

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

41/2009

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

**RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA
DI INTERESSE PER GLI ENTI LOCALI**

CONSIGLIO DI STATO, sez. V n. 3884 del 16 giugno 2009, in materia di gare pubbliche: l'omissione negli atti di gara della data e dell'ora fissata per l'apertura dei plichi annulla la procedura

Secondo il Consiglio di Stato l'omessa indicazione, nella documentazione di gara, delle notizie relative a luogo ed ora di apertura dei plichi e per l'esame dei requisiti d'ammissione alla procedura hanno finito per rendere riservata, anziché pubblica, in violazione della qualificazione come pubblica recata dal disciplinare, la prima seduta della commissione di gara.

Detta condotta integra la denunciata violazione dell'inderogabile pubblicità delle sedute di gara che impone un'adeguata comunicazione delle notizie relative a data, luogo ed ora delle operazioni, sì da consentire l'effettiva pubblicità e la concreta possibilità di partecipazione da parte dei soggetti interessati.

Detti parametri di adeguatezza e proporzionalità delle misure informative non risultano nella specie rispettate per effetto della mera affissione all'albo pretorio.

Si deve allora concludere che risulta nella specie violato il principio della pubblicità di talune fondamentali fasi della gara, con conseguente invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilievi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili ex post (vedi Consiglio Stato , sez. V, 04 marzo 2008 , n. 901).

CORTE DI CASSAZIONE - sez. tributaria n. 13510 dell'11 giugno 2009 - la notifica dell'avviso di accertamento effettuata a mani di persona non più convivente è nulla

La Corte di Cassazione, sezione tributaria, è intervenuta con la sentenza in oggetto a dichiarare la nullità della notifica dell'avviso di accertamento, rilevando che la stessa, sulla base della documentazione offerta dal ricorrente, era stata eseguita presso il suo vecchio indirizzo e quindi ricevuta da persona che non risultava, all'epoca, più convivente.

Secondo l'art. 60 D.P.R. n. 600 del 1973, la notificazione degli avvisi deve essere eseguita presso il domicilio fiscale del contribuente, inoltre sempre l'art. 60 stabilisce, nel contempo, che le variazioni e le modificazioni dell'indirizzo non risultanti dalla dichiarazione annuale hanno effetto, ai fini delle notificazioni, dall'avvenuta variazione anagrafica (comma 3). In particolare, tale lettura della norma si impone a seguito della sua declaratoria di illegittimità operata dalla sentenza n. 360 del 2003 della Corte costituzionale, che ha espunto l'inciso che condizionava l'efficacia della variazione al decorso del termine di 60 giorni (Cass. n. 26542 del 2008).

Secondo la Corte non essere condivisa la tesi dell'Amministrazione che, lamentando la violazione dell'art. 139 c.p.c., assume la validità della notifica in discorso per essere stato comunque l'atto ricevuto da persona (il coniuge) qualificatasi convivente. Da tale dichiarazione, secondo i giudici, non può trarsi altro che una mera presunzione relativa alla convivenza (Cass. n. 1508 del 2005; Cass. n. 4590 del 2000), presunzione, a sua volta, superabile dall'interessato mediante prova contraria, prova che, il giudice ha ritenuto assolta in forza della documentazione da cui risultava sia il precedente cambio di indirizzo della residenza anagrafica del contribuente rispetto al luogo in cui era stata eseguita la notificazione, che l'intervenuta separazione personale con il coniuge che aveva ricevuto la notifica.

CONSIGLIO DI STATO - sez. V n. 3878 del 16 giugno 2009, non ha natura perentoria il termine entro il quale occorre chiedere, da parte dell'impresa, la verifica della SOA

Secondo il Consiglio di Stato, L'articolo 15 bis del D.P.R. n. 34/2000, dispone: "l'efficacia della verifica decorre dalla data di scadenza del triennio della data di rilascio della attestazione" (articolo 15 comma 5 reg. cit.). Ciò sta a significare che ove l'impresa richieda, nei termini sanciti dal regolamento, la verifica triennale non vi è soluzione di continuità nella propria qualificazione, per cui essa può, nelle more, partecipare alle pubbliche gare."

Non è pertanto accoglibile la tesi secondo cui la scadenza intermedia dell'attestazione di un consorzio, legata all'obbligo della verifica triennale o alla scadenza dell'attestazione di un'impresa consorziata, incide sulla validità della qualificazione di cui dispone il Consorzio, il quale è obbligato a richiederne l'adeguamento.

Non è dunque condivisibile l'affermazione che fino a quando l'adeguamento non sia stato ottenuto, o comunque sia ottenuto dopo la scadenza del termine fissato per la partecipazione alla gara, il Consorzio non dispone di una valida attestazione SOA e deve essere escluso dalla gara.

Inoltre afferma il Consiglio di Stato, l'art. 15 bis del D.P.R. n. 34 del 2000 si riferisce esclusivamente alla verifica triennale e non può essere applicata in via analogica ad altre cause incidenti sulla validità della qualificazione, d'altro canto l'art. 15-bis, comma 5, del D.P.R. n. 34 del 2000, nella parte in cui dispone che le imprese si sottopongano alla verifica triennale almeno sessanta giorni prima della scadenza del triennio di validità dell'attestazione, è correttamente inteso dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella Determinazione n. 6 del 21 aprile 2004, nel senso che i detti termini non sono perentori: ossia *"l'impresa può sottoporsi a verifica anche dopo le suddette date ma, in tal caso, qualora la verifica sia effettuata dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo."*

L'impresa può quindi partecipare alle gare anche nelle more della effettuazione della verifica triennale, anche quando sia scaduto il triennio di validità, purché la verifica sia stata richiesta nel termine di sessanta giorni anteriori alla scadenza.

CONSIGLIO DI STATO - sez. V n. 3404 del 3 giugno 2009 - disamina sulle modalità di attribuzione dei punteggi di gara e sulla illegittima della valutazione di anomalia delle offerte economiche effettuata contestualmente all'operazione di attribuzione del punteggio alle singole offerte

In materia di appalti pubblici il diritto comunitario consente solo due criteri di valutazione delle offerte, quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel primo caso, va premiato il prezzo più basso, ed è precluso, nella valutazione del prezzo, qualunque criterio che si basi su medie matematiche o criteri forfetari.

Siffatti criteri esistevano prima del recepimento delle direttive comunitarie: prezzo offerto da confrontarsi con il prezzo segreto dell'amministrazione; media; media mediata, media corretta, etc., e sono note le distorsioni applicative di tali criteri.

Nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vanno separatamente valutate l'offerta economica e l'offerta tecnica.

Ma quanto alla valutazione dell'offerta economica, il criterio non può che essere quello del prezzo più basso, senza medie o criteri forfetari.

Il criterio del prezzo più basso, nella sua chiara e univoca applicazione, non può che condurre al risultato di premiare l'offerta di prezzo più basso, e non può pervenire al risultato di premiare un'offerta di prezzo più alta di altre.

La differenza, nell'operazione di valutazione del prezzo, che intercorre tra criterio del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è che nel primo criterio l'offerta più bassa è aggiudicataria, senza necessità di attribuzione di un punteggio, dovendosi solo redigere la graduatoria delle offerte; invece nel secondo criterio il punteggio complessivamente previsto per l'elemento prezzo può essere variamente distribuito, per cui alle varie offerte economiche va attribuito un punteggio, che si somma con il punteggio previsto per le offerte tecniche.

Ma i criteri di distribuzione del punteggio per l'offerta economica, previa suddivisione di essa in vari subelementi, devono comunque essere strutturati in modo tale da condurre al risultato per cui l'offerta economica complessivamente inferiore deve riportare un punteggio, per il prezzo, complessivamente superiore.

Si può semmai graduare il punteggio per il prezzo secondo criteri di proporzionalità o progressività, premiare il prezzo più basso di più per taluni elementi e meno per altri, ma qualsivoglia criterio si utilizzi, non si può trattare di criterio suscettibile di pervenire al paradossale risultato di dare il maggiore punteggio complessivo ad un'offerta economica più elevata di altre.

Un'altra notazione in diritto è che nel vigente ordinamento sono stati banditi tutti i criteri di valutazione delle offerte di prezzo basati su medie.

Permane il sistema della media matematica al solo fine di individuare le offerte sospette da sottoporre a verifica di anomalia.

Le medie matematiche, bandite dal legislatore per la valutazione delle offerte economiche, non possono essere pertanto utilizzate dalle stazioni appaltanti nei bandi di gara e soprattutto non possono essere utilizzate allo scopo della valutazione dell'eventuale anomalia dell'offerta in sede di attribuzione dei punteggi di gara.

Infatti, l'ordinamento nazionale e comunitario esigono che la valutazione di anomalia sia successiva alla fase di attribuzione del punteggio per le offerte, e non possa essere incorporata nella operazione di formazione della graduatoria delle offerte, mediante automatismi.

Infatti, introducendo un criterio matematico fondato su medie per valutare l'offerta economica, si finisce con il compiere una valutazione automatica di presunte offerte anomale, in radicale contrasto con il principio secondo cui le offerte sospette devono essere verificate in contraddittorio.

L'offerta bassa e dunque sospetta di anomalia, non può aprioristicamente essere penalizzata mediante l'attribuzione di un punteggio basso. Ad essa va dato il punteggio che merita in quanto offerta bassa, e poi va verificata e penalizzata con l'esclusione solo se ed in quanto anomala. Un meccanismo che a priori attribuisca un basso punteggio ad un'offerta molto bassa, penalizza a priori un'offerta bassa, senza alcuna verifica di effettiva anomalia.

CORTE DI CASSAZIONE - VI sezione penale, n. 14466 del 2 aprile 2009: doveri dei dipendenti, ingiustificato il silenzio omissivo del pubblico ufficiale e omissioni di atti d'ufficio

I giudici della sesta sezione penale della Corte di cassazione hanno ritenuto censurabile il comportamento del pubblico dipendente che ha omesso di fornire risposta alle richieste di un cittadino (nel caso specifico destinatario di un provvedimento di espropriazione) entro il termine dei 30 giorni dalla richiesta stessa .

Secondo la corte inoltre il termine e l'obbligo devono essere comunque rispettati anche in presenza di risposta negativa, infatti è ingiustificato il silenzio omissivo del pubblico ufficiale perché anche la risposta negativa dell'ufficio adito, in termini di indisponibilità, oppure di parziale disponibilità della documentazione richiesta, fa parte del contenuto dell'atto dovuto al cittadino il quale, sull'informazione negativa, può organizzare la sua strategia di tutela, oppure rinunciare in modo definitivo ad ogni diversa pretesa.

CONSIGLIO DI STATO, sez. V n. 3685 del 12 giugno 2009: sull'illegittimità del bando di gara carente del CIG

La questione trattata dal Consiglio di Stato deriva da una procedura di gara avviata da una stazione appaltante che nella fase propedeutica di predisposizione degli atti ha omesso di comunicare la procedura di gara al sistema informativo dell'Autorità e conseguentemente non ha ottenuto il relativo codice identificativo e non ha permesso alle partecipanti di versare il contributo a proprio carico non essendo il codice riportato nell'avviso pubblico e/o, nella lettera di invito.

Tale inosservanza ha determinato nei concorrenti una percezione incerta ed errata delle clausole sulla partecipazione e ha condotto all'esclusione di alcuni concorrenti.

A parere del Consiglio di Stato, secondo quanto prescritto dall'art. 3 della deliberazione 26 gennaio 2006 dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, circa l'attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67 della legge n. 266 del 2005 (Gazzetta Ufficiale n. 25 del 31 gennaio 2006), i soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza sono tenuti al pagamento della contribuzione all'atto dell'attivazione delle procedure di selezione del contraente. Il pagamento avviene al momento della attribuzione, da parte dell'Autorità di vigilanza, del «codice di identificazione del procedimento di selezione del contraente (C.I.G.) che deve essere riportato nell'avviso pubblico, nella lettera di invito o nella richiesta di offerta comunque denominata».

Per le stazioni appaltanti, l'obbligo del pagamento della contribuzione, rappresenta «condizione di ammissibilità alla procedura di selezione del contraente». Sempre a norma dell'art. 3 della deliberazione in esame, le stesse sono tenute a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento è causa di esclusione dalla procedura di gara.

A mente dell'art. 8, co. 12 del D.Lgs. n. 163/2006 l'obbligo della contribuzione grava su tutte le procedure di gara, comprese quelle di appalti di servizi.

In quanto diretto all'approvvigionamento di risorse, in parte reperite attraverso la fiscalità generale, necessarie per il funzionamento dell'Autorità, chiamata a svolgere una funzione di vigilanza sui lavori pubblici «unitaria a livello nazionale», l'obbligo di contribuzione gravante sulle stazioni appaltanti è stato ricondotto dalla Corte Costituzionale alla categoria delle entrate tributarie statali e connesso alla particolare situazione in cui l'ente si trova per effetto della sua attività (Corte cost., 6 luglio 2007, n. 256).

Nella scansione procedimentale prevista dalla legge per l'emanazione del bando di gara (artt. 11 e 64 D.Lgs. n. 163/2006) e per la presentazione delle offerte, i commi 65 e 67 dell'art. 1 della legge n. 266/2005 hanno quindi inserito una fase necessaria a carico delle stazioni appaltanti, consistente nella determinazione del contributo che le stesse sono tenute a versare a favore dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e un adempimento, altrettanto necessario, a carico delle partecipanti alla gara, rappresentato dal pagamento della contribuzione, da dimostrare al momento di presentazione dell'offerta.

Entrambi gli adempimenti ruotano sull'attribuzione del «codice di identificazione del procedimento di selezione del contraente (C.I.G.)» ad opera dell'Autorità attività di vigilanza al momento del pagamento della contribuzione. In quanto funzionalizzato all'identificazione della gara, il codice deve essere riportato nel relativo bando.

Concludendo, afferma la Corte che, anche se l'art. 3 co. 2 della deliberazione dell'Autorità del 26 gennaio 2006 non prescrive espressamente che il «codice di identificazione del procedimento di selezione del contraente (C.I.G.)» deve essere menzionato nel versamento, l'attribuzione del «codice» è condizione essenziale non solo per la validità del bando di gara, ma per la validità dello stesso versamento dal parte del concorrente, data la funzione di identificare la specifica gara cui egli intende partecipare e in ordine alla quale la prova del versamento stesso è prescritta a pena d'inammissibilità della domanda.

TAR Lazio, sez. III n. 5979 del 22 giugno 2009 in materia di rispetto della normativa ex art. 17 della l. n. 68/1999 da parte dei consorzi (assunzioni obbligatorie disabili)

L'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 obbliga, tutti i partecipanti a bandi per appalti pubblici a presentare preventivamente una dichiarazione che attesti la regolarità dell'impresa sotto il profilo del rispetto delle norme in materia di avviamento al lavoro di soggetti disabili.

La ratio della disposizione non è solo quella di garantire l'Amministrazione nella conclusione del contratto stipulato con una impresa che osserva la normativa sul diritto del lavoro dei disabili, ma anche quella di imporre il rispetto di essa, finalità che si perseguono imponendo l'obbligo di dichiarazione "di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili" anche se l'impresa non rientra nei casi previsti dall'art. 3 della legge n. 68 del 1999.

Anche i Consorzi di cooperative devono dimostrare il possesso dei requisiti di carattere generale, morale e di ordine pubblico in capo alle società designate quali esecutrici dei lavori o dei servizi e tra detti requisiti rientra quello di cui all'art. 17 della legge n. 68 del 1999, relativo alla tutela dei disabili, poiché detto requisito qualifica la moralità dell'impresa assuntrice dell'appalto sotto il profilo della puntuale osservanza degli obblighi di solidarietà sociale posti dal legislatore e inerente a profili di organizzazione imprenditoriale direttamente incidenti sulla rituale esecuzione dell'appalto. Trattasi, dunque, di requisito che deve essere verificato nei confronti dell'imprenditore chiamato ad eseguire effettivamente il contratto e non soltanto nei confronti del consorzio, poiché il ruolo di questo si esaurisce per legge nella fase prodromica di partecipazione alla gara.

Ciò posto l'adempimento non può essere omesso sicché anche i soggetti esonerati per legge dal rispetto della normativa sono tenuti a produrre apposita attestazione in tal senso, spiegandone le ragioni.

TAR Lombardia, Sez. Brescia, n. 1221 del 12 giugno 2009 221, in materia di servizio di distribuzione del gas naturale e sulla possibilità del Comune di accollarsi l'onere del rimborso al gestore uscente

Il Tar Brescia si è nuovamente espresso in materia di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale con la sentenza in epigrafe che riassume per altro la posizione generale in materia già evidenziata dal tribunale territoriale e precisamente:

"...Com'è noto, la norma fondamentale in tema di apertura alla concorrenza del settore della distribuzione del gas naturale ai clienti finali, ovvero, in parole semplici, del settore delle imprese che gestiscono le tubazioni attraverso le quali il gas metano viene recapitato presso le abitazioni e presso le industrie che lo utilizzano, è costituita dall'art. 15 del d.lgs. 23 maggio 2000 n°164, cd. "decreto Letta", il quale ha stabilito in primo luogo, al comma 5, che tutti gli affidamenti e le concessioni in essere

possano proseguire al massimo sino alla scadenza di un periodo fissato in modo uniforme dal decreto stesso e detto "periodo transitorio"; stabilisce ancora che, scaduto tale periodo, l'ente locale interessato debba affidare il servizio mediante pubblica gara; stabilisce ancora, al comma 7, che il periodo transitorio scada ad una data precisa, in origine il 31 dicembre 2005, salva la possibilità, a date e ben precise condizioni, di riconoscere al gestore uscente una proroga di durata annuale, che in origine portava la scadenza del periodo transitorio al 31 dicembre 2006, ovvero biennale, che in origine portava la scadenza del periodo transitorio al 31 dicembre 2007.

Il periodo transitorio di cui all'art. 15 del decreto Letta è stato in seguito soggetto a tutta una serie di modificazioni. In primo luogo, per effetto dell'art. 1 comma 69 della l. 23 agosto 2004 n°239, cd. "legge Marzano", è stato fatto scadere al massimo al 31 dicembre 2007, pur in presenza delle tassative ipotesi di proroga, con possibilità però di durare sino al 31 dicembre 2008 in virtù di una ulteriore proroga annuale che l'ente locale poteva accordare per "motivazioni di pubblico interesse". In secondo luogo, per effetto dell'art. 23 comma 1 del d.l. 30 dicembre 2005 n°273 convertito nella l. 23 febbraio 2006 n°51, cd. "decreto milleproroghe 2005", è stato prorogato al 31 dicembre 2007 in assenza delle ricordate tassative ipotesi di proroga e, precisandosi che ciò avveniva in via automatica, sino al 31 dicembre 2009 in presenza delle ipotesi di proroga stesse, salva sempre la possibilità di ulteriore proroga annuale, ovvero sino al 31 dicembre 2010, per decisione unilaterale dell'ente locale fondata sempre su "comprovate e motivate ragioni di pubblico interesse". In terzo luogo, per effetto dell'art. 46 bis del d.l. 1 ottobre 2007 n°159, il periodo transitorio portato, nelle due distinte ipotesi già descritte, al 31 dicembre 2007 e 31 dicembre 2009 dal decreto milleproroghe 2005, è stato prorogato di altri due anni, con proroga peraltro cancellata dalla l. 29 novembre 2007 n°222 di conversione. Peraltro, e da ultimo, per effetto dell'art. 2 comma 175 della l. 24 dicembre 2007 n°244, il periodo transitorio non ha più un termine finale fissato ad una data precisa: esso è destinato ora a scadere al momento dell'indizione delle gare, identificato a sua volta con la definizione di appositi ambiti territoriali ottimali per ciascun bacino di utenza, aprendo una serie di questioni di cui si dovrà pure dar conto.

....Il Collegio deve richiamare la propria precedente giurisprudenza sulla corretta interpretazione dell'art. 2 comma 175 della l. 24 dicembre 2007 n°244 più volte citato, e in particolare le ordinanze 23 maggio 2008 n°410 e 4 luglio 2008 n°52, nonché le sentenze 27 maggio 2008 n°266, 16 giugno 2008 n°730 e 20 giugno 2008 n°730, dai contenuti autorevolmente condivisi in sede di appello da C.d.S. sez. V 30 settembre 2008 n°5213. Come si è detto, la norma in esame prevede, alla lettera, che le pubbliche gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale verranno indette dopo la definizione di appositi ambiti territoriali ottimali per ciascun bacino di utenza, definizione per cui sono fissati termini evidentemente ordinatori, dato che per la loro inosservanza non vi sono sanzioni. La norma stessa quindi, secondo parte della dottrina, si risolverebbe in una sostanziale abolizione di tutto il meccanismo del decreto Letta, perché rinvierebbe senza un termine preciso l'apertura del settore alla concorrenza ad un futuro del tutto indeterminato. Di conseguenza, gli affidamenti in essere potrebbero, senza l'intervento di fatti nuovi, proseguire secondo le originarie concessioni, e quindi nel caso di specie al limite sino al 31 dicembre 2032.

Il Collegio non ritiene di condividere tale indirizzo, per le ragioni ampiamente argomentate nella giurisprudenza citata e riassumibili così come segue. In primo luogo, come argomento logico, tale interpretazione si porrebbe in netto contrasto con il principio comunitario di concorrenza, la cui attuazione sarebbe rinviata senza termini certi, con un risultato che nell'ambiguità del testo normativo va fin quando possibile evitato, anche perché potrebbe condurre ad una responsabilità dello Stato italiano verso l'Unione. In secondo luogo, tale interpretazione contrasta con la lettera dell'art. 46 bis citato, ovvero con la norma che l'art. 2 comma 175 va a modificare, là dove essa prevede incentivi ai Comuni i quali decidano di aggregarsi per formare un ambito ottimale: è evidente che un'aggregazione incentivata non può essere obbligatoriamente richiesta per indire la gara. In terzo luogo, e in via sistematica, tale interpretazione contrasta anche con il successivo art. 23 bis comma 7 del d.l. 25 giugno 2008 n°112 convertito nella l. 6 agosto 2008 n°133, che nel dettare la disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevede la determinazione di bacini di gara ottimali sempre come facoltativa.

Ad avviso del Collegio, quindi, i Comuni in generale possono attualmente indire la pubblica gara per affidare il servizio in questione, ed anzi sono in certo senso tenuti a farlo, là dove si ritenga che l'omessa tempestiva acquisizione del canone, che dal concessionario vincitore della gara l'ente ricaverà, possa rilevare a carico degli amministratori del Comune come ipotesi di responsabilità erariale".

Inoltre "..... nessuna norma, né nel decreto Letta né altrove, preclude che dell'indennizzo da corrispondere al concessionario uscente si faccia carico il Comune, per rendere l'offerta più appetibile agli occhi degli aspiranti nuovi concessionari. In secondo luogo, e si veda sul punto specifico per tutte C.d.S. sez. V 9 aprile 2008 n°296, il subentro del nuovo affidatario nei rapporti in corso è limitato a quelli previsti dall'art. 14 comma 8 del decreto Letta, né appare ragionevole estenderlo in via interpretativa ad altri, quali quelli facenti capo al personale del concessionario uscente, poiché ciò si risolverebbe in un cospicuo disincentivo a partecipare alla gara per soggetti diversi dal concessionario uscente medesimo, unico che da tale onere non sarebbe pregiudicato, avendo già i lavoratori in parola alle proprie dipendenze".

CONSIGLIO DI STATO, sez. V n. 3845 del 16 giugno 2009 in materia gestione delle farmacie comunali: La farmacia comunale di una società, istituita esclusivamente per la gestione della farmacia comunale, non può gestire farmacie di altri enti

Il Consiglio di Stato ha affermato che nel caso di una farmacia comunale di una società, istituita esclusivamente per la gestione della farmacia comunale, la disciplina costitutiva delle società non si limita ad una mera enunciazione esemplificativa delle attività istituzionali ma stabilisce un puntuale vincolo di scopo che conduce ad un conseguenziale limite territoriale di azione della società stessa.

La perentorietà di tale vincolo funzionale ed operativo, sancita dalla delibera costitutiva e dalla normativa statutaria, rende irrilevante l'insussistenza di un superfluo divieto esplicito di partecipazione alle gare indette da altro Comune per assumere l'esercizio e la gestione di altra farmacia comunale.

Va poi osservato che l'interesse pubblico alla garanzia della capacità operativa dell'aggiudicatario e della sua affidabilità non consente di accedere alla tesi secondo cui i limiti posti dall'oggetto sociale alla sfera di azione delle società che partecipano alle gare avrebbero rilievo solo nella vita interna di queste ultime e non potrebbero essere oggetto di verifica da parte dell'amministrazione chiamata all'espletamento della procedura selettiva.

Va peraltro soggiunto che detto limite territoriale, lungi dall'essere il mero portato delle volontà contrattuali, si armonizza con i limiti posti dalla legge all'attività extraterritoriale delle società deputate alla gestione dei servizi pubblici locali, segnatamente in caso di conseguimento di pregressi affidamenti diretti.

CONSIGLIO DI STATO , sez. VI n. 3897 del 16 giugno 2009: Le fondazioni sono "impresa" ai fini della normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti, indipendentemente dal loro scopo e dal loro regime fiscale agevolato, pertanto possono essere tra i soggetti economici ammessi a partecipare a gare di appalto

Osserva il Consiglio di Stato, con la sentenza in epigrafe, che, quanto alla natura dei soggetti legittimati ad accedere ai contratti pubblici, la previsione legislativa nazionale (art. 3, punto 19, del codice dei contratti) riferisce i termini di imprenditore, fornitore e prestatore di servizi ad "una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi"; parimenti la norma comunitaria (art. 1, par. 8, della direttiva n. 2004/18/CE) indica che "i termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi".

Non v'è quindi ragione di escludere che anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possano soddisfare i necessari requisiti ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni vigenti in materia, attese la personalità giuridica che le fondazioni vantano e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi e sempre che quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico.

Orbene, la sentenza di primo grado ritiene che la natura giuridica della Fondazione, costituita da un patrimonio personificato dall'ordinamento per la realizzazione di uno scopo determinato considerato di utilità sociale, unitamente al carattere non lucrativo della attività svolta dalla persona giuridica di che trattasi, impedirebbe qualsiasi assimilazione delle fondazioni alle società commerciali, il cui elemento

fondamentale è costituito dalla ripartizione degli utili tra i soci, con la conseguente non ammissibilità delle prime alle gare pubbliche, anche per la natura tassativa dell'elencazione contenuta nell'art. 34 del codice che non le contempla espressamente.

Ritiene inoltre il Collegio che l'elencazione dell'art. 34 non sia tassativa e che tale conclusione trovi conforto in altre norme del codice degli appalti che definiscono la figura dell'imprenditore o fornitore o prestatore di servizi nell'ambito degli appalti pubblici (art. 3, commi 19 e 20) e nelle disposizioni comunitarie prima richiamate le quali (art. 1, comma 8, 4 e 44 della direttiva 2004/18/CE) indicano che il soggetto abilitato a partecipare alle gare pubbliche è l' "operatore economico" che offre sul mercato lavori, prodotti o servizi, secondo un principio di libertà di forme (persone fisiche o persone giuridiche). Si deve convenire quindi che la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito quindi di un'attività di impresa anche quando non sia l'attività principale dell'organizzazione e nonostante il regime fiscale di favore idoneo a incidere sulla dinamica concorrenziale.

Bergamo, 20 luglio 2009

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord