

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

17/2009

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI INTERESSE PER GLI ENTI LOCALI

CORTE DI CASSAZIONE, Sentenza n. 5621 del 9 marzo 2009 - Gli ausiliari del traffico possono soltanto rilevare le violazioni in materia di sosta commesse esclusivamente negli spazi delimitati con strisce blu

La Suprema Corte è intervenuta ad enunciare il principio di diritto secondo cui le violazioni in materia di sosta che non riguardino le aree contrassegnate con le strisce blu e/o da segnaletica orizzontale e non comportanti pregiudizio alla funzionalità delle aree distinte, non possono essere legittimamente rilevate da personale dipendente delle società concessionarie di aree adibite a parcheggio a pagamento, seppure commesse nell'area oggetto di concessione (ma solo limitatamente agli spazi distinti con strisce blu).

Sotto il profilo normativo infatti, rileva la Corte, va ricordato che la legge 15 maggio 1977, n. 127, art. 17, ha stabilito che i comuni possono, con provvedimento del sindaco, conferire funzioni di prevenzione ed accertamento delle violazioni in materia di sosta a dipendenti comunali o delle società di gestione dei parcheggi, limitatamente alle aree soggetto di concessione.

La legge 23 dicembre 1999, n° 488, all'art. 68, comma 1, ha successivamente chiarito che la legge n° 127 del 1977, art. 17, commi 132 e 133, si interpretano nel senso che il conferimento delle funzioni di prevenzione e accertamento delle violazioni ivi previste comprende, ai sensi del d. lgs. 30 aprile 1992, n° 285, art. 12, comma 1, lett.e) e successive modificazioni, i poteri di contestazione immediata nonché di redazione e di sottoscrizione del verbale di accertamento con l'efficacia di cui agli artt. 2699 e 2700 del codice civile.

Da tanto può desumersi che il legislatore, in presenza ed in funzione di particolari esigenze del traffico cittadino, tra cui sono da ritenere comprese le problematiche connesse alle aree da riservare a parcheggio a pagamento, ha stabilito, con le norme surrichiamate, che determinate funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere eccezionalmente svolte anche da soggetti privati, i quali abbiano una particolare investitura, da parte della pubblica amministrazione, in relazione al servizio svolto, in considerazione "della progressiva rilevanza dei problemi delle soste e parcheggi (Corte cost. ord. n° 157 dei 2001). Peraltro, l'art. 17, commi 132 e 133, in ragione della rilevanza e del carattere

eccezionalmente derogatorio del conferimento di tali funzioni a soggetti che, sebbene siano estranei all'apparato della pubblica amministrazione, e non compresi nel novero di quelli ai quali le suddette funzioni sono ordinariamente attribuiti (art.12 C, d. s.), vengono con provvedimento sindacale legittimati all'esercizio di compiti di prevenzione ed accertamento di violazioni del Codice della strada sanzionate in via amministrativa, deve ritenersi norma di stretta interpretazione (v. Cass. 7.4.2005, n°7336).

Tale conclusione trova ulteriore conferma nel fatto che il legislatore, conscio di tale natura delle dettate disposizioni, ha avuto cura di puntualizzare che le funzioni esperibili, per i dipendenti delle imprese che gestiscono pubblici parcheggi, riguardano soltanto le violazioni in materia di sosta e limitatamente alle aree oggetto di concessione, poiché la attribuzione di esse è ritenuta strumentale rispetto allo scopo di garantire la funzionalità dei parcheggi, che concorre a ridurre, se non ad evitare, il problema, sempre più pressante, della circolazione nei centri abitati.

TAR Lombardia, Brescia, Sentenza n. 322 del 20 febbraio 2009 sulla disapplicazione del prolungamento del periodo transitorio del servizio di distribuzione di gas naturale

Il Tar Lombardia è stato chiamato ad esprimersi sull'applicabilità dell'art. 23 del D.L. 30/12/2005 n. 273, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia in data 17/7/2008 in merito al prolungamento del periodo transitorio del servizio di distribuzione del gas, affermando che il prolungamento della durata del periodo transitorio dilata l'arco temporale di affidamento della concessione in assenza di gara, in violazione dei principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione.

Il D. Lgs. 164/2000, nel perseguire l'obiettivo di risolvere anticipatamente le concessioni di servizi in origine rilasciate in assenza di una procedura di gara, aveva previsto la conservazione dei rapporti giuridici fino al termine di un periodo transitorio quinquennale, prolungabile a certe condizioni. Dopo la norma di interpretazione autentica introdotta con la L. 239/2004, il D.L. 273/2005 ha dilatato l'ampiezza del periodo transitorio, realizzando un prolungamento dell'effetto restrittivo all'accesso degli operatori dei paesi membri nel settore della distribuzione del gas. La normativa in esame produce quindi una compressione ulteriore, sia pur temporalmente circoscritta, alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento, in quanto non permette alle imprese interessate - stabilite in altri Stati membri - l'accesso alle concessioni affidate o rinnovate.

E' indubbio che il citato obiettivo della libera prestazione di servizi e della libertà di stabilimento implicherebbe l'apertura alla concorrenza delle concessioni esistenti, originariamente rilasciate in violazione delle regole del Trattato. Tali concessioni, concluse generalmente per un periodo estremamente lungo, mantengono gli operatori storici in una posizione privilegiata, ostacolando le altre imprese sul mercato. A queste ultime "... viene impedito, durante tutto il periodo della concessione rilasciata in violazione del diritto comunitario, di accedere al mercato pertinente. Tali concessioni rappresentano, per loro stessa natura e per le loro caratteristiche intrinseche, un freno all'accesso al mercato rilevante, in quanto proteggono le posizioni acquisite dagli operatori nazionali".

Conseguentemente le disposizioni di cui all'art. 23 c. 1 del D.L. 30/12/2005 n. 273, convertito con modificazioni nella L. 23/2/2006 n. 51, devono essere disapplicate, nel caso di specie, in quanto in contrasto con il diritto comunitario.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, Sentenza n. 1365 del 9 marzo 2009 - Il controllo analogo nel caso di società partecipate da più enti pubblici

Il Consiglio di Stato è intervenuto a chiarire la questione se in una società partecipata - ancorché in via totalitaria - da più enti pubblici, che sia anche diretta affidataria di un servizio pubblico locale, il "controllo analogo", inteso nei sensi della "dottrina Teckal", postuli necessariamente anche il "controllo", da parte del socio pubblico, sulla società e, in via consequenziale, su tutta l'attività, sia straordinaria sia ordinaria, da essa posta in essere.

Per valutare se un'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario è soggetto a un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente.

In sintesi, il requisito del controllo analogo non sottende una logica "dominante", rivelando piuttosto una dimensione "funzionale": affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un "controllo" della governance societaria.

CONSIGLIO DI STATO, Sentenza n. 1351/09 del 6 marzo 2009 - Le organizzazioni sindacali hanno diritto ad esercitare il diritto di accesso agli atti

Le organizzazioni sindacali hanno diritto ad esercitare il diritto di accesso per la cognizione di documenti che possano coinvolgere sia le prerogative del sindacato quale istituzione esponenziale di una determinata categoria di lavoratori, sia le posizioni di lavoro di singoli iscritti nel cui interesse e rappresentanza opera l'associazione.

Esiste un duplice profilo di legittimazione che legittima il diritto di accesso da parte delle organizzazioni sindacali sia "iure proprio", sia a tutela di interessi giuridicamente rilevati della categoria rappresentata.

Detta sfera di legittimazione non può tuttavia tradursi in iniziative di preventivo e generalizzato controllo dell'intera attività dell'amministrazione datrice di lavoro, sovrapponendosi e duplicando compiti e funzioni demandati ai soggetti istituzionalmente ed ordinariamente preposti nel settore di impiego alla gestione del rapporto di lavoro.

Detta preclusione è espressamente codificata all' art. 24, comma terzo, della legge n. 241/1990, nel testo novellato dall'art. 16 della legge n. 15/2005, in base al quale "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni". La domanda di accesso, ancorché esplicita in esercizio della prerogative dell'organizzazione sindacale soggiace, quindi, al filtro dell'esistenza di "un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad un situazione giuridicamente tutelata" che trovi collegamento nel documento che si vuole conoscere.

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, Sentenza n. 1018 del 20 febbraio 2009 - Il termine concesso per fornire i chiarimenti ai fini del giudizio di anomalia non ha carattere perentorio

Secondo il Consiglio di Stato il termine concesso dall'amministrazione ai soggetti che partecipano alla gara al fine di fornire i chiarimenti ai fini del giudizio di anomalia, non ha carattere oggettivamente perentorio.

In senso contrario a tale prospettazione si deve invece rimarcare che, in assenza di specifica comminatoria in tal senso in seno alla legge ed alla *lex specialis*, l'amministrazione ha il potere discrezionale di prorogare il termine originariamente concesso ovvero di chiedere ulteriori approfondimenti.

D'altra parte lo stesso principio del contraddittorio che permea la fase della verifica di anomalia impedisce di accedere a soluzioni rigide che annettano al decorso del termine l'effetto inesorabile ed automatico dell'esclusione dalla procedura, precludendo alla p.a. ogni ulteriore approfondimenti istruttori in merito alla rispondenza, in termini di affidabilità e serietà, dell'offerta alle esigenze perseguite dalla stazione appaltante. E tanto specie con riguardo al caso in esame, nel quale, in sede di assegnazione iniziale del termine poi prorogato, la p.a. non ne ha intimato la perentorietà, diversamente da quanto occorso per la successiva assegnazione del termine finale poi rispettato dal raggruppamento.

In definitiva, come chiarito allo stesso art. 88 del codice dei contratti pubblici, la concessione all'aggiudicatario di un termine ulteriore costituisce facoltà dell'amministrazione che non integra in sé violazione dei principi che informano lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica.

CONSIGLIO DI STATO, Sezione V, Sentenza n. 1368 del 9 marzo 2009 in materia di gara all'offerta economicamente più vantaggiosa

Nell'offerta economicamente più vantaggiosa è illegittimo il criterio di attribuzione del punteggio al prezzo che abbia l'effetto di privare di sostanziale incidenza l'offerta economica assegnando preponderanza decisiva a quella tecnica.

Deve essere adottata una formula che consenta una distribuzione del punteggio per l'offerta economica proporzionale alla differenza tra i ribassi proposti; tale obiettivo può essere conseguito attraverso il sistema della interpolazione lineare.

CONSIGLIO DI STATO, Sentenza n. 829 del 13 febbraio 2009 - Non ricorrono le cause di esclusione per supposta violazione dell'art. 38 del TU 136/2006 per aver ommesso la dichiarazione dell'esistenza di soggetti cessati

Il Consiglio di Stato si è espresso in relazione alla considerazione se l'esito della gara sia stato alterato in ragione dell'ammissione di imprese che hanno reso false dichiarazioni riguardo alla sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 75 del d.P.R. n. 554/1999.

In particolare alcuni concorrenti avrebbero reso delle dichiarazioni inveritiere, avendo precisato che non vi erano «*soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara*», mentre dalla documentazione esibita e, nella specie, dalle attestazioni S.O.A. allegate alla domanda di partecipazione si evince chiaramente che alcuni direttori tecnici sono cessati dall'incarico nel triennio in questione.

Secondo il Consiglio di Stato la fattispecie sopra illustrata non è motivo di esclusione dalla gara se si tiene conto del non contestato dato di fatto che i direttori suppostamente cessati nel triennio non sono gravati da alcun precedente penale.

La Sezione conviene infatti che nella specie non ricorressero i presupposti per l'esclusione delle imprese indicate dalla ricorrente, ai sensi sia della lett. c), che della lett. h) del menzionato art. 75 del d.P.R. n. 554/1999, nel testo vigente prima dell'abrogazione decretata dal codice dei contratti pubblici. A proposito dell'inapplicabilità della causa preclusiva scolpita dall'art. 75 lett. c), è sufficiente rimarcare che essa ricollega l'esclusione all'esistenza - nella specie confutata delle inoppugnabili risultanze documentali versate in atti - di una sentenza di condanna o di patteggiamento per reati incidenti sull'affidabilità morale e professionale, senza che assuma rilievo il mero dato formale della non veridicità della dichiarazione circa i soggetti che abbiano ricoperto le cariche rilevanti nel periodo di tempo all'uopo preso in considerazione dalla disciplina normativa.

Per quanto afferisce alla fattispecie cristallizzata dalla lett. h) della medesima norma, si deve parimenti osservare come essa non sanziona l'in sé di una falsa dichiarazione ma la sua inerenza ai *requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara*. Posto, quindi, che, in coerenza con la *ratio* che anima la disciplina *in subiecta materia*, l'oggetto di stigmatizzazione il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare il dipanarsi della procedura competitiva, si deve escludere che possa assumere rilevanza, in chiave ostativa, il falso omissivo relativo all'esplicitazione di soggetti titolari di cariche rilevanti nel triennio ma non gravati da alcun precedente penale. Trattasi, in definitiva, per mutuare categorie penalistiche, di un falso innocuo, privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non stigmatizzabile con la sanzione dell'esclusione.

Alla stessa stregua la disciplina di gara, laddove richiede che le imprese concorrenti attestino l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 75 del d.P.R. 554/1999 anche nei confronti di soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione dell'avviso di gara, va interpretata, in

coerenza con la normativa regolamentare, nel senso di non annettere rilievo ad omissioni e difformità non incidenti su requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione.

Va soggiunto, a conferma dei puntuali rilievi svolti al riguardo dal Primo Giudice, che la stessa giurisprudenza invocata dalla ricorrente, laddove considera legittima l'esclusione decretata in caso di dichiarazioni non veritiere con le quali era stata scientemente celata dall'impresa la presenza di condanne penali a carico di amministratori o legali rappresentanti cessati dalla carica, conferma, anziché smentire, l'assunto secondo cui la falsità assume rilievo solo ove tocchi circostanze (quale l'esistenza di precedenti penali sottoposti alla valutazione dell'amministrazione) influenti sulle condizioni e sui requisiti di partecipazione.

TAR Campania, Salerno, Sez. I, Sentenza n. 836 del 6 marzo 2009 – Il semplice documento Durc attestante la irregolarità contributiva non è sufficiente a cagionare l'esclusione di una impresa

Secondo il TAR, il tenore della disciplina generale in materia di pubblici appalti, non consente di addivenire a rilievi di carattere puramente formale in ordine ai requisiti di regolarità contributiva, in quanto l'art. 38, comma 1, lett. i) del Codice Appalti richiede che le violazioni alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali raggiungano la soglia della gravità, che, a parere del Collegio, non consente di attribuire carica ostativa alla partecipazione alla gara alle violazioni di carattere meramente formale, laddove sussistenti.

Non può indurre a differenti conclusioni il noto orientamento giurisprudenziale (di recente, C. Stato, V, 17 ottobre 2008, n. 5069), secondo il quale la Stazione Appaltante non può sindacare le risultanze del D.U.R.C., in quanto tali riflessioni pretorie risolvono la diversa questione della eventuale spettanza in capo alle stazioni appaltanti di poteri istruttori il cui esercizio conduca a risultati diversi da quelli che si possano trarre dal semplice esame delle certificazioni acquisite da parte degli organi competenti. Nel caso di specie, non si tratta di trascurare il ruolo fondamentale svolto dalla certificazione di regolarità contributiva rilasciato dagli enti previdenziali e dalle Casse edili ai sensi dell'art. 2 del d.l. 25 settembre 2002, n. 210, così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002, n. 266 e dell'art. 3, comma 8, lett. b-bis) d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494, lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 quanto, al contrario, di prendere giustamente atto delle sue risultanze, che appunto non consentono, per la loro incompletezza, di comprendere l'entità della violazione degli obblighi contributivi perpetrata da parte dell'impresa e quindi la dimensione della loro gravità.

Anche in sede pretoria si è avvertito che "il semplice documento Durc attestante la irregolarità contributiva non può essere ritenuto sufficiente a cagionare l'esclusione dell'impresa dalla selezione ad evidenza pubblica, essendo invece indispensabile che l'infrazione stessa sia « grave » e « debitamente accertata », tanto più ove in corso di gara siano emersi elementi contrastanti con tale dichiarazione o comunque che facciano dubitare della gravità della violazione contributiva" (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 15 giugno 2007, n. 1024).

Tale è la situazione nella quale versava la impresa ricorrente, proprio in considerazione della evidenziata incompletezza della certificazione acquisita e che lasciava in ombra se non proprio la reale sussistenza (peraltro contraddetta dalla documentazione successivamente acquisita ad iniziativa della stessa ricorrente) della violazione, quantomeno la effettiva portata della sua gravità.

CONSIGLIO DI STATO, Sezione V, Sentenza n. 466 del 28 gennaio 2009 - Nelle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici, l'esiguità dell'utile d'impresa non giustifica automaticamente l'esclusione dalla gara

Il Consiglio di Stato si è espresso sulla questione relativa alla valutazione del presupposto che l'utile dell'impresa non può ridursi ad una cifra meramente simbolica, non potendo darsi rilevanza all'interesse di eseguire un appalto con il solo fine di acquisire esperienza professionale e fatturato, in vista della partecipazione a future gare.

Secondo il Consiglio di Stato la prevalente giurisprudenza, in tema di congruità dell'offerta, ha ritenuto che la stessa, oltre che nei suoi singoli elementi, deve essere valutata globalmente, al fine di apprezzarne l'attendibilità complessiva, non essendo fondamentale la tenuità dell'utile che il concorrente si prefigge di conseguire, sempre che ci sia un margine di utile, dal momento che elementi rilevanti sono, sia la certezza che l'offerta sia seria, nel senso che il concorrente non abbia intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali, sia i vantaggi indiretti che l'appalto può procurare in termini di prestigio, di entità del fatturato e di prequalificazione per i successivi appalti.

In relazione a ciò, la motivazione della Commissione, che si è limitata a definire "non congrua" l'offerta della ricorrente, risulta affetta da carenza di motivazione che si riflette anche sul secondo motivo di appello, atteso che la marginalità dell'utile di impresa, pur se risultando da meri calcoli matematici, deve, pur sempre, essere esplicitamente contestata, in espressa applicazione dei criteri sopra evidenziati, al fine di poter verificare le eventuali giustificazioni, che potrebbero dimostrare il bilanciamento tra l'utile esiguo e i vantaggi derivanti, all'impresa, dall'aggiudicazione e dallo svolgimento del servizio.

TAR Emilia-Romagna, Sentenza n. 228 del 6 marzo 2009 - Sul principio dell'invariabilità soggettiva del concorrente ad una gara d'appalto

Secondo il TAR in materia di appalti pubblici vige il principio dell'invariabilità soggettiva del concorrente, in quanto il bando di gara prevede la verifica dei requisiti dei partecipanti, con conseguente impossibilità di variazioni soggettive nelle varie fasi della gara, fatta salva la previsione (eccezionale) di cui al sopracitato art. 51 che, peraltro, fa salvo l'accertamento dei requisiti di ammissione e partecipazione in capo al cessionario.

Conseguentemente la giurisprudenza sul punto ritiene che, in caso di cessione del ramo d'azienda, l'ammissione del subentrante è subordinata a due condizioni: che gli atti di cessione siano comunicati alla stazione appaltante e che questa abbia verificato l'idoneità soggettiva ed oggettiva del subentrante.

Nel caso di specie manca la comunicazione, da parte della società cedente, della nuova situazione alla stazione appaltante, sicchè il procedimento necessario per rendere efficace la variazione soggettiva del concorrente nei confronti della stazione appaltante, disciplinato dall'art. 51 del codice dei contratti, pubblici non si è potuto perfezionare.

Pertanto la ricorrente risulta estranea alla gara di cui si tratta e, quindi, priva dell'interesse ad agire non potendo aspirare all'aggiudicazione.

Per completezza si deve aggiungere che, in ogni caso, le previsioni contenute nel contratto di cessione del ramo d'azienda, che non comporta una successione a titolo universale, non sono idonee a trasferire la legittimazione processuale che ha quale presupposto la sussistenza in capo al soggetto dell'interesse ad agire, non sussistente nel caso di specie in quanto, come si è detto, la fattispecie che consente la variazione soggettiva nell'ambito delle gare pubbliche non si è realizzata.

Bergamo, 23 marzo 2009

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord