

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

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Agosto 2013

Contratti pubblici nei settori ordinari. Oggetto del contratto e procedura di scelta del contraente. Procedura negoziata.

Cons. Stato, Sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4140 - Pres. Virgilio, Est. Veltri

La gara indetta, secondo forme assimilabili alla procedura negoziata ed in via di autolimitazione del potere a ciascuno spettante, dal coordinamento dei giudici dell'esecuzione operanti presso un tribunale per la scelta del quotidiano locale dove pubblicare gli avvisi di vendita di beni mobili registrati e di beni immobili, secondo quanto prescritto dall'art. 490 c.p.c. (con conseguente vincolo per i singoli giudici all'utilizzo ai fini pubblicitari del solo quotidiano individuato), è illegittima in quanto contrasta con i poteri di direzione del processo esecutivo che la legge processuale affida in via esclusiva al giudice dell'esecuzione e comporta l'esercizio di un atipico potere di amministrazione attiva con conseguente lesione dell'interesse dei quotidiani locali più diffusi ad ottenere occasioni di guadagno, sostanziate dal libero svolgersi del meccanismo di cui all'art. 490 c.p.c..

[Link al testo sentenza](#)

Contratti pubblici nei settori ordinari. Tassatività delle cause di esclusione.

Cons. Stato, Sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4162 - Pres. Virgilio, Est. Veltri

In applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, costituisce mera irregolarità, sanabile attraverso il potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006, l'erronea indicazione del beneficiario della cauzione provvisoria prevista dall'art. 75 d. lgs. n. 163/2006. Sebbene infatti la garanzia provvisoria sia prescrizione contemplata dall'art. 75 del codice dei contratti pubblici a corredo dell'offerta e ne costituisca parte integrante non suscettibile di adempimento postumo, pena la violazione della par condicio, l'erronea indicazione del beneficiario integra un'omissione non così grave da determinare l'inesistenza della garanzia, non attenendo a profilo specificamente previsto dalla legge né rientrando come tale tra gli elementi essenziali dell'offerta.

[Link al testo sentenza](#)

Nella specie l'impresa ricorrente, esclusa dalla gara con provvedimento annullato dal TAR anziché indicare il nominativo dell'ente committente aveva indicato quello della stazione unica appaltante e cioè del Provveditorato interregionale alle opere pubbliche.

**Processo amministrativo. Legittimazione attiva.
Contratti pubblici nei settori ordinari.**

Cons. Stato, Sez. IV, 20 agosto 2013, n. 4199 - Pres. Numerico, Est. Taormina

Ai fini della legittimazione ad impugnare il bando di gara per l'affidamento di un appalto pubblico è necessario aver presentato domanda di partecipazione, a meno che il ricorrente non faccia valere un interesse contrario alla indizione della gara, o si tratti di operatore di settore che impugni un affidamento diretto in violazione dell'obbligo della gara pubblica, o, ancora, nelle ipotesi in cui la contestazione si indirizzi avverso clausole del bando immediatamente escludenti.

L'interesse oppositivo alla indizione della gara deve essere riconosciuto non solo a chi sia già titolare di un affidamento da parte dell'Amministrazione e ritiene che lo stesso debba continuare ma anche al soggetto che in quanto destinatario di pregresse discriminazioni, sanzionate dagli organi di giustizia comunitari, si trovi al cospetto di una gara bandita per rimediare a tali passate discriminazioni e la contesti radicalmente nell'an, in quanto asseritamente nuovamente "discriminatoria"; anche in siffatta ipotesi la legittimazione alla impugnazione del bando dev'essere riconosciuta in assenza di domanda di partecipazione alla gara.

L'avvenuta partecipazione ad una gara pubblica di appalto anche senza la formulazione di riserve non implica l'accettazione implicita della disciplina contenuta nel bando e nel relativo capitolato; ciò, anzitutto perché - in via di principio - l'intenzione di prestare acquiescenza ad un atto amministrativo deve comunque risultare in modo chiaro ed irrefutabile dal compimento di atti ovvero da comportamenti assolutamente inconciliabili con una volontà del tutto diversa ed inoltre (e soprattutto) quando la disciplina del bando di gara non sia di per sé immediatamente lesiva, sicché solo partecipando alla gara e solo conoscendo in seguito l'esito della stessa la società partecipante può in concreto decidere se prestare o meno acquiescenza agli atti adottati dalla Commissione di gara ed ai conseguenti provvedimenti di aggiudicazione posti in essere dall'Amministrazione in favore di altra società partecipante.

[Link al testo sentenza](#)

Principio di diritto affermato in una fattispecie in cui la gara indetta aveva per oggetto la selezione dei soggetti che, per conto dello Stato, raccolgono scommesse su eventi sportivi, inclusi quelli ippici, e non sportivi; il bando è stato impugnato da imprese con sede principale in Stati dell'Unione europea che in passato si erano viste negare il diritto di esercitare il servizio di raccolta di scommesse in Italia in quanto non concessionarie del relativo servizio e non in possesso della prescritta autorizzazione di polizia in forza di previsioni nazionali ritenute, all'esito di annoso contenzioso, in contrasto con il diritto di stabilimento e con la libertà di prestazione di servizi dalla Corte di Giustizia UE (sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16 febbraio 2012 nelle cause riunite C-72/10 e C-77/10 c.d. sentenza "Costa-Cifone" che segue la c.d. sentenza "Placanica" del 6 marzo 2007 in cause riunite C – 338/04 e C 3S9/04 e C – 360/04).

Il bando per la selezione dei nuovi concessionari è stato ritenuto discriminatorio e pertanto impugnato in quanto la durata limitata della concessione del servizio avrebbe avuto l'effetto di favorire i precedenti concessionari rendendo non economica la gestione da parte di nuovi operatori impossibilitati a recuperare gli investimenti in un lasso di tempo ritenuto eccessivamente breve; inoltre il bando avrebbe dovuto essere preceduto dalla revoca di tutte le concessioni in essere per la raccolta di scommesse, precedentemente affidate in violazione del diritto comunitario con conseguente illegittima esclusione di operatori di settore che invece avevano diritto a stabilirsi in Italia per l'esercizio di tale attività.

Siffatte doglianze sono state tuttavia disattese dagli organi di giustizia amministrativa.

La decisione in rassegna si segnala per l'ampia disamina delle problematiche insorte nel settore della raccolta delle scommesse a motivo del possibile contrasto tra la normativa nazionale – che

richiede il possesso di apposito titolo concessorio oltre che di autorizzazione di polizia - ed il diritto di stabilimento e di prestazione di servizi di operatori con sede principale in altri stati dell'Unione europea che aspirano ad esercitare la medesima attività in territorio italiano anche se privi delle speciali abilitazioni amministrative richieste dalla legge nazionale.

Processo amministrativo. Ottemperanza

Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4227 - Pres. Numerico, Est. Taormina

In sede di esecuzione del giudicato occorre tenere conto, in via generale, delle sole sopravvenienze di fatto e di diritto anteriori alla notificazione della sentenza medesima.

Tuttavia le statuizioni della sentenza coperte dal giudicato possono essere ritenute insensibili alle sopravvenienze di fatto e di diritto solo nel caso in cui esse riguardino il riconoscimento di diritti puntuali, suscettibili di un'unica attuazione, in relazione ai quali è possibile per il giudicante individuare la normativa vigente e lo stato di fatto esistente al momento del riconoscimento del diritto medesimo. Viceversa, nel caso in cui sono affermati in sentenza diritti a prestazioni a carattere periodico, la pronuncia del giudice riguarda il riconoscimento del diritto "allo stato", ma non può disporre per il futuro, affermando l'insensibilità del riconoscimento del diritto a qualsivoglia modifica, così precludendo la possibilità di modifiche normative.

In sede di esecuzione del giudicato assumono rilievo le sopravvenienze normative o di fatto, a cui si attribuisce, perciò, la capacità di limitare o escludere gli effetti ulteriori del giudicato, imponendo al giudice, in sede di esecuzione di questo, di integrare e talora addirittura di variare le statuizioni della decisione da eseguire; ciò vale anche per sopravvenienze successive alla notifica della sentenza che definisce il giudizio di ottemperanza, salvo in ogni caso il diritto del ricorrente al risarcimento del danno da qualificarsi in termini di perdita di chance.

[Link al testo sentenza](#)

Cfr. sulle problematiche inerenti il rapporto tra giudicato e ius superveniens, trattate dalla sentenza in rassegna, Cons. Stato, Ad plen. n. 20/1999 e n. 2/1998.

Edilizia. Concessione edilizia e permesso di costruire.

Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4234 - Pres. Numerico, Est. Rocco

L'autorizzazione paesaggistica non può essere intesa quale mero presupposto di legittimità del titolo legittimante l'edificazione, connotandosi piuttosto per una sua autonomia strutturale e funzionale rispetto al permesso di costruire; il rapporto tra autorizzazione paesaggistica e titolo edilizio si sostanzia pertanto in un rapporto di presupposizione necessitato e strumentale tra valutazioni paesistiche ed urbanistiche, nel senso che questi due apprezzamenti si esprimono entrambi sullo stesso oggetto, ma con diversi e separati procedimenti, l'uno nei termini della compatibilità paesaggistica dell'intervento edilizio proposto e l'altro nei termini della sua conformità urbanistico-edilizia; ne discende che l'autorizzazione paesaggistica non può essere qualificata come mero atto endoprocedimentale e, ove lesiva, deve essere immediatamente impugnata nei termini di legge, senza attendere il rilascio del permesso di costruire o il perfezionamento della d.i.a.

Qualora l'assemblea condominiale abbia inibito al singolo condomino il diritto alla sopraelevazione per ragioni di carattere statico o in quanto recante pregiudizio all'aspetto architettonico, o perché diminuisce notevolmente la luce e l'aria dei piani sottostanti, ai sensi

dell'art. 1127, commi 3 e 4, c.c., l'interessato, ai fini della legittimazione a richiedere il titolo edilizio che lo abilita all'intervento, è onerato di dimostrare l'avvenuta impugnazione e sospensione della delibera condominiale e deve preventivamente munirsi dell'autorizzazione del competente ufficio tecnico regionale, ai sensi dell'art. 90, comma 2, del T.U. approvato con D.P.R. 380 del 2001, prevista per la verifica statica delle nuove costruzioni a tutela della pubblica incolumità.

Il condominio, ove abbia adottato una deliberazione che vieti l'esecuzione dei lavori al singolo condomino, può pure incidere nella sfera giuridica di quest'ultimo e – segnatamente – sulla sua posizione di interesse legittimo intervenendo ai sensi dell'art. 7 e ss. della legge n. 241 del 1990 nel procedimento relativo al rilascio del permesso di costruire ovvero in quello conseguente alla presentazione della s.c.i.a., chiedendo quindi all'Amministrazione comunale di non accogliere le richieste del condomino medesimo conformemente al predetto deliberato assembleare, ovvero anche l'adozione di ogni possibile provvedimento in autotutela.

[Link al testo sentenza](#)