

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

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Marzo 2014

Edilizia.

Concessione edilizia e permesso di costruire. Rilascio.

Urbanistica. Piano regolatore.

Ambiente. Difesa del suolo. Piano Stralcio per l'Assetto Idrogeologico (PAI).

Cons. Stato, Sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1116 - Pres. FF. Branca, Est. Veltri

Il Piano Stralcio per l'Assetto Idrogeologico (PAI), al fine di perseguire la difesa del suolo, ha tra i propri obiettivi quello di costruire un quadro conoscitivo del sistema fisico del territorio per la corretta definizione delle possibili utilizzazioni dello stesso, stabilite negli strumenti urbanistici. Esso si presenta come un Piano fisiologicamente incompleto, essendo componente primigenia di un mosaico conoscitivo il cui completamento è demandato ai Comuni attraverso verifiche di compatibilità condotte in sede locale in ordine all'effettivo stato di dissesto. In quest'ottica il piano locale, disponendo di più appropriati approfondimenti e studi di carattere geologico ed idraulico, può e deve incidere sulla pianificazione di bacino, modificandone ed integrandone i contenuti. Ai Comuni, in particolare, il PAI impone la verifica di compatibilità delle previsioni del proprio strumento urbanistico vigente con le condizioni del dissesto e del rischio esistenti sul territorio e, ove se ne verifichi la necessità, l'adeguamento dello stesso e, conseguentemente, la trasposizione degli studi svolti su scala locale nei contenuti del PAI.

L'adeguamento non comporta la semplice riproposizione dei dissesti riportati sulla cartografia del PAI, che tra l'altro spesso non coincidono con i dissesti effettivi, ma un'analisi dello stato di fatto che può portare ad un quadro del dissesto diverso da quello proposto, con la conseguente necessità di modifica sia della cartografia del PAI, sia delle previsioni urbanistiche, cartografiche e normative vigenti.

E', conseguentemente, illegittimo un permesso di costruire rilasciato in conformità ad un piano regolatore in relazione al quale sia stata omessa la presupposta attività di adeguamento in relazione alle condizioni di dissesto e di rischio esistenti sul territorio, tenuto altresì conto che la sopravvenienza di nuove situazioni di rischio rendono comunque non eseguibili le previsioni del piano regolatore generale se non dopo la rivisitazione dello stesso necessaria ad evitare rischi.

[Link al testo sentenza](#)

**Processo amministrativo. Esecuzione del giudicato. Commissario ad acta.
Espropriazione per pubblica utilità.**

Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1221 - Pres. Virgilio, Est. Sabatino

Ai sensi dell'art. 21 cod. proc. amm. il commissario ad acta è un ausiliario del giudice. Ne discende che la fattispecie dell'esecuzione tramite commissario risulta costruita in modo del tutto differenziato da quella dell'esecuzione in via amministrativa tramite la riedizione del potere per mezzo del responsabile del procedimento, essendo diversi il potere esercitato, il soggetto titolare, e

il regime degli atti adottati. In sede esecutiva l'attività del commissario può anche coesistere con quella del responsabile del procedimento ma, in caso di contrasto, prevale l'attività del primo il quale sostituisce, e quindi esautorata, l'amministrazione nell'adozione degli atti in concreto.(1)

Ove a ciò non espressamente autorizzato, il commissario ad acta non ha il potere di subdelegare il compimento di atti esecutivi in favore del responsabile del procedimento; la sua attività, in quanto avente natura giurisdizionale, non è soggetta ai principi della legge n. 241 del 1990. Gli atti posti in essere dal responsabile del procedimento illegittimamente nominato dal commissario ad acta non sono di per sé illegittimi, potendo tuttavia mutuare ragioni di invalidità da aspetti di carattere sostanziale non connessi alla titolarità del potere di provvedere.(2)

Ferma la distinzione tra natura processuale degli atti del commissario ad acta e natura amministrativa degli atti posti in essere dall'amministrazione, l'insediamento del commissario ad acta non preclude all'amministrazione sostituita la prosecuzione del procedimento di cui all'art. 42 bis del testo unico sull'espropriazione.(3)

Poiché l'effetto ripristinatorio discendente dall'annullamento degli atti relativi al procedimento espropriativo si sostanzia, in via principale, nella restituzione al privato del bene illegittimamente appreso, il commissario ad acta in sede esecutiva non può provvedere ai sensi dell'art. 42 bis, sostituendosi all'amministrazione nell'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante poiché in tal modo risulterebbe eliso l'effetto ripristinatorio del giudicato di annullamento, in violazione del principio della domanda e di effettività della tutela ex art. 24 Cost., e si configurerebbe altresì una interferenza con scelte di merito rimesse all'amministrazione e non coperte dal giudicato.(4)

Qualora l'annullamento giurisdizionale si riferisca ad un procedimento espropriativo che abbia ad oggetto beni in proprietà indivisa, l'effetto demolitorio conseguito da alcuni soltanto dei proprietari si estende automaticamente anche in favore degli altri sicchè dev'essere censurato l'operato del commissario ad acta che abbia rilevato l'impossibilità di procedere alla restituzione del bene per avere l'ente espropriante asseritamente conseguito la proprietà indivisa di quota parte dell'immobile riferita ai proprietari che hanno omesso di impugnare gli atti del procedimento espropriativo. (5)

[Link al testo sentenza](#)

(4) *Contra* Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2011, n. 6351 citata in motivazione. In senso analogo al principio di cui alla massima si veda la successiva sentenza Cons. Stato, IV, 19 marzo 2014, n. 1344.

(5) Analoghe considerazioni sono state svolte dalla sentenza in rassegna con riferimento ad altro lotto in relazione al quale il Comune aveva, in via transattiva, conseguito la proprietà pro quota. Sulle problematiche trattate si veda anche la sentenza gemella Cons. Stato, IV, 13 marzo 2014, n. 1222.

Contratti pubblici nei settori ordinari.

Requisiti di partecipazione e di qualificazione. Qualificazione.

Esecuzione del contratto. Subappalto.

Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224 - Pres. Giaccardi, Est. Russo

L'art. 118, comma secondo, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 dev'essere interpretato nel senso che la dichiarazione circa l'intenzione di avvalersi del subappalto deve contenere, anche se non espressamente richiesto dal bando di gara, l'indicazione preventiva del nominativo del subappaltatore unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario a motivo del mancato

autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, potendo essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per l'interessato una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara.(1)

Il principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. n. 163/2006, dev'essere inteso in un'accezione sostanzialista nel senso che l'esclusione dalle gare può essere disposta non nei soli casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, ma anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione: e fra tali ipotesi rientra senz'altro quella del possesso dei titoli di qualificazione indispensabili per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto.(2)

Il subappalto, come strumento negoziale, pur differenziandosi dall'avvalimento sotto il profilo strutturale, ha tuttavia in comune la funzione di allargare la possibilità di partecipazione alle gare da parte di soggetti sforniti dei requisiti di partecipazione nella prospettiva propria dell'art. 47 della direttiva 2004/18.

Nelle procedure ristrette la dichiarazione di subappalto deve essere resa dai concorrenti solo al momento della presentazione dell'offerta, successivamente alla ricezione dell'invito a partecipare, e quindi dopo la c.d. fase di prequalifica, atteso che solo la successiva fase di presentazione delle offerte ha lo scopo di accertare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati e a tal fine impone di comprovare i requisiti richiesti per l'ammissione alla procedura.

[Link al testo sentenza](#)

(1) La sentenza in rassegna, con ampia motivazione, si uniforma all'orientamento giurisprudenziale oggi dominante (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900; id., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508; id., sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698) e si discosta motivatamente dal precedente difforme rappresentato da Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2012, n. 139 che, sullo specifico punto, ha disatteso le motivazioni espresse da TAR Molise n. 1051/2010 che, a quanto consta, rappresenta il primo pronunciamento sulla controversa questione.

(2) Sulla seconda massima la sentenza in rassegna richiama l'insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 7 giugno 2012, n. 21.

Edilizia. Concessione edilizia e permesso di costruire. Rilascio.

Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1238 - Pres. Giaccardi, Est. Veltri

Non è necessario l'espresso consenso dell'usufruttuario per il rilascio del titolo abilitativo chiesto dal nudo proprietario che riguardi o incida in qualche modo sul bene oggetto di usufrutto, tenuto conto che il nudo proprietario, in quanto tale, è legittimato, ai sensi dell'art. 11 del D.P.R. n. 380/2011, al rilascio del titolo edilizio.

Il titolo edilizio non può comunque ledere i diritti dei terzi e quindi limitare le facoltà di godimento dell'usufruttuario il quale, per le eventuali ragioni di pregiudizio che assuma di poter subire, può sempre rivolgersi al giudice ordinario per la tutela del diritto reale di godimento, anche previa disapplicazione del permesso di costruire rilasciato.

[Link al testo sentenza](#)

Urbanistica.

Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1240 - Pres. Giaccardi, Est. Veltri

La Residenza sanitaria assistenziale (RSA) ha natura socio assistenziale e non residenziale, pertanto deve ritenersi compatibile con la generica destinazione a “servizi” della zona di localizzazione prevista nel piano regolatore.

Qualora la scheda normativa di intervento, tra le varie tipologie di servizi ammessi, non contempli espressamente la possibilità di realizzare nell’area una RSA, è legittimo il permesso di costruire che autorizzi un tale insediamento in forza di una previsione derogatoria delle NTA che estende la possibilità di insediamento nell’area, per la realizzazione di opere di competenza comunale su aree di proprietà comunale, potendo la RSA, alla luce della ratio della previsione derogatoria, essere qualificata come opera di competenza comunale, tenuto conto che nel caso di specie sussiste l’ulteriore requisito della proprietà comunale dell’area di insediamento (ciò in seguito a specifico accordo siglato con i proponenti l’iniziativa).

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo. Appello. Istruttoria. Espropriazione per pubblica utilità.

Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1242 - Pres. Virgilio, Est. Taormina

La successione nel diritto controverso non rende ammissibile la produzione di documenti nuovi in appello in mancanza di evenienze assolutamente eccezionali, ai sensi dell’art. 104, comma 2, cod. proc. amm..

Al privato proprietario di un’area destinata all’espropriazione, siccome interessata dalla realizzazione di un’opera pubblica, deve essere garantita, mediante la formale comunicazione dell’avviso di avvio del procedimento, la possibilità di interloquire con l’amministrazione procedente sulla sua localizzazione e, quindi, sull’apposizione del vincolo, prima della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e, quindi, dell’approvazione del progetto definitivo.(2)

L’avviso di avvio del procedimento espropriativo deve necessariamente essere inviato dal responsabile del procedimento secondo quanto previsto dall’art. 16 del D.P.R. n. 380/2001 non potendosi a tal fine ritenere equipollente la comunicazione inviata dal soggetto beneficiario dell’espropriazione né la conoscenza acquisita aliunde dal privato.

Dichiarata illegittima una procedura espropriativa, l’amministrazione non può, facendo applicazione dell’art. 42 bis, ugualmente entrare nella disponibilità del bene di interesse pubblico, sostituendo l’oggetto della procedura espropriativa medesima, in quanto l’istituto della c.d. “acquisizione sanante”, è diretto a “sanare” il pregresso procedimento espropriativo, non ad imporne uno nuovo con diverso oggetto.

[Link al testo sentenza](#)

(2) Cfr. Cons. Stato Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4229, citata in motivazione nonchè Ad. Plen. 20 dicembre 2002, n. 8; 24 gennaio 2000, n. 2; 15 settembre 1999, n. 14; si veda altresì Cons. Stato, Sez. IV, 09 dicembre 2010, n. 8688 con specifico riferimento all’intesa Stato Regione avente per oggetto la localizzazione di un’opera di interesse statale.

Contratti pubblici nei settori ordinari. Bandi, avvisi, inviti.
Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente: procedura ristretta.
Processo amministrativo. Legittimazione attiva.

Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243 - Pres. Virgilio, Est. Taormina

L'onere della immediata impugnabilità delle clausole del bando è stata riconosciuta dalla giurisprudenza non solo in presenza delle clausole c.d. "escludenti" ma anche, secondo una interpretazione estensiva di quanto affermato da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1/2003, quando ci si trovi in presenza di:

a) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così la Ad. Plen. n. 3/2001);

b) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

c) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135);

d) imposizione di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, Sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222/01);

d) gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad es. quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero siano presenti formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

e) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 03 ottobre 2011 n. 5421).(1)

Non è ammissibile la immediata impugnazione delle clausole del bando generiche, carenti od erronee se suscettibili di essere chiarite, integrate o emendate dalla successiva lettera di invito, a meno che questa, per raggiungere lo scopo, non debba porsi in contrasto con le clausole del bando, stante il principio – in quest'ultima ipotesi - per cui nelle gare pubbliche, in caso di contrasto tra bando di gara e lettera d'invito, prevalgono le disposizioni del primo.(2)

Una tale limitazione al diritto di azione non è né in contrasto con i parametri costituzionali di cui agli artt. 24 e 97 né prospetta profili tali da giustificare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE in relazione al principio di effettività della tutela.

La sollecitazione alla presentazione della domanda di partecipazione inviata da una stazione appaltante ai concorrenti segna l'apertura del procedimento ad evidenza pubblica potendo, quindi, considerarsi atto iniziale della fase prequalificativa. La finalità di tale fase procedimentale va individuata nella conoscenza, da parte dell'Amministrazione, della "disponibilità del mercato" nel settore di riferimento; ne consegue che la fase di prequalificazione nelle procedure di evidenza pubblica ha il compito di determinare i requisiti soggettivi di "partecipabilità" alla gara, sotto l'aspetto della soglia minima di idoneità dei soggetti ad essere valutati, tramite l'esame dei parametri obiettivi riportati nelle dichiarazioni e nelle autocertificazioni allegate alla domanda, restringendo l'ambito dei potenziali concorrenti, senza addivenire ad alcuna attribuzione di punteggi.(3)

La fase di prequalifica rappresenta un subprocedimento connesso ma distinto da quello valutativo delle offerte.(4)

La validità della costituzione di un'Ati deve essere giudicata con esclusivo riferimento al momento della formulazione dell'offerta, dovendosi ritenere legittime le offerte congiuntamente presentate da imprese appositamente e tempestivamente raggruppate, singolarmente invitate, anche allorché la loro costituzione in Ati sia intervenuta dopo la fase di prequalificazione; alla luce di un indirizzo più recente, non sussiste alcun divieto in tal senso, emergendo per contro un preciso indirizzo legislativo volto a favorire il fenomeno del raggruppamento e ad individuare la presentazione

dell'offerta come momento della procedura da cui decorre il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti, divieto che non opera per la fase di prequalificazione. (5) Stante la ontologica differenza tra fase di prequalifica e successiva fase di valutazione e comparazione del merito tecnico delle offerte, è ben possibile che le clausole del bando rechino un minor grado di dettaglio, e come tali siano suscettibili di essere integrate dalla successiva lettera di invito.

[Link al testo sentenza](#)

(1) Come rammenta la sentenza in rassegna la questione della immediata impugnabilità delle clausole del bando di gara è stata di recente rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (ordinanza n. 00634/2013 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato). L'Adunanza Plenaria, tuttavia, non ha specificamente affrontato il detto tema, avendo deciso la causa prescindendo dalla richiesta disamina (decisione dell'Adunanza Plenaria 22 aprile 2013, n. 8). Per una compiuta rassegna delle ipotesi in cui la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la diretta impugnabilità delle clausole del bando, la sentenza in commento menziona Cons. Stato, Sez. IV, 07 novembre 2012, n. 5671.

(3) In relazione alla terza massima la sentenza richiama Cons. Stato, Sez. VI, 04 giugno 2009, n. 3442; cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583.

(4) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2006, n. 6990.

(5) Cfr. Cons. Stato Sez. V, 31 maggio 2011, n. 3256.

Avvocato dello Stato

Cons. Stato, Sez. IV, 17 marzo 2014, n. 1321 - Pres. Numerico, Est. Taormina

Nel procedimento per il conferimento della nomina di avvocato distrettuale, gli avvocati dello Stato che hanno presentato la dichiarazione di disponibilità alla nomina hanno diritto al rispetto delle garanzie procedurali di trasparenza e di par condicio. Tali garanzie si strutturano, in primis, nella identità del materiale cognitivo esaminabile con riferimento ad ognuno degli aspiranti; e, secondariamente, nella esternazione, anche embrionale, degli elementi "di preferenza", quanto meno in termini assoluti, che hanno orientato la scelta verso l'uno ovvero verso l'altro candidato.

[Link al testo sentenza](#)

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

Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 2014, n. 1393 - Pres. Numerico, Est. Migliozi

Nei casi in cui l'affidamento di un contratto di fornitura mediante procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando, sia stato preceduto dalla pubblicazione di un avviso di preinformazione, l'operatore di settore che non ha manifestato il proprio interesse a partecipare alla gara nel termine indicato nel suddetto avviso, non è legittimato ad impugnare il provvedimento di aggiudicazione di cui abbia avuto notizia tramite l'avviso di postinformazione.

In tale ipotesi l'impugnazione dell'esito della procedura negoziata deve ritenersi anche tardiva atteso che l'interesse sostanziale e processuale a contestare la modalità dell'affidamento sorge già con la pubblicazione dell'avviso di preinformazione.

[Link al testo sentenza](#)

In ordine al principio generale per cui la legittimazione al ricorso in tema di affidamento di contratti pubblici spetta solo al soggetto che ha partecipato alla procedura di aggiudicazione, la decisione in rassegna richiama la nota sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2011.

Edilizia. Risarcimento del danno.

Responsabilità civile della pubblica amministrazione. Nesso di causalità.

Atto amministrativo.

Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1457 - Pres. FF. Branca, Est. Taormina

Nel caso di annullamento di un diniego di rilascio di titolo edilizio, ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria l'interessato deve dimostrare anche l'esistenza del nesso di causalità applicando il criterio della prognosi postuma secondo cui in mancanza del fatto impeditivo illegittimamente opposto dal Comune, il titolo edilizio sarebbe stato rilasciato.

A tal fine rilevano anche i fatti impeditivi allegati per la prima volta dal Comune in sede giurisdizionale, non potendo la parte eccepire che non siano stati tempestivamente fatti valere in sede procedimentale con il provvedimento reiettivo annullato.

Ciò in quanto, in esito all'annullamento giurisdizionale del diniego, il potere amministrativo non si consuma ben potendo l'organo titolare pronunciarsi una seconda volta, nel rispetto tuttavia del principio del "clare loqui" che impone di rappresentare in via definitiva ed ultimativa tutti gli ulteriori eventuali motivi che ostano al rilascio del provvedimento, con la conseguenza che ove anche tale secondo provvedimento, successivamente impugnato, venga annullato, l'amministrazione è tenuta al rilascio del provvedimento.

Accertato pertanto che, pur dopo un primo diniego annullato, l'Amministrazione può opporre, in sede di riedizione del potere, nuovi argomenti reiettivi, analoga possibilità deve esserle consentita in sede di vaglio giurisdizionale della domanda risarcitoria.

Ai fini della prova circa il nesso di causalità è sufficiente che il ricorrente fornisca un principio di prova logica in ordine alla piena assentibilità del titolo edilizio negato, non essendo egli il soggetto deputato al rilascio dell'atto abilitativo e non spettando a quest'ultimo vagliare ogni possibile profilo reiettivo astrattamente ipotizzabile.

[Link al testo sentenza](#)

Sulla tutela avverso gli atti negativi e sull'obbligo del *clare loqui* la sentenza in rassegna richiama la sentenza "capofila" rappresentata da Consiglio di Stato, sez. V, 06 febbraio 1999, n. 134 e, tra le pronunce più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 09 febbraio 2010, n. 633.

Nella vicenda processuale di cui alla sentenza in rassegna, il collegio, in presenza di una "semiplena probatio" circa il nesso di causalità, ha disposto una verifica.