

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Maggio 2012

ACCESSO AI DOCUMENTI – DIRITTO DI ACCESSO

Consiglio di Stato, Sez. III, 4 maggio 2012 n. 2559, Pres. Cirillo, Est. Palanza

1. Sussiste la piena legittimazione delle organizzazioni sindacali ad azionare il diritto di accesso, sia iure proprio, sia a tutela di interessi giuridicamente rilevanti della categoria rappresentata, purché esso non configuri una forma di preventivo e generalizzato controllo dell'intera attività dell'Amministrazione datrice di lavoro.

2. L'esercizio del diritto di accesso costituisce, rispetto ai diritti di informazione riconosciuti per legge al sindacato, uno strumento del tutto autonomo, anche se legittimato dallo stesso tipo di interesse e dalla stessa ratio che sostiene le norme sul diritto di informazione. L'esistenza di queste dimostra che sussiste un interesse specifico e proprio del sindacato, del tutto distinto da quello che i singoli associati potrebbero far valere, in quanto si tratta di un interesse che va oltre quello dei propri associati, tutelando non solo i propri iscritti, ma anche i non iscritti.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Uno dei sindacati maggiormente rappresentativi del personale della Polizia proponeva ricorso al Tar del Lazio, sezione di Roma, per ottenere l'accertamento del suo diritto ad accedere alla documentazione concernente i provvedimenti di assegnazione temporanea del personale di Polizia, disposta ai sensi dell'art. 7 del D.P.R. n. 254/1999. Il Tar accoglieva il ricorso, rilevando che la Federazione ricorrente aveva titolo per pretendere di essere preventivamente informata sulla cd. mobilità esterna e che l'istanza di accesso era motivata da un interesse proprio del sindacato, il quale era venuto a conoscenza di rinnovi plurimi di assegnazioni temporanee disposti a favore del personale di Polizia iscritto ad altre organizzazioni sindacali, ma non egualmente riservato ai propri iscritti. Inoltre, secondo il Tar, la richiesta di accesso era conforme alla L. n. 241/1990 e non sussistevano, in concreto, limiti all'esercizio di tale diritto.

Il Ministero dell'Interno ha appellato la sentenza sotto più profili. In primo luogo, per avere assimilato il diritto all'informazione con il diritto di accesso, quest'ultimo avrebbe una configurazione più ampia, in quanto avente ad oggetto atti suscettibili di spiegare effetti diretti o indiretti nei confronti di interessi personali e concreti del richiedente. In secondo luogo, il sindacato non sarebbe legittimato ad accedere ai documenti afferenti i singoli dipendenti, ma tale diritto sarebbe attribuito solo ai singoli dall'art. 24 del D.P.R. n. 254/1999. Inoltre, la richiesta del sindacato si tradurrebbe in una forma di controllo generalizzato sull'operato della P.A., inammissibile ai sensi dell'art. 24, comma 3, della L. n. 241/1990.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello, confermando la sentenza impugnata.

La decisione

La sentenza ha confermato la piena legittimazione delle organizzazioni sindacali ad azionare il diritto di accesso sia *iure proprio*, sia a tutela di interessi giuridicamente rilevanti della categoria rappresentata. Sotto questo profilo, come statuito da altre pronunce del Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 1351/2009 e n. 24/2010), va riconosciuto il diritto di accesso a tutela di interessi collettivi e diffusi, con il limite che esso non giustifica un diritto generalizzato ed onnicomprensivo alla conoscenza di tutti i documenti del gestore di un servizio. Occorre, in concreto, verificare se sussiste un interesse collettivo del sindacato ad azionare il diritto di accesso. In negativo, invece, l'istanza non deve ad un controllo generalizzato sull'*agere* amministrativo e non deve sussistere il limite rappresentato dall'esigenza di tutelare il diritto alla riservatezza delle persone interessate.

Sotto il profilo della legittimazione attiva del sindacato, la pronuncia in esame ha chiarito la differenza tra il diritto all'informazione (riconosciuto espressamente ai sindacati con riferimento alle assegnazioni temporanee del personale di Polizia, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del citato D.P.R. n. 254/1999, nonché con riferimento ai criteri di mobilità del personale, ai sensi dell'art. 24 dello stesso Decreto) ed il diritto di accesso. Quest'ultimo, infatti, costituisce uno strumento del tutto autonomo, anche se è legittimato dallo stesso tipo di interesse e dalla stessa *ratio* che sostiene le norme sul diritto di informazione. Inoltre, si tratta di un interesse collettivo, proprio del sindacato e distinto da quello dei singoli associati, in quanto riguarda la verifica dell'osservanza di criteri oggettivi attraverso il confronto di una pluralità di casi e l'esame di singole situazioni anomale alla luce dei criteri fissati.

Sotto il profilo della sussistenza di limiti all'esercizio del diritto in questione, la pronuncia ha escluso che la richiesta configuri una forma di controllo generalizzato e, con riferimento ai diritti di riservatezza, ha confermato la sentenza di primo grado, la quale aveva disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati, destinatari dei provvedimenti di assegnazioni temporanee, puntualizzando altresì che l'accesso dovrà essere esercitato con modalità tali da tutelare i dati sensibili di questi soggetti.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – REQUISITI DI ORDINE GENERALE

Consiglio di Stato, Sez. III, 7 maggio 2012 n. 2607, Pres. Cirillo, Est. Cacace

1. *L'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 rappresenta una norma dettata a presidio dell'interesse dell'Amministrazione di non contrarre con soggetti che non garantiscano adeguata moralità professionale, per cui la gravità del reato deve essere apprezzata con riferimento all'idoneità della condotta penalmente illecita posta in essere, a ledere valori e beni giuridici, al cui rispetto e tutela deve essere improntata la condotta del concorrente ad un appalto pubblico, in forza dell'inderogabilità dei valori stessi nel settore dei contratti pubblici.*

2. *Il reato di aggio finanziario, trattandosi di illecito di "market abuse", anche se posto in essere da un soggetto "a titolo personale", non può non refluire sull'attività professionale di una società che, in quanto operante nel mercato e per il mercato dei contratti pubblici, deve garantire alla P.A., con la quale aspira a contrarre, quella affidabilità di assoluto rispetto delle regole della concorrenza che la condanna smentisce o quanto meno non è in grado di assicurare.*

3. *L'art. 12 del D.Lgs. n. 163/2006 disegna una chiara ipotesi di silenzio significativo, sì che con il decorso di detto termine si forma un provvedimento tacito di approvazione del contratto, suscettibile di essere rimosso dall'ordinamento solo mediante un provvedimento di riesame, da adottarsi nell'esercizio della potestà di autotutela della P.A., con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico attuale alla sua eliminazione, con comparazione di tale interesse con quello*

contrapposto dell'aggiudicatario, previa valutazione della ragionevole durata del tempo intercorso.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

La società aggiudicataria di una gara per l'affidamento del servizio di pulizia ha impugnato gli atti e i provvedimenti con cui il Ministero dell'Interno aveva annullato l'aggiudicazione a suo favore e negato l'approvazione del contratto, nonché disposto l'affidamento a beneficio della seconda classificata, in quanto era emersa una condanna per il reato di aggioaggio a carico del rappresentante legale della società. Il Tar ha accolto il ricorso, statuendo che la condanna per aggioaggio fosse irrilevante ai fini dell'art. 38 del Codice, perché subita dal legale rappresentante a titolo "personale", inoltre la stessa non presentava alcuna attinenza con l'attività di pulizia oggetto dell'affidamento nonché con l'attività della società. Di conseguenza, il Tar annullava il diniego di approvazione del contratto e il decreto di aggiudicazione definitiva al secondo classificato.

L'appello proposto dall'Amministrazione veniva respinto dal Consiglio di Stato, confermando la sentenza impugnata, pur con diversa motivazione.

La decisione

La pronuncia, occupandosi dei presupposti per configurare la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice (in particolare, l'esclusione disposta per la pronuncia di una condanna definitiva per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale), ha chiarito che la gravità del reato deve essere valutata in relazione alla sua incidenza sulla moralità professionale del concorrente. L'art. 38 del Codice rappresenta una norma dettata a presidio dell'interesse dell'Amministrazione di non contrarre con soggetti che non garantiscano adeguata moralità professionale, per cui, più che con riferimento all'ambito professionale imprenditoriale del singolo o la relazione del reato con l'oggetto dell'affidamento, la gravità del reato deve essere apprezzata con riferimento all'idoneità della condotta penalmente illecita posta in essere, a ledere valori e beni giuridici, al cui rispetto e tutela deve essere improntata la condotta del concorrente ad un appalto pubblico, in forza dell'inderogabilità dei valori stessi nel settore dei contratti pubblici. Sotto questo profilo, non può ritenersi incongrua, nel caso di specie, la valutazione compiuta dall'Amministrazione circa l'incidenza sulla moralità professionale del reato di aggioaggio finanziario. Si tratta di una fattispecie di reato posta a tutela della concorrenza, che punisce le condotte idonee ad alterare il gioco normale tra domanda ed offerta nel mercato e che, introducendo un elemento fraudolento, alterano i comportamenti degli operatori. Trattandosi di illecito di "market abuse", anche se posto in essere da un soggetto "a titolo personale" (come statuito nella sentenza di primo grado) non può non refluire sull'attività professionale di una società che, in quanto operante nel mercato e per il mercato dei contratti pubblici, deve garantire alla P.A., con la quale aspiri a contrarre, quella affidabilità di assoluto rispetto delle regole della concorrenza che la condanna smentisce o quanto meno non è in grado di assicurare.

Alla valutazione di gravità del reato in astratto (avuto riguardo alla natura del bene giuridico protetto dalla norma penale), l'Amministrazione deve affiancare una valutazione in concreto, considerando la vicenda complessiva in cui si inserisce la condanna. Nella specie, per il tempo breve decorso dalla sua commissione, per le poste oggetto di confisca, per la mancanza di atti di dissociazione della società, il reato *de quo* era sufficiente a minare il rapporto fiduciario con l'Amministrazione.

Il Consiglio di Stato conferma, invece, la sentenza di primo grado, con riferimento all'annullamento del diniego di approvazione del contratto, ritenuto illegittimo perché adottato oltre il termine di trenta giorni dalla stipula del contratto, posto che, ai sensi dell'art. 12, comma 2 e 3 del D.Lgs. n. 163/2006, trascorso tale termine il contratto deve intendersi tacitamente approvato.

Secondo il Collegio, tale disposizione disegna una chiara ipotesi di silenzio significativo, sì che con il decorso di detto termine si forma un provvedimento tacito di approvazione del contratto, suscettibile di essere rimosso dall'ordinamento solo mediante un provvedimento di riesame, da adottarsi nell'esercizio della potestà di autotutela della P.A., con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico attuale alla sua eliminazione, con comparazione di tale interesse con quello contrapposto dell'aggiudicatario, previa valutazione della ragionevole durata del tempo intercorso. Nel caso di specie, in realtà, nella condotta inerte dell'amministrazione erano unicamente ravvisabili gli estremi di un provvedimento tacito di approvazione. Né potrebbe essere sostenuto, come dedotto dall'Amministrazione appellante, che, ai sensi dell'art. 11, comma 11 del Codice, il contratto richieda per la sua operatività l'approvazione dell'organo competente (prevedendo una condizione sospensiva del negozio), la quale, in caso di diniego dell'approvazione, opererebbe quale condizione risolutiva. Sotto questo profilo, la pronuncia in esame chiarisce che, se da un lato, l'art. 12 del Codice vale inequivocabilmente a qualificare il silenzio protrattosi oltre il trentesimo giorno dalla stipula come provvedimento tacito di approvazione, dall'altro, non offre alcun elemento né letterale né logico-sistematico che consenta di ravvisare in siffatto comportamento inerte dell'Amministrazione un contegno idoneo a trasmutare una condizione inizialmente sospensiva in una condizione risolutiva.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI - AGGIUDICAZIONE PROCESSO AMMINISTRATIVO – RICORSO INCIDENTALE

Consiglio di Stato, Sez. III, 7 maggio 2012 n. 2613, Pres. Cirillo, Est. Cacace

- 1. L'Amministrazione soccombente in primo grado che vuole far valere l'erroneità della sentenza ha l'onere di proporre appello e non ha, invece, alcuna legittimazione, quale parte principale e necessaria del giudizio di primo grado, ad assumere, nel giudizio di impugnazione, una posizione adesiva di mero interveniente, dal momento che anche quest'ultima, pur senza integrare il thema decidendum, è in realtà volta in ogni caso a rimuovere una situazione di soccombenza "principale" sancita dal "decisum" di primo grado.*
- 2. L'impresa non aggiudicataria ha non l'onere, ma la semplice facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, in ogni caso gravando sul soggetto che, pur non essendovi tenuto, abbia impugnato immediatamente ed in via autonoma il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, l'onere ulteriore di impugnare, in un secondo momento, anche l'aggiudicazione definitiva. In tal caso, il perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva si riduce agli eventuali vizi propri di detto ultimo atto o, al più, ai vizi di nuovi atti del procedimento, sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria.*
- 3. Nella misura in cui il titolo di legittimazione all'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria deriva al ricorrente principale dalla sua ammissione alla gara sfociata in quell'aggiudicazione, l'interesse del controinteressato a reagire con ricorso incidentale a detta impugnazione per negare la sussistenza di quel titolo nasce, per effetto della scelta difensiva operata dal ricorrente principale di impugnare appunto l'aggiudicazione provvisoria, con la notifica del ricorso principale, che vale a fissare ineluttabilmente il momento delle scelte, utili alla tutela della sua situazione giuridica, anche per il controinteressato.*
- 4. Il ricorso incidentale assume un contenuto complesso e, sia pure innestato nella matrice comune della "difesa attiva", non può risentire, pena l'abuso dello strumento processuale a scapito delle controparti, delle preclusioni che gravano sul ricorrente principale una volta che si sia avvalso della facoltà di impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria.*
- 5. L'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara circa le modalità di presentazione delle offerte implica sempre l'esclusione dalla gara in presenza di una espressa ed inequivoca previsione*

e comminatoria in tal senso, non essendo consentito al giudice amministrativo di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione che ha predisposto la lex specialis dal momento che il cd. criterio teleologico delle norme ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello letterale.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Un R.T.I. ha proposto appello avverso la sentenza del Tar Puglia che, su ricorso della seconda classificata, aveva annullato l'atto di ammissione della sua offerta alla procedura, nonché i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva disposti in suo favore. La sentenza veniva censurata sia nella parte in cui aveva dichiarato la tardività del ricorso principale proposto dall'aggiudicatario (in quanto proposto decorsi sessanta giorni dalla notifica dei motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva e non dalla notifica del ricorso contro l'aggiudicazione provvisoria), sia nella parte in cui aveva accolto il primo motivo del ricorso principale.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

La decisione

Preliminarmente il Consiglio di Stato ha dichiarato l'inammissibilità della costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria, in quanto, con un semplice atto non notificato alle altre parti, ha contestato la sentenza di primo grado, assumendo una posizione adesiva rispetto a quella dell'aggiudicataria controinteressata, senza formulare appello incidentale. La pronuncia in esame ha statuito che l'Amministrazione soccombente in primo grado che vuole far valere l'erroneità della sentenza, ha l'onere di proporre appello e non ha, invece, alcuna legittimazione, quale parte principale e necessaria del giudizio di primo grado, ad assumere, nel giudizio di impugnazione, una posizione adesiva di mero interveniente, dal momento che anche quest'ultima, pur senza integrare il *thema decidendum*, è in realtà volta in ogni caso a rimuovere una situazione di soccombenza "principale" sancita dal "*decisum*" di primo grado.

Nel merito dell'appello, la pronuncia in esame, investita della questione relativa alla tardività o meno di un ricorso incidentale proposto decorsi sessanta giorni dalla notifica dei motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva, e non a seguito dell'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, ha chiarito, da un lato, il rapporto tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, dall'altro, il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel caso in cui il ricorrente principale si sia avvalso della facoltà di impugnare l'aggiudicazione provvisoria.

Per quanto concerne il primo profilo, ovvero il rapporto tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, la pronuncia dà atto che, secondo un costante orientamento giurisprudenziale, l'aggiudicazione provvisoria di un appalto o di un servizio pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, come tale idoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non sia risultata vincitrice, con la conseguenza che l'impresa non aggiudicataria ha non l'onere, ma la semplice facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria. Tuttavia, nel caso in cui il ricorrente opti per l'impugnazione immediata ed autonoma dell'aggiudicazione provvisoria, costui ha l'onere di impugnare, in un secondo momento, anche l'aggiudicazione definitiva. Ed invero, quest'ultimo provvedimento non è un atto meramente confermativo od esecutivo di quella provvisoria, ma, anche quando recepisce integralmente i risultati, postula una nuova ed autonoma valutazione.

Precisato ciò, qualora, la parte scelga la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria deve però ritenersi che essa, tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnativa, abbia l'onere di dedurre tutti i motivi di doglianza nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso contro l'aggiudicazione stessa, non potendo dedurre, in sede della successiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, motivi che avrebbe potuto proporre in precedenza, o comunque "centellinare" la loro proposizione. Di conseguenza, il perimetro delle

censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva - quando sia stata già impugnata quella provvisoria - si riduce solo agli eventuali vizi propri di detto ultimo atto o, al più, ai vizi di nuovi atti del procedimento, sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria.

Per quanto concerne i rapporti tra ricorso principale e incidentale, la pronuncia ha chiarito che una volta che il ricorrente principale abbia (come avvenuto nel caso di specie) esercitato la facoltà di impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, egli ha così delimitato il campo (ed il tempo) delle eccezioni e controdomande volte a paralizzare l'iniziativa avversaria, proponibili dal controinteressato, l'interesse alla cui proposizione, com'è proprio appunto del ricorso incidentale, sorge "*in dipendenza della domanda proposta in via principale*", ai sensi dell'art. 42 c.p.a.

Nella misura in cui, dunque, il titolo di legittimazione all'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria deriva al ricorrente principale dalla sua ammissione alla gara sfociata in quell'aggiudicazione, l'interesse del controinteressato a reagire con ricorso incidentale a detta impugnazione per negare la sussistenza di quel titolo nasce, per effetto della scelta difensiva operata dal ricorrente principale di impugnare appunto l'aggiudicazione provvisoria, con la notifica del ricorso principale, che vale a fissare ineluttabilmente il momento delle scelte utili alla tutela della sua situazione giuridica, anche per il controinteressato. Ne deriva che quello stesso interesse del controinteressato medesimo non potrà, al momento della successiva proposizione da parte del ricorrente principale dei motivi aggiunti diretti contro l'aggiudicazione definitiva, che intendersi limitato al "campo" di difesa (e di reazione) alle nuove censure in quella sede proposte per lamentare i vizi propri degli atti della serie procedimentale successiva alla aggiudicazione provvisoria. Pertanto, il ricorso incidentale assume un contenuto complesso e, sia pure innestato nella matrice comune della "difesa attiva" non può risentire, pena l'abuso dello strumento processuale a scapito delle controparti, delle preclusioni che gravano sul ricorrente principale una volta che si sia avvalso della facoltà di impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Il Consiglio di Stato ha, inoltre, respinto la domanda di rimessione in termini per errore scusabile formulata dall'appellante (ricorrente incidentale in primo grado), ritenendo che la presumibile vasta conoscenza degli istituti giuridici e dei mezzi di tutela che caratterizza le parti del giudizio, rende inconfigurabile una qualsivoglia difficoltà di domanda di giustizia, anche in considerazione della circostanza che (in ossequio a quanto statuito dall'Adunanza Plenaria n. 3/2010) la concessione di tale beneficio potrebbe vulnerare la parità delle parti, non essendo stati rispettati termini perentori stabiliti dalla legge processuale.

Per quanto concerne il merito della controversia, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza appellata, la quale aveva annullato l'aggiudicazione accogliendo il motivo relativo alla presentazione dell'offerta dell'aggiudicataria oltre il termine fissato nella *lex specialis*.

La pronuncia, rigettando la tesi dell'appellante secondo cui il termine indicato non era perentorio (in quanto venivano indicate nel Disciplinare diverse modalità di consegna dei plichi), ha chiarito che l'inosservanza delle prescrizioni del bando circa le modalità di presentazione delle offerte implica sempre l'esclusione dalla gara in presenza di una espressa ed inequivoca previsione e comminatoria in tal senso. Non è consentito, infatti, al Giudice amministrativo di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'Amministrazione che ha predisposto la *lex specialis*, dal momento che il cd. criterio teleologico delle norme (e in questo caso delle disposizioni della *lex specialis*) ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello letterale. A tal proposito deve osservarsi che, tenendo conto delle disposizioni recate dalle preleggi in tema di interpretazione della legge e di quelle dettate in tema di interpretazione dei contratti dall'art. 1362 c.c., il criterio del significato letterale delle parole costituisce mezzo prioritario e fondamentale per la ricerca dell'intenzione delle parti, attribuendo ad ogni frase o parola il significato che loro è proprio secondo la connessione logica delle stesse. Ne deriva che il Giudice, prima di accedere a successivi e sussidiari parametri di interpretazione, deve sempre dare ragione dell'equivocità o dell'insufficienza del dato letterale, a meno che l'inidoneità di tale dato non sia di palmare evidenza.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – OPPOSIZIONE DI TERZO ORDINARIA

Consiglio di Stato, Sez. III, 7 maggio 2012 n. 2628, Pres. Cirillo, Est. Neri

1. *Nelle procedure ad evidenza pubblica, l'opposizione di terzo è ammissibile quando l'interesse alla contestazione dell'esito del giudizio è sorto solo per effetto della riforma della decisione di primo grado, con conseguente annullamento della procedura nella quale l'opponente era stato dichiarato provvisoriamente aggiudicatario.*

2. *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara, in assenza della domanda di partecipazione alla stessa, deve ritenersi ammessa quando il contenuto delle clausole sia tale da non consentire ai potenziali partecipanti quel calcolo circa la convenienza economica derivante dalla partecipazione a una gara pubblica necessario per una valida formulazione dell'offerta.*

3. *L'illegittimità degli atti di gara va valutata a prescindere dalla particolare posizione ricoperta dal soggetto ricorrente. Ne consegue che la circostanza che questo fosse gestore uscente del servizio non esclude la necessità che la *lex specialis* sia formulata in guisa da assicurare a tutti i potenziali partecipanti la possibilità di formulare l'offerta in termini consapevoli.*

4. *Nell'importo a base di gara deve essere computato anche l'eventuale periodo di proroga del contratto. Militano in tal senso sia il tenore letterale dell'art. 29, comma 1, del Codice sia la circostanza che, diversamente opinando, vi sarebbe una possibile frazione di rapporto contrattuale che esula dall'originaria quantificazione dell'importo dell'appalto. Inoltre, anche i principi di derivazione comunitaria (art. 57, comma 7, del Codice) hanno vietato i rinnovi taciti degli appalti, a meno che il loro valore sia stato integralmente computato nel bando, a prescindere dalla circostanza che l'amministrazione decida di avvalersi o meno della proroga.*

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Un Consorzio aggiudicatario di una gara per l'affidamento del servizio di pulizia indetto da una Asl, proponeva opposizione di terzo nei confronti di una sentenza del Consiglio di Stato, che, in riforma di una pronuncia del Tar, aveva accolto il ricorso con cui la società gestore uscente del servizio aveva contestato la legittimità della *lex specialis* di gara, pur non presentando domanda di partecipazione alla stessa.

L'opponente, divenuto aggiudicatario in via provvisoria dopo la pronuncia del Tar a lui favorevole, chiedeva che la sentenza del Consiglio di Stato, con cui era stata annullata la *lex specialis* e l'intera gara, fosse annullata e fosse dichiarato infondato il ricorso proposto dalla società uscente del servizio.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'opposizione di terzo.

La decisione

In via preliminare, esaminando l'eccezione di inammissibilità dell'opposizione di terzo, prospettata dalla società originariamente ricorrente, il Consiglio di Stato ha chiarito che, ai sensi dell'art. 108 c.p.a., il Consorzio ha legittimazione a proporre opposizione di terzo nei confronti della decisione emessa in appello, per vedere esaminate le censure che avrebbe proposto se fosse stato correttamente evocato in giudizio in qualità di controinteressato sostanziale sopravvenuto. Va, infatti, considerato che l'interesse alla contestazione dell'esito del giudizio, nel caso di specie, è sorto solo con la sentenza d'appello che, riformando la decisione di primo grado, ha annullato la procedura nella quale l'opponente era stato dichiarato provvisoriamente aggiudicatario.

Nel merito, il Consiglio di Stato ha rigettato l'opposizione per più ragioni.

Per quanto concerne la censura di inammissibilità del ricorso di primo grado, l'opponente aveva dedotto l'insussistenza dei presupposti per impugnare direttamente clausole del bando, in quanto queste non si riferivano a requisiti soggettivi di partecipazione (omessa indicazione dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso ed indeterminata base di gara), ed inoltre la società uscente non aveva presentato la domanda di partecipazione alla gara, mostrandosi anche carente di interesse.

La pronuncia in esame, richiamando la sentenza del Consiglio di Stato n. 5421/2011, ha rigettato la censura, statuendo che le clausole relative alla disciplina dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso e al complessivo valore contrattuale, incidendo direttamente sulla formulazione dell'offerta, ne impediscono la corretta e consapevole elaborazione, sì che la loro lesività può essere immediatamente contestata senza attendere l'esito della gara. Inoltre, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2003, non può essere escluso un dovere di impugnazione immediata delle clausole che impongono oneri incomprensibili o sproporzionati e che comportano l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara.

In applicazione di tali principi, nel caso di specie, l'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara, in assenza della domanda di partecipazione alla stessa, deve ritenersi ammessa quando il contenuto delle clausole sia tale da non consentire ai potenziali partecipanti quel calcolo circa la convenienza economica derivante dalla partecipazione a una gara pubblica, necessario per una valida formulazione dell'offerta, come nel caso in cui il bando non indichi i costi della sicurezza non soggetti a ribasso, separandoli dal corrispettivo per l'esecuzione del contratto, e non consideri la stima del valore dell'appalto nel periodo di proroga tecnica del servizio.

Per quanto concerne la mancata indicazione nella *lex specialis* dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso, il Consiglio di Stato, rigettando la tesi dell'opponente secondo cui tale individuazione era demandata ai singoli concorrenti, puntualizza che l'illegittimità degli atti di gara va valutata prescindendo dalla particolare posizione ricoperta dal soggetto ricorrente. Ne consegue che la circostanza che questo fosse gestore uscente del servizio non esclude la necessità che la *lex specialis* sia formulata in guisa da assicurare a tutti i potenziali partecipanti – dunque anche al gestore uscente – la possibilità di formulare l'offerta in termini consapevoli.

Inoltre, ribadendo quanto statuito nella sentenza della stessa Sezione n. 212/2012, il Collegio ha chiarito che nella predisposizione degli atti di gara (non solo di lavori, ma anche di forniture e servizi) devono essere specificatamente indicati i costi della sicurezza da valutazione delle interferenze, separandoli dall'importo dell'appalto a base di gara, con preclusione del ribasso, ai sensi dell'art. 86, comma 3 *bis* del Codice.

Altro profilo su cui si è focalizzata la pronuncia è quello relativo all'art. 29 del Codice, per l'omessa considerazione, nella clausola del bando relativa all'importo a base di gara, dell'importo per il periodo di cd. proroga tecnica. L'opponente deduceva che tale omissione non avrebbe dovuto determinare l'illegittimità del bando, dal momento che per prassi le stazioni appaltanti, in caso di proroga, applicano lo stesso importo posto a base di gara, salva la revisione dei prezzi.

Il Consiglio di Stato ha rigettato tale assunto, sottolineando che nell'importo a base di gara deve essere computato anche l'eventuale periodo di proroga del contratto. Militano in tal senso sia il tenore letterale dell'art. 29, comma 1, del Codice, sia la circostanza che, diversamente opinando, vi sarebbe una possibile frazione di rapporto contrattuale che esula dall'originaria quantificazione dell'importo dell'appalto. Inoltre, anche i principi di derivazione comunitaria (art. 57, comma 7, del Codice) hanno vietato i rinnovi taciti degli appalti, a meno che il loro valore sia stato integralmente computato nel bando, a prescindere dalla circostanza che l'amministrazione decida di avvalersi o meno della proroga.

Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2012 n. 2682, Pres. Lignani, Est. Dell'Utri

1. *Al fine di ottenere il compenso revisionale la parte interessata ha l'onere di attivarsi entro un tempo ragionevole per provocare una decisione dell'amministrazione. Tale termine non può essere superiore a quello stabilito per la prescrizione dei diritti di credito; in particolare, la richiesta può essere effettuata entro il termine di prescrizione quinquennale dettato dall'art. 2948, n. 4, c.c., la cui decorrenza è interrotta dal compimento di atti che contengono la chiara indicazione del soggetto obbligato, l'esplicitazione della pretesa e la richiesta scritta di adempimento idonea a far valere il diritto alla revisione dei prezzi, con effetto di costituzione in mora.*

2. *L'art. 6 della L. 24 dicembre 1993 n. 537, laddove prevede espressamente che "Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo" rappresenta una norma a carattere imperativo alla quale si applicano gli artt. 1339 (inserzione automatica di clausole) e 1419 (nullità parziale) del codice civile, con la conseguenza che essa si inserisce automaticamente e prevale sulla regolamentazione pattizia difforme. Ciò si giustifica in considerazione del fondamentale scopo di tale norma che è quello di tutelare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni o servizi da parte degli appaltatori delle amministrazioni pubbliche non subiscano col tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione, incidenti sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta, con conseguente incapacità del fornitore di far fronte compiutamente alle stesse prestazioni.*

3. *La revisione dei prezzi si applica solo alle proroghe contrattuali, che consistono nel mero differimento del termine finale del rapporto, ma non ai rinnovi, trattandosi di atti successivi al contratto originario con cui, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, si sia dato corso tra le parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario.*

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

La società capogruppo di una A.T.I., aggiudicataria di due contratti per l'affidamento del servizio di manutenzione delle apparecchiature medicali di una Asl, ha appellato due sentenze emesse dal Tar Puglia, in materia di revisione dei prezzi contrattuali. Il Tar aveva respinto il primo ricorso e accolto solo in parte il secondo con le seguenti motivazioni: aveva ritenuto applicabile la prescrizione quinquennale, assumendo come riferimento la notificazione del ricorso; aveva affermato che al contratto che non prevedeva un meccanismo revisionale non fosse applicabile automaticamente la clausola di revisione del prezzo; inoltre, aveva qualificato i periodi successivi alla scadenza dei contratti come rinnovazioni del rapporto e non come proroghe, con conseguente esclusione di applicabilità del meccanismo revisionale.

Il Consiglio di Stato, riuniti gli appelli, ha riformato parzialmente le sentenze di primo grado.

La decisione

In relazione alla prescrizione del diritto alla revisione dei prezzi, il Consiglio di Stato ha chiarito che, nonostante tale diritto nasca direttamente dalla legge, qualora sia accertata una lievitazione dei prezzi di mercato, deve ritenersi che al fine di ottenere il compenso revisionale la parte interessata abbia l'onere di attivarsi entro un tempo ragionevole per provocare una decisione dell'Amministrazione e che tale termine non possa essere superiore a quello stabilito per la prescrizione dei diritti di credito. In particolare, considerata la natura indisponibile di tale diritto, nonché la mancanza di un espresso termine normativo entro il quale lo stesso possa essere fatto valere, deve ritenersi che la richiesta possa essere effettuata entro il termine di prescrizione

quinquennale dettato dall'art. 2948, n. 4, c.c. (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 luglio 2011; Id. 1 febbraio 2012, n. 504). Nel caso di specie, il Tar, pur avendo applicato correttamente la prescrizione prescrizione con riguardo alla data di notifica dei ricorsi, non ha riconosciuto efficacia interruttiva alle istanze formulate dalla A.T.I. ricorrente con le quale si chiedeva espressamente il pagamento del compenso revisionale. Il Consiglio di Stato ha, invece, statuito che tali istanze dovevano configurarsi come atti interruttivi della prescrizione, ai sensi dell'art. 2943 c.c., in quanto contenevano la chiara indicazione dell'Asl come soggetto obbligato, l'esplicitazione della pretesa e la sua richiesta di adempimento, idonea a manifestare la volontà di ottenere la revisione dei prezzi ed il conseguente adeguamento del corrispettivo.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha riformato le sentenze appellate anche nella parte in cui avevano escluso la revisione dei prezzi con riguardo ad uno dei due contratti in questione, stante l'assenza di una clausola contrattuale che prevedesse un meccanismo revisionale. Tale omissione, secondo il giudice di primo grado, era indice della volontà delle parti di escludere ogni variazione del prezzo nel corso del rapporto. La pronuncia in oggetto, invece, conformandosi ad un orientamento consolidato, ha chiarito che l'art. 6 della L. 24 dicembre 1993 n. 537 (oggi sostituito dall'art. 115, D.Lgs. n. 163/2006), laddove prevede espressamente che *“Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo”*, rappresenta una norma a carattere imperativo alla quale si applicano gli artt. 1339 (inserzione automatica di clausole) e 1419 (nullità parziale) del codice civile, con la conseguenza che essa si inserisce automaticamente e prevale addirittura sulla regolamentazione pattizia difforme. Ed invero, ciò si giustifica in considerazione del fondamentale scopo di tale norma che è quello di tutelare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni o servizi da parte degli appaltatori delle amministrazioni pubbliche non subiscano col tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione, incidenti sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta, con conseguente incapacità del fornitore di far fronte compiutamente alle stesse prestazioni.

Per il resto, il Consiglio di Stato ha confermato le sentenze appellate, con riferimento alla mancanza dei presupposti per riconoscere la revisione dei prezzi per il periodo di affidamento del servizio successivo alla scadenza dei contratti, essendosi trattato di rinnovi dei contratti originari e non di proroghe. Alla stregua di un pacifico orientamento giurisprudenziale, la revisione dei prezzi si applica solo alle proroghe contrattuali, caratterizzate dal mero differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane regolato dall'atto originario, ma non ai rinnovi del contratto, dal momento che questi comportano una rinegoziazione del complesso del rapporto e sono espressione di specifiche manifestazioni di volontà negoziale.

POLIZIA DI STATO – PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

Consiglio di Stato, Sez. III, 11 maggio 2012 n. 3101, Pres. Lignani, Est. Stelo

La sanzione disciplinare della destituzione di servizio, irrogata ai sensi dell'art. 7 del D.P.R. n. 737/1981 a carico di un agente della Polizia di Stato, può fondarsi anche su una sola condotta, ritenuta di per sé talmente grave, in relazione anche alla delicatezza e peculiarità dei compiti istituzionali, da rendere incompatibile l'ulteriore permanenza in servizio, in quanto connessa a fatto commesso in grave contrasto con i doveri assunti con il giuramento, con grave abuso di autorità e fiducia, con dolosa violazione dei doveri, e quindi con conseguente grave pregiudizio all'Amministrazione della Pubblica sicurezza, ad altri enti pubblici o privati.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il T.A.R. Veneto ha accolto il ricorso proposto da un agente scelto della Polizia di Stato avverso il provvedimento con cui il Ministero dell'Interno aveva disposto l'irrogazione della destituzione dal servizio ai sensi dell'art. 7 del D.P.R. n. 737/1981, basata sulla condanna per il reato di concussione ex art. 317 c.p., confermata dalla Corte di Cassazione, alla pena della reclusione di un anno e dieci mesi e all'interdizione dai pubblici uffici per un anno e sei mesi.

Nello specifico, l'interessato, abusando della qualità di agente della Polizia di Stato, in servizio presso la sezione di Polizia stradale, in una piazzola di sosta fra due caselli autostradali si era fatto consegnare dal conducente di un mezzo pesante la somma di Lire 50.000 al fine di evitare il pagamento della sanzione amministrativa per violazione del codice della strada e la sospensione della patente.

I Giudici di prime cure, pur sottolineando il giudizio di disvalore nei confronti dell'operato del ricorrente, hanno ritenuto che l'Amministrazione, nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, non avesse adeguatamente valutato la proporzionalità della sanzione disciplinare irrogata rispetto all'episodicità del fatto addebitato e al comportamento complessivo tenuto prima o dopo di quel fatto.

La decisione

Il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza di primo grado, ha statuito che l'ordinamento dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza ha posto per il predetto personale, sia pure "smilitarizzato" con legge n. 121/1981, disposizioni, anche sanzionatorie, comunque più rigorose, articolate e peculiari rispetto ad altre categorie di dipendenti della P.A., avuto riguardo proprio alla specificità e delicatezza dei compiti istituzionali svolti e inerenti la sicurezza pubblica, tanto da essere escluso dalla "privatizzazione" del pubblico impiego disposta dal D.Lgs. n. 29/1993.

La pronuncia in esame ha statuito che, a prescindere dall' "episodicità" e "tenuità" della somma concussa, la destituzione dal servizio potesse ritenersi sanzione proporzionata al fatto addebitato all'agente, che, nel caso di specie, come peraltro sottolineato anche dal giudice penale, si appalesava particolarmente grave, posto in essere durante l'attività di servizio, in modo cosciente e volontario, e commettendo un reato, quello di concussione, particolarmente "odioso", in quanto basato sul timore reverenziale e sul *metus* subito dal soggetto passivo, anche a causa della minaccia di multa per inosservanza del Codice della strada, non corrispondente al vero, nonché di sospensione della patente, e con comportamento per di più che può avere indotto a ritenere diffuso quel comportamento.

PUBBLICO IMPIEGO – TRATTAMENTO ECONOMICO E INDENNITÀ

Consiglio di Stato, Sez. III, 11 maggio 2012 n. 3102, Pres. Lignani, Est. Stelo

1. La corresponsione delle somme a titolo di indennità per attività svolta in plus orario presso strutture sanitarie è condizionata allo svolgimento della procedura che prevede, prima della liquidazione, la programmazione di tale attività con atti formali autorizzatori, l'accertamento della copertura finanziaria, il raggiungimento dell' "intesa" con le organizzazioni sindacali aziendali rappresentative del personale, la verifica del conseguimento degli obiettivi individuati e quindi dell'incremento della qualità ed economicità dei servizi e dell'effettiva maggiore produttività, il controllo di specifici organi di valutazione.

2. il diritto al pagamento delle somme a tale titolo (acconti e conguagli), a prescindere da automatismi, sorge quando, esauritasi tale procedura, il credito diviene certo ed esigibile e da tale data debbono conteggiarsi gli interessi legali e la rivalutazione monetaria se e in quanto dovuti.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il T.A.R. per l'Abruzzo ha accolto parzialmente i ricorsi proposti da alcuni dipendenti in servizio presso un'Azienda sanitaria, per la declaratoria del diritto all'indennità di incentivazione per attività svolte in plus orario per più anni e quindi per la corresponsione degli emolumenti dovuti con rivalutazione ed interessi.

Il Giudice di primo grado ha dichiarato la cessazione parziale della materia del contendere riguardo alla sorte capitale per taluni anni, avendo l'Azienda sanitaria provveduto nel tempo al pagamento di acconti e saldi. Inoltre, il T.A.R. ha accolto, per taluni anni, la domanda per la corresponsione degli interessi maturati fino alla rispettiva data di effettiva percezione delle somme erogate, e per un anno ha riconosciuto gli interessi dalla data di effettiva maturazione dei singoli crediti da detrarsi dalle somme dovute a titolo di rivalutazione monetaria.

La decisione

1. Il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza di primo grado, ha fatto il punto sulla materia del contenzioso, vertente sull'individuazione e sussistenza dei presupposti che giustificano il pagamento delle indennità per attività svolta in plus orario presso le strutture sanitarie e quindi il conseguente riconoscimento degli interessi e della rivalutazione monetaria in caso di ritardo nella erogazione dell'indennità e con le specifiche modalità di maturazione e corresponsione.

La sentenza, richiamando l'orientamento ormai consolidato, ha ritenuto che l'incentivazione della produttività, prevista dagli artt. 59 ss. del D.P.R. 25 giugno 1983 n. 348, dagli artt. 66 ss. e 101 ss. del D.P.R. 20 maggio 1987 n. 270, e dagli artt. 123 ss. del D.P.R. 28 novembre 1990 n. 384, non determina l'automatica liquidazione, in favore del lavoratore, di un compenso in misura fissa e predeterminata, commisurata allo stipendio tabellare, per le ore di lavoro prestate in eccedenza (in plus orario), ma comporta lo svolgimento di una complessa ed articolata procedura che prevede, prima della liquidazione:

la programmazione di tale attività, in relazione alle finalità incentivanti perseguite, tramite l'adozione di atti formali autorizzatori, quanto meno ai fini della giustificazione della spesa a carico del bilancio dell'Amministrazione, non potendosi erogare somme che non trovino copertura finanziaria, formale e sostanziale, in un esplicito provvedimento, a prescindere da acconti erogati con salvezza di conguagli;

la stipula di una "intesa" con le organizzazioni sindacali aziendali rappresentative delle diverse categorie di personale del comparto, per l'attribuzione del plus orario alle varie strutture interessate;

la verifica del conseguimento degli specifici obiettivi individuati, quindi dell'incremento della qualità ed economicità dei servizi e dell'effettiva maggiore produttività riscontrabile procapite attraverso gli organismi di valutazione previsti dalle disposizioni vigenti, nonché i prescritti controlli del Collegio dei Revisori dei Conti e degli organi regionali.

2. La pronuncia in esame ha, quindi, sancito che il diritto al pagamento dell'attività in plus orario e degli eventuali saldi a conguaglio sorge nel momento in cui, esauritasi la procedura sopra descritta, il credito diviene certo ed esigibile e da tale data debbono conteggiarsi gli interessi legali e la rivalutazione monetaria, se dovuti, nei limiti previsti e ove si riscontri ritardo da parte della P.A.

REVOCAZIONE - ERRORE DI FATTO

Consiglio di Stato, Sez. III, 15 maggio 2012 n. 2790, Pres. Lignani, Est. Puliatti

1. Deve ritenersi inammissibile il ricorso per revocazione diretto a contestare la valutazione del fatto operata dal giudice, lamentandosi una presunta erronea valutazione delle risultanze processuali della definizione della specifica controversia, in quanto la ratio è quella di evitare che

tale forma di impugnazione si trasformi in una ulteriore forma di gravame, idonea a condizionare il passaggio in giudicato di una pronuncia giurisdizionale.

2. Va esclusa una oggettiva impossibilità di presentare l'offerta economica a causa di specifiche discriminatorie contenute nella lex di gara, potendosi configurare in tal caso una "difficoltà diffusa" comune a tutti gli operatori, ma non di carattere escludente. Ne discende che la ricorrente avrebbe dovuto presentare l'offerta economica, non riscontrandosi l'onere di immediata impugnazione di clausole del bando immediatamente lesive.

3. Nel caso di procedura ristretta, nella fase di prequalificazione vi sono solo "aspiranti alla partecipazione" in quanto la gara non è ancora iniziata e l'interesse prevalente è ancora quello del soggetto aggiudicatore ad assicurare la più ampia partecipazione alla procedura. La presentazione dell'offerta economica, entro i termini perentori fissati nella lettera di invito determina, invece, l'inizio della vera fase concorrenziale.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Un R.T.I. invitato a partecipare ad una procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di pulizia presso locali della Polizia di Stato e caserme dei Carabinieri su tutto il territorio nazionale, senza presentare l'offerta, aveva impugnato la *lex specialis* di gara adducendo l'impossibilità di formulare un'offerta seria e consapevole, per scarsità di informazioni riguardanti le specifiche tecniche, nonché l'incongruità dell'importo posto a base di gara. Il ricorso, accolto in primo grado, veniva definitivamente respinto dal Consiglio di Stato per carenza di legittimazione ad agire del R.T.I. ricorrente, che non aveva partecipato alla gara.

Il R.T.I. proponeva ricorso per revocazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 106 c.p.a., assumendo quale errore di fatto l'assunto che lo stesso non avesse presentato la domanda di partecipazione alla gara, laddove, invece, il raggruppamento aveva partecipato alla procedura ristretta, superando la fase di prequalificazione. Inoltre, veniva censurata la sentenza anche per avere omesso una pronuncia sulla domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in relazione alla circostanza se un'impresa, invitata a presentare offerta in una procedura ristretta, possa impugnare la lettera di invito, senza formulare l'offerta economica, allorché specifiche tecniche incomplete o errate impediscano la conoscenza degli elementi essenziali dell'appalto.

Il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione.

La decisione

La pronuncia, aderendo a consolidata giurisprudenza, ha precisato che l'errore di fatto idoneo a legittimare la revocazione di una sentenza non solo deve essere la conseguenza di una falsa percezione dei fatti rilevanti della causa, ma deve essere anche decisivo. Di contro, è inammissibile il ricorso per revocazione diretto a contestare la valutazione del fatto operata dal giudice, lamentando l'erronea valutazione delle risultanze processuali nella definizione della controversia, che rappresenterebbe, invece, un errore di giudizio.

Nel caso di specie, nella sentenza di cui veniva chiesta la revocazione, il Collegio aveva riconosciuto e tenuto presente la mancata presentazione dell'offerta economica, nel termine perentorio previsto dalla lettera di invito, da parte del R.T.I. ricorrente, intendendola come mancata partecipazione alla gara. Trattandosi di procedura ristretta, va distinta la fase di presentazione della domanda di invito o prequalifica da quella di presentazione delle offerte economiche. Nella prima fase vi sono solo "aspiranti alla partecipazione" in quanto la gara non è ancora iniziata e l'interesse prevalente è ancora quello del soggetto aggiudicatore ad assicurare la più ampia partecipazione alla procedura. A conclusione di questa prima fase, la stazione appaltante deve garantire la partecipazione alla gara vera e propria a coloro che ne fanno domanda, mediante inoltro della lettera

di invito. La presentazione dell'offerta economica, entro i termini perentori fissati nella lettera di invito determina, invece, l'inizio della vera fase concorrenziale.

Alla luce di tale ragionamento, la pronuncia in esame ha ritenuto che la censura prospettata dal ricorrenti evochi una valutazione giuridica, che nulla ha a che vedere con l'esatta cognizione del fatto, in quanto mette in discussione il ragionamento logico-giuridico seguito dal giudicante.

Inoltre, nel caso di specie, va esclusa l'oggettiva impossibilità di presentare l'offerta economica a causa di specifiche discriminatorie, in quanto si tratterebbe di una difficoltà diffusa, comune ad altri operatori economici e non avente carattere escludente, per cui il ricorrente avrebbe dovuto presentare la domanda, intesa come "documentazione e offerta" richiesta nella *lex specialis*.

TELECOMUNICAZIONI- TARIFFE DEL SERVIZIO DI TERMINAZIONE

Consiglio di Stato, Sez. III, 15 maggio 2012 n.2802, Pres. Lignani, Est. Puliatti

Considerando che in tempi brevissimi si dovrà entrare nell'orbita di una nuova tecnologia di interconnessione, rispetto alla quale le differenze infrastrutturali attualmente condizionanti la regolamentazione dei prezzi di terminazione saranno superate, e che per tale via si approderà al regime di simmetria tariffaria e interconnessione IP per tutti gli operatori, come previsto da una delle opzioni prospettate dalla Commissione europea e nei tempi dalla stessa auspicati, si ritiene legittima e complessivamente compatibile con la normativa europea la scelta di prorogare il regime transitorio di "asimmetria tariffaria" fino a tutto il 2011 effettuata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con le delibere che fissano le tariffe del servizio di terminazione delle chiamate su rete fissa in maniera differenziata a seconda che si tratti della terminazione diretta o della terminazione reverse, ovvero che il servizio sia reso da Telecom agli altri operatori o viceversa, perché "adeguatamente giustificate" con idonea motivazione, secondo quanto richiesto dalla Raccomandazione della Commissione Europea n. 2009/396/CE, in ragione delle persistenti differenze strutturali tra la rete dell'operatore storico e quella dei nuovi operatori (OLO).

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con due distinte delibere, a conclusione di un ciclo di analisi dei mercati dei servizi all'ingrosso della raccolta e terminazione delle chiamate su rete telefonica pubblica fissa, aveva stabilito le tariffe del servizio di terminazione per gli anni 2010 e 2011. Tali tariffe sono state determinate in misura differenziata a seconda che il servizio di terminazione fosse reso da Telecom Italia (operatore con quota di mercato preponderante) ad altri operatori (OLO), oppure da questi ultimi nei confronti di Telecom Italia. Quest'ultima, ritenendosi danneggiata dai provvedimenti dell'Autorità ha agito con ricorso straordinario al Capo dello Stato, successivamente trasportato per l'opposizione dei controinteressati, lamentando sostanzialmente la perpetuazione di un sistema tariffario asimmetrico, sbilanciato a favore degli operatori concorrenti, in contrasto con le prescrizioni europee.

Gli OLO si costituivano in giudizio sostenendo l'infondatezza del ricorso.

Il Tar Lazio ha accolto il ricorso ritenendo la sostanziale equipollenza tra interconnessione diretta e reverse. La sentenza è stata impugnata dagli operatori soccombenti. Il Consiglio di Stato, previa riunione degli appelli, ne ha disposto l'accoglimento.

La decisione

La sentenza ha ritenuto che, sebbene l'esistenza di tariffe asimmetriche costituisca l'eccezione, mentre la "simmetria" rappresenta la condizione naturale di un mercato in cui gli operatori alternativi "sono in grado di esprimere livelli di efficienza paragonabili a quelli dell'operatore predominante (*incumbent*), così da poter competere con questo", tuttavia è giustificata e compatibile con il sistema comunitario la scelta operata dall'Autorità di prolungare il regime provvisorio delle tariffe "asimmetriche" fino a tutto il 2011.

Ad avviso del Collegio, infatti, ai fini del giudizio di legittimità delle delibere impugnate va preso in considerazione non solo quanto sin qui deciso dall'Autorità nei precedenti interventi regolatori (delibere nn. 416/06 e 251/08), ma anche gli sviluppi *in fieri*, che porteranno in breve tempo (secondo le previsioni dell'Autorità a partire dal 2013) alla piena attuazione del sistema di "simmetria tariffaria" nei servizi di terminazione, voluta a livello comunitario, contestualmente al passaggio alla diversa tecnologia IP e previa elaborazione di un Modello di costi, che contempererà il diritto degli operatori alternativi a veder riconosciuti i costi sostenuti con l'esigenza della realizzazione di massima efficienza nella fornitura del servizio.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – AUTOTUTELA

Consiglio di Stato, Sez. III, 15 maggio 2012, n. 2805, Pres. Lignani, Est. D'Alessio

1. È riconducibile alla categoria del'appalto di servizi, ai sensi dell'art. 14, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, un appalto per l'affidamento del servizio integrato di conduzione e gestione degli impianti termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione, in quanto l'effettuazione di lavori di manutenzione e piccole riparazioni hanno carattere accessorio rispetto ai servizi oggetto della gara.

2. In materia di contratti pubblici, nonostante possa riconoscersi in capo alla P.A. la facoltà di non procedere alla aggiudicazione (definitiva o provvisoria) di una gara, tale potere deve trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse. Occorre quindi che nel provvedimento dell'Amministrazione siano chiaramente indicate (e non risultino manifestamente irragionevoli) le ragioni di pubblico interesse (attuale e concreto) che hanno determinato l'adozione dell'atto di autotutela e che tali ragioni siano prevalenti rispetto agli altri interessi militanti in favore della conservazione degli atti oggetto del provvedimento di revoca. Non possono essere evocate generiche difficoltà finanziarie per giustificare l'annullamento/revoca della gara, ma l'Amministrazione deve dimostrare che si tratta di difficoltà tali da non consentire l'esecuzione dei servizi oggetto di gara.

3. L'esercizio dell'autotutela da parte della P.A. richiede il previo avviso di avvio del procedimento, dal momento che l'interessato deve essere messo in condizione di argomentare, in contraddittorio con l'Amministrazione, sulla eventuale insussistenza di un prevalente interesse alla rimozione dell'atto ritenuto illegittimo e/o inopportuno.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il Direttore Generale di una Azienda Sanitaria ha annullato in autotutela l'aggiudicazione provvisoria e l'intera gara indetta per l'affidamento del servizio integrato di conduzione e gestione degli impianti termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione, rilevando che l'oggetto principale della gara fosse costituito da lavori e non da servizi, che il capitolato descriveva l'oggetto dell'appalto genericamente, e ponendo altresì, come presupposto del potere di autotutela, la sussistenza di difficoltà finanziarie dell'Azienda.

Su ricorso della società aggiudicataria provvisoria, il Tar Puglia ha annullato la predetta delibera del Direttore Generale. L'Azienda Sanitaria proponeva appello avverso la sentenza. Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello, confermando la pronuncia di primo grado.

La decisione

La pronuncia, rigettando le censure formulate dell'Amministrazione, ha chiarito che l'appalto in questione non poteva ritenersi un appalto (prevalente) di lavori ma doveva essere considerato un appalto (prevalente) di servizi. Infatti, oggetto del contratto era la fornitura di un sistema integrato di servizi per la gestione e l'esecuzione di tutte le attività necessarie a mantenere in stato di efficienza gli impianti, con l'espressa esclusione di nuove opere, fatti salvi gli interventi che risultino di volta necessari per l'adeguamento e la riqualificazione degli impianti e delle strutture esistenti, al fine del loro corretto utilizzo. Sotto questo profilo, da un esame complessivo del Capitolato speciale, gli interventi di manutenzione e le piccole riparazioni si ponevano in una relazione di stretta accessorietà con il servizio oggetto della gara, con la conseguenza che nell'atto di autotutela l'appalto era stato ritenuto erroneamente di lavori e non di servizi. Tra l'altro, l'art. 14, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, in tema di contratti misti, prevede che l'oggetto principale del contratto è costituito da lavori, se il relativo importo è superiore al 50%, salvo che per le caratteristiche specifiche dell'appalto *“i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto”*.

Quanto alla dedotta indeterminazione del bando di gara, in merito al contenuto delle prestazioni oggetto dell'appalto, la pronuncia – confermando la sentenza del Tar - ha affermato che nel caso di specie non può parlarsi di incertezza né potrebbe dirsi che il bando demandi all'appaltatore la definizione delle prestazioni da eseguire. In ogni caso, la circostanza che il Capitolato non indichi nel dettaglio il computo dei lavori da eseguire, non determina l'aleatorietà del contratto, in quanto si tratta di interventi che possono essere eseguiti solo se necessari, nei limiti dell'importo stanziato dall'Amministrazione e tenendo conto che spetta sempre all'Amministrazione il potere/dovere di verificare la corretta esecuzione dei lavori e gli elementi giustificativi della spesa.

Per quanto concerne l'eccessiva onerosità dell'appalto, adotta come giustificazione dell'esercizio dei poteri di autotutela, il Consiglio di Stato ha ritenuto improprio il richiamo all'art. 81, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, effettuato dall'Amministrazione, in quanto questa disposizione riguarda la facoltà delle stazioni appaltanti di non procedere all'aggiudicazione quando nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, mentre, nel caso di specie, non è stata dimostrata né l'eccessiva onerosità dell'offerta dell'aggiudicataria né la sua inopportunità.

Inoltre, la delibera di autotutela affermava solo genericamente l'esistenza di difficoltà finanziarie da parte dell'Azienda Sanitaria. Sotto questo profilo, nonostante, secondo la giurisprudenza, possa riconoscersi in capo alla P.A. la facoltà di non procedere alla aggiudicazione (definitiva o provvisoria) di una gara, tale potere deve trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse. Occorre, quindi, che nel provvedimento dell'Amministrazione siano chiaramente indicate (e non risultino manifestamente irragionevoli) le ragioni di pubblico interesse (attuale e concreto) che hanno determinato l'adozione dell'atto di autotutela e che tali ragioni siano prevalenti rispetto agli altri interessi militanti in favore della conservazione degli atti oggetto del provvedimento di revoca. Di contro, non possono essere evocate generiche difficoltà finanziarie per giustificare l'annullamento/revoca della gara, ma l'Amministrazione deve dimostrare che si tratta di difficoltà tali da non consentire l'esecuzione dei servizi oggetto di gara.

Da ultimo, l'atto di autotutela risultava viziato anche per il mancato rispetto delle garanzie procedurali di cui alla L. n. 241/1990, ed in particolare per l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, in quanto l'aggiudicatario provvisorio avrebbe dovuto essere messo nelle condizioni di controdedurre, in contraddittorio con l'Amministrazione, circa l'insussistenza di un prevalente interesse all'annullamento della gara.

TELEVISIONI E RADIO – EMITTENTE PRIVATE - PASSAGGIO AL DIGITALE TERRESTRE

Consiglio di Stato, Sez. III, 28 maggio 2012 n. 3104, Pres. Lignani, Est. Puliatti

La ratio dei provvedimenti legislativi e di pianificazione succedutisi in materia di “radiodiffusione terrestre in tecnica digitale” dal 2001 evidenzia la volontà di conversione delle reti analogiche in reti digitali in funzione dell’obiettivo della ottimizzazione dell’utilizzazione dello spettro radioelettrico, per un miglior servizio possibile all’utenza, assicurando, per un verso, la continuità del servizio, e, per altro verso, un uso pluralistico delle risorse sul territorio nazionale, una uniforme copertura, una razionale distribuzione delle risorse tra soggetti operanti in ambito nazionale e locale, in conformità ai principi enunciati nel Testo unico dei media audiovisivi e radiofonici (D.Lgvo 31 luglio 2005, n. 177, art. 42).

Il processo di transizione alla definitiva cessazione delle trasmissioni analogiche (c.d. switch-off), per non ledere posizioni giuridiche quesite, vede innanzitutto le emittenti esistenti in posizione privilegiata.

Gli operatori non presenti nel mercato con impianti trasmettenti alla data del 19 dicembre 2008 non possono essere destinatari di assegnazioni di canali nel passaggio alla televisione digitale.

A tal fine è irrilevante che l’emittente che ha conseguito l’autorizzazione all’esercizio di attività televisiva dopo tale data, abbia acquisito un impianto che già trasmetteva alla data del 19 dicembre 2008.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Alcune società operanti nel settore della diffusione di programmi televisivi impugnavano davanti al Tar Lazio la determinazione con cui il Ministero dello Sviluppo Economico aveva loro assegnato i diritti d’uso delle frequenze di radiodiffusione televisiva in tecnica digitale, lamentando che, nel passaggio al sistema digitale, le frequenze assegnate non consentivano di mantenere il medesimo bacino di utenza servito prima dello switch-off e chiedevano, pertanto, l’assegnazione di nuovi canali. Proponevano altresì istanza cautelare che il Tar Lazio accoglieva, ordinando al Ministero di riesaminare la vicenda e nominando un Commissario *ad acta* che adottava, per ciascuno dei ricorrenti, tre distinti provvedimenti di assegnazione di frequenza.

Il Tar ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da due dei tre ricorrenti, non ritenendo sussistenti i presupposti fissati dall’AGCOM per l’assegnazione di frequenze a loro favore. Ha, invece, parzialmente accolto il ricorso proposto da altro operatore in base al principio della salvaguardia della continuità delle trasmissioni a tutela dell’utenza, riconoscendo altresì il diritto dell’operatore all’ “*assegnazione di risorse frequenziali libere e idonee a garantire la conservazione dell’area di servizio nei termini preesistenti*”.

L’appello proposto dalle parti soccombenti è stato rigettato dal Consiglio di Stato, che ha confermato la sentenza impugnata.

La decisione

La sentenza ha affermato il principio “uno a uno” che regola la conversione delle reti nel passaggio al digitale terrestre, per cui ad ogni emittente televisiva esistente alla data del 19 dicembre 2008 corrisponde una emittente digitale.

La mera cessione di due degli apparati (impianti) utilizzati in precedenza da una sola emittente in analogico non è idonea a legittimare l'assegnazione di frequenze in tecnica digitale a ciascun nuovo operatore autorizzato alle trasmissioni radiotelevisive in data successiva al 19 dicembre 2008.