

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Aprile 2014

Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione.
Contratti pubblici nei settori ordinari. Operatori economici.
Contratti pubblici nei settori ordinari. Commissione di gara.

Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1648 - Pres. Pajno, Est. Amicuzzi

Il procuratore speciale, munito di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti, nel complesso configurabili come omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori, rientra a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti; tuttavia stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame deve intendersi che, qualora la "lex specialis" non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto nell'ipotesi in cui sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito ivi indicato.

Deve essere riformata la sentenza con cui il giudice di primo grado annulla l'aggiudicazione di un appalto di servizi sulla scorta della rilevata discrepanza tra le quote di qualificazione fissate dal bando e le quote di esecuzione indicate dal RTI aggiudicatario, atteso che l'art. 37, comma 4, d.lgs. 163/2006 e il successivo comma 13, nella formulazione vigente all'epoca di indizione del bando, non stabiliscono espressamente la necessità della sussistenza di corrispondenza tra le quote di qualificazione economica indicate nel bando e le quote di esecuzione del servizio dichiarate dal raggruppamento, ma solo che, in caso di ATI orizzontale, sussiste la necessità di specificazione nell'offerta delle parti di servizio o delle forniture che saranno eseguite dalle singole imprese associate nonché di corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione delle prestazioni.

L'art. 38, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 163/2006 va interpretato, anche in ossequio ai principi del "favor participationis" e di tassatività delle clausole di esclusione (fissato dall'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006), ed in particolare nel senso che, visto l'espresso riferimento al socio unico "persona fisica", nessuna dichiarazione deve essere rilasciata dal socio unico quando la società è partecipata non da un unico socio persona fisica bensì da una persona giuridica.

Il requisito dell'esperienza "nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto", previsto dall'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriale implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla "lex specialis", ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, cui quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere. Non è, in particolare, necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della

gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composta ed eterogenea.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo. Giudicato.

Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1669 - Pres. Pajno, Est. Lotti

Il rapporto di incidenza fra autotutela amministrativa e giudicato del giudice amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, non deve essere risolto aprioristicamente, con l'affermazione assoluta della prevalenza del secondo sul primo, ma affidato in concreto al riscontro dell'esatta portata del medesimo giudicato e del bene della vita riconosciuto; pertanto, solo ove il giudicato non inibisca l'esercizio dei tratti liberi dell'azione amministrativa, ovvero ne consenta espressamente la riedizione, è inconfigurabile una situazione di inottemperanza ed è pienamente esplicabile il potere di autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies della l. 241-90.

Anche sulla sentenza di rigetto, che contiene un accertamento giudiziale della situazione di fatto e di diritto, si forma il giudicato, mentre la pronuncia di inammissibilità non è in alcun modo assimilabile ad una pronuncia di rigetto, in quanto non ha nessun contenuto di accertamento da cui possano scaturire gli effetti del giudicato.

È da preferire la tesi di chi precisa che, ad ogni modo, il giudicato non può che formarsi nei limiti dei motivi posti a fondamento della domanda, quantomeno in riferimento al giudicato di rigetto.

La dichiarazione di inammissibilità di una censura perché impingente nell'ambito della discrezionalità tecnica non contiene né può contenere alcun contenuto di accertamento, anzi, affida esclusivamente ogni valutazione in proposito alla discrezionalità tecnica che rimane dunque libera di esplicarsi e, quindi, il giudicato non inibisce l'esercizio del potere di autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies della l. 241-90, poiché si esplica su un tratto fisiologicamente libero dell'azione amministrativa, attinente al merito insindacabile.

[Link al testo sentenza](#)

Giurisdizione. Giurisdizione esclusiva.

Edilizia economica e popolare.

Revoca e decadenza dell'assegnazione.

Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1892 - Pres., Est. Maruotti

Attesa la natura di beni pubblici (indisponibili) degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e poiché il provvedimento di assegnazione di un bene patrimoniale indisponibile ha natura concessoria, alla controversia concernente la decadenza dall'assegnazione (per mancanza della stabile occupazione) si applica l'art. 133, comma 1, lett. b), del cod. proc. amm., enucleante la giurisdizione esclusiva, salvo che per le questioni concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Ne discende che, dovendosi applicare una norma che prevede la giurisdizione esclusiva, non può invocarsi il criterio di riparto basato sulla distinzione tra diritti ed interessi legittimi, quale emerge distinguendo tra la fase antecedente e quella successiva alla instaurazione del rapporto locatizio-concessorio.

Nell'ambito di applicazione della lett. b) rientra ogni controversia concernente gli atti di autotutela, tra cui anche la decadenza dalla concessione (da considerarsi, ad un tempo, quale atto estintivo del precedente rapporto concessorio, nonché quale presupposto giustificativo per il consequenziale rilascio della concessione in favore di altro soggetto che ne abbia titolo).

Processo amministrativo. Perenzione.

Cons. Stato, Sez. V, ord. 28 aprile 2014, n. 2182 - Pres. Pajno, Est. Caringella

Ai fini dell'opposizione al decreto di perenzione, va rilevato che la "comunicazione" da cui decorre il termine di cui all'art. 1, comma 2, dell'allegato 3 al cod. proc. amm. può essere effettuata ai sensi dell'art. 136 del medesimo codice solo per i difensori che nel primo atto difensivo abbiano reso noto il proprio indirizzo di posta elettronica certificata o di recapito fax, così assumendosi l'onere di adottare le necessarie cautele, in funzione della presunzione di conoscenza connessa a siffatte forme di trasmissione. Diversamente, tale presunzione di conoscenza non opera, con conseguente applicabilità dell'art. 37 del cod. proc. amm., anche nel caso in cui il ricorso risulti proposto prima dell'entrata in vigore del codice. In particolare, con riguardo a tale ultima fattispecie, la proposta soluzione impedisce l'applicazione dello ius superveniens ai giudizi incardinati in un arco temporale nel quale l'obbligo di indicazione dei recapiti di cui all'art. 136 del cod. proc. amm. non era vigente.

[Link al testo ordinanza](#)

Processo amministrativo. Azione di accertamento. Interesse a ricorrere.

Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2184 - Pres. Pajno, Est. Caringella

L'improcedibilità del ricorso avverso il silenzio a seguito di sopravvenuto difetto di interesse conseguente all'adozione di un espresso provvedimento di diniego non fa peraltro venire meno l'interesse al conseguimento di una decisione sull'autonoma domanda di accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere entro i termini di legge, nella prospettiva della futura proponibilità di una domanda di risarcimento.

A suffragio di tale costruzione depono la disciplina dell'art. 34, comma 3, del cod. proc. amm., che, se pure relativa all'azione di annullamento, esprime una regola iuris che, riconnettendosi al principio generale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, non può che estendersi anche al giudizio sul silenzio.

In omaggio a pacifici principi giurisprudenziali, l'adozione di atti infraprocedimentali (quali la comunicazione di avvio del procedimento o la convocazione di conferenze di servizi) non è idonea ad impedire la formazione del silenzio inadempimento, atteso che solamente l'adozione di un provvedimento definitivo soddisfa l'interesse, azionato nel giudizio ai sensi dell'art. 31 del cod. proc. amm., al conseguimento di una risposta esplicita alla domanda introduttiva.

[Link al testo sentenza](#)

**Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione.
Ingiustizia del danno.**

Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2187 - Pres. Pajno, Est. Caringella

La favorevole delibazione della domanda di risarcimento del danno cagionato per effetto di un provvedimento o comportamento lesivo di interesse legittimo richiede la concorrenza dei presupposti della lesione dell'interesse legittimo e della lesione di un bene della vita; è dunque necessario non solo che il provvedimento si illegittimo, ma anche che sia produttivo di un danno etiologicamente riconducibile in via diretta ed immediata, ex art. 1223 del cod. civ., all'esercizio del potere pubblicistico. L'esigenza di verificare la lesione del bene della vita non ricorre solo nel caso di provvedimento lesivo di interessi legittimi pretensivi, ma anche laddove venga in rilievo un'azione amministrativa negativamente incidente su interessi legittimi di matrice oppositiva. In assenza di una siffatta delibazione si verrebbe ad una iperprotezione dell'interesse oppositivo, con riguardo non solo a quei casi in cui il provvedimento, affetto da vizi procedimentali o formali ex art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, sia vincolato in punto di diritto od anche solo di fatto, ma soprattutto a quelle ipotesi in cui, azionando l'interesse oppositivo, il ricorrente miri alla protezione di un bene della vita conseguito contra ius e, quindi, rivendichi il risarcimento del danno cagionato per effetto della lesione di interessi illegittimi.

Il Collegio conviene con l'orientamento dottrinale secondo cui la verifica in ordine alla sussistenza ed alla ingiustizia del danno, secondo il modello aquiliano di cui all'art. 2043 del cod. civ., ripreso dall'art. 30 del cod. proc. amm., rende necessaria la verifica, anche con riguardo agli interessi oppositivi, in ordine alla sussistenza della lesione di un bene della vita (senza della quale mancherebbe il danno) ed alla non illegittima acquisizione di detto bene (in assenza della quale farebbe difetto l'ingiustizia del danno).

Nel caso di specie, l'impugnato provvedimento di annullamento, pur se viziato sul piano procedimentale, risulta adottato a seguito dell'accertamento dell'illegittimità dell'originario provvedimento concessorio determinata dall'errata rappresentazione dei luoghi (ed in particolare di uno dei manufatti) che ha viziato, anche sotto il profilo del travisamento, la decisione di rilasciare la concessione edilizia richiesta.

L'azione amministrativa ha dunque inciso su di un bene della vita non spettante all'interessato, ed anzi dallo stesso illegittimamente acquisito mediante una non esatta rappresentazione dei luoghi in sede di impulso procedimentale; ne deriva l'assenza del presupposto dell'ingiustizia del danno, con conseguente reiezione della domanda risarcitoria.

[Link al testo sentenza](#)

**Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione.
Colpa e dolo.
Nesso di causalità.**

Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195 - Pres. Torsello, Est. Poli

Allorquando una sentenza si fonda su di un pluralità di capi autonomi, tutti convergenti verso il medesimo risultato processuale (nella specie, l'annullamento degli atti impugnati e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno), è sufficiente accertare la resistenza di uno solo di essi ai mezzi di impugnazione per escluderne la riforma.

La qualificazione del danno da illecito provvedimento rientra nello schema della responsabilità extracontrattuale disciplinata dall'art. 2043 del cod. civ.; conseguentemente, per accedere alla tutela, è indispensabile, ancorchè non sufficiente, che l'interesse legittimo od il diritto soggettivo

sia stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'Amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica e la lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da sostrato materiale della situazione soggettiva e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative, dei ritardi procedurali, o degli interessi contra ius.

Al di fuori del settore degli appalti (governato da autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di Giustizia UE), in sede di accertamento della colpevolezza nell'esercizio della funzione pubblica, l'acclarata illegittimità del provvedimento amministrativo integra, ai sensi degli artt. 2727 e 2729, comma 1, del cod. civ., il fatto costitutivo di una presunzione semplice in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'Amministrazione; ne consegue che spetta a quest'ultima dimostrare la scusabilità dell'errore per la presenza, ad esempio, di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, di oscurità oggettiva del quadro normativo, di rilevante complessità del fatto.

Ai fini del riscontro del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità extracontrattuale da cattivo esercizio della funzione amministrativa si deve muovere dall'applicazione dei principi penalistici, di cui agli artt. 40 e 41 del cod. pen., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (teoria della condicio sine qua non); all'interno della serie causale occorre dare rilievo solo a quegli eventi che non appaiano, ad una valutazione ex ante, del tutto inverosimili.

Il danno, inteso sia come danno evento che come danno conseguenza, e la sua qualificazione devono essere oggetto, da parte dell'attore, di un rigoroso onere allegatorio, potendosi ammettere il ricorso alla prova per presunzioni solo in relazione ai danni non patrimoniali.

Nel caso di specie l'Amministrazione provinciale colpevolmente non ha seguito le regole tecniche che presiedono alla campionatura delle emissioni finalizzata al controllo dell'impianto di fusione dei metalli; il provvedimento adottato si pone in rapporto di causalità con la cessazione del funzionamento dell'impianto, prima in via interinale, e poi definitivamente, che costituisce l'evento lesivo del diritto di iniziativa economica. I provvedimenti impugnati si pongono dunque come antecedenti causali diretti del fermo, secondo la regola del "più probabile che non"; senza tali provvedimenti, infatti, pur in presenza di campionature errate da parte dell'ARPA, il fermo non si sarebbe verificato, posto che tale organo non ha il potere di disporre dell'interesse pubblico primario coinvolto nel procedimento oggetto del presente giudizio. La condotta dell'ARPA, dunque, al più, si pone come concausa efficiente, circostanza che però non ostacola la condanna della Provincia all'integrale risarcimento del danno.

Del resto, in primo grado, la Provincia non ha proposto azione di rivalsa nei confronti dell'ARPA o della Regione, dal che discende l'inammissibilità della relativa censura di appello.

[Link al testo sentenza](#)

Contratti pubblici nei settori ordinari.

Requisiti di qualificazione e di partecipazione (avvalimento)

Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2200 - Pres. Torsello, Est. Poli

Dopo la sentenza della Corte di Giustizia UE 10 ottobre 2013, n. C-94/12, deve ritenersi definitivamente superata la tesi che vieta l'uso dell'avvalimento per conseguire il c.d. "cumulo parziale dei requisiti"; la Corte ha infatti considerato legittimo che le capacità di terzi soggetti ausiliari (uno o più d'uno) si aggiungano alle capacità del concorrente, al fine di soddisfare, attraverso il cumulo di referenze singolarmente insufficienti, il livello minimo di qualificazione prescritto dalla stazione appaltante nella legge di gara.

Nel caso di specie risulta per tabulas che il contratto di avvalimento (ed il relativo allegato che ne costituisce parte integrante) è sufficientemente dettagliato, elencando tutti gli elementi aziendali qualificanti (soggettivi ed oggettivi), inclusa la messa a disposizione per tutta la durata dell'appalto del requisito OG11, che consentono di formulare un giudizio di serietà e non genericità dell'avvalimento (come richiesto dal micro ordinamento di settore – art. 49 del codice dei contratti pubblici e 88 del regolamento di esecuzione).

[Link al testo sentenza](#)

Contratti pubblici nei settori ordinari. Concessione di servizi pubblici.

Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2249 - Pres. Pajno, Est. Caringella

Nel caso di concessione di servizi la procedura di gara deve comunque ispirarsi ai principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, vigenti nell'ordinamento dell'Unione europea.

E così, ad esempio, si applicano anche alle concessioni di servizi le disposizioni di cui all'art. 84, commi 4 e 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, rispettivamente in ordine alle incompatibilità dei componenti delle commissioni di gara ed ai tempi di nomina dei membri della commissione.

Il soccorso istruttorio costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara; peraltro mentre l'art. 6 della legge n. 241 del 1990 prevede una mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il potere di soccorso, l'art. 46 del codice dei contratti pubblici obbliga la stazione appaltante a fare ricorso al potere di soccorso, sia pure nei limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa. Nella fattispecie in esame, dunque, la Commissione di gara aveva una mera facoltà e non un obbligo di utilizzare il c.d. soccorso istruttorio, che comunque riguarda i requisiti soggettivi di partecipazione, e non può mai essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta.

Alla procedura di gara per la concessione di servizi pubblici non si applica la clausola di stand still come disciplinata dall'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006.

[Link al testo sentenza](#)

In ordine all'applicazione alle concessioni di servizi delle disposizioni sui componenti delle commissioni di gara cfr. Cons. St., Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13.
Sul potere di "soccorso istruttorio" cfr., da ultimo, Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

Edilizia. Oneri di urbanizzazione.

Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2261 - Pres. Pajno, Est. Saltelli

Il contributo per oneri di urbanizzazione è un corrispettivo di diritto pubblico, di natura non tributaria, posto a carico del concessionario a titolo di partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione ed in proporzione all'insieme dei benefici che la nuova costruzione ne ritrae, senza alcun vincolo di scopo in relazione alla zona interessata alla trasformazione urbanistica. Fatto

costitutivo di detta obbligazione è il rilascio della concessione edilizia ed è a tale momento che occorre avere riguardo per la determinazione dell'entità del contributo.

Il credito concernente gli oneri di urbanizzazione per la concessione edilizia deve ritenersi liquido ed esigibile fin dalla data di rilascio del titolo edilizio e correttamente dalla stessa sono stati calcolati gli interessi corrispettivi (quali frutti civili della somma dovuta), irrilevante essendo dunque la circostanza che il suo importo sia stato corretto, applicando una differente metodologia di calcolo, frutto di una innovativa interpretazione di una delibera consiliare pienamente valida ed efficace al momento del rilascio del titolo.

L'esistenza di una polizza fideiussoria non comporta che l'Amministrazione debba chiedere preventivamente l'adempimento al fideiussore prima di poter irrogare sanzioni ed interessi legali; ed invero la garanzia sussidiaria serve a scongiurare che il Comune possa perdere un'entrata di diritto pubblico, senza che però questo comporti un minore impegno del soggetto tenuto al pagamento, che rimane comunque obbligato principale.

[Link al testo sentenza](#)

Contratti pubblici nei settori ordinari.

Requisiti di partecipazione e di qualificazione (requisiti di ordine generale).

Dissociazione.

Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2271 - Pres. Maruotti, Est. Lotti

Con riferimento alle cause di esclusione di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici l'azione di dissociazione della società dalla condotta dell'ex amministratore non può essere condotta facendo riferimento a profili di carattere formalistico, quali il venire meno della carica al momento della condanna, ma deve essere univoca e completa.

Non è, in particolare, sufficiente l'esperimento di un'azione di responsabilità nei confronti di un amministratore, proprietario al 95% della società, occorrendo qualcosa di più significativo e preciso, come, ad esempio, la richiesta di un provvedimento di sequestro a garanzia dell'azione e l'individuazione di un nuovo amministratore della società che sia del tutto indipendente e che dia garanzie serie di perseguire e proseguire nell'azione di responsabilità intrapresa.

[Link al testo sentenza](#)