

# **RUBRICA DI AGGIORNAMENTO GIURISPRUDENZIALE**

**in tema di**

***“SERVIZI PUBBLICI LOCALI”***

***E***

***“APPALTI PUBBLICI”***

**N°1 – Gennaio 2011**

*p68353\_Allegato*

## **SERVIZIO DI RACCOLTA E SMALTIMENTO RIFIUTI URBANI**

**CORTE COSTITUZIONALE – Sentenza 22 dicembre 2010, n. 373**

**(Competenza dello Stato e delle Regioni in materia di gestione dei rifiuti)**

La citata sentenza della Corte Costituzionale ha precisato che in relazione alla normativa sulla gestione dei rifiuti sono attribuite alle Regioni alcune funzioni in materia di pianificazione (predisposizione di piani regionali dei rifiuti, di piani di bonifica di aree inquinate, individuazione, nell'ambito delle linee guida generali fissate dallo Stato, degli ambiti territoriali per la gestione dei rifiuti urbani, dei criteri per la determinazione dei siti idonei alla localizzazione degli impianti per lo smaltimento ed il recupero dei rifiuti).

Alla luce di tali considerazioni, i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 1, lettera f) - secondo periodo - della Legge della Regione Puglia n. 36 del 2010 – secondo periodo - dal momento che il *“legislatore regionale non poteva dunque disporre che l'esercizio delle funzioni pianificatorie della Regione potesse prescindere dalla previa adozione degli indirizzi di carattere generale che la legge statale ritiene invece essenziali”*.

I giudici della Corte Costituzionale hanno dichiarato, altresì, l'illegittimità dell'articolo 6, comma 4, della medesima legge della Regione Puglia. E' stato precisato, infatti, che *“la disposizione – nell'ammettere la deroga al principio della unicità della gestione integrata dei rifiuti – si pone in contrasto con l'articolo 200, comma primo, lettera a), del D. Lgs. n. 152 del 2006, secondo cui la gestione dei rifiuti urbani è organizzata, fra l'altro, sulla base del criterio della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti. Poiché anche la disposizione in esame, concernendo la disciplina dei rifiuti interviene nella materia della tutela dell'ambiente, essa invade un ambito di competenza riservato in via esclusiva al legislatore statale”*.

\*\*\*

**TAR SICILIA – Catania – , sez. III, 2 Novembre 2010, n. 4316**

**(Ordinanza di prosecuzione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti)**

La sentenza del TAR Sicilia affronta il tema dei contenuti di un'ordinanza emessa dal Sindaco ai sensi dell'articolo 38, comma 2, della Legge 8 giugno 1990, n. 142 con cui è stata disposta la prosecuzione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti. La sentenza, in particolare precisa che: *“Il sindaco*

*con ordinanza può assicurare la prosecuzione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti mediante l'affidamento di questo al precedente affidatario ma deve rivalutare il corrispettivo economico fissato con il precedente contratto. A tal proposito, viene rilevata l'illegittimità dell'ordinanza emessa dal sindaco – ai sensi sopra menzionato art. 38 – nella parte in cui mantiene il corrispettivo economico fissato con il precedente contratto, dovendo in ogni caso essere rispettata l'esigenza di arrecare il minor sacrificio possibile al privato destinatario dell'ordinanza e quindi non imporre corrispettivi raccordati a valori risalenti nel tempo e senza verifica della loro idoneità a remunerare con carattere di effettività il servizio reso.*

\*\*\*

**TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, sez. I, 11 Novembre 2010, n. 751**  
**(Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'appalto**  
**per i servizi di raccolta e trasporto rifiuti)**

I giudici amministrativi affrontano la tematica relativa all'applicabilità delle disposizioni di cui al d.p.c.m. n. 117/99 - richiamate dall'art. 85, comma 5, del D.Lgs. n. 163 del 2006 - alla gara avente ad oggetto l'affidamento di servizi di raccolta e trasporto rifiuti da raccolta differenziata sul territorio.

La citata disposizione, infatti, precisa quanto segue: *“Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente codice”.*

Al riguardo, la sentenza precisa che alle gare aventi ad oggetto “affidamento di servizi di raccolta e trasporto rifiuti da raccolta differenziata” non è applicabile la sopra menzionata disciplina in quanto il decreto è riferibile ai soli appalti di pulizia degli edifici ed il richiamo operato dal Codice dei Contratti Pubblici e finalizzato esclusivamente a fornire un indirizzo operativo in sede di disciplina dell'emanando regolamento, non già a generalizzarne l'ambito di efficacia.

## SERVIZI PUBBLICI IN GENERALE

**TAR Lombardia – Brescia – , sez. II, 17 Dicembre 2010, n. 4861**

**(Definizione dell'ambito di applicazione del comma 9 dell'art. 23-bis in tema di SSPL)**

La sentenza in esame offre un'importantissima analisi interpretativa in merito al comma 9 dell'articolo 23-bis della Legge n. 133 del 2008 (e successive modifiche) in tema di Servizi Pubblici Locali di Rilevanza Economica. Tale comma esclude la partecipazione alle gare delle *“società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare”*.

Nel caso di specie si contestava la legittimità della partecipazione alla gara di uno dei concorrenti perché già gestore di un pubblico servizio a favore di altri comuni in regime di proroga concessa nelle more dello svolgimento della procedura concorsuale.

Tuttavia, anche a seguito di opportune riflessioni, emerge come il TAR ha precisato che: *“l'espletamento del servizio in presenza di una proroga nelle more dello svolgimento della procedura concorsuale, non può quindi, precludere la partecipazione alla gara ai sensi del più volte citato art. 23 bis del D. L. 112/08”*. Il Collegio, precisa, altresì: *“ne discende che non è possibile, nella fattispecie, individuare una violazione dell'articolo 23 bis, comma 9, del D. L. 112/2008, trattandosi di proroga del servizio in capo al gestore uscente e più precisamente di proroga motivata dalla necessità di interrompere il servizio nelle more dell'espletamento della gara pubblica per l'individuazione del nuovo gestore”*. Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte dai giudici emerge come l'interpretazione si riferisca esclusivamente ai casi in cui il regime di proroga sia stato concesso nelle more dell'espletamento della gara pubblica. Conseguentemente, non è possibile estendere l'interpretazione ad ulteriori fattispecie.

A tal proposito, si rileva che sempre in tema di proroga e di possibile qualificazione della stessa in termini di *“affidamento diretto”*, si segnala la sentenza del **TAR Veneto, Venezia, sez. I, 09 luglio 2010, n. 2906**, nella quale si legge che *“è legittima l'ordinanza contingibile ed urgente assunta dal*

*Sindaco ai sensi dell'art. 50, del D. Lgs. n. 267 del 2000, al fine di assicurare comunque la continuità del servizio di gestione dei rifiuti urbani tenuto conto della qualità essenziale del servizio, non suscettibile di subire interruzioni, in tal caso l'avvenuto affidamento del servizio alla società per effetto di un provvedimento extra ordinem, assunto sulla base di presupposti di diritto del tutto diversi da quelli in base ai quali in via ordinaria si procede mediante proroga dell'affidamento in corso, non è assimilabile a tale ultima ipotesi e quindi non può costituire per la società istante impedimento per l'eventuale partecipazione ad altre gare".*

\*\*\*

**CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, 9 Novembre 2010, n. 7964**

**(Derogabilità del comma 9 dell'art. 23-bis in tema di SSPL da parte delle società quotate in borsa)**

Anche tale sentenza affronta alcune questioni connesse all'interpretazione del sopra citato comma 9 dell'articolo 23-bis, ed in particolare la precisazione secondo cui: *"Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati (...)".* A tale proposito, la sentenza precisa che la deroga introdotta a favore delle società quotate in borsa, non si applica alle società che sono controllate da una società quotata, in quanto il legislatore ha limitato la deroga alle sole società quotate senza nulla aggiungere in merito all'eventuale estensione di tale deroga anche ad altre società, controllate o comunque collegate alle prime. Tale scelta ha, infatti, il preciso scopo di inibire l'accesso al mercato a quelle imprese per le quali la quota di mercato detenuta non è stata il frutto di competizione paritaria con gli altri operatori economici ma è avvenuta in maniera anomala, senza il previo esperimento di una gara pubblica. Pertanto, la deroga al principio sopra enunciato soggiace ad un'interpretazione letterale e restrittiva della norma.

## APPALTI PUBBLICI

### **TAR Campania – Napoli – Sentenza 6 dicembre 2010, n. 26798**

#### **(Avvalimento a cascata)**

Con la sentenza in esame, i giudici amministrativi campani hanno dichiarato la legittimità del provvedimento di esclusione adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che, al fine di integrare il possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, ha fatto ricorso ad un soggetto che, a sua volta, ha fatto riferimento ad un altro. Nel caso di specie, l'azienda ausiliaria ha indicato i servizi svolti da un'altra società che, a sua volta, ha usufruito dei requisiti posseduti da un soggetto giuridicamente distinto, ma ad essa collegata da vincoli di gruppo societario. L'ordinamento prevede il collegamento societario quale presupposto per l'avvalimento, da parte di un concorrente, dei requisiti posseduti da un altro soggetto. In siffatta ipotesi, l'articolo 49 del D. Lgs. n. 163/2006 consente di provare la sussistenza di un vincolo giuridico mediante dichiarazione di appartenenza al gruppo societario, dispensando l'ausiliata dalla produzione di apposito contratto di avvalimento. Il collegamento societario non si cumula con l'avvalimento, ma ne rappresenta un possibile fattore, atto a dimostrare una comunanza di interessi tra i due soggetti ricorrenti al prestito dei requisiti.

\*\*\*

### **TAR Puglia – Lecce - Sentenza 13 dicembre 2010, n. 2826**

#### **(Revisione prezzi)**

La sentenza in questione si colloca nel solco delle precedenti pronunce giurisprudenziali con le quali è stato riconosciuto alle aziende di servizi operanti in base a contratti di durata il diritto alla revisione dei prezzi contrattuali. I giudici amministrativi riconoscono che tutti i contratti devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo; in particolare precisano che, con riferimento all'articolo 6 della Legge 24 dicembre 1993, n. 537 nel testo sostituito dall'articolo 44 della Legge 23 dicembre 1994, n. 724 (oggi trasfuso negli articoli 115 e 244 del Codice dei Contratti di cui al D. Lgs. n. 163/2006): “*si è in presenza di una norma imperativa, non suscettibile di essere derogabile parzialmente, atteso che la sua finalità primaria è quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non possano col tempo subire una diminuzione qualitative a causa della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte, con la conseguenza che una eventuale deroga a tale disciplina pattuita dalle parti contraenti deve considerarsi nulla*”. Viene altresì precisato che il sopra

menzionato articolo 115 detta una disciplina speciale, circa il riconoscimento della revisione dei prezzi nei contratti stipulati dalla p.a. che prevale su quella generale di cui all'articolo 1664 del codice civile. Tale disciplina ha natura imperativa e s'impone nelle pattuizioni private modificando ed integrando la volontà delle parti in contrasto con essa.