

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

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

**Aprile 2013**

**Contratti pubblici nei settori ordinari. Offerta in generale.**

**Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2013, n. 1915 - Pres. Trovato, Est. Gaviano**

*Nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici l'allegazione della copia fotostatica del documento del sottoscrittore della dichiarazione sostitutiva, prescritta dall'art. 38, ca 3, t.u. 28 dicembre 2000, n. 445, è un adempimento inderogabile atto a conferire, in considerazione della sua introduzione come forma di semplificazione, legale autenticità alla sottoscrizione apposta in calce alla dichiarazione, e giuridica esistenza ed efficacia all'autocertificazione. Si tratta quindi di un elemento integrante della fattispecie normativa, teso a stabilire, data l'unità costituita dalla fotocopia del documento di identità e dalla dichiarazione sostitutiva, un collegamento tra la dichiarazione ed il documento, e a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imputabilità soggettiva della dichiarazione al soggetto che la presta.*

*L'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile, e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali. E ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara*

[Link al testo sentenza](#)

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

**Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2013, n. 1943 (ord.) - Pres. Baccarini, Est. Prospero**

*Deve essere deferita all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, stante il contrasto giurisprudenziale in atto, la questione se l'onere di presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del codice dei contratti sussista anche per i procuratori speciali, quantomeno ogniqualvolta ricorrano poteri rappresentativi e decisionali che li pongano in una posizione assimilabile a quella di un amministratore di fatto, o invece, valga solamente per gli amministratori delle società muniti di poteri di rappresentanza e per i direttori tecnici.*

[Link al testo ordinanza](#)

**Contratti pubblici nei settori ordinari. Contratti esclusi.  
Giudicato.**

**Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2013, n. 1962 (ord.) - Pres. Trovato, Est. Lotti**

*Ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE e in relazione all'art. 23 dello Statuto della Corte di Giustizia, dell'art. 3 della l. 13 marzo 1958, n. 204, della Nota informativa riguardante le domande di*

*pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali, diramata dalla Corte di Giustizia (in G.U.C.E. del 28 maggio 2011), vanno rimesse alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni: - "Se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma ultima suggerita di atto di impegno a locare equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non possa essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'art. 16 DIR 2004/18/CE"; - "Se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, possa il giudice nazionale e, segnatamente, codesto giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, e descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto comunitario degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario".*

[Link al testo ordinanza](#)

### **Contratti pubblici nei settori ordinari. Offerta in generale.**

**Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2013, n. 1976 (ord.) - Pres. Volpe, Est. Lotti**

*Devono essere sottoposte all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni: 1) se l'obbligo di apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche sia operativo solo per le gare indette dopo l'entrata in vigore dell'art. 12, D.L. 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 luglio 2012, n. 94, ovvero se tale regola è applicabile anche per le gare indette prima di tale data; 2) se il citato art. 12 abbia salvaguardato, e quindi sanato, gli effetti delle procedure già concluse alla data del 9 maggio 2012 e di quelle, ancora pendenti alla detta data, nelle quali si sia già proceduto, prima della medesima data, all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche non in seduta pubblica; 3) se il principio positivizzato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 13/2011 (obbligo di apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche) si applichi solo ai plichi aperti dopo il 28 luglio 2011, data della sua pubblicazione.*

[Link al testo ordinanza](#)

### **Processo amministrativo. Contenzioso appalti. Ricorso incidentale. Contratti pubblici. Operatori economici. Rti.**

**Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2013, n. 2059 (ord.) - Pres. Volpe, Est. Luttazi**

*Devono essere sottoposte all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni: 1) se il principio positivizzato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 (esame prioritario del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, salvo l'esame prioritario del ricorso principale, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità) trovi applicazione anche nei casi in cui - tenuto conto del numero e della complessità delle questioni prospettate - l'esame del ricorso incidentale comporti una non semplice attività interpretativa, che peraltro per taluni profili, attenendo a sindacato giurisdizionale su valutazioni di cās detta discrezionalità tecnica, richiederebbe l'espletamento di consulenze tecniche d'ufficio, anche col contraddittorio tra le parti; 2) l'applicabilità, in forza del richiamo di cui all'art. 27 D.lgs. n. 163/2006, alla gara per la realizzazione di un programma di housing sociale, della disposizione del successivo art. 37, comma 13, la quale impone che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento*

[Link al testo ordinanza](#)

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

**Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2013, n. 2031 (ord.) - Pres. Pajno, Est. Atzeni**

*Va rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione se, per la sussistenza del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del Codice dei contratti pubblici, sia sufficiente che entro il termine di presentazione dell'offerta sia stata presentata istanza di rateazione del debito tributario oppure occorra che il relativo procedimento si sia concluso con l'accoglimento dell'istanza del contribuente prima del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto.*

[Link al testo ordinanza](#)

## **Edilizia. Abusi. Sanzione pecuniaria.**

**Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2013, n. 2060 - Pres. Volpe, Est. Schilardi**

*Poiché le sanzioni pecuniarie comminate per abusi edilizi non sono sanzioni punitive (cioè correlate esclusivamente alla responsabilità personale dell'autore della violazione), ma costituiscono misure con finalità ripristinatorie, di carattere meramente patrimoniale, trasmissibili agli eredi, la violazione dell'art. 6 l. 28 febbraio 1985 n. 47 (ora trasfuso nell'art. 29 d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, testo unico in materia edilizia), comporta che la sanzione pecuniaria, una volta pagata da uno dei responsabili, estingue l'obbligazione e non è reiterabile nei confronti degli altri.*

[Link al testo sentenza](#)

## **Processo amministrativo. Revocazione. Errore di fatto. Giurisdizione in genere. Abuso del diritto.**

**Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2111 - Pres. Atzeni, Est. Durante**

*In sede di ricorso per revocazione, va considerato che l'ordine di esame delle questioni pregiudiziali (giurisdizione e ricevibilità in particolare) non costituisce errore di fatto, ma errore di diritto.*

*Peraltro la questione sulla giurisdizione per il giudice di appello, come si desume dall'art. 9 c.p.a., non ha valenza di eccezione, ma di deduzione, sicché non può essere rilevata d'ufficio, ma va valutata alla stregua delle deduzioni delle parti.*

*Sotto altro profilo, è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che ha adito la giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado; tale regola processuale trova fondamento nel divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il venire contra factum proprium dettato da ragioni meramente opportunistiche. Ed invero vige nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (divieto che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto) in cui si inserisce anche l'abuso del diritto, che delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore.*

[Link al testo sentenza](#)

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

**Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2013, n. 2118 - Pres. Poli, Est. Tarantino**

*L'istitutore è titolare di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore, munito di poteri di rappresentanza, e pertanto deve essere annoverato tra i soggetti tenuti alla dichiarazione sui requisiti prescritti dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici. La peculiarità del ruolo, determinata dall'ampiezza dei poteri di rappresentanza allo stesso attribuiti dalla legge, lo differenzia in modo significativo dalla diversa figura del procuratore, che, infatti, non può ritenersi tenuto a rendere la dichiarazione de qua.*

[Link al testo sentenza](#)

**Edilizia. Abusi. Condonò.  
Processo amministrativo. Interesse a ricorrere.**

**Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2013, n. 2221 - Pres. Baccarini, Est. Gaviano**

*Per consolidato insegnamento giurisprudenziale, la presentazione di una domanda di concessione in sanatoria per abusi edilizi ex l. 28 febbraio 1985, n. 47 (fonte richiamata dalle successive leggi di condono) impone al Comune competente la sua disamina e l'adozione dei provvedimenti conseguenti, di talché gli atti repressivi dell'abuso in precedenza adottati perdono efficacia, salva la necessità di una loro rinnovata adozione nell'eventualità di un successivo rigetto dell'istanza di sanatoria.*

*Di conseguenza, in presenza della richiesta di una concessione in sanatoria si deve registrare la sopravvenuta carenza di interesse all'annullamento dell'atto sanzionatorio in relazione al quale tale domanda è stata presentata, con la traslazione dell'interesse a ricorrere sul futuro provvedimento che, eventualmente, abbia a respingere la domanda medesima (ad esempio, per la mancata corresponsione dell'oblazione definitivamente accertata come dovuta) e disporre nuovamente la demolizione dell'opera abusiva.*

[Link al testo sentenza](#)