

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

57/2008

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI INTERESSE PER GLI ENTI LOCALI

Corte Costituzionale, sentenza n. 335 del 10 ottobre 2008 - Illegittimità costituzionale della norma che prevede che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione è dovuta dagli utenti "anche nel caso in cui la fognatura sia sprovvista di impianti centralizzati di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi"

Rispetto alla disciplina previgente, i "canoni" di depurazione delle acque reflue si sono trasformati da tributo a «corrispettivo di diritto privato» .

"...L'uso legislativo del termine «corrispettivo» e la rilevata struttura sinallagmatica del rapporto con l'utente si armonizzano, altresì, con il disposto dell'alinnea e della lettera b) del quinto comma dell'art. 4 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto), come modificato dall'art. 31, comma 30, della legge 23 dicembre 1998, n. 448 (Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo), i quali considerano le quote di tariffa riferite ai servizi di fognatura e depurazione come veri e propri corrispettivi dovuti per lo svolgimento di attività commerciali, «ancorché esercitate da enti pubblici», come tali assoggettate a IVA. Infatti, la qualificazione, anche ai fini di quest'ultima imposta, di dette quote di tariffa come corrispettivi evidenzia ulteriormente la scelta del legislatore di non ricondurre le quote stesse al novero di quei «diritti, canoni, contributi» che la normativa comunitaria esclude in linea generale dall'assoggettamento a IVA, perché percepiti da enti pubblici «per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità»."

La norma censurata, imponendo l'obbligo di pagamento in mancanza della controprestazione, prescinde dalla natura di corrispettivo contrattuale della quota e, pertanto, si pone ingiustificatamente in contrasto con la sopra delineata ratio del sistema della legge n. 36 del 1994, che, come si è visto, è invece fondata sull'esistenza di un sinallagma che correla il pagamento della tariffa stessa alla fruizione del servizio per tutte le quote componenti la tariffa del servizio idrico integrato, ivi compresa la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione.

Ad evidenziare il rilevato contrasto vale anche la considerazione che la disciplina della quota di tariffa in questione, da un lato, qualifica detta quota come corrispettivo di una prestazione commerciale, come tale assoggettato ad IVA, e, dall'altro, contraddittoriamente, non consente la tutela civilistica dell'utente. Infatti, mentre l'alinnea e la lettera b) del quinto comma dell'art. 4 del d.P.R. n. 633 del

1972 sottopongono ad IVA - come sopra ricordato - la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione, perché considerano detta quota in ogni caso come corrispettivo, invece, la disposizione censurata, prescindendo dal sinallagma genetico e funzionale fra la prestazione di pagamento e la controprestazione del servizio, impedisce irragionevolmente all'utente di tutelarsi da eventuali inadempimenti della controparte mediante gli ordinari strumenti civilistici previsti per i contratti a prestazioni corrispettive (quali, ad esempio, l'azione di adempimento, l'*exceptio inadimpleti contractus*, l'azione di risoluzione per inadempimento). “

Per tali motivazioni la Corte ha:

- 1) dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, legge 5 gennaio 1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche), sia nel testo originario, sia nel testo modificato dall'art. 28 della legge 31 luglio 2002, n. 179 (Disposizioni in materia ambientale), nella parte in cui prevede che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione è dovuta dagli utenti «anche nel caso in cui la fognatura sia sprovvista di impianti centralizzati di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi»;
- 2) dichiarato, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 155, comma 1, primo periodo, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), nella parte in cui prevede che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione è dovuta dagli utenti «anche nel caso in cui manchino impianti di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi».

Consiglio di Stato, sentenza n. 4429 del 17 settembre 2008 - I requisiti per la definizione del concetto di subordinazione nei rapporti di lavoro

Il Consiglio di Stato accoglie il ricorso presentato da un lavoratore contro la sentenza del Tar Veneto con la quale era stato respinto il ricorso originario diretto ad ottenere l'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso tra il lavoratore ed il Comune, della nullità delle delibere di Consiglio e di Giunta comunale con cui è stato di volta in volta conferito incarico di conducente di scuolabus e del diritto del ricorrente alla regolarizzazione contributivo-previdenziale ed al pagamento delle differenze retributive, con rivalutazione ed interessi.

Il Consiglio di Stato ha affermato che "...Al di là del *nomen iuris* di appalto del servizio di trasporto, è infatti evidente che l'oggetto del rapporto consiste nella sola guida dello scuolabus, senza alcun rischio economico dello "appaltatore" e non diversamente da un eventuale dipendente comunale addetto a tale servizio.

Quanto alle modalità di espletamento del servizio, non coglie nel segno la difesa di parte appellata laddove insiste sulla sussistenza di discrezionalità del signor in ordine ai tempi ed all'organizzazione, con l'ovvia limitazione della necessità di correlarsi all'orario scolastico, giacché l'attività manuale richiesta al medesimo, strumentale alla gestione da parte del Comune del servizio scolastico, già comprova l'esistenza di una "diversa e superiore istanza coordinatrice". Del resto, gli ordini di servizio in atti dispongono puntualmente non solo l'orario in cui il trasporto doveva avvenire, ma anche l'itinerario da seguire. Senza contare che da tali ordini di servizio il signor risulta incaricato di trasporti ulteriori rispetto a quello da e per i plessi scolastici, quali quello degli alunni al teatro, al centro civico, al centro sportivo ed a manifestazioni varie, nonché al centro estivo durante il periodo

feriale; il ché dimostra che non il servizio in sé gli era affidato, ma gli si richiedeva la mera messa a disposizione delle energie lavorative secondo le direttive comunali. Circa l'orario, v'è poi da osservare che, per rigidità ed articolazione, certamente impediva all'istante ogni ulteriore e stabile attività: di qui l'esclusività o, quanto meno, la prevalenza dell'attività prestata in favore dell'Amministrazione.

Le considerazioni sin qui esposte sono sufficienti per affermare che di rapporto di lavoro subordinato di fatto si è trattato, ancorché a tempo determinato e part-time (lo stesso appellante afferma infatti che l'impegno orario ha superato di poco le 20 ore settimanali solo con l'estensione dell'incarico al trasporto degli alunni delle scuole medie)".

Dunque la Corte ha dichiarato il diritto del lavoratore alla regolarizzazione della posizione contributivo-previdenziale ed alla percezione delle differenze retributive tra il trattamento economico al dipendente comunale di corrispondente qualifica e mansioni e quanto in realtà percepito, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Consiglio di Stato, sentenza n. 4422 e n. 4386 del 17 settembre 2008 in materia di annullamento di aggiudicazione per mancata presentazione dei documenti necessari alla sottoscrizione del contratto e in mancanza del requisito della regolarità contributiva

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 4422, detta in epigrafe, ha dichiarato la legittimità del provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione e conseguente incameramento della cauzione in caso di violazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara e nel capitolato d'appalto che prevedevano la consegna di determinata documentazione per la stipula del contratto.

Per quanto concerne invece il requisito della regolarità contributiva, questo può essere autocertificato in sede di gara ma, ove in caso di verifica preliminare alla stipulazione del contratto, questo venga a mancare, non si può legittimamente sottoscrivere il contratto.

Infatti secondo la Corte :

" E' pacifico che ai fini della partecipazione le imprese dovessero autocertificare, tra l'altro, la propria correntezza contributiva. Pacifico, altresì, risulta che tanto sia stato attestato dal raggruppamento Pacifico, infine, è il dato che lo stesso raggruppamento , all'epoca della presentazione della domanda di partecipazione, aveva in corso un procedimento di regolarizzazione.

Tanto basta alla reiezione dell'appello. Questo Consiglio di Stato, con un orientamento che il Collegio condivide, ha infatti già chiarito che, in presenza di una clausola che subordina la partecipazione alla regolarità contributiva, la posizione del partecipante che abbia in atto un procedimento di regolarizzazione è legata alla circostanza che "l'impresa abbia sostenuto la propria offerta con una documentata procedura di sanatoria relativa agli adempimenti contributivi" (Cons. Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288).

Legittima risulta, pertanto, la decisione della stazione appaltante di annullare l'aggiudicazione una volta verificato che l'impresa aveva sottaciuto l'esistenza di una procedura di regolarizzazione, impedendo ad essa, anche a garanzia della par condicio, di valutarla ai fini dell'ammissione."

Consiglio di Stato, sentenza n. 4384 del 17 settembre 2008, in materia di esclusione dalla gara dell'impresa che ha presentato una cauzione provvisoria il cui beneficiario "per errore materiale" è diverso dalla stazione appaltante

Il Consiglio di Stato si è espresso in relazione ad una sentenza del TAR appellata da un concorrente che lamenta l'esclusione (illegittima) dalla gara, perché il motivo assunto a presupposto della stessa si risolverebbe in una mera irregolarità (qualificata "errore materiale tipografico") imputabile all'istituto di credito al più da fare oggetto di integrazione o chiarimento.

La Corte ha ritenuto non fondato l'appello in quanto " l'interpretazione delle regole di gara va condotta tenendo presente la fisionomia del procedimento considerato (che, essendo di natura concorsuale, esige il rispetto del principio della par condicio), ritiene il Collegio che quella contestata al ricorrente non fosse una mera irregolarità ma un elemento tale da rendere inservibile (e quindi come non prodotto) il documento richiesto ai fini della partecipazione.

E' infatti pacifico che la cauzione prodotta, pur essendo indirizzata al Consorzio, avesse quale beneficiario, non quest'ultimo Ente, ma l' Ente Autonomo" . Si trattava, cioè, di un documento che, per la presenza al suo interno di una evidente antinomia, non risultava idoneo ad assolvere allo scopo al quale era destinato sicché correttamente questo è stato equiparato, quanto a regime, ad un documento non prodotto. Con l'ulteriore conseguenza che, dovendosi ragionare in termini di documento mancante, questo non avrebbe potuto legittimamente formare oggetto di integrazione o di chiarimento, pena la palese vulnerazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti nelle pubbliche gare.

Né ha fondamento il tentativo dell'appellante di addossare la responsabilità dell'evento all'istituto di credito emittente. E' del tutto ovvio, infatti, che la responsabilità dell'accaduto grava nei confronti di colui che ha prodotto il documento in sede di gara il quale, appunto con la produzione, assume la paternità di ogni produzione e si assume ogni conseguente rischio o beneficio."

Corte di Giustizia Europea, Sentenza n. c-265/07 dell'11 settembre 2008 in materia di esecuzione forzata dei crediti nei confronti della PA

" La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 giugno 2000, 2000/35/CE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, deve essere interpretata nel senso che non osta ad una disposizione nazionale come l'art. 14 decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, come modificata dall'art. 147 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, in forza della quale il creditore, munito di titolo esecutivo relativo ad un pagamento non contestato dovuto da una pubblica amministrazione a titolo di corrispettivo di una transazione commerciale, non può procedere ad esecuzione forzata nei confronti della suddetta amministrazione prima del decorrere del termine di 120 giorni dalla notificazione a tale amministrazione del suddetto titolo esecutivo."

TAR Lazio, sentenza n. 8760 del 3 ottobre 2008 in materia di localizzazione delle farmacie

"...rientra nel pieno potere autorizzatorio esercitato dal comune il diniego di trasferimento della sede poiché la localizzazione delle farmacie all'interno del territorio comunale non è libero ma rimesso alla discrezionalità amministrativa del Comune che la esercita tenendo presente la tutela degli interessi collettivi della popolazione. Tale potere non comporta la compressione della libera iniziativa imprenditoriale la quale, nell'ipotesi di specie, è subordinata alla cura dell'interesse pubblico locale".

TAR Piemonte, Sentenza n. 2075 del 25 settembre 2008, in materia di appalti e dichiarazione di estinzione del reato

Il testo unico sugli appalti stabilisce, tra i requisiti di ordine generale, che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale ma precisa anche che "...resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale".

Tali ultime norme dispongono rispettivamente: della riabilitazione, l'art. 178 c.p., e della estinzione del reato per il quale è stata irrogata una pena su richiesta, trascorsi cinque anni, l'art. 445, comma 2, c.p.p., con la conseguenza della estinzione di ogni effetto penale della condanna e del reato.

Nell'ipotesi di intervenuta riabilitazione ex art. 178 c.p. prima della partecipazione alla gara deve tenersi conto dell'estinzione di ogni effetto penale della condanna.

E' vero che rimane sempre un potere valutativo discrezionale in ordine all'entità del reato per cui è stata irrogata la pena, ma tale attività è consentita solo nell'ipotesi in cui sono trascorsi cinque anni dalla condanna, ex art. 445, comma 2, c.p.p. ma non è ancora intervenuta la pronuncia dichiarativa di estinzione del reato.

"...Laddove, invece, tale pronuncia è intervenuta da tempo, non residua alcun potere discrezionale alla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. , vista la chiara ed inequivoca lettera della legge che impone di tenere conto comunque di quanto previsto dall'art. 178 c.p. e dall'art. 445, comma 2, c.p.p. e della conseguente estinzione di ogni effetto penale della condanna, tra cui deve rientrare anche quello, tendente all'esclusione dalle pubbliche gare, di cui al richiamato art. 38.

Se alla stazione appaltante fosse consentito comunque di valutare i fatti penali al fine del giudizio di affidabilità morale dell'impresa concorrente, per un mero fine "amministrativo" estraneo ad effetti penali idoneo a consentire la partecipazione a imprese qualificate - come sostenuto nelle sue difese

dalla stazione appaltante - non si comprenderebbe il richiamo finale, contenuto nell'art. 38 cit., sopra riportato, secondo cui "resta salva in ogni caso" l'applicazione degli artt. 178 cp. e 445, comma 2, c.p.p., logicamente interpretabile, invece, ad opinione del Collegio, nell'ottica sopra illustrata, secondo la quale l'intervenuta dichiarazione di estinzione prevale su ogni considerazione discrezionale della stazione appaltante".

TAR Sardegna, Sentenza n. 1776 del 18 settembre 2008, in materia di illegittima esclusione dalla gara per mero ritardo nel versamento dei contributi previdenziali

E' illegittima la decisione di escludere dalla gara un concorrente ritenendolo sprovvisto dei requisiti richiesti al momento della partecipazione alla gara d'appalto perché le dichiarazioni rese in ordine alla regolarità sarebbero inattendibili.

La commissione ha errato nel ritenere che il semplice ritardo nel pagamento dei contributi previdenziali potesse concretare la violazione dell'articolo 75 del D. P. R. 31 dicembre 1999 numero 554, il quale richiederebbe la sussistenza di gravi infrazioni debitamente accertate.

Il collegio ha rilevato che la norma in esame prevede la commissione di gravi infrazioni debitamente accertate, risultanti dai dati in possesso dell'osservatorio dei lavori pubblici, invece, nel caso di specie, si era trattato di un mero ritardo del versamento dei contributi previdenziali, circostanza che non può considerarsi rientrante nella fattispecie indicata dalle disposizioni sopra richiamate

TAR Sardegna, Sentenza n. 1783 del 18 settembre 2008, in materia di pubblicità di gara e projet financing.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato (riaffermato recentemente da sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856), il principio di pubblicità delle sedute, nel corso delle quali vengono svolti gli adempimenti connessi alla verifica della documentazione richiesta dalle regole di gara ai fini della ammissibilità delle offerte, si applica in qualunque tipo di gara. Esso è applicazione alle gare pubbliche nel più generale principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che trova un preciso aggancio costituzionale nel principio di imparzialità di cui all'art. 97 Costituzione, ed è posto a garanzia (oltre che degli interessi pubblici richiamati) anche dei privati che partecipano alle procedure contrattuali pubbliche, i quali in tal modo sono posti in condizione di verificare la correttezza dell'attività amministrativa nelle singole gare. Ciò comporta che i partecipanti alle gare devono essere preventivamente informati, attraverso la comunicazione (secondo le modalità normativamente imposte o quelle ritenute idonee allo scopo nel caso concreto) delle notizie concernenti il luogo, i giorni e l'ora in cui si svolgeranno le sedute. La conoscenza di tali aspetti temporali e logistici rappresenta, infatti, una condizione essenziale affinché la facoltà di partecipare sia effettiva.

Consiglio di Stato, Sentenza n. 4901 del 7 ottobre 2008, in materia di legittimità di aggiudicazione di un appalto ad una cooperativa - Assimilazione delle società cooperative alle società di capitali

A seguito della riforma del diritto societario di cui al l. D.lgs. 17.01.2003, n. 6 (recante "riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative") esiste una sostanziale assimilazione delle società cooperative alle società di capitali.

"...Si consideri, in particolare che l'art. 2511 cod. civ. definisce le cooperative come "società a capitale variabile con scopo mutualistico", mentre il successivo art. 2518 stabilisce che "nelle società cooperative per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio", così sancendo, anche per tali società, la separazione del patrimonio sociale rispetto a quello dei singoli soci, analogamente a quanto accade per le società di capitali. Infine l'art. 2519 cod. civ., a chiusura della disciplina dedicata alle società cooperative, prevede che a queste ultime, "per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni".

A sostegno dell'interpretazione estensiva del bando di gara si pone infine la decisiva considerazione che i principi comunitari sanciti dal Trattato istitutivo della Comunità Europea in materia di del principio di concorrenza (art. 39, 43, 48, 81 del Trattato), in una con le disposizioni comunitarie sugli appalti di servizi, ostano, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, a discriminazioni fondate sul dato meramente formale della veste assunta ad un operatori economici (cfr. l'art. 4, parr. 1 e 2, della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/Cee c.d. "direttiva unica" relativa al "coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" e l'art. 26, par. 2, della precedente direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee)."

Consiglio di Stato, Sentenza n. 4265 dell'8 settembre 2008 in materia di qualificazione di Servizio Pubblico

"...Secondo la costante giurisprudenza di questa Sezione (Cfr: Cons. St. V Sez. 6.12.2007, n. 6276), sono servizi pubblici non solo i servizi specificamente denominati tali dalla legge e riservati ai comuni e alle province, ma tutte le attività di produzione di servizi rispondenti a fini di utilità e di promozione sociale".

Non diversamente si può sostenere nel caso in cui la stazione appaltante sia una Azienda partecipata dal Comune, ai sensi dell'art. 113 del T.U. n. 267 del 2000. Infatti si tratta di un soggetto la cui forma societaria è quella di società per azioni, ma pur sempre riconducibile al Comune.

"... Oggettivamente, quindi, al di là del nomen iuris conferito al rapporto da costituire, si è in presenza di una gara avente ad oggetto l'affidamento della gestione di un servizio pubblico da parte dell'ente che



ne ha la titolarità e che, in quanto ente strumentale del Comune può essere qualificato come amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 26 dell'art. 1 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163.

Ne deriva ancora che, una volta determinatasi a dare in gestione a terzi il servizio, l'Azienda... era comunque tenuta ad indire una procedura di evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario del servizio.

Bergamo, 20 ottobre 2008

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord