

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Maggio 2012

Contratti pubblici. Requisiti di partecipazione e di qualificazione. Requisiti di ordine generale.

Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8 - Pres. Giovannini, Est. De Nictolis

In sede di applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006, e anche per le gare bandite prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011, la sussistenza di una 'violazione grave', definitivamente accertata, delle disposizioni in materia previdenziale e assistenziale non può essere valutata caso per caso dalla stazione appaltante, poiché la relativa verifica rientra nell'ambito delle competenze degli istituti di previdenza, le cui certificazioni (sul d.u.r.c.) non possono essere sindacate nel corso della gara d'appalto.

L'assenza del requisito della regolarità contributiva, alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, comporta l'esclusione del concorrente, che non può avvalersi di una successiva regolarizzazione della sua posizione.

[Link al testo della Plenaria](#)

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012 ha esaminato l'evoluzione della normativa e della giurisprudenza in tema di dichiarazione dei partecipanti alle gare d'appalto, riguardanti la regolarità dei pagamenti dei contributi previdenziali e assistenziali.

Superando le diversità delle normative precedentemente in vigore, il Codice dei contratti pubblici del 2006 aveva già previsto che l'esclusione del partecipante si ha solo quando vi è una 'grave violazione'.

Al riguardo, erano sorte però discussioni sulla sussistenza o meno del potere della stazione appaltante di pronunciarsi sulla gravità della violazione.

La giurisprudenza e l'Autorità di vigilanza si erano già espresse nel senso della insussistenza di tale potere, ciò che è stato poi disposto sul piano normativo dal d.l. n. 70 del 2011, poi convertito nella l. n. 106 del 2011.

Quanto alla impossibilità che una regolarizzazione 'tardiva' possa consentire la partecipazione alla gara, l'Adunanza Plenaria ha ribadito il consolidato orientamento in materia del Consiglio di Stato (cfr. sez. VI, 12 gennaio 2011, n. 104; sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243).

Ambiente. Energie rinnovabili.

Leggi, decreti e regolamenti. Regolamenti.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 9 - Pres. Coraggio, Est. Giovagnoli

L'art. 4, co. 1, d.m. 6 febbraio 2006, nel prevedere che l'aggiornamento delle tariffe incentivanti la produzione di energia da fonte solare per gli impianti di cui alla lett. b), ribadisce il contenuto precettivo dell'art. 6, co. 6, d.m. 28 luglio 2005, per il quale le relative modifiche si applicano "alle

domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore” dello stesso d.m. del 2005, sicché gli operatori del settore non possono essere considerati titolari di un legittimo affidamento sulla mancata loro applicazione per le loro domande presentate negli anni 2005 e 2006.

Mentre l’atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma determinabili a posteriori, perché si applica in vicende determinate, esaurite le quali vengono meno anche i suoi effetti, il regolamento per la sua natura normativa ha i caratteri della generalità e dell’astrattezza, con destinatari indeterminabili anche a posteriori (nella specie, l’Adunanza Plenaria ha ravvisato natura regolamentare ai decreti del Ministero delle attività produttive emesso il 6 febbraio 2006, in applicazione dell’art. 7, co. 2, lett. d), d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387).

[Link al testo della Plenaria](#)

La sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 9 del 2012 affronta la questione di carattere generale sugli elementi che distinguono i regolamenti dagli atti generali.

L’individuazione della natura di un atto è determinante per individuare le regole da applicare in tema di competenza alla sua adozione (cfr., Cons.St., sez. V, 21 ottobre 1997, n. 1145), del procedimento da seguire, del relativo regime di impugnazione.

Inoltre, la constatazione della natura regolamentare dell’atto, ove emesso dal Consiglio dei Ministri o da un singolo Ministro, implica la necessità della previa acquisizione del parere del Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 17 l.n. 400 del 1988, ovvero l’esame della legittimità costituzionale della disposizione – sotto il profilo della ragionevolezza – che abbia espressamente disposto che non occorre l’acquisizione del medesimo parere, ovvero abbia imposto una qualificazione ‘non normativa’ dell’atto in realtà avente natura normativa.

Contratti pubblici. Requisiti di partecipazione e di qualificazione. Vicende soggettive.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 10 - Pres. Coraggio, Est. Dell’Utri

La cessione di azienda o di un ramo d’azienda, sebbene comporti una successione a titolo particolare, implica la trasmissione all’avente causa dell’intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l’azienda stessa o il suo ramo si sostanzia, sicché è configurabile una continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale, fermo restando che il cessionario può comprovare che nel caso concreto vi è stata una cesura tra la vecchia e la nuova gestione, tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici, che prestavano la loro attività nel complesso aziendale ceduto.

Con riferimento alla normativa vigente prima delle modifiche disposte dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, ai sensi dell’art. 38, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 il cessionario di azienda o di un ramo d’azienda aveva l’onere di presentare la dichiarazione relativa alla insussistenza di una sentenza di condanna passata in giudicato (o di un decreto penale di condanna irrevocabile, ovvero di una sentenza di applicazione della pena su richiesta) per i reati ivi previsti, anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che avevano lavorato presso la cedente nell’ultimo triennio.

[Link al testo della Plenaria](#)

La sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 10 del 2012 ha composto il precedente contrasto di giurisprudenza, evidenziando – chiarendo le relative conseguenze - che, nel rispetto dei principi di tipicità e di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d’appalto, l’art. 38, co. 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici è suscettibile di una interpretazione tale da indurre a ritenere che le dichiarazioni ivi previste vanno rese anche con riferimento alle persone degli amministratori e dei direttori tecnici che abbiano lavorato presso la cedente, nel caso di cessione di azienda o di un ramo

d'azienda (nell'ultimo triennio, prima delle modifiche disposte dalla l.n. 106/2011, che hanno ridotto il rilievo temporale all'ultimo anno).

Autorità amministrative indipendenti. Principi generali

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 11 maggio 2012, n. 11 - Pres. Coraggio, est. Saltelli

Il d.l. n. 70/2007, come convertito nella l. n. 40/2007, attribuisce alla competenza della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il potere di stabilire regole, di vigilare e di sanzionare chi violi le disposizioni concernenti la ricarica nei servizi di telefonia mobile, la trasparenza e la libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet, con esclusione di una competenza concorrente della Autorità per la concorrenza nel mercato, che è invece titolare del potere di valutare autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che integrano le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza.

[Link al testo della Plenaria](#)

La sentenza n. 11 del 2012 dell'Adunanza Plenaria – come quelle successive sino alla n. 16 - ha ricostruito l'ambito dei poteri attribuiti dalla legge alle Autorità indipendenti, avendo in decisiva considerazione il principio costituzionale del buon andamento dell'attività amministrativa: la netta distinzione delle competenze delle Autorità esclude che gli operatori siano sottoposti a distinti procedimenti sanzionatori per gli stessi fatti ed evita anche possibili opposte valutazioni delle Autorità, che farebbero sorgere disorientamenti e potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti e dei consumatori, nonché sui relativi costi.

Autorità amministrative indipendenti. Principi generali.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, n. 12 - Pres. Coraggio, est. Leoni

Qualora una impresa abbia posto in essere attività di repricing (cioè di comunicazione con SMS agli utenti delle variazioni dei piani tariffari di abbonamento di telefonia mobile, con avvisi su tre maggiori quotidiani a diffusione nazionale e la possibilità di consultazione sul sito internet), in ragione delle regole speciali del settore la sanzione per la commissione di una pratica scorretta, perché ingannevole e omissiva, può essere irrogata dalla Autorità per le garanzie per le comunicazioni, e non dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato.

[Link al testo della Plenaria](#)

Autorità amministrative indipendenti. Principi generali.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, n. 13 - Pres. Coraggio, est. Botto

Qualora una impresa abbia posto in essere attività di teleselling (cioè di 'cattura a distanza' mediante call center di clienti di servizi telefonici), in ragione delle regole speciali del settore la sanzione per la commissione di una pratica scorretta, perché ingannevole e omissiva, può essere irrogata dalla Autorità per le garanzie per le comunicazioni, e non dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato.

[Link al testo della Plenaria](#)

Autorità amministrative indipendenti. Principi generali

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, n. 14 - Pres. Coraggio, est. Greco

Il testo unico bancario, mirando al corretto e trasparente funzionamento del mercato, non contiene specifiche disposizioni volte alla tutela del consumatore, presa invece in considerazione dal Codice del consumo, sicché sussiste la competenza della Autorità garante della concorrenza e del mercato - e non quella della Banca d'Italia - a disporre una sanzione nei confronti di una società operante nel settore finanziario che abbia posto in essere pratiche ritenute scorrette, poste in essere nell'ambito di operazioni di finanziamento finalizzate all'acquisto di prodotti in vendita presso esercizi commerciali.

[Link al testo della Plenaria](#)

Autorità amministrative indipendenti. Principi generali.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 maggio 2011, n. 15 - Pres. Coraggio, est. Saltelli

Qualora una impresa abbia posto in essere pratica commerciale suscettibile di essere qualificata come scorretta (nell'ambito della fornitura del servizio di telefonia mobile in regime di traffico prepagato, con riferimento al riconoscimento del credito residuo nell'ipotesi in cui l'utente abbia deciso di recedere dal servizio), in ragione delle regole speciali del settore la sanzione per la commissione di una pratica scorretta, perché ingannevole e omissiva, può essere irrogata dalla Autorità per le garanzie per le comunicazioni, e non dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato.

[Link al testo della Plenaria](#)

Autorità amministrative indipendenti. Principi generali.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, n. 16 - Pres. Coraggio, est. Botto

Qualora una impresa abbia posto in essere attività di teleselling (cioè di 'cattura a distanza' mediante call center di clienti di servizi telefonici), in ragione delle regole speciali del settore la sanzione per la commissione di una pratica scorretta, perché ingannevole e omissiva, può essere irrogata dalla Autorità per le garanzie per le comunicazioni, e non dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato.

[Link al testo della Plenaria](#)

Università. Professori universitari. Concorso.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28 maggio 2012, n. 17 - Pres. Coraggio, est. Caringella

L'art. 1 d.l. n. 180/2008, convertito nella l.n. 1/2009, nel precludere alle università statali l'assunzione di personale col superamento del limite del 90% del rapporto tra le spese fisse e la misura del fondo di finanziamento ordinario, ha disposto anche il divieto di nominare in una fascia superiore i docenti universitari risultati vincitori di un concorso pubblico, poiché il superamento del medesimo concorso comporta l'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro.

[Link al testo della Plenaria](#)

L'ordinanza di rimessione della Sesta Sezione ha segnalato le precedenti oscillazioni giurisprudenziali sulla questione se le disposizioni sul blocco delle assunzioni si applichino al passaggio 'di fascia' per i professori universitari.

Per alcune sentenze, tali disposizioni – per il loro carattere eccezionale - non sarebbero suscettibili di interpretazione estensiva o di applicazione analogica, sicché non si applicherebbero ai casi di nomina in una fascia superiore, conseguente alla vincita di un concorso (Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2217; 16 novembre 2004, n. 7483; 27 novembre 2001, n.5958).

Per un opposto orientamento (Cons. Stato, comm. spec. pubblico impiego, parere 9 novembre 2005, n. 3556/05), il blocco delle assunzioni riguarda in generale anche la progressione da un'area all'altra, conseguente al superamento di una procedura concorsuale.

Va segnalato che, per la specifica posizione dei professori associati risultati vincitori del concorso a professore ordinario, il divieto è stato considerato applicabile dalla giurisprudenza anche se nel caso di nomina non vi sarebbero immediati oneri economici, poiché col superamento del triennio di straordinariato – ciò che costituisce l'*id quod plerumque accidit* - vi è la c.d. ricostruzione della carriera, con i relativi oneri economici.