

# OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

Settembre 2013

## PROCESSO AMMINISTRATIVO – CONTENZIOSO APPALTI – PREAVVISO DI RICORSO – ISTANZA DI RIESAME IN AUTOTUTELA – EFFETTI

Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4356, Pres. Lignani, Est. Stelo.

*L'istanza di riesame in autotutela dell'aggiudicazione di un appalto pubblico proposta con l'informativa di ricorso ai sensi dell'articolo 243 bis del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non riapre i termini per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione di una gara pubblica.*

*E', pertanto, inammissibile il ricorso proposto avverso il diniego di riesame in autotutela dal concorrente non aggiudicatario di un pubblico appalto che non abbia tempestivamente impugnato l'atto lesivo dell'aggiudicazione ad altro candidato.*

### **Il caso**

La decisione in esame concerne la possibilità di considerare il diniego dell'istanza di riesame in autotutela quale atto lesivo autonomo e distinto rispetto all'aggiudicazione definitiva di una procedura ad evidenza pubblica.

Il giudice di primo grado, dinanzi al quale - in sede di impugnazione degli atti relativi ad una procedura di aggiudicazione dell'appalto per il servizio di trasferimento, archiviazione, gestione e scarto della documentazione sanitaria e amministrativa indetta dall'ESTAV per la Regione Toscana - aveva disatteso l'argomentazione proposta dall'impresa aggiudicataria che aveva proposto ricorso incidentale sostenendo la tardività del gravame dell'impresa ricorrente, in quanto volto all'impugnazione dell'atto di conferma dell'aggiudicazione, mentre in violazione dell'art. 243 bis del Codice dei contratti pubblici non era stato impugnato l'atto di aggiudicazione della gara che, invece, rappresentava il solo ed unico atto lesivo e pregiudizievole della sfera giuridica dell'impresa e che, quindi, era divenuto definitivo.

Il Consiglio di Stato, dinanzi al quale la citata eccezione è stata reiterata in sede d'appello dall'impresa soccombente in primo grado, ha accolto il gravame, riformando la sentenza di primo grado.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato fornisce una interpretazione dell'articolo 243 bis del Codice dei contratti pubblici conforme alla giurisprudenza amministrativa prevalente (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, sentenze nn. 2842/2011, 4593/2012 e 2449/2013).

In particolare, il Collegio statuisce che il provvedimento di conferma dell'aggiudicazione adottato a seguito dell'istanza di riesame in autotutela proposta col preavviso di ricorso, ai sensi della disposizione dianzi richiamata, non può essere considerato quale provvedimento nuovo e sostitutivo della precedente aggiudicazione e, quindi, dotato di autonoma portata.

Si tratta, in realtà, di un provvedimento meramente confermativo, non suscettibile di autonoma impugnazione, come peraltro confermato dall'art. 243 bis, comma 3, ove precisa che il preavviso di ricorso non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale, nonché dall'ultimo comma della stessa disposizione nella parte in cui precisa che il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce.

Da ciò consegue che il termine previsto per la proposizione di ricorsi davanti al giudice amministrativo avverso l'aggiudicazione di una gara pubblica non può essere riaperto sollecitando il potere di autotutela dell'Amministrazione.

Pertanto il concorrente non aggiudicatario di un pubblico appalto che non abbia tempestivamente impugnato l'atto lesivo dell'aggiudicazione ad altro candidato non può essere così rimesso in termini, posto che in tal modo verrebbe eluso il sistema dei termini decadenziali e, quindi, vanificata la possibilità di una celere definizione della lite, che, in realtà è il principale motivo ispiratore della normativa sulle gare pubbliche.

[Link al testo sentenza](#)

## **ORDINE PUBBLICO E SICUREZZA PUBBLICA – INFORMATIVA ANTIMAFIA – INFORMATIVA CD. ATIPICA – EFFETTI**

**Cons. Stato, Sez. III, 12 settembre 2013, n. 4511, Pres. Lignani, Est. Ungari.**

*La informativa antimafia c.d. atipica (o supplementare), elaborata dalla prassi, rinviene il suo fondamento normativo nel combinato disposto dell'art. 10, comma 9, del d.P.R. 252/1998 e dell'art. 1-septies, del d.l. 629/1982, conv. in legge 726/1982, nonché nell'art. 10, comma 7, lett. c), del d.P.R. 252/1998, che consente al Prefetto autonomi accertamenti.*

*Essa a differenza di quella c.d. tipica, non ha carattere (direttamente) interdittivo, ma consente alla stazione appaltante l'attivazione di una valutazione discrezionale in ordine all'avvio o al prosieguo dei rapporti contrattuali, alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la P.A., sicché la sua efficacia interdittiva può eventualmente scaturire soltanto da una valutazione autonoma e discrezionale dell'Amministrazione destinataria.*

### **Il caso**

La controversia concerne i lavori di costruzione della E90 tratto SS 106 affidati, in esito a procedura di gara esperita dall'ANAS S.p.a., ad una società di progetto, la quale ha stipulato un accordo di gestione del progetto ex art. 37-quinquies, comma 1-bis, legge 109/1994. Nell'ambito di tale rapporto la società di gestione ha, dal canto suo, stipulato un contratto di affidamento di alcune delle opere.

Nel corso dell'esecuzione è intervenuta l'informativa antimafia con la quale il Commissario di Governo di Bolzano, precisando l'insussistenza di cause interdittive, comunicava alla Prefettura di Catanzaro alcune vicende relative alla società affidataria delle opere dianzi citate.

Di seguito, la società affidante, ai sensi del contratto di affidamento, ha comunicato la risoluzione del contratto.

La società affidataria ha impugnato l'interdittiva ed ha chiesto il risarcimento dei danni subiti a causa della risoluzione di appalto. Il TAR Calabria, con la sentenza appellata (Catanzaro, n. 879/2012), ha accolto il ricorso, ritenendo l'informativa viziata per difetto dei presupposti, istruttoria e motivazione (.

Conseguentemente all'annullamento dell'informativa, riconosciuti i presupposti del risarcimento, il TAR ha pronunciato condanna generica, stabilendo i criteri per la proposta da parte dell'Amministrazione statale, ex art. 34, comma 4, cod. proc. amm.

Il Ministero dell'interno ha interposto appello lamentando che:

- si trattava di informativa atipica, ex art. 10, comma 9, del d.P.R. 252/1998, la cui efficacia interdittiva è rimessa ad una valutazione discrezionale dell'Amministrazione destinataria dell'informativa stessa;
- la motivazione dell'informativa, tenuto conto delle caratteristiche prognostiche ed ampiamente discrezionali del provvedimento, era sufficiente;

- difettava il nesso di causalità tra informativa atipica e danno da risoluzione, in quanto di mezzo c'è lo "schermo" della valutazione autonoma e discrezionale della stazione appaltante o, come nel caso in esame, del contraente generale; tale nesso non può essere ravvisato né nella clausola risolutiva, frutto della volontà negoziale dei contraenti, né nel c.d. Protocollo di legalità del 2005, che prevedeva la risoluzione solo in presenza di informative tipiche per tentativi di infiltrazione mafiosa;

- difettava l'elemento soggettivo, trattandosi di informativa non automaticamente interdittiva, ma affidata alla valutazione della stazione appaltante (qui il contraente generale).

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

### **La decisione**

La sentenza riguarda una fattispecie precedente l'entrata in vigore del Codice antimafia, adottato con d.lgs. n. 159 del 2011. Per effetto di tale atto normativo, infatti, l'istituto dell'informativa atipica è stato soppresso, per cui le Prefetture, nel vigore della nuova disciplina, dovranno necessariamente emettere un'informativa antimafia tipica, di tenore liberatorio o interdittivo a seconda dei casi. Nel caso in esame, invece, essendo ancora vigente l'informativa atipica, il Consiglio di Stato è intervenuto per precisare la natura giuridica degli effetti conseguenti ad un provvedimento di tal genere.

In particolare, il Collegio ha chiarito che l'effetto interdittivo derivante da una informativa atipica non è automatico, ma va, invece, fatto risalire ad una valutazione automatica e discrezionale della stazione appaltante.

Pertanto, non vi è comunque un nesso di causalità immediato e diretto tra tale atto e l'eventuale effetto risolutorio del contratto, dovendo quest'ultimo imputarsi ad una autonoma decisione della stazione appaltante che deve, quindi, considerarsi quale unica responsabile del danno patito dall'impresa affidataria per effetto di una illegittima risoluzione del contratto stipulato adottata a seguito di informativa atipica.

[Link al testo sentenza](#)

## **SANITA' PUBBLICA – AZIENDE SANITARIE LOCALI – ACCORPAMENTO – NATURA GIURIDICA – EFFETTI**

## **SANITA' PUBBLICA – PUBBLICO IMPIEGO SANITARIO – TRATTAMENTO ECONOMICO – MANSIONI SUPERIORI – DIFFERENZE RETRIBUTIVE – PRESUPPOSTI**

**Cons. Stato, Sez. III, 12 settembre 2013, n. 4518, Pres. Lignani, Est. Ungari.**

- 1. Nel caso in cui aziende sanitarie preesistenti siano accorpate per legge in altre aziende sanitarie che subentrano nelle funzioni e nei rapporti attivi e passivi relativi alle Aziende preesistenti, in ragione dell'ambito provinciale di riferimento, non si verifica un trasferimento di funzioni o la mera soppressione di un ente pubblico, bensì un fenomeno simile alla fusione per incorporazione tra società di diritto privato. Tale fenomeno, alla stregua di quanto dispone il novellato articolo 2504-bis, comma 1, del codice civile, non determina l'interruzione della vicenda processuale di cui la società sia parte. Ciò in quanto si tratta di un evento dal quale consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia di una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità, pur in nuovo assetto organizzativo.*

2. *Vanno riconosciute le differenze retributive all'aiuto corresponsabile che ha svolto le funzioni del primario su posto vacante per un periodo superiore ai 60 giorni per anno solare. L'obbligo di corresponsione delle differenze retributive non incontra il limite dei sei mesi previsto dall'art. 121, comma 7, del d.P.R. 384/1990, posto che quest'ultima previsione normativa si limita a vietarne il rinnovo alla scadenza del periodo massimo di sei mesi, ma non preclude il riconoscimento della spettanza delle differenze retributive quando l'Amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l'incarico o permetta la prosecuzione dell'espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto, salva la responsabilità anche erariale dell'Amministrazione stessa.*

### **Il caso**

L'appellante aveva proposto al Tar Calabria, sede di Catanzaro, ricorso avverso il provvedimento con cui non veniva riconosciuto il proprio diritto al trattamento economico corrispondente alla funzioni primariali di fatto svolte presso l'Ospedale di Lamezia Terme.

Il Tar aveva accorso il ricorso. Caduti in perenzione gli appelli proposti dalla USL competente e dalla regione Calabria, l'interessato aveva proposto ricorso per l'esecuzione del giudicato.

Il Tar ha parzialmente accolto il ricorso statuendo che al ricorrente spettano le differenze retributive corrispondenti alle mansioni superiori svolte per il periodo successivo ai sessanta giorni di sostituzione vicaria previsti dalla normativa vigente ma per un lasso di tempo non superiore a sei mesi, secondo quanto, a dire del Tar, statuito dall'articolo 121 del DPR 384 del 1990.

L'interessato ha appellato, *in parte qua*, la sentenza del giudice dell'ottemperanza.

Il Consiglio di Stato, dopo aver pregiudizialmente statuito che l'intervenuto accorpamento dell'ASL di Lamezia in quella di Catanzaro non determina l'interruzione del processo, ha accolto l'appello.

### **La decisione**

La sentenza in esame precisa la natura giuridica dell'accorpamento di più aziende sanitarie locali e gli effetti che tale fenomeno produce su un giudizio amministrativo pendente nei confronti dell'azienda incorporata.

In particolare il nodo problematico riguarda l'eventuale sospensione del processo come conseguenza necessaria dell'accorpamento.

Il Collegio ha sciolto tale nodo in senso negativo, ritenendo che non vi siano i presupposti per l'interruzione del processo ed applicando per analogia al caso di specie la disciplina relativa alla fusione per incorporazione tra società di diritto privato.

Secondo tale disciplina, infatti, la fusione per incorporazione di una società in un'altra non è causa di interruzione del processo del quale sia parte la società incorporata, trattandosi di un evento da cui consegue non l'estinzione di quella società, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, che si configura non quale fenomeno estintivo, bensì meramente evolutivo del medesimo soggetto. Osserva, infatti, il Collegio che la successione tra enti pubblici, anche se disposta *ope legis*, comporta, a carico di tutti i funzionari coinvolti, il dovere istituzionale di assicurare la continuità dell'azione amministrativa, anche monitorando, riattivando e proseguendo le azioni giudiziarie in corso. Da ciò consegue l'applicabilità per analogia del principio privatistico per cui l'estinzione della società fusa o incorporata che consegue alla fusione non è fenomeno riconducibile alla morte e non è, quindi, un evento suscettibile di causare l'interruzione del processo, in considerazione del suo carattere volontario, prevedibile per la parte che vi da causa e frequente, per cui non vi è alcuna esigenza di tutela della società risultante dalla fusione tale da giustificare l'interruzione del processo in corso al momento della fusione.

La sentenza statuisce anche il principio per cui le differenze retributive per le funzioni superiori svolte per un periodo superiore a sessanta giorni per ciascun anno solare vanno riconosciute anche al di là del limite semestrale previsto dall'art. 121, comma 7, del d.P.R. 384 del 1990.

Tale disposizione, infatti, come chiarito dal Collegio, si limita a vietare il rinnovo dell'affidamento del posto vacante all'aiuto corresponsabile alla scadenza del termine massimo di sei mesi, ma non

preclude, tuttavia, il riconoscimento della spettanza delle differenze retributive quando l'Amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l'incarico o permetta la prosecuzione dell'espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto, salva la responsabilità anche erariale dell'Amministrazione stessa.

[Link al testo sentenza](#)

## **STRANIERO – IMMIGRAZIONE – RESPINGIMENTO - GIURISDIZIONE**

**Cons. Stato, Sez. III, 13 settembre 2013, n. 4543, Pres. Est. Lignani.**

*Sussiste la giurisdizione ordinaria con riferimento a ciascuna delle due ipotesi di respingimento alla frontiera di cittadini extracomunitari disciplinate dall'articolo 10 del t.u. n. 286 del 1998.*

### **Il caso**

Un cittadino italiano, imprenditore agricolo, aveva ottenuto l'autorizzazione ad impiegare due cittadini extracomunitari nella propria azienda. Ottenuta l'autorizzazione ed il visto d'ingresso per i due cittadini stranieri, questi ultimi alla frontiera aerea di Fiumicino sono stati respinti ai sensi dell'art. 10 t.u. 286/1998 poiché la polizia ha ritenuto che fossero in possesso di documenti contraffatti.

Il datore di lavoro ha impugnato dinanzi al Tar Lazio gli atti di respingimento e quelli presupposti.

Il Tar adito ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

L'interessato ha interposto appello ritenendo che nel caso di specie, trattandosi di una ipotesi di respingimento immediato alla frontiera lo straniero respinto sarebbe titolare di un interesse legittimo, con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

### **La decisione**

Il Collegio, sulla scia della Sezioni Unite della Cassazione ha respinto la prospettazione dell'appellante secondo cui quanto meno nelle ipotesi di respingimento diretto alla frontiera sussiste la giurisdizione amministrativa.

Il supremo organo nomofilattico del sistema afferma, infatti, che in ciascuna ipotesi di respingimento sussiste la giurisdizione ordinaria (*ex plurimis*, Cass. SS.UU., n. 14502 e 15115 del 2013), in quanto il potere di respingimento è, in ogni caso, lo stesso così come identica è la posizione dello straniero che ne è destinatario.

La differenza fra le fattispecie considerate dei due commi dell'art. 10 consiste in ciò: che il caso ordinario è quello del respingimento *in limine*, ossia immediato; e dal sistema si deduce che, di norma, se tale potere non viene esercitato esso si estingue, subentrando il diverso potere di espulsione o comunque di diniego del permesso di soggiorno. Tuttavia nelle ipotesi considerate nel comma 2 la norma consente – a titolo di eccezione – che il potere di respingimento sopravviva e venga ancora esercitato benché lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di frontiera.

In altre parole, le ipotesi derogatorie ed eccezionali del comma 2 si risolvono in una *fictioiuris* per cui lo straniero materialmente entrato nel territorio nazionale si considera invece ancora *in limine* e quindi soggetto a quel potere di respingimento che invece senza la *fictioiuris* non potrebbe essere più esercitato. Ma come si vede il potere dell'autorità è sempre lo stesso - e identica è la condizione giuridica dello straniero - con conseguente radicamento in ciascuna ipotesi della giurisdizione ordinaria.

[Link al testo sentenza](#)

## **SANITA' PUBBLICA – STRUTTURE PRIVATE ACCREDITATE – CONTRATTO PER L'EROGAZIONE DI PRESTAZIONI SPECIALISTICHE IN REGIME DI ACCREDITAMENTO**

### **RESPONSABILITA' CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

**Cons. Stato, Sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574, Pres. Cirillo, Est. D'Alessio.**

- 1. In materia di stipulazione dei contratti per l'erogazione di prestazione specialistiche in favore del servizio sanitario pubblico sono illegittimi i provvedimenti tendenti ad escludere in maniera automatica ed indiscriminata tutti i soggetti che negli anni precedenti non sono già stati parte di un contratto con la competente ASL, senza tenere conto, in particolare, della posizione degli operatori accreditati che abbiano fatto richiesta di essere ammessi ad erogare prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale. Sebbene il sistema sanitario nazionale risulti legittimamente ispirato alla necessità di coniugare il diritto alla salute degli utenti con l'interesse pubblico al contenimento della spesa, esso non può prescindere dal contemplare anche la tutela della concorrenza, irrimediabilmente lesa dall'automatica preclusione alla stipulazione di contratti con nuovi soggetti privati accreditati.*
- 2. Ai fini dell'accertamento della responsabilità civile della pubblica amministrazione e del risarcimento del danno conseguente, il principio derogatorio affermato dalla Corte di giustizia CE in materia di contratti pubblici, posto anche a tutela della concorrenza, non si può estendere al settore dei servizi sanitari forniti da privati per la sanità pubblica, che ha proprie regole specifiche.*

#### **Il caso**

Una società privata accreditata con il SSN sin dall'anno 2008 ha impugnato dinanzi al Tar per la Lombardia la determinazione di diniego da parte dell'ASL di Brescia a stipulare un contratto per l'erogazione di prestazioni specialistiche in regime di accreditamento, nonché la deliberazione regionale concernente le regole per la gestione del servizio sanitario regionale per l'anno 2012, chiedendo anche il risarcimento del danno derivante la mancata assegnazione del budget di spesa nonostante l'accredito.

Il Tar ha accolto il ricorso disponendo anche la reintegrazione in forma specifica.

La Regione ha impugnato la sentenza sostenendo in particolare che l'accredito non attribuisce in via automatica il diritto a stipulare con le aziende sanitarie un contratto per l'erogazione di prestazioni specialistiche a carico del servizio sanitario. Quanto, invece, al capo relativo al risarcimento del danno, la Regione ha osservato che non possono ritenersi applicabili al settore delle prestazioni sanitarie i principi in materia di concorrenza elaborati nella materia delle gare pubbliche.

Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso limitatamente ai motivi proposti avverso le statuizioni sul risarcimento del danno.

#### **La decisione**

Il Consiglio di Stato, nel valutare la legittimità del diniego alla stipulazione per l'anno 2012 di un contratto per l'erogazione di prestazioni specialistiche in regime di accreditamento, ha precisato che, pur non essendovi un automatismo tra l'accredito e la stipulazione del contratto con l'azienda sanitaria, ragioni di tutela della concorrenza impongono di non bloccare in maniera automatica ed indiscriminata l'accesso al mercato delle prestazioni specialistiche a carico del SSN ad operatori privati in possesso dei requisiti necessari

accampando quale unica ragione la saturazione dell'offerta e le esigenze di contenimento della spesa sanitaria.

Sebbene il sistema sanitario nazionale risulti legittimamente ispirato alla necessità di coniugare il diritto alla salute degli utenti con l'interesse pubblico al contenimento della spesa, esso non può prescindere dal contemplare anche la tutela della concorrenza, irrimediabilmente lesa dall'automatica preclusione alla stipulazione di contratti con nuovi soggetti privati accreditati. Infatti, come rilevato anche dall'Antitrust, una politica di contenimento dell'offerta sanitaria non può tradursi in una posizione di ingiustificato privilegio a favore degli operatori già presenti sul mercato.

Ne consegue che, ferma l'autonomia delle Regioni, nella determinazione dei criteri per l'accesso degli operatori privati alle prestazioni sanitarie in regime di accreditamento, questi ultimi devono consentire l'inserimento (anche graduale) nel mercato di nuovi operatori in possesso di tutti i requisiti richiesti per erogare prestazioni sanitarie in favore del servizio pubblico.

La decisione precisa, inoltre, che i principi in materia di accertamento della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica e di risarcimento del danno da questa cagionato sulla base del mero nesso di causalità senza che sia necessario provare la colpa o il dolo, sanciti in materia di contratti pubblici dalla Corte di giustizia europea nella nota pronuncia del 30 settembre 2010 per garantire la massima apertura a livello europeo del mercato degli appalti pubblici non possono trovare, in virtù del loro carattere eccezionale, applicazione nel settore dei servizi sanitari forniti da privati per la sanità pubblica, ambito, quest'ultimo, caratterizzato da una propria specifica disciplina.

[Link al testo sentenza](#)

## **SANITA' PUBBLICA – PUBBLICO IMPIEGO SANITARIO – GIURISDIZIONE**

**Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 4779, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.**

*La valutazione dei requisiti necessari per concorrere alla nomina a direttore generale di un'azienda sanitaria locale comporta l'esercizio di poteri valutativi tecnico - discrezionali, a fronte dei quali vi è in capo al candidato l'interesse legittimo alla correttezza delle operazioni di valutazione da parte della Regione, con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa.*

### **Il caso**

Un candidato escluso dall'elenco degli idonei alla nomina a direttore generale di aziende sanitarie locali perché ritenuto non in possesso del requisito di ammissione ricorreva al giudice amministrativo.

Il Tar accoglieva l'impugnazione avverso la deliberazione di esclusione ritenendo che l'esperienza maturata dal candidato coincidesse con quella richiesta dal bando.

La Regione ha eccepito in via preliminare il difetto di giurisdizione del giudice adito, sostenendo, nel merito la legittimità del provvedimento impugnato.

Il Consiglio di Stato, ritenuta preliminarmente sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, ha accolto l'appello.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato, nel solco della propria giurisprudenza (tra tutte, Sez. IV, 13 ottobre 1003, n. 6139), afferma nel caso di specie la propria giurisdizione, in maniera difforme dalle



Sezioni Unite della Cassazione che - in sede di regolamento preventivo di giurisdizione proposto nei confronti della medesima Regione Puglia da altro ricorrente, analogamente escluso dall'elenco di cui allo stesso provvedimento impugnato nella causa in esame - avevano affermato la giurisdizione del giudice ordinario (Cass. SS.UU. 18 dicembre 2007, n. 26631).

Il Collegio, infatti, pur consapevole del diverso orientamento delle Sezioni Unite, ha ritenuto che l'accertamento dei requisiti previsti dall'articolo 3bis del d.lgs. 502/1992 non ha natura meramente dichiarativa.

Secondo l'iter argomentativo della pronuncia in esame, così ragionando dovrebbe allora riconoscersi parimenti natura dichiarativa anche alle verifiche sui requisiti di ammissione che, nelle procedure concorsuali ed in quelle di gara, precedono le valutazioni più propriamente tecniche e "discrezionali" in ordine alle prove di esame o all'esame delle offerte, sebbene non si dubiti che tali verifiche siano attratte all'interno della giurisdizione del giudice amministrativo; ed invero, in un caso e nell'altro la valutazione dei titoli (vuoi quanto alla loro riconducibilità alla tipologia indicata nella norma del bando, vuoi quanto al valore delle esperienze maturate e/o delle capacità dimostrate nelle pregresse attività professionali o di studio, etc.) implica profili di apprezzamento discrezionale" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 04 maggio 2012, n. 2562).

Sebbene la formazione dell'elenco dei candidati idonei alla nomina non sia frutto di valutazione comparativa e l'Amministrazione sia senz'altro tenuta all'inserimento di tutti gli aspiranti in possesso dei requisiti, tuttavia il loro accertamento comporta secondo il Consiglio di Stato, l'esercizio di poteri valutativi tecnico-discrezionali, implicati dall'attribuzione di significato congruo alla "adeguatezza" dell'esperienza richiesta nel profilo dirigenziale. La questione, in altri termini, ai fini della individuazione della giurisdizione, non riguarda tanto l'indubbia esistenza del diritto soggettivo ad essere inseriti nell'elenco (ove in possesso del titolo), quanto il profilo dell'interesse legittimo alla correttezza delle operazioni di "valutazione" della esistenza del titolo, rimesse alla Regione, e pertanto, il corretto esercizio di poteri pubblicistici, che fondano la giurisdizione amministrativa, secondo il noto insegnamento della Corte Costituzionale ( cfr. sentenza 204/2004).

[Link al testo sentenza](#)

## **CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE – PROCEDIMENTO DI VERIFICA DEI REQUISITI - NORMATIVA APPLICABILE**

**Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 4785, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.**

*Gli articoli 40 e ss. del d.P.R. 445/2000, come innovato dalla legge 183/2011, si applicano anche alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici, essendo lo stesso Codice dei contratti pubblici a legittimarne l'uso. Le modifiche introdotte dalla legge 183/2011, entrata in vigore il 1° gennaio 2012 obbligano, in particolare, l'amministrazione ad acquisire d'ufficio i documenti che provano il possesso dei requisiti dichiarati, qualora siano in possesso di altre amministrazioni, le quali non possono più emettere certificati che abbiano valore in procedimenti di cui sono competenti le amministrazioni pubbliche.*

*Tali disposizioni si applicano anche alle procedure il cui bando sia stato pubblicato anteriormente al 1° gennaio 2012 nel caso in cui il su procedimento di verifica dei requisiti si sia svolto successivamente all'entrata in vigore della nuova normativa. Ciò in quanto, in*



*base al principio tempusregitactum, trattandosi di norme di azione, rivolte a regolare l'attività della pubblica amministrazione, esse trovano immediata applicazione nei confronti dei procedimenti in corso non ancora conclusi.*

## **Il caso**

Lombardia Informatica S.p.A. aveva indetto una procedura ad evidenza pubblica per selezionare l'affittuario del ramo di azienda che gestisce il Front Office del Call Center regionale sanitario.

Un consorzio sorteggiato per comprovare i requisiti dichiarati ai sensi dell'art. 48 del DLgs n. 163/2006 veniva escluso dalla gara per mancata produzione documentale comprovante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria.

Nonostante la richiesta di intervento in autotutela e la produzione del certificato rilasciato tardivamente dall'Azienda provinciale per i Servizi sanitari di Trento, la Commissione procedeva all'aggiudicazione della gara; Lombardia Informatica S.p.a. negava la richiesta autotutela e disponeva l'escussione della garanzia provvisoria, nonché la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

Con ricorso al TAR Lombardia, il Consorzio insorgeva avverso il provvedimento di esclusione, evidenziando di avere interesse solo ai fini dell'accertamento dell'illegittimità della escussione della garanzia e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

Il TAR accoglieva solo il motivo di ricorso relativo alle modalità di calcolo della cauzione, che avrebbe dovuto farsi sul canone dei contratti di appalto ceduti con l'affitto del ramo di azienda e non con riferimento alla somma del valore dei contratti ceduti.

Con l'appello in esame, Lombardia Informatica S.p.A. afferma che "il prezzo base" su cui ex art. 75 cod. appalti va calcolata la cauzione è il valore stimato dell'appalto.

L'appellante chiede, inoltre, una pronuncia *incidenter tantum* sulla questione relativa alla applicabilità degli artt. 40 e 43 del DPR 445/2000, come novellati dalla legge di stabilità 2012 ( l. 183/2011), secondo cui le stazioni appaltanti dovrebbero procurarsi d'ufficio le informazioni necessarie a comprovare i requisiti di qualificazione, ritenendo che rimanga applicabile, per la sua specialità, l'art. 48 del codice dei contratti pubblici, che onera gli interessati alla produzione della documentazione, a tutela della serietà dell'offerta e della celerità del procedimento.

Propone appello incidentale il Consorzio avverso i capi della sentenza che hanno rigettato il ricorso di primo grado, affermando, in particolare, l'illegittimità della propria esclusione dalla gara.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello incidentale.

## **La decisione**

Il Consiglio di Stato scioglie il nodo problematico relativo all'applicabilità alle procedure di aggiudicazione di appalti degli articoli 40 e 43 del d.P.R. 445/2000 come novellati dalla legge di stabilità 2012 (l. 183/2011), secondo cui le stazioni appaltanti dovrebbero procurarsi d'ufficio le informazioni necessarie a comprovare i requisiti di qualificazione.

Viene così superata la diversa interpretazione propugnata dalla stazione appaltante, secondo cui andrebbe applicato, per la sua specialità, l'art. 48 del codice dei contratti pubblici, che onera gli interessati alla produzione della documentazione, a tutela della serietà dell'offerta e della celerità del procedimento.

Il Consiglio di Stato, poi, affronta l'ulteriore nodo relativo all'applicabilità delle disposizioni in questione alle ipotesi in cui, come nel caso di specie, il bando sia stato pubblicato in data anteriore all'entrata in vigore della novella.

Sul punto il Collegio chiarisce che, trattandosi di norme che regolano l'azione dell'amministrativa, le disposizioni in esame sono soggette al principio *tempusregitactum* e vanno, quindi, applicate a tutti i procedimenti amministrativi di verifica del possesso dei

requisiti di qualificazione che, pur iniziati in precedenza, non si sono ancora conclusi al momento dell'entrata in vigore della novella.

Inoltre, ad avviso del Collegio, neppure l'art. 6 bis del Codice degli appalti, introdotto dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, consente di rinviare, a partire dal 1° gennaio 2013, l'applicazione della nuova disciplina alla istituzione di una banca dati nazionale dei contratti pubblici, cui le stazioni appaltanti dovranno attingere per verificare il possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati in gara dai concorrenti.

La norma contiene una disciplina transitoria secondo cui, fino alla data di avvio della Banca dati, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei requisiti secondo le modalità previste dalla normativa vigente ( comma 5).

Il riferimento alla "normativa vigente" include anche la nuova disciplina degli artt. 43 e 47 del D.P.R. 445/2000, in vigore dal 1° gennaio 2012.

La banca dati è uno strumento di semplificazione e di accelerazione dei procedimenti di accertamento, che costituisce un ausilio informatico per l'esercizio dei poteri-doveri di accertamento d'ufficio; ne consegue che il coordinamento tra le norme appare logicamente condurre alla conclusione che: 1) fino all'attivazione della Banca Dati, le stazioni appaltanti dovranno procedere d'ufficio tramite contatti con le amministrazioni interessate alla verifica dei requisiti auto dichiarati dai concorrenti, secondo quanto dispongono gli artt. 43 e 47 DPR 445/2000; 2) dopo l'attivazione della Banca Dati, i controlli d'ufficio diventano centralizzati attraverso il riferimento diretto a tale strumento pubblicistico di coordinamento e raccolta dati.

[Link al testo sentenza](#)

## **FARMACIA – CONCORSO PER L'ASSEGNAZIONE – PRELAZIONE COMUNALE – ALTERNANZA**

**Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 4796, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.**

*Ai fini dell'assegnazione delle sedi farmaceutiche vige il criterio dell'alternanza tra il concorso pubblico e l'esercizio del diritto di prelazione da parte del Comune. Tale criterio opera senza eccezioni. L'art. 9 della l. 475/1968 dispone, infatti, che qualora la sede disponibile sia l'unica, l'opzione da parte del Comune sia possibile solo se lo stesso non l'ha esercitata sull'ultima sede disponibile, a nulla rilevando che il Comune non abbia titolarità di altra farmacia nel proprio territorio.*

### **Il caso**

La Provincia di Macerata aveva indetto concorso pubblico per titoli ed esami per il conferimento della IV sede farmaceutica istituita nel Comune di Corridonia.

Il concorso è stato indetto respingendo la richiesta di prelazione del Comune, per averla già esercitata nell'anno 1997, in occasione della istituzione della terza sede farmaceutica.

Il Comune di Corridonia ha impugnato la delibera di indizione del concorso ed il bando, deducendo la violazione degli artt. 9 della l. 2 aprile 1968, n. 475, e 12, 3° comma, l. 362/1991, nonché l'erronea valutazione dei presupposti.

La sentenza ha rigettato il ricorso facendo rigorosa applicazione del principio dell'alternanza tra concorso e prelazione, stabilito dall'art. 9 della l. n. 475/1968, mentre ha ritenuto impossibile considerare inesistente o inefficace la prelazione già esercitata in precedenza dal Comune (in occasione della istituzione della terza farmacia) in caso di avvenuto trasferimento della stessa, trascorsi tre anni dal precedente acquisto.

Il Comune ha proposto appello. Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato chiarisce la *ratio* che sta alla base del principio dell'alternanza che opera senza eccezione alcuna tra il concorso pubblico e la prelazione comunale in materia di assegnazione delle sedi farmaceutiche, anche nel caso in cui il Comune non sia titolare di altra farmacia nel proprio territorio.

Secondo il Collegio, infatti, l. 9 della l. n. 475/1968, attraverso la regola dell'alternanza, intende contemperare l'interesse pubblico alla gestione diretta del servizio farmaceutico con il principio della libertà di mercato, che vieta posizioni dominanti o esclusive della P.A. ai danni dei privati.

In quest'ottica, quindi, allo scopo di selezionare i soggetti in possesso dei requisiti professionali più idonei, va ritenuta solo residuale l'attribuzione ai comuni del diritto di prelazione, in coerenza col prevalere dei principi comunitari di concorrenza e libertà dei mercati.

L'art. 12, 3° comma, della l. 362/1991, secondo il Consiglio di Stato conferma la regola dianzi richiamata e ne rafforza la *ratio*.

Tale disposizione stabilisce, infatti, che se il Comune si sia disfatto della gestione di sedi farmaceutiche in un arco di tempo breve (fino a tre anni) non gli è consentito usufruire nuovamente del diritto di prelazione, precludendo qualsiasi *chance* ai privati. Il legislatore ha inteso così ulteriormente tutelare l'equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato.

[Link al testo sentenza](#)

## **RESPONSABILITA' CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – CONTRATTI PUBBLICI- RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE**

**Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 4809, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.**

*Nelle gare di appalto, l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara; la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d.lgs. 163/2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile e obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato dell'Amministrazione.*

*Pertanto, non è configurabile la responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente, fase in cui gli interessati sono solo meri partecipanti alla gara. Ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A., difatti, rileva la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso dello svolgimento della gara che sia pervenuta alla conclusione ed alla individuazione del contraente, nonché nella fase della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c..*

### **Il caso**

Il caso in esame riguarda l'impugnazione dell'atto di revoca di una procedura ad evidenza pubblica successivamente all'aggiudicazione provvisoria motivata in base alla carenza di copertura finanziaria ed alla sopravvenuta mancata rispondenza della gara alle esigenze della stazione appaltante.

Unitamente alla domanda di annullamento dei citati atti veniva, inoltre, proposta domanda di risarcimento dei danni, anche precontrattuali, derivati sia dalla redazione del progetto esecutivo, sia dalla perdita di *chance*.

Il Tar ha rigettato il ricorso. Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado.

### **La decisione**

La pronuncia in esame si inserisce nel solco della giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato in materia di responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

Secondo tale orientamento, infatti, l'atto di aggiudicazione provvisoria - essendo ancora condizionato all'esperienza di ulteriori verifiche e valutazioni da parte della stazione appaltante, solo all'esito delle quali l'aggiudicazione diventerà definitiva - non è idoneo a radicare in capo all'aggiudicatario una posizione differenziata e qualificata rispetto agli altri concorrenti.

Pertanto, prima dell'aggiudicazione definitiva non si configura la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante per aver violato i doveri di correttezza e buona fede sanciti dall'articolo 1137 del codice civile, non essendo il procedimento di scelta del contraente giunto ad una fase tale da giustificare la formazione in capo a taluno dei concorrenti di un legittimo affidamento meritevole di tutela (nello stesso senso Ad Plen. n. 6/2005; CdS., Sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116; Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662).

[Link al testo sentenza](#)