

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

27/2011

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

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

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3377 del 6 giugno 2011: sulla definizione della concessione di servizi. L'affidamento del servizio di tesoreria si sostanzia in una concessione di servizi assoggettato alla disciplina del Codice degli Appalti

Il 2° comma dell'art. 30 del D. Lgs n. 163/2006, nel definire la concessione di servizi, precisa che la stessa si caratterizza per il fatto che "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio", pur potendo, essere previsto anche un prezzo "qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare".

Le direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004 definiscono la concessione di servizi come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato (cfr. Sez. VI 15 maggio 2002, n. 2634).

Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione, quindi, il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi.

Così, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione.

Conclusivamente, l'affidamento del servizio di tesoreria si sostanzia in una concessione di servizi che, in linea di principio, resta assoggettato alla disciplina del Codice degli Appalti solo nei limiti specificati dall'art. 30.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3132 del 25 maggio 2011: E' legittima l'esclusione da una gara, del concorrente che abbia omissso di controfirmare il capitolato speciale in ogni sua pagina, come richiesto dal bando, pur avendo presentato una dichiarazione contenente l'accettazione dello stesso

Con la sentenza in epigrafe il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del Tar che aveva ritenuto la produzione del capitolato firmato in ogni pagina una inutile duplicazione dell'adempimento (soddisfatto) della dichiarazione di accettazione di tutte le norme contenute nel bando, nel disciplinare e nel capitolato;

Secondo il Consiglio di Stato, contrariamente a quanto sostenuto dal Tar, la dichiarazione di accettazione delle clausole è complementare e non sostitutiva della necessità di produrre il capitolato controfirmato in ogni pagina (documento richiesto a pena di esclusione dalla lettera di invito).

Infatti la previsione della necessaria presentazione del capitolato controfirmato in ogni pagina non costituisce mero aggravio formale, ma assume un contenuto sostanziale perché l'assolvimento di tale adempimento è finalizzato a garantire la stazione appaltante - con un vero e proprio atto negoziale - della piena accettazione di tutte le clausole.

Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3139 del 25 maggio 2011: non è sufficiente la semplice pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante di eventuali modifiche della disciplina di gara

Secondo il Consiglio di Stato, ogni rettifica del contenuto del bando di gara, dove tale concetto va esteso anche agli atti allegati, "è priva di efficacia nei confronti delle imprese partecipanti alla gara ove non sia portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando". Tale statuizione è espressione del principio di reciproca correttezza che deve improntare i rapporti tra stazione appaltante ed imprese partecipanti alla selezione, correttezza idonea a fondare l'affidamento del privato.

La possibilità che, conseguentemente, le modifiche alla disciplina di gara possano avere forme di pubblicità attenuata, sebbene non possa escludersi a priori, deve però essere guardata con disfavore e comunque giustificata da esigenze cogenti che siano idonee a giustificare, in astratto ma anche in concreto, i detti principi che improntano la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica.

Non è condivisibile l'ipotesi che la semplice divulgazione di una modifica del disciplinare sul sito internet della stazione appaltante possa costituire forma fattualmente e giuridicamente idonea di conoscenza. Infatti, nel caso specifico viene data prova che il meccanismo divulgativo predisposto si è dimostrato fallace, in quanto non idoneo a permettere l'effettiva conoscenza dell'intervenuta modificazione.

Tale modalità, in concreto, ha gravato le imprese partecipanti di un onere di diligenza ulteriore, del quale è arduo individuare la fonte normativa, potendosi richiedere alle imprese un onere collaborativo solo nei limiti degli strumenti di legge, salvo voler trasformare il bando di gara da strumento di autovincolo della stazione appaltante in semplice atto introduttivo di una procedura, che diventerebbe così suscettibile di ulteriori modifiche anche in assenza di ulteriore controllo.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3086 del 23 maggio 2011: la regola secondo cui la nomina della commissione di gara deve avere luogo dopo che è spirato il termine per la presentazione delle offerte, si applica anche alle di concessione di servizi

Se pure è vero che l'art. 30 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nell'individuare il regime giuridico delle assegnazioni delle concessioni di servizi, disegna un sistema particolare, rendendolo in gran parte libero e comunque avulso dalle disposizioni che regolano i contratti di appalto, lo stesso non si pone (né avrebbe potuto farlo) contro i principi generali che regolano i procedimenti di affidamento dei servizi pubblici, per cui sia che si tratti di appalto che di concessioni, i principi generali che regolano il modo di essere delle pubbliche amministrazioni sono i medesimi.

Ora, la regola per cui la nomina della commissione giudicatrice deve avere luogo dopo che è spirato il termine per la presentazione delle offerte tende (almeno astrattamente) ad evitare che vi possano essere, con la preventiva conoscenza dei nominativi dei commissari, inaccettabili contatti e collusioni dei candidati con gli stessi commissari, per cui la medesima regola assurge a preventiva salvaguardia della regolarità del procedimento e non può essere considerata come una privativa degli appalti, non essendovi alcuna differenza in ordine all'esame delle offerte con la concessione; anzi, la concessione di servizi, per la maggiore informalità del suo procedimento, presenta, se si vuole, aspetti ancora più evidenti di mancanza di garanzie procedurali.

Da ciò la considerazione per la quale il Collegio condivide il presupposto indicato dal Tribunale amministrativo regionale in ordine al fatto che, al di là di una specifica normativa che ricomprenda anche le concessioni di servizi nell'ambito della regolamentazione degli appalti, l'art. 30 del decreto legislativo n. 163 del 2006, pur derogando, relativamente alle concessioni di servizi, alle altre disposizioni del medesimo provvedimento, non tocchi di quel medesimo provvedimento quelli che possono individuarsi come principi generali di un giusto procedimento, e tra essi vi è, per le ragioni prima esplicitate, quello della nomina della commissione dopo che è scaduto il termine per la presentazione delle offerte.

Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2919 del 13 maggio 2011: all'appalto avente ad oggetto il servizio di pulizia si può applicare la disciplina dei settori speciali solo in presenza di determinati requisiti

La disciplina generale per gli appalti di servizi è contenuta nella parte II del d. lgs n. 163 del 2006, la cui parte III reca, invece, la disciplina per gli appalti nei settori speciali.

Ai sensi dell'art. 3, comma 10, del d. lgs n. 163 del 2006, "gli appalti pubblici di servizi sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II".

Ebbene, l'allegato II A, al n. 14, si riferisce ai "servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari".

L'articolo 31 del d. lgs n. 163 del 2006 dispone che "le disposizioni contenute nella parte II non si applicano ai contratti di cui alla parte III (settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica), che le stazioni appaltanti che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 208 a 214 aggiudicano per tali attività".

Parimenti, l'art. 217 del D. lgs 163 del 2006 chiarisce che la parte III "non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213".

Dal quadro normativo riportato emerge, quindi, che la disciplina speciale della parte III trova applicazione purché l'attività costituente oggetto dell'appalto da affidare sia riferibile al settore speciale di attività indicate agli artt. da 208 a 214 del D. lgs 163 del 2006.

Detto altrimenti, la pulizia rientra nella normativa dei settori speciali quando è funzionale a detta attività, il che si verifica qualora si tratti di proprietà immobiliari ed edifici che costituiscano parte integrante delle reti di produzione, distribuzione e trasporto indicate negli articoli 208 e ss. del d. lgs. n. 163 del 2006.

Il che pacificamente non è nel caso di specie, posto che il servizio di pulizia oggetto delle contestate procedure di affidamento riguarda gli edifici ove ha sede la società ricorrente, non già certo le reti utilizzate per l'esercizio dell'attività dalla stessa società svolta.

Sulla base delle esposte considerazioni deve ritenersi, quindi, che la stazione appaltante avrebbe dovuto attenersi alla disciplina generale prevista per gli appalti di servizi, non già, come invece illegittimamente verificatosi, a quella dettata dal D. Lgs. n. 163 del 2006 per gli appalti dei settori speciali.

TAR Puglia Lecce Sez. II, n. 919 del 24 maggio 2011: le dimissioni del revisore dei conti non sono irrevocabili

Non può trovare applicazione nei confronti dei componenti dell'organo di revisione del Comune la disposizione dettata dall'ordinamento giuridico per le dimissioni dei Consiglieri comunali (art. 38, comma 8, del d.lgs. n. 267/2000), a norma della quale le dimissioni "sono irrevocabili, non necessitano di presa d'atto e sono immediatamente efficaci".

Nell'ambito del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267) sono dedicati all'organo di revisione economico finanziaria gli artt. 234 e ss. L'art. 235 del d.lgs. n. 267/2000, rubricato "Durata dell'incarico e cause di cessazione", estende all'organo di revisione economico finanziaria le norme relative alla proroga degli organi amministrativi, di cui agli artt. 2, 3, comma 1, 4, comma 1, 5, comma 1, e 6 del decreto legge 16 maggio 1994 n. 293, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 1994 n. 444.

In particolare, in base al combinato disposto degli art. 3 e 4 del d.l. n. 293/1994, gli organi amministrativi scaduti e non sostituiti entro il termine di scadenza sono prorogati per non più di quarantacinque giorni.

L'art. 5, comma I, e l'art. 6 del d.l. n. 293/1994 stabiliscono rispettivamente l'efficacia immediata dell'atto di ricostituzione dell'organo scaduto e la decadenza degli organi non ricostituiti nel termine previsto, sancendo la nullità degli atti adottati dopo il periodo di proroga.

Le disposizioni normative sopra richiamate si ispirano al principio di continuità dell'azione amministrativa, avendo la funzione di assicurare che l'esercizio delle funzioni pubbliche da parte degli organi amministrativi si svolga senza soluzione di continuità.

Dalla semplice disamina delle predette disposizioni emerge con chiara evidenza che ai componenti dell'organo di revisione degli enti locali non si applica l'art. 38, comma 8, del d.lgs. n. 267/2000, che disciplina le dimissioni dei Consiglieri comunali, stabilendone la irrevocabilità e la immediata efficacia e

prescrivendo l'obbligo del Consiglio comunale di procedere alla surroga del Consigliere dimissionario nel termine perentorio di giorni dieci.

Tar Piemonte Sez. I, n. 563 del 27 maggio 2011: sul diritto del consigliere comunale di accedere alla registrazione sonora riguardante una delibera consiliare

Il Sindaco non può respingere l'istanza di accesso agli atti del Consigliere che richiede copia della registrazione sonora di un Consiglio Comunale con la motivazione che tali registrazioni possano essere assimilabili a semplici appunti, non ancora tradotti in atti, che il segretario utilizza per la formazione del verbale della seduta, con la conseguenza che la registrazione non può qualificarsi come documento amministrativo, ai sensi dell'art. 22, comma 2 della legge 241/90, dovendosi attribuire tale qualità solo al verbale della Seduta.

Secondo il Tar la registrazione sonora delle sedute consiliari è suscettibile di essere inclusa nella nozione di "documento amministrativo" rilevante, ai sensi dell'art. 22 comma 1 lettera d) della L. 241/90, ai fini dell'esercizio del diritto di accesso, dal momento che in tale nozione è espressamente ricompresa, tra l'altro, "ogni rappresentazione...elettromagnetica... del contenuto di atti...detenuti da una pubblica amministrazione".

Del resto, anche a prescindere dalla predetta considerazione, appare assorbente il rilievo che il ricorrente, in quanto consigliere comunale, ha un diritto di accesso più esteso e più tutelato di quello spettante alla generalità dei cittadini, posto che l'art. 43, comma 2, del t.u. n. 267/2000 prevede che "i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato".

Ciò significa che il diritto di accesso dei consiglieri comunali non è strettamente limitato agli atti qualificabili come "documento amministrativo" in senso stretto, ma si estende ad ogni ulteriore "notizia" o "informazione" in possesso degli uffici che possa essere di utilità all'espletamento del loro mandato, ciò anche al fine di permettere di valutare con piena cognizione la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del Consiglio e per promuovere, anche nell'ambito del Consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale.

È vero che la registrazione audio delle sedute consiliari non è richiesta dalla legge ma se di fatto gli uffici comunali vi provvedono non si vede per quale ragione le registrazioni non debbano essere messe a disposizione dei membri del consiglio; nè si può negare che i consiglieri comunali abbiano un apprezzabile interesse ad avere accesso alle registrazioni, se non altro per poter verificare la correttezza della verbalizzazione ufficiale, prima di approvarla; ma anche, e più in generale, per poter disporre nell'espletamento del proprio mandato di una documentazione più completa ed accurata.

Tar Toscana, Sez. I, n. 1041 del 13 giugno 2011: La progettazione di opere pubbliche può essere affidata ad una società in house della stazione appaltante

L'art. 90, comma 1, del d.lgs. 163/06 prevede che, se non affidate a professionisti (singoli, associati o riuniti in raggruppamenti temporanei, consorzi o società), le attività relative alla progettazione (preliminare, definitiva ed esecutiva) delle opere pubbliche e quelle relative alla direzione lavori, agli incarichi di supporto tecnico amministrativo al responsabile del procedimento e al dirigente competente per la formazione del programma triennale dei lavori pubblici devono essere espletate dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, oppure dagli uffici consortili di progettazione e direzione dei lavori o dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge.

Occorre verificare se l'art. 90 del d.lgs. 163/06 consenta lo svolgimento della progettazione mediante affidamento della stessa (unitariamente o meno alle altre attività necessarie all'esecuzione delle opere pubbliche) ad un soggetto sul quale la stazione appaltante esercita un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi.

Il comma 1, lett. a), della disposizione prevede che le attività in questione possono essere svolte all'interno della stazione appaltante, dagli uffici tecnici della stessa.

Nel concetto di stazione appaltante ritiene il Collegio che debba essere ricompresa anche l'eventuale società in house poiché quest'ultima non si configura quale soggetto esterno all'amministrazione medesima ma, analogamente ai suoi uffici interni, ne rappresenta una parte sostanzialmente integrante, se pure giuridicamente separata.

Le attività di progettazione che svolge la società in house rientrano quindi nell'ambito di previsione dell'art. 90, comma 1, lett. a), d.lgs. 163/06 perché l'ufficio tecnico della società in causa opera unicamente a favore dell'affidante e sotto il suo diretto controllo, e ciò esclude che nella fattispecie si sia realizzato un affidamento esterno da parte della stazione appaltante.

Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3357 del 6 giugno 2011: La violazione degli obblighi di pubblicazione e comunicazione dell'esito di gara non determina l'illegittimità delle pregresse fasi procedurali di scelta del contraente (contrati esclusi)

Secondo il Consiglio di Stato la violazione degli obblighi di pubblicazione e comunicazione dell'avviso circa il risultato della procedura di aggiudicazione - secondo quanto stabilito dall'art. 65 del d.lgs. n. 163

del 2006 - non determina l'illegittimità delle pregresse fasi procedurali di scelta del contraente e non coinvolge, quindi, le situazioni soggettive del ricorrente agli effetti di un diverso esito della gara, in base al principio che eventuali vizi della fase di comunicazione e di integrazione dell'efficacia del provvedimento non esplicano effetto invalidante del contenuto del provvedimento medesimo;

Analoghe conclusioni valgono quanto alla lamentata inosservanza del termine sospensivo di trenta giorni che deve intercorrere, ai sensi dell'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, fra la data di comunicazione dell'aggiudicazione ai controinteressati e la conclusione del contratto .

Quanto sopra in relazione ai contratti esclusi.

Si tratta, infatti, di prescrizione che investe - a conclusione della procedura di evidenza pubblica - la successiva e diversa fase di stipula del contratto, con la conseguenza che l'inosservanza del termine procedimentale ivi previsto non inficia gli atti pregressi di selezione del contraente e di affidamento del servizio.

Ciò in quanto, in materia di appalti esclusi, resta esclusa l'applicazione delle norme dettate dal codice degli appalti, salvo il rispetto, secondo quanto stabilito dall'art. 27 del d.lgs. n. 163/06, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità, nonché dell'obbligo di invito ad almeno cinque concorrenti. Pertanto, la procedura di affidamento non deve essere pedissequamente conformata alle fasi procedurali quali stabilite e cadenzate dall'art. 11 del medesimo decreto e, segnatamente, alla distinzione sul piano formale ivi prevista fra le fasi di aggiudicazione provvisoria e di aggiudicazione definitiva.

Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3508 dell'8 giugno 2011: procedimento amministrativo la violazione dell'art. 7, l. n. 241 del 1990 non produce *ex se* l'illegittimità del provvedimento terminale

Secondo il Consiglio di Stato la giurisprudenza ha sempre affermato che la violazione dell'art. 7, l. n. 241 del 1990 non produce *ex se* l'illegittimità del provvedimento terminale, dovendo la disposizione essere interpretata alla luce del successivo art. 21 octies, comma 2, che impone al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento, e quindi di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo.

Il privato pertanto non può limitarsi a dolersi della mera circostanza della mancata comunicazione di avvio, ma deve anche indicare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione.

Ne consegue che, ove il privato si limiti a contestare la mancata comunicazione di avvio, senza nemmeno allegare le circostanze che intendeva sottoporre all'amministrazione, il motivo con cui si lamenta la mancata comunicazione deve intendersi inammissibile per assoluta genericità .

Tar Lombardia-Milano, Sez. IV, n. 1407 del 7 giugno 2011: il provvedimento di annullamento in autotutela costituisce manifestazione della discrezionalità dell'Amministrazione, nel senso che essa non è obbligata a ritirare gli atti illegittimi o inopportuni in quanto tali, ma deve valutare, di volta in volta, se esista un interesse pubblico alla loro eliminazione

Nell'ordinamento vige "la regola secondo la quale il provvedimento di annullamento in autotutela costituisce manifestazione della discrezionalità dell'Amministrazione, nel senso che essa non è obbligata a ritirare gli atti illegittimi o inopportuni in quanto tali, ma deve valutare, di volta in volta, se esista un interesse pubblico alla loro eliminazione diverso dal semplice ristabilimento della legalità violata. Siffatto interesse pubblico non viene esplicitato a priori dalla norma, ma deve essere ricavato dalla stessa Amministrazione, caso per caso, attraverso un'attività di "comparazione tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità e gli interessi dei destinatari del provvedimento e dei controinteressati"; il tutto, tenendo nella debita considerazione anche la circostanza che il provvedimento da annullare possa avere prodotto effetti favorevoli, valutandone la rilevanza, e che sia trascorso un apprezzabile lasso di tempo (fattore di stabilizzazione) dal momento della sua emissione. Tali elementi, infatti, integrano la nozione di "stabilità della situazione venutasi a creare per effetto del provvedimento favorevole" e rappresentano, in quanto tali, un limite all'esercizio del potere di autoannullamento.

Pertanto, nella comparazione tra le esigenze sottese a un intempestivo e pregiudizievole annullamento in autotutela dell'atto e quelle sottese alla conservazione di quest'ultimo, l'Amministrazione, in forza del citato art. 21 nonies [della legge n. 241 del 1990], è tenuta a optare per la soluzione che meglio contempererà la necessità del ripristino della legittimità e la salvezza degli altri interessi concorrenti".

Bergamo, 20 giugno 2011

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord