

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO – COMMISSIONE SPECIALE**
(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Giugno 2013

- 1. Leggi, decreti e regolamenti, regolamenti. Processo amministrativo. Legittimazione attiva.**
- 2. Atto amministrativo, eccesso di potere.**
- 3. Contratti pubblici nei settori ordinari. Contratti pubblici nei settori speciali.**
- 4. Contratti pubblici nei settori ordinari. Contratti pubblici nei settori speciali. Esecuzione del contratto, subappalto.**
- 5. Contratti pubblici nei settori ordinari. Contratti pubblici nei settori speciali. Esecuzione del contratto, subappalto.**
- 6. Contratti pubblici nei settori ordinari. Contratti pubblici nei settori speciali. Requisiti di partecipazione e di qualificazione, qualificazione.**
- 7. Contratti pubblici nei settori ordinari. Contratti pubblici nei settori speciali. Requisiti di partecipazione e di qualificazione, qualificazione.**
- 8. Contratti pubblici nei settori ordinari. Contratti pubblici nei settori speciali. Requisiti di partecipazione e di qualificazione, qualificazione.**
- 9. Contratti pubblici nei settori ordinari. Contratti pubblici nei settori speciali. Esecuzione del contratto. Collaudo.**
- 10. Contratti pubblici nei settori ordinari. Contratti pubblici nei settori speciali. Operatori economici. Ati.**
- 11. Ricorsi amministrativi. Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.**

Consiglio di Stato, Commissione speciale, 26 giugno 2013, n. 03014/2013 (adunanza del 16 aprile 2013 e n. affare 03909/2011). Ricorso straordinario. Pres. Barbagallo, Est. Giovagnoli.

1. La norma regolamentare, pur non potendo, per il suo carattere di generalità e astrattezza, provocare un pregiudizio immediato e diretto in capo al singolo (che sarà inciso solo dal provvedimento applicativo), può, tuttavia, essere fonte di prescrizioni che colpiscono, indistintamente e in maniera indifferenziata, l'interesse omogeneo di tutti gli appartenenti alla categoria. È questo interesse omogeneo che è oggetto della situazione giuridica soggettiva della quale è titolare l'ente esponenziale della categoria, il quale, quindi, è legittimato a impugnarlo senza necessità di attendere l'emanazione dell'atto applicativo.

2. Il giudice amministrativo, nella valutazione del vizio di eccesso di potere, accerta che l'esercizio della funzione non è avvenuto in coerenza con le norme attributive di tale potere, attraverso una serie di standard di controllo o figure sintomatiche. Tali standard di controllo, cui il giudice deve ricorrere ogni volta che valuta la coerenza del provvedimento con una clausola generale, ovvero con una norma a concetto indefinito, implicano un'astrazione; per cui la regola del caso diviene regola di un numero indefinito di casi e consente al giudice amministrativo di mantenere il proprio controllo nell'ambito della legittimità e di evitare ogni valutazione sul merito del provvedimento. Standard di controllo del principio di eguaglianza, sotto l'aspetto della ragionevolezza, sono la coerenza logica intrinseca del provvedimento, la congruità dell'istruttoria, l'esatta individuazione dei fatti rilevanti e la disparità di trattamento.

3. Il sistema normativo risultante dagli articoli 109, comma 2, (alla luce di quanto previsto dall'allegato A e, in particolare, dalla tabella sintetica delle categorie) e 107, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione

del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE») risulta connotato da profili di contraddittorietà e illogicità. Tali norme, in particolare, non hanno adeguatamente considerato che la qualificazione per una categoria OG comprende, nella normalità dei casi, l'idoneità allo svolgimento di una serie di prestazioni specialistiche che sono necessarie e complementari nello svolgimento degli interventi descritti dalla categoria generale. Al contrario, in sede di adozione del regolamento, l'individuazione delle opere specialistiche a qualificazione obbligatoria avrebbe richiesto una più attenta valutazione, al fine di realizzare un più equilibrato contemperamento tra due opposte esigenze: da un lato, consentire all'impresa munita della qualificazione OG di potere svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari e normalmente necessarie per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione; dall'altro, imporre, invece, il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi che, per la loro rilevante complessità tecnica o per il loro notevole contenuto tecnologico, richiedono competenze particolari. Le norme impugnate non realizzano un adeguato punto di equilibrio tra queste due opposte esigenze ma si limitano, in maniera contraddittoria e illogica, a imporre il ricorso pressoché generalizzato alle competenze dell'impresa specialistica, così sacrificando illegittimamente gli interessi delle imprese generali.

4. L'articolo 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 è illegittimo per violazione del principio di ragionevolezza. Il regolamento, infatti, dopo aver fissato il principio dell'utilizzabilità dei lavori subappaltati anche per la qualificazione della categoria scorporabile, detta poi una disciplina attuativa destinata a dare luogo a significative disparità di trattamento (a seconda che venga superato o meno il limite percentuale previsto), che si rivelano prive di adeguata giustificazione e quindi irragionevoli. L'irragionevolezza della disposizione censurata si coglie nel confronto tra la disciplina in essa contenuta (i lavori subappaltati sono utilizzabili nel limite del 10 per cento) e la regola generale che stabilisce l'utilizzabilità per intero dei lavori subappaltati fino all'importo del 30 o 40 per cento. L'irragionevolezza della normativa che si occupa dell'ipotesi in cui l'impresa "superi" il limite del 30 o 40 per cento deriva, in altri termini, dal confronto di tale disciplina con il suo tertium comparationis, rappresentato, nella specie, dalla disciplina destinata ad applicarsi ove i suddetti limiti percentuali siano rispettati. Ed infatti, una volta fissato il principio secondo cui anche in caso di subappalto i lavori subappaltati sono utilizzabili, nei limiti del 30 o 40 per cento, ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile, non vi sono valide ragioni che giustificano la non applicazione di tale regola ove l'importo dato in subappalto superi dette percentuali. Al contrario, il principio di ragionevolezza imporrebbe che, anche in tale caso, l'importo dei lavori subappaltati, decurtato dalla quota eccedente il 30 o 40 per cento, possa essere utilizzato ai fini della qualificazione nella categoria non scorporabile. In caso contrario verrebbero altrimenti a crearsi irragionevoli disparità di trattamento a fronte di situazioni sostanzialmente analoghe.

5. Non è vero che dalla normativa comunitaria o dal confronto con le normative nazionali degli altri Stati membri dell'Unione europea si ricava il principio dell'utilizzabilità senza limiti dei lavori subappaltati. Giova al riguardo evidenziare che i lavori subappaltati sono materialmente eseguiti dall'impresa subappaltatrice, non dall'impresa subappaltante. Il sistema comunitario sembra, al contrario, fondarsi sul principio, opposto a quello invocato, secondo cui ciò che rileva per la dimostrazione della capacità tecnica delle imprese sono i lavori eseguiti (e, quindi, quelli svolti direttamente). L'articolo 48, par. 2, della direttiva n. 2004/18 prevede che le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate mediante "presentazione dell'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni; tale elenco è corredato di certificati di buona esecuzione dei lavori più importanti. Tali certificati indicano l'importo, il periodo e il luogo di esecuzione dei lavori e precisano se questi sono stati effettuati a regola d'arte e con buon esito; se del caso, questi certificati sono trasmessi direttamente all'amministrazione aggiudicatrice dall'autorità competente". Tale disposizione non menziona mai i lavori subappaltati ma, anzi, riferendosi specificamente ai lavori eseguiti, sembrerebbe escludere, in linea di principio, l'utilizzabilità dei

lavori subappaltati. Inoltre, anche se in altri Stati membri fosse consentito alle imprese utilizzare per intero, ai fini delle future qualificazioni, lavori subappaltati, non vi sarebbe, comunque, il rischio di discriminazione a danno delle imprese italiane. Queste, infatti, invocando il principio di non discriminazione, quando partecipano alle gare in quel Paese potranno eventualmente qualificarsi anche sfruttando quella quota di lavori subappaltati che in base alla più restrittiva disciplina italiana non possono utilizzare. Viceversa, non subirebbero, in Italia, alcuna "discriminazione alla rovescia" rispetto all'impresa comunitaria, perché, se, da un lato, è vero che l'articolo 47, comma 2, del codice stabilisce che per gli operatori stranieri la qualificazione mediante SOA non è condizione obbligatoria di partecipazione, dall'altro lato è altrettanto vero che lo stesso comma prosegue specificando che essi si qualificano alla singola gara producendo documentazione idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti per la qualificazione e partecipazione degli operatori economici italiani alle gare. Ciò significa che l'impresa comunitaria, per qualificarsi in Italia, potrà spendere i lavori subappaltati con gli stessi limiti oggi fissati dall'articolo 85, comma 1, lett. b), del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. Non vi è, quindi, il rischio, di alcuna discriminazione alla rovescia.

6. Non sono fondate le censure nei confronti dell'articolo 86, comma 1, del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici nella parte in cui prevede che l'attribuzione delle categorie di qualificazione relative ai lavori eseguiti nei certificati di esecuzione lavori di cui all'articolo 83, comma 4, debba essere effettuata esclusivamente con riferimento alle categorie richieste dal bando o nell'avviso o nella lettera di invito. La detta norma è mossa da un evidente intento antielusivo e moralizzatore: sono infatti evidenti i rischi di comportamenti fraudolenti che potrebbero realizzarsi ove fosse consentito il rilascio di certificati di esecuzioni anche per lavori che non sono indicati nel bando. La scelta normativa appare, quindi, legittima perché introduce un limite (quello secondo cui una lavorazione è certificabile solo se indicata nel bando) che rispetta i requisiti di idoneità e proporzionalità rispetto allo scopo perseguito, consistente nell'evitare il rilascio di certificati non totalmente corrispondenti ai lavori realmente eseguiti.

7. Non sono fondate le censure nei confronti dell'articolo 79, comma 19, del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici nella parte in cui prevede che, al fine della qualificazione nelle categorie specializzate, l'impresa debba dimostrare, con l'estratto autentico del libro unico del lavoro, che nel proprio organico sia presente un certo numero di operai qualificati (in proporzione alle classifiche di iscrizione), assunti con contratto di lavoro subordinato e muniti di patentino certificato. La detta norma introduce, infatti, un criterio relativo alla capacità tecnica che, sebbene non espressamente nominato nella direttiva comunitaria n. 2004/18, non si pone, comunque, in contrasto con essa. È vero che la norma comunitaria si limita a menzionare l'organico medio senza richiedere una specifica qualificazione professionale per i soggetti che di tale organico fanno parte (e, quindi, senza richiedere, come fa invece la disposizione regolamentare impugnata, una specifica qualificazione professionali degli operai). È tuttavia evidente che la norma comunitaria, nel momento in cui consente di desumere la capacità tecnica dall'organico medio, non esclude, ma, anzi, in qualche modo presuppone, la rilevanza della qualità professionale dei lavoratori che fanno parte dell'organico dell'impresa. L'organico medio, infatti, può essere sintomo di capacità tecnica non sotto il profilo meramente quantitativo, ma anche e soprattutto sotto quello qualitativo, nel senso che, intanto si può desumere, dalla dichiarazione relativa all'organico medio, che l'impresa abbia una determinata capacità tecnica, in quanto quell'organico riveli una composizione professionalmente qualificata. Sotto questo profilo, quindi, la norma censurata, nel richiedere una determinata qualifica professionale degli operatori che compongono l'organico, si limita a specificare senza contraddirlo, ma anzi, valorizzandone la ratio, il criterio individuato dalla disposizione comunitaria.

8. L'articolo 79, comma 20, del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede che, "per ottenere la qualificazione nelle categorie OS 13, OS18-A, OS 18-B e OS 32, l'impresa deve altresì dimostrare di disporre di un adeguato

stabilimento industriale specificamente adibito alla produzione dei beni oggetto della categoria”, non è in contrasto con l’articolo 48, par. 2, della direttiva n. 2004/18. È, infatti, del tutto ragionevole che le attrezzature, i materiali e gli equipaggiamenti tecnici vengano considerati non in sé, ma nella misura in cui sono organizzati nell’ambito di una struttura fisica destinata alla produzione e, quindi, in definitiva, all’interno di uno stabilimento.

9. È infondato il motivo diretto all’annullamento dell’articolo 79, comma 17, del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici, censurato nella parte in cui prevede che “per i lavori della categoria OS 12-A, ai fini del collaudo, l’esecutore presenta una certificazione del produttore dei beni oggetto della categoria attestante il corretto montaggio e la corretta installazione degli stessi”. In un’ottica di maggiore garanzia per la stazione appaltante, la norma si limita a prevedere che i beni oggetto dei lavori appartenenti alla categoria in esame non potranno essere oggetto di collaudo (dalla stazione appaltante) se il produttore dei beni oggetto della categoria non certifichi che sono stati correttamente montati ed installati. Dunque la norma non viola il principio che riserva alla stazione appaltante il collaudo, atteso che la richiesta certificazione (di corretta esecuzione e montaggio) non sostituisce il collaudo, ma, semmai, si limita a precederlo. La norma sfugge anche alle censure di irragionevolezza, limitandosi a prevedere una garanzia aggiuntiva (che assicura il corretto montaggio e la corretta installazione dei beni) funzionale ad una specifica esigenza della stazione appaltante, che si traduce, per l’impresa, in un onere certamente proporzionato rispetto al fine di interesse pubblico tramite esso perseguito. Si consideri al riguardo che la categoria OS 12-A (barriere stradali di sicurezza) “riguarda la fornitura, la posa in opera e la manutenzione o ristrutturazione dei dispositivi quali barriere, attenuatori d’urto, recinzioni e simili, finalizzati al contenimento ed alla sicurezza del flusso veicolare stradale”.

10. E’ infondato il motivo diretto all’annullamento dell’articolo 92, comma 2, del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici. La disposizione va infatti interpretata in maniera conforme agli orientamenti giurisprudenziali formati in argomento e, cioè, nel senso che debba sussistere una corrispondenza non solo tra la quota di partecipazione all’associazione temporanea di imprese (ATI) e la quota di esecuzione, ma anche rispetto alla misura dei requisiti di qualificazione posseduti dall’impresa. Dunque questi ultimi devono essere sufficienti a coprire la quota di partecipazione all’ATI e la quota di esecuzione lavori indicata in sede di gara.

11. Il ricorso straordinario ha carattere impugnatorio e il thema decidendum è rappresentato dalla domanda di annullamento di quello specifico atto formalmente impugnato con il ricorso stesso. Ciò implica che, ove nel corso del giudizio tale atto venga sostituito o modificato, le censure inizialmente proposte non si trasferiscono automaticamente nei confronti del nuovo atto, anche se questo continua ad avere un contenuto non soddisfacente delle pretese azionate.

[Link al testo parere](#)

1. Pubblica amministrazione. Organi.

2. Pubblica amministrazione. Organi.

Consiglio di Stato, Commissione speciale, 10 giugno 2013, n. 02660/2013 (adunanza del 24 aprile 2013 e n. affare 00517/2013). Quesito. Pres. Barbagallo, Est. Quadri.

1. Ai sensi dell’articolo 12, comma 20, primo periodo, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 - secondo cui “A decorrere dalla data di scadenza degli organismi collegiali operanti presso le pubbliche amministrazioni, in regime di proroga ai sensi dell’articolo 68, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, le attività svolte dagli organismi stessi sono definitivamente trasferite ai competenti uffici delle amministrazioni nell’ambito delle quali

operano” - non costituisce ostacolo all’applicazione della norma la circostanza che l’organismo collegiale, le cui competenze vengano trasferite in capo alle strutture amministrative dell’amministrazione di riferimento, sia stato istituito per legge.

2. In applicazione dell’articolo 12, comma 20, primo periodo, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135:

a) è legittima la composizione del Consiglio superiore per i beni culturali e paesaggistici, ancorché priva della componente di diritto rappresentata dai presidenti dei Comitati tecnico scientifici prevista dall’articolo 13, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 26 novembre 2007, n. 233;

b) sono attribuite al detto Consiglio superiore le funzioni consultive previste per legge o regolamento di competenza dei citati Comitati non più costituiti;

c) il Consiglio superiore per i beni culturali e paesaggistici può avvalersi del contributo di consulenza, a titolo gratuito, di uno o più esperti particolarmente qualificati, preventivamente selezionati e inclusi in un apposito elenco nel rispetto dei generali limiti al conferimento di questo genere di incarichi, comune a tutte le amministrazioni (v. art. 6, comma 7, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122).

[Link al testo parere](#)

1. Pubblica amministrazione. Organi.

2. Pubblica amministrazione. Organi.

Consiglio di Stato, Commissione speciale, 10 giugno 2013, n. 02661/2013 (adunanza del 24 aprile 2013 e n. affare 00484/2013). Quesito. Pres. Barbagallo, Est. Quadri.

1. In ambito di interpretazione dell’articolo 12, comma 20, primo periodo, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 - secondo cui “A decorrere dalla data di scadenza degli organismi collegiali operanti presso le pubbliche amministrazioni, in regime di proroga ai sensi dell’articolo 68, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, le attività svolte dagli organismi stessi sono definitivamente trasferite ai competenti uffici delle amministrazioni nell’ambito delle quali operano” - va ritenuto che:

a) non costituisce ostacolo all’applicazione della norma la circostanza che l’organismo collegiale, le cui competenze vengano trasferite in capo alle strutture amministrative dell’amministrazione di riferimento, sia stato istituito per legge;

b) è escluso che il venir meno del soggetto cui l’ordinamento attribuisce una determinata funzione possa comportare, automaticamente, la soppressione della funzione che il legislatore aveva considerato indispensabile nell’iter procedimentale;

c) sono esclusi dall’ambito di applicazione della norma le ipotesi in cui:

c.a) nessuna struttura amministrativa sia in grado di svolgere i compiti dell’organismo soppresso perché non dotata delle specifiche professionalità tecniche in relazione alle quali trova la sua ragione l’espletamento dell’attività (parere tecnico);

c.b) il parere e, dunque, l’apporto di tale specifica competenza altamente tecnica e qualificata sia obbligatorio per legge o per regolamento.

2. In applicazione dell’articolo 12, comma 20, primo periodo, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, ove l’attività della Commissione per gli idrocarburi e le risorse minerarie non sia surrogabile a causa della mancanza, in seno alle strutture dell’Amministrazione (Ministero dello sviluppo economico), delle professionalità ad elevata specializzazione tecnica in discipline scientifiche specialistiche, la cui partecipazione all’organismo, prevista normativamente, è funzionale all’espressione di pareri

tecnicì, obbligatori per legge o regolamento, deve ritenersi che essa non possa considerarsi soppressa.

[Link al testo parere](#)