

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

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Marzo 2013

Elezioni. Liste elettorali.

Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1354 - Pres. Baccarini, Est. Caringella

È legittimo il provvedimento con cui la Commissione elettorale, facendo uso di un potere attribuito dal sistema normativo (in particolare artt. 30 e segg. d.P.R. 16 maggio 1970, n. 570), ha disposto l'esclusione della lista sulla scorta di un'adeguata motivazione in merito al contrasto con la disciplina costituzionale, in ragione del simbolo del movimento (il fascio), della dizione letterale (acronimo di Fascismo e Libertà) e del richiamo ideologico al disciolto partito fascista.

[Link al testo sentenza](#)

Procedimento amministrativo. Comunicazione di avvio del procedimento.

Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1356 - Pres. Baccarini, Est. Caringella

L'adempimento garantistico della comunicazione di cui all'art. 7, l. n. 241 del 1990 è atto dovuto per tutti i procedimenti di secondo grado volti ad incidere su un rapporto in atto, che non può incontrare deroga, stante l'identità dell'esigenza difensiva da preservare e l'assenza di ragioni giustificative dell'omissione, nell'ipotesi in cui la cessazione anticipata sia stata disposta da un atto di pianificazione volto alla riassegnazione delle concessioni mediante procedure di evidenza pubblica.

[Link al testo sentenza](#)

Contratti pubblici nei settori ordinari.

Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1373 - Pres. Baccarini, Est. Atzeni

Negli appalti pubblici, in tema di dimostrazione dei requisiti col meccanismo del sorteggio, ai sensi dell'art. 48 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, la sanzione conseguente alla mancata produzione della relativa prova ovvero di una documentazione che non confermi detto possesso (o non comprovi le dichiarazioni in precedenza rese) è l'esclusione dalla gara, con conseguente incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità garante per i provvedimenti di sua competenza, con la conseguenza che l'esclusione interviene: a) sia in ipotesi di mancata produzione di prove atte a confermare la sussistenza dei requisiti; b) sia in ipotesi di mancata produzione di prove entro il termine perentoriamente previsto, salvo oggettiva impossibilità, il cui onere della prova grava sull'impresa; c) sia in ipotesi di produzione di documentazione che "non confermi" (nel senso che neghi o che non sia sufficiente a confermare) le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta; pertanto, posto che il Legislatore intende sanzionare, all'esito negativo della procedura in parola il "comportamento sleale" dell'impresa, che si tipizza o per non

avere fornito le prove richieste in ordine a quanto dichiarato, ovvero per avere "azzardato" dichiarazioni non corrispondenti al dato reale, questo comporta che non rileva che la clausola originariamente prevista dal bando o dalla lettera di invito preveda il possesso di un determinato requisito ovvero la produzione di una certa dichiarazione "a pena di esclusione", perché possa poi farsi luogo, all'esito negativo della procedura a norma dell'art. 48, all'esclusione ivi disposta.

La segnalazione all'Autorità di vigilanza dell'esclusione di un'impresa da una gara non produce direttamente un effetto lesivo, ma costituisce fatto di promovimento di un procedimento in contraddittorio e la sua impugnazione è, quindi, inammissibile per carenza di interesse.

[Link al testo sentenza](#)

Edilizia economica e popolare. Assegnazione alloggi. Revoca e decadenza dell'assegnazione.

Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1804 - Pres. Volpe, Est. Schilardi

In caso di riassegnazione di un alloggio al coniuge separato di precedente assegnatario la morosità nel pagamento dei canoni maturata antecedentemente al provvedimento non è imputabile al nuovo assegnatario, attenendo ad un rapporto contrattuale ormai estinto, senza che il pagamento dei corrispettivi scaduti sia stato considerato quale condizione della volturazione del contratto di alloggio a suo nome. Del resto, l'art. 22 della l.r. Sardegna n. 3 del 1989 prevede che solo il pagamento dei canoni di locazione relativi al proprio rapporto negoziale di concessione-locazione può comportare la decadenza dall'assegnazione dell'alloggio. E' dunque illegittimo l'impugnato provvedimento di decadenza dall'alloggio per morosità, salvo il potere dell'Amministrazione, ove ne sussista il titolo, di agire per il recupero del credito nei confronti di entrambi i coniugi, e dunque anche del nuovo assegnatario.

[Link al testo sentenza](#)

Contratti pubblici nei settori ordinari. Offerta in generale. Modalità di conservazione. Verbalizzazione.

Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1815 - Pres. Volpe, Est. Lotti

In materia di verbalizzazione delle modalità di conservazione e di custodia delle buste contenenti le offerte prodotte in una gara di appalto la giurisprudenza amministrativa si è apparentemente divisa su due differenti orientamenti. Secondo un primo indirizzo, più rigoroso, l'omessa menzione nei verbali di gara delle specifiche cautele adottate a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte determina, di per sé, l'illegittimità delle operazioni di gara, a prescindere dalla mancata dimostrazione dell'effettiva manomissione delle buste e del loro contenuto. In base ad un secondo indirizzo, più attento agli effetti sostanziali di tale omessa verbalizzazione, l'omissione non costituisce di per sé motivo di illegittimità dell'attività svolta dalla Commissione a meno che non vengano adottati elementi concreti e specifici tali da far ritenere probabile o quanto meno possibile la sostituzione delle buste, la manomissione delle offerte od altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura.

L'Amministrazione, nelle gare d'appalto, ha la piena disponibilità e l'integrale responsabilità della conservazione degli atti di gara, cui in corso del procedimento l'interessato non può subito accedere, giusto quanto stabilito dall'art. 13, co. 2 D.lgs. n. 163 del 2006, spettando all'Amministrazione stessa, ma solo a fronte di una seria e non emulativa allegazione presuntiva dell'interessato circa l'effetto di non genuinità degli atti stessi e fermo il diritto di accesso, di dare idonea contezza dell'efficacia dei metodi di custodia in concreto adoperati, a tal fine dimostrandola non solo con il verbale (che di per sé ha fede privilegiata), ma pure con ogni idoneo mezzo di prova.

Le anomalie che, pertanto, devono essere quanto meno allegate per dimostrare l'interesse non emulativo alla custodia dei plichi possono riassumersi (quasi tipizzarsi): nell'eccessiva durata delle operazioni di gara; ovvero nell'inversione dell'ordine di valutazione tra offerta tecnica ed economica; ovvero nella sottrazione di un documento di gara ad opera di ignoti o per la presenza di circostanziati elementi indiziari e sintomatici di una possibile manomissione dei documenti di gara.

In presenza del generale obbligo di custodia dei documenti di una gara da parte della Stazione appaltante, è da presumere che lo stesso sia stato assolto con l'adozione delle ordinarie garanzie di conservazione degli atti amministrativi, tali da assicurare la genuinità ed integrità dei relativi plichi.

In tale caso, la generica doglianza, secondo cui le buste non sarebbero state adeguatamente custodite, è irrilevante allorché non sia stato addotto alcun elemento concreto, e la gara non presenti alcun andamento anomalo, che potrebbe giustificare un atteggiamento rigoroso rispetto all'omessa verbalizzazione delle operazioni di custodia delle buste. Dunque, la correttezza della procedura, l'assenza di anomalie di sorta che possano anche solo ritenere posta in pericolo l'integrità e la segretezza delle offerte, l'assenza di eventuali puntuali circostanze che indichino la violazione della riservatezza delle operazioni di gara, impediscono di prendere in considerazione l'omessa verbalizzazione quale elemento di illegittimità della procedura di gara.

A conferma di ciò, giova rilevare che l'art. 78, co. 1, del codice dei contratti pubblici, nell'elencare le informazioni che devono essere contenute nei verbali di gara, non include fra le medesime anche le modalità di custodia e di conservazione dei plichi che, dunque, possono ritenersi elemento essenziale solo allorché si evidenzino rischi di manomissione o di violazione del principio di segretezza delle offerte.

Del pari, l'art. 46, co. 1 bis, circoscrive la possibilità di esclusione dei candidati o dei concorrenti alle ipotesi in cui sia stato violato il principio di segretezza delle offerte a causa della non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o per altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, poiché tali difetti devono essere tali da fare ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Tale disposizione privilegia un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica rispetto alla tutela del principio di segretezza delle offerte, approccio che, dunque, deve riguardare anche i suoi inevitabili corollari, quali la verbalizzazione circa le modalità di custodia dei documenti di gara.

[Link al testo sentenza](#)

Espressione dell'indirizzo più rigoroso è, ad esempio, la sentenza di Cons. St., sez. V, 28 marzo 2012, n. 1862, mentre l'orientamento più sostanzialistico fa capo a Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5579, nonché a Cons. St., sez. III, 14 gennaio 2013, n. 145, ed, ancora, a Cons. St., sez. III, 5 febbraio 2013, n. 688.

Autorizzazioni e concessioni.

Servizi pubblici.

Contratti pubblici. Aggiudicazione (provvisoria e definitiva).

Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1828 - Pres. Atzeni, Est. Tarantino

La giurisprudenza, con orientamento consolidato, ha più volte ribadito la relazione giuridica che lega l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva sul piano sostanziale e processuale, nel senso che l'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto, avendo natura di atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, è inidonea a produrre la definitiva lesione della concorrente non risultata aggiudicataria, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, la quale non costituisce atto meramente confermativo della prima, ed in riferimento esclusivamente alla quale va verificata la tempestività del ricorso. Conseguentemente, l'impugnazione

dell'aggiudicazione provvisoria è comunque condizionata, ai fini della sua procedibilità, alla tempestiva impugnazione con motivi aggiunti anche dell'aggiudicazione definitiva che successivamente intervenga.

Questo orientamento è granitico nel caso in cui ad impugnare l'aggiudicazione provvisoria sia il concorrente non aggiudicatario, mentre presenta profili più problematici nel caso in cui l'impugnazione provenga da un soggetto che contesti in radice la scelta della stazione appaltante di bandire la procedura di gara.

In tale caso, infatti, il bene della vita fatto valere è quello relativo alla possibilità di risultare affidatario diretto del servizio oggetto di gara, con la conseguenza che non occorre impugnare gli atti di aggiudicazione ove siano stati impugnati quelli di indizione del procedimento, atteso che l'annullamento del bando travolge il provvedimento di aggiudicazione, sicché la mancata impugnazione di quest'ultima non determina l'improcedibilità del ricorso.

[Link al testo sentenza](#)

Sul rapporto tra aggiudicazione provvisoria e definitiva si veda Cons. St., Ad. Plen., 31 luglio 2012, n. 31.

**Contratti Pubblici nei settori ordinari.
Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione.
Colpa e dolo. Liquidazione del danno.**

Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833 - Pres. Atzeni, Est. Tarantino

La tesi della natura giuridica della responsabilità della P.A. come responsabilità da “contatto sociale qualificato”, alternativa al modello aquiliano, trae linfa dalla considerazione che il rapporto tra cittadino ed Amministrazione non può essere equiparato ad una relazione occasionale, nella quale due soggetti giuridici entrano in contatto solo in occasione dell'evento illecito. Ma è, al contrario, frutto della violazione di quegli obblighi procedimentali che incombono sull'Amministrazione a tutela del privato. Inoltre questo approccio sterilizza l'esigenza circa l'indagine sulla spettanza del provvedimento e consente di superare senza occuparsene della questione relativa alla pregiudiziale amministrativa.

Nella fattispecie in esame, peraltro, è da escludersi la ricorrenza di un'ipotesi di responsabilità da contatto sociale qualificato, atteso che si controverte di un'istanza di ristoro patrimoniale a tutela dell'interesse legittimo all'aggiudicazione della gara d'appalto, presupponente lo scorretto esercizio del potere amministrativo, e non già l'inottemperanza ad un obbligo gravante sull'Amministrazione comunale. Diversamente ragionando, si perverrebbe ad un'inaccettabile sovrapposizione delle posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo.

Il richiamo alla natura extracontrattuale dell'illecito non esclude la configurabilità di connotati che lo differenziano dal paradigma normativo delineato dall'art. 2043 c.c., specie in tema di imputabilità dell'illecito in materia di affidamento di appalti pubblici.

A questo riguardo, la giurisprudenza ha già sottolineato l'irrilevanza dell'elemento della colpa, sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sottolineando che ciò è postulabile sia per gli appalti di rilievo comunitario, che per gli altri appalti pubblici.

In ordine al quantum del risarcimento, un principio di prova può desumersi dall'offerta economica presentata per l'aggiudicazione del servizio, sulla quale l'impresa avrebbe lucrato l'utile di impresa. Non può peraltro farsi automatica applicazione del criterio desunto in via analogica dall'art. 345 l. n. 2248 del 1865, all. F, atteso che in questo modo si introdurrebbe una forma di indennizzo predeterminato che contrasta con i principi probatori gravanti sul danneggiato ai sensi dell'art. 2697 c.c., ripreso dall'art. 124 c.p.a..

Sulle somme corrisposte a titolo di risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale devono riconoscersi gli interessi maturati e la rivalutazione monetaria da computarsi alla data del

verificarsi dell'illecito, in funzione compensativa in relazione alla mancata tempestiva disponibilità in capo al debitore della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno

[Link al testo sentenza](#)

Sull'irrelevanza dell'elemento della colpa cfr. Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, nonché, a livello comunitario, Corte Giust. UE, 30 settembre 2010, in causa C.-314/09, Stadt Graz.