

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Febbraio 2012

Processo amministrativo. Giurisdizione in generale. Rito del silenzio.

Consiglio di Stato, Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 501 - Pres. Lodi, Est. Puliatti

Poiché la giurisdizione si determina in base alla natura delle situazioni giuridiche soggettive di cui si invoca tutela, allorché il rapporto giuridico sottostante al “silenzio” involge posizioni di diritto soggettivo, tutelabili innanzi al giudice ordinario, è inammissibile il ricorso proposto, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di accertare l’illegittimità dell’inadempimento dell’Amministrazione. Allorché il ricorrente rivolge l’istanza di “provvedere” all’Amministrazione non per sollecitare l’esercizio di poteri autoritativi unilaterali di carattere discrezionale-valutativo, rispetto ai quali si possa configurare l’esistenza di interessi legittimi, quanto piuttosto per l’applicazione di una norma regolamentare (vigente e non contestata), che ha già modificato quantitativamente l’ammontare delle “penali”, della cui mera applicazione si tratta, nell’ambito di un rapporto creditorio-debitorio di tipo paritetico già esistente tra le parti, la situazione soggettiva, che consiste nel “mantenere integro il proprio patrimonio dalla illegittima determinazione della pretesa patrimoniale” con riguardo alle “penali”, è di diritto soggettivo.

[Link al testo sentenza](#)

Nella fattispecie, si impugnavano le ordinanze di recupero crediti, a titolo di penale, nei confronti di una società telefonica, in applicazione di norma del Regolamento comunale Scavi. La società impugnava il silenzio-inadempimento del Comune rispetto all’istanza rivoltagli di dare applicazione alla norma regolamentare transitoria (art. 28), che fa obbligo di rideterminare in misura più favorevole gli importi delle “penali” nei rapporti concessori vigenti, per ritardi occorsi nella riconsegna del suolo pubblico manomesso per la realizzazione di infrastrutture di rete.

La sentenza ha ritenuto che l’interesse del ricorrente avesse consistenza di “diritto soggettivo” alla corretta applicazione delle regole del rapporto intercorrente tra le parti, in ordine alla determinazione della prevista sanzione pecuniaria, e non rientrasse perciò nella giurisdizione amministrativa neppure la conoscenza dell’illegittimità dell’inerzia dell’Amministrazione sull’istanza di provvedere.

In senso difforme cita Cons. St., sez. V, 2 luglio 2010, n. 7323, e Cass., sez. un. 12 ottobre 2011, n. 20939.

Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Provvedimenti di polizia e loro esecuzione.

Consiglio di Stato, sezione III, 1 febbraio 2012, n. 509 - Pres. Cirillo, Est. Palanza

L’acquisizione al patrimonio dello Stato di beni immobili di persone sottoposte a misure di protezione costituisce solamente uno degli strumenti predisposti dalla legge, nell’ambito dello speciale programma di protezione per testimoni di giustizia, di garantire al testimone un tenore di vita non inferiore a quello esistente prima dell’avvio del programma. Sicchè, la misura risponde

alla logica di evitare che gli immobili, a causa delle pressioni mafiose, non possano essere né utilizzati né venduti, e non a quella di ripristinare nel nuovo luogo di residenza un patrimonio immobiliare equivalente a quello del luogo ove è situato l'immobile.

[Link al testo sentenza](#)

Nel caso di specie i componenti di un unico nucleo familiare sottoposto a misure di protezione avevano fatto istanza per ottenere l'acquisizione al patrimonio dello Stato di beni immobili di loro proprietà, richiedendo un prezzo superiore a quello offerto dall'agenzia del demanio sulla base della valutazione del prezzo di mercato.

La sezione ha ritenuto che il prezzo di mercato cui si riferisce l'art 10 della L. n. 92/91 non è quello del nuovo luogo di residenza della famiglia bensì quello del luogo in cui l'immobile si trova. Diversamente, nell'ipotesi in cui- come nel caso di specie, dove il prezzo di mercato degli immobili del nuovo luogo di residenza è di gran lunga superiore a quello del luogo originario- si verificherebbe un arricchimento del nucleo familiare, che va oltre lo scopo della legge, laddove essa prevede altre misure dirette a garantire condizioni di vita equivalenti nella nuova località di residenza, e in particolare le misure di assistenza previste dall'articolo 16 ter, comma 1, lettera b), della L. n. 82/91.

Atto amministrativo. Accesso ai documenti amministrativi.

Consiglio di Stato, Sez. III., 1 febbraio 2012, n. 519 - Pres. Lignani, Est. Palanza

Il diritto di accesso non può essere esercitato per richieste di un numero indeterminato di atti per un ampio periodo di tempo al mero scopo di verificare se un proprio determinato interesse sia stato leso. In tal caso la richiesta di accesso contrasta con il limite stabilito dall'art. 24, comma 3, della L. n. 241/90 che impedisce le forme di accesso finalizzate al controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

[Link al testo sentenza](#)

L' Azienda Sanitaria Unica Regionale – A.S.U.R. Marche impugna la sentenza del T.A.R. Marche che ha accolto il ricorso proposto da una società che opera nel settore del trasporto sanitario per l'annullamento del diniego opposto dalla medesima A.S.U.R. Marche, con prot. 0006921/11, all'istanza di accesso della ricorrente in data 14 marzo 2011 e per all'accertamento del diritto della medesima ricorrente ad accedere a tutti gli atti di affidamento del servizio di trasporto sanitario assunti negli ultimi cinque anni sia attraverso procedure di evidenza pubblica sia senza gara. La richiesta è motivata dal fatto che la stessa società opera in quel settore e la conoscenza di tali documenti è funzionale ad eventuali impugnazioni di atti ancora impugnabili o alla tutela del diritto al risarcimento dei danni per perdita di chance, nel caso in cui tali affidamenti fossero stati disposti senza gara e quindi senza che la ricorrente fosse posta in grado di competere con altri operatori del settore.

La sentenza del Consiglio di Stato accoglie l'appello dell'Amministrazione in quanto la richiesta di accesso contrasta con le disposizioni dell'articolo 24, comma 3, della L. n. 241/90 secondo le quali "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni". La richiesta della società è rivolta ad una indeterminata serie di atti adottati per una specifica finalità in un ampio arco di tempo e in un certo ambito territoriale. La struttura oggettiva della richiesta configura una forma di controllo generalizzato e non quella dell'accesso puntuale ad atti determinati prevista dalla L. n. 241/90. La norma vieta forme di controllo generalizzato anche nei casi in cui sussista un interesse del richiedente. E' evidente che, se

l'esistenza di un interesse legittimasse forme generalizzate di accesso a determinati tipi di atti, verrebbe del tutto svuotato il limite posto dall'art. 24, comma 3. Si legittimerebbero richieste, anche cautelative, volte a verificare "se" e "quante volte" una determinata Amministrazione abbia eventualmente operato ai danni dei richiedenti, ampliando, in modo illimitato, la legittimazione a richiedere l'accesso e la stessa ratio dell'istituto dell'accesso, come definita dalla legge. In base alle argomentazioni di cui ai punti precedenti, si deduce anche che un interesse potenzialmente suscettibile di tutela in sede di accesso agli atti, se collegato ad una richiesta generalizzata di atti, perde il richiesto carattere di strumentalità diretta, attuale e concreta e la idoneità a sostenere la richiesta. Si dà quindi luogo ad una particolare forma di carenza di interesse con riferimento al tipo di richiesta che viene avanzata.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Autotutela.

Consiglio di Stato, Sez. III, 22 febbraio 2012, n. 968 - Pres. Lodi, Est. Puliatti

La deliberazione di "revoca" dell'aggiudicazione di una gara per la fornitura del sistema analitico per indagini di biologia molecolare, correttamente interpretata, costituisce atto discrezionale di annullamento in autotutela allorché sia frutto di una complessiva valutazione da parte dell'azienda della nuova situazione venutasi a determinare successivamente al bando ed al ricorso avverso l'aggiudicazione.

L'interesse che muove l'amministrazione non è la mera ottemperanza dovuta all'ordinanza cautelare, in attesa della definizione del giudizio, ma un più complessivo interesse a ricondurre a legittimità il proprio operato, sia attraverso l'eliminazione dell'atto fortemente sospetto di illegittimità, sia attraverso l'aggiornamento della lex di gara alla situazione di mercato, atteso il lasso di tempo trascorso dall'indizione della prima gara (2008).

[Link al testo sentenza](#)

Il caso

Una concorrente ha impugnato dinanzi al Tar l'aggiudicazione della fornitura del sistema analitico per indagini di biologia molecolare.

La stazione appaltante ha successivamente annullato in autotutela la delibera di aggiudicazione. Avverso tale provvedimento la ricorrente ha proposto motivi aggiunti.

In seguito, per ragioni di urgenza, l'ASL di Bari ha indetto una procedura negoziata per lo svolgimento della medesima fornitura per un periodo massimo di 6 mesi, che la ricorrente si è aggiudicata, rinunciando conseguentemente ai motivi aggiunti proposti nei confronti della deliberazione d'indizione della procedura.

Con la sentenza impugnata, è stato dichiarato improcedibile il ricorso principale, respinti i primi motivi aggiunti e preso atto della rinuncia ai secondi motivi aggiunti.

Con l'atto d'appello il ricorrente ha dedotto l'erroneità e incompletezza della sentenza di primo grado, in quanto avrebbe travisato le ragioni effettivamente poste a base del procedimento di autotutela, da rinvenirsi essenzialmente nel contenzioso pendente, sicché impropriamente il provvedimento di autotutela sarebbe stato considerato atto di "revoca".

L'appellante ha insistito, inoltre, per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno economico derivante in particolare dalla perdita della chance di aggiudicazione dell'appalto. L'appello è stato rigettato.

La decisione.

La deliberazione in autotutela in questione, che l'amministrazione ed il TAR avevano qualificato come "revoca", manifestava invero una duplice volontà dell'ASL: di dare ottemperanza all'ordine del giudice di sospendere gli effetti dell'impugnata aggiudicazione e, insieme, di ricondurre

“complessivamente” a legittimità la gara, sia per non esporsi al probabile esito negativo del giudizio, sia per valutare l’opportunità di apportare modifiche al capitolato tecnico, in base all’innovazione tecnologica eventualmente sopravvenuta, e valutare la possibilità di un risparmio economico, come la sentenza ha evidenziato potersi dedurre anche dai comportamenti successivi tenuti dall’Azienda. La conseguenza è stata quella di ritenere inaccoglibile la domanda dell’indennizzo ai sensi dell’art. 21-*quinquies* l. 241/1990, che l’appellante formulava in via subordinata, che presupporrebbe la mera revoca legittima degli atti di gara, sulla base di una valutazione di opportunità ovvero di una nuova valutazione dell’interesse pubblico sotteso, valutazione che invece “concorre (o meglio, confluisce), nella fattispecie, con l’altra, ben più pregnante, decisione discrezionale di restituire legittimità alla procedura, attesi i rilievi formulati dal TAR”

Contratti pubblici nei settori ordinari. Rito appalti. Sorte del contratto.

Consiglio di Stato, Sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1067 – Presidente Cirillo, Est. Dell’Utri

Legittimamente la stazione appaltante, una volta annullata in sede giurisdizionale l’ammissione a gara della prima e della seconda classificata, dispone l’aggiudicazione in favore della ricorrente terza classificata nella medesima gara giacché, ove alla vittoria nella stessa sede giurisdizionale dovesse conseguire non l’aggiudicazione in favore della parte vittoriosa, ma l’indizione di nuova gara, l’azione svolta resterebbe vanificata; ciò anche in assenza di domanda di declaratoria di inefficacia del contratto o istanza risarcitoria ovvero di subentro da parte della ricorrente, stante l’obbligo dell’amministrazione di conformarsi al giudicato mediante la successiva attività, il cui contenuto non può prescindere dall’effetto caducatorio del contratto stipulato e dall’emissione dei conseguenti atti, tanto che, ove l’amministrazione non si conformi ai principi contenuti in sentenza o non constati le conseguenze giuridiche che ne dipendono, in sede di esecuzione del giudicato il giudice amministrativo ben può sindacare in modo pieno e completo (e satisfattivo per il ricorrente) l’attività posta in essere dall’amministrazione adottando tutte le misure necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza..

Solo nei giudizi introdotti dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 53 del 2010 può ravvisarsi un onere per l’impresa ricorrente di chiedere in sede di impugnazione dell’atto di aggiudicazione una pronuncia in ordine all’inefficacia del contratto ed al proprio subentro, mentre in tutti gli altri casi rimane fermo il potere del giudice di accertare in sede di ottemperanza l’inefficacia del contratto tenendo conto della effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l’aggiudicazione e di subentrare nel contratto.

[Link al testo sentenza](#)

Nella specie, una delle due parti soccombenti nel giudizio sulla gara originaria impugnava l’aggiudicazione alla terza classificata, proponendosi come operatore di settore legittimato a dolersi dell’affidamento alla parte vittoriosa in danno del mercato.

Con la decisione in epigrafe il collegio ha ritenuto che, rinnovata l’aggiudicazione della gara per l’affidamento di servizi a seguito di giudicato di annullamento dell’ammissione dell’originaria aggiudicataria, legittimamente l’amministrazione dispone non il mero subentro nell’esecuzione del servizio della parte vittoriosa, bensì la stipulazione di un altro contratto di durata interamente pari a quello stipulato con la prima aggiudicataria poi estromessa, ciò costituendo il soddisfacimento diretto e pieno dell’interesse fatto valere in giudizio e tenuto anche conto della natura dell’appalto.

In sentenza si precisa che, trattandosi di appalto di servizi, la sua durata è di per sé in linea di massima riproducibile in quanto rispondente ad esigenze perduranti nel tempo della stazione appaltante.

Cfr. Cons. St., sez. III, 17 ottobre 2011 n. 5545 e 11 marzo 2011 n.1570, ivi richiamata.

Processo amministrativo. Istruzione e prove.

Consiglio di Stato, sezione III, 23 febbraio 2012, n. 1069 - Pres. Cirillo, Est. Simonetti

Nel processo amministrativo, in forza del rinvio esterno alle norme del codice di procedura civile contenuto nell'art. 39 c.p.a., deve ritenersi ammissibile il ricorso all'interrogatorio libero delle parti previsto dall'art. 117 c.p.c. quale fonte di convincimento del Giudice e ciò anche in considerazione del fatto che i chiarimenti che il Giudice può sempre chiedere alle parti, ai sensi dell'art. 63 c.p.a., non necessariamente devono rivestire la forma scritta (1).

Il provvedimento di ammonimento adottato dal Questore ai sensi dell'art. 8, comma 2, D.l. 11/09 assolve ad una funzione tipicamente cautelare e preventiva, in quanto preordinato a che gli "atti persecutori" posti in essere contro la persona non siano più ripetuti e non cagionino esiti irreparabili (2).

[Link al testo sentenza](#)

1. Nel caso di specie è stato impugnato un provvedimento di ammonimento emesso dal Questore di Pavia ai sensi dell'art. 8, comma 2, D.l. n. 11/09, in ragione degli atti persecutori che una madre avrebbe posto in essere in danno del figlio. Il TAR in primo grado ha ritenuto di disporre l'interrogatorio libero della madre per una migliore conoscenza dei fatti di causa. Il giudizio si è concluso con l'annullamento del provvedimento del Questore e l'Avvocatura dello Stato ha impugnato la sentenza deducendone la nullità anche a motivo del mezzo istruttorio disposto dal giudice di prime cure, allegando che non potesse ritenersi compatibile con la struttura del processo amministrativo.

La Terza Sezione del Consiglio di Stato, all'esito di un'ampia ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di istruzione nel processo amministrativo e sulla scorta degli indici di diritto positivo vigenti, è pervenuta alla conclusione indicata nella massima.

2. In termini vedi Cons. St., sez. III, 19 luglio 2011, n. 4365 e TAR Brescia, sez. II, 2 ottobre 2009, n. 1726 richiamate in motivazione.