

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

Ottobre 2013

FALLIMENTO E ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI – LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE DEI BENI – LEGITTIMAZIONE DEL LIQUIDATORE GIUDIZIALE

Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2013, n. 5101, Pres. Cirillo, Est. Simonetti

Nel caso di concordato preventivo con cessione dei beni, il liquidatore non è un litisconsorte necessario, quanto semmai un possibile interventore adesivo, il cui intervento facoltativo si può giustificare in ragione delle possibili conseguenze che può determinare l'esito della lite sulle operazioni concordatarie. In tal caso il liquidatore giudiziale è legittimato a proporre opposizione di terzo laddove sia intervenuto nel giudizio di primo grado e successivamente sia stato escluso dal suo prosieguito.

Trattandosi di un cointeressato, il liquidatore giudiziale avrebbe dovuto impugnare autonomamente e nel termine di decadenza gli atti impugnati dalla società ammessa al concordato preventivo in sede di ricorso straordinario, dal momento che in tale sede (né nel processo amministrativo prima dell'adozione del cod. proc. amm.) la natura di cointeressato non impone alcuna integrazione del contraddittorio, neppure per consentire l'esercizio della facoltà di opposizione di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971.

Il caso

La Liquidazione Giudiziale dei Beni della Federazione Consorzi Agrari s.s. a r.l. ha impugnato al TAR il d.P.R. con il quale sono stati respinti una serie di ricorsi straordinari, proposti dalla società Federazione Italiana Consorzi Agrari, contro i provvedimenti con i quali il Ministero dell'Agricoltura aveva annullato in autotutela precedenti decreti ministeriali di approvazione dei rendiconti relativi alle operazioni di importazione dei cereali realizzate nell'immediato secondo dopoguerra.

A fondamento del ricorso, la Liquidazione Giudiziale dei Beni aveva dedotto, in via preliminare, la violazione del contraddittorio, lamentando di non essere stata parte del procedimento originato dal ricorso straordinario, per cui sarebbe legittimata ad impugnare il d.P.R. anche per vizi diversi da quelli successivi all'emanazione del parere; nel merito, l'erroneità della decisione sia sotto il profilo della modalità della rendicontazione sia con riferimento alla partecipazione procedimentale.

Il d.P.R. era stato impugnato al TAR anche dalla Federazione Italiana Consorzi Agrari.

Il TAR ha dichiarato l'inammissibilità di entrambi i ricorsi, affermando che la Liquidazione Giudiziale dei Beni non fosse legittimata ad impugnare il Decreto in quanto, ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971, non aveva la veste di controinteressato pretermesso bensì quella di cointeressato all'annullamento dei provvedimenti impugnati con il ricorso straordinario; mentre la Federazione, in base al principio dell'alternatività, non poteva mettere in discussione questioni su cui si era pronunciato il Consiglio di Stato in sede consultiva.

La Liquidazione Giudiziale dei beni ha proposto appello avverso la sentenza del TAR deducendo di non avere avuto tempestiva conoscenza dell'annullamento in autotutela dell'approvazione dei rendiconti, in quanto tali atti erano stati formalmente comunicati solo alla Federazione Italiana Consorzi Agrari. Inoltre, la circostanza che, al momento dell'adozione degli atti di auto annullamento, la stessa persona fisica ricopriva la carica di Commissario governativo della Federazione e quella di Liquidatore giudiziale dei beni non potrebbe fondare una presunzione di conoscenza degli atti.

Ha proposto appello incidentale anche la Federazione Italiana Consorzi Agrari.

Il Consiglio di Stato ha respinto entrambi gli appelli.

La decisione

Il Consiglio di Stato ha statuito che, nel caso di concordato preventivo con cessione dei beni, nelle controversie relative a pretese creditorie estranee e precedenti alle operazioni di liquidazione, il liquidatore non è un litisconsorte necessario, quanto semmai un possibile interventore adesivo, il cui intervento facoltativo si può giustificare in ragione delle possibili conseguenze che può determinare l'esito della lite sulle operazioni concordatarie. Tale impostazione implica che l'atto amministrativo (di imposizione tributaria) emesso nei confronti di una società ammessa al concordato preventivo con cessione dei beni debba essere notificato nei soli confronti del rappresentante legale e non anche del liquidatore.

Il Collegio ha aderito alla giurisprudenza di legittimità prevalente (discostandosi dal contrapposto indirizzo della Corte di Cassazione, n. 17748/2009) secondo la quale deve escludersi che la posizione del liquidatore giudiziale deve essere ricostruita nei termini di un litisconsorte necessario nei cui confronti fosse indispensabile integrare il contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c. e che, altrimenti, sarebbe legittimato a proporre opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404 c.p.c.

La decisione in rassegna precisa che al liquidatore giudiziale potrebbe essere riconosciuta la qualità di parte interventrice adesiva. Tuttavia, anche in tal caso, lo stesso non sarebbe legittimato a proporre l'opposizione di terzo, in quanto tale rimedio si giustifica solo nel caso in cui l'interventore adesivo sia intervenuto nel giudizio di primo grado e successivamente sia stato escluso dal suo prosieguo.

Chiarito tale profilo, il Consiglio di Stato ha definito il liquidatore giudiziale quale cointeressato all'annullamento degli atti di autotutela, che avrebbe dovuto impugnare autonomamente tali atti nel termine di decadenza. Tale aspetto (su cui è intervenuto il codice del processo amministrativo – art. 28, co. 2 – precisando che l'intervento adesivo del cointeressato è ammesso a condizione che avvenga prima che si consumi il termine per impugnare) all'epoca dei fatti assumeva valore dirimente era escluso che fosse possibile l'intervento adesivo del cointeressato, a maggior ragione nel caso del ricorso straordinario nel quale l'esercizio della facoltà di opposizione è riconosciuta solo ai controinteressati e alle amministrazioni resistenti non statali.

[Link al testo sentenza](#)

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – SOCCORSO ISTRUTTORIO

Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2013, n. 5127, Pres. Cirillo, Est. Stelo

È consentita e risulta doverosa l'integrazione documentale che non intende supplire ad un'offerta originariamente carente ma tende a non fare escludere un'offerta che ab initio avrebbe dovuto essere ammessa, se non vi fosse stato il lapsus calami, laddove si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto in gara.

Il caso

La società classificatasi al secondo posto di una procedura aperta per la fornitura di pellicole radiografiche, aveva impugnato gli atti di gara lamentando, in particolare, che la stazione appaltante aveva illegittimamente richiesto, alla società risultata aggiudicataria, una precisazione relativa al contenuto dell'offerta tecnica (per chiarire se il tempo di intervento per gli interventi di manutenzione era quello indicato nella relazione tecnica oppure nella scheda tecnica).

Il TAR ha accolto il ricorso, ritenendo che la precisazione richiesta dalla Commissione di gara ha determinato una nuova offerta sostitutiva di quella originaria, con conseguente diversa attribuzione del punteggio. Non essendo possibile il risarcimento in forma specifica per integrale esecuzione del contratto, il TAR ha condannato la stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

L'Azienda sanitaria appaltante ha interposto appello, deducendo che la Commissione si era limitata a richiedere un chiarimento di un dato già esistente in atti, non comportante un modifica dell'offerta e che, comunque, mancava la cd. prova di resistenza.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

La decisione

Il Consiglio di Stato, richiamando la copiosa giurisprudenza sui confini e sul contenuto del soccorso istruttorio, ha ribadito la netta distinzione tra attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni già rese in sede di gara, rispetto all'ipotesi di introduzione di elementi o fatti nuovi, dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Alla luce di tale distinzione, deve ritenersi assolutamente non consentita l'integrazione documentale volta a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dal concorrente, consentendo di aggiustare il tiro e di modificare *in itinere* la propria partecipazione. Di contro, laddove si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto in gara, l'attività di integrazione non solo è consentita ma risulta dovuta, nel senso che la stazione appaltante è tenuta, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato all'art. 46 del Codice, a richiedere o a consentire la suddetta integrazione, in modo da rendere conforme l'offerta a quanto richiesto dalla disciplina di gara.

Nel caso di specie, la richiesta della stazione appaltante aveva la valenza di "precisazione" e "chiarimento" relativamente ad un dato già in atti e che occorreva accertare (quale fra le due indicazioni contenuta nell'offerta tecnica fosse quella esatta), mentre non ricorreva l'ipotesi di modifica o rettifica dell'offerta originaria.

Inoltre, il Collegio ha precisato che era errata anche l'assegnazione della fornitura, effettuata dal TAR, alla società ricorrente, in quanto il Giudice di primo grado sarebbe sostituito nelle valutazioni e determinazioni di competenza della Commissione di gara.

SICUREZZA PUBBLICA – MISURE DI PREVENZIONE E DI SICUREZZA

Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2013, n. 5230, Pres. Romeo, Est. Stelo

L'interessato a detenere armi di qualsivoglia tipo deve essere in possesso di requisiti di affidabilità e di condotta tali da escludere il rischio di abuso secondo una valutazione tecnico-discrezionale di competenza dell'autorità di p.s., che deve resistere solo a censure di illogicità e irrazionalità. L'art. 39 del R.D. n. 773/1931, nell'assegnare al Prefetto la facoltà di vietare la detenzione di armi, munizioni e materie esplosive alle persone ritenute capaci di abusarne, non sanziona una condotta lato sensu colpevole, ma è una tipica misura di pubblica sicurezza di carattere preventivo intesa a rimuovere una situazione oggettiva di pericolo.

Il caso

Il TAR ha rigettato il ricorso proposto da un cittadino, titolare di un Istituto di vigilanza privata, avverso il decreto con cui la Prefettura ha respinto la richiesta di riesame e di revoca del divieto di detenzione di armi nel presupposto che l'interessato non dava più l'affidamento richiesto dal T.U.L.P.S. in quanto risultava gravato da pregiudizi penali definiti e pendenti.

L'interessato ha appellato la sentenza di primo grado, evidenziando le cautele adottate nel locale in cui era custodita l'arma successivamente rubata, l'insussistenza di responsabilità penale per l'omessa custodia comprovata al decreto di archiviazione del Tribunale, l'assenza di pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica, nonché il danno che tale provvedimento recava all'attività dell'impresa di vigilanza di cui era titolare.

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello.

La decisione

La pronuncia ha precisato che l'interessato a detenere armi di qualsivoglia tipo deve essere in possesso di requisiti di affidabilità e di condotta tali da escludere il rischio di abuso secondo una valutazione tecnico-discrezionale di competenza dell'autorità di p.s., che deve resistere solo a censure di illogicità e irrazionalità. Infatti, l'art. 39 del R.D. n. 773/1931 assegna al Prefetto la facoltà di vietare la detenzione di armi, munizioni e materie esplosive alle persone ritenute capaci di abusarne ed è unanimemente ritenuto sufficiente che il soggetto abbia dato prova di non essere del tutto affidabile quanto al loro uso, anche per non aver posto in essere tutte le cautele necessarie per la custodia delle stesse.

Peraltro, la citata disposizione non sanziona una condotta *lato sensu* colpevole, ma è una tipica misura di pubblica sicurezza di carattere preventivo intesa a rimuovere una situazione oggettiva di pericolo. Pertanto, il provvedimento di divieto di detenzione di armi può essere adottato anche quando il pericolo di abuso delle armi non sia determinato direttamente e personalmente dal loro proprietario, ma sia connesso ad una persona che ha accesso al locale in cui si trova l'arma, a meno che il titolare non dimostri di custodirle in modo tale da renderle realmente inaccessibili a chicchessia.

TELECOMUNICAZIONI – INFRASTRUTTURE PER TELEFONIA MOBILE

Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2013, n. 5231, Pres. Romeo, Est. D'Alessio

Ai sensi dell'art. 8, co. 6, della L. 22 febbraio 2001, n. 22, i comuni possono dettare disposizioni regolamentari per assicurare il migliore insediamento degli impianti di telecomunicazione, anche tenendo conto dell'esigenza di minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici. Nell'ambito di tale potere, fatto salvo il limite derivante dal rispetto dell'esigenza primaria di garantire all'intero territorio comunale una adeguata copertura di rete, i comuni ben possono prevedere aree sensibili nelle quali non è consentita l'installazione di impianti.

Il caso

Una società di telecomunicazioni ha impugnato al TAR gli atti con i quali un Comune le ha negato l'autorizzazione all'installazione di una stazione radio base per la telefonia mobile per contrasto con le prescrizioni del Regolamento comunale, adottato ai sensi dell'art. 8, co. 6, della L. n. 36/2001.

Il TAR ha respinto il ricorso.

La società ha appellato la sentenza, sostenendo l'illegittimità delle disposizioni regolamentari sulla base delle quali le era stato opposto il diniego, nonché l'illegittimità del diniego.

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello.

La decisione

La pronuncia in esame ha puntualizzato che i comuni, ai sensi dell'art. 8, co. 6, della L. n. 36/2001, hanno il potere di dettare disposizioni regolamentari anche per assicurare il migliore insediamento, sotto il profilo urbanistico e territoriale, degli impianti di telecomunicazione, tenendo conto dell'esigenza di minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici. Nell'individuare i limiti dell'esercizio di tale potere, la giurisprudenza ha chiarito che le regole dettate per l'installazione degli impianti devono essere ragionevoli e non si possono tradurre nel divieto generalizzato di installazione in identificate zone urbanistiche del territorio comunale. Infatti, il servizio pubblico di telecomunicazione è preordinato a consentire a tutta la popolazione di poter essere adeguatamente servita nelle diverse condizioni di comunicazione, in movimento o fissa, entro e fuori dagli edifici, dal centro abitato ed in tutte le ore del giorno e della notte (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3575/2013; nello stesso senso si è espressa la Corte Costituzionale con la sentenza del 7 novembre 2003, n. 331).

Tuttavia, deve ritenersi legittimo il Regolamento comunale che non consente l'installazione degli impianti in particolari zone sensibili, laddove i criteri localizzativi indicati non siano tali da determinare un divieto generale di installazione di impianti su tutto l'insediamento produttivo né sia tali da non garantire la copertura dell'intero territorio comunale, in particolare se – come nella specie – l'Amministrazione ha indicato zone limitrofe a quelle sensibili, dove è possibile l'ubicazione di impianti di telefonia.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – SOGGETTI AMMESSI ALLE GARE – AZIENDA OSPEDALIERA-UNIVERSITARIA – RIMESSIONE ALLA C.G.U.E.

Cons. Stato, Sez. III, ordinanza, 30 ottobre 2013, n. 5241

Vanno rimesse alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali. La prima concerne il seguente quesito: “dica la Corte di Giustizia se l'art. 1 della direttiva 50/1992, letta anche alla luce del successivo art. 1 par. 8 della direttiva 18/2004, ostano ad una normativa interna che fosse interpretata nel senso di escludere l'azienda ospedaliera avente natura di ente pubblico economico dalla partecipazione alle gare”. Nel caso di soluzione negativa a tale questione, viene rimessa alla Corte di Giustizia la soluzione di un'ulteriore questione: “dica la Corte di Giustizia se il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici – in particolare, i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità – osti ad una normativa nazionale che permetta ad un soggetto (come un'azienda ospedaliera) che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidataria in via diretta del servizio pubblico sanitario, di lucrare da tale situazione un vantaggio competitivo determinante nel confronto concorrenziale con altri operatori economici, senza che siano previste al contempo misure correttive volte ad evitare un simile effetto discorsivo della concorrenza”.

Il caso

Nell'ambito di una gara bandita da una Regione per l'affidamento del servizio di elaborazione dati per la valutazione esterna sulla qualità dei farmaci, la società seconda classificata ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione a favore di un'Azienda ospedaliera universitaria, lamentandone la mancata esclusione, sul presupposto che un ente pubblico non potesse partecipare ad una gara e, comunque, sul rilievo che la sua offerta economica fosse anomala.

Il TAR ha accolto il ricorso, ritenendo che per gli enti pubblici vi fosse il divieto di partecipare alle gare pubbliche, essendogli consentito, a determinate condizioni, solo l'affidamento in via diretta.

L'Azienda ospedaliera ha appellato la sentenza, prospettando un'interpretazione estensiva della nozione di operatore economico, tale da ricomprendere anche gli enti pubblici economici e, quindi, anche le aziende sanitarie e quelle ospedaliere.

Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea due questioni pregiudiziali, sospendo il giudizio nelle more della definizione del procedimento pregiudiziale.

La decisione

La pronuncia in esame statuisce, in via preliminare, che la questione relativa all'esistenza o meno di un divieto di partecipare alle gare nei confronti di un'Azienda ospedaliera universitaria si inserisce all'interno della tematica più generale relativa all'individuazione dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento e alla delimitazione della nozione europea di operatore economico.

Il Collegio, per inquadrare tale tema, prende le mosse dalla ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale relativo alla natura delle aziende ospedaliere universitarie, a partire dal d.lgs. n. 502/1992. In particolare, il processo di aziendalizzazione delle unità sanitarie locali è stato contrassegnato dalla loro progressiva autonomia rispetto agli enti territoriali e dall'introduzione di strumenti privatistici nella gestione aziendale, tanto da indurre dottrina e giurisprudenza a

qualificare le Aziende sanitarie e quelle ospedaliere come enti pubblici economici, nei quali comunque permangono rilevanti connotazioni di carattere pubblicistico, che impediscono che i servizi sanitari vengano ricondotti tout court nell'ambito del libero mercato.

Partendo da tale premessa (ovvero che le aziende ospedaliere, comprese quelle universitarie, hanno la natura di ente pubblico economico), il Consiglio di Stato ha messo in discussione l'esistenza di un divieto categorico di partecipare alle gare pubbliche.

In questa direzione depone anche la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (secondo la quale è ammesso a presentare un'offerta qualunque soggetto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto pubblico o privato o dal fatto di essere sovvenzionati tramite fondi pubblici, come le università e gli istituti di ricerca) e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 10/2011, relativa alle fondazioni), che hanno fornito maggiori aperture nell'interpretazione della nozione di operatore economico e hanno condotto ad una modifica significativa dell'art. 34 del D.lgs. n. 163/2006 (ad opera dell'art. 1, co. 1 lett. g) del d.lgs. n. 152/2008) secondo cui l'elencazione dei soggetti ammessi a partecipare alle gare pubbliche non è tassativa.

Il Collegio ricorda, comunque, che vi sono due limiti individuati dalla giurisprudenza da tenere presente e che non consentono una ammissione indiscriminata delle aziende ospedaliere a tutte le gare pubbliche. Il primo è relativo al fatto che l'attività posta a gara sia strumentale al conseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico; il secondo deriva dal fatto che non vi sia una previsione normativa specifica che vieti tale attività.

Sulla base di tale ricostruzione, l'ordinanza in esame ha rimesso alla Corte di Giustizia il seguente quesito: *“dica la Corte di Giustizia se l'art. 1 della direttiva 50/1992, letta anche alla luce del successivo art. 1 par. 8 della direttiva 18/2004, ostano ad una normativa interna che fosse interpretata nel senso di escludere l'azienda ospedaliera avente natura di ente pubblico economico dalla partecipazione alle gare”*. Su tale questione, il Collegio ha espresso il parere che l'orientamento giurisprudenziale che è andato emergendo sia ostativo ad una disposizione interna (quale, oggi, l'art. 34 del Codice) che fosse letta nel senso di escludere, a priori, l'azienda ospedaliera dalla possibilità di partecipare alle gare, con la precisazione che, ove un tale divieto fosse desumibile dall'assetto del sistema sanitario nazionale, bisognerebbe valutarne la compatibilità con la Direttiva europea.

Ove tale questione venisse risolta in senso negativo, il Collegio rimette alla Corte di Giustizia la soluzione di un'ulteriore questione: *“dica la Corte di Giustizia se il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici – in particolare, i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità – osti ad una normativa nazionale che permetta ad un soggetto (come un'azienda ospedaliera) che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidataria in via diretta del servizio pubblico sanitario, di lucrare da tale situazione un vantaggio competitivo determinante nel confronto concorrenziale con altri operatori economici, senza che siano previste al contempo misure correttive volte ad evitare un simile effetto discorsivo della concorrenza”*.