

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Novembre 2011

Contratti pubblici nei settori ordinari Requisiti di partecipazione e di qualificazione (avvalimento)

Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6079 - Pres. Piscitello, Est. Saltelli

Tra la documentazione occorrente ai fini dell'avvalimento è necessaria la dichiarazione dell'impresa ausiliaria (con la quale si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui il concorrente è carente), di cui all'art. 49, comma 2, lett. d), del codice dei contratti pubblici, anche nel caso in cui abbia ad oggetto i soli requisiti di qualificazione.

[Link al testo della sentenza](#)

Specifica la sentenza come l'omissione della dichiarazione in questione comporta l'esclusione dalla gara non solo perché nella fattispecie in esame era prevista dalla *lex specialis* della gara, ma, in linea generale, in considerazione del fatto che l'avvalimento dei requisiti soggettivi di qualità deve essere reale e non formale, configurando un possesso mediato ed indiretto (ovvero, *per relationem*) dei requisiti stessi.

La responsabilità solidale *ex lege* dell'impresa ausiliaria nei confronti della Stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, prefigurata dall'art. 49, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, trova il proprio fondamento di razionalità nell'effettiva partecipazione della stessa all'esecuzione dell'appalto.

Giurisdizione

Appello sulla giurisdizione

Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6086 – Pres. Trovato, Est. Gaviano

A fronte di una statuizione espressa sulla giurisdizione del giudice amministrativo nella sentenza di primo grado, la parte che ha interesse a contestarla è tenuta a formulare specifico motivo di appello.

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione di un ricorso avverso una sanzione pecuniaria irrogata per la mancata attivazione, nel termine prescritto, dell'attività produttiva nell'immobile realizzato in un'area compresa in un p.i.p. la cui superficie è affidata in concessione all'impresa sanzionata, configurandosi la convenzione alla stregua di un accordo sostitutivo soggetto alla disciplina di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990.

Le proroghe del termine di ultimazione dei lavori riflettono il loro favorevole effetto dilatorio anche sul connesso, seppure differente, termine originariamente previsto per l'avvio dell'attività produttiva nel fabbricato.

[Link al testo della sentenza](#)

La sentenza, soffermando l'attenzione solamente sulla questione di giurisdizione, oltre a ribadire il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui qualora il giudice di primo grado abbia espressamente statuito sulla giurisdizione, il riesame da parte del giudice di secondo grado postula che la questione sia riproposta con il mezzo di gravame, ostandovi altrimenti la formazione del giudicato interno (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 agosto 2005, n. 4; 30 luglio 2008, n. 4), segnala come debba invece ritenersi superato, alla stregua della innovativa previsione di cui all'art. 9 del cod. proc. amm., il pregresso orientamento secondo cui il giudice d'appello può rilevare *ex officio* il difetto di giurisdizione allorché la decisione gravata si sia pronunciata solo implicitamente sulla giurisdizione.

La norma codicistica da ultimo indicata, a prescindere dai profili di diritto intertemporale, è stata infatti interpretata dalla giurisprudenza nel senso di valorizzarne il duplice contenuto precettivo, consistente : a) nell'escludere, da un lato, che il giudice d'appello possa declinare la giurisdizione ove nessuna parte abbia proposto la relativa eccezione; b) nell'onerare, d'altro canto, le parti a far valere il difetto di giurisdizione mediante la proposizione di uno specifico mezzo di gravame, con conseguente irrilevanza, anche nel caso di statuizione meramente implicita sulla giurisdizione, della semplice eccezione formulata in memoria (Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8925; Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537).

Servizi pubblici

In generale

Consiglio di Stato, Sez. V, 21 novembre 2011, n. 6127 - Pres. Baccharini, Est. Prospero

Il principio affermato da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, secondo cui anche l'operazione di apertura della busta recante l'offerta tecnica deve svolgersi in seduta pubblica, trova applicazione alle concessioni di servizi pubblici; ed invero l'art. 30 del codice dei contratti pubblici stabilisce che la scelta del concessionario avvenga, tra l'altro, nel rispetto del principio di trasparenza.

L'illegittimità dell'apertura delle buste in seduta riservata travolge l'intera procedura di gara.

Il risarcimento del danno da illegittimità provvedimento può prescindere dall'accertamento della colpa, secondo le recenti conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza comunitaria (Corte Giust. CE, Sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09), ad avviso della quale la direttiva 89/665/CEE in materia di appalti pubblici deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere il risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui

l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'Amministrazione stessa, nonché sull'impossibilità della stessa di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (in termini anche Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193).

[Link al testo della sentenza](#)

Processo amministrativo

Azione di risarcimento

Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6093 - Pres. Piscitello, Est. Amicuzzi

Nel giudizio avente ad oggetto l'esclusione dal procedimento di evidenza pubblica l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, di regola, comporta l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso; nel caso di specie, peraltro, l'aggiudicazione è stata disposta a seguito di provvedimento cautelare del giudice amministrativo (che ha sospeso l'efficacia della sentenza di primo grado), con la conseguenza che la rielezione in sede di merito dell'appello comporta la caducazione dell'ordinanza cautelare, ed in via derivata dei provvedimenti adottati sulla base della sua efficacia, sì da rendere attuale l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione definitiva a fare tempo dalla conoscenza della sentenza stessa.

E' inammissibile la domanda di risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente proposta per la prima volta in appello, risultando altrimenti violato il principio del doppio grado di giudizio e le connesse esigenze di tutela del contraddittorio (in termini Cons. Stato, Sez. IV, 6 luglio 2009, n. 4309; Sez. VI, 17 luglio 2008, n. 3596; Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080; Sez. VI, 1 luglio 2003, n. 3953).

La sentenza di primo grado non contiene alcuna statuizione in merito alla pretesa risarcitoria, con conseguente formazione di giudicato in assenza di appello incidentale.

[Link al testo della sentenza](#)

La sentenza di primo grado non conteneva alcuna statuizione in merito alla pretesa risarcitoria, con conseguente formazione di giudicato in assenza di appello incidentale.

Con riguardo a quest'ultima statuizione, va osservato come Cons. Stato, Ad. Plen., 20 dicembre 2002, n. 8 abbia affermato, facendo applicazione dell'art. 346 del c.p.c., che è ammissibile la domanda risarcitoria riproposta in appello quando la sentenza di primo grado abbia omesso di pronunciarsi su di essa; l'appellato, risultato vittorioso in ordine ad una domanda, non è costretto a cominciare *ex novo* un nuovo giudizio, e neppure a proporre una formale impugnazione incidentale (difettando il presupposto della soccombenza), ma può riproporre in grado di appello la domanda non esaminata, mediante uno scritto difensivo che la richiami esplicitamente e superi la presunzione di rinuncia prevista dal citato art. 346 del c.p.c.

Tale orientamento risulta recepito dall'art. 101, comma 2, del cod. proc. amm., alla cui stregua «si intendono rinunciate le domanda e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti

diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio».

Contratti pubblici nei settori ordinari
Requisiti di partecipazione e di qualificazione
Tassatività delle cause di esclusione

Consiglio di Stato, Sez. V, 24 novembre 2011, n. 6240 - Pres. Trovato, Est. Amicuzzi

E' illegittima l'esclusione dalla gara del concorrente in possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis seppure non correttamente dichiarati (nel caso di specie con riferimento alla dichiarazione di assoggettamento all'obbligo di cui alla legge n. 68 del 1999), alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale che afferma la doverosità, in difetto di esplicite previsioni escludenti, della effettuazione di una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause di esclusione, nella considerazione che l'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 ricollega l'esclusione stessa al mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione.

[Link al testo della sentenza](#)

La sentenza fa applicazione del diffuso orientamento giurisprudenziale sul “falso innocuo” nelle cause soggettive di esclusione dalle gare pubbliche, secondo cui allorché il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti di ordine generale richiesti e la *lex specialis* non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione a seguito della mancata osservanza delle prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione non comporta alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma.

La categoria del falso innocuo, di chiara derivazione penalistica, ricorre, secondo la prevalente giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2010, n. 4436), in caso di inidoneità dell'azione, vale a dire allorché il falso non sia in grado, neppure potenzialmente, di incidere sull'esito della procedura di evidenza pubblica; il richiamo, nella sentenza in esame, all'art. 45 della direttiva 2004/18/CE apre un varco ancora più ampio nell'interpretazione dei requisiti di ordine generale, in quanto detta norma ricollega l'esclusione alle sole ipotesi di grave colpevolezza e di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile allorché il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti prescritti.

Processo amministrativo
Istruzione e prove

Consiglio di Stato, Sez. V, 24 novembre 2011, n. 6237 - Pres. Piscitello, Est. Saltelli

In presenza di un'istruttoria non adempiuta dall'Amministrazione, il giudice amministrativo, in applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 116 del c.p.c., può dare per provati i fatti affermati dal ricorrente, a condizione che tale conclusione non si ponga in contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa; ed invero il comportamento processuale delle parti costituisce un elemento della formazione del libero convincimento del giudice, che può anche giungere a ritenere

ammessi i fatti dedotti a sostegno del ricorso, senza tuttavia che ciò costituisca un effetto automatico e necessitato del non corretto e sleale comportamento delle parti.

I termini stabiliti dal giudice amministrativo per l'espletamento dell'incombente istruttorio, in mancanza di una norma di legge che li qualifichi come perentori, devono considerarsi ordinatori; conseguentemente il ritardo nel deposito della documentazione richiesta assume rilievo solo ai fini del rispetto del principio del contraddittorio, nel senso che la controparte deve essere messa in condizione di esaminare i documenti depositati e di poter svolgere eventualmente le proprie difese.

[Link al testo della sentenza](#)

Il cod. proc. amm. si colloca nella stessa prospettiva, del resto frutto di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, sancendo, all'art. 64, comma 4, che «il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo».

Processo amministrativo Azione di condanna

Consiglio di Stato, Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296 - Pres. Baccarini, Est. Quadri

La domanda di risarcimento del danno è proponibile dinanzi al giudice amministrativo senza necessità della previa azione di annullamento del provvedimento lesivo; ed invero, anche prima dell'entrata in vigore dell'art 30 del cod. proc. amm., la giurisprudenza della Cass., Sez. Un., si era espressa in favore dell'autonomia delle azioni (ordd. nn. 13659, 13660 e 13991 del 13 giugno 2006).

Pur non essendo l'art. 30 del cod. proc. amm. direttamente applicabile ad una fattispecie risalente ad epoca anteriore alla sua entrata in vigore (16 settembre 2010), seguendo l'indirizzo di Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, deve ritenersi estensibile la disciplina da tale norma, ad eccezione del termine di decadenza di centoventi giorni, inapplicabile ratione temporis, in quanto ricognitiva di principi appartenenti ad un quadro normativo precedente all'entrata in vigore del codice.

Deve conseguentemente ritenersi ammissibile, pure in assenza della previa domanda di annullamento dell'atto lesivo, la domanda di ristoro di un danno patrimoniale derivante dalla lesione dell'interesse pretensivo diretto ad ottenere la concessione edilizia scevra da prescrizioni giudicate illegittime, purchè proposta entro il termine quinquennale di prescrizione ai sensi dell'art. 2947 del c.c.

Il giudice amministrativo, al fine di valutare la fondatezza di un'azione di risarcimento, è tenuto ad accertare l'antigiuridicità dell'atto che si assume lesivo, senza che occorra a tale scopo un'esplicita domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto stesso.

E' illegittimo l'atto impositivo di prescrizioni al titolo edilizio la cui illogicità ha reso impossibile la realizzazione del progetto.

Deve considerarsi dimostrato l'elemento della colpa in ragione della negligenza ed imperizia dell'Amministrazione valutabile alla stregua delle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 del c.c. per non avere condotto i necessari approfondimenti istruttori circa l'imposizione delle contestate prescrizioni e per non avere essa dimostrato che l'errore fosse addebitabile a fattori esterni (Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485; 12 febbraio 2010, n. 785; Sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527).

Al fine di escludere il concorso di colpa del creditore non è necessario, in conformità dell'indirizzo espresso da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3 del 2011, il necessario esperimento degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione, in quanto ciò contrasterebbe non solo con la lettera dell'art. 30, comma 3, del cod. proc. amm., che fa riferimento agli "strumenti di tutela" e non già di "tutela giurisdizionale", ma anche con la sua ratio, rinvenibile proprio nell'esclusione della necessità di una previa impugnazione dell'atto ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno patrimoniale.

E' dunque sufficiente che l'Amministrazione sia stata messa in condizione, tramite un apposito "avviso di danno", consistente nell'invito all'autotutela, di ritornare sul proprio atto.

[Link al testo della sentenza](#)

Processo amministrativo Istruzione e prove

Consiglio di Stato, Sez. V, 30 novembre 2011, n. 6237 - Pres. Baccarini, Est. Durante

Il collegamento sostanziale, elaborato in sede giurisprudenziale, e poi recepito a livello normativo, si da trovare attualmente la propria disciplina nell'art. 38, comma 1, lett. m-quater, del codice dei contratti pubblici [alla cui stregua sono esclusi dalla gara i soggetti che si trovino «in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale»] richiede, per essere dimostrato, la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale.

Tali indizi possono anche trarsi da un fatto unico, nel caso di specie costituito dalla identità delle relazioni tecniche allegate alle offerte di tre concorrenti alla gara, trattandosi di circostanza quanto mai probante della circolazione di informazioni tra le ditte interessate, e dunque di un accordo tra le medesime finalizzato ad alterare la segretezza, la serietà ed indipendenza delle offerte stesse.

[Link al testo della sentenza](#)