

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

Gennaio 2014

IMMIGRAZIONE – PERMESSO DI SOGGIORNO – RINNOVO - DINIEGO

Cons. Stato, Sez. III, 3 gennaio 2014, n. 1, Pres. Lignani, Est. Spiezia.

Ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, se nel territorio nazionale vivono i membri stretti della famiglia del richiedente, l'Amministrazione deve bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare dell'interessato e dei suoi congiunti con il bene giuridico della sicurezza pubblica e, quindi, devono essere valutati una serie di elementi desumibili dalla attenta osservazione in concreto di ciascun caso.

Ai medesimi fini, la nozione di legami familiari va interpretata in senso estensivo ossia includendo anche i nuclei familiari la cui composizione corrisponda a quella che, ove necessario, darebbe titolo al ricongiungimento, ma che si trovino già riuniti senza aver dovuto ricorrere a tale procedura.

Il caso

La Questura di Parma aveva negato ad un cittadino albanese appellante il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro dipendente, avendo rilevato a suo carico una condanna a 2 anni di reclusione per violenza sessuale; a motivazione del diniego la Questura aggiungeva che tale reato rientrava tra quelli indicati dall'art.380 c.p.p. e che l'interessato non aveva dimostrato di aver ottenuto la riabilitazione.

Avverso il provvedimento il ricorrente proponeva ricorso al TAR Emilia Romagna, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, per carenza di motivazione circa la pericolosità sociale dell'immigrato e violazione di legge ed eccesso di potere per mancata valutazione della situazione familiare e dell'inserimento sociale del medesimo, unitamente all'accertamento del diritto al rinnovo del permesso di soggiorno. Con sentenza semplificata, pronunciata in occasione della trattazione della domanda cautelare, il TAR adito, esaminata la domanda di annullamento, ha respinto il ricorso, affermando che la condanna per un reato in materia di libertà sessuale, ai sensi dell'art.4, comma 3, e dell'art. 5, comma 5, del D. LGS n. 286/1998 impedisce il rilascio del permesso di soggiorno e che la pericolosità sociale del condannato per tale reato è stata definita dallo stesso legislatore; pertanto – ad avviso del TAR- il provvedimento sfavorevole rappresenta un atto dovuto, mentre, per il profilo dell'inserimento sociale del ricorrente, in giudizio non erano emersi “ elementi idonei a controbilanciare il giudizio di pericolosità connesso alla tipologia del reato.

Avverso la sentenza del TAR l'immigrato ha proposto appello, chiedendone la riforma, previa sospensione, con il conseguente annullamento del diniego di rinnovo del permesso per violazione degli artt . 4, 5 e 9 D. LGS n. 286/1998 e difetto di motivazione ed omessa valutazione della documentazione agli atti di causa.

Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso.

La decisione

La sentenza in esame si colloca nell'alveo della giurisprudenza consolidata della III sezione (per tutte si veda Sez. III, n. 2013/2013), secondo cui, ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, l'Amministrazione deve tenere conto di quelle peculiari circostanze che nel sistema della normativa in materia introducono un temperamento, trasformando da vincolato in discrezionale il diniego del

permesso di soggiorno pur quando vi siano quei presupposti che, in linea generale, sarebbero tassativamente ostativi, riconoscendo un ruolo peculiare alla situazione familiare dell'interessato.

In particolare, secondo l'orientamento al quale la pronuncia in esame aderisce, le agevolazioni a tutela dell'unità familiare, introdotte all'art. 5, comma 5 del t.u. n. 286/98 dal d.lgs. n. 5/2007, spettano anche ai nuclei familiari che abbiano la stessa composizione che, occorrendo, legittimerebbe una procedura di ricongiungimento, ma che non abbiano avuto bisogno di ricorrervi, in quanto riuniti *ab origine*.

Il Consiglio di Stato dà, quindi, una lettura dell'art. 5, comma 5, del t.u. n. 286/1998, come da ultimo modificato nel 2007, ispirata ad un criterio di ragionevolezza.

Il principio di ragionevolezza, infatti, impone che le agevolazioni poste a tutela dell'unità familiare dalla normativa del 2007, si applichino non solo alle ipotesi in cui vi sia una procedura di ricongiungimento, ma anche nei casi in cui sussistano le medesime condizioni che ne legittimerebbero il ricorso, ma non ve ne sia bisogno poiché il nucleo familiare è già riunito.

Dalla pronuncia in questione è dato, quindi, ricavare il principio per cui se, in linea generale, la condanna per taluni tipi di reato determina quale conseguenza automatica il rigetto dell'istanza volta ad ottenere il rilascio o il rinnovo del titolo di soggiorno, tale automatismo viene meno nel caso del cittadino straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero sia esso stesso familiare ricongiunto.

In questi casi, infatti, è necessaria una ponderazione che tenga conto, oltre che del pregiudizio derivante dalla condanna penale, anche di altri fattori quali la lunga durata del soggiorno pregresso e i legami familiari. Ne consegue, nelle ipotesi dianzi citate, l'illegittimità del provvedimento di diniego che non dia conto nella motivazione delle ulteriori valutazioni rese necessarie a partire dal 2007.

Il secondo elemento di interesse della pronuncia in questione è rappresentato dalla interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5, comma 5, del T.U. sull'immigrazione, alla luce del principio di ragionevolezza.

Tale principio, infatti, impone di accordare una tutela almeno pari a quella accordata allo straniero che abbia esercitato il diritto alla ricongiunzione o sia esso stesso familiare ricongiunto anche a chi anche al nucleo familiare che si trova già riunito *ab origine*, o comunque si è riunito senza bisogno dell'apposita procedura, sempre che la sua composizione corrisponda a quella che, dandosene la necessità, legittimerebbe la formale domanda di ricongiungimento. Se si ritenesse il contrario, infatti, la norma presenterebbe evidenti profili d'incostituzionalità.

La pronuncia precisa, inoltre, che per beneficiare del trattamento di favore in esame non è necessaria la convivenza, né è necessario che i figli siano attualmente minorenni; perché se è vero che sono ricongiungibili solo i figli minorenni, è anche vero che la giurisprudenza della Corte costituzionale non fa riferimento solo alle persone che presentino "attualmente" i requisiti del ricongiungimento, ma (anche) a quelle che a tempo opportuno avrebbero avuto titolo al ricongiungimento, ma non abbiano avuto necessità di avvalersene.

[Link al testo della sentenza](#)

GIURISDIZIONE – SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE – DINIEGO AUTORIZZAZIONE CURE ALL'ESTERO

Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2014, n. 19, pres. Romeo, Est. Stelo.

Sussiste la giurisdizione del giudizio amministrativo nelle controversie in materie di diniego dell'autorizzazione a fruire di cure all'estero.

Il caso

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Milano - Sezione III, con sentenza n. 1257 del 26 marzo 2013 depositata il 13 maggio 2013, ha accolto il ricorso con motivi aggiunti proposto per l'annullamento dei provvedimenti n. 33252 del 24 aprile 2012 e n. 68835 del 10 settembre 2012, con i quali l' A.S.L. di Monza e Brianza ha denegato l'autorizzazione a fruire di cure di alta specializzazione all'estero.

L' A.S.L. di Monza e Brianza ha interposto appello, con domanda di sospensiva, riproponendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, come da varie pronunce giurisprudenziali, e contestando il difetto di istruttoria e la carenza di istruttoria, censurati dal T.A.R., in quanto non corrispondente agli atti, che invece sarebbero rispettosi della applicazione della normativa nel caso di specie e quindi idoneamente e puntualmente motivati anche perché basati su pareri provenienti da un istituto di rilievo nazionale.

Il Consiglio di Stato, dopo aver disatteso la rinnovata eccezione di difetto di giurisdizione, ha parzialmente accolto l'appello, riformando in parte la sentenza impugnata.

La decisione

La pronuncia in esame, nel respingere l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dall'Amministrazione resistente, evidenzia i profili autoritativi e discrezionali che connotano il procedimento amministrativo in materia di autorizzazione a fruire di cure di alta specializzazione all'estero.

Sul punto, infatti, il Collegio osserva che l'Amministrazione, prima di decidere in merito all'istanza è previamente tenuta a ponderare la pluralità di interessi in gioco, verificando primariamente se vi siano in Italia strutture che forniscano le massime garanzie di effettuare l'intervento richiesto alla pari di quelle, altrettanto idonee, collocate all'estero.

In tale contesto rilevano anche intuibili esigenze di natura economico-finanziaria a tutela dell'erario e di parità di trattamento dei cittadini/utenti, anche al fine di evitare il ricorso a un "turismo" sanitario non consentito sul piano generale.

[Link al testo della sentenza](#)

PROCESSO AMMINISTRATIVO – ESECUZIONE DEL GIUDICATO – RICORSO PER L'OTTEMPERANZA

Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2014, n. 47, Pres. Est. Lignani.

In caso di annullamento di un atto amministrativo, l'autorità conserva il potere-dovere di adottare il provvedimento di sua competenza in sostituzione di quello annullato, ed il nuovo provvedimento può, se del caso, disporre nello stesso senso di quello annullato, purché non ne riproduca i vizi.

Questa libertà di reiterare il provvedimento annullato non è un privilegio dell'amministrazione, né una violazione del principio di "parità delle parti"; è, invece, la naturale e logica conseguenza della struttura di un processo nel quale la cognizione del giudice è tassativamente ristretta ai motivi dedotti dalla parte ricorrente.

Il caso

L'appellante, già ricorrente in primo grado, ha proposto ricorso per l'ottemperanza della sentenza 23 febbraio 2012, n. 351, del T.A.R. Lecce. Questa aveva accolto il suo ricorso per l'annullamento del provvedimento del Commissario Straordinario per il coordinamento delle iniziative antiracket e antiusura, che aveva rigettato la sua istanza presentata per i benefici previsti dalla legge n. 44/1999 per gli imprenditori vittime dei reati di usura.

Il Commissario Straordinario aveva inizialmente respinto l'istanza con la motivazione che l'interessato non rivestiva più la qualità di "imprenditore commerciale" in quanto fallito ed

interdetto dall'esercizio dell'impresa. L'interessato aveva fatto ricorso al T.A.R. Lecce e questo, con la sentenza n. 351/2012, già citata, lo aveva accolto, osservando che la qualità di imprenditore commerciale non è indispensabile per la concessione del beneficio.

Dopo la pubblicazione della sentenza n. 351/2012, l'autorità amministrativa ha riesaminato il caso, ma è giunta ugualmente al diniego, questa volta con la motivazione che la sopravvenuta legge 27 gennaio 2012, n. 3, espressamente esclude dal beneficio i soggetti che siano stati condannati per bancarotta fraudolenta; e l'interessato risulta in effetti condannato per bancarotta fraudolenta con sentenza emessa dal Tribunale di Lecce l'11 luglio 2008 ed irrevocabile dal 12 luglio 2011.

L'interessato ha proposto quindi ricorso per l'ottemperanza della sentenza n. 351/2012, deducendo che il nuovo diniego costituiva violazione del giudicato.

Il T.A.R. Lecce, con sentenza n. 180/2013, ha rigettato il ricorso, osservando, in sintesi, che nella specie il giudicato non escludeva l'applicabilità della legge entrata in vigore dopo la pubblicazione della sentenza; quest'ultima, infatti, non aveva esauriva ogni margine di discrezionalità relativamente alle decisioni di competenza dell'autorità amministrativa. Pertanto, nell'adottare le determinazioni di sua competenza, pur dopo la formazione del giudicato, l'amministrazione doveva applicare le norme vigenti in quel momento.

L'interessato ha proposto appello. Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

La decisione

Nella sentenza in esame il Collegio precisa i confini entro i quali vanno circoscritti gli effetti del giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo e, di conseguenza, i limiti entro i quali è consentita la riedizione del potere amministrativo.

Trattandosi dell'annullamento di un atto affetto da vizio di motivazione il Collegio chiarisce che l'effetto conformativo del giudicato consiste nell'obbligo di esercitare il provvedimento amministrativo senza riprodurre i vizi che caratterizzavano il provvedimento annullato, ma restando, comunque, salva la possibilità per l'amministrazione di reiterare, sia pure con motivazione diversa, il diniego del beneficio richiesto dal ricorrente.

La libertà di reiterare il provvedimento annullato – prosegue il Collegio - non è un privilegio dell'amministrazione, né una violazione del principio di "parità delle parti"; è, invece, la naturale e logica conseguenza della struttura di un processo nel quale la cognizione del giudice è tassativamente ristretta ai motivi dedotti dalla parte ricorrente

E' vero che questo schema "classico" del giudizio amministrativo (che si compendia nel detto che si tratta di un giudizio "sull'atto" e non sul "rapporto") è ora in parte superato dalla possibilità di proporre, in talune materie o fattispecie, domande di accertamento e di condanna (ricorsi contro il silenzio, giurisdizione esclusiva, etc.), nonché dal disposto dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990.

Ma questi casi, per quanto importanti e di frequente applicazione, costituiscono pur sempre delle eccezioni rispetto alla regola generale, che è quella del giudizio "sull'atto" e non "sul rapporto". Ciò trova riscontro, fra l'altro, nell'art. 34, comma 2, c.p.a., secondo il quale «*in nessun caso il giudice amministrativo può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*».

Viene, inoltre, affrontato il profilo relativo alla possibilità di applicare una normativa sopravvenuta successiva alla sentenza di annullamento che introduceva una causa ostativa alla concessione del beneficio richiesto dall'appellante.

Sul punto il Collegio chiarisce che, fermo restando che la sentenza di annullamento non precludeva all'autorità competente di negare il beneficio per qualsivoglia altro legittimo motivo, una volta che la legge sopravvenuta ha introdotto una specifica causa di esclusione dal beneficio l'autorità emanante non poteva non applicarla, non ostandovi il giudicato che aveva cassato il precedente diniego, basato su una (erronea) motivazione diversa.

[Link al testo della sentenza](#)

PUBBLICO IMPIEGO – POLIZIA DI STATO – TUTELA MATERNITA’ E PATERNITA’

Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2014, n. 51, Pres. Est. Lignani.

Il beneficio riconosciuto dall’art. 42-bis del d.P.R. n. 151/2001 (testo unico delle disposizioni a tutela della maternità e della paternità), che consente al genitore lavoratore dipendente con un figlio di età inferiore a tre anni di chiedere l’assegnazione ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l’altro genitore esercita la propria attività lavorativa, può essere goduto “anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni”.

L’espressione “in modo frazionato” deve intendersi nel senso che il beneficio può essere suddiviso (a richiesta del soggetto interessato) in periodi non immediatamente consecutivi, i quali vanno sommati fra loro fino al raggiungimento della durata complessiva di tre anni.

E’, pertanto, illegittimo il provvedimento che limita il godimento del beneficio fino alla data del compimento di tre anni di età del figlio, nell’erroneo presupposto che detto limite sia stabilito dalla norma.

Il caso

Il ricorrente, dipendente della Polizia di Stato, aveva impugnato il diniego del beneficio di cui all’art. 42-bis, d.P.R. n. 151/2001 (testo unico delle disposizioni a tutela della maternità e della paternità).

L’amministrazione aveva negato il beneficio con la motivazione che la norma in questione non si applica al personale della Polizia di Stato.

Il T.A.R. del Lazio, con sentenza n. 4852/2012, aveva accolto il ricorso, affermando che l’art. 42-bis si applica anche al personale della Polizia di Stato. La decisione è stata sostanzialmente confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 678/2013.

L’amministrazione della P.S. ha inteso dare esecuzione al giudicato. Ha quindi riesaminato l’istanza dell’interessata e l’ha accolta, facendo dichiarata applicazione dell’art. 42-bis. Di conseguenza ha trasferito temporaneamente la dipendente ad una sede di servizio nella città di Brindisi, come richiesto. Tuttavia ha posto il termine del 5 giugno 2014, coincidente con il compimento del terzo anno di età da parte della figlia più piccola dell’interessata.

L’amministrazione ha con ciò espresso il convincimento che l’art. 42-bis si debba interpretare nel senso che il beneficio dell’assegnazione ad una determinata sede di servizio possa essere goduto solo entro i primi tre anni di vita del bambino.

L’interessata ha proposto il ricorso per ottemperanza, contestando il termine finale apposto nel provvedimento.

Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso.

La decisione

Nell’accogliere il ricorso in ottemperanza proposto dall’interessato, il Consiglio di Stato ha statuito il principio per cui il beneficio dell’assegnazione ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l’altro genitore esercita la propria attività lavorativa, può essere goduto anche per periodi non immediatamente consecutivi, i quali vanno sommati fra loro fino al raggiungimento della durata complessiva di tre anni.

Non rileva, quindi, in senso ostativo la circostanza che il figlio dell’interessato abbia compiuto tre anni di età prima che il beneficio sia stato fruito per un periodo complessivo di tre anni.

[Link al testo della sentenza](#)

PROCESSO AMMINISTRATIVO – ESECUZIONE DEL GIUDICATO – RICORSO PER L’OTTEMPERANZA – AMMISSIBILITA’

Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2014, n. 55, Pres. Lignani, Est. D’Alessio.

1. Il ricorso in ottemperanza non è ammissibile da parte di un controinteressato per l’esecuzione di un giudicato formatosi su una sentenza di rigetto.

2. Solo dopo la riforma operata sulla disciplina del ricorso straordinario con la legge 18 giugno 2009, n. 69, poi confermata dalle innovative disposizioni dettate dall’art. 112 c.p.a., possono formare oggetto di giudizio di ottemperanza i decreti con i quali sono decisi i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica. Prima di tali rilevanti innovazioni normative, infatti, le decisioni sul ricorso straordinario, per la loro natura di atti sostanzialmente amministrativi (sebbene a contenuto decisorio), non potessero essere eseguite con il rimedio del giudizio di ottemperanza.

Il caso

Un medico specializzato in cardiocirurgia aveva partecipato al concorso bandito da un’azienda ospedaliera di Napoli (poi Azienda dei Colli) per la copertura di tre posti di dirigente medico di cardiocirurgia pediatrica, ed era risultato idoneo, collocandosi al quarto posto della graduatoria di merito.

Avendo l’Azienda Ospedaliera bandito un nuovo concorso per il conferimento di due posti di dirigente medico di cardiocirurgia pediatrica senza scorrere la graduatoria del precedente concorso lo stesso proponeva un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso gli atti del nuovo concorso e, successivamente, un ricorso davanti al T.A.R. di Napoli avverso gli atti della procedura concorsuale e il conferimento dell’incarico ai concorrenti classificatisi, rispettivamente, al primo ed al secondo posto della graduatoria di merito (.

Il ricorso proposto davanti al T.A.R. per la Campania era dichiarato inammissibile con sentenza n. 12986 del 21 ottobre 2003 per «*l’inadempimento da parte del ricorrente all’onere di provvedere tempestivamente all’integrazione del contraddittorio*».

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica era invece accolto con D.P.R. del 7 giugno 2006, a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri che disattendeva il parere contrario (n. 2705/02) espresso dalla Sezione III consultiva del Consiglio di Stato il 15 ottobre 2002, poi confermato, dopo richiesta di riesame, dalla Sezione I del Consiglio di Stato, in data 2 febbraio 2005.

Secondo quanto affermato nella decisione del ricorso straordinario l’Azienda Ospedaliera non aveva, infatti, adeguatamente motivato sulle ragioni per le quali aveva ritenuto di non scorrere la graduatoria del precedente concorso, tenuto conto della sostanziale identità dei posti messi a concorso con il nuovo bando.

Il citato D.P.R. del 7 giugno 2006 era impugnato davanti al T.A.R. per la Campania dal controinteressato dr ma il T.A.R., con sentenza della Sezione V, n. 9175 del 23 luglio 2008 respingeva il ricorso. La sentenza era poi confermata dal Consiglio di Stato.

Anche il successivo ricorso proposto per la revocazione del D.P.R. del 7 giugno 2006 era respinto con D.P.R. del 24 aprile 2008.

Il D.P.R. del 7 giugno 2006 era impugnato, davanti al T.A.R. per il Lazio, anche dall’altro controinteressato dr. Palumbo ma il T.A.R. dichiarava irricevibile il ricorso per tardività con sentenza n. 1988 del 2 marzo 2011.

L’interessato si rivolgeva quindi all’Amministrazione chiedendole di essere assunto in servizio, a tempo indeterminato, in esecuzione di quanto disposto con il suddetto D.P.R. del 7 giugno 2006. Ma la sua istanza veniva respinta il 29 settembre 2006 «*mancando nel citato decreto alcun comando a carico della scrivente Azienda Ospedaliera di provvedere all’assunzione*».

Una successiva diffida indirizzata all’Azienda dall’interessato il 30 aprile 2008 restava senza esito.

Lo stesso si rivolgeva allora al T.A.R. per la Campania per chiedere l'esecuzione del giudicato formatosi sulla citata sentenza. Il T.A.R. per la Campania, con l'appellata sentenza della Sezione I, n. 4505 dell'8 novembre 2012, ha però respinto il suo ricorso.

Secondo il T.A.R., infatti, non era possibile esperire il rimedio del ricorso per l'ottemperanza poiché il giudicato si era formato su una sentenza di rigetto in un ricorso proposto da altri.

L'interessato ha proposto appello al Consiglio di Stato, che ha respinto il ricorso.

La decisione

La pronuncia in esame si colloca nel quadro di quella giurisprudenza che, nel segno dell'effettività della tutela mira a fare chiarezza sul regime giuridico applicabile al giudizio di ottemperanza, chiarendo due nodi problematici relativi all'ammissibilità di tale rimedio.

In primo luogo, il Consiglio di Stato, collocandosi nel solco della propria giurisprudenza ribadisce il principio per cui le sentenze con cui viene rigettato un ricorso non sono suscettibili di ottemperanza, in quanto hanno lasciato immutato l'assetto giuridico controverso. In questi casi, infatti, ciò che deve essere seguito non è la sentenza, bensì il provvedimento amministrativo infondatamente impugnato (in questo senso, III Sez., 11 febbraio 2013, n. 744).

La seconda questione, invece, riguarda la possibilità di ricorrere al giudizio in ottemperanza per l'esecuzione di un D.P.R. adottato in decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, peraltro su deliberazione difforme del Consiglio dei Ministri che ha ritenuto di discostarsi dall'avviso della sezione consultiva del Consiglio di Stato.

Sul punto la III sezione, conformandosi alla giurisprudenza prevalente rileva che solo a seguito della legge 69/2009, prima, e del Codice del processo amministrativo, poi, sono state eliminate le più importanti differenze sul piano della disciplina che impedivano l'equiparazione tra il ricorso giurisdizionale e quello straordinario.

In particolare, secondo le Sezioni unite della Cassazione (sentenza 28 gennaio 2011, n. 2065), l'eliminazione *«del potere della P.A. di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato conferma che il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo di un giudizio...vincolante»* che *«se non trasforma il decreto presidenziale in un atto giurisdizionale (in ragione, essenzialmente, della natura dell'organo emittente e della forma dell'atto), lo assimila a questo nei contenuti, e tale assimilazione si riflette sull'individuazione degli strumenti di tutela, sotto il profilo della effettività»*.

Quanto premesso trova un perfetto addentellato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Difatti, con la decisione n.18 del 5 giugno 2012, l'Adunanza Plenaria ha affermato che, per effetto di quanto disposto dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009 n. 69 e dall'art. 112 del d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104, i decreti con i quali il Capo dello Stato o il Presidente della Regione siciliana decidono i ricorsi straordinari, pur non essendo formalmente giurisdizionali, possono formare oggetto di giudizio di ottemperanza ed ha aggiunto che il ricorso si propone, ai sensi dell'art. 113 comma 1 del c.p.a., dinanzi allo stesso Consiglio di Stato.

Con la successiva Adunanza Plenaria n. 9 del 6 maggio 2013 il Consiglio di Stato ha ribadito, poi, che il decreto del Capo dello Stato che definisce la procedura innescata dalla proposizione del ricorso straordinario è una decisione di giustizia avente (ora) natura sostanzialmente giurisdizionale, con la conseguenza che è ammissibile il ricorso per ottemperanza, al fine di assicurarne l'esecuzione, dinanzi al Consiglio di Stato in unico grado alla stregua del combinato disposto dell'art. 112 comma 2 lett. b) e 113 comma 1 del c.p.a.

Pertanto, la decisione sul ricorso straordinario era intervenuta prima della giurisdizionalizzazione delle decisioni sul rimedio straordinario quando l'Amministrazione - come in effetti è accaduto nella fattispecie - poteva anche (motivatamente) disattendere il parere reso sulla questione dal Consiglio di Stato, il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso.

[Link al testo della sentenza](#)

SANITA' PUBBLICA – SPESE SANITARIE – PIANI DI RIENTRO DAI DISAVANZI DEL SETTORE SANITARIO – COMMISSARIO AD ACTA

Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2014, n. 61, Pres. Lignani, Est. Dell'Utri.

La relazione intercorrente tra le Regione ed il Commissario ad acta nominato per l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario va qualificata come intersoggettiva e non interorganica. Ciò in quanto la nomina del Commissario è circoscritta ab origine al compimento degli specifici atti relativi all'attuazione del piano di rientro, mentre la Regione conserva in generale la titolarità dei propri poteri, salvo i singoli affari che le sono stati sottratti, per cui è priva di legittimazione passiva in sede di impugnazione degli atti commissariali.

Il caso

Una struttura operante nel territorio dell'ASP di Cosenza ed accreditata come laboratorio generale di base con settori di microbiologia e sieroinmunologia, nonché a suo tempo anche per l'erogazione di prestazioni di medicina nucleare, ha appellato la sentenza del TAR per la Calabria, sede di Catanzaro, con la quale è stato dichiarato inammissibile il suo ricorso avverso il decreto di revoca dell'autorizzazione sanitaria e dell'accreditamento per l'erogazione di dette ultime prestazioni, emesso dal Presidente della Giunta regionale della Calabria in qualità di Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario, nonché i sottostanti pareri dell'ASP di Cosenza e gli altri atti connessi.

Con tale sentenza è stato rilevato che il ricorso non era stato notificato al Commissario *ad acta*, il quale è da considerarsi amministrazione statale (restando irrilevante che, nella specie, sia il Presidente della Giunta regionale e che la relativa struttura di supporto risulti individuata nel Dipartimento regionale per la tutela della salute), con conseguente necessità di notifica presso la competente Avvocatura generale dello Stato.

La struttura ha proposto appello al Consiglio di Stato, che ha confermato la sentenza di primo grado.

La decisione

Nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato chiarisce il rapporto intercorrente tra le Regioni sottoposte a piani di rientro del disavanzo del settore sanitario ed il Commissario *ad acta* nominato per il compimento degli atti necessari per l'attuazione del piano.

In particolare, il Collegio riconduce tale relazione nell'ambito di quelle intersoggettive e non interorganiche. Ciò, quindi, implica che la Regione conservi intatti i propri poteri, ad eccezione di quelli che le sono stati espressamente sottratti per essere affidati al Commissario ai fini dell'attuazione del piano di rientro.

In relazione a questi ultimi, infatti, ogni potere, compresa la legittimazione processuale attiva e passiva, va attribuita al Commissario.

[Link al testo della sentenza](#)

PROCESSO AMMINISTRATIVO – ONERI DI ALLEGAZIONE – INDICAZIONE ATTI IMPUGNATI

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

Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101, Pres. Cirillo, Est. Dell'Utri.

1. Se è vero che la clausola di stile “ogni atto presupposto, conseguente e connesso” o similare apposta nell’epigrafe di un ricorso non valga ad assolvere l’onere di specificare il provvedimento impugnato, tuttavia l’individuazione degli atti impugnati deve essere operata non già con riferimento alla sola epigrafe, bensì in relazione all’effettiva volontà del ricorrente, quale è desumibile dal tenore complessivo del gravame e dal contenuto delle censure dedotte.

2. La norma dell’ art. 38, co. 1, lett. a) del codice dei contratti è chiara nel disporre che la “ammissione” al concordato preventivo con continuità aziendale non preclude, a determinate condizioni, la partecipazione a gare pubbliche né la continuazione dei contratti in corso con amministrazioni pubbliche, mentre la sola presentazione della relativa domanda non comporta la risoluzione del contratto in corso e, se seguita dall’ammissione ed accompagnata da quelle determinate condizioni, ne consente la continuazione. In particolare, per quanto riguarda la partecipazione a nuove procedure di affidamento non è dubbio che la norma include tra gli effetti dell’ammissione al concordato con continuità, alle dettate condizioni, il ripristino del requisito di cui trattasi; deve, invece, ritenersi che la stessa norma escluda un effetto siffatto nel periodo intercorrente tra il deposito della relativa istanza-ricorso ed il decreto del Tribunale conclusivo del procedimento di ammissione.

Il caso

Il COUP (Complesso Ospedaliero Umberto Parini) s.r.l. indiceva gara per l’affidamento dei lavori di scavo archeologicamente assistito propedeutici all’ampliamento e ristrutturazione del presidio ospedaliero per acuti Ospedale Umberto Parini di Aosta. Alla gara partecipavano dieci concorrenti, tra cui la costituenda a.t.i. che risultava aggiudicataria provvisoria. Superata positivamente la fase di verifica di anomalia e richiesti i documenti di rito, nulla risultava dal certificato fallimentare del Tribunale competente.

La seconda classificata, preannunciava ricorso contro l’aggiudicazione in quanto l’a.t.i. aggiudicataria aveva presentato istanza per l’ammissione al concordato preventivo al Tribunale fallimentare, che aveva concesso termine di 90 giorni per il deposito della domanda di concordato preventivo “in continuità”, sicché allo stato la società non risultava ammessa.

Ricevuto riscontro negativo, con atto notificato il 18 gennaio 2013 la seconda graduata proponeva ricorso davanti al TAR per la Valle d’Aosta, che lo accoglieva.

In sintesi, il primo giudice ha ritenuto che le norme relative al concordato con continuità aziendale, derogatorie rispetto alle regole ordinarie quindi di stretta interpretazione, non consentivano l’aggiudicazione in favore dell’a.t.i. controinteressata in quanto la stessa non era ancora ammessa al concordato, né aveva presentato in sede di gara la prescritta documentazione (piano di concordato, attestazione di conformità al piano, dichiarazione di altro operatore all’eventuale subentro).

L’a.t.i. contro interessata ha proposto appello, respinto dal Consiglio di Stato.

La decisione

La pronuncia in esame affronta due nodi problematici di particolare rilevanza. Il primo riguarda l’effettiva estensione dell’onere di allegazione gravante sul ricorrente in relazione all’indicazione degli atti oggetto di impugnazione.

Sul punto, il Consiglio di Stato, nel solco del prevalente orientamento di stampo sostanzialistico (ex plurimis, Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 516), volto a privilegiare l’effettiva volontà d’impugnazione come ricavabile dal complesso della vicenda processuale, statuisce che, al fine di valutare l’effettivo assolvimento dell’onere di allegare gli atti impugnati con il ricorso, l’individuazione degli atti impugnati deve essere operata non già con riferimento alla sola epigrafe, bensì in relazione all’effettiva volontà del ricorrente, quale è desumibile dal tenore complessivo del gravame e dal contenuto delle censure dedotte.

La seconda questione concerne, invece, la possibilità di ammettere ad una procedura ad evidenza un'impresa che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, ma non sia stata ancora ammessa.

Sul punto l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici è alquanto sibillino. Tale disposizione, infatti, è chiara ove statuisce che l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale non preclude, a determinate condizioni, la partecipazione a gare pubbliche né la continuazione dei contratti in corso con amministrazioni pubbliche, mentre non sono chiare le conseguenze derivanti dalla proposizione della domanda di ammissione al concordato, nelle more della conclusione della procedura.

Nel dubbio, la pronuncia in esam ha statuito che la sola presentazione della relativa domanda non comporta la risoluzione del contratto in corso e, se seguita dall'ammissione ed accompagnata dalle altre condizioni previste, ne consente la continuazione. Deve, invece, ritenersi, secondo il Collegio che la stessa norma escluda un effetto siffatto nel periodo intercorrente tra il deposito della relativa istanza-ricorso ed il decreto del Tribunale conclusivo del procedimento di ammissione.

Varie le argomentazioni addotte a sostegno di tali conclusioni.

Innanzitutto, un primo argomento di carattere letterale.

La pronuncia in esame, infatti, rileva che il tenore letterale del disposto dell'art. 38, co. 1, lett. a), conferma puntualmente l'assunto sostenuto dal Collegio, laddove fa "salvo il caso di cui all'articolo 186-bis" della legge fallimentare ponendone il relativo inciso tra la prevista preclusione per le imprese che versino nello stato di fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo e la disposizione che equipara tali imprese a quelle in cui sia in corso il procedimento per la dichiarazione di tali situazioni. Più precisamente, l'inciso "salvo il caso di cui all'art 186-bis" fa seguito all'elencazione dei soggetti esclusi in quanto "si trovano in stato (...) di concordato preventivo", quindi si riferisce al soggetto che "si trova" nello stato di concordato preventivo con continuità aziendale, cioè nei cui confronti il tribunale abbia dichiarato detto stato ai sensi dell'art. 163 l.f.; lo stesso inciso è concluso, precede ed è separato con virgola dalla successiva dizione "o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni", cioè degli ulteriori soggetti esclusi, tra i quali, dunque, rientra l'impresa nei cui riguardi sia in corso il procedimento per l'anzidetta dichiarazione. Vale a dire che, diversamente (ed a prescindere dall'inequivoco testo dell'art. 186 bis l.f. a cui fa rinvio), la norma sarebbe stata formulata ponendo l'inciso derogatorio al termine della disposizione, mentre, poiché la disgiuntiva "o" è collocata dopo ed al di fuori della deroga, la deroga stessa non comprende l'ipotesi in cui sia pendente la procedura per l'ammissione al concordato con continuità aziendale.

Su un piano generale la pronuncia in esame ritiene che le sue conclusioni siano confermate dalla disciplina in materia di requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 del Codice dei contratti.

Infatti, trattandosi di deroga all'ordinario regime dei requisiti di carattere generale (i quali, com'è noto, devono sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara e permanere per tutta la durata dell'appalto), non ne è consentito il superamento del dato letterale mediante un'interpretazione estensiva (o analogica, come definita da COUP), peraltro non autorizzata neppure dalla *ratio legis* desumibile dalla normativa in parola.

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto il Collegio sottolinea poi che la soluzione adottata consente di realizzare un equo bilanciamento tra la tutela delle imprese in crisi ed i principi di *par condicio* tra le imprese, concorrenza e buon andamento della pubblica amministrazione.

Con riferimento alla pronuncia in esame resta ancora da segnalare il contrasto giurisprudenziale tra la III sezione del Consiglio di Stato e la V.

Quest'ultima, infatti, in una sentenza recente la n. 6272 del 2013, ha statuito il principio opposto per cui alle imprese che intendano accedere al concordato preventivo con continuità aziendale non può essere preclusa la possibilità di partecipare alle gare per affidamento dei pubblici contratti nella fase che va dalla proposizione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo alla dichiarazione di ammissione.

Ed invero, secondo la V sezione, tale preclusione andrebbe palesemente a confliggere con la finalità della normativa in materia, che è volta a preservare la capacità dell'impresa di soddisfare al meglio i creditori anche attraverso l'acquisizione di nuovi appalti. La *ratio* della disciplina normativa di riforma della Legge Fallimentare è, infatti, quella di migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa, superando le criticità emerse in sede applicativa e promuovendo l'emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell'imprenditore. In quest'ottica, ben si comprende il motivo per cui tra gli effetti che si producono col deposito della domanda di concordato preventivo con continuità aziendale è anche previsto che i contratti in corso con le pubbliche amministrazioni non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura (divenendo inefficaci eventuali pattuizioni che prevedano tale effetto) e l'ammissione al concordato non impedisce la continuazione di contratti pubblici laddove venga attestata la conformità al piano di risanamento e la ragionevole capacità di adempimento. Quanto alla possibilità di partecipare alle gare di appalto nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato, deve ritenersi che il punto di equilibrio tra la previsione dell'art. 38, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006 e l'art. 186-bis della Legge Fallimentare vada, invece, individuato nella possibilità per l'azienda in crisi che abbia chiesto l'ammissione al concordato di concorrere alle gare e di acquisire le relative commesse solo se in grado di fornire, qualora risulti aggiudicataria, ma comunque entro il momento dell'aggiudicazione definitiva, la documentazione prevista dall'art. 186-bis, comma 4.

[Link al testo della sentenza](#)

PROCESSO AMMINISTRATIVO – CONTENZIOSO APPALTI – APPELLO - LEGITIMAZIONE AD IMPUGNARE

Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2014, n. 102, Pres. Cirillo, Est. Dell'Utri.

Ai fini della legittimazione a proporre appello, ove si tratti di raggruppamento "costituendo", caratterizzato dal solo "impegno" di ciascuna delle imprese, in caso di aggiudicazione, "a costituirsi in raggruppamento temporaneo, conformandosi alla disciplina di cui all'art. 37 del D.Lgs. 163/2006, conferendo mandato collettivo speciale con rappresentanza alla impresa qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti", è evidente, che, in assenza del mandato con rappresentanza anche processuale conferito alla mandataria, di cui al cit. art. 37, co. 14 ss., la dizione "in proprio e quale mandataria del costituendo RTI", utilizzata nell'epigrafe del ricorso, non vale a far ritenere che il ricorso sia collettivo e dare, perciò, veste di parte nel giudizio di primo grado anche all'impresa mandante che non partecipato a quel giudizio.

La spendita della qualità di designata capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. non può che assumere il solo significato di precisare la posizione della ricorrente e non è idonea a manifestare la rappresentanza processuale delle mandanti, poiché alla stessa non è già stato conferito il relativo potere dalle mandanti medesime.

E', quindi inammissibile l'appello proposto dall'impresa mandante di un costituendo r.t.i. che non sia stata parte del giudizio di primo grado.

Il caso

Il punto fondamentale della controversia riguarda la legittimazione a proporre appello dell'impresa mandante di un costituendo r.t.i. che non sia stata parte del giudizio di primo grado.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato sulla questione dichiarando inammissibile l'appello proposto.

La decisione

Con la pronuncia in esame il Consiglio di Stato statuisce il principio per cui in presenza di un costituendo r.t.i. l'impresa mandataria assume la veste di rappresentante anche processuale delle imprese mandanti solo dopo l'aggiudicazione, salvo che tale rappresentanza sia stata espressamente conferita con atto scritto.

Ciò, in quanto, come osservato dal Collegio, la formazione di un costituendo r.t.i. implica solo l'impegno di ciascuna delle imprese, in caso di aggiudicazione, a costituirsi in raggruppamento temporaneo, conformandosi alla disciplina di cui all'art. 37 del D.Lgs. 163/2006, conferendo mandato collettivo speciale con rappresentanza alla impresa qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti.

Perciò, in assenza del mandato con rappresentanza anche processuale conferito alla mandataria, la dizione "in proprio e quale mandataria del costituendo RTI", utilizzata nell'epigrafe del ricorso, non vale a far ritenere che il ricorso sia collettivo e dare, perciò, veste di parte nel giudizio di primo grado anche all'impresa mandante che non partecipato a quel giudizio.

La spendita della qualità di designata capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. non è idonea a manifestare la rappresentanza processuale delle mandanti, poiché alla stessa non è già stato conferito il relativo potere dalle mandanti medesime.

Osserva, poi, il Collegio che, diversamente opinando, si ammetterebbe la sostituzione processuale in violazione dell'art.81 cod. proc. civ., secondo cui nessuno può fare valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui se non nei casi espressamente previsti dalla legge (cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2012 n. 1301 e sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8918). E, d'altra parte, ai sensi del precedente art. 77, il procuratore non può stare in giudizio per il preponente se tale potere non gli è stato conferito espressamente e per iscritto; tanto a maggior ragione in mancanza di procura, destinata ad essere contenuta nel mandato con rappresentanza, ma certamente non presente nel predetto "impegno".

Escluso che l'impresa mandante fosse parte nel giudizio davanti al TAR, va altresì esclusa la sua legittimazione a proporre appello, stante il disposto dell'art. 102 cod. proc. amm. che riconosce tale legittimazione alle "parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado", nonché all'interventore "soltanto se titolare di una posizione giuridica autonoma", mentre tale impresa non aveva spiegato intervento.

[Link al testo della sentenza](#)

SANITA' PUBBLICA – SPESA SANITARIA – TETTI DI SPESA

Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 113, Pres. FF Cacace, Est. Stelo.

E' legittima l'imposizione di tetti di spesa a strutture private accreditate a titolo provvisorio, in considerazione di insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica, alla luce delle quali il diritto alla salute non può essere tutelato in maniera incondizionata.

L'accreditamento non rappresenta, quindi, per le Aziende sanitarie, un vincolo a corrispondere al soggetto accreditato una remunerazione per le prestazioni erogate, potendo tali prestazioni essere remunerate solo nei limiti dei tetti spesa stabiliti contrattualmente.

La natura autoritativa e vincolante delle determinazioni regionali in tema di limiti alle spese sanitarie si connette alla necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario debba svolgersi nell'ambito di una serie ed effettiva pianificazione finanziaria, con la conseguenza che tale funzione programmatica, tendente a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, assume valenza imprescindibile, in quanto la fissazione dei limiti di spesa rappresenta l'adempimento di un preciso ed ineludibile obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate.

Le Regioni, nell'esercitare detta potestà programmatica, godono, quindi, di un ampio potere discrezionale, chiamato a bilanciare interessi 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 e la garanzia dell'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario nel suo complesso.

[Link al testo della sentenza](#)

PROCESSO AMMINISTRATIVO – SENTENZE E ALTRI PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE – SENTENZA IN FORMA SEMPLIFICATA – RITO APPALTI – CONDIZIONI

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI –AUTOTUTELA – LIMITI

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI - RINNOVO DEI CONTRATTI SCADUTI - LIMITI

Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 128, Pres. FF. Cacace, Est. Simonetti.

1. La scelta di definire la causa anche nel merito, ai sensi ed alle condizioni di cui all'art. 60, è in via generale rimessa alla prudente valutazione del Collegio e, nel rito degli appalti, alla luce dell'art. 120, co. 6, parrebbe anzi la soluzione processuale privilegiata dal legislatore, in nome dell'immediatezza e della celerità che connotano tale rito speciale; senza che peraltro sussista in tal caso alcun obbligo per il Collegio, salvo che si versi nella particolare ipotesi di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a., di indicare preventivamente alle parti i singoli punti della controversia o le ragioni, sulle quali intenda fondare la propria decisione.

2. L'esercizio del potere di autotutela presuppone, anche nelle procedure ad evidenza pubblica, una attenta ponderazione comparativa tra tutti gli interessi dei soggetti coinvolti, per cui il mero ripristino della legalità violata non è motivo di per sé solo sufficiente a giustificare l'annullamento del precedente atto, ove ad esso non si accompagni la convinzione, dimostrabile, che tutto ciò sia in funzione della tutela effettiva dell'interesse pubblico, inteso in senso ampio. Infatti, se è vero che la pubblica amministrazione conserva indiscutibilmente anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente il potere di annullare in via di autotutela il bando così come le singole operazioni di gara, tale potere trova fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 della Costituzione, sì che esso va esercitato tenendo conto delle preminenti e sostanziali ragioni di salvaguardia del pubblico interesse, oltre che nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza e di tutela dell'affidamento ingenerato.

3. Il rinnovo dei contratti scaduti si pone in contraddizione con il principio generale dell'evidenza, il cui rispetto è condizione imprescindibile affinché sia garantita la libertà di concorrenza, sancita a livello comunitario in materia di appalti pubblici. Quanto esposto vale per ogni disposizione che possa raggiungere un effetto sostanzialmente identico a quello del rinnovo e, quindi, anche per la proroga dei rapporti in essere, che l'art. 57, comma 7, del D. Lgs. n. 163/2006, ammette in via espressa per il tempo strettamente necessario alla stipula del nuovo contratto a seguito di espletamento di gara ad evidenza pubblica solo in caso di "estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti".

[Link al testo della sentenza](#)

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE – AVVALIMENTO – AVVALIMENTO DI GARANZIA – CONTRATTO DI AVVALIMENTO – CONTENUTO

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – SOCCORSO ISTRUTTORIO – LIMITI

Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294, Pres. Lignani, Est. Puliatti.

1. La centralità della messa a disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento è ribadita dall'articolo 88 del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti (D.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010), che prescrive l'indicazione puntuale ed analitica delle risorse e dei mezzi prestati. Dunque, il cosiddetto avvalimento di garanzia, figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto, non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, che snaturerebbe e l'istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale, finendo col frustrare anche la funzione di garanzia. Proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, l'avvalimento di garanzia può spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi (Cons. Stato, Sez. III, n.2344 del 18.4.2011; cfr. anche V, n.4510 del 6 agosto 2012).

2. Vanno intesi in senso rigoroso i limiti che incontra il potere-dovere di chiedere un'integrazione documentale e regolarizzare le dichiarazioni lacunose o incomplete, dovendo conciliarsi con l'esigenza di par condicio, che esclude il soccorso a fronte d'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o di omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara. (Consiglio di Stato, sez. V, 31/03/2012, n. 1896; sez. VI, 06/06/2011, n. 3365; sez. III, 19 aprile 2011 n. 2387; sez. V, 2 agosto 2010 n. 5084; sez. V, 16 luglio 2007 n. 4027). Tale limite deve ritenersi operante rispetto alla documentazione di cui all'art. 49, codice appalti, per poter esercitare il diritto di avvalimento, essendo siffatta documentazione tesa a dimostrare il possesso dei requisiti di ammissione a gara, al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande.

[Link al testo della sentenza](#)

PROCESSO AMMINISTRATIVO – CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO - TERMINI PER RICORRERE – DISCIPLINA TRANSITORIA

Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2014, n. 297, Pres. Lignani, Est. Nocelli.

Il codice del processo amministrativo ha previsto che, per i termini ancora in corso alla data della sua entrata in vigore, continui ad applicarsi la precedente disciplina processuale, in deroga al principio tempus regit actum e con previsione, quindi, della ultrattività di tale disciplina.

Il caso

Con ricorso proposto avanti al T.A.R. Abruzzo, sede de L'Aquila, la ricorrente domandava nei confronti del Comune di Silvi il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale asseritamente sofferto, dal 1993 al 2010, per la mancata assunzione nella qualità di commessa della farmacia comunale, in seguito all'illegittimità, accertata e dichiarata da questo stesso Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza n. 1419 dell'11.3.2010, della delibera di Giunta Municipale n. 433 del 10.6.1993, che l'aveva ritenuta erroneamente inidonea allo svolgimento delle mansioni di commessa.

Nel giudizio di prime cure si costituiva il Comune di Silvi, eccependo l'inammissibilità e, nel merito, l'infondatezza dell'avversario ricorso.

Il T.A.R. Abruzzo, sede de L'Aquila, con la sentenza n. 15 del 10.1.2013, dichiarava inammissibile il ricorso, ritenendo che esso non fosse stato proposto nel termine di 120 giorni, previsto dall'art. 30, comma 5, c.p.a., per la proposizione della domanda risarcitoria, termine applicabile, secondo il primo giudice, anche alla domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente, benché questa avesse per presupposto vicende (e sentenze) anteriori all'entrata in vigore del codice, non potendo a tale domanda estendersi la previsione dell'art. 2, all. 3, disp. trans. c.p.a.

4. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'interessata, censurandone l'erroneità per aver essa male applicato i principi relativi al risarcimento del danno nonché l'art. 30 c.p.a., e ha riproposto integralmente la domanda risarcitoria dichiarata inammissibile dal primo giudice, chiedendo quindi l'integrale riforma, previa sospensione, dell'impugnata sentenza.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

La decisione

Nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato ha affermato il principio per cui l'azione risarcitoria, assoggettata dal Codice del processo amministrativo al termine decadenziale previsto dall'art. 30, è soggetta, per le controversie sorte prima del 16 settembre 2010 alla disciplina transitoria prevista dall'art. 2, all. 3 delle disposizioni transitorie, con conseguente ultrattività del termine quinquennale di prescrizione cui l'azione risarcitoria era assoggetta prima dell'entrata in vigore del Codice.

A diverse conclusioni era giunto il giudice di prima cure sulla base di un ragionamento secondo il quale il termine introdotto dall'art. 30 c.p.a., al fine di evitare ingiustificate disparità di trattamento tra le azioni risarcitorie proposte nel vigore del nuovo codice, dovrebbe trovare applicazione anche a quelle sorte nel vigore della precedente disciplina processuale, ma proposte dopo il 16.9.2010, data di entrata in vigore del codice, sicché la ricorrente avrebbe dovuto proporre la domanda nei centoventi giorni successivi a tale data.

La natura processuale del termine di decadenza in questione osterebbe anche all'applicazione dell'art. 2, all. 3, disp. trans. c.p.a., invocato dalla ricorrente in prime cure, in quanto l'azione risarcitoria non esisteva nella sua definitiva (e positiva) configurazione nell'ordinamento prima dell'avvento del codice del processo amministrativo, sicché non potrebbe predicarsi la pendenza di alcun termine processuale.

Tale ragionamento è stato ritenuto erroneo dal Consiglio di Stato. La III Sezione ha, infatti rilevato come secondo l'orientamento interpretativo invalso nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, alla data in cui entrò in vigore il codice (16.9.2010), l'azione risarcitoria, fosse proponibile anche separatamente (o, come nel caso di specie, successivamente) rispetto a quella di annullamento e fosse soggetta al solo termine quinquennale di prescrizione decorrente, nel caso, di specie dall'accertata illegittimità del provvedimento causativo del danno.

Anche se è vero che, come sostiene il T.A.R., l'azione risarcitoria non era soggetta ad alcun termine di decadenza processuale, alla data di entrata in vigore del codice, non per questo, secondo il Collegio, si può sostenere che il termine processuale di decadenza, introdotto dal codice, debba applicarsi retroattivamente a fattispecie anteriori soggette, sul piano sostanziale, al solo termine di prescrizione quinquennale.

Una simile soluzione porterebbe ad una conseguenza aberrante e contraria alla *ratio* dello stesso dello stesso art. 2, facendo sì che una precedente situazione giuridica soggettiva, solo perché non

soggetta alla previsione di una decadenza processuale, soggiacerebbe ad un termine di decadenza, *ex post* introdotto, con conseguente indebita applicazione retroattiva, anche sul piano sostanziale, della innovativa disciplina processuale del codice.

Il codice del processo amministrativo, al contrario, ha previsto che, per i termini ancora in corso alla data della sua entrata in vigore, continui ad applicarsi la precedente disciplina processuale, in deroga al principio *tempus regit actum* e con previsione, quindi, della ultrattività di tale disciplina.

Ora se la volontà dell'ordinamento è ben chiara, nel rapporto tra vecchi e nuovi termini processuali, ancor di più deve esserlo nella successione tra un termine sostanziale e un nuovo termine processuale, precedentemente non previsto, poiché altrimenti si perverrebbe all'iniqua conclusione che una disciplina processuale, nell'introdurre un limite temporale all'esercizio di una situazione giuridica soggettiva, possa modificare *in peius* e retroattivamente la meno restrittiva disciplina sostanziale applicabile a situazioni già esauritesi, in spregho, peraltro, degli artt. 3, 24 e 111 Cost.

[Link al testo della sentenza](#)

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – DOCUMENTAZIONE DI GARA – MODALITA' DI CONSERVAZIONE DEI PLICHI – ONERE DELLA PROVA

Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2014, n. 299, Pres. Lignani, Est. Stelo.

Non è sufficiente la mera astratta lamentela volta a censurare la omessa o insufficiente esplicitazione delle specifiche cautele adottate in merito alla conservazione delle buste contenenti i documenti di gara, ove emerga in ogni caso che dai verbali di gara e dalle risultanze dell'Amministrazione risulti comunque essere stata garantita la sicurezza in ogni fase dei plichi, a prescindere dalla annotazione più o meno rigorosa o carente circa le modalità conservative.

[Link al testo della sentenza](#)

PROCESSO AMMINISTRATIVO – ORDINE DI TRATTAZIONE DELLE QUESTIONI

Cons. Stato, Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 340, Pres. FF Cacace, Est. Puliatti.

Rientra nel potere del giudice amministrativo decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (cfr., ex multis, Cons. Stato, IV, 11 settembre 2012, n. 4827; V, 5 settembre 2006, n. 5108; VI, 5 settembre 2002, n. 4487).

[Link al testo della sentenza](#)

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – PREAVVISO DI RIGETTO – EFFICACIA

Cons. Stato, Sez. III, 28 gennaio 2014, n. 418, Pres. Cirillo, Est. D'Alessio.

La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di una domanda interrompe anche i termini per la formazione di un eventuale silenzio assenso, in quei casi in cui l'ordinamento ha inteso assegnare al silenzio serbato dall'amministrazione su un'istanza il valore di assenso alla richiesta.

[Link al testo della sentenza](#)