

Roma, 16 marzo 2010

Prot. n. 054/2010/D/gg

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

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, 15/10/2009 n. C-196/08: affidamento di servizi a società miste pubblico-private

Il supremo organo comunitario affronta per la prima volta la delicata questione circa la conformità al diritto comunitario dell'affidamento senza gara di un servizio pubblico – nello specifico l'esecuzione preventiva di determinati lavori - a una società a capitale misto pubblico-privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, "previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire".

Avvalorando la posizione già prospettata in materia dalla Commissione europea, la Corte si pronuncia sulla questione pregiudiziale sottoposta alla sua attenzione, sottolineando come gli art. 43, 49 e 86 Trattato CE non ostino all'operazione in esame, a condizione che la procedura di scelta del partner privato si sia svolta nel pieno rispetto dei principi generali di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni.

Comunicazione Commissione CE COM(2009) 615 "Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato"

In controtendenza con la legislazione e la giurisprudenza interna, che mostrano un atteggiamento di sfavore nei confronti di tale forma di cooperazione, imponendole vincoli all'attività imprenditoriale ingiustificati dalla esigenza di tutela della concorrenza, nel documento datato 19 novembre, la Commissione Ce, elabora, nel secondo documento dedicato all'argomento (vedi, infatti, la Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008, n C(2007)6661) le linee al fine di incentivare l'uso dei partenariati pubblico-privato, sottolineandone l'importanza per far fronte a livello europeo alle future esigenze di investimento nei settori dei servizi pubblici, delle infrastrutture e della ricerca.

L'organo comunitario sottolinea come, se gestiti in modo adeguato nell'interesse pubblico attuale e futuro, i PPP possano produrre immensi vantaggi. Sono però ancora poco diffusi e molti Stati membri non ne hanno una grande esperienza.

In tale ottica, individua almeno quattro azioni chiave per favorirne l'utilizzo: istituire un gruppo PPP invitando le parti interessate ad avanzare proposte; collaborare con la BEI per rafforzare le risorse finanziarie disponibili per i PPP; esaminare le norme e le pratiche pertinenti per garantire che, quando sono coinvolti fondi comunitari, i finanziamenti pubblici siano concessi senza discriminazioni basate sulla gestione del progetto (pubblica o privata); valutare la possibilità di proporre uno strumento legislativo relativo alle concessioni, sulla base della valutazione di impatto attualmente in corso.

Consiglio di stato, sezione VI - sentenza 25 gennaio 2010 n. 247: collegamento sostanziale tra imprese

La pronuncia si occupa della *vexata quaestio* della rilevanza del collegamento sostanziale tra imprese ai fini dell'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di contratti di lavori, servizi e forniture.

In ossequio al principio del *favor participationis* di derivazione comunitaria - riaffermato, da ultimo nella sentenza della Corte di Giustizia CE, sezione IV, 19 maggio 2009, C-538/2007 richiamata nella motivazione - sancisce l'illegittimità dei provvedimenti che dispongono l'esclusione dalla gara di alcune imprese e applicano le sanzioni accessorie della segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti Pubblici - ai fini dell'inserimento di annotazione nel casellario informatico e della escussione di polizze fideiussorie - per la sussistenza di una situazione di collegamento sostanziale, nell'ipotesi in cui l'amministrazione non abbia attivato un sub-procedimento in contraddittorio con le imprese per accertare l'inesistenza di un condizionamento reciproco nella formulazione dell'offerta.

Non risulterebbe accertato, infatti, che "il collegamento, dimostrato a livello strutturale, abbia poi avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale".

Consiglio di Stato, sezione V - sentenza 29 dicembre 2009, n. 8970: controllo analogo congiunto

I giudici di palazzo Spada ritornano sulla tematica riferita alla configurazione del "controllo analogo" nel caso di società in house partecipate da una pluralità di enti locali.

Ripercorrendo la propria giurisprudenza e le ultime pronunce della Corte di Giustizia in materia (sentenze del 13.11.2008, causa C-324/07, del 9.6.2009, causa C-480/06 e del 10.9.2009, causa C-573/07), ribaltando completamente le conclusioni della sentenza di primo grado, il Consiglio di Stato ribadisce che nell'ipotesi di una società partecipata anche in via totalitaria da più enti pubblici, affidataria nel caso specifico del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani, il requisito del "controllo analogo", necessario per ritenere legittimo il modello *in house* non presuppone necessariamente un controllo da parte del socio pubblico assimilabile a quello individuale delineato dai primi due commi dell'art. 2359 c.c., essendo, invece, sufficiente che "il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario sia effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati".

TAR Lazio, sez. II – sentenza 5 gennaio 2010, n. 36: articolo 13 decreto Bersani

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio si pronuncia sulla problematica riferita all'applicabilità del divieto di partecipazione alle gare previsto dall'art. 13 del D.L. n. 223 del 2006 (c.d. decreto Bersani), nel caso di una società partecipata indirettamente da enti locali, dimostrando un atteggiamento rispettoso dei principi di proporzionalità e di *favor participationis* di derivazione comunitaria.

In linea con quanto affermato dal Consiglio di Stato, sezione V, nella sentenza 7 luglio 2009, n. 4346, il provvedimento in esame sottolinea come, considerato il carattere eccezionale della disposizione in argomento, la stessa richieda una stretta interpretazione che ne fa escludere l'applicazione oltre i casi ivi espressamente previsti. Tale conclusione sarebbe, infatti, supportata da una lettura sistematica e teleologica della norma. In estrema sintesi: l'articolo 13, comma 1, diversamente da altre fattispecie (ad es. l'art. 90, comma 8 del Codice dei Contratti), non fa riferimento alle figure del controllo e del collegamento societario ex art. 2359 c.c., al fine di ricomprendere nell'ambito di applicazione anche le società di terza generazione; il comma 3 evidenzia che l'effettività del divieto di cui al comma 1 è efficacemente assicurata, alla fine del periodo transitorio previsto, anche mediante lo "scorporo" delle attività non consentite, ovvero mediante la costituzione di una "separata società", cui riservare le attività rivolte al mercato. Da ultimo, il Collegio anche sulla base della sentenza della Corte Costituzionale 13.8.2008 n° 326, ritiene superato l'orientamento che considerava il divieto introdotto dall'art. 13, comma 1 rivolto in via generale a tutte le società costituite o comunque partecipate da amministrazioni locali, per concludere che deve ormai ritenersi applicabile alle sole società strumentali.

Corte dei conti Lombardia – parere 923/2009: conformità alla normativa nazionale affidamento multiutility

La Corte dei conti prende posizione sulla legittimità della costituzione di una società patrimoniale multiservizi da parte di un comune. Ripercorrendo il quadro normativo nazionale che informa la complessa materia degli affidamenti diretti di servizi pubblici, richiamando erroneamente anche due norme – l'articolo 13, del decreto Bersani e il comma 27, art. 3 della legge finanziaria 2008 - che nulla hanno a che fare con l'argomento – entrambe escludono espressamente dal loro campo di applicazione, rispettivamente, i servizi pubblici locali e le società che producono servizi di interesse generale - sottolineando i limiti al ricorso al modello in house posti dalla recente riforma, i giudici contabili ritengono che tale operazione, se effettuata in assenza dei requisiti richiesti dalla nuova disciplina, sia "una scelta antitetica rispetto a quella operata dal legislatore". Nel caso in cui si intenda procedere all'affidamento congiunto di una pluralità di servizi, l'esistenza delle condizioni che giustificano la deroga alle modalità ordinarie di affidamento deve essere accettata per ognuno di essi così come per ciascuno è necessario attivare il percorso individuato nel comma 4 dell'art. 15 del D.L. n. 135/2009.

Cordiali saluti.

Il Coordinatore del Comitato di direzione
Avv. Guido Del Mese

