

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

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

**Marzo 2014**

**Contratti pubblici nei settori speciali. Tassatività delle cause di esclusione.**

**Cons. Stato, Sez. V, ord. 5 marzo 2014, n. 991 - Pres. Torsello, Est. Tarantino**

*Poiché negli appalti di cui all'allegato IIB del Codice dei contratti pubblici (nella specie, voce 22: Servizi di collocamento e reperimento di personale) si applica la disciplina contenuta nell'art. 20 del suddetto Codice, che non richiama espressamente l'applicazione degli artt. 86 e 87 del Codice dei contratti pubblici, se la lex specialis non prevede che i costi per la sicurezza debbano essere indicati nell'offerta, né contiene una clausola di esclusione in caso di mancata specificazione dei costi in questione, è illegittimo il provvedimento di esclusione dell'offerta emesso per il fatto che essa non indichi i costi relativi alla sicurezza.*

[Link al testo ordinanza](#)

Per l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali in materia si veda la motivazione della sentenza appellata (e non sospesa): Tar Potenza, I, 23 dicembre 2013, n. 810.

**Contratti pubblici nei settori ordinari. Società in house.**

**Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181 - Pres. Torsello, Est. Lotti**

*Il controllo analogo a quello esercitato sui servizi dell'ente affidante deve essere configurato in termini diversi e più intensi rispetto ai consueti controlli societari, quale attività di controllo forte che si traduce in un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività riferita a tutti gli atti di gestione ordinaria e va, comunque, escluso ogni qualvolta lo statuto consenta un'apertura del capitale a soggetti privati.*

*Il controllo analogo è un controllo non di matrice civilistica, assimilabile al controllo esercitato da un maggioranza assembleare, bensì è un controllo di tipo amministrativo, paragonabile ad un controllo di tipo gerarchico, perché la società in house, lungi dall'essere qualificabile nella sostanza come ente di diritto privato. è assimilabile ad un ente pubblico.*

*I controlli in presenza dei quali si verifica il fenomeno dell'in house possono essere analizzati prendendo in prestito le coordinate previste per gli analoghi controlli effettuati sugli organi tradizionali dalle pubbliche amministrazioni e quindi devono essere al tempo stesso sugli organi, e quindi strutturali, e sugli atti, ovvero sulle azioni e sui comportamenti: sugli organi nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo; sulla gestione nella misura in cui l'ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve avere anche il potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, come il bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici.*

*Non ricorre il controllo analogo allorché il c.d.a., anche a fronte della totalità dell'azionariato pubblico, ha la possibilità di effettuare operazioni aventi grande importanza economica ed amministrativa, senza convocare l'assemblea e senza l'approvazione o l'autorizzazione preventiva, residuando evidentemente un'autonomia manageriale non contrastata sufficientemente dalla totalità del pacchetto azionario.*

[Link al testo sentenza](#)

**Contratti pubblici nei settori ordinari. Aggiudicazione.**

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

**Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251 - Pres. Torsello, Est. Caringella**

*Nel caso in cui l'Amministrazione si limiti a dare atto, ai sensi dell'art. 12, comma 1, del codice dei contratti pubblici, del decorso del tempo al quale si ricollega la concretizzazione dell'aggiudicazione senza una rinnovata e, quindi, autonoma valutazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, deve escludersi l'onere di autonoma impugnazione, di cui necessiterebbe l'aggiudicazione definitiva anche in caso di previa impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, allorché essa segua, invece, alla verifica dell'effettivo possesso, in capo all'aggiudicataria, dei requisiti dichiarati al momento della partecipazione.*

*L'avvalimento, strumento di derivazione comunitaria finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche rappresenta già di per sé una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, e deve, pertanto, essere consentito solo in ipotesi delineate in maniera rigorosa onde garantire l'affidabilità, in executivis, del soggetto concorrente.*

*Non è ammissibile che la società ausiliata si avvalga di un soggetto (con cui stipuli il contratto di avvalimento), il quale, a sua volta, debba fare perno sui requisiti maturati in capo ad altro soggetto a cui sia avvinto da vincoli di collegamento, realizzandosi in tal modo una fattispecie di avvalimento a cascata, da ritenersi vietata in quanto elide il necessario rapporto diretto che deve intercorrere tra ausiliaria e ausiliata, allungando e, quindi, indebolendo, la catena che, lega il soggetto ausiliato al soggetto ausiliario.*

[Link al testo sentenza](#)

Nel caso in esame la s.p.a. ausiliata aveva stipulato il contratto di avvalimento con una s.r.l., la quale deteneva il 100% delle quote azionarie del soggetto che aveva effettivamente svolto i servizi di cui l'ausiliata intendeva avvalersi. Pertanto, l'impresa ausiliaria offriva i requisiti oggetto del contratto di avvalimento, che erano in realtà posseduti da un soggetto giuridicamente distinto, pur se collegato alla società ausiliaria da vincoli di gruppo.

**Contratti pubblici nei settori ordinari.**

**Processo amministrativo. Termini per ricorrere.**

**Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2014, n. 1348 - Pres. Poli, Est. Durante**

*In base all'art. 120, comma 5, c.p.a., norma coerente con la regola generale dettata dall'art. 41, comma 2 c.p.a., secondo cui il termine di impugnazione del provvedimento amministrativo decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto, può dirsi acquisita la conoscenza dell'impugnata esclusione sin dalla data di adozione del provvedimento, ossia dalla seduta di gara*

*nella quale ha presenziato un consigliere di amministrazione della società concorrente; nè la regola generale su citata può ritenersi derogata dall'art. 79 del codice dei contratti pubblici, come novellato dal d. lgs. n. 53 del 2010, che pur prevedendo che vengano puntualmente comunicate le esclusioni e le aggiudicazioni, non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo in termini di decorrenza dei termini di impugnazione, lasciando, quindi in vita, la possibilità che la piena conoscenza dell'atto ai fini del decorso dei termini di impugnazione sia acquisita con altre forme.*

[Link al testo sentenza](#)

**Edilizia. Abusi. Condoni. Silenzio assenso.**

**Concessione edilizia e permesso di costruire. Concessione in sanatoria. Oneri di urbanizzazione.**

**Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1419 - Pres. Pajno, Est. Franconiero**

*Il perfezionamento del silenzio assenso sulla domanda di concessione in sanatoria ai sensi dell'art. 35 della legge n. 47 del 1985 presuppone, tra l'altro, che l'interessato versi l'intera oblazione dovuta, in un'unica soluzione all'atto di presentazione dell'istanza o secondo la rateazione prevista dalla legge, e che provveda al pagamento di tutte le somme eventualmente dovute a conguaglio.*

*La fattispecie normativa si impernia dunque su un dato obiettivo certo, il quale prescinde dagli stati soggettivi di colui che domanda il condono; e così se l'importo versato sia inferiore a quello dovuto, non si forma la sanatoria tacita e l'Amministrazione deve pretendere il conguaglio di cui al comma 17. Tale conguaglio non è invece dovuto se, come nel caso di specie, la somma autoliquidata sia superiore a quella effettivamente dovuta, ma l'interessato abbia assolto l'oblazione nella misura esattamente dovuta. In tale caso, infatti, l'interesse fiscale alla base del condono è soddisfatto se nell'istanza sia indicato per errore un importo maggiore.*

*Il termine di prescrizione per gli oneri concessori decorre dalla formazione del titolo ad edificare, che corrisponde alla esigibilità del credito, e dunque dal momento di formazione della sanatoria tacita.*

[Link al testo sentenza](#)

**Atto amministrativo. Motivazione.**

**Contributi e agevolazioni.**

**Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1420 - Pres. Pajno, Est. Franconiero**

*Il rispetto dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990 va valutato in coerenza con la funzione cui assolve, consistente nell'imporre all'Amministrazione di esternare il percorso logico-giuridico seguito nell'emanazione dell'atto finale. La motivazione adempie dunque allo scopo di rendere possibile il controllo esterno circa il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa. La concezione formale della motivazione è stata superata da quella che intende l'obbligo in questione in senso funzionale, tale per cui può ritenersi assolto allorché le ragioni della decisione pubblica possano essere colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento amministrativo, forma dell'esercizio della discrezionalità.*

*Ciò trova conferma nella facoltà, per l'Amministrazione, di procedere con la motivazione per relationem agli atti dell'istruttoria, a condizione che siano indicati e resi disponibili gli atti cui si fa rinvio.*

*E' pertanto errata la sentenza che omette di dare il dovuto rilievo agli atti dell'istruttoria, dalla quale emergono in modo chiaro le ragioni della contestata non ammissione al finanziamento, essendosi per contro soffermata sul solo provvedimento conclusivo.*

*Il sintetico tenore del diniego impugnato, motivato per "mancanza risultanze economiche nuovo soggetto beneficiario" deve essere letto come integrale recepimento della proposta dell'organo deputato all'istruttoria delle domande di finanziamento, risultando evidente che la mancata conoscenza delle condizioni economiche del preteso acquirente dell'azienda impedisce di modificare il dato pacifico delle rilevanti perdite di bilancio documentate da quest'ultima.*

[Link al testo sentenza](#)

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

**Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1421 - Pres. Pajno, Est. Franconiero**

*Il "servizio gestionale degli atti sanzionatori amministrativi relativi al codice della strada e alle rimanenti violazioni amministrative di competenza del comando di polizia municipale", oggetto del procedimento di gara, nel quale è intervenuta l'esclusione gravata non comporta per l'appaltatore il "materiale introito delle somme dovute all'ente" ai sensi dell'art. 180 del t.u.e.l.; ne deriva l'illegittimità della, pur impugnata, clausola del disciplinare che impone l'iscrizione nell'albo nazionale dei concessionari della riscossione ex art. 53 del d.lgs. n. 446 del 1997, trattandosi di requisito sproporzionato e non congruente con l'oggetto del contratto posto a gara.*

*Alla stregua della norma da ultimo richiamata in tanto si giustifica il requisito in questione e le inerenti garanzie di affidabilità patrimoniale, in quanto oggetto dell'affidamento sia il maneggio del denaro di pertinenza dell'ente pubblico che contraddistingue la posizione dell'agente (o concessionario) della riscossione delle entrate.*

*Ricorre nella fattispecie in esame un contratto di appalto di attività prodromiche e strumentali, e non già una concessione del servizio di riscossione delle imposte.*

[Link al testo sentenza](#)

<p>In termini la Corte Giust. UE, 10 maggio 2012, in cause C-357/10 e C-359/10, ha ritenuto che l'applicazione generalizzata ad ogni tipologia di gara, a prescindere dall'importo del contratto, del requisito di capitale minimo necessario per l'iscrizione all'albo dei concessionari, costituisce una misura sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito dall'Amministrazione di tutelarsi rispetto all'inadempimento del privato affidatario, poiché quest'ultimo può essere realizzato senza arbitrarie barriere di ingresso, semplicemente modulando i requisiti di capacità tecnica e finanziaria in funzione del valore dei contratti di cui essa è effettivamente titolare.</p>
---

### **Contratti pubblici nei settori ordinari. Progettazione.**

**Processo amministrativo. Azione di condanna.**

**Processo amministrativo. Appello. Domanda nuova.**

**Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1422 - Pres. Pajno, Est. Franconiero**

*In un giudizio avente ad oggetto l'impugnativa della revoca della procedura di gara per la progettazione di un piano particolareggiato per insediamenti produttivi è inammissibile la domanda, formulata in appello, di condanna dell'Amministrazione al pagamento dell'indennizzo ex art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, trattandosi di domanda chiaramente diversa per*

*causa petendi rispetto alla richiesta di risarcimento per equivalente. Si tratta infatti di una pretesa fondata sul presupposto della legittimità della revoca, antitetico all'illegittimità sulla quale si basa invece la domanda risarcitoria. La domanda è stata inammissibilmente formulata in memoria conclusionale, in spregio alla funzione di tale atto processuale, meramente illustrativo delle questioni già ritualmente formanti il thema decidendum, e non già ampliativo di questo, per giunta in grado di appello, e dunque in contestuale contrasto con il divieto dello ius novorum sancito dall'art. 345, comma 1, del cod. proc. civ, applicabile ratione temporis, ed ora codificato dall'art. 104, comma 1, del cod. proc. amm.*

*Spetta al giudice qualificare la domanda, formulata in modo ancipite, alla stregua di domanda da mancata aggiudicazione, da parametrare all'interesse positivo, dolendosi l'appellante dell'illegittima conculcazione della chance di conseguire l'incarico di progettazione che lo stesso vantava, in ragione della propria posizione in graduatoria, dopo l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione in favore del primo graduato. La quale chance era infatti entrata nel patrimonio dell'odierno appellante in seguito a quest'ultimo atto, mentre la sottesa aspettativa all'ottenimento dell'incarico non risultava ulteriormente condizionata dallo svolgimento di ulteriori snodi procedurali, in ragione dei quali potesse configurarsi solo un affidamento meritevole di tutela ex art. 1337 del cod. civ.*

*Considerato che il danno lamentato è il mancato ottenimento dell'incarico professionale, è evidente che è il compenso da questo ritraibile a fungere da parametro del quantum risarcibile; conseguentemente appare eccessivamente formalistica la pronuncia di inammissibilità della relativa domanda in primo grado a fronte della pur indiscutibile carente allegazione dei danni subiti, comunque ricavabile dalla prospettazione complessiva della domanda risarcitoria da illegittimità provvedimento svolta.*

*Dettando i criteri ai sensi dell'art. 34, comma 4, del cod. proc. amm. deve ordinarsi al Comune di formulare all'appellante una proposta di risarcimento del danno pari al reddito netto ritraibile da quest'ultimo per lo svolgimento della parte residua dell'incarico di progettazione; detto risultato va determinato detraendo dagli onorari indicati dall'appellante nella propria offerta i costi (fissi o variabili) presunti, pena altrimenti l'indebita locupletazione del danneggiato. Il margine netto in questione è desumibile dalla remuneratività media delle attività professionali aventi contenuto analogo a quello oggetto del presente giudizio nel periodo in contestazione, quale comprovabile dall'appellante mediante documentazione fiscale e contabile relativa alla sua attività professionale.*

[Link al testo sentenza](#)