

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

17/2010

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI INTERESSE PER GLI ENTI LOCALI

Corte di Giustizia Europea - Sentenza 25 marzo 2010 causa n. C-451/08: Sulla nozione di appalti pubblici di lavori

La Corte di Giustizia Europea si è espressa come segue in materia di appalti pubblici di lavori:

- 1) La nozione di «appalti pubblici di lavori», ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. b), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non esige che i lavori oggetto dell'appalto siano eseguiti materialmente o fisicamente per l'amministrazione aggiudicatrice, ove tali lavori siano eseguiti nell'interesse economico diretto di tale amministrazione. L'esercizio, da parte di quest'ultima, di competenze di regolamentazione in materia urbanistica non è sufficiente a soddisfare quest'ultima condizione.
- 2) La nozione di «appalti pubblici di lavori» ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. b), della direttiva 2004/18 richiede che l'aggiudicatario assuma direttamente o indirettamente l'obbligo di realizzare i lavori che sono oggetto dell'appalto e che l'esecuzione di tale obbligo sia esigibile in sede giurisdizionale secondo le modalità stabilite dal diritto nazionale.
- 3) Le «esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice», ai sensi della terza ipotesi contemplata dall'art. 1, n. 2, lett. b), della direttiva 2004/18, non possono consistere nel semplice fatto che un'autorità pubblica esamini taluni progetti di costruzione che le sono sottoposti ovvero assuma una decisione nell'esercizio delle sue competenze in materia di regolamentazione urbanistica.
- 4) In circostanze quali quelle della causa principale, è escluso che ricorra una concessione di lavori pubblici ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 2004/18.
- 5) In circostanze quali quelle della causa principale, le disposizioni della direttiva 2004/18 non trovano applicazione in una situazione in cui un'autorità pubblica venda un terreno a un'impresa, laddove un'altra autorità pubblica abbia intenzione di indire un appalto di lavori su detto terreno, pur non avendo ancora formalmente deciso di procedere all'aggiudicazione di tale appalto.

Corte dei Conti Lombardia: Deliberazione 104/2010/PAR - L'obbligo di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali deve essere rispettato anche per i processi di riorganizzazione effettuati in precedenza

L'art. 3 comma 30 della Legge 244/07 prevede che "... le amministrazioni che costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento, adottano, sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esercitate mediante i soggetti di cui al presente comma e provvedono alla corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica.

Il successivo comma 31 dell'art. 3 prevede inoltre che fino al perfezionamento dei provvedimenti di rideterminazione di cui sopra, le dotazioni organiche sono provvisoriamente individuate in misura pari al numero dei posti coperti al 31 dicembre dell'anno precedente all'istituzione o all'assunzione di partecipazioni.

Viene demandato inoltre ai collegi dei revisori ed agli organi di controllo interno delle amministrazioni il compito di asseverare il trasferimento delle risorse umane e finanziarie con obbligo di trasmissione di una relazione alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, segnalando eventuali inadempimenti anche alle sezioni competenti della Corte dei conti.

Premesso quanto sopra la Corte dei Conti della Lombardia ha affermato che "... Questa Sezione ha avuto modo di evidenziare la finalità dell'art. 3, comma 30 della legge 244/07 che obbliga le pubbliche amministrazioni costituenti o partecipanti ad adottare provvedimenti di trasferimento di risorse umane, finanziarie e strumentali adeguate alle funzioni affidate all'organismo partecipato.

In particolare è stato sottolineato che, come nel caso di specie riferito all'azienda speciale, la mancata assegnazione di risorse adeguate costituisce un grave pregiudizio all'autonomia imprenditoriale dell'azienda che ai sensi dell'art. 114 del TUEL è ente strumentale dell'ente locale, dotato di personalità giuridica e quindi nell'ordinamento un soggetto giuridico distinto dall'ente costitutivo.

Riguardo al personale va ribadito che il rapporto di impiego deve intercorrere tra la persona giuridica che utilizza il personale ed il dipendente da essa assunto o ad essa trasferito, nel rispetto delle norme pubblicistiche ed in particolare dei principi e criteri fissati dall'art. 97 della Costituzione.

Peraltro anche l'inciso, sentite le organizzazioni sindacali, contenuto nell'art. 3 comma 30 della legge finanziaria 2008 risulta in larga parte esplicitato a livello normativo proprio con riguardo all'art. 31 del Decr. leg.vo 165/2001 che così dispone "fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'art. 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428" come modificato dal Decr. leg.vo 2 febbraio 2001 n. 448.

Va infine rilevato che la disposizione dell'art. 3, comma 30 della legge 244/07 debba essere applicata anche a processi di riorganizzazione effettuati in precedenza, ma per i quali le scelte adottate non siano in linea con il principio della separazione delle risorse umane, finanziarie e patrimoniali e dei rispettivi bilanci fra ente costituente ed azienda speciale.

TAR Calabria - Sentenza 291 del 23 marzo 2010: Spetta alla stazione appaltante decidere se le risultanze contenute nel DURC, oggettivamente non controvertibili, siano idonee e sufficienti anche a giustificare un giudizio in termini di gravità di una violazione che sia emersa dal documento

In materia di DURC, il Collegio ha affermato che "... la valutazione circa l'esistenza di violazioni in materia contributiva e previdenziale costituisce oggetto di autonoma valutazione da parte della stazione appaltante, rispetto alla quale le risultanze del documento unico di regolarità contributiva si pongono come elementi indiziari, da cui non si può prescindere, ma che comunque non esauriscono l'ambito di accertamento circa la sussistenza di una violazione grave e definitivamente accertata (in termini Cons. St., III, 29 settembre 2009 n. 2345/09; VI, 4 agosto 2009 n. 4907; V, 23 marzo 2009 n. 1755; Tar Napoli, I, 11 gennaio 2010 n. 51; Tar Bari, I, 16 luglio 2008 n. 1755).

Il rapporto che sussiste tra documento unico di regolarità contributiva e valutazione finale circa il possesso del requisito generale di partecipazione in questione è, dunque, nel senso che la stazione appaltante è comunque vincolata alle risultanze del d.u.r.c., in ragione della sua natura di dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso (Cons. St., IV, 12 marzo 2009 n. 1458).

Tuttavia, una volta acquisito il documento unico di regolarità contributiva, spetta alla stazione appaltante decidere se le risultanze ivi contenute, oggettivamente non controvertibili, siano idonee e sufficienti anche a giustificare un giudizio in termini di gravità di una violazione che sia emersa dal d.u.r.c..

In altri termini, un conto è la regolarità contributiva formale rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale, un conto è la gravità di una violazione in materia contributiva e previdenziale ai fini dell'aggiudicazione di un contratto, che impone un' ulteriore deliberazione da parte della stazione appaltante, non poggiante solo su dati rigorosamente numerici, come invece, stabilisce il D.m. 24 ottobre 2007.

Spetta, dunque, alla stazione appaltante verificare che eventuali situazioni dall'INPS ritenute come condizioni di irregolarità contributiva, certamente rilevanti e costituenti un grave indizio, ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. i), codice appalti, possano, in concreto e al di fuori di ogni automatismo, giustificare l' estromissione dalla gara.

Può aggiungersi che se l'accertamento del requisito dell'art. 38 lett. i) fosse da rimettere agli Istituti previdenziali attraverso il rilascio del DURC secondo i parametri fissati dal Ministero del Lavoro, si darebbe luogo anche ad una disparità di trattamento e ad un' alterazione della concorrenza tra le imprese con sede in Italia e quelle degli altri Stati membri, non necessariamente dotate di documento equivalente al DURC (tanto che la norma reputa per esse sufficiente una dichiarazione giurata: vd. art. 38, ult. co.), e non si spiegherebbe conseguentemente il preciso richiamo che proprio la lett. i) dell'art. 38 contiene - in coerenza con la discrezionalità della valutazione della sussistenza del requisito - alla legislazione italiana o dello Stato in cui eventualmente i partecipanti sono stabiliti".

TAR Piemonte, Sentenza 26 marzo 2010 n. 1597 - È illegittimo l'affidamento a trattativa privata del servizio, per cui la relativa gara era stata annullata, sino all'aggiudicazione definitiva della nuova gara in via di attivazione

Ai sensi dell'art. 57 comma 2 lett. c), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 la procedura negoziata, senza pubblicazione di bando, può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria, ai fini dell'affidamento di un appalto con la pubblica amministrazione, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara

Da qui l'impossibilità per l'Amministrazione Comunale, di addurre l'annullamento dei precedenti atti di gara (circostanza per altro imputabile ad illegittimità riconducibili alla responsabilità dell'Ente), come valida causa dell'estrema urgenza di affidare direttamente l'appalto.

Consiglio di Stato sez. V: Sentenza 29 marzo 2010 n.1790 è legittima la revoca della concessione del servizio di illuminazione votiva da parte dell'Ente senza con la semplice deliberazione risolutoria

In materia di Servizi Pubblici, l'art. 113, comma 15-*bis*, t.u.e.l.267/2000 sancisce la scadenza al 31 dicembre 2006 di tutte le concessioni di servizi pubblici locali rilasciate con procedure diverse da quelle a pubblica evidenza e ciò per diretta volontà legislativa, senza necessità di alcuna deliberazione dell'ente affidante.

Inoltre, per costante giurisprudenza (cfr. C.S., sez. V, 5 dicembre 2008 n. 6049, pur contemplante un impianto preesistente al sorgere del rapporto concessorio tra privato ed ente pubblico, il che peraltro non modifica i sostanziali termini della questione), il comune che si avvalga dell'opera di un privato, per le attività connesse all'illuminazione votiva cimiteriale, pone di regola in essere una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica, poiché normalmente detto impianto costituisce un semplice strumento rispetto all'esigenza prioritaria di consentire il culto dei defunti, anche attraverso la gestione del servizio di illuminazione.

Per di più, il d.m. 31 dicembre 1983 classifica in modo esplicito, come servizio pubblico locale, l'illuminazione votiva nel proprio articolo unico, al punto 18, ultima parte, per cui correttamente l'ente locale aveva ritenuto la concessione in esame come sottoposta alla richiamata previsione normativa, contemplante la scadenza delle concessioni non affidate mediante gara, senza in alcun modo considerare le ragioni per le quali alla gara a suo tempo non si sarebbe fatto ricorso.

In tale condivisibile prospettiva una difforme interpretazione avrebbe vanificato l'efficacia della norma, in quanto, al di là dei casi, comunque residuali, di attribuzione illegittima, una concessione in passato attribuita senza pubblica gara, nella specie, sarebbe risultata tale nel rispetto delle norme allora vigenti, così rendendo all'epoca possibile l'impiego della trattativa privata.

Consiglio di Stato Sez. V, Sentenza n. 1513 del 16 marzo 2010 - Sulla portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara

La giurisprudenza ha più volte chiarito che il formalismo che connota le gare pubbliche risponde ad esigenze di celerità e di rispetto dei principi di imparzialità e di *par condicio* tra i concorrenti: solo in presenza di disposizioni ambigue, di non pacifica interpretazione è consentita un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione dei concorrenti o una regolarizzazione postuma di una documentazione mancante.

La portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto

della disciplina del procedimento. Da tale principio discende che, qualora il bando commini l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento e l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva o ancora sulla congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357).

Consiglio di Stato, Sez. V Sentenza n. 1500 del 15 marzo 2010 - Sul potere discrezionale della stazione appaltante in ordine alla valutazione dei precedenti professionali delle ditte concorrenti in una gara d'appalto

L'articolo 38, comma 1, lettera e) del decreto legislativo n. 163 del 2006, stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso un grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

La norma consente inoltre all'amministrazione di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti e quindi di tenere conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale nella esecuzione della fornitura.

Quindi l'omissione dell'informazione relativa alle precedenti esperienze professionali (esclusione da altra gara) diventa rilevante, ai fini della valutazione della legittimità dell'esclusione disposta dall'amministrazione, non solamente sotto il profilo della falsità oggettiva, ma anche sotto il profilo della scarsa affidabilità dell'impresa aggiudicataria.

Il potere di esclusione da parte dell'amministrazione dalla partecipazione alla procedura, cui consegue l'impossibilità di stipulazione del contratto, viene attribuito dalla stessa norma di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Di nessuna rilevanza è poi il fatto che la precedente esclusione sia stata contestata ed il relativo giudizio ancora pendente, in quanto la vicenda contenziosa non esclude il fatto dell'inadempimento, che andava dichiarato, in quanto la valutazione della sua rilevanza non può essere certo rimesso al giudizio del concorrente quando partecipa ad una nuova gara, bensì alla stazione appaltante che deve valutare l'affidabilità del concorrente cui affidare l'appalto.

TAR Puglia, Sentenza n. 891 dell'11 marzo 2010: E' legittima la scelta di una stazione appaltante di procedere ad un appalto unitario invece che a separati appalti contemporanei

Sulla base del quadro normativo nazionale e comunitario non esiste alcuna specifica disposizione che precluda la possibilità di cumulare in un'unica procedura di gara più interventi ancorché teoricamente scindibili.

Anzi è stato affermato che è logico e coerente con i principi di economicità e celerità dell'azione amministrativa che la stazione appaltante concentri in un unico procedimento di gara l'aggiudicazione di vari servizi caratterizzati da una reciproca connessione (cfr. Cons. Stato, sez. II, n. 2803 del 2007; sez. VI, 27 novembre 2006, n. 6908).

Né una diversa conclusione può desumersi dai principi generali in materia di tutela della concorrenza, atteso che l'innalzamento del valore o della complessità dell'appalto comporta inevitabilmente oneri partecipativi e concorrenziali maggiori rispetto a quelli delle gare di importo inferiore e, perché, comunque, l'utilizzo dello strumento dell'associazionismo temporaneo consente ad imprese non autonomamente qualificate di esplicitare le proprie potenzialità concorrenziali anche nell'alveo di procedure complesse (cfr. Cons. Stato, n. 6908 del 2006).

TAR Puglia - Sentenza n. 969 del 16 marzo 2010: Un soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara o di concorso non ha un interesse qualificato e differenziato ad impugnare gli atti della procedura

Costituisce diffuso e consolidato orientamento giurisprudenziale quello secondo il quale il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara o di concorso non ha un interesse qualificato e differenziato ad impugnare gli atti della procedura, quando l'interesse fatto valere dal ricorrente sia esattamente quello di potere prendere parte alla procedura malgrado il bando non lo consenta.

Cosicché, fermo l'onere di impugnare tempestivamente il bando nella parte lesiva, l'interesse così azionato deve essere comprovato dalla presentazione della domanda di partecipazione nel termine fissato dal bando.

Corte dei Conti Lombardia - Deliberazione n. 225/2010: temporanea sospensione delle procedure di gara in attesa della definizione degli ATEM

La Corte dei Conti si è espressa in relazione alla possibilità di proseguire la procedura di gara d'appalto per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, avviata in seguito alla scadenza del precedente contratto, o se al contrario si debba considerare legittima la tesi del blocco delle gare fino alla data di creazione degli ATEM (Ambiti Territoriali Minimi), da realizzarsi a cura del Governo entro la data del 31/12/2012.

La Corte anzitutto premette che la nuova veste dell'art.23 bis (l.133) costituisce il nucleo fondamentale di una disciplina omogenea per i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

E' tale il servizio pubblico che possa generare una potenziale redditività rispetto alle risorse imprenditoriali impiegate in un effettivo mercato di riferimento. La rilevanza economica di un servizio non può essere determinata aprioristicamente, ma solo in concreto, laddove il settore di attività sia economicamente competitivo per la capacità di generare utili e per la potenziale esplicazione dell'iniziativa economica privata nel gioco concorrenziale del mercato

L'art. 15 comma 1, lett. a) della legge 20 novembre 2009, n.166, delimita l'ambito applicativo dell'art. 23 bis, annoverando nel regime delle esclusioni settoriali, soggette alla disciplina speciale, il servizio di distribuzione del gas naturale, il servizio di distribuzione dell'energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario regionale ed, infine, la gestione delle farmacie comunali.

Ne consegue che per espressa disposizione di legge l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, non soggiace alla disciplina dell'art. 23 bis, né al suo regime transitorio modificato dall'art.15 della legge di conversione del D.L. 25 settembre 2009, n.135, bensì alle previgenti norme di settore individuate essenzialmente nel D. Lgs. 164/2000 e nell'art. 46 bis del D.L. n.159/2007 e loro successive modifiche ed integrazioni.

La disciplina degli affidamenti del servizio di distribuzione del gas naturale è contenuta negli artt. 14 e 15 del D. Lgs. 164/2000 (c.d. decreto Letta), i cui ambiti di applicazione si riferiscono tanto al sistema degli affidamenti a regime, quanto alla sorte di quelli in essere durante il periodo transitorio, analogamente alla tecnica legislativa introdotta dall'art. 23 bis della legge 6 agosto 2008, n. 133.

Il principio cardine è l'affidamento esclusivo del servizio mediante gara per periodi non superiori a 12 anni.

Sulla durata del periodo transitorio che interessa gli affidamenti in atto all'entrata in vigore del "decreto Letta" sono intervenute leggi-proroga, al fine di procrastinare i termini delle concessioni in essere.

Per il periodo transitorio, la scansione temporale, risulta:

-al 31 dicembre 2007, se il concessionario non possiede i requisiti previsti dall'art. 15, comma 7 del D. Lgs. 146/2000;

-al 31 dicembre 2009, se il concessionario possiede uno o più requisiti del citato decreto;

-al 31 dicembre 2010, a seguito di possibile proroga annuale disposta dall'ente locale per motivate ragioni di pubblico interesse;

-al 31 dicembre 2012, per gli affidamenti del servizio avvenuti mediante gara;

A tale scadenziario si aggiunga che l' art. 46 bis del citato D.L. 159/2007, nella sua ultima versione, ha stabilito una procedura concertata per la determinazione di ambiti minimi di utenza ed ambiti ottimali, alla cui individuazione è subordinato lo svolgimento delle gare di affidamento del servizio di distribuzione del gas.

Sul tema dei bacini di gara è intervenuto anche l'art. 23 bis della legge 6 agosto 2008, n.133, al fine di determinare nuovi meccanismi che favoriscano l' aggregazione degli operatori e il recupero d'efficienza del settore.

L'identificazione dell'ATEM su cui parametrare i criteri di gara per gli affidamenti del servizio gas, risulta funzionale a contenere il frazionamento gestionale che caratterizza l' attuale servizio su gran parte del territorio nazionale. Il dimensionamento degli ambiti territoriali sarà delineato in relazione al

dichiarato obiettivo di recuperare l'efficienza e di ridurre i costi mediante economie di scala e di diminuire i costi connessi alle gare.

Da ultimo, è intervenuto l'art. 15 della legge 20 novembre 2009, n.166 che ha previsto come data finale per la definizione degli ATEM il 31 dicembre 2012.

La competenza a determinare gli ATEM risiede in capo al Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le Regioni, sentite la Conferenza Unificata e l'Autorità indipendente per l'Energia Elettrica ed il Gas, tenendo conto delle interconnessioni degli impianti già funzionanti, delle peculiarità territoriali e del numero minimo dei punti di riconsegna agli utenti finali. Gli ATEM non possono essere inferiori al territorio comunale.

Inoltre, l'art. 46 bis della legge 222/2007, come modificato dall'art.2, comma 175, della legge n.244/2007, specifica che in conformità ad analogo procedura concertata, su proposta dell'Autorità per l'Energia elettrica e per il Gas, siano individuati gli ambiti tariffari secondo l'identificazione di bacini ottimali d'utenza, in base a criteri di efficienza e di riduzione dei costi, al fine d'incentivare le relative operazioni di aggregazione degli operatori del settore (comma 2).

Infine, la normativa sancisce l'obbligo di bandire la gara per ciascun bacino ottimale entro due anni dall'individuazione del relativo ambito territoriale, che deve avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto (comma 3).

Sul punto si evidenzia che anche la legge regionale della Lombardia n. 26/2003, promuove le azioni degli enti locali che affidano in forma associata il servizio, ovvero che procedono all'affidamento congiunto di più servizi al fine di raggiungere livelli ottimali nell'erogazione del servizio (art.9).

Le predette norme, pur riferendosi a criteri disomogenei (bacini ottimali, ambiti tariffari, ambiti territoriali minimali), devono essere globalmente interpretate nel senso che la realizzazione del nuovo sistema di affidamento presuppone l'adozione concreta degli ambiti e dei bacini, quanto meno con riferimento agli ambiti territoriali minimali. Argomentando a contrario, verrebbe frustrata la ratio legis tendente a favorire l'aggregazione degli operatori e l'omogeneità dei bandi di gara nell'ottica di ridurre i costi, anche amministrativi, per la gestione del servizio.

Ne consegue che la legislazione vigente non consentirebbe l'indizione di una gara autonoma a prescindere dalla definizione degli ATEM, poiché con tali parametri non esclusivamente geografici, bensì tecnici ed economici, si individuano anche i criteri su cui basare l'indizione delle gare per l'affidamento del servizio gas a cura dei comuni (individuazione di un bando-tipo).

La questione si pone in tutta la sua urgenza per le realtà territoriali nelle quali, scaduto il periodo transitorio secondo le scansioni testé indicate, si dovrà temporaneamente proseguire le gestioni di fatto alle condizioni del contratto in essere, fino al completamento della futura aggiudicazione del servizio, utilizzando laddove possibile la proroga annuale al 31.12.2010 per motivate ragioni di pubblico interesse.

Occorre tuttavia dare contezza dell'indirizzo interpretativo di segno contrario, proposto dal TAR Lombardia, sez. di Brescia, (sent. nn.266/2008 e 662/2008) secondo il quale l'esigenza di favorire la gestione del servizio pubblico in forma aggregata mal si concilia con l'attuazione coattiva del sistema delineato dalla legge, soprattutto in presenza di una progressiva dilatazione dei tempi di realizzazione degli ATEM, ovvero di un'inadempienza del legislatore nell'individuazione degli ambiti territoriali minimi a seguito della specificazione del bacino ottimale d'utenza, la quale si traduce in una sostanziale prorogatio sine die degli affidamenti diretti, con conseguente frustrazione dei dichiarati intenti di favore per la concorrenza. Ne scaturirebbe la possibilità per i comuni di avviare le procedure ad

evidenza pubblica in materia di distribuzione del gas naturale, soprattutto per gli affidamenti già conferiti in via diretta, proprio per non vanificare i principi comunitari di apertura al mercato e di promozione della competizione concorrenziale. E' da rimarcare che l' indirizzo giurisprudenziale, peraltro non ancora consolidato, è sostenuto da una razionale lettura delle norme orientata alla salvaguardia dei principi comunitari.

Sotto altro profilo, occorre però rimarcare che il legislatore ha recentemente posto un termine finale per la definizione degli ATEM al 31 dicembre 2012 (art. 15 della legge 20 novembre 2009, n.166), con ciò ponendo una data certa per l' introduzione del nuovo sistema di bandi-tipo.

Tale termine coincide con la scadenza degli affidamenti mediante gare avvenuti durante il periodo transitorio e conferisce un elemento di razionalità e di ragionevolezza all'attuale disciplina normativa. Inoltre, si osserva che il comune che non attende la definizione degli ATEM rientrerebbe nella scansione del periodo transitorio e potrebbe incorrere nel breve termine di cessazione dell'affidamento, pur effettuato con gara, entro il biennio dalla data attuale (31 dicembre 2012). Al riguardo, si osserva che l'esigua durata di tale affidamento autonomo, stante il predetto termine di cessazione fissato dalla legge per il periodo transitorio, renderebbe per il gestore subentrante e per l'ente locale concedente, l'esecuzione del servizio di scarsa utilità gestionale, anche in relazione al ben più lungo termine di durata (comunque non superiore a 12 anni) stabilito per gli affidamenti "a regime" effettuati con gara (art. 14, comma 1 ed art. 15 comma 6 del D. Lgs. 146/2000).

In sintesi, sulla questione residua un margine d'incertezza dovuto dalla stratificazione normativa, ma per le ragioni appena esposte, appare preferibile la tesi della temporanea sospensione delle procedure di gara in attesa della definizione quanto meno degli ATEM. La tesi opposta riprenderebbe il suo vigore qualora il legislatore si inducesse a procrastinare ancora la data di perfezionamento del nuovo modello di affidamenti, ovvero nell'ipotesi in cui, ad onta del termine di legge, la definizione degli ambiti territoriali non si fosse in concreto perfezionata.

Bergamo, 06 aprile 2010

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord