

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

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Luglio 2012

Enti locali. Servizi pubblici locali.

Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2012, n. 3954 - Pres. Trovato, Est. Atzeni

Rientra nella competenza della Giunta Regionale, e non del Consiglio, la scelta di trasformare una partecipazione societaria di maggioranza in una totalitaria, atteso che essa implica, la trasformazione sostanziale della stessa, tanto più se, proprio al fine di rendere legittimo l'affidamento in house, si mira a trasformare la società stessa in organo indiretto dell'Amministrazione.

[Link al testo sentenza](#)

Il Consiglio di Stato, andando in contrario avviso sul punto rispetto alla lettura data dal Tar, ha valorizzato l'art. 5 l.r. 13 gennaio 2009, n. 1, ai sensi del quale la Giunta regionale può deliberare interventi che possono prevedere la cessione dei complessi aziendali di proprietà regionale ovvero la loro ristrutturazione economica e finanziaria, ed ha ritenuto non sussistente il vizio di incompetenza, in osservanza dell'art. 22, lett. m), dello statuto, ai sensi del quale la Giunta è chiamata anche ad "esercitare ogni altra funzione ad essa conferita dalla Costituzione, dal presente Statuto e dalle leggi".

Contratti pubblici nei settori ordinari. Collegamento sostanziale.

Cons. Stato, Sez. V, 9 luglio 2012, n. 3995 - Pres. Branca, Est. Prospero

Da un lato l'art. 51 D. Lgs. n.163/06 ha inserito nel sistema di regolazione delle pubbliche gare un deciso ridimensionamento del principio dell'immodificabilità soggettiva della persona dell'offerente, per cui le cessioni di azienda o le trasformazioni, fusioni o scissioni di società non possono provocare esclusioni, se non per l'assenza nei nuovi soggetti di requisiti generali oppure speciali, oppure ancora di requisiti necessari in base ai criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante, dall'altro detto ridimensionamento non trova nel codice degli appalti una generalità assoluta, ma viene accompagnato da una serie di limitazioni poste a presidio di altro principio, ovverosia dell'inammissibilità della presenza plurima nella stessa gara dello stesso concorrente, tramite più offerte (art. 11, co. 6) oppure con l'inserimento di una stessa impresa in più di un raggruppamento temporaneo (art. 37, co. 7).

Sussiste una situazione di collegamento sostanziale nel caso di soggetti che già prima dell'espletamento della gara avevano iniziato un percorso di fusione sia dal punto di vista formale, procedendo alla redazione del progetto di fusione, sia dal punto di vista sostanziale, avviando una collaborazione continuativa di partecipazione congiunta alle gare pubbliche.

[Link al testo sentenza](#)

Enti locali. Assessori comunali. Revoca.

Cons. Stato, Sez. V, 10 luglio 2012, n. 4057 - Pres. Branca, Est. Schilardi

Fermo restando che gli atti di nomina e revoca degli assessori degli enti territoriali non hanno natura politica, in quanto sottoposti alle eventuali specifiche prescrizioni dettate dalle leggi e eventualmente dagli statuti e dai regolamenti, la valutazione degli interessi coinvolti nel procedimento di revoca di un assessore è rimessa in via esclusiva al Sindaco, cui compete in autonomia la scelta delle persone di cui avvalersi per l'amministrazione dell'ente e che possono essere anche esterne al Consiglio Comunale (c.d. assessori tecnici) e la valutazione di merito delle scelte operate dal Sindaco è poi rimessa alla esclusiva valutazione del Consiglio comunale, quale organo di indirizzo e di controllo dell'Ente, ai sensi dell'art. 46, co 4, D.Lgs. 18.8.2000, n. 267. (1) Il procedimento di revoca dell'incarico assessorile, necessariamente improntato alla semplificazione, per evitare l'insorgere o il prolungarsi di una crisi politica nell'ambito dell'amministrazione comunale, non richiede che l'avvio di tale procedimento debba essere comunicato all'interessato, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241 del 1990, atteso che egli non può opporvisi e, quindi, la sua partecipazione diventa recessiva in un quadro normativo in cui ogni valutazione è rimessa in modo esclusivo al Sindaco (2).

[Link al testo sentenza](#)

(1-2) Cons. Stato, Sez. V 25 agosto 2011, n. 4905; 27 aprile 2010, n. 2357; 12 ottobre 2009, n. 6253; 23 gennaio 2007 n. 209 citate in motivazione, cui *adde*, 23 febbraio 2012 n. 1053. In arg., ampiamente anche Tar T.R.G.A., Trento, 22 marzo 2012, n. 96,

Giurisdizione. Translatio.

Cons. Stato, Sez. V, 10 luglio 2012, n. 4073 - Pres. Branca, Est. Schilardi

Le sentenze dei giudici ordinari di merito, come quelle dei giudici amministrativi, che statuiscano sulla sola giurisdizione, non sono idonee ad acquistare autorità di cosa giudicata in senso sostanziale ed a spiegare, perciò, effetti al di fuori del processo nel quale siano state rese, poiché le pronunce dei detti giudici sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato (esterno) anche in tema di giurisdizione e di spiegare, conseguentemente, i propri effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state adottate, solo quando, in esse, la decisione - sia pure implicita - sulla giurisdizione si rapporti, ad essa collegandosi, con una statuizione di merito ovvero nel processo riassunto avanti al giudice dotato di potestas iudicandi, in sede di translatio iudicii

[Link al testo sentenza](#)

I ricorrenti avevano promosso un primo giudizio innanzi al Tar che avevano declinato la propria giurisdizione a favore del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro. La causa veniva, quindi, proposta innanzi al giudice del lavoro, che a sua volta dichiarava il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo, innanzi al quale la causa veniva riassunta. Il Tar, con sentenza che il giudice d'appello ha ora riformato, dichiarava inammissibile il ricorso in riassunzione, assumendo che una nuova eventuale pronuncia avrebbe violato il principio del divieto del *ne bis in idem*.

Nella specie, ha ritenuto il Consiglio di Stato che dopo la prima sentenza del Tar di declinatoria di giurisdizione, i ricorrenti avevano riproposto – e non già riassunto - la causa dinanzi al Tribunale

ordinario, instaurando così un processo nuovo. Dopo la sentenza del Tribunale anch'essa di declinatoria di giurisdizione, il nuovo ricorso al Tar era stato qualificato come ricorso in riassunzione. Ciò posto, il processo instaurato dinanzi al Tribunale ordinario era un processo nuovo, a sua volta il secondo processo instaurato dinanzi al Tar era, comunque, un nuovo processo rispetto a quello originario, già definito con la prima sentenza, e quindi in esso tale sentenza, in quanto statuente sulla sola giurisdizione, non esplicava effetti.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Collegamento sostanziale. Revoca della gara.

Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189 - Pres. Baccarini, Est. Saltelli

Fra le cause di esclusione dalle gare pubbliche devono essere ricomprese, oltre alle ipotesi previste dall'art. 2359 c.c., anche quelle non codificate di collegamento sostanziale, le quali, attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura ad un unico centro decisionale, causano o possono causare la vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, risultando ininfluenti che la rilevanza del collegamento anche sostanziale sia stata o meno esplicitata nel bando di gara.

La revoca della gara (melius, la determinazione di non giungere alla naturale conclusione della gara) intervenuta nella fase dell'aggiudicazione provvisoria (e prima di quella definitiva), dunque in un momento in cui non si è determinato alcun affidamento qualificato, non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento.

[Link al testo sentenza](#)

Urbanistica. Pianificazione.

Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2012, n. 2898 (ord. cautelare) - Pres. Barra Caracciolo, Est. Lotti

E' sostenuta da sufficienti elementi di fumus boni iuris la domanda cautelare proposta nei confronti di un provvedimento adottato sulla base di previsioni pianificatorie generali che appaiono da tempo scadute.

[Link al testo ordinanza](#)

Pubblico impiego. Distacco.

Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2012, n. 4217 (ord.) - Pres. Trovato, Est. Caringella

Appare rilevante e non manifestamente infondata, in relazione ai parametri di cui agli artt. 3, 18, 97, 114, 118 e 119 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 271, comma 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 laddove prevede un numerus clausus di associazioni (organismi nazionali e regionali dell'Anci, dell'Upi, dell'Aiccre, dell'Uncem, della Cispel e sue federazioni) in favore delle quali è consentito il distacco dei dipendenti comunali, con oneri economici integralmente a carico degli enti locali.

[Link al testo ordinanza](#)

Processo amministrativo. Notificazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 25 luglio 2012, n. 4218 - Pres. Caringella, Est. Durante

Nel nostro ordinamento la notificazione degli atti giudiziari a mezzo posta segue la specifica disciplina contenuta nella legge n. 890 del 1992; ed invero, pur essendo stata introdotta la liberalizzazione dei servizi postali in attuazione della direttiva 97/67/CE con il d.lgs. n. 58 del 2011, il servizio di notificazione degli atti giudiziari per esigenze di ordine pubblico è stato riservato esclusivamente a Poste Italiane S.p.a., fornitore del servizio universale.

In mancanza di tutte le formalità previste dalla legge per la notifica degli atti giudiziari a mezzo posta, la notifica deve ritenersi inesistente.

Né può invocarsi la previsione di cui all'art. 44, comma 3, c.p.a., in quanto la costituzione in giudizio degli intimati sana la nullità della notificazione del ricorso o le sue irregolarità, ma non anche l'inesistenza della medesima, che determina una decadenza dell'azione incidente sul diritto materiale della parte.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo. Esecuzione del giudicato. Commissario ad acta. Operatori economici. ATI. Fallimento della mandante.

Consiglio di Stato, Sez. V, 25 luglio 2012, n. 4227 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Lotti

La procura rilasciata da una società mandante di un R.T.I. in favore della mandataria non viene meno per effetto della declaratoria di fallimento della prima, atteso che le vicende della mandante non incidono sul mandato a suo tempo conferito, come si evince dall'art. 78, comma 2, della legge fallimentare, in base al quale il contratto di mandato si scioglie solamente per il fallimento del mandatario.

In sede di ottemperanza di una sentenza che ha condannato l'Amministrazione al risarcimento in favore della mandataria, il commissario ad acta dovrà provvedere a comunicare al curatore fallimentare della mandante l'adozione degli atti di liquidazione e pagamento e/o accreditamento dell'intera somma dovuta, affinché possa essere emanato un apposito mandato di pagamento pro-quota del credito della mandante.

[Link al testo sentenza](#)

Contratti pubblici nei settori ordinari. Esclusione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4351 - Pres. Baccarini, Est. Prospero

E' legittima l'esclusione dalla gara per l'affidamento di un appalto di servizi di un'impresa che ha presentato un'offerta economica, in cui risulta omessa l'indicazione dei costi della sicurezza afferenti alla specifica attività da dedursi nell'appalto.

[Link al testo sentenza](#)