

Roma, 25/06/2010

Ai Presidenti,  
Amministratori Delegati e Direttori  
delle Aziende, Società ed Enti associati

Prot. n. 142/2010/D/gg

e, p.c. Ai Presidenti e Direttori  
delle Associazioni Regionali

*LORO SEDI*

### **Oggetto: novità giurisprudenziali**

Si segnalano i provvedimenti ritenuti di maggior interesse per il sistema delle aziende associate. Il testo integrale dei documenti richiamati è disponibile per la consultazione in allegato alla presente.

#### **Corte di giustizia europea, Sez. III, 25 marzo 2010 n. C-451/08: nozione di appalto pubblico di lavori**

Il Supremo organo comunitario torna a precisare i contorni della nozione di appalti pubblici di lavori.

Facendo riferimento alle definizioni contenute nella direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, la Corte afferma come la configurazione di tale contratto non richieda che i lavori oggetto dell'appalto siano eseguiti materialmente o fisicamente per l'amministrazione aggiudicatrice, ove questi siano eseguiti nell'interesse economico diretto di tale amministrazione. Sarebbe, per contro, imprescindibile ai fini della sua qualificazione la circostanza che l'aggiudicatario assuma direttamente o indirettamente l'obbligo di realizzare i lavori che sono oggetto dell'appalto e che l'esecuzione di tale obbligo sia esigibile in sede giurisdizionale secondo le modalità stabilite dal diritto nazionale.

#### **Corte di giustizia europea, Grande Sezione, 13 aprile 2010 n. C-91/08: modifiche ad un contratto di concessione di servizi**

Il provvedimento indicato nasce da una complessa controversia sorta nell'ambito dell'aggiudicazione di una concessione di servizi e riguardante la possibile sostituzione, nel contesto dell'esecuzione del contratto, di un determinato subappaltatore sul quale sia stato posto l'accento durante la gara.

La domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata è volta a chiarire se la modificazione in parola abbia una portata tale da richiedere, in ossequio agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 del Trattato CE, di riaprire alla concorrenza, garantendo un adeguato grado di pubblicità, i relativi negoziati.

Prima di entrare nel merito della vicenda, la sentenza si sofferma sui principi dell'ordinamento comunitario che informano le concessioni di servizi, sottratte, come noto, per giurisprudenza ormai consolidata, all'operatività delle Direttive sui contratti pubblici. Partendo da tale assunto, la Corte precisa che "Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto". Richiamando precedenti pronunce in materia, la Corte aggiunge, inoltre, come possano ritenersi tali i mutamenti dai quali derivino condizioni che, se fossero state

previste nella procedura di aggiudicazione, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata.

### **Corte di giustizia europea, Sez. IV, 6 maggio 2010 n. C-149/08: contratti misti**

La Corte di Giustizia statuisce in merito alla problematica collegata all'applicabilità delle Direttive in materia di appalti ad un contratto misto il cui oggetto principale è costruito dall'acquisizione del capitale (nello specifico, nella misura del 40%) di un'impresa pubblica e il cui oggetto accessorio "verte sulla fornitura di servizi e sull'esecuzione di lavori".

La risoluzione della questione assume rilievo ai fini della verifica circa la sussistenza della possibilità di attivare la tutela giurisdizionale prevista dalla direttiva 89/665, recante "Coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori"

Dopo aver proceduto alla disamina della normativa comunitaria e della più saliente giurisprudenza sovranazionale che nel corso degli anni ha riguardato tale tipologia contrattuale, la pronuncia in discussione sottolinea come le fattispecie aventi le caratteristiche sopraspecificate si pongano al di fuori del perimetro di operatività delle norme con cui il legislatore dell'Unione europea ha disciplinato l'aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Un principio importante è contenuto nella seconda "massima" che emerge dalla sentenza segnalata, ossia quello per cui "il diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale, osta ad una normativa nazionale, quale quella oggetto della causa principale, interpretata nel senso che i membri di un'associazione temporanea offerente in un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto siano privati della possibilità di chiedere, a titolo individuale, il risarcimento del danno che ritengono di aver individualmente subito a seguito di una decisione adottata da un'autorità diversa dall'amministrazione aggiudicatrice, implicata in tale procedimento conformemente alle norme nazionali applicabili, e che è tale da influire sullo svolgimento di quest'ultimo".

### **Corte Costituzionale, sentenza 11 febbraio 2010 n. 39: giurisdizione delle commissioni tributarie delle controversie relative alla debenza del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue**

La sentenza in commento dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione del giudice tributario le controversie relative alla debenza, a partire dal 3 ottobre 2000, del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue, quale disciplinato dagli artt. 13 e 14 della legge Galli. Alla base della decisione si pone l'assunto - "rubato" alla sentenza n. 335/2008 della medesima Corte, peraltro richiamata - per il quale la tariffa in questione, lungi dall'aver carattere tributario, si configurerebbe in tutte le sue componenti, ivi comprese quelle riferite alla fognatura e alla depurazione, "come corrispettivo di una prestazione commerciale complessa, il quale, ancorché determinato nel suo ammontare in base alla legge, trova fonte non in un atto autoritativo direttamente incidente sul patrimonio dell'utente, bensì nel contratto di utenza. L'inestricabile connessione delle suddette componenti è evidenziata, in particolare, dal fatto [...] che, a fronte del pagamento della tariffa, l'utente riceve un complesso di prestazioni, consistenti sia nella somministrazione della risorsa idrica, sia nella fornitura dei servizi di fognatura e depurazione".

### **Corte Costituzionale, ordinanza 24 febbraio 2010 n. 64: giurisdizione delle commissioni tributarie delle controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani**

La Corte torna a pronunciarsi sulla vicenda riferita alla natura della tariffa di igiene ambientale, confermando la posizione già espressa nel 2009.

Investiti nuovamente della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, del D.Lgs. 546/1992, con riferimento a tale tariffa, i giudici hanno richiamato quanto già statuito nella sentenza 238/2009, ossia il principio per il quale la

TIA, disciplinata dall'art. 49 del D.Lgs. 22/1997, non costituirebbe un'entrata patrimoniale di diritto privato, ma una mera variante della TARSU di cui al D.P.R. 507/1993, e conserverebbe la qualifica di tributo propria di quest'ultima. Conseguentemente, le controversie aventi ad oggetto la sua debenza hanno natura tributaria e la loro attribuzione alla cognizione delle relative commissioni è conforme al disposto dell'art. 102, comma 2, della Costituzione.

### **Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 febbraio 2010 n. 685: collegamento tra imprese**

Nella sentenza in esame i giudici amministrativi forniscono elementi idonei in astratto a costituire indizi circa la sussistenza di una situazione di collegamento tra imprese.

Il Collegio ritiene legittima l'esclusione di una società da una procedura d'appalto per aver violato quanto previsto dal bando di gara, che imponeva come condicio sine qua non per la partecipazione alla stessa l'assenza di tale tipologia di rapporto tra le imprese concorrenti. I segnali che depongono nello specifico caso per la configurazione di detto collegamento sono costituiti da varie circostanze. Infatti, la società opera con altra impresa partecipante in unico locale; ha indicato un numero telefonico e di fax per le comunicazioni identico a quello dell'altra impresa; ha presentato, unitamente all'altra impresa, polizze fideiussorie stipulate con identico soggetto e con numerazione in gran parte progressiva.

Tali elementi, secondo il Collegio, sarebbero sufficienti a rappresentare l'unicità del centro decisionale o di imputazione o, quanto meno, un sostanziale collegamento di fatto tra gli esponenti delle due imprese.

### **Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 16 febbraio 2010 n. 850: proroga consensuale di un contratto**

Il provvedimento affronta la questione circa la qualificazione della proroga consensuale di un contratto originariamente affidato con una procedura competitiva, ribadendo un principio ormai considerato cardine dagli orientamenti giurisprudenziali interni e comunitari. Si legge infatti nella pronuncia che "all'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario". Infatti, ad avviso del Collegio "le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste ab origine, e comunque entro termini determinati. Una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara".

### **Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 5 marzo 2010, n. 1282: articolo 13 D.L. 223/2006**

Il Consiglio precisa nuovamente il perimetro di operatività dell'articolo 13 del D.L. 223/2006 (c.d. decreto Bersani), che, come noto, impone alle società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali, il divieto di svolgere attività a favore di soggetti pubblici o privati diversi dall'ente o dagli enti azionisti "né in affidamento diretto né con gara" e di partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.

Richiamando precedenti pronunce (in particolare, le sentenze n. 4346/2009 e n. 3766/2009), i giudici di Palazzo Spada ribadiscono che le limitazioni delineate dalla normativa in questione riguardano esclusivamente le società costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni o servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con le quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Si tratta sostanzialmente di attività rivolte alla pubblica amministrazione e non agli utenti. In considerazione del carattere eccezionale della norma, peraltro, la stessa "deve essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti".

**Consiglio di Stato, Sez. V, 21 maggio 2010 n. 3216: periodo transitorio distribuzione gas**

I giudici amministrativi affrontano per la prima volta la delicata questione relativa alla conformità ai principi del diritto comunitario e interno della previsione di cui all'articolo 23 del D.L. 273/2005 (nel prosieguo, Milleproroghe 2005) convertito dalla L. 51/2006.

Dopo un preciso excursus della cornice giuridica in cui si colloca il regime transitorio degli affidamenti e delle concessioni di distribuzione del gas naturale, con un'affermazione in netto contrasto con l'atteggiamento di sfavore dimostrato nei confronti della normativa controversa dal TAR Brescia - che in un'articolata ordinanza (n. 963/06 del 4 agosto 2006), aveva messo in discussione davanti alla Corte di Giustizia Ce la legittimità di tale disciplina - il Consiglio di Stato in prima battuta ha ritenuto che le scadenze previste per tale periodo prima della emanazione del Milleproroghe 2005, "non sono state variate da questo in maniera tanto significativa da comportare conseguenze sfavorevoli, anche economiche, inaccettabili in capo ai singoli e alle imprese, perché di entità tale da non violare il principio di certezza del diritto ne individua invece la ratio nell'esigenza di definire una disciplina unitaria in tutto il territorio nazionale al fine di tutelare la libera concorrenza "per non ingenerare il rischio di abuso della posizione di privilegio derivante dal protrarsi dell'esercizio, in regime di monopolio, del servizio pubblico locale".

In secondo luogo, ha individuato la ratio del medesimo art. 23, nell'esigenza di definire una disciplina unitaria in tutto il territorio nazionale al fine di tutelare la libera concorrenza "per non ingenerare il rischio di abuso della posizione di privilegio derivante dal protrarsi dell'esercizio, in regime di monopolio, del servizio pubblico locale".

**Consiglio di Stato, Sez. V, 26 maggio 2010 n. 3364: requisiti generali di partecipazione alla procedure di gara**

La decisione dirime la controversia relativa all'esclusione da una gara indetta per l'affidamento del servizio di igiene ambientale di una società per non aver indicato il nominativo del proprio Direttore tecnico e non aver allegato le relative dichiarazioni. In particolare, l'appellante contesta la sussistenza di un suo obbligo circa la presentazione, ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 di tali documenti, sulla base dell'assunto che nel caso concreto non si verterebbe nel campo dei lavori pubblici.

Il Consiglio di Stato, dopo aver precisato che "il responsabile tecnico nelle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti è figura espressamente prevista dal d.m. 28 aprile 1998, recante disciplina dell'iscrizione di tali imprese nell'apposito albo, il cui art. 10, co. 4, ne impone all'uopo la nomina", sottolinea come proprio il disposto dell'art. 38 citato riferisca espressamente i requisiti generali di partecipazione alla procedure di affidamento ivi previsti anche agli appalti di servizi.

Archivia, quindi, la questione affermando che "non v'è dubbio, pertanto, che quando la norma richiede che lo specifico requisito sia posseduto dal "direttore tecnico", abbia riguardo, quanto alle imprese di servizi, alle figure tipiche di tale categoria, pur nominalmente diverse ma a quella sostanzialmente analoghe perché investite di compiti parimenti analoghi, rilevanti ai fini dell'esecuzione dell'appalto".

Il Coordinatore del Comitato di Direzione  
Avv. Guido Del Mese



*Allegati: n. 10 provvedimenti*