

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

Luglio 2014

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – AGGIUDICAZIONE – CRITERI – DISCREZIONALITA' DELLA STAZIONE APPALTANTE

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – CONTRATTI ESCLUSI – OFFERTA ECONOMICA – ONERI PER LA SICUREZZA – MANCATA INDICAZIONE – CONSEGUENZE

[Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2014, n. 3484, Pres. Lignani, Est. D'Alessio.](#)

- 1. Nelle gare pubbliche, la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso) costituisce espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante che non è censurabile se non per evidente irrazionalità o per travisamento dei presupposti di fatto (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2032 del 15 aprile 2013; n. 148 del 14 gennaio 2013). Né vi è un obbligo di esternare in una specifica e puntuale motivazione le ragioni della scelta operata (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1154 del 26 febbraio 2010).*
- 2. Nelle gare aventi ad oggetto servizi esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici (all. II B – servizi sanitari e sociali), la mancanza nel bando di una previsione specifica non esenta i concorrenti dal dovere di indicare gli oneri della sicurezza aziendali e dall'osservare le norme in materia di sicurezza sul lavoro, ma comporta soltanto che, ove la stazione appaltante non si sia autovincolata nella legge di gara ad osservare la disciplina di dettaglio dettata dagli artt. 86 commi 3-bis e 3-ter e 87 comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il concorrente, che non abbia indicato i suddetti oneri della sicurezza nella propria offerta, deve essere chiamato a specificarli successivamente, nell'ambito della fase di verifica della congruità dell'offerta, all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere (che sussiste anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del servizio (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 280 del 21 gennaio 2014).*

IMMIGRAZIONE – PERMESSO DI SOGGIORNO PER CURE MEDICHE – PRESUPPOSTI

[Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2014, n. 3488, Pres. Lignani, Est. Palanza.](#)

L'art. 35, comma 3, del d.lgs. 286/1998 assicura il diritto alle cure mediche a qualsiasi straniero sia presente sul territorio nazionale, a prescindere da qualsiasi procedura e da ogni autorizzazione. Inoltre, in taluni casi eccezionali può configurarsi una procedura atipica che applica il permesso di soggiorno previsto dall'art. 36 al caso di stranieri già presenti in Italia sia pure in modo irregolare. In questi casi sono le circostanze eccezionali e gravissime connesse allo stato di salute dell'interessato, al tipo di intervento e ai tempi che esso richiede che impongono il passaggio ad una procedura atipica che fa riferimento ad una autorizzazione specifica per motivi di cure mediche da ricondurre alla fattispecie regolata dall' art. 36 del d.lgs. n. 286.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE – PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO – ECCEZIONALITA' E OBBLIGO DI MOTIVAZIONE

[Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2014, n. 3534, Pres. Lignani, Est. Stelo.](#)

Le condizioni poste dalla normativa per procedere alla procedura negoziata senza gara impongono che tale scelta non può non essere suffragata da un'adeguata motivazione in relazione proprio ai parametri di legge, posto che quelle previsioni, per la loro eccezionalità, non possono che essere sottoposte a stretta e rigorosa interpretazione anche per evitare agevoli "elusioni" (cfr., fra le altre, III nn. 2404/2011, 26/2013 e 828/2014).

IMMIGRAZIONE – PERMESSO DI SOGGIORNO – RINNOVO – DINIEGO

[Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3579, Pres. Est. Lignani.](#)

Nei confronti dello straniero che si trovi nelle condizioni previste (aver esercitato il ricongiungimento familiare o sia esso stesso familiare ricongiunto) l'eventuale diniego del permesso di soggiorno (o del suo rinnovo) non discende automaticamente dalla presenza di una causa ostativa (quale ad es. le condanne penali) ma deve essere sempre preceduto da una valutazione discrezionale che tenga conto dell'interesse dello straniero e della sua famiglia alla conservazione dell'unità familiare, mettendo tale interesse in comparazione con quello della comunità nazionale ad allontanare un soggetto socialmente pericoloso. Tale disciplina di maggior favore, alla luce della sentenza della Corte costituzionale 18 luglio 2013, n. 202, deve essere applicata in tutti i casi in cui vi sia un nucleo familiare la cui composizione corrisponda a quella che, ove necessario, darebbe titolo ad una procedura di ricongiungimento, non rilevando in contrario che tale procedura in effetti non vi sia stata, essendosi il nucleo familiare costituito o ricostituito senza aver dovuto ricorrervi.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI - ATTI DI PROROGA NELLE MORE DELL'ESPLETAMENTO DELLA GARA - NATURA GIURIDICA

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI - REVISIONE PREZZI - SI APPLICA SOLO ALLE PROROGHE CONTRATTUALI - NON SI APPLICA AGLI ATTI CHE COSTITUISCONO RINNOVO

[Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3585, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.](#)

1. Vanno considerati più propriamente come atti di rinnovo del contratto per brevi periodi, ancorché venga utilizzato dall'amministrazione il termine "proroga", i provvedimenti con cui, di volta in volta, sia stata espressa la volontà di rinnovare il rapporto, nel presupposto della necessità di sopperire al servizio nelle more dell'espletamento della nuova gara, manifestando così la valutazione dell'interesse pubblico, come espressamente richiesto dallo stesso art. 6 della legge 24 dicembre 1993 n. 537 (come sostituito dall'art. 44 della legge 23 dicembre 1994 n. 724) il cui comma 2, nel vietare il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, comminandone la nullità, ne consentiva (fino alla modificazione introdotta dalla l. n. 62 del 2005) la rinnovazione espressa in presenza di ragioni di pubblico interesse.

2. La revisione dei prezzi prevista dall'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, si applica solo alle proroghe contrattuali, ma non agli atti successivi al contratto originario con cui, attraverso

specifiche manifestazioni di volontà, sia stato dato corso tra le parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto identico a quello originario, senza avanzare alcuna proposta di modifica del corrispettivo (cfr. Cons. St., Sez. IV, 1° giugno 2010 n. 3474 e 20/02/2014, n.800; Sez. III, 23 marzo 2012 n. 1687 e 9.5.2012, n. 2682).

PUBBLICO IMPIEGO – PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

[Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3587, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.](#)

Il principio dell'immediatezza della contestazione disciplinare riflette l'esigenza dell'osservanza della regola della buona fede e della correttezza nell'attuazione del rapporto di lavoro e non consente al datore di lavoro di procrastinare la contestazione medesima in modo da rendere difficile la difesa del dipendente o perpetuare l'incertezza sulla sorte del rapporto. Per tale ragione il termine entro il quale la contestazione deve essere effettuata ha carattere perentorio e produttivo dell'effetto decadenziale al suo perfezionarsi. Allo stesso modo, la sospensione facoltativa dal servizio, che non è un provvedimento disciplinare avente carattere sanzionatorio, bensì una misura cautelare configurabile come atto strumentale all'adozione di eventuali successivi provvedimenti disciplinari, deve avere durata limitata nel tempo e costituisce una fase interinale che prelude alla sollecita attivazione del procedimento disciplinare.

FARMACIE – IRREGOLARITA' NEL COMMERCIO DEI MEDICINALI – SANZIONI – PRESUPPOSTI APPLICATIVI

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO - ART. 21 OCTIES L. 7 AGOSTO 1990, N. 241

[Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3590, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.](#)

- 1. La sanzione prevista dall'art. 15, commi 3 e 4, del d.lgs. 178/1991 consistente, rispettivamente, nella chiusura dell'esercizio da 15 a 30 gg. e nella decadenza dell'esercizio, qualora si ripetano, almeno due volte, presso la stessa farmacia le vendite illegittime di farmaci per i quali l'A.I.C. non sia stata rilasciata o confermata ovvero sia stata sospesa o revocata, o di specialità medicinale avente una composizione dichiarata diversa da quella autorizzata, prescinde dalle ragioni della non commerciabilità (revoca o sospensione o difetto dell'AIC) e prescinde anche dalla sussistenza di rischi al bene salute, avendo quale unico presupposto l'avvenuta vendita non autorizzata dall'esistenza di una valida A.I.C., come è reso palese dalla formulazione letterale della norma, che non fa alcun cenno alla salvaguardia della salute pubblica.*
- 2. L'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241/1990, che ha introdotto un'eccezione alla invalidità comminata dall'art. 7, relativamente ai provvedimenti non preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento, prevede, tuttavia, che anche il provvedimento amministrativo che non abbia natura vincolata non è, comunque, annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento “qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.” (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4421; id., 7 giugno 2011, n. 3416; id., 11 maggio 2011, n. 2795).*

ORDINE PUBBLICO E SICUREZZA PUBBLICA – INFORMATIVA ANTIMAFIA

Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3592, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.

Secondo la costante giurisprudenza amministrativa, l'informativa antimafia prescinde dall'accertamento della rilevanza penale dei fatti, e neppure occorre che il pericolo di condizionamento delle scelte dell'impresa sia concretamente provato, in quanto la finalità perseguita si concretizza nella massima anticipazione dell'azione di prevenzione, inerente alla funzione di polizia e di sicurezza, rispetto alla quale assumono rilievo fatti e vicende solo "sintomatici ed indiziari"; tuttavia, il pericolo dell'infiltrazione mafiosa non deve neppure essere immaginario, ma fondato su elementi presuntivi e indiziari concretamente individuati, la cui valutazione è rimessa alla lata discrezionalità del Prefetto, sindacabile in sede di legittimità sotto il profilo della illogicità, incoerenza o inattendibilità (C.d.S., III, 27.9.2012, n.5117).

Una valutazione discrezionale, per non sconfinare in mero arbitrio, può dirsi ragionevole e attendibile se sorretta almeno da presunzioni semplici, ovvero da una pluralità di "indizi seri, precisi e concordanti", oggettivamente riscontrabili, che secondo l'esperienza comune assumono un significato univoco.

SANITA' PUBBLICA - MEDICINALI – FARMACI INSERITI NEL PRONTUARIO DELLA DISTRIBUZIONE DIRETTA – MODALITA' DI DISTRIBUZIONE – POTERE DISCREZIONALE DELLE REGIONI

TUTELA DELLA SALUTE – POTERE DISCREZIONALE DELLA REGIONE

Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3594, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.

- 1. I farmaci appartenenti alla classe A di rimborsabilità ed inseriti nel PHT (Prontuario della distribuzione diretta) sono farmaci compatibili, per le loro caratteristiche, solo con la distribuzione diretta, attraverso i reparti o i servizi farmaceutici delle Aziende sanitarie ed ospedaliere, ovvero anche con la distribuzione "per conto", attraverso farmacie convenzionate, previo accordo con le associazioni sindacali di categorie. La modalità di distribuzione "per conto" rappresenta essa stessa una forma di "distribuzione diretta", alternativa alle altre due, come dispone l'art. 8, comma 1 lett. a) del D.L. 347/2001 (convertito in l. n. 405/2001) tramite le strutture pubbliche e ospedaliere, o le farmacie pubbliche. Il farmaco verrebbe acquistato direttamente dalle case produttrici, a costi inferiori, e distribuito tramite le farmacie convenzionate, alle quali verrebbe corrisposto un compenso. Tuttavia, il ricorso alla distribuzione "per conto", tramite le farmacie convenzionate, non rappresenta un obbligo, né una modalità dovuta, ma è rimessa alla "facoltà" delle regioni, nell'esercizio della discrezionalità che loro compete nella organizzazione del servizio di assistenza farmaceutica "diretta".*
- 2. Nell'ambito della competenza regionale concorrente in materia di tutela della salute, le regioni hanno discrezionalità organizzativa e di scelta, pur nei limiti imposti dal rispetto dei principi posti dalle norme nazionali, nonché precisi obblighi di monitoraggio e contenimento della spesa pubblica. In questo quadro, ben può la regione, nell'individuare i farmaci da inserire nel prontuario ospedaliero, orientare i medici all'utilizzo dei farmaci nelle condizioni cliniche per le quali risultano migliori evidenze di efficacia, richiamando altresì l'attenzione sul rapporto costo/benefici*

IMMIGRAZIONE – PERMESSO DI SOGGIORNO – RINNOVO – REQUISITO REDDITUALE

[Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3596, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.](#)

L'art. 5, comma 5, del T.U. immigrazione prevede che “il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, fatto salvo quanto previsto dall'art. 22, comma 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili”. L'art. 22, comma 11, del D.lvo 25/07/1998, n.286 prevede che “la perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario ...Il lavoratore straniero in possesso del permesso di soggiorno per lavoro subordinato che perde il posto di lavoro, anche per dimissioni, può essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno, e comunque, salvo che si tratti di permesso di soggiorno per lavoro stagionale, per un periodo non inferiore ad un anno ovvero per tutto il periodo di durata della prestazione di sostegno al reddito percepita dal lavoratore straniero, qualora superiore. Decorso il termine di cui al secondo periodo, trovano applicazione i requisiti reddituali di cui all'articolo 29, comma 3, lettera b)”, norma questa che fa riferimento all'assegno sociale.

Deve ritenersi, quindi, in applicazione delle norme richiamate e del principio di ragionevolezza, che per quanto riguarda la valutazione del requisito reddituale possa riconoscersi una certa tolleranza in favore dello straniero, già regolarmente soggiornante, che a causa del periodo di disoccupazione sofferto in costanza di validità del titolo, al momento della richiesta del rinnovo del permesso, seppure non sia in grado di dimostrare un reddito rapportato all'assegno sociale per il periodo pregresso di disoccupazione, tuttavia, dia dimostrazione di poter nuovamente contare, per l'avvenire, sulla produzione di reddito da lavoro, per la sopraggiunta instaurazione di un nuovo rapporto di impiego.

PROCESSO AMMINISTRATIVO – REVOCAZIONE – ERRORE DI FATTO

[Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3598, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.](#)

- 1. Secondo giurisprudenza consolidata, da ultimo ribadita dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 24.1.2014, l'errore di fatto, idoneo a fondare la domanda di revocazione ai sensi dell'art. 106 c. proc. amm., deve essere caratterizzato: a) dal derivare da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto, facendo cioè ritenere un fatto documentalmente escluso ovvero inesistente un fatto documentalmente provato; b) dall'attenere ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; c) dall'essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare, necessitando perciò un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la pronuncia stessa. L'errore deve, inoltre, apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche.*
- 2. Non sussiste errore di fatto quando si riscontra “l'anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio, che sia stato conosciuto e preso in esame”, ovvero quando “la questione oggetto del contendere è stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici o di un esame critico della documentazione acquisita, ipotesi queste che danno*

luogo semmai ad un errore di giudizio, non censurabile mediante ricorso per revocazione” (C.d.S., Sez. V, 11.6.2013, n. 3210 e 30.8.2013, n. 4319; Sez. IV, 28.10.201, n. 5187).

PROCESSO AMMINISTRATIVO – ORDINE DI TRATTAZIONE DELLE QUESTIONI – RICORSO INCIDENTALE ESCLUDENTE – ESAME PRIORITARIO

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

Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3599, Pres. Cirillo, Est. Puliatti.

- 1. Come chiarito dall'AP n. 7 del 2014, sussiste la necessità che il ricorso incidentale sia sempre esaminato prima del ricorso principale “quando introduce censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta; tale situazione lato sensu di invalidità della posizione del ricorrente principale, deve scaturire dalla violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione”.*
- 2. Va esclusa dalla gara l'impresa che, ai fini della partecipazione, abbia prodotto un contratto di avvalimento nel quale manchi del tutto la puntuale indicazione delle risorse, dei mezzi o di altro elemento necessario che s'intende mettere a disposizione dell'impresa istante. (Consiglio di Stato, sez. V, 17/03/2014, n. 1322). L'istituto dell'avvalimento può essere utilizzato anche per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di qualità, atteso che la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale; è tuttavia onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, e quindi alle sue caratteristiche, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità. (C.d.S., Sez. III, 07/04/2014, n. 1636). Solo in tal modo si può garantire l'effettiva corrispondenza tra fase di qualificazione e fase dell'esecuzione, evitando una mera circolazione di requisiti cui non corrisponde la concreta messa a disposizione di risorse reali (apparato organizzativo, mezzi, personale, prassi e altri elementi qualificanti l'azienda). Pertanto, “la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente” (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti”. (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13/06/2013, n. 3310).*

PROCESSO AMMINISTRATIVO – SENTENZE E ALTRI PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE – SENTENZE DI RITO - EFFETTI

Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3602, Pres. Cirillo, Est. Dell'Utri.

Nel giudizio amministrativo, diversamente dal processo civile, l'accertamento negativo tanto dei presupposti processuali (intesi come requisiti per l'accesso alla pronunzia sul ricorso), tanto delle

condizioni dell'azione (intese come condizioni per emettere una pronuncia favorevole al ricorrente) conduce, sì, a pronunce processuali di inammissibilità o di improcedibilità del ricorso, ma con l'effetto che anche la decisione "processuale", ove investa l'accertamento sul fondamento di una domanda o perfino soltanto di una questione sostanziale necessariamente pregiudiziale, che sia dedotta dalle parti o sollevata d'ufficio, può condurre alla formazione del giudicato ai sensi dell'art. 2909 Cod. civ., con effetti eteroprocessuali sulle situazioni sostanziali delle parti; orientamento, questo, meglio rispondente alle peculiarità del metodo di soluzione delle vertenze del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. IV 12 giugno 2013 n. 3255, nonché sez. VI, 2 novembre 1999 n. 1662, 19 gennaio 1995 n. 40 e sez. IV, 8 settembre 1995 n. 687, ivi richiamate).