

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DELLA V SEZ. CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Febbraio 2012

Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione. Requisiti di ordine generale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2012, n. 527 - Pres. Piscitello, Est. Saltelli

Solo laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38 del Codice degli appalti, può giustificarsi una valutazione della gravità delle condanne subite da parte del concorrente (sicché questi non potrà essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali, l'esclusione dovendo in tal caso conseguire alla valutazione della loro gravità da parte dell'amministrazione appaltante, con l'ulteriore conseguenza che la dichiarazione del concorrente non potrà essere ritenuta falsa), mentre allorquando il bando non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione, ma imponga l'obbligo di dichiarare tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver ommesso una dichiarazione prescritta dal bando

[Link al testo sentenza](#)

Vd. Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2010, n. 734; Id, 13 luglio 2010, n. 4520; 12 aprile 2007, n. 1723; sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; Id, 4 agosto 2009, n. 4905. La sentenza esclude, inoltre, rilievo al fatto che il certificato del casellario giudiziale non avrebbe dovuto contenere l'annotazione della sentenza di condanna, giusto il disposto dell'art. 5, co., 2 lett. d) del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, come modif. dalla Corte cost., sent. n. 287 dell'8 ottobre 2010. Osserva, infatti, il Collegio che l'eliminazione delle iscrizioni relative a condanne alla pena dell'ammenda, decorsi dieci anni dall'estinzione della pena, ha rilievo ai soli effetti penali e non costituisce, invece, espressione di una valutazione, generale e discrezionalmente operata una volta per tutte dal legislatore, della loro sopravvenuta irrilevanza ad ogni ulteriore effetto.

Processo amministrativo. Spese di lite.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2012, n. 528 - Pres. Poli, Est. Bianchi

La condanna prevista dall'art. 26, co. 2, c.p.a., che non ha natura di sanzione pubblica, va qualificata come indennizzo per il <<danno lecito da processo>>, cioè il nocumento che la parte vittoriosa ha subito per l'esistenza e durata del processo, anche se la controparte non ha agito o resistito in mala fede o senza prudenza (1).

La liquidazione della somma che l'art. 26, co. 2, c.p.a. affida all'equità, intesa nel tradizionale significato di criterio di valutazione giudiziario correttivo o integrativo, teso al contemperamento, nella logica del caso concreto, dei contrapposti interessi rilevanti secondo la coscienza sociale, nel

silenzio della legge, può essere fatta applicando il criterio della <<percentuale sulle spese di lite>> (2).

[Link al testo sentenza](#)

(1) Cons. St., sez. V, 31 maggio 2011, n. 3252.

(2) Nella specie il giudice ha condannato la parte soccombente ad una somma pari a quella liquidata a titolo di refusione delle spese di giudizio.

Concorsi a pubblici impieghi. Commissione giudicatrice.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2012, n. 537 - Pres. Piscitello, Est. Durante

Nel caso di rinnovazione della valutazione dei candidati ad un pubblico concorso a seguito di annullamento giurisdizionale, non è sempre necessaria la nomina di una nuova commissione giudicatrice,

[Link al testo sentenza](#)

In argomento, più diffusamente, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 396, nella quale si evidenzia che la scelta circa la necessità di sostituire o meno una commissione di concorso dopo l'annullamento dei suoi atti non si fonda sull'applicazione necessaria di un preciso comando legislativo, ma comporta la valutazione discrezionale delle circostanze che hanno portato all'annullamento degli atti, sicché occorrerà valutare se le circostanze stesse evidenzino dei problemi tali da diminuire l'autorevolezza dell'organo, e quindi dell'Amministrazione alla quale vengono imputati i suoi atti, sotto i differenti profili dell'imparzialità manifestata e della correttezza delle scelte tecniche adottate.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione. Requisiti di ordine generale

Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2012, n. 540 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Saltelli

Allorché il bando di gara prescriva quale requisito di partecipazione l'iscrizione all'Albo regionale delle Cooperative sociali, è legittima l'ammissione alla gara di una Cooperativa iscritta in un Albo di una regione diversa da quella in cui si trova la stazione appaltante

[Link al testo sentenza](#)

Questa, in sintesi, la motivazione della sentenza.

La l. 8 novembre 1991, n. 381, recante "Disciplina delle cooperative sociali" all'art. 9, rubricato "Normativa regionale" prescrive, al comma 1, che "Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni emanano le norme di attuazione. A tal fine istituiscono l'albo regionale delle cooperative sociali e determinano le modalità di raccordo con l'attività dei servizi socio – sanitari, nonché con le attività di formazione professionale di sviluppo della occupazione" e al comma 2, che "Le regioni adottano convenzioni – tipo per i rapporti tra le cooperative sociali e le amministrazioni pubbliche che operano nell'ambito della regione, prevedendo, in particolare, i requisiti di professionalità degli operatori e l'applicazione delle norme contrattuali vigenti".

L'iscrizione di una cooperativa sociale serve, dunque, a garantire la corrispondenza al tipo indicato dalla legge, quanto allo scopo perseguito, alla sua astratta idoneità di gestire servizi socio – sanitari ed educativi e a svolgere attività diverse finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate ed al suo profilo organizzativo, consentendole quindi di poter stipulare le convenzioni di cui al co. 1 dell'art. 5 della predetta legge. L'iscrizione di una cooperativa sociale nell'Albo regionale determina, quindi, l'effetto, positivo, del riconoscimento della sua obiettiva qualità di cooperativa sociale ai sensi della ricordata legge statale e non ne limita in alcun modo la sua capacità operativa al solo ambito territoriale corrispondente alla regione nel cui Albo essa è stata iscritta. Una simile limitazione – osserva il Collegio - sarebbe contraria alla stessa *ratio* della normativa statale, finalizzata alla disciplina di un fenomeno (quello delle cooperative sociali e dei loro consorzi) di rilievo nazionale.

L'affidamento alle singole Regioni del delicato compito di verificare in capo alle cooperative sociali e ai loro consorzi l'esistenza dei requisiti e delle condizioni astrattamente necessarie per essere riconosciuti come tali, attraverso l'iscrizione nei relativi albi, risponde, infatti, alla considerazione che il livello regionale costituisce l'ambito territoriale ottimale per il corretto, efficiente ed efficace esercizio della delineata funzione di controllo. Ma l'interpretazione della normativa statale nel senso di ammettere una limitazione territoriale dell'operatività delle cooperative sociali e dei loro consorzi all'ambito regionale nel cui albo esse sono iscritte, determinerebbe una patente violazione del principio comunitario di libera circolazione dei servizi (in termini Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6298, secondo cui deve essere disapplicato l'art. 3 L.r. Toscana 28 gennaio 1994, n. 13, che subordina la stipula delle convenzioni fra cooperative e consorzi con enti pubblici alla iscrizione delle predette cooperative all'Albo regionale toscano, per contrasto con gli art. 30, 52 e 59 del Trattato CE), così come l'interpretazione della legge regionale qui in esame (quella abruzzese, la n. 38 del 12 novembre 2004) nel senso di vietare ad una cooperativa sociale non iscritta nell'albo regionale di operare nel proprio territorio regionale farebbe emergere seri dubbi sulla sua costituzionalità con riferimento all'art. 120 Cost., che vieta alle Regioni di adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo l'esercizio delle persone e del diritto al lavoro. Ciò senza contare, poi, che una diversa interpretazione costituirebbe sicura violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, cui deve improntarsi l'affidamento e l'esecuzione dei servizi, secondo quanto predicato dall'articolo 2 del D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, vertendo la controversia proprio in tema di legittimità di affidamento di un servizio all'esito di una procedura ad evidenza pubblica.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Tassatività delle cause di esclusione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2012, n. 546 - Pres. Branca, Est. Amicuzzi

Nel caso in cui la lex specialis preveda, a pena di esclusione, la presentazione di giustificazioni preventive, la clausola non può essere disapplicata dalla stazione appaltante, che ha, quindi, l'obbligo di escludere dalla procedura il concorrente che non l'abbia rispettata, indipendentemente dal fatto che il prezzo offerto possa rivelarsi congruo ad una successiva ed ipotetica verifica.

[Link al testo sentenza](#)

La sentenza in commento riprende l'orientamento recentemente fatto proprio dalla V sezione (negli stessi termini, infatti, Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010 n. 6518; Id, 16 marzo 2010 n. 1530, 2 ottobre 2009, n. 6006. 19 maggio 2009, n. 3068; nonché sez. VI, 2 aprile 2010, n. 1893; Id, 6 marzo 2009, n. 1348; e ancora Tar Brescia, sez. II, 18 maggio 2011, n. 736; TAR Lazio, sez. III, 22 febbraio 2011, n. 1680). ma non del tutto pacifico in giurisprudenza (nel senso, invece, che l'inosservanza dell'obbligo, imposto dalla *lex specialis*, di corredare l'offerta sin dalla sua

presentazione delle giustificazioni preventive, non comporta l'esclusione dalla procedura selettiva, atteso che le giustificazioni preventive non assurgono a requisito di partecipazione alla gara, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva a quella di verifica dell'anomalia e se ed in quanto l'offerta risulti sospetta, avendo esse come unico scopo quello di accelerare il procedimento e consentire alla stazione appaltante una valutazione contestuale dell'insieme delle offerte: Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6904; sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6006; C.G.A., 18 maggio 2005, n. 349; T.A.R. Torino, sez. I, 15 gennaio 2010, n. 226; T.A.R. Perugia, sez. I, 13 maggio 2009, n. 235; e da ultimo, Tar Potenza, sez. I, 15 dicembre 2011, n. 586).

Si aggiunga che la coeva sentenza, sempre della **V, 2 febbraio 2012, n. 551 (Pres. Baccarini, est. Saltelli)** solo in apparenza si discosta dalla n. 546, qui in rassegna, in quanto sebbene richiami l'opposto orientamento (citando espressamente, fra le altre, la decisione della sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6904), decide un caso in cui il bando non prevedeva espressamente l'esclusione.

La questione è, comunque, destinata a perdere rilievo in quanto l'art. 86, co. 5, D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che prevedeva le giustificazioni preventive è stato ormai abrogato dall'art. 4 *quater*, co. 1, lett. b), del D.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, in L. 3 agosto 2009, n. 102. A ciò si aggiunga che il comma 1 *bis* dell'art. 46 del D. lgs. n. 163/06, aggiunto dall'art. 4, co. 2, lett. d), D.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla L. 12 maggio 2011, n. 106, ha normativizzato il principio di tipizzazione delle cause di esclusione.

Servizi pubblici. Servizi pubblici locali.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2012, n. 553 - Pres. Baccarini, Est. Durante

La deroga introdotta dall'art. 23 bis, co. 9, D.l. n. 112/2008, conv. in L. n. 133/08, nel testo riformulato col D.l. n. 135 del 2009, consente alle imprese di partecipare alla prima gara in senso assoluto svolta da ciascun comune, dopo la scadenza del precedente affidamento.

[Link al testo sentenza](#)

Conf. Cons. St., sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651; Id, 12 ottobre 2010, n. 7401; T.A.R. Perugia, 31 maggio 2011, n. 152, che puntualizza che “agli affidatari diretti è consentito concorrere alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, avente ad oggetto i servizi da essi forniti, svolta su tutto il territorio nazionale, e non solamente, dunque, per lo specifico servizio già affidato (come era previsto *ante* novella del 2009)”.

Servizi pubblici. Servizi pubblici locali.

Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 640 - Pres. Baccarini, Est. Chieppa

La deroga prevista dall'art. 23 bis, co. 9, D.l. n. 112/08 che consente la partecipazione ai soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali alla prima gara svolta per l'affidamento del medesimo servizio si applica anche qualora la gara sia stata indetta da un soggetto formalmente diverso rispetto dagli originari affidanti a nulla rilevando anche che la gestione del servizio sia stata accorpata attraverso la costituzione di un Consorzio obbligatorio.

Nella vigenza dell'art. 23 bis, co. 9, D.l. n. 112/08, la partecipazione alla prima gara per l'affidamento dello stesso servizio già affidato è possibile anche in presenza di altri affidamenti in corso, comunque destinati a nuove anticipate scadenze

[Link al testo sentenza](#)

La sentenza in commento si riferisce ad una gara indetta il 28 maggio 2009 e fa, dunque, applicazione dell'art. 23 bis, co. 9, *ante* D.l. 25 settembre 2009, n. 135.

Ambiente. Procedimenti (VIA – VAS – AIA).

Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 655 - Pres. Trovato, Est. Buricelli

Allorché la VIA venga rilasciata con prescrizioni, il termine posto per l'accoglimento delle prescrizioni non è perentorio e, pertanto, la loro accettazione espressa intervenuta oltre il termine stabilito dall'amministrazione non dà luogo a nullità del procedimento, ma solo ad una sua inefficacia temporanea.

[Link al testo sentenza](#)

La sentenza prende in esame l'istituto della nullità dei provvedimenti di autorizzazione o approvazione adottati senza la previa valutazione di impatto ambientale, così come disciplinato dall'art. 4, ult. co., D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nel testo anteriore alle modifiche *ex* D.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4.

Giurisdizione. Appello sulla.

Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656- Pres. Trovato, Est. Caringella

Non è legittimato a sollevare l'eccezione di difetto di giurisdizione in sede d'appello la parte che abbia adito la stessa giurisdizione con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado.

[Link al testo sentenza](#)

Richiamato il testo dell'art. 9 c.p.a, sul c.d. giudicato interno implicito sulla questione di giurisdizione, il Collegio ritiene che a tale approdo ermeneutico si debba giungere, non solo in ragione appunto delle modificate regole processuali che governano la rilevazione del difetto di giurisdizione, ma anche in funzione del principio generale che vieta, anche in sede processuale, ogni condotta integrante abuso del diritto, quale è da ritenersi paradigmaticamente il venire *contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche. Applicando a tal proposito le coordinate ermeneutiche poste dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 15 novembre 2007, n. 23726) e dall'Adunanza Plenaria (decisione 23 marzo 2011, n. 3) la sentenza conferma la vigenza, nel nostro sistema, di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva e conclude affermando che “integra abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione della giurisdizione”.

Processo amministrativo. Azione di risarcimento.

Responsabilità civile della pubblica amministrazione. Colpa e dolo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 661 - Pres. Baccarini, Est. Buricelli

È ammissibile direttamente in sede di ottemperanza davanti al Consiglio di Stato la richiesta di risarcimento del danno per equivalente derivante dalla mancata esecuzione del giudicato. (1)

Il termine di 120 giorni di cui al citato art. 30, co. 5, inizia a decorrere dalla entrata in vigore del codice del processo (16 settembre 2010),

In materia di appalti pubblici di lavori, il diritto a ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice non può essere subordinato al carattere colpevole della violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa nazionale sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, presunzione vincibile soltanto attraverso la dimostrazione della scusabilità dell'errore.(2)

[Link al testo sentenza](#)

(1) Il rilievo secondo cui l'azione di danni proposta direttamente in sede di ottemperanza davanti al Consiglio di Stato sarebbe inammissibile perché verrebbe a mancare un grado di giudizio è ritenuto infondato dal Collegio sulla base di un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo va osservato che il principio del doppio grado di giudizio di cui all'art. 125 Cost. comporta soltanto l'impossibilità di attribuire al Tar competenze giurisdizionali in unico grado, non potendo l'art. 125 Cost. comportare l'inverso, perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado (Corte cost., ord. n. 395 del 1988; sent. n. 8 del 1982). In secondo luogo, il risarcimento del danno per equivalente costituisce un *minus* rispetto alla reintegrazione in forma specifica, sicché la relativa richiesta è implicita nella domanda giudiziale di reintegrazione in forma specifica (Cass., sez. III, 21 maggio 2004, n. 9709).

(2) Giurisprudenza comunitaria e, in particolare, sentenza CGUE, sez. III, 30 settembre 2010 – causa C-314/2009 – Stadt Graz.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione. Requisiti di ordine generale. Tassatività delle cause di esclusione. Deferimento all'Adunanza Plenaria.

Consiglio di Stato, Sez. V, (ord.) 14 febbraio 2012, n. 711 - Pres. Trovato, Est. Gaviano

Va deferita all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione se in caso di cessione d'azienda antecedente alla partecipazione alla gara sussiste in capo all'impresa cessionaria l'obbligo di presentare le dichiarazioni ex art. 38 D.lgs. n. 163/06 in ordine alla posizione della cedente.

[Link al testo dell'ordinanza](#)

Nel caso in esame la controinteressata aggiudicataria aveva proposto ricorso incidentale nel quale, tra l'altro, rilevava che la ricorrente, seconda classificata, aveva ommesso di produrre l'attestazione di insussistenza di cause di esclusione ex art. 38, co. 1, lett. c, D. lgs. n. 163/06 in capo agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza di una s.r.l., la cui azienda era stata ceduta ad una ditta individuale e da quest'ultima di seguito conferita alla stessa società ricorrente.

Il ricorso incidentale veniva respinto dal T.A.R. sul presupposto che “*in caso di cessione d'azienda antecedente alla partecipazione alla gara non sussiste uno specifico obbligo dichiarativo in ordine ai requisiti soggettivi della cedente riferita sia agli amministratori e direttori tecnici, in quanto l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 richiede il possesso e la dimostrazione dei requisiti generali di partecipazione solo in capo al soggetto concorrente; ne discende che, in assenza del censuato*

obbligo e siccome la cessione di azienda comporta non una successione a titolo universale del cessionario al cedente, bensì una successione nelle posizioni attive e passive relative all'azienda tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica, non può essere esclusa l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato le dichiarazioni sostitutive in ordine alla posizione della cedente”.

L'ordinanza dà atto che la decisione appellata si uniforma all'orientamento già più volte espresso sul tema dalla sezione (sentt. 21 maggio 2010, n. 3213 e 15 novembre 2010, n. 8044), ma si fa carico della recente diffusione di un orientamento difforme seguito in particolare dal C.G.A. (sentt. 4 febbraio 2010, n. 101, 6 maggio 2008, n. 389 e 29 maggio 2008, n. 471), ed anche dalla VI e III sez. del Consiglio di Stato (sentt., rispettivamente, 4 maggio 2011, n. 2662 e 13 giugno 2011, n. 3580), secondo cui la posizione dell'amministratore con poteri di rappresentanza, quella del titolare o del direttore tecnico dell'azienda – o suo ramo - ceduta ad altra impresa, in seguito partecipante ad una gara pubblica, sarebbe assimilabile a quella del soggetto che sia cessato da posizioni analoghe all'interno della stessa impresa partecipante alla gara.

Il Collegio, pur condividendo spirito e scrupolo che animano tale orientamento, ossia quello di evitare, attraverso fittizie operazioni di cessione, l'elusione della normativa sui requisiti delle imprese partecipanti alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, dubita, con dovizia di argomenti, che una simile impostazione possa dirsi rispettosa dell'art. 38 cit., che si inserisce nel contesto di una disciplina pur tanto approfondita e, soprattutto, articolata secondo una tecnica che si presenta ispirata a criteri di tassatività e di rigore testuale e formale, piuttosto che di “valore”.

Nel deferire così la materia all'Adunanza Plenaria prospetta, proprio dando atto della serietà delle preoccupazioni che hanno ispirato le pronunzie diversamente orientate, l'ipotesi che una forzatura del testo letterale della normativa in esame sia sostenibile, piuttosto che adducendo *a priori* un astratto quanto generale pericolo di elusione, solo, al limite, dopo avere accertato in concreto l'effettivo rischio di una operazione elusiva, e limitatamente, appunto, ai casi in cui questa davvero emerga.

Comuni e Province. Assessore comunale. Revoca.

Consiglio di Stato, Sez. V, 16 febbraio 2012, n. 803 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Franconiero

L'atto di revoca degli assessori degli enti territoriali non ha natura politica, in quanto non è libero nella scelta dei fini, ma è ampiamente discrezionale; il merito delle opzioni politiche sottese alla scelta operata dal vertice istituzionale (ed in particolare dal Sindaco) è rimesso unicamente alla valutazione dell'organo consiliare di controllo, cui il provvedimento va comunicato ai sensi dell'art. 46 del T.u.e.l., e che potrebbe opporsi tramite una mozione di sfiducia.

Stante la natura discrezionale del provvedimento di revoca, la relativa motivazione può basarsi sulle più ampie valutazioni di opportunità politico-amministrativa, avendo ad oggetto un incarico fiduciario.

Il controllo giurisdizionale nella materia in questione è limitato a profili puramente formali, concernenti: a) la violazione di specifiche disposizioni normative dettate per la nomina e la revoca degli assessori; b) la manifesta abnormità e discriminatorietà del provvedimento oggetto di impugnativa.

[Link al testo sentenza](#)

Conf. Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1053

Giurisdizione. Contributi ed agevolazioni.

Consiglio di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2012, n. 879 - Pres. Trovato, Est. Amicuzzi

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia avente ad oggetto la domanda di compensazione economica a titolo di contributo dovuto per l'assolvimento degli obblighi di servizio di trasporto pubblico, in quanto nella materia de qua l'Amministrazione non dispone di alcun potere discrezionale

[Link al testo sentenza](#)

Vd. Cons St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7530; Cass., sez. un., 11 gennaio 2011, n. 397.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Operatori economici. Ati. Modificazione soggettiva.

Consiglio di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2012, n. 888 - Pres. Trovato, Est. Lotti

Il divieto di modificazione soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara, ma, piuttosto, quello di consentire alla Stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti partecipanti e, correlativamente, di precludere variazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque in grado di precludere le suddette verifiche preliminari.

Tale essendo il fondamento del principio, le uniche modificazioni soggettive elusive sono quelle che portano all'aggiunta od alla sostituzione delle imprese partecipanti, e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento.

La soluzione è peraltro postulabile a condizione che l'Amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, abbia già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese; il che non può dirsi nel caso di specie, in cui il recesso è avvenuto prima dell'espletamento del controllo, impedendo che si potesse applicare una sanzione all'operatore economico partecipante.

In tale evenienza si verifica una violazione della par condicio dei concorrenti, atteso che il recesso è avvenuto per eludere la legge di gara, ed in particolare per evitare la sanzione dell'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'A.T.I., che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

Ovviamente, il recesso di un'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non vale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta, in ragione della presenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente

[Link al testo sentenza](#)

In punto di fatto, la vicenda è caratterizzata dalla partecipazione ad un procedimento di gara di una società componente di un'A.T.I., il cui legale rappresentante ha prodotto una dichiarazione di non avere riportato condanna penale irrevocabile, poi risultata non veritiera dal certificato del casellario giudiziario. La società è quindi receduta dalla costituzione dell'A.T.I. subito dopo il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, con il quale è stato disposto l'accertamento dei requisiti generali di ammissione alla procedura, e prima della verifica degli stessi. Sull'ultima massima cfr. Cons. St., sez. V, 28 settembre 2011, n. 5406.

Processo amministrativo. Tutela cautelare.

Consiglio di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2012, n. 909 - Pres. Trovato, Est. Durante

Non è fondata la censura con la quale si deduce l'illegittimità del provvedimento di esclusione da una procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica nell'assunto che sia stato adottato in pendenza del decreto presidenziale che aveva ammesso con riserva alla gara la società.

Ed invero la misura cautelare monocratica è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza di provvedimento cautelare è sottoposta, alla prima camera di consiglio utile; nel caso di specie la società ricorrente, ottenuto il decreto presidenziale, alla fissata camera di consiglio aveva chiesto la cancellazione della causa dal ruolo, con conseguente perdita di efficacia del provvedimento.

[Link al testo della sentenza](#)

**Processo amministrativo. Rito appalti. Sorte del contratto.
Giurisdizione.**

Consiglio di Stato, Sez. V, 21 febbraio 2012, n. 932 - Pres. Piscitello, Est. Quadri

La disciplina introdotta dal D.lgs. n. 53/10, e poi trasfusa nell'art. 122 c.p.a. comporta il potere del giudice amministrativo di pronunciarsi in ordine all'inefficacia del contratto, con estensione della giurisdizione esclusiva; ne consegue che il sindacato sulla sorte del contratto determina, all'esito della decisione di annullamento dell'aggiudicazione, un assetto del rapporto contrattuale, nel senso della sua inefficacia o del suo mantenimento, che le parti sono obbligate ad osservare e di cui devono tenere conto nei successivi comportamenti.

Peraltro non può accedersi alla tesi per cui il giudicato formatosi in ordine alla sorte del contratto produca un obbligo conformativo oltre la fase del perfezionamento del vincolo contrattuale e del momento genetico del rapporto, condizionando l'ulteriore fase dell'esecuzione ed impedendo il verificarsi di eventi modificativi od estintivi del rapporto.

Inoltre l'estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto non comporta alcuna deroga alla regola della devoluzione al giudice ordinario, quale giudice dei diritti, del sindacato sulle controversie afferenti la fase contrattuale dell'esecuzione, successiva alla stipulazione, in cui P.A. e privato si trovano in posizione paritetica e le cui rispettive situazioni soggettive sono qualificate come diritti ed obblighi.

Rilevata l'ininfluenza del giudicato sulla sorte del contratto in ordine alle successive vicende risolutorie, attinenti la fase dell'esecuzione, va dichiarato il difetto di giurisdizione sull'esercizio della clausola risolutiva espressa, e le parti vanno rimesse dinanzi al giudice ordinario, in applicazione dell'istituto della translatio iudicii.

[Link al testo della sentenza](#)

**Processo amministrativo. Appello.
Processo amministrativo. Pluralità di riti.
Processo amministrativo. Termini.
Processo amministrativo. Rito elettorale.**

Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Poli

E' inammissibile, ai sensi dell'art. 101, comma 1, c.p.a., la riproposizione pura e semplice di tutti i motivi posti a fondamento dei ricorsi di primo grado, in quanto violativa del cogente principio di specificità delle censure proponibili contro i capi della sentenza gravata (1).

In caso di cumulo di azioni disciplinate da riti diversi (uno ordinario, ed uno speciale, o più speciali) trova sempre applicazione, ai sensi dell'art. 32, co. 1, il rito ordinario; tale rito non è applicabile, in via eccezionale, solo quando una delle controversie sia regolata dal rito abbreviato sancito dagli artt. 119-125; ne consegue che l'applicazione preferenziale del rito ordinario comporta l'estensione delle relative regole processuali, e dei relativi termini, anche alle domande che in astratto sarebbero soggette, se proposte da sole, ad un rito speciale (2)

Ai fini della costituzione in giudizio della parte intimata, il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 46, comma 1, c.p.a. non ha carattere decadenziale, essendo posto a tutela della parte intimata; la costituzione in giudizio non può peraltro intervenire oltre il termine di trenta giorni (computato a ritroso dalla data di celebrazione dell'udienza di discussione) individuato dall'art. 73, comma 1, c.p.a.. per il deposito delle memorie difensive illustrative, avente carattere perentorio in quanto espressivo di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice; la violazione dei termini sanciti dal predetto art. 73, comma 1, conduce all'inutilizzabilità processuale degli atti di costituzione in giudizio e delle memorie, con conseguente inammissibilità delle domande, eccezioni in senso stretto e prove colà introdotte.

L'art. 129 c.p.a. ha introdotto, nel micro sistema del contenzioso elettorale riferibile ai soli enti territoriali, un regime facoltativo di tutela immediata avverso i provvedimenti di esclusione delle liste elettorali, scandito da ritmi serratissimi, che evidenziano l'assoluta specialità della procedura (sia rispetto al paradigma del processo ordinario di cognizione, sia rispetto al rito elettorale comune avente ad oggetto la proclamazione degli eletti).

Litisconsorti necessari in tale giudizio sono tutti i candidati delle liste fino a quel momento ammesse, che potrebbero subire pregiudizio dalla presenza nella competizione elettorale di un'ulteriore lista; il ricorso va loro notificato alla duplice condizione che essi siano effettivamente rintracciabili e solo "ove possibile"; per compensare il vulnus che potrebbe essere arrecato al principio del contraddittorio, la norma dispone che l'ufficio che ha proceduto all'esclusione renda pubblico il ricorso mediante affissione di una sua copia integrale in appositi spazi all'uopo destinati sempre accessibili al pubblico e siffatta pubblicazione ha valore di notifica per pubblici proclami per tutti i controinteressati.

In materia elettorale, ed in particolare nel giudizio anticipato sull'esclusione delle liste, il giudicato produce effetti erga omnes, conformemente alla natura popolare della relativa azione; con riguardo ai limiti oggettivi del giudicato va riconosciuto che trova un limite nella retta applicazione del principio del "dedotto e del deducibile"; in particolare, il giudicato di rigetto impedisce alla lista esclusa di proporre un nuovo ricorso successivamente alla proclamazione degli eletti, mentre il giudicato di accoglimento del ricorso avverso il provvedimento di esclusione, avendone assodata l'illegittimità solo per le ragioni poste a base della ricusazione, non impedisce, successivamente alla proclamazione degli eletti, l'impugnativa dell'ammissione per vizi diversi.

[Link al testo della sentenza](#)

(1) Cons. St., Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

(2) Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 996.

Processo amministrativo. Rito abbreviato comune. Appello. Termini.

Consiglio di Stato, Sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1188 - Pres. Baccarini, Est. Poli

Al giudizio di appello instaurato successivamente all'entrata in vigore del c.p.a. (16 settembre 2010) si applica il medesimo codice, in quanto il termine lungo di impugnazione è maturato interamente dopo l'entrata in vigore del codice.

In ogni caso costituisce ius receptum che al processo amministrativo si applichi l'art. 327 c.p.c. che, successivamente alla novella introdotta dalla L.n. 69/09, ha stabilito un termine lungo di impugnazione di sei mesi.

Nelle materie assoggettate al rito abbreviato di cui all'art. 119 c.p.a. anche il termine lungo di sei mesi è dimezzato.

[Link al testo della sentenza](#)

**Contratti pubblici nei settori ordinari. Bandi, avvisi, inviti.
Processo amministrativo. Rito appalti. Sanzioni alternative.**

Consiglio di Stato, Sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1189 - Pres. Piscitello, Est. Prospero

In caso di cottimo fiduciario, allorché la lex specialis faccia rinvio all'art. 83 D.lgs. n. 163/06, si determina un vincolo per l'Amministrazione alla predeterminazione ex ante dei criteri generali di valutazione delle offerte tecniche.

Il rispetto del principio del contraddittorio ai sensi dell'art. 123, co. 2, c.p.a.. nell'applicare le sanzioni alternative alla dichiarazione di inefficacia del contratto, non implica che il giudice amministrativo debba fissare un'ulteriore udienza pubblica, trovando comunque applicazione la disposizione di cui all'art. 73, co. 3.

La mancanza di domanda di parte per l'irrogazione di sanzioni alternative non è costituzionalmente illegittima, costituendo le stesse un minus rispetto alla dichiarazione di inefficacia totale del contratto.

Non sussiste nell'ordinamento una riserva di amministrazione generale relativa alle sanzioni, per cui l'affidamento al giudice amministrativo delle sanzioni alternative resta nel campo della discrezionalità legislativa.

[Link al testo della sentenza](#)