

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

**(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)**

**Novembre 2012**

**Processo amministrativo. Intervento.**

**Processo amministrativo. Contenzioso appalti. Sorte del contratto dopo annullamento dell'aggiudicazione. Subentro (pretesa al).**

**Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5591 - Pres. Branca, Est. Lotti**

*L'intervento nel processo amministrativo, nella previgente disciplina ed anche nell'art. 28, comma 2, c.p.a., non è litisconsortile autonomo, bensì adesivo dipendente, a sostegno delle ragioni di una o di altra parte, consentito a condizione che il soggetto, se legittimato, non sia decaduto dal diritto di impugnare il provvedimento amministrativo, con la sola eccezione dell'intervento in appello del soggetto che intende opporsi di terzo (ex art. 109, comma 2, c.p.a), che è di tipo litisconsortile autonomo.*

*La nuova disciplina introdotta dall'art. 50 c.p.a. prevede, sul piano strettamente procedurale, che:*

*a) l'atto di intervento è proposto al giudice davanti al quale pende la controversia principale;*

*b) l'atto deve contenere le generalità dell'interventore, le ragioni su cui si fonda, la sottoscrizione della parte, il patrocinio del difensore e la relativa procura (ex art. 22, comma 2, e 24, c.p.a.);*

*c) l'intervento è notificato a tutte le altre parti, costituite e non, nel giudizio principale;*

*d) il deposito dell'atto di intervento è sottoposto ad un duplice, inderogabile, limite temporale: a pena di decadenza deve essere depositato nella segreteria del giudice adito entro trenta giorni dalla notificazione e, comunque, non oltre trenta giorni prima dell'udienza la tardività del deposito non è sanabile ex post, per acquiescenza delle controparti, in quanto i termini perentori sono espressivi di un precetto di ordine pubblico processuale essendo posti a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice a mente del combinato disposto degli artt. 74, comma 1, e 88, comma 2, lett. d), c.p.a..*

*In materia di appalti pubblici, è affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche la questione relativa alla dichiarazione di efficacia del contratto, come previsto dall'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a..*

*L'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba continuare o non a produrre effetti, sicché la privazione degli effetti del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione deve formare oggetto di una pronuncia giurisdizionale tipica.*

*L'art. 121 preveda per le violazioni gravi del diritto UE una pronuncia necessaria di inefficacia, salve le esigenze imperative, che prescinde dal fatto che il vincitore abbia proposto o meno domande di tutela specifica e dal contenuto conformativo della sentenza. Gli artt. 122 e 124, invece, prevedono una pronuncia discrezionale di inefficacia indispensabile per accogliere la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto ovvero per dotare la sentenza di un contenuto conformativo di rinnovazione della gara.*

*L'attribuzione dell'aggiudicazione e del contratto presuppongono indispensabilmente la domanda di parte; in quest'ultimo caso, la domanda di inefficacia del contratto, se non espressa, deve ritenersi implicitamente proposta, diversamente dal caso in cui il vizio riconosciuto dalla sentenza comporti la rinnovazione della gara; in quest'ultimo caso non è, infatti, ipotizzabile una domanda di subentro nel contratto.*

*Il subentro nel contratto, come in tutte le ipotesi di successione a titolo particolare nel rapporto negoziale, deve operare in relazione alle condizioni del contratto originario dichiarato inefficace, poiché è quel rapporto negoziale che la norma comunitaria e nazionale intende preservare, in alternativa alla conservazione dell'efficacia del contratto con contestuale risarcimento dei danni dell'impresa illegittimamente pretermessa.*

[Link al testo sentenza](#)

### **Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione. Avalimento.**

**Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595 - Pres. Branca, Est. Lotti**

*Anche se all'istituto dell'avvalimento deve ormai essere riconosciuta portata generale, resta salva, tuttavia, l'infungibilità dei requisiti ex artt. 38 e 39 del Codice dei contratti, in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione.*

*È per una ragione logica, prima ancora che giuridica, che devono ritenersi insuscettibili di avvalimento i requisiti di cui agli artt. 38 e 39 del Codice dei contratti, trattandosi di requisiti non attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento, ma requisiti di onorabilità, moralità e professionalità intrinsecamente legati al soggetto concorrente alla gara e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione.*

*Poiché nell'avvalimento l'operazione economica complessiva si compone di un contratto tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria, di una dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria e di un contratto di appalto, manifestandosi, dunque, quale collegamento negoziale composto da un susseguirsi di schemi contrattuali inscindibilmente connessi, è evidente che l'oggetto dell'impegno negoziale dell'impresa ausiliata con cui essa trasferisce il requisito mancante in capo all'impresa partecipante, deve essere non solo lecito e determinato (o determinabile), ma anche possibile ex art. 1346 c.c. In presenza di requisiti strettamente personali, dunque, l'oggetto di un eventuale contratto di avvalimento non può ritenersi giuridicamente possibile, in quanto non deducibile quale prestazione ai sensi degli art. 1173 e 1321 c.c..*

[Link al testo sentenza](#)

### **Responsabilità civile della pubblica amministrazione - Contratti pubblici (questioni risarcitorie in materia di) - Colpa e dolo**

**Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686 - Pres. Saltelli, Est. Lotti**

*La vigente normativa europea che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da una Amministrazione pubblica che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione.*

[Link al testo sentenza](#)

Pur affermando un principio in tema di responsabilità civile in materia di appalti pubblici che, a partire dalla sentenza del 30 settembre 2010, C-314/09 della Terza Sezione della Corte di Giustizia

dell'Unione Europea, ha trovato ampia applicazione nella nostra giurisprudenza, la sentenza merita di essere segnalata perché pone l'accento sulla necessità dell'armonizzazione degli ordinamenti degli stati membri in vista dei principi di equivalenza e, soprattutto, di effettività, garantendo così in tutto il territorio dell'Unione un'uniforme disciplina degli appalti pubblici.

Afferma la sezione che l'ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza e "ciò determina *ipso facto* la creazione di un diritto amministrativo comune a tutti gli Stati membri nel quale i principi che si elaborano a livello comunitario, in applicazione dei Trattati, trovano *humus* negli ordinamenti interni, e costituiscono una sorta di sussunzione unificante di regole riscontrabili in tali ordinamenti.

In questo processo di astrazione è inevitabile che i principi di diritto interno vengano sostituiti da principi caratterizzati da più larga acquisizione, poiché il ravvicinamento e l'armonizzazione normativa premia il principio maggiormente condiviso, come è quello della responsabilità piena della P.A. senza aree di franchigia.

Peraltro, l'assenza, nella disciplina comunitaria degli appalti, di qualsivoglia riferimento ad un'indagine in ordine all'elemento soggettivo della responsabilità, lungi dall'essere una dimenticanza, si spiega ponendo mente al fatto che, di norma, la via del risarcimento per equivalente viene percorsa qualora risulti preclusa quella della tutela in forma specifica; la reintegrazione in forma specifica rappresenta, peraltro, in ambito amministrativo l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo, come dimostra, d'altra parte, anche la vicenda giurisprudenziale e normativa relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, come da ultimo risolta per effetto del d. lgs. n. 53-2010, le cui previsioni sono confluite nel Codice del processo amministrativo agli artt. 121 e ss.

In tal modo, dunque, il ricorrente che non ottiene direttamente il bene della vita a cui aspira, ossia la riedizione della gara o l'aggiudicazione definitiva può aspirare alla monetizzazione del pregiudizio subito; se, tuttavia, anche tale ultima via di ristoro venisse resa impraticabile o assolutamente impervia, il privato rischierebbe di restare sprovvisto di qualsiasi forma di tutela."

## **Servizi pubblici.**

**Cons. Stato, Sez. V, ord. 8 novembre 2012, nn. 5688 – 5689 – 5690 - Pres. Saltelli, Est. Lotti**

*Va rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: "Se, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento CE n. 1191/69, il diritto alla compensazione sorge solo se, a seguito di apposita domanda, le autorità competenti non abbiano disposto la soppressione dell'obbligo del servizio che determina, a carico dell'azienda di trasporto, uno svantaggio economico, ovvero se tale norma si applica solo per quegli obblighi di servizio per i quali il Regolamento prevede la soppressione e non consente il mantenimento".*

[Link al testo ordinanza n. 5688 ; 5689 ; 5690](#)

## **Processo amministrativo. Ricusazione.**

**Cons. Stato, Sez. V, ord. 14 novembre 2012, n. 5755 - Pres. Baccarini, Est. Amicuzzi**

*Va accolta l'istanza ex art. 20, comma 2, c.p.a. di ricusazione del verificatore che era stato nominato in primo grado ed al quale il giudice d'appello, dopo aver nominato anch'egli un verificatore ed aver rilevato che i due verificatori erano giunti a risultati diversi, ha posto degli*

*quesiti di chiarimento, perché in tal modo il giudice di secondo grado verrebbe ad effettuare il controllo della decisione di primo grado in modo non del tutto autonomo.*

[Link al testo ordinanza](#)

### **Processo amministrativo. Riti speciali.**

**Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2012, n. 5770 - Pres. Baccarini, Est. Poli**

*Il c.d. rito abbreviato comune (e più in generale i riti speciali) si applica alla ricorrenza dei presupposti individuati dalla legge per rilevanti ragioni di interesse pubblico, mentre non si applica alle sole controversie che, ab imis, abbiano ad oggetto esclusivamente una domanda risarcitoria, seppure afferente alla materia soggetta al rito abbreviato.*

[Link al testo sentenza](#)

### **Pubblico impiego. Concorso. Bando di concorso e procedimento. Ammissione.**

**Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2012, n. 5828 - Pres. Baccarini, Est. Schilardi**

*Nei concorsi a posti di pubblico impiego devono essere distinti i requisiti di ammissione al concorso da quelli previsti per la nomina; tra i primi, alcuni requisiti, per il loro carattere generale, devono sussistere fino alla data di nomina (cittadinanza italiana, buona condotta, idoneità fisica e simili); altri invece, essendo requisiti specifici per il singolo posto messo a concorso, differiscono in relazione ai singoli ordinamenti e devono essere posseduti entro il termine di decadenza del bando ai soli fini dell'ammissione al concorso (età, possesso di una determinata qualifica o status, di una data anzianità di servizio, etc.), per cui il variare di questi requisiti è irrilevante e non comporta la perdita di un requisito per la nomina.*

*L'interpretazione delle clausole del bando di concorso deve ispirarsi ai principi dell'affidamento, con la conseguenza ulteriore che l'atto con cui l'Amministrazione indice un procedimento concorsuale deve essere interpretato per ciò che espressamente dice, restando l'aspirante dispensato da ogni indagine rivolta a ricostruire attraverso procedure ermeneutiche ed integrative ulteriori ed inespressi significati.*

[Link al testo sentenza](#)

### **Contratti pubblici nei settori ordinari. Offerta anomala.**

#### **Processo amministrativo. Azione di condanna. Prova.**

**Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846 - Pres. Baccarini, Est. Gaviano**

*L'art. 88, comma 3, del codice dei contratti pubblici (nel testo risultante dalla riforma operata con il d.l. n. 78 del 2009) rende obbligatoria, ai fini della legittima esclusione dalla gara di un'offerta anomala, la richiesta per iscritto all'offerente delle precisazioni ritenute pertinenti. La procedura trifasica prevista dall'art. 88 del d.lgs. n. 163 del 2006 è dunque modulata nei tre stadi successivi delle giustificazioni, delle precisazioni, passaggio intermedio, e della convocazione.*

*Il maggiore rigore della norma è finalizzato ad accrescere il tasso garantistico della procedura attraverso un più pieno contraddittorio; l'esame delle giustificazioni presentate dal soggetto*

*richiesto di dimostrare la non anomalia della propria offerta chiama infatti in causa la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, per cui il giudice della legittimità può intervenire soltanto in caso di macroscopiche illogicità.*

*Il passaggio intermedio reso obbligatorio dalla novella del 2009 ha la duplice funzione pratica di attribuire all'impresa un'ulteriore occasione di meditata interlocuzione scritta, e di permetterle di preparare in tutta consapevolezza la decisiva fase conclusiva della convocazione, sicché la circostanza che in concreto sia stato ammesso all'ulteriore fase dell'audizione, oltre al legale rappresentante della società, anche un suo tecnico di fiducia, nulla toglie al vulnus arrecato alle garanzie procedurali prescritte dalla legge impedendo al concorrente di avvalersi dello strumento preventivo delle precisazioni.*

*Il momento delle precisazioni serve a permettere all'impresa di rimediare alle manchevolezze delle giustificazioni inizialmente presentate; la relativa richiesta da parte della Stazione appaltante ha, tra le altre, anche la funzione di attirare l'attenzione del concorrente sulle zone d'ombra che le sue giustificazioni non hanno ancora chiarito, segnalando gli eventuali difetti d'impostazione delle giustificazioni stesse, affinché queste possano essere integrate.*

*Atteso che non consta agli atti che la verifica di anomalia dell'offerta si sarebbe conclusa in senso sfavorevole all'offerente, l'insuperabile dubbio dell'esito del sub procedimento si proietta sull'entità del risarcimento ottenibile dall'avente diritto, che dovrà essere ridotto nella misura del 50 per cento della somma che l'impresa avrebbe potuto ottenere qualora si fosse potuto accertare invece il suo pieno diritto all'aggiudicazione.*

*Quanto al lucro cessante, questo deve essere parametrato all'utile effettivo che l'impresa avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; di tale prova è onerata l'impresa stessa, come si desume anche dall'art. 124 c.p.a.. Il danno da mancata aggiudicazione copre anche il rimborso delle spese di partecipazione alla gara, mentre costituisce autonoma voce risarcitoria il danno curricolare, insito nel fatto stesso dell'impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto oggetto di controversia nell'ambito di futuri procedimenti simili cui l'impresa potrebbe partecipare, e che non richiede dunque l'assolvimento di un particolare onere probatorio, potendosi equitativamente commisurare al 2 per cento del valore dell'appalto.*

[Link al testo sentenza](#)

## **Pubblico impiego. Rapporto di fatto.**

**Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2012, n. 5848 - Pres. Baccarini, Est. Gaviano**

*Le norme in materia di assunzione di personale degli enti locali non sono di ostacolo all'applicabilità dell'art. 2126 c.c., e quindi al riconoscimento del diritto del lavoratore, pur non assunto a conclusione di una regolare procedura concorsuale, alle differenze retributive, all'indennità di fine rapporto ed alle altre prestazioni contributive e previdenziali; ma tutto ciò solo ove risulti comprovata la sussistenza in concreto degli indici che, secondo la giurisprudenza amministrativa, rivelano lo svolgimento di fatto di un rapporto di impiego, quali la subordinazione gerarchica, l'esclusività e la continuità delle prestazioni, l'osservanza di un orario di lavoro, la retribuzione in misura fissa e continuativa e l'inserimento del lavoratore nella struttura organizzativa dell'ente.*

[Link al testo sentenza](#)

## **Contratti pubblici nei settori ordinari. Bandi, avvisi, inviti.**

## **Requisiti di partecipazione e di qualificazione. Subappalto.**

**Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900 - Pres. Baccarini, Est. Atzeni**

*L'art. 6, ult. comma, l. 25 gennaio 1994, n. 82 commina la nullità dei contratti stipulati con imprese non iscritte o cancellate dal registro delle ditte o dall'albo provinciale delle imprese artigiane o con iscrizione sospesa e, pertanto, il procedimento preordinato all'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati è aperto esclusivamente a quanti siano legittimati alla stipula, non potendo essere esposto al rischio della conclusione di un contratto nullo.*

*È legittima l'esclusione dalla gara di un'impresa non iscritta all'albo delle imprese di pulizia, atteso che, seppure la lex specialis non richiedeva espressamente il possesso del requisito, deve ritenersi che la medesima sia eterointegrata dalle disposizioni della legge suindicata.*

[Link al testo sentenza](#)

La sezione afferma anche di non condividere l'assunto secondo cui l'aggiudicataria potrebbe dotarsi dell'iscrizione prima della stipula del contratto; tale tesi potrebbe avere un fondamento qualora si discutesse della necessità di dimostrare in sede di qualificazione un requisito non richiesto dal bando, ma di cui il concorrente sia, di fatto, in possesso.

Allo stesso modo, non può postularsi l'illegittimità dell'esclusione in considerazione del fatto che l'impresa aveva dichiarato l'intenzione di affidare i servizi di pulizia in subappalto ad impresa iscritta nel relativo registro; ed infatti l'art. 118, comma 2, del codice dei contratti pubblici deve essere inteso nel senso che l'indicazione del subappaltatore può avvenire successivamente all'aggiudicazione solo nel caso in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto.

**Atto amministrativo. Atto politico.**

**Processo amministrativo. Azione di accertamento. Azione di adempimento.**

**Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002 - Pres. Baccarini, Est. Caringella**

*La presenza di un vincolo giuridico comporta l'attrazione delle determinazioni assunte da organi politici nell'alveo dell'azione amministrativa, sottoposta, alla stregua dei principi costituzionali, al controllo di legalità da parte dell'Autorità giurisdizionale. Conseguentemente, la previsione di canoni di legalità che scandiscono il procedimento elettorale introduce un requisito di legittimità idoneo a limitare l'esercizio del potere di indizione delle elezioni da parte dell'organo regionale, imponendo la soggezione a controllo giurisdizionale delle relative determinazioni e condotte amministrative.*

*L'assenza, nel cod. proc. amm., di una previsione legislativa espressa non osta all'esperibilità di un'azione di mero accertamento quante volte detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata all'interesse legittimo. (1)*

*È ammissibile in via generale anche un'azione di condanna pubblicistica (c.d. azione di esatto adempimento) tesa ad una pronuncia che, per le attività vincolate, costringa la P.A. ad adottare il provvedimento soddisfacente. (2)*

*La portata atipica delle azioni di accertamento e di condanna fuga ogni dubbio in merito alla relativa praticabilità anche in materia elettorale; deve infatti ritenersi che l'elettore, legittimato ex art. 130 c.p.a. a dedurre l'illegittimità degli atti del procedimento elettorale, sia a fortiori facultizzato, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, sensibile ai principi di*

*pienezza, effettività e tempestività della tutela giurisdizionale, a contrastare le condotte che illegittimamente impediscono o ritardano lo stesso avvio del procedimento elettorale.*

*L'art. 5 della l.r. Lazio n. 2 del 2005, nel prevedere l'indizione delle nuove elezioni del Consiglio e del Presidente della Regione entro tre mesi, deve essere interpretato sul piano teleologico come perseguita la finalità di garantire la restaurazione del pieno funzionamento istituzionale, con la conseguenza che le elezioni debbono avere luogo, e non semplicemente essere indette, entro tale lasso temporale. Una lettura che non imponesse un vincolo temporale per la celebrazione delle elezioni, rimettendo detta scelta all'incondizionata discrezionalità del Presidente dimissionario della Regione, non assicurerebbe il rinnovo in tempi ragionevolmente brevi degli organi, e, con esso, il soddisfacimento dei valori costituzionali sottesi all'espressione della volontà popolare secondo il meccanismo della democrazia elettorale.*

[Link al testo sentenza](#)

(1) Puntualizza il collegio che si tratta di una tecnica di tutela che rinviene il suo fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta costituzionale al fine di garantire la piena e completa tutela giurisdizionale. Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui siffatta azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente. A tale risultato non può opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio di atipicità delle forme di tutela. In definitiva, il principio dell'interesse a ricorrere di cui all'art. 100 c.p.c., operante nel processo amministrativo in virtù del rinvio esterno recato dall'art. 39 c.p.a., funziona non soltanto come presupposto processuale dell'azione di annullamento e di condanna, ma, ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, come fattore di legittimazione generale ad agire, che abilita il soggetto all'azione di mero accertamento.

(2) Richiamata l'Ad. Plen. n. 3 del 2011, la pronuncia ribadisce che il fondamento dell'azione di condanna è rinvenibile nei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, dall'interpretazione della portata espansiva delle specifiche ipotesi previste dall'art. 31, comma 3, c.p.a., in materia di silenzio, dall'art. 124 in materia di contratti pubblici, oltre che dall'art. 4 d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 in materia di azione collettiva di classe, e, soprattutto, dalla dizione ampia dell'art. 30, comma 1, c.p.a., che non tipizza i contenuti delle pronunce di condanna, e, quel che più conta, non limita dette statuizioni ai soli casi privatistici del risarcimento del danno e della lesione di diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Di tale opzione ermeneutica si trae conferma, sul piano del diritto positivo, anche dalle modifiche recentemente apportate dal d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 all'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., alla stregua del quale «l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego od all'azione avverso il silenzio»: viene in tale guisa codificata la domanda di condanna ad un *facere* specifico avente ad oggetto l'emanazione del provvedimento doveroso omesso.