

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DELLA V SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Maggio 2012

Processo amministrativo. Notificazioni. Parti.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2 maggio 2012, n. 2488 - Pres. Baccarini, Est. Prosperi

L'utilizzo del modulo procedimentale della conferenza di servizi - che come tale non configura un ufficio speciale della p.a., autonomo rispetto ai soggetti che vi partecipano - non altera le regole che presiedono, in via ordinaria e generale, all'individuazione delle autorità emananti, con la conseguenza che il ricorso va notificato a tutte le amministrazioni che, nell'ambito della conferenza, hanno espresso pareri o determinazioni che la parte ricorrente avrebbe avuto l'onere di impugnare autonomamente, se fossero stati emanati al di fuori del peculiare modulo procedimentale in esame.

[Link al testo sentenza](#)

Nella specie, la determinazione negativa della Regione Calabria in sede di conferenza di servizi era stata adottata nell'ambito del procedimento autorizzatorio parallelo di cui agli artt. 132 e 136 R.D. n. 384/1904, come atto conclusivo. Ad avviso del Collegio, essa aveva, quindi, natura provvedimento e doveva essere impugnata congiuntamente alla determinazione conclusiva della conferenza di servizi dell'amministrazione procedente.

In termini Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1248; IV, 2 maggio 2007, n. 1920; Tar Molise, 8 aprile 2010, n. 179; Tar Umbria, 9 febbraio 2010, n. 59.

Autorizzazioni e concessioni. Trasporti.

Contratti pubblici. Concessioni di servizi.

Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2531 - Pres. Trovato, Est. Lotti

L'art. 23 d.lgs. n. 163/2006, che esclude l'applicabilità della normativa sugli appalti nel caso in cui oggetto della gara sia il servizio al pubblico di trasporto mediante autobus, si applica in conformità alla normativa comunitaria che ne definisce il campo operativo e segnatamente in conformità all'art. 5 Reg. 23 ottobre 2007, n. 1370, che specifica che i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive.

La concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione del rischio della gestione del servizio. Nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese.

Nel caso dei trasporti, l'impresa che fornisce il servizio non sopporta l'alea connessa alla gestione del servizio, sicché, venendo a mancare l'elemento rischio, in quanto vi è uno specifico contratto di servizio che impone degli oneri di servizio pubblico, ai quali l'impresa fa fronte tramite una specifica remunerazione data, per contropartita, dall'Amministrazione pubblica, la fattispecie non è configurabile come concessione, bensì come appalto di servizi, con i conseguenti oneri di attivazione delle necessarie procedure competitive

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo. Esecuzione del giudicato. Commissario *ad acta*.

Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2547 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Poli

Sebbene, di regola, l'insediamento del commissario ad acta determini un definitivo trasferimento del munus, rimanendo precluso all'amministrazione ogni margine di ulteriore intervento, deve ritenersi che se il commissario ad acta rimette nuovamente all'amministrazione il compito di provvedere, quest'ultima assuma tutti gli obblighi suoi propri, sicché il giudice dell'ottemperanza potrà, se necessario ed opportuno in vista del conseguimento del bene della vita assicurato dal giudicato, onerare direttamente l'amministrazione dei pertinenti adempimenti.

Non è di ostacolo alla condanna dell'amministrazione al pagamento della somma prevista dall'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. la nomina del commissario ad acta, nel caso in cui l'amministrazione sia in concreto ritornata parte attiva della procedura facendosi carico dell'obbligo di provvedere conformemente alle prescrizioni del giudicato.

[Link al testo sentenza](#)

<p>Si tratta di una complessa esecuzione di un giudicato risalente al 2000, in materia di piani di lottizzazione. La Sezione, pur ribadendo i consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di poteri dell'amministrazione e del commissario <i>ad acta</i> rispetto all'esecuzione di pronunce del giudice amministrativo, ha affermato i principi di cui alle massime, sul presupposto che l'impegno da ultimo assunto dall'ente di dare esecuzione al giudicato, in mancanza di un piano elaborato dal commissario, potesse essere più soddisfacente dell'interesse del ricorrente. Più in dettaglio, sulla seconda massima, si veda la Rassegna monotematica sull'astreinte.</p>

Atto amministrativo. Denuncia o istanza. Preavviso di rigetto.

Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2548 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Poli

La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda non è necessaria in relazione alle decisioni di ricorsi gerarchici per le seguenti ragioni: I) il preavviso di rigetto si applica ai procedimenti ad «istanza di parte»; invece il ricorso amministrativo non è assimilabile a un'istanza di provvedimento perché costituisce la contestazione di un provvedimento già emanato; II) la previsione del preavviso di rigetto è diretta a promuovere il contraddittorio prima dell'adozione di un provvedimento di amministrazione attiva; invece nel caso del ricorso amministrativo il provvedimento di amministrazione attiva è già stato emanato e impugnato; III) prima del provvedimento impugnato il privato, di regola, ha già potuto interloquire con l'amministrazione; pertanto un ulteriore preavviso di rigetto introdurrebbe una ulteriore fase di contraddittorio, sostanzialmente inutile e in contrasto con le esigenze di buon andamento, economicità e celerità dell'azione amministrativa; IV) la comunicazione del preavviso di rigetto interrompe i termini per

l'emanazione del provvedimento finale; questo effetto è però incompatibile con la disciplina del ricorso amministrativo perché comporterebbe il raddoppio praeter legem dei termini di decisione del ricorso; V) il procedimento avviato col ricorso gerarchico può concludersi col «silenzio», con l'effetto di consentire al ricorrente di impugnare in sede giurisdizionale il provvedimento già impugnato in sede amministrativa; tale disciplina è, per la sua intrinseca funzione acceleratoria dei rimedi di tutela, incompatibile con la necessità del preavviso di rigetto; VI) la decisione dell'amministrazione sul ricorso gerarchico ha carattere di segretezza fino alla sua emanazione, e pertanto non ammette un preavviso di rigetto.

[Link al testo sentenza](#)

La sentenza ribadisce anche principi, da tempo consolidati, in merito all'annullamento in autotutela e, in particolare, insiste sulla inconfigurabilità di un obbligo di provvedere innanzi ad una istanza di riesame di provvedimento inoppugnabile.

Contratti pubblici. Servizi legali.

Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730 - Pres. Branca, Est. Caringella

Il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali ma integra un contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica.(1)

Il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale; pertanto, l'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce.(2)

L'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico (nella specie, un Comune) relativo al conferimento di un incarico difensivo specifico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare.(3)

Compete al Sindaco o al Presidente della Provincia, quale organo di rappresentanza dell'ente, il conferimento della procura alle liti del difensore senza la necessità di alcuna preventiva autorizzazione.(4)

[Link al testo sentenza](#)

(1-3) Il Consiglio di Stato nega l'assunto, che era stato fatto proprio dal giudice di primo grado, della riconduzione dell'atto di conferimento del singolo incarico legale nella categoria dei "servizi legali" di cui all'allegato II B, n. 21, al codice dei contratti pubblici.
--

(4) Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2008, n. 4744; Cons. St., Sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3452; Tar Napoli, Sez. VII, 5 dicembre 2006, n. 10402; Cass. civ., Sez. Un., 10 dicembre 2002, n. 17550.

Espropriazione per pubblica utilità.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2012, n. 2743 - Pres. Piscitello, Est. Amicuzzi

L'accettazione dell'indennità di esproprio non esclude l'interesse a far riscontrare le eventuali illegittimità del procedimento di espropriazione ed occupazione d'urgenza, in vista anche del maggior ristoro che il privato può ottenere a titolo risarcitorio dell'accertata illiceità conseguente all'annullamento degli atti di sottrazione del bene. (1)

Ai fini della validità della notifica, in caso di contrasto tra i dati risultanti dalla copia di relata allegata all'originale e i dati risultanti dalla copia consegnata al destinatario, occorre far riferimento alle risultanze ricavabili dalla copia in possesso del destinatario, perché è su questa che la parte citata regola il proprio comportamento processuale senza che sia necessario per disattendere esse risultanze la presentazione di querela di falso, indispensabile per eliminare la piena prova che le diverse attestazioni contenute nella copia e nell'originale rispettivamente fanno per ciascuno degli interessati. (2)

La mancata indicazione della durata dell'occupazione non è vizio di illegittimità del decreto, in quanto l'art. 22 bis d.P.R. n. 327/2001 non considera elemento costitutivo del decreto di occupazione l'indicazione del termine di durata, fissando direttamente un termine massimo di efficacia coincidente con quello della dichiarazione di p.u.. (3)

La decorrenza del periodo di occupazione legittima inizia non già dal giorno della dichiarazione di p.u. dell'eseguenda opera pubblica (che non comporta, di per sé, la necessità dell'occupazione d'urgenza del fondo ad essa asservito), ma dal giorno dell'emanazione, ex art. 71 l.n. 2359/1865, del decreto autorizzativo, se immediatamente operativo nei confronti dell'occupante, con conseguente, contestuale compressione della facoltà dell'occupato. (4)

Il principio generale della previetà della redazione dello stato di consistenza rispetto alla adozione del decreto di occupazione di urgenza stabilito dall'art. 71 l. n. 2359/1865 è derogato esclusivamente per le opere propriamente pubbliche in base all'art. 3 l. n. 1/1978, che non è quindi applicabile alle procedure volte alla espropriazione di aree destinate ad interventi attuativi di Piani o Programmi.

[Link al testo sentenza](#)

(1) Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5774.

(2) Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2008, n. 3205 e 31 luglio 2007, n. 16885; Cass., sez. lav., 25 febbraio 2004, n. 3767.

(3) Cons. St., sez. VI, 12 gennaio 2011, n. 114.

(4) Cass. civ., sez. I, 25 marzo 2003, n. 4358.

Processo amministrativo. Spese di giustizia.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744 - Pres. Piscitello, Est. Amicuzzi

La misura prevista dall'art. 114, co. 4, lett. e) c.p.a. va considerata applicabile anche alle sentenze di condanna pecuniarie della p.a., trattandosi di un modello normativo caratterizzato da importanti differenze rispetto alla previsione di cui all'art. 614 bis c.p.c., applicabile solo alla violazione di obblighi di fare infungibile o di non fare.

[Link al testo sentenza](#)

La Sezione giunge alla predetta conclusione (già fatta propria dalla IV Sezione, con la sentenza 2 marzo 2012, n. 1214), evidenziando che la misura dell'astreinte assolve ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria, in quanto non è volta a riparare il pregiudizio cagionato

dall'esecuzione della sentenza, ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento. Nel processo amministrativo l'istituto presenta, dunque, una portata applicativa più ampia che nel processo civile, in quanto l'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. non ha riprodotto il limite, stabilito dalla norma di rito civile, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile. Detta soluzione va ricondotta alla peculiarità del rimedio dell'ottemperanza che, grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario *ad acta*, non trova, a differenza del giudizio di esecuzione civile, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione del precetto giudiziario; ne deriva che, nel sistema processuale amministrativo, lo strumento in esame non mira a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile mentre, al pari del rimedio processuale civilistico, è volto alla generale finalità di dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza.

Di diverso avviso si mostra la giurisprudenza dei giudici di primo grado (tra questi Tar Lazio, Sez. II *quater*, 31 gennaio 2012, n. 1080; Tar Napoli, Sez. IV, 15 aprile 2011, n. 2162), che ritiene non equo condannare l'Amministrazione al pagamento di ulteriori somme di denaro, quando l'obbligo di cui si chiede l'adempimento consiste, esso stesso, nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, per la quale sono già previsti dalla legge gli interessi legali cui la somma dovuta a titolo di astreinte andrebbe ad aggiungersi, con effetti iniqui di indebito arricchimento per il creditore.

Accesso ai documenti. Diritto di accesso.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2012, n. 2747 - Pres. Branca, Est. Lotti

Solo alla Commissione dell'Unione Europea può essere rivolta l'istanza di accesso sul possibile avvio di una procedura di infrazione comunitaria.

[Link al testo sentenza](#)

L'Associazione Lega per l'Abolizione della Caccia aveva richiesto alla Regione Lombardia copia della relazione sulla conformità della normativa italiana alle prescrizioni della direttiva uccelli 2009/147/CE che era stata trasmessa alla Presidenza del Consiglio, Dipartimento Politiche Comunitarie.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello della Regione, affermando che il procedimento di infrazione, anche nella sua fase precontenziosa, è un procedimento comunitario *tout court* e non un procedimento misto o complesso, nazionale e comunitario (cd. procedimenti top-down o bottom-up), come invece ritenuto dal TAR. Questi ultimi procedimenti, infatti, sono frutto di co-amministrazione tra Autorità nazionali e Autorità comunitarie; al contrario, il procedimento di infrazione è un procedimento avente del tutto natura comunitaria, sotto la responsabilità della Commissione europea, rispetto al quale lo Stato, nelle sue articolazioni interne a questi fini non rilevanti, è solo destinatario delle azioni della Commissione stessa.

Ciò non significa che tali documenti siano inaccessibili, ma che l'accesso è regolato da un diverso *corpus* normativo, composto dall'insieme delle regole comunitarie in ordine al diritto di accesso, con particolare riferimento al Regolamento CE n. 1049/2001.

Contratti pubblici. Progettazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 15 maggio 2012, n. 2800 - Pres. Branca, Est. Atzeni

L'art. 91, richiamato dall'art. 253, co. 15 bis, del codice degli appalti si applica anche agli incarichi di progettazione urbanistica.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo. Spese di giustizia.

Consiglio di Stato, Sez. V, 17 maggio 2012, n. 2821 - Pres. Baccarini, Est. Buricelli

La disposizione di cui all'art. 26, co. 2, c.p.a., nel testo modificato dall'art. 1, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 195/2011, secondo cui «il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio», è da ritenersi applicabile solo ai giudizi introdotti, in primo grado, dopo la sua entrata in vigore.

La norma nel testo previgente consente di determinare il quantum dell'indennizzo per atto lecito da processo" secondo il criterio della "percentuale sulle spese di lite".

[Link al testo sentenza](#)

Nel caso di specie la vicenda processuale era originata dall'inerzia formatasi sull'istanza di accesso e dalla conseguente produzione documentale, peraltro solo parziale, in prossimità della camera di consiglio per la trattazione del ricorso. La condanna al pagamento di una misura pecuniaria è qualificata come "indennizzo per danno lecito da processo" da Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3083.

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

Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2946 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Lotti

La mancata presentazione della dichiarazione relativa al precedente amministratore cessato dalla carica ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, nonché il carattere non veritiero della dichiarazione resa comportano l'illegittimità dell'ammissione alla gara della costituenda A.T.I. risultata aggiudicataria della gara, non avendo diritto di cittadinanza nel sistema, come ha ormai chiarito la giurisprudenza amministrativa, il c.d. falso innocuo.

[Link al testo sentenza](#)

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

Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2973 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Durante

Nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia predisposto un modulo allegato all'offerta non comprensivo di taluno dei requisiti di ordine generale contemplati dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici (ed in particolare di quello di cui alla lettera m-bis), l'utilizzazione del medesimo, consigliata dal disciplinare di gara, non può riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto

affidamento sulla correttezza ed esaustività del modulo. Ed invero i valori dell'affidamento e della buona fede dei concorrenti ad una gara impediscono che le conseguenze di una condotta della stazione appaltante possano essere trasferite sui partecipanti mediante l'applicazione della sanzione dell'esclusione dalla gara.

[Link al testo sentenza](#)

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

Consiglio di Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3063 - Pres. Trovato, Est. Prospero

La sottoposizione di titolari e dirigenti (della società risultata aggiudicataria di una gara per l'affidamento del servizio di gestione delle aree di parcheggio a pagamento) ad indagini penali con connessi provvedimenti di custodia cautelare per reati di corruzione e turbativa d'asta non può costituire causa di esclusione, atteso che l'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che detta sanzione sia applicata allorché sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato od emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, od ancora pronunciata sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità.

[Link al testo della sentenza](#)

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

Consiglio di Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078 - Pres. Branca, Est. Franconiero

È legittima la determinazione di revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta dall'Amministrazione, in quanto dalla documentazione acquisita in sede istruttoria è emerso che la società, nell'esercizio dell'attività svolta presso altro Comune di un servizio analogo, era incorsa in errori gravi risultanti da una delibera di Giunta, e soprattutto dalla transazione intercorsa tra le parti, contenente una rinuncia incondizionata e pressoché totale delle proprie pretese da parte della stessa società.

Ed invero ai fini dell'applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. f), del codice dei contratti pubblici non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venire meno la fiducia nell'impresa.

Il potere di esclusione dalla gara ai sensi della norma suindicata non presuppone il definitivo accertamento del comportamento della concorrente, ha natura discrezionale ed è pertanto soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità, od errore sui fatti.

[Link al testo della sentenza](#)

Processo amministrativo. Riti camerali.

Accesso ai documenti. Diritto di accesso.

Consiglio di Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3079 - Pres. Baccarini, Est. Durante

E' infondata la censura con cui si lamenta che la sentenza di primo grado sarebbe stata adottata in carenza di contraddittorio, non avendo la parte potuto presenziare all'udienza camerale per mancata comunicazione dell'avviso di cancelleria; ed invero la trattazione in camera di consiglio, prevista anche per il giudizio in materia di accesso ai documenti, non comporta alcun obbligo di comunicazione da parte della segreteria del giudice adito, come si desume dall'art. 87, co. 2, c.p.a. Poiché l'accesso ai documenti amministrativi può essere esercitato con diverse modalità (visione ed estrazione di copia, ovvero mediante rilascio di copia) avendo il soggetto istante optato per il rilascio di copia, l'Amministrazione non poteva utilizzare una differente modalità, dovendo, piuttosto, indicare la somma dovuta per ottenere la copia.

[Link al testo della sentenza](#)

Concessione edilizia e permesso di costruire. Oneri di urbanizzazione. Giurisdizione. Edilizia.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2012, n. 3122 - Pres. Trovato, Est. Schilardi

Le controversie inerenti la contestazione degli oneri di urbanizzazione attengono a posizioni di diritto soggettivo azionabili dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva nel termine di prescrizione, salvo che vengano dedotte censure derivanti da atti generali autoritativi di determinazione degli oneri presupposti di quello impugnato. Pertanto, allorché si intenda contestare l'applicazione del contributo per vizi derivanti da atti autoritativi generali, presupposti di quello impugnato, in relazione ai quali la posizione dell'interessato è qualificabile di interesse legittimo, perché il motivo dedotto è l'illegittimità dell'assoggettamento, anche nel quantum, all'onere di urbanizzazione di una concessione edilizia, il ricorso deve essere proposto entro il termine di decadenza.

[Link al testo della sentenza](#)

Processo amministrativo. Competenza. Termini per ricorrere. Bandi, avvisi, inviti. Requisiti di partecipazione e di qualificazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 31 maggio 2012, n. 3251 - Pres. Trovato, Est. Amicuzzi

Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 133, co. 1, lett. p), e 135, co. 1, lett. e), c.p.a. sono attribuite alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, nella quale vanno ricondotti la raccolta, il trasporto, lo smaltimento ed i relativi controlli, ma non anche le procedure di affidamento del relativo servizio. Ed invero l'affidamento della gestione dei rifiuti a seguito di procedura di evidenza pubblica non attiene alla gestione in senso stretto, ma costituisce attività meramente preparatoria e strumentale rispetto ad essa, attività come tale autonomamente disciplinata in modo unitario dalla lett. e) del co.1 dell'art. 133 c.p.a.

Il dies a quo del termine per la proposizione del ricorso non può essere quello della pubblicazione del bando, decorrendo non tanto dalla conoscenza dell'atto, ma del suo contenuto e dei suoi essenziali elementi costitutivi, onde poterne valutare la legittimità e dedurre specifici motivi

d'impugnativa; con la conseguenza che, se gli adempimenti pubblicitari non sono stati completi (nel caso di specie era stato pubblicato solo l'avviso relativo al bando, e non il bando integrale), non può operare la presunzione legale di conoscenza della lesività del bando.

In conformità di quanto statuito dalla Corte di Giustizia C.E. con la decisione del 12 febbraio 2004, nel caso in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche discriminatorie nel bando, che le avrebbero impedito di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, la stessa ha comunque il diritto di presentare un ricorso avverso tali clausole.

Né può affermarsi che, in caso di accoglimento del ricorso giurisdizionale avverso il bando contenente dette clausole, la parte non ha interesse perché non potrebbe comunque essere rimessa in termini per partecipare alla gara; a seguito dell'accoglimento della censura di illegittima previsione nel bando di requisiti di partecipazione non necessari, questo non può, infatti, che essere rinnovato, con possibilità di partecipazione alla gara di tutte le ditte in possesso dei requisiti legittimamente previsti.

È legittimo il bando per l'affidamento del servizio di trasporto rifiuti che preveda requisiti aggiuntivi rispetto a quelli contemplati dall'art. 42, co. 2, d.lgs. n. 163 del 2006 (in particolare, il possesso della certificazione UNI10617:2009 che mira ad anticipare e prevenire gli incidenti rilevanti, e della certificazione ISO28000:2007 che attiene a standard internazionali ed ha ad oggetto la previsione di ordinari requisiti di sicurezza anche per il settore trasporti), non potendo detti requisiti essere ritenuti abnormi o comunque tali da restringere ingiustificatamente il confronto concorrenziale.

[Link al testo della sentenza](#)