conclusivo e la sua comunicazione al richiedente.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Una cittadina straniera residente in Italia, avendone maturati i requisiti, aveva richiesto la concessione della cittadinanza italiana.

Decorsi i termini per la definizione del procedimento, ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 117, c.p.a., per l'accertamento della illegittimità del silenzio e dell'obbligo di provvedere.

Il T.A.R. del Lazio ha accolto il ricorso, ordinando al Ministero dell'Interno di «*pronunciarsi con un provvedimento espresso entro 60 giorni dalla notificazione della sentenza*» e condannandolo alle spese del giudizio.

Il Ministero ha proposto appello, deducendo che il T.A.R. avrebbe dovuto dichiarare cessata la materia del contendere, in quanto era stata prodotta in giudizio una nota del Ministero nella quale si affermava che il provvedimento di concessione della cittadinanza era in corso di emanazione ed era stato trasmesso agli organi competenti per la firma.

Nel corso del giudizio d'appello, il Ministero ha documentato che il decreto presidenziale di concessione della cittadinanza è stato formalmente emanato, peraltro in data successiva alla pubblicazione della sentenza del T.A.R..

Il Collegio, avendo rilevato che la cessazione della materia del contendere si è verificata in data successiva alla pubblicazione della sentenza di primo grado ha rigettato l'appello nella parte relativa alle spese di lite, condannando l'amministrazione al pagamento delle spese del giudizio di primo grado in favore della ricorrente.

La decisione

Il Consiglio di Stato, nel presupposto che la cessazione della materia del contendere può dirsi effettivamente realizzata soltanto nell'ipotesi in cui il ricorrente abbia visto integralmente soddisfatta la propria pretesa, ha applicato tale principio in materia di ricorso avverso il silenzio illegittimamente serbato dall'amministrazione pubblica.

In particolare, il Collegio ha statuito il principio per cui nel giudizio per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio della pubblica amministrazione e dell'obbligo di provvedere, non potendosi il silenzio illegittimamente serbato ritenersi cessato fino all'emanazione del provvedimento finale e alla sua comunicazione al richiedente, di conseguenza la materia del contendere può dirsi cessata solo dopo tale evenienza.

Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza di primo grado dichiarando la cessazione della materia del contendere solo per la fase successiva alla sua pubblicazione, ponendo a carico dell'appellante la spese relative al giudizio di primo grado.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – SPESE DI GIUSTIZIA – PATROCINIO A SPESE DELLO STATO – PRESUPPOSTI

Cons. Stato, Sez. III, 18 luglio 2013, n. 3917, Pres. Lignani, Est. Simonetti

Ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, l'art. 142 del d.P.R. 115/2002 deve essere letto estensivamente così da ricomprendersi nella fattispecie dell'espulsione anche il diniego dell'emersione che ne rappresenta l'antecedente logico ed il presupposto giuridico.

[Link al testo della sentenza](#)

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 d.P.R. 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.

Successivamente, con la sentenza n. 3917/2013, il Consiglio di Stato, a scioglimento della riserva contenuta nella sentenza non definitiva n. 3523/2013, ha accolto anche l'impugnazione avverso il decreto del Tar n. 246/2012 e, per l'effetto, ha disposto l'ammissione del ricorrente al patrocinio a spese dello Stato, per entrambi i gradi di giudizio.

La decisione

Con la decisione in esame il Consiglio di Stato estende anche al ricorso avverso il provvedimento di diniego della richiesta di emersione dal lavoro irregolare l'ammissione al gratuito patrocinio già

riconosciuta al cittadino straniero ricorrente nei confronti del decreto di espulsione dal d.P.R. 115/2002.

Ciò in forza di una interpretazione estensiva della citata normativa, motivata in considerazione del nesso di presupposizione logica e giuridica che lega il diniego di emersione ed il successivo decreto di espulsione.

Tale estensione, quindi, si fonda sul riconoscimento che, nel caso di specie, il legislatore *minus dixit quam voluit*, in considerazione dell'evidente rapporto di continenza esistente tra le due fattispecie.

In particolare, l'affermazione del principio di diritto richiamato nella massima muove dalla considerazione che il mancato accoglimento dell'istanza di emersione comporta, quale conseguenza finale di una vicenda sostanzialmente unitaria - sebbene si snodi in atti distinti e incomprensibilmente riservati alla cognizione di giudici appartenenti a giurisdizioni differenti - l'espulsione dello straniero dal territorio italiano.

Sulla base di tale rilievo di fondo, da un lato il Collegio sottolinea anche che, nelle more del procedimento di emersione, destinato peraltro spesso a non concludersi in tempi brevi, lo straniero interessato beneficia della sospensione dei procedimenti amministrativi avviati nei suoi confronti e non può essere espulso, per cui nella medesima ottica gli deve riconosciuto il diritto difesa anche se privo dei mezzi economici necessari.

A tali conclusioni conduce anche la Direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, laddove prevede forme di assistenza legale gratuita nell'11° "considerando" ed all'art. 13, comma 4. Ciò sul rilievo che tali forme di assistenza legale gratuita, sebbene letteralmente riguardino le procedure di rimpatrio (id est: decreti di espulsione), siano estensibili, nella materia qui in esame, al presupposto diniego di emersione e di soggiorno.

Altrimenti opinando, secondo il Consiglio di Stato, la mancata considerazione della impugnazione del diniego di regolarizzazione, ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, si porrebbe in apparente contrasto con i precetti costituzionali, in particolare quelli codificati agli articoli 3, 24 e 113.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – INTERESSE A RICORRERE

Cons. Stato, Sez. III, 1 agosto 2013, n. 4039, Pres. Cirillo, Est. D'Alessio

L'interesse a ricorrere, da intendersi come utilità, anche strumentale, che dall'accoglimento del ricorso può comunque derivare al ricorrente, può essere non solo volto ad avere un'utilità immediata, ma può avere anche (entro certi limiti) natura strumentale. Tale posizione si concretizza quando, ad esempio, dall'annullamento del provvedimento impugnato consegue la riapertura del procedimento amministrativo e viene rimesso in discussione il rapporto controverso, con la possibilità per l'interessato di conseguire, attraverso la riapertura del procedimento amministrativo, il bene della vita al quale aspirava.

Non ha valenza decisiva, ai fini dell'interesse al ricorso, la maggiore o minore consistenza della possibilità che l'interessato ha di poter ottenere, in sede di rinnovo del procedimento, il bene finale cui aspira. Il limite (all'interesse) è costituito dalla certezza che il contenuto del nuovo atto non possa essere in alcun modo soddisfacente del bene della vita a cui aspira il ricorrente.

Pertanto, nelle procedure ad evidenza pubblica nelle quali il criterio dettato per l'assegnazione dei punteggi riguardanti l'offerta economica non consenta in caso di annullamento dell'aggiudicazione lo scorrimento automatico della graduatoria già predisposta, l'impresa ricorrente ha comunque un interesse alla corretta riformulazione della graduatoria, che, se anche non la vedesse collocata al primo posto le consentirebbe di far valere (eventualmente), per effetto di tale sua nuova collocazione, ogni ulteriore ragione nei confronti degli atti emanati all'esito della rinnovata attività dell'amministrazione.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

L'impresa seconda classificata nell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la costruzione di nuovi locali di un ospedale sito a Como aveva impugnato davanti al T.A.R. per la Lombardia il provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché il provvedimento di ammissione alla gara dell'aggiudicataria e i verbali della Commissione di gara, sostenendone l'illegittimità sotto diversi profili.

Il T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, dopo aver disposto apposita C.T.U., ha accolto il ricorso, con sentenza della Sezione I, n. 163 del 18 gennaio 2013, avendo ritenuto fondato ed assorbente il motivo con il quale la ricorrente aveva denunciato che la variante progettuale concernente la scala esterna non risultava corredata da elaborati essenziali, quali la relazione di calcolo statico della nuova struttura e il computo metrico di raffronto.

Il T.A.R. per la Lombardia, rilevato che l'accoglimento del predetto (assorbente) motivo determinava «*la definitiva estromissione dalla gara della ATI aggiudicataria*» ha poi ritenuto di «*affidare i lavori alla seconda classificata*», non sussistendo ostacoli al subentro nel contratto già stipulato.

L'aggiudicataria ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

In particolare, l'appellante ha sostenuto che il T.A.R. aveva ommesso di rilevare l'inammissibilità o comunque l'improcedibilità del ricorso per la carenza di interesse della società ricorrente che, anche nel caso di esclusione del Consorzio appellante, non sarebbe risultata comunque aggiudicataria della gara, facendo applicazione automatica dei criteri per l'attribuzione del punteggi previsti dalla *lexspecialis* di gara.

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello ritenendo sussistente l'interesse al ricorso, ma, considerato che il criterio (piuttosto complesso) dettato per l'assegnazione dei punteggi riguardanti l'offerta economica, non consentiva, una volta disposta l'esclusione dalla gara del Consorzio appellante, lo scorrimento automatico della graduatoria già predisposta, lo ha accolto limitatamente alla parte in cui la sentenza appellata aveva disposto il subentro della ricorrente nel contratto di appalto.

La decisione

La pronuncia in esame interviene sulla *vexata quaestio* della natura anche strumentale dell'interesse a ricorrere dopo che, con la sentenza del 4 luglio 2013, nella causa C 100/12, la Corte di Giustizia U.E. aveva ridimensionato i limiti posti alla tutela dell'interesse strumentale dalla giurisprudenza amministrativa e, particolare, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella questione riguardante il ricorso incidentale escludente proposto in un giudizio riguardante l'aggiudicazione di una gara d'appalto, aveva affermato che l'interesse (strumentale) alla rinnovazione della gara si rivela insufficiente a dimostrare la titolarità di una posizione giuridica meritevole di tutela processuale.

Il Collegio, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse strumentale a ricorrere, dopo averne dato una definizione, precisa che, ai fini della sua tutela,

Non ha valenza decisiva, ai fini dell'interesse al ricorso, la maggiore o minore consistenza della possibilità che l'interessato ha di poter ottenere, in sede di rinnovo del procedimento, il bene finale cui aspira.

Il limite (all'interesse) e, quindi, alla decisione di merito, è costituito, bensì, dalla certezza che il contenuto del nuovo atto non possa essere in alcun modo soddisfacente del bene della vita a cui aspira il ricorrente (secondo il criterio espresso anche dall'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990).

Il Consiglio di Stato precisa anche i limiti del sindacato giurisdizionale sul punto, affermando che il giudice amministrativo è tenuto a svolgere un'indagine sui possibili effetti, diretti ed indiretti, della

pronuncia richiesta, tenendo conto degli obblighi che possono sorgere a carico della amministrazione in seguito ad una sentenza favorevole al ricorrente, nonché della posizione del ricorrente in relazione a tali obblighi.

In base a tali principi, secondo il Collegio, anche nelle procedure ad evidenza pubblica nelle quali il criterio dettato per l'assegnazione dei punteggi riguardanti l'offerta economica non consenta in caso di annullamento dell'aggiudicazione lo scorrimento automatico della graduatoria già predisposta, l'impresa ricorrente ha comunque un interesse alla corretta riformulazione della graduatoria, che, se anche non la vedesse collocata al primo posto le consentirebbe di far valere (eventualmente), per effetto di tale sua nuova collocazione, ogni ulteriore ragione nei confronti degli atti emanati all'esito della rinnovata attività dell'amministrazione.

Secondo il Consiglio di Stato, un ulteriore argomento a sostegno di tale principio è fornito dall'art. 140 del codice dei contratti pubblici che, espressamente, prevede il possibile affidamento al secondo graduato del completamento di lavori nel caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo.