

Roma, 05/01/2011

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

Prot. n. 001/D/gg

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

LORO SEDI

## Oggetto: novità normative e 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 sentenza 18 novembre 2010 in causa C-226/09: *modificazione ponderazione criteri di aggiudicazione***

La Corte è chiamata a decidere sulla compatibilità con il diritto comunitario di una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi rientranti nell'allegato II B della Direttiva 2004/18/CE - come tale assoggettato esclusivamente alle regole relative alle specifiche tecniche da inserire nella documentazione e all'art. 35, n. 4, della medesima direttiva (invio da parte delle amministrazioni aggiudicatrici alla Commissione di un avviso in merito ai risultati della gara) - nel corso della quale sia stata modificata la ponderazione relativa ai criteri di aggiudicazione in un momento successivo ad un primo esame delle offerte presentate .

Dopo aver esaminato puntualmente le argomentazioni prospettate dalle parti, ripercorrendo la propria giurisprudenza in materia di contratti pubblici attinente al caso concreto, l'organo comunitario ricorda in primis come, in ossequio ai principi di derivazione sovranazionale di parità di trattamento e di trasparenza, **l'amministrazione aggiudicatrice abbia l'obbligo di attenersi alla medesima interpretazione dei criteri di aggiudicazione durante tutta la procedura di gara.**

In conseguenza di tale assunto, risulta inadempiente rispetto agli obblighi imposti dal Trattato CE lo Stato membro che, a seguito di un primo esame delle offerte (effettuato dai membri singolarmente, e non collettivamente), da parte della commissione giudicatrice, abbia proceduto alla modifica del valore ponderato relativo ai criteri di aggiudicazione di un appalto di servizi rientrante (seppur in parte) nell'oggetto della Direttiva 2004/18/CE.

### **Avvocato Generale J. Mazak, conclusioni presentate il 9 settembre 2010 in Causa C-274/09: *criteri di distinzione tra appalto pubblico di servizi e concessione di servizi***

L'atto esaminato fornisce spunti molto importanti per risolvere la questione riferita all'individuazione della natura di un contratto di servizi.

Rimandando ad alcune valutazioni emerse dalle sentenze della Corte di Giustizia CE circa due i criteri utilizzati per distinguere una concessione di servizi da un appalto - ossia la «mancanza di remunerazione diretta» del prestatore e l'«assunzione del rischio d'impresa collegato al servizio in questione - l'Avv. Gen. Mazak sostiene che **“l'assenza**

**di remunerazione diretta del prestatore di servizi ad opera dell'amministrazione pubblica che gli ha attribuito un servizio controverso rappresenta un criterio sufficiente ai fini della qualificazione del contratto in causa come concessione di servizi".** Da ciò deriva la conseguenza per la quale "non importa sapere, in primo luogo, chi versi la remunerazione dovuta a fronte dei servizi prestati, ammesso che si tratti di un ente sufficientemente distinto ed indipendente dall'amministrazione che ha attribuito il servizio in questione, e, in secondo luogo, quali siano le modalità di pagamento della remunerazione".

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 21 settembre 2010 n. 7024:** *ricorso alla trattativa privata nel caso di concessione di pubblici servizi*

Il Collegio traccia i confini entro i quali è possibile ritenere legittimo l'utilizzo della trattativa privata nell'ambito di una concessione di servizi pubblici.

In prima battuta, il provvedimento in esame, che si innesta in una complessa vicenda attinente all'assegnazione diretta di un contratto di tal genere, ribadisce come in tema di affidamento di servizi pubblici di rilevanza comunitaria mediante concessione, i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato C.E.) <impongono alle amministrazioni di procedere salvaguardando la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, "mediante l'utilizzo di procedure competitive selettive">.

Ciò premesso, richiamando la giurisprudenza elaborata in materia nel corso degli anni (in particolare, Cons. St., Sez. V, 18 giugno 2001, n. 3213), i giudici amministrativi sottolineano che per tali fattispecie contrattuali **"il ricorso alla trattativa privata deve ritenersi circoscritto ai casi di impossibilità di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza, ovvero della sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproorzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale"**.

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 23 settembre 2010 n. 7080:** *comma 15 quater dell'art. 113 del D. L.gs n. 267/2000*

Nella sentenza in commento, il Consiglio di Stato precisa il perimetro di operatività della deroga contenuta nel c. 15-quater dell'art. 113, D.L.gs 267/2000 (c.d. TUEL).

La controversia nasce in conseguenza di alcuni provvedimenti con cui un comune ha provveduto a costituire una società allo scopo di affidarle in house il servizio di igiene urbana nel proprio territorio. Le doglianze sono state sollevate dalla società che in precedenza aveva gestito lo stesso servizio e sono volte a far valere l'illegittimità degli atti adottati per violazione di alcune disposizioni dell'ordinamento interno, in particolare, dell'art. 113, c. 5, lett. c), TUEL, in quanto nello specifico mancherebbero i requisiti che caratterizzano il modello in house providing, ossia il controllo analogo e la realizzazione della parte più importante della attività con l'ente o gli enti pubblici controllanti.

La sezione V, analizzando puntualmente la situazione prospettata e la pronuncia del TAR Lombardia, conferma le conclusioni dei giudici di primo grado, sottolineando la mancanza di interesse a ricorrere della società appellante in quanto la stessa risulterebbe titolare di altri affidamenti diretti - oltre quello in essere con l'amministrazione che indice la gara - con amministrazioni diverse da quest'ultima. Sulla base di tale circostanza, non si potrebbe, pertanto, invocare la deroga riconosciuta dal c. 15 quater dell'art. 113 - che ammette la partecipazione alle prime gare bandite per i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa - e sarebbe, pertanto, pienamente operante il divieto di cui al comma 6 dell'art. 113 - che, si ricorda, inibisce le gare indette per l'affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica disciplinati dal medesimo articolo alle società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi.

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 23 settembre 2010 n. 7083: diritto di accesso consiglieri comunali**

La giustizia amministrativa torna sull'annosa vicenda riguardante i limiti al diritto di accesso dei consiglieri comunali agli atti delle società partecipate dagli enti locali.

Nel caso in questione la richiesta ex art. 43, TUEL, era stata avanzata nei confronti di documenti di una società mista incaricata di svolgere alcuni servizi pubblici locali.

La pronuncia in discussione rileva in primis che il titolare della predetta carica, in quanto eletto dalla collettività locale, al fine di tutelare la stessa e, strumentalmente, di poter adempiere al proprio ufficio, "deve essere messo a conoscenza di ogni attività che riguarda la pubblica amministrazione, titolare primaria del soddisfacimento degli interessi pubblici della collettività di riferimento".

Nel caso concreto oggetto del ricorso, **il diritto di accesso non può essere negato, ad avviso della sezione, in quanto una società mista con partecipazione maggioritaria dell'ente locale, costituita ai sensi dell'art. 113, TUEL, pur essendo un soggetto di diritto privato svolge (esclusivamente o prevalentemente) uno o più servizi pubblici locali.** Sulla base di tale assunto la stessa ricadrebbe nell'ambito dei poteri di cognizione del consigliere comunale.

Il Consiglio di Stato non nega i problemi di coordinamento che potrebbero sorgere con riferimento alle norme di diritto civile che informano la materia. Per questo, sottolinea che "la richiesta va più correttamente diretta all'Amministrazione comunale, che poi dovrà provvedere alle conseguenti operazioni per far pervenire al consigliere interessato la documentazione richiesta".

Relativamente all'ultimo punto, si ricorda che secondo la Corte di Cassazione le società a capitale pubblico sono disciplinate dal codice civile non essendo previsto "uno statuto speciale" per esse (Cass. SSUU 19 dic. 2009 n. 26806), sicché l'azionista esercita i diritti di accesso nelle forme disciplinate dagli artt. 2422 e 2429 c.c. (cfr. Tar Lazio - Sez. Latina, n. 260/2006, che ha addirittura negato l'accesso in caso di società mista a capitale maggioritario degli enti locali).

**Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione 20/10/2010 n. 7: soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici**

Con l'atto in commento, l'Autorità si propone di fugare alcuni dubbi interpretativi collegati all'art. 34, D.Lgs 163/2006 (nel prosieguo, Codice appalti) che individua i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

In primo piano risulta la problematica relativa alla possibilità di "leggere" l'articolo in questione nel senso di consentire la partecipazione a tali procedure anche ad ulteriori e diverse figure oltre quelle specificamente indicate, indipendentemente dalla loro natura giuridica. Effettuando un primo raffronto tra le nozioni contenute nei cc. 19 e 22, dell'art. 3, Codice appalti, e la definizione di "operatore economico" che emerge dal quadro comunitario, il documento da atto che "le disposizioni dei due ordinamenti giuridici sembrerebbero perfettamente allineate". Per contro, però, il legislatore nazionale ha inserito nel medesimo provvedimento un articolo che contiene un puntuale elenco di soggetti legittimati a concorrere "per l'affidamento di commesse pubbliche". Sulla base di tale circostanza, è necessario pertanto chiarire in che misura l'elencazione deve intendersi tassativa. Per risolvere l'aporia, l'Autorità ripercorre gli orientamenti giurisprudenziali interni, peraltro non univoci, che nel corso degli anni si sono susseguiti, nonché le proprie deliberazioni sull'argomento, in particolare il parere n. 127 del 23 aprile 2008, dove si precisa che "la nozione di impresa comprende qualsiasi ente che esercita un'attività economica consistente nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento". Nell'atto citato, si sottolinea parimenti che "gli enti pubblici non economici possono partecipare a quelle gare che abbiano ad oggetto prestazioni corrispondenti ai loro fini istituzionali", con la conseguente necessità di operare una verifica in tal senso.

Sul piano sovranazionale, richiama poi una pronuncia della Corte di Giustizia (sentenza 23 dicembre 2009 in C-305/08) dove si ammette la partecipazione alle gare di soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro benché siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato.

Alla luce degli orientamenti comunitari, ampiamente analizzati, **l'AVCP giunge alla conclusione di considerare le procedure ad evidenza pubblica "aperte" a figure non espressamente considerati dall'art. 34, Codice appalti a patto che annoverino, tra le attività statutariamente ammesse, quella di svolgere compiti aventi rilevanza economica possono, limitatamente al settore di pertinenza, - e se in possesso dei requisiti richiesti dal singolo bando di gara - partecipare a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti aventi ad oggetto servizi compatibili con le rispettive attività istituzionali.**

#### **Commissione europea, 28 ottobre 2010, n. IP/10/1401: aiuti di Stato**

Come risulta dalla *press releases* in esame, **l'Italia è stata deferita alla Corte di Giustizia per non aver ottemperato a quanto statuito dalla nota sentenza del medesimo organo comunitario del 2006, che, confermando la decisione della Commissione CE, ha ordinato il recupero degli aiuti di Stato dichiarati illegali ed incompatibili concessi dal nostro Stato alle c.d. ex municipalizzate.**

Il Comunicato ripercorre le tappe della vicenda che ha dato origine alla nuova procedura di infrazione, dalla decisione iniziale della Commissione del 2002 al formale procedimento avviato nel 2007, fino ad arrivare all'atto datato 28 ottobre 2010, con il quale si chiede alla Corte di Giustizia "di comminare sanzioni composte da una penale giornaliera pari a 65.280 euro a partire dalla data della seconda sentenza della Corte e fino all'esecuzione della decisione in materia di aiuti di Stato e da una somma forfettaria pari a 7.140 euro al giorno per ciascun giorno trascorso dalla data della prima sentenza della Corte alla seconda sentenza della Corte". Le sanzioni proposte, si legge, "tengono conto della gravità dell'infrazione, del periodo già trascorso dalla precedente sentenza della Corte di giustizia e della situazione dello Stato membro di cui trattasi", attribuendo "una particolare importanza ai progressi già compiuti dalle autorità italiane negli ultimi anni".

Il Coordinatore del Comitato di Direzione  
Avv. Guido Del Mese



Allegati: 7