

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

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Giugno 2012

Processo amministrativo. Legittimazione attiva.

Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2012, n. 3314 - Pres. Baccarini, Est. Buricelli

Sussiste in capo alla impresa singola facente parte di una ATI, e questo sia che il raggruppamento sia già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione la legittimazione ad impugnare in via autonoma eventuali provvedimenti lesivi davanti al Giudice amministrativo ed anche ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'illegittima aggiudicazione del contratto, restando inteso che il "quantum" risarcitorio dovrà essere commisurato al numero dei ricorrenti e alle percentuali previste di ripartizione delle prestazioni professionali rese dai soggetti in RTP.

[Link al testo sentenza](#)

La pronuncia rinvia espressamente, anche ai sensi degli artt 60, 74 e 88, co. 2, lett. d) c.p.a., alla giurisprudenza della sezione (in particolare, sentenze nn. 6146 e 5571 del 2011, 3891 del 2009 e 6689, 5577 e 593 del 2007).

Processo amministrativo. Ottemperanza.

Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2012, n. 3397 - Pres. Branca, Est. Lotti

Il carattere sanzionatorio della cd. penalità di mora e la sua finalità di coazione indiretta implicano l'accentuarsi, in termini di progressività, della gravità della condotta inottemperante ed è, dunque, equo che la misura della sanzione pecuniaria cresca progressivamente, in caso di prolungamento dell'inottemperanza, nella misura del 50%, ogni quindici giorni, con riferimento alla base data dall'importo progressivamente rideterminato.

[Link al testo sentenza](#)

Concorso. Domande e documenti.

Processo amministrativo. Sentenze del giudice.

Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3465 - Pres. Baccarini, Est. Atzeni

Il verbale è un atto che accede al provvedimento dal quale rimane distinto, per cui eventuali irregolarità del verbale non sempre comportano l'illegittimità della determinazione in esso consacrata, quanto meno fino a quando il verbale per quanto irregolare risponde alla sua funzione, consistente nel dare certezza circa le operazioni che si attesta siano state compiute, e circa i modi in cui queste sono state compiute. Qualora, invece, l'irregolarità del verbale sia tale da non consentirgli di assolvere tale naturale funzione il provvedimento è inficiato

dall'impossibilità di ricostruire la legittimità del procedimento che ha portato alla sua formazione (1).

La riforma della sentenza di primo grado con l'annullamento degli atti concorsuali impugnati estende i suoi effetti caducatori alla deliberazione di approvazione della graduatoria, nonché alla consequenziale determinazione dirigenziale di assunzione in servizio dei candidati collocati in graduatoria, anche nella parte in cui dispone la cessazione del rapporto di lavoro a tempo determinato dell'attuale appellante, in quanto atti dipendenti dalla sentenza riformata, ai sensi dell'art. 336, co. 2, c.p.c.

[Link al testo sentenza](#)

(1) La Sezione ha annullato una procedura concorsuale nella quale la commissione di concorso aveva approvato i verbali un mese dopo lo svolgimento delle operazioni ivi attestate e comunque dopo la pubblicazione degli elenchi degli idonei e dei non idonei.

Processo amministrativo. Legittimazione ad agire.

Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3469 - Pres. Baccarini, Est. Caringella

Sussiste la legittimazione degli Ordini professionali a reagire avverso provvedimenti lesivi dell'interesse istituzionale degli enti esponenziali a garantire la par condicio, il favor participationis e il superamento di misure limitative della concorrenza, senza che assumano rilievo, in senso ostativo, i vantaggi tratti dai singoli professionisti per effetto dell'adozione di atti lesivi di detti valori.

[Link al testo sentenza](#)

Cfr. Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10.
--

Procedimento amministrativo. Comunicazione di avvio del procedimento.

Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3470 - Pres. Baccarini, Est. Caringella

Il rispetto delle regole partecipative cristallizzate dalla l.n. 241/1990 e della ratio che le anima, impone che la comunicazione di avvio del procedimento venga effettuata in tempo e con modalità tali da consentire la partecipazione influente ed efficace dei soggetti interessati al processo decisionale destinato a sfociare nella determinazione finale potenzialmente lesiva. Ne deriva che il rispetto formale della disciplina di legge non esclude l'effetto invalidante sortito da una condotta amministrativa che, nel suo complesso, finisca per impedire una partecipazione utile da parte del soggetto portatore di un interesse giuridicamente qualificato e differenziato.

[Link al testo sentenza](#)

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

Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2012, n. 3556 - Pres. Baccarini, Est. Atzeni

È illegittima l'ammissione alla gara del raggruppamento (poi risultato aggiudicatario) mancante del requisito della regolarità fiscale; in particolare, una delle società associate al momento della

partecipazione aveva un debito di circa euro 90.000,00 nei confronti dell'Agencia delle Entrate per mancato pagamento dell'imposta sul valore aggiunto, e tale posizione debitoria non era stata dichiarata in sede di gara.

Non rileva la circostanza che nel corso del procedimento l'Amministrazione notifichi al contribuente un avviso bonario (che costituisce solamente uno strumento di collaborazione fra Amministrazione e cittadino) e neppure la presentazione, da parte della società, di un'istanza di rateazione, che, quand'anche comporti novazione dell'obbligazione, non incide sul presupposto o sull'importo, ma solamente sulle modalità di adempimento (1).

[Link al testo sentenza](#)

(1) La sentenza riforma la decisione di primo grado che aveva ritenuto che alla data di presentazione della domanda di partecipazione al procedimento, ovvero a quella, successiva, di scadenza del relativo termine il debito non fosse definitivamente accertato.

La Sezione osserva che il debito era stato iscritto a ruolo ai sensi dell'art. 36 *bis* d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600; la norma, nell'imporre all'Amministrazione di procedere alla riscossione di quanto dovuto dal contribuente in base alla sua dichiarazione, presuppone l'esistenza di un credito fiscale. L'Amministrazione, in altri termini, porta ad esecuzione il credito in danno del contribuente che ha omesso il pagamento al quale ha dichiarato di essere tenuto.

In altri termini – osserva la Sezione –, nel procedimento di cui all'art. 36 *bis* d.P.R. n. 600 del 1973 l'obbligazione tributaria sorge a seguito della presentazione della prescritta dichiarazione; il mancato versamento di quanto dovuto nel termine di legge costituisce inadempimento dell'obbligazione stessa ed il procedimento di rateazione presuppone l'inadempimento, che perdura fino a quando non viene integralmente pagato il dovuto.

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

Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2012, n. 3668 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Lotti

È legittima l'esclusione dalla gara di un'offerta tecnica priva di sottoscrizione del legale rappresentante, benché inserita in un plico perfettamente integro e sigillato. Ed infatti l'offerta priva di sottoscrizione non è negozialmente imputabile ad alcuno; costituisce inoltre mancanza di un elemento essenziale dell'offerta che, anche nell'attuale assetto normativo, delineato dall'art. 46, co. 1-bis, del codice dei contratti pubblici, in cui è stato codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, rileva quale causa di estromissione del concorrente dalla gara d'appalto.

[Link al testo sentenza](#)

Contratti pubblici nei settori ordinari. Commissione di gara.

Cons. Stato, Sez. V, 22 giugno 2012, n. 3682 - Pres. Baccarini, Est. Caringella

E' illegittima, alla stregua di quanto disposto dall'art. 84, co. 4, d.lgs. n. 163 del 2006, la composizione della Commissione giudicatrice di una gara d'appalto indetta da un Comune, nella quale sia presente, quale membro esterno, il dirigente responsabile dell'ufficio tecnico del Genio Civile di Area Vasta, il quale, nell'esercizio delle proprie funzioni, ha espresso parere favorevole al progetto relativo al contratto da aggiudicare mediante puntuali prescrizioni tecniche.

Non assume, infatti, rilievo la circostanza secondo cui il provvedimento sarebbe stato sottoscritto da un funzionario all'uopo delegato dal dirigente stesso, in quanto la delega di firma non incide

sulla sostanziale imputazione dell'atto alla sfera giuridica del titolare dell'ufficio e sulla conseguente ricorrenza, sul piano della lettera della norma e della ratio che la anima, della causa di incompatibilità.

[Link al testo sentenza](#)

**Processo amministrativo. Notificazione. Controinteressato.
Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione.
Offerta in generale.**

Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2012, n. 3752 - Pres. Piscitello, Est. Bianchi

Come è pacificamente ammessa la possibilità di impugnativa da parte di una sola impresa facente parte di un'A.T.I. costituenda in ragione del vincolo che astringe le imprese raggruppande, correlativamente deve ritenersi che la notificazione di un ricorso nei confronti dell'impresa capogruppo e mandataria di una costituenda A.T.I. sia sufficiente ai fini dell'adempimento delle formalità oggi previste dall'art. 41 c.p.a..

Ove il bando di gara richieda, ai fini della partecipazione, il semplice possesso della certificazione UNI EN ISO 2001 rilasciata da un organismo accreditato, senza ulteriori specificazioni, e senza alcun riferimento all'oggetto specifico dell'appalto, è legittima l'ammissione alla gara di una ditta che ha presentato tale certificato. Ed invero non v'è dubbio che la certificazione del sistema di qualità aziendale attesta la presenza nell'azienda di caratteristiche organizzative e di modalità operative predeterminate dalle norme UNI EN ISO 9000, attinenti agli aspetti gestionali dell'impresa, intesa nel suo complesso, e non ai prodotti da essa realizzati, ovvero alle attività ed ai processi produttivi per cui sia specificamente abilitata.

Costituisce principio fondamentale in materia di gara per l'affidamento di appalti pubblici quello per cui l'offerta, sia economica che tecnica, presentata dall'impresa partecipante deve essere "unica ed imm modificabile" al fine di garantire l'effettiva parità di condizioni tra i concorrenti; conseguentemente, né l'impresa partecipante può nel corso della gara modificare l'offerta, né, tanto meno, la Commissione giudicatrice può intervenire sulla stessa correggendola o scorporandola al fine di individuare un nuovo ammontare rispetto a quello indicato dalla partecipante.

[Link al testo della sentenza](#)

**Sanzione amministrativa.
Giurisdizione.**

Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2012, n. 3786 - Pres. Baccarini, Est. Poli

Il giudice amministrativo difetta di giurisdizione in ordine all'impugnativa del procedimento sanzionatorio intrapreso della Capitaneria di Porto di Pescara ai sensi degli artt. 295 e 296 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, per avere la società ricorrente immesso nel mercato combustibili per uso marittimo aventi un tenore di zolfo superiore ai limiti di legge.

Al fine del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, è necessario distinguere tra sanzioni punitive e misure ripristinatorie, riconoscendo solo nel secondo caso la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto nel caso di sanzioni punitive questa hanno carattere meramente afflittivo, e sono ricollegate al verificarsi concreto della fattispecie legale, restando esclusa ogni discrezionalità in ordine alla loro irrogazione se non quanto alla misura,

con la conseguenza che la contestazione dell'intimato si risolve nel dedurre il proprio diritto soggettivo a non subire l'imposizione di prestazioni patrimoniali fuori dei casi espressamente previsti dalla legge; mentre, al contrario, nel caso di misure ripristinatorie, queste ultime tendono a realizzare direttamente l'interesse pubblico di settore leso dall'atto illecito ed all'Amministrazione è data, di regola, la scelta della misura repressiva più idonea a soddisfare quell'interesse, con la conseguenza che, in tale caso, sussistono in capo al privato soltanto posizioni soggettive di interesse legittimo.

[Link al testo della sentenza](#)