

Spett. le
ASPAT

Oggetto: Giudizio TAR Campania Salerno n. rg 591/2014 - sent. N 644/2015

In relazione all'oggetto vi comunico lo sconcertante esito del ricorso avverso il bando di gara proposto dalla ASL Salerno per le prestazioni di ADI.

Senza dire alcunché sul merito della questione, il TAR Salerno ha liquidato il giudizio dichiarando la tardività del ricorso, prendendo come riferimento l'ultimo giorno di pubblicazione all'albo pretorio del bando di gara di cui alla deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Salerno n. 997 del 10.12.2013 (28/12/2013) e della deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Salerno n. 788 del 5.08.2014 (15.09.2014).

All'uopo ha richiamato l'art. 120 co. 5 del codice del processo amministrativo, che recita: "*Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto*".

Basta leggere le citate norme per rilevare che la comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riguarda l'aggiudicazione dell'appalto (comunicazione mai ricevuta dall'ASPAT) mentre la pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, concerne la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, mai avvenuta.

Escluse tali ipotesi, il momento da cui far decorrere il termine per il ricorso nel caso di specie è dall'effettiva conoscenza dell'atto.

Ma sebbene sia stato rappresentato che l'ASPAT ancora in data 27/01/2014, lungi dall'aver conoscenza del bando di Salerno (benchè pubblicato da un mese), diffidava tutte le ASL ad astenersi dal bandire gare di tal natura e ad annullare eventuali gare afferenti a prestazioni sanitarie e/o socio-sanitarie (la diffida è stata depositata in allegato al ricorso; del resto solo in data 24/01/2014 ci è stato comunicato l'esito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dall'ASPAT avverso il decreto n. 64 del 26 settembre 2011), il TAR ha ritenuto che la conoscenza del bando per i ricorrenti vada ricondotta alla sua pubblicazione all'albo pretorio. Per mera completezza si ricorda che il 4/02/2014 la ASL Salerno dava riscontro alla diffida non facendo menzione di alcuna gara, limitandosi ad indicare il nome del responsabile del procedimento aperto con la diffida.

Con quello che appare un chiaro arzigogolo, tale conoscenza del bando da parte di ASPAT sin dalla sua pubblicazione è stata affermata in base ad una presunzione: secondo i giudici salernitani, poiché la pubblicazione di tutte le deliberazioni delle ASL campane è obbligatoria per legge, l'ASPAT doveva conoscere il bando sin dalla sua pubblicazione.

E l'obbligo di pubblicazione è stato rinvenuto in una disposizione, il comma 6 dell'art. 35 ("Vigilanza e controllo regionale sugli atti delle aziende") della l. r. Campania n. 32 del 3.11.1994 ("Riordino del Servizio sanitario regionale") che invece si limita a prevedere: "*Gli atti del direttore*

Avv. Patrizia Kivel Mazuy
Patrocinante in Cassazione

generale non soggetti al controllo preventivo della Giunta regionale sono efficaci trascorsi 10 giorni dalla pubblicazione nell'albo della sede dell'azienda".

Non è quindi comprensibile dove sia previsto l'obbligo di pubblicazione.

Anche perché il precedente richiamato del TAR Basilicata si fonda su una legge regionale della Basilicata (L. 39/2001) che, a differenza della Regione Campania, prevede all'art. 44 co. 5: *"E' istituito un apposito albo presso la sede centrale delle aziende Sanitarie dove sono affissi tutti gli atti adottati dal Direttore Generale"*. Da qui nasce l'obbligo in Basilicata di pubblicazione delle delibere del direttore della ASL, non dalla previsione circa l'esecutività.

Sul punto questa difesa ha anche prodotto in giudizio precedenti giurisprudenziali (come rilevato nella stessa sentenza): in particolare il TAR Lazio Roma, con sentenza n. 10446/2014, ha spiegato che *"In virtù dell'art. 41, comma 2, c.p.a., occorre una base legale ("se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge") che attribuisca alla pubblicazione l'idoneità a rendere conoscibile il provvedimento ed il conseguente valore di dies a quo per proporre la conseguente impugnativa giurisdizionale. Come chiarito dal Consiglio di Stato (sez. V, 28 luglio 2014, n. 3981; sez. III, 11 luglio 2014, n. 3604) una base legale non può essere individuata nell'art. 32, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69. Detta disposizione, infatti, nel prevedere che "A far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale s'intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati", si limita a modificare le modalità di assolvimento dell'obbligo pubblicitario, nel presupposto che questo sussista. Presupposto che non è configurabile per le determinazioni dirigenziali delle Asl in materia di affidamenti di servizi pubblici".*

Ebbene, se secondo il Consiglio di Stato ed il TAR Lazio la predetta norma statale, pur riferita agli "obblighi di pubblicazione", non presume la loro sussistenza, non si comprende come invece la l. r. Campania n. 32 del 3.11.1994 possa prevedere implicitamente tale obbligo.

Ma ciò non è valso a modificare l'orientamento del TAR Salerno.

Aggiungasi, con riguardo all'aggiudicazione, rispetto alla quale è stata altresì eccepita la tardività dell'impugnativa, che i ricorrenti avendo instaurato il giudizio, avevano ormai assunto una posizione qualificata e differenziata che imponeva alla ASL la comunicazione dell'esito della gara (atto che sarebbe dovuto essere depositato anche in giudizio sì da consentire la notifica dei motivi dalla ASL).

Pertanto, con riguardo a tale secondo seconda fase processuale si può sostenere altresì la tempestività dell'impugnativa.

Pertanto ritengo necessario fissare un incontro onde concordare il da farsi.

Colgo l'occasione per inviare cordiali saluti.

Napoli, 3 Aprile 2015

Patrizia Kivel Mazuy

