

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

09/2012

AGLI ENTI ASSOCIATI

**INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI**

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

T.A.R. Lombardia Sez. I , n. 539 del 15 febbraio 2012: *Gara per la distribuzione del Gas. E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, c. 4, del d.lgs n. 93/2011, che inibisce di procedere a gara nel settore della distribuzione del gas, fino a che non siano divenuti operativi gli ambiti territoriali*

Il Tribunale Amministrativo della Lombardia si è espresso in relazione alla domanda di annullamento della procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas metano avviata da un Comune nel luglio 2011.

Secondo il ricorrente l'art. 24, comma 4, del d.lgl. 1 giugno 2011, n. 93 (Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE) inibirebbe di procedere a gara nel settore di specie, fino a che non siano divenuti operativi gli ambiti territoriali di cui all'art. 46 bis, comma 2, del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159 (Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale).

Secondo il TAR:

L'obbligo di affidare il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale mediante gara ed i termini entro cui tale attività va posta in essere, anche con riferimento alle concessioni in vigore e che abbiano valicato il cd. periodo transitorio di tolleranza, si rinviene a tutt'oggi negli artt. 14 e 15 del d.lgl. 23 maggio 2000, n. 164, come si deduce anche dall'art. 4, comma 34, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

I termini, peraltro sono stati prorogati per effetto dell'art. 23, commi 1 e 2, del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 non oltre il 31 dicembre 2010, data a partire dalla quale il servizio va nuovamente affidato mediante procedura ad evidenza pubblica .

In tale quadro normativo è sopraggiunto l'art. 46 bis del d.l. n. 159 del 2007, prevedendo che le gare possano svolgersi anche a livello sovra-comunale, con riguardo ad ambiti territoriali minimi riferiti a bacini ottimali di utenza, selezionati in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi (comma 2). Tale obiettivo presuppone un'attività normativa secondaria volta all'identificazione degli ambiti territoriali e dei criteri di gara (comma 1), alla quale il Governo avrebbe dovuto provvedere celermente, e non oltre un anno dall'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 159 del 2007, al fine di consentire l'espletamento della gara entro i due anni successivi all'individuazione dell'ambito territoriale (comma 3).

Tuttavia, tale normativa non ha inciso sulla potestà comunale di bandire la gara "individuale" nelle more dell'approvazione dei criteri richiesti: la giurisprudenza amministrativa ha infatti condivisibilmente affermato che la pendenza della procedura di realizzazione degli ambiti territoriali non avrebbe comportato la proroga delle concessioni cessate di efficacia, né impedito che esse fossero riassegnate isolatamente dal Comune interessato, una volta scadute (da ultimo, Tar Umbria, sez. I, sentenza n. 1 del 2011). Per di più, si è ritenuto che il ricorso all'ambito territoriale minimo sia per il singolo Comune meramente facoltativo, atteso che lo stesso art. 46 bis del d.l. n. 159 del 2007 aveva previsto "misure per l'incentivazione" delle operazioni di aggregazione tra amministrazioni comunali (in questo senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. V. sent. n. 2 del 2011).

Conclude il TAR, non definitivamente pronunciandosi sul ricorso in oggetto, dichiarando rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 4, del d.lg. 1 giugno 2011, n. 93, in riferimento all'art. 76 della Costituzione edispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

**Corte di Cassazione Sez. I n. 2320 del 17 febbraio 2012: La Tariffa di igiene ambientale ha natura tributaria ed il relativo credito deve essere ammesso al fallimento tra quelli privilegiati**

La Suprema Corte si è espressa, riconoscendo nel merito, al credito della ricorrente il privilegio di cui all'art. 2752 c.c., comma 3 che si applica ai soli crediti per tributi.

Secondo la Corte l'orientamento ormai largamente prevalente è nel senso che la T.I.A. continui a rivestire natura tributaria (cfr. S.U. n. 3151/2008; Sez. 5 n. 17526/2007; Sez. 1 n. 5297/2009), rientri cioè - analogamente ai contributi consortili o al canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue - nell'ambito di quelle entrate pubbliche, definibili tasse di scopo, che mirano a fronteggiare una spesa di carattere generale ripartendone l'onere sulle categorie sociali che da questa traggono vantaggio o che comunque determinano l'esigenza per la mano pubblica di provvedere. Elemento fondamentale di ricognizione di tale collocazione sistematica è rappresentato (alla luce dei principi indicati da Cass. S.U. nn. 123/07 e 8956/07) dall'esclusione di un rapporto sinallagmatico tra la prestazione dalla quale scaturisce l'onere suddetto ed il beneficio che il singolo ne riceve:

la T.I.A. non trova fondamento in alcun intervento o atto volontario del privato, essendo ad essa assoggettati tutti coloro che occupano o conducono immobili esistenti nelle zone del territorio comunale, a prescindere dal conferimento dei rifiuti al servizio pubblico;

Non è dato quindi individuare nella T.I.A. caratteri sostanziali di diversità rispetto alla tassa per lo smaltimento dei rifiuti urbani interni (originariamente prevista dall'art. 268 e ss. del citato T.U. n. 1175 del 1931, poi modificata dal D.P.R. n. 915 del 1982, e compiutamente riordinata dal D.Lgs. n. 507 del 1993), che pure è stata soppressa dalla stessa norma, il D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 49, (poi a sua volta sostituito dal D.Lgs. n. 152 del 2006), che ha istituito la Tariffa .

In tal senso, la T.I.A. è stata definita sia dalla Corte Costituzionale (ord. nn. 238/09 e 64/10) sia dalle Sezioni Unite di questa Corte (ord. n. 14903/10) una mera variante della T.A.R.S.U., della quale conserva la qualifica di tributo propria di quest'ultima;

**Consiglio di Stato Sez.V n. 641 del 7 febbraio 2012: I dipendenti di una azienda speciale, non sono pubblici dipendenti ai sensi dell'art. 1, c. 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, non essendo l'azienda una amministrazione pubblica**

L'azienda speciale del Comune rientra nella categoria degli enti pubblici economici (Cass., nn. 15661/06, 14101/06, 18015/02 e 10968/01), e "ai fini dell'applicazione della disciplina di cui al d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante norme generali in materia di rapporto di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, non rientrano nella nozione di amministrazione pubblica gli enti pubblici economici, non ricompresi nell'elencazione contenuta nell'art. 1, comma 2, del citato decreto (che si riferisce a "tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali") (v. sent. cit. ), cosicché le ricorrenti, in quanto dipendenti di una azienda speciale, non hanno lo status di pubblico dipendente ai sensi dell'art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, non essendo l'azienda speciale, ai sensi del successivo comma 2, una amministrazione pubblica".

**T.A.R. Toscana Sez. I n. 351 del 16 febbraio 2012: sulla non automaticità dell'anomalia dell'offerta per il solo fatto che il costo del lavoro sia inferiore a costo previsto dai contratti collettivi**

Sostituisce principio consolidato giurisprudenza quello secondo cui nelle gare per l'affidamento dei contratti pubblici un'offerta non può ritenersi senz'altro anomala ed essere assoggettata ad esclusione, per il solo fatto che il costo del lavoro è stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi. L'esclusione deve infatti essere comminata solo se la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (T.A.R. Piemonte I, 26 febbraio 2011 n. 214).

E' stato anche affermato che i dati risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono parametri assoluti e inderogabili ma, precipuamente nella sezione relativa alle ore medie annue non lavorate, sono indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta e pertanto suscettibili di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali svolte dall'offerente, la cui congruità deve essere

ragionevolmente valutata dalla stazione appaltante (T.A.R. Campania Napoli VIII, 2 luglio 2010 n. 16568).

**Consiglio di Stato , Sez. VI n. 636 del 7 febbraio 2012: l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti . E consentita una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo ma non sono giustificabili aggiustamenti dell'offerta**

Secondo la giurisprudenza di questo Consesso, fermo restando il principio che in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti, considerato che obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme: deve di conseguenza ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che per converso altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (nella specie, si era riconosciuto che il maggior importo di alcune voci del costo della manodopera rispetto a quello indicato dall'impresa potesse essere compensato dal maggior risparmio conseguito sul prezzo dei contratti di fornitura) [Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3146; Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2000 n. 2908].

Dalla citata giurisprudenza si desume che ciò che si può consentire è:

- a) o una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate;
- b) oppure un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.

La giurisprudenza ha infatti precisato che il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile (Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009 n. 1451).

Quello che non si può invece consentire è che in sede di giustificazioni vengano apoditticamente rimodulate le voci di costo senza alcuna motivazione, con un'operazione di finanza creativa priva di pezze d'appoggio, al solo scopo di "far quadrare i conti" ossia di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo.

**Consiglio di Stato , Sez. III n. 630 del 3 febbraio 2012: negli appalti misti, al fine di individuare la disciplina da applicare non viene in rilievo l'aspetto quantitativo delle prestazioni, ma il carattere accessorio o meno delle prestazioni**

Come ha avuto occasione di rilevare la giurisprudenza (cfr. Cons. St. V, 30 maggio 2007, n. 2765) negli appalti misti, al fine di individuare la disciplina da applicare non viene in rilievo l'aspetto quantitativo delle prestazioni, ma il carattere accessorio o meno delle prestazioni.

Pertanto nella fattispecie in esame la percentuale più elevata del costo dei lavori non vale a modificare l'oggetto dell'appalto, stante che nell'appalto in esame, destinato essenzialmente alla "fornitura di tutti i componenti...per il corretto e razionale funzionamento del blocco operatorio", come specificato nel capitolato, hanno un ruolo accessorio rispetto al valore delle forniture essendo strumentali alla installazione di quanto necessario per il funzionamento delle sale operatorie.

E' dunque del tutto ininfluyente sull'inquadramento dell'appalto come fornitura la circostanza che le percentuali di forniture e lavori siano diverse da quelle indicate in via presuntiva dalla stazione appaltante, né per tale ragione la offerta può ritenersi difforme dagli atti di gara.

**Consiglio di Stato, Sez. V n. 467 del 31 gennaio 2012: Le disposizioni dettate dal d.lgs. n.163/06 entrano a far parte della lex specialis della gara senza necessità che la cogenza delle prescrizioni venga prevista nel bando o nel disciplinare**

Il bando e il disciplinare di gara assolvono la funzione precipua di dettare il regolamento della gara e, in quanto "lex specialis" della procedura di selezione, impongono all'Amministrazione la stretta osservanza delle relative prescrizioni, poste, da un lato, a presidio dell'interesse specifico della stazione appaltante e, dall'altro, a tutela dell'interesse degli altri soggetti partecipanti alla gara alla correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione e al rispetto della "par condicio".

Di norma, quando la "lex specialis" della gara non riproduca una norma imperativa dell'ordinamento giuridico soccorre al riguardo il meccanismo di integrazione automatica, sicché, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli art. 1374 e 1339, c.c., si colmano in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato (Consiglio Stato, sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2959).

In particolare la funzione prevalente della normativa dettata in materia dal d. lgs. n. 163/2006 comporta che le relative disposizioni entrano a far parte della "lex specialis" della procedura di evidenza pubblica, senza necessità che la cogenza delle relative prescrizioni venga prevista nel bando o nel disciplinare.

Ne deriva l'automatica applicabilità dell'art. 41, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006, nel senso che il beneficio della possibilità di provare altrimenti detto requisito deve ritenersi operante indipendentemente da un'espressa previsione da parte della "lex specialis" di gara.

Né, nel particolare caso che occupa, potrebbe ostare a detta possibilità di integrazione della "lex specialis" la necessità del suo contemperamento con i principi del "favor participationis" e della necessaria chiarezza delle regole di gara, che si pongono a tutela dell'interesse pubblico alla massima concorrenzialità e di quello privato all'affidamento in base alle condizioni di partecipazione enunciate dalla stazione appaltante, atteso che il disposto di detto art. 41, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006 non è di carattere escludente, ma volto a favorire la massima partecipazione, senza violare la "par condicio".

**Consiglio di Stato, sez. V n. 537 del 2 febbraio 2012: La mancanza della componente femminile in seno alla commissione esaminatrice non vizia le operazioni concorsuali**

Secondo il Consiglio di Stato la mancanza della componente femminile in seno alla commissione esaminatrice di un concorso pubblico non esplica di per sé effetti vizianti delle operazioni concorsuali, rilevando la violazione dell'art. 9, comma 2 del d.P.R. n. 487 del 1994 solo in presenza di una condotta discriminatoria del collegio in danno dei concorrenti di sesso femminile.

Bergamo, 5 marzo 2012

Confederazione delle Province  
e dei Comuni del Nord