

CONVEGNO IGI

14 febbraio 2017

Relatore: **CLAUDIO RANGONE**

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

- I. DIVIETO DI VINCOLI AL SUBAPPALTO: AGGIORNAMENTO**
- II. AFFIDAMENTI IN HOUSE: ULTIME DECISIONI**
- III. INTERESSE TRANSFRONTALIERO CERTO: CRITERI VALUTATIVI E ANALISI DELLA CASISTICA CONCRETA**

I. DIVIETO DI VINCOLI AL SUBAPPALTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE

In materia di vincoli al subappalto, l'aggiornamento della giurisprudenza della Corte, rispetto a quanto evidenziato nel Convegno del 18 ottobre 2016, riguarda la sentenza Herman Reisen, C-292/15 del 27 ottobre 2016, confermativa delle Conclusioni dell'Avvocato Generale commentate nel Convegno citato.

Come si ricorderà, sulla base della costante giurisprudenza della Corte e in particolare delle sentenze Siemens Ag-Arge Telekom (C-314/01 del 2001) e, da ultimo, Wrocław (C-406/14) del 14 luglio 2016, la Corte ha sancito che "un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d'onere di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie".

L'affermazione soprarichiamata circa il divieto di porre limiti al subappalto si riferisce agli appalti banditi con la regola generale, cioè la D. 18, ed ora con l'art. 63, par. 2 della D.24, mentre, nel caso di appalti relativi a servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, vige la regola speciale di cui al Reg. n. 1370/2007.

La Corte nella sentenza Herman Reisen afferma che "nei limiti in cui sia l'articolo 4, paragrafo 7, di tale regolamento che l'articolo 25 della direttiva 2004/18 modificata contengono disposizioni relative al subappalto, occorre considerare che la prima disposizione reca una norma speciale rispetto a quella previste nella seconda disposizione e, in quanto *lex specialis*, prevale su queste ultime".

Con ciò stesso quindi la Corte riconferma il divieto di apporre limiti al subappalto al di fuori della "deroga limitata" del Reg. n° 1370/2007.

Questa sentenza rimette quindi in primo piano anche l'obbligo di disapplicare l'art. 105, 2° c. del Codice 50.

II. AGGIORNAMENTO SULL'IN-HOUSE

L'ultima decisione della Corte sull'in-house è datata 8 dicembre 2016 e riguarda un caso italiano: si tratta della causa C-553/15, Undis Servizi Srl contro Comune di Sulmona e nei confronti di Cogesa SpA.

I fatti sono così sintetizzati nel testo della sentenza:

"Il 30 settembre 2014, il Consiglio comunale del Comune di Sulmona affidava il servizio di gestione del ciclo integrato dei rifiuti urbani alla Cogesa, società a capitale interamente pubblico partecipata

da vari comuni della Regione Abruzzo, tra cui lo stesso comune di Sulmona, che deteneva circa il 16,6% di detto capitale.

Con l'autorizzazione ambientale integrata n. 9/11, la Regione Abruzzo imponeva alla Cogesa, conformemente ai principi di autosufficienza, prossimità e sussidiarietà, di trattare e smaltire i rifiuti urbani di taluni comuni di tale regione che non erano soci di detta società.

La Undis proponeva ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo lamentando la violazione dell'articolo 2 del decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 nonché degli articoli 43, 49 e 86 TFUE, ritenendo che i due requisiti prescritti per un affidamento «in house» dell'appalto di servizi in questione non fossero soddisfatti.

In particolare, la Undis affermava che non era soddisfatto il requisito che l'amministrazione aggiudicatrice esercitasse sull'ente affidatario, da essa giuridicamente distinto, un controllo analogo a quello esercitato su un proprio servizio. Infatti, il Comune di Sulmona sarebbe stato un azionista di minoranza della Cogesa e la convenzione tra vari Comuni poi divenuti soci datata 30 ottobre 2014 sarebbe stata conclusa successivamente alla delibera di affidamento dell'appalto di servizi oggetto del procedimento principale e lo statuto di tale società avrebbe conferito ai rispettivi organi sociali un potere autonomo, inconciliabile con la nozione di «controllo analogo». La Undis aggiungeva che non risultava soddisfatto neppure il requisito dello svolgimento dell'attività prevalente dell'ente affidatario con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che lo controllavano. Infatti, secondo la Undis, i bilanci di esercizio della Cogesa per gli anni dal 2011 al 2013 evidenziavano come l'attività di quest'ultima con gli enti territoriali soci rappresentasse soltanto il 50% della sua attività complessiva, nella quale doveva essere inclusa l'attività svolta da tale società a favore dei comuni non soci.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo respingeva il ricorso.

Vale la pena riportare le motivazioni in quanto difformi da quello che appare dalle questioni pregiudiziali poste Consiglio di Stato e antitetico alla decisione della Corte. Infatti, il Tar riteneva anzitutto che il requisito del controllo analogo fosse stato soddisfatto con la stipula della convenzione del 30 ottobre 2014. Dichiarava, poi, che era soddisfatto anche il requisito dello svolgimento dell'attività prevalente, giacché, non prendendo in considerazione l'attività svolta dalla Cogesa a favore dei comuni non soci, quella destinata ai comuni soci sarebbe stata superiore al 90% del fatturato di tale società; a sua volta, la percentuale restante poteva essere ricondotta a un'attività del tutto marginale.

Il Consiglio di Stato, adito in appello dalla Undis, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento all'attività imposta da un'amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci.

2) Se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo il requisito del cd. controllo analogo».

Sulle questioni pregiudiziali

Occorre constatare che i fatti oggetto del procedimento principale, si sono verificati prima della scadenza del termine di trasposizione da parte degli Stati membri della direttiva 2014/24. Ne consegue che le questioni pregiudiziali devono essere esaminate *ratione temporis* alla luce della sola direttiva 2004/18 come interpretata dalla giurisprudenza della Corte.

Inoltre, occorre rilevare che, nel caso di specie, il giudice del rinvio non indica minimamente se il valore dell'appalto oggetto del procedimento principale superi o meno la soglia di applicazione della direttiva 2004/18. Peraltro, l'ordinanza di rinvio non contiene neppure le informazioni necessarie per stabilire se si tratti di un appalto pubblico di servizi o di una concessione di servizi. Tuttavia, rileva la Corte, l'eccezione all'applicazione delle norme del diritto dell'Unione, ove siano soddisfatti i requisiti dell'affidamento «in house», è applicabile tanto nelle situazioni rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 quanto nelle situazioni escluse da tale ambito ma che presentino un interesse transfrontaliero certo.

Nel merito il ragionamento dei giudici appare lineare: infatti, si afferma che «la Corte ha giustificato il riconoscimento dell'eccezione relativa agli affidamenti detti «in house» con l'esistenza di un legame interno particolare, in un caso del genere, tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente affidatario, anche se quest'ultima entità è giuridicamente distinta dalla prima (v., in tal senso e da ultimo, sentenza dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punto 29). In casi siffatti, si può ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice ricorra, in realtà, ai propri strumenti e che l'ente affidatario faccia praticamente parte dei servizi interni della stessa amministrazione.

Tale eccezione richiede, oltre al fatto che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente affidatario un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi, che tale ente svolga l'attività prevalente a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o delle amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano.

Pertanto, è indispensabile che l'attività dell'ente affidatario sia rivolta principalmente all'ente o agli enti che lo controllano, mentre ogni altra attività può avere solo carattere marginale.

Il requisito che il soggetto di cui trattasi svolga l'attività prevalente con l'ente o con gli enti locali che lo controllano è finalizzato a garantire che la direttiva 2004/18 trovi applicazione anche nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese. Infatti, un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per il mero fatto che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente o dagli enti locali

che la controllano, se essa può svolgere ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori. Per contro, qualora le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente o agli enti locali in questione, appare giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 2004/18, i quali sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere.

Da tale giurisprudenza deriva che qualsiasi attività dell'ente affidatario che sia rivolta a persone diverse da quelle che lo controllano, ossia a persone che non hanno alcuna relazione di controllo con tale ente, quand'anche si trattasse di amministrazioni pubbliche, deve essere considerata come svolta a favore di terzi.

Di conseguenza, alla luce di tale giurisprudenza, nel procedimento principale, gli enti territoriali che non sono soci della Cogesa devono essere considerati terzi.

Pertanto, al fine di verificare se la Cogesa svolga la sua attività prevalente con gli enti che la controllano, l'attività che tale società dedica agli enti territoriali non soci deve essere considerata come svolta a favore di terzi".

Continua la Corte:

"Tale conclusione non può essere inficiata dalla circostanza, menzionata dal giudice del rinvio, secondo la quale l'attività della Cogesa svolta a favore degli enti territoriali non soci è imposta da un'amministrazione pubblica, anch'essa non socia di tale società. Infatti, sebbene abbia imposto siffatta attività alla Cogesa, dalle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio risulta che tale amministrazione pubblica non è socia di detta società e non esercita alcun controllo su di essa nel senso indicato dalla giurisprudenza della Corte relativa all'affidamento detto «in house». In assenza di un qualsiasi controllo da parte di tale amministrazione pubblica, l'attività che quest'ultima impone alla Cogesa deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi.

Alla luce delle considerazioni testé svolte, occorre rispondere alla prima questione sottoposta dichiarando che, nell'ambito dell'applicazione della giurisprudenza della Corte in materia di affidamenti diretti degli appalti pubblici detti «in house», al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per l'amministrazione aggiudicatrice, segnatamente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo. Tale ultima attività deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi.

Dalle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio risulta che la Cogesa ha già svolto attività per gli enti territoriali che la controllano prima della conclusione della convenzione del 30 ottobre 2014. Tali attività devono essere senz'altro prese in considerazione se perdurano al momento dell'attribuzione di un appalto pubblico. Inoltre, per valutare se sia soddisfatto il requisito dello svolgimento dell'attività prevalente, possono essere pertinenti anche le attività esaurite prima del 30 ottobre 2014. Infatti, le attività passate possono costituire un indice dell'importanza dell'attività

che la Cogesa intende svolgere per le amministrazioni territoriali sue socie una volta divenuto effettivo il controllo analogo.

Tutto ciò considerato, al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso, congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro stessi servizi, occorre tener conto di tutte le circostanze del caso di specie, tra le quali, all'occorrenza, l'attività che il medesimo ente affidatario abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto”.

Questa decisione della Corte va letta anche con riferimento al precedente diretto, che è costituito dalla Sentenza dell'8 maggio 2014, C-15/13, riguardante una controversia, da un lato, tra il Politecnico di Amburgo e l'HIS, società di diritto privato il cui capitale è totalmente pubblico e, dall'altro, dalla Datenlotsen Informationssysteme GmbH.

Tale decisione fa piazza pulita delle teorie, elaborate soprattutto dalla dottrina tedesca, del c.d. “in-house orizzontale”.

Guardiamo intanti i fatti come riassunti dalla Corte:

“L'università è un istituto pubblico d'istruzione superiore dello Stato federato della libera città anseatica di Amburgo. Essa costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18 e, di conseguenza, un'amministrazione aggiudicatrice. Ai fini dell'acquisizione di un sistema di gestione informatica per l'insegnamento superiore, l'università ha effettuato un esercizio di valutazione nell'ambito del quale ha confrontato i sistemi informatici della Datenlotsen Informationssysteme GmbH e della HIS. In seguito a tale esame, l'università ha optato per l'acquisizione del sistema proveniente da quest'ultima società e il 7 aprile 2011 ha concluso con la medesima un contratto d'appalto di forniture mediante affidamento diretto senza applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 2004/18. Il valore stimato di tale appalto ammontava a EUR 840 000.

La HIS è una società a responsabilità limitata di diritto privato, il cui capitale è detenuto per un terzo dalla Repubblica federale di Germania e per due terzi dai sedici Länder tedeschi, e la parte della Città di Amburgo corrisponde al 4,16% di tale capitale. Conformemente all'articolo 2 dello statuto di detta società, l'oggetto sociale di quest'ultima è di assistere gli istituti pubblici d'istruzione superiore e le amministrazioni competenti nell'adempimento, in modo razionale ed efficace, della propria funzione d'istruzione superiore. I sistemi informatici della HIS sono utilizzati in oltre 220 istituti pubblici e religiosi d'istruzione superiore in Germania.

Ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, dello statuto della HIS, il consiglio di sorveglianza di tale società è composto da dieci membri, di cui sette sono nominati su proposta della conferenza dei ministri dei Länder, due su proposta della conferenza dei rettori degli istituti d'istruzione superiore, che è un'associazione che riunisce le università e gli istituti d'istruzione superiore tedeschi pubblici o riconosciuti dallo Stato, e uno su proposta delle autorità federali. A norma dell'articolo 15,

paragrafo 1, del proprio statuto, la HIS dispone di un comitato consultivo (Kuratorium), di cui 19 dei 37 membri provengono dalla conferenza dei ministri dei Länder. Per quanto concerne il volume delle attività della HIS, il 5,14% del fatturato di tale società corrisponde ad attività svolte per conto di enti diversi dagli istituti pubblici d'istruzione superiore.

L'affidamento diretto dell'appalto da parte dell'università alla HIS, secondo dette parti contraenti, si giustifica considerando che, sebbene tra questi due enti non ci sia alcuna relazione di controllo, la condizione di «controllo analogo» enunciata dalla citata giurisprudenza della Corte è soddisfatta in quanto entrambi gli enti si trovano sotto il controllo della Città di Amburgo (c.d. in house orizzontale).

Al riguardo il ragionamento della Corte è sostanzialmente diverso e segue un filo logico lineare: “Nel procedimento principale è pacifico che non esiste alcuna relazione di controllo tra l'università, amministrazione aggiudicatrice, e la HIS, entità affidataria. Infatti, l'università non detiene alcuna partecipazione nel capitale di tale entità e non ha alcun rappresentante legale negli organi direttivi di quest'ultima. Di conseguenza, non sussiste il motivo che giustifica il riconoscimento dell'eccezione per quanto concerne gli affidamenti cosiddetti «in house», vale a dire l'esistenza di un legame interno particolare tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità affidataria”.

Di conseguenza, la Corte dichiara illegittimo l'affidamento in house che deve essere effettuato secondo le regole della D. 18 mediante procedura concorsuale.

IV. INTERESSE TRANSFRONTALIERO CERTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE: CRITERI DI INDIVIDUAZIONE E CASISTICA CONCRETA.

Il concetto di interesse transfrontaliero certo è di origine giurisprudenziale, elaborato dalla Corte per raccordare gli appalti sopra e sottosoglia dando concretezza ai principi dei Trattati mediante l'imposizione alla stazione appaltante di un obbligo di verifica preliminarmente all'avvio della procedura di gara, ovvero, in caso di giudizio, di accertamento a carico del giudice del rinvio.

Si tratta di una fase delicata di valutazione che la Corte ha portato all'attenzione generale con una vasta giurisprudenza consolidata che, soprattutto a partire dalla metà degli anni '90 attraverso una quindicina di decisioni principali, ha delineato una serie di criteri articolati che devono costituire il riferimento per la decisione dell'esistenza o meno dell'interesse transfrontaliero.

L'IGI si è già occupata di questo tema delicato nel Convegno del 25 febbraio 2015, cui si rimanda quanto all'analisi della genesi e del consolidarsi della giurisprudenza della Corte. In questa sede, si intende andare oltre nell'approfondire il tema dando conto, da un lato, degli sviluppi successivi in merito ai criteri di valutazione e 2) dall'altro, nell'approfondire la casistica concreta con

l'esposizione dei fatti di cui ai procedimenti in cui la Corte ha rilevato la sussistenza o meno dell'interesse transfrontaliero certo.

a) **Quanto ai criteri oggettivi atti ad individuarne l'esistenza**, il primo è quello del luogo dell'esecuzione: così si esprime la Corte nel caso ASM di Brescia, causa C-347/06, punti 58, 59 e 62, rilevando che l'interesse transfrontaliero certo risulta correlato alla vicinanza geografica ad altro Stato UE

Tuttavia, tale criterio non è esclusivo e va abbinato all'importanza economica dell'intervento (sentenza Belgacom NV, C-221/12, punto 29). Così la Corte specifica nella sentenza CONAME/Comune Cingia de' Botti, causa C-231/03 che a tal proposito "occorre tener conto del fatto che, in certi casi, le frontiere attraversano agglomerati che sono situati su territori di Stati differenti e che, in tali circostanze, anche contratti di valore limitato possono presentare un interesse transfrontaliero certo (punto 31)".

Inoltre, nella sentenza SECAP spa/Comune di Torino, causa C-147/06, del 15 maggio 2008, al punto 24, il criterio geografico e quello del valore sono abbinati anche a quello della tecnica dell'intervento.

A questi tre criteri "storici" ne va aggiunto un quarto, così enunciato nella sentenza sul rinvio pregiudiziale del TAR Piemonte, causa C-318/15, Tecnoedi Costruzioni Srl / Comune di Fossano: infatti, la Corte afferma che per individuare l'esistenza o meno dell'interesse transfrontaliero certo "si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie".

Sul punto, la Corte richiama la sentenza del 16 aprile 2015, *Entreprise Focused Solutions* (C-278/14, EU:C:2015:228, punto 20), che contiene questa stessa espressione riportata e già prevista nella sentenza Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzina" (C-113/13).

Concludendo sul punto, si può quindi dire che ad oggi 4 risultano i criteri oggettivi atti ad individuare l'esistenza dell'interesse transfrontaliero certo secondo la giurisprudenza della Corte.

b) Casistica concreta desumibile dalla giurisprudenza della Corte.

In via preliminare occorre chiarire che non sempre è possibile desumere dalle sentenze l'orientamento della Corte circa la sussistenza o meno dell'interesse transfrontaliero certo, dato che tale compito spetta al giudice del rinvio. Ciò premesso, si elencano i dati caratterizzanti l'appalto e gli orientamenti della Corte, se espressi, anche in casi non riguardanti in modo

specifico il tema dell'interesse transfrontaliero certo, seguendo l'ordine cronologico inverso di pubblicazione delle sentenze:

- 1) Tecnoedi Costruzioni Srl/Comune di Fossano, causa C-318/15 del 6 ottobre 2016 (Italia): gara aperta di lavori al prezzo più basso nel Comune di Fossano, provincia di Cuneo, per ampliamento e riqualificazione energetica di una scuola d'infanzia di importo a base d'asta di € 1.158.899,97.

La Corte esprime in modo chiaro un giudizio negativo circa l'esistenza dell'interesse transfrontaliero, affermando: "il giudice del rinvio sembra considerare, per quanto riguarda l'appalto in causa nel procedimento principale, che l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non possa essere esclusa, e che un indizio in tal senso sarebbe costituito dal fatto che Fossano è situato a meno di 200 chilometri dal confine tra la Francia e l'Italia e che tra gli offerenti ammessi a partecipare alla procedura figurano molte imprese italiane aventi sede in regioni ubicate a 600 o addirittura a 800 chilometri dal luogo di esecuzione dei lavori.

Occorre in proposito sottolineare che l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere ricavata in via ipotetica da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione. Più in particolare, il giudice del rinvio non può limitarsi a presentare alla Corte elementi che permettano di non escludere l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, ma, al contrario, deve fornire i dati idonei a dimostrarne l'esistenza.

Si deve constatare che, nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio non ha fornito alcun elemento tale da permettere alla Corte di disporre d'informazioni di questo tipo.

A tal riguardo, non sarebbe giustificato ritenere che un appalto di lavori come quello in causa nel procedimento principale, avente un importo che non raggiunge nemmeno il quarto della soglia prevista dalle norme del diritto dell'Unione ed il cui luogo di esecuzione è situato a 200 chilometri dal confine con un altro Stato membro, possa presentare un interesse transfrontaliero certo per il solo motivo che un determinato numero di offerte sono state presentate da imprese aventi sede nello Stato membro considerato ed ubicate a una distanza notevole dal luogo di esecuzione dei lavori di cui trattasi.

Infatti, tale elemento è del tutto insufficiente alla luce delle circostanze proprie della fattispecie oggetto del procedimento principale e, in ogni caso, non può essere il solo di cui si debba tener conto, dato che i potenziali offerenti provenienti da altri Stati membri sono soggetti a vincoli ed oneri supplementari connessi, in particolare, all'obbligo di adeguarsi al

quadro giuridico ed amministrativo dello Stato membro di esecuzione nonché ad esigenze linguistiche”.

- 2) SC Enterprise Focused Solutions Srl, causa C-278/14 del 16 aprile 2015 (Romania): gara online per la fornitura di sistemi e materiali informatici di importo pari a € 58.600,00, comprendendo, come unità centrale del sistema informatico, un processore che doveva corrispondere “almeno” a un processore «Intel Core i5 3,2 GHz o equivalente».

La Corte esprime una valutazione possibilista, affermando che:

“Nel caso di specie, va rilevato che, nonostante il valore esiguo dell’appalto e la mancanza di chiarimenti da parte del giudice del rinvio, l’appalto di cui trattasi nel procedimento principale potrebbe presentare un interesse transfrontaliero certo, alla luce degli elementi di fatto del procedimento principale, in particolare per via della circostanza che tale procedimento verte sulla fornitura di sistemi e di materiali informatici con un processore di riferimento recante un marchio internazionale”.

- 3) Serrantoni Srl/Comune di Milano, causa C-376/08 del 23 dicembre 2009: gara d’appalto di lavori per “interventi di emergenza e razionalizzazione nelle delegazioni anagrafiche”.

La Corte dichiara: “Si deve sottolineare, in limine, che, come risulta dal fascicolo presentato alla Corte, il valore dell’appalto oggetto della procedura di assegnazione controversa nella causa principale è nettamente inferiore alla soglia di cui all’art. 7, n. 1, lett. c), della direttiva 2004/18. Di conseguenza, tale appalto non rientra nella sfera di applicazione delle procedure previste da detta direttiva.

Tuttavia, va rilevato che il fatto che il valore di un appalto non raggiunga la soglia prevista dalle norme comunitarie non significa per questo che tale appalto esuli completamente dall’applicazione del diritto comunitario.

Tuttavia, in conformità alla giurisprudenza della Corte, l’applicazione delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato alle procedure di aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla soglia di applicazione delle disposizioni comunitarie presuppone che gli appalti in questione presentino un interesse transfrontaliero certo (sentenza SECAP e Santorso, cit., punto 21 e giurisprudenza ivi citata).

A tale riguardo, la Corte ha già sottolineato che compete al giudice del rinvio procedere ad una valutazione circostanziata di tutti gli elementi pertinenti relativi all’appalto di cui trattasi, al fine di verificare l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo.”

- 4) SECAP Spa/Comune di Torino, causa C.147/06 del 15 maggio 2008.

La SECAP ha partecipato ad una gara d’appalto a procedura aperta indetta dal Comune di Torino durante il mese di dicembre del 2002, relativa ad un appalto pubblico di lavori per un

importo stimato di EUR 4 699 999. Alla data della suddetta gara, la soglia di applicazione della direttiva 93/37 era fissata in EUR 6 242 028, in conformità all'art. 6, n. 1, lett. a), della direttiva medesima. La Santorso ha partecipato ad una gara d'appalto analoga, indetta nel corso del mese di settembre del 2004, per un importo stimato di EUR 5 172 579. A tale ultima data, la soglia di applicazione della direttiva 93/37 si collocava a EUR 5 923 624. Di conseguenza, in entrambi i casi, il valore stimato degli appalti in questione era inferiore alle rispettive soglie d'applicazione della direttiva 93/37.

I bandi con cui il Comune di Torino ha indetto le suddette gare d'appalto precisavano che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata in base al criterio del maggior ribasso, con verifica delle offerte anormalmente basse e senza esclusione automatica di queste ultime. Tali bandi si fondavano su una delibera della Giunta comunale la quale prevedeva che il criterio del maggior ribasso avrebbe comportato la verifica delle offerte anomale, conformemente alla direttiva 93/37, anche per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, disapplicando quindi l'art. 21, n. 1 bis, della legge n. 109/94 nella parte in cui prevede l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse”.

La Corte pare condividere tale impostazione quando afferma:

“l'applicazione della regola dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse agli appalti che presentano un interesse transfrontaliero certo potrebbe privare gli operatori economici degli altri Stati membri della possibilità di porre in essere una concorrenza più efficace nei confronti degli operatori situati nello Stato membro considerato e pregiudica così il loro accesso al mercato di tale Stato, ostacolando in tal modo l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, il che costituisce una restrizione di tali libertà”.

- 5) Commissione/Irlanda, causa C-507/03 del 13 novembre 2007, relativa ad un appalto di servizi affidato senza gara per l'attività di pagamento di prestazioni sociali alla AN POST (servizio postale irlandese). L'importo non è indicato, ma il contratto ha durata di 4 anni, prorogato di altri due. A seguito di una denuncia, la Commissione ha portato l'Irlanda in giudizio e la Corte non si sbilancia affermando: “.....spetta alla Commissione dimostrare che, ancorché l'appalto in esame sia riconducibile ai servizi di cui all'allegato I B della direttiva 92/50, detto appalto presentava, per un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice interessata, un interesse certo e che tale impresa, non avendo avuto accesso ad informazioni adeguate prima dell'aggiudicazione dell'appalto, non ha potuto essere in grado di manifestare il suo interesse per quest'ultimo”.

“Secondo una giurisprudenza costante, infatti, la Commissione deve fornire alla Corte tutti gli elementi necessari alla verifica dell'inadempimento, senza potersi fondare su alcuna

presunzione, nella fattispecie una presunzione secondo cui un appalto relativo a servizi di cui all'allegato I B della direttiva 92/50 presenterebbe necessariamente un interesse transfrontaliero certo”

- 6) CONAME/Comune di Cingia di Botti, causa C-231/03 del 21 luglio 2005, procedimento relativo all'affidamento del servizio per la gestione, distribuzione e manutenzione degli impianti di gas metano.

La Corte rileva che: “.....non risulta dal fascicolo che, a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato, si possa ragionevolmente sostenere che un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene il Comune di Cingia de' Botti non avrebbe interesse alla concessione controversa e che gli effetti sulle libertà fondamentali di cui trattasi dovrebbero quindi essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione di queste ultime.

In tale contesto, spetta al giudice del rinvio verificare se l'affidamento della concessione da parte del Comune di Cingia de' Botti alla Padania risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione”.

- 7) Ordinanza della Corte (seconda sezione) del 3 dicembre 2001, nella causa C-59/00, procedimento Bent Moustén Vestergaard contro Spøttrup Boligselskab avente ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario di una clausola che figura nelle condizioni generali del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori relativo alla costruzione di venti alloggi a Spøttrup (Danimarca) e che prevede l'impiego, per l'esecuzione del detto appalto, di finestre di una determinata marca, senza la dizione “o equivalente”.

La Corte ricorda: “Poiché l'importo globale dell'appalto ammontava a 9 643 000 DKK, vale a dire ad una somma inferiore al valore limite di euro 5 000 000 previsto dall'art. 6 della direttiva 93/37/CEE, lo Spøttrup Boligselskab non ha seguito la procedura prevista dalla detta direttiva. Per contro, le condizioni dell'appalto sono state inviate alle ditte di artigianato che le avevano richieste”.

La Corte conclude affermando che, per giurisprudenza consolidata, “nonostante il fatto che un appalto pubblico di lavori non superi il valore limite previsto, osta a che

un'amministrazione aggiudicatrice inserisca nel capitolato d'oneri relativo al detto appalto, una clausola che prescriva per l'esecuzione di tale appalto l'impiego di un prodotto di una determinata marca senza aggiungere la dizione " o equivalente".