

IL FORO AMMINISTRATIVO C.d.S.

ISSN 1722-2400

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. VI - Marzo 2007

3

DIRETTA DA

GIORGIO GIOVANNINI, ALBERTO ROMANO

Si segnalano all'attenzione del lettore

- C. cost. 12 marzo 2007 n. 77:** *che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, l. 1^a, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione* 753
- C. cost., 23 marzo 2007 n. 103 e 104:** *in materia di spoil system relativamente ad incarichi dirigenziali* 775, 785
- Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2007 n. 1281:** *che afferma l'applicabilità anche al processo amministrativo dell'art. 644 c.p.c., secondo cui il decreto di ingiunzione diventa inefficace qualora la notificazione dello stesso non sia eseguita nel termine di sessanta giorni dalla pronuncia* 872
- Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2007 n. 1380:** *che nega la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie riguardanti gli atti del procedimento per il rinnovo di una delle Camere, disattendendo anche la relativa eccezione di incostituzionalità* 875
- Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2007 n. 1382:** *che afferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla controversia concernente un provvedimento di decadenza dall'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica per mancato utilizzo del bene, stante la connotazione della materia quale pubblico servizio* 877
- Cons. St., sez. V, 6 marzo 2007 n. 1042:** *che rimette alla Corte di giustizia delle Comunità europee la questione se l'art. 1 della direttiva 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, osti a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto* 893
- Cons. St., sez. V, 14 marzo 2007 n. 1248:** *secondo cui spetta al giudice amministrativo la controversia volta a far dichiarare la responsabilità precontrattuale della p.a., in presenza di revoca legittima dell'aggiudicazione* 903
- Cons. St., sez. V, 19 marzo 2007 n. 1296:** *secondo cui esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia in ordine al provvedimento di approvazione del progetto di ristrutturazione di una rete idrica (localizzazione, modalità di realizzazione, ecc.), mentre sussiste la sua giurisdizione in ordine al provvedimento di indizione della gara per l'affidamento dei lavori connessi alla rete* 904
- Cons. St., sez. V, 19 marzo 2007 n. 1300:** *che, ai fini del riconoscimento del diritto al risarcimento danni conseguente ad un provvedimento illegittimo, ritiene operante il criterio dell'imputazione soggettiva della responsabilità del professionista di cui all'art. 2236 c.c.* 908
- Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2007 n. 1001:** *secondo cui le A¹, costituite o costituende, debbono obbligatoriamente dichiarare le quote di partecipazione prima dell'aggiudicazione* 971



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Utente: . LEGANCE-AVvocATI ASSOCIATI - www.iusexplorer.it - 19.03.2018

C. giust. CE — Sez. I — 18 gennaio 2007 (causa C-220/05) — Pres. P. Jann — Rel. E. Juhász - Avv. gen. J. Kokott — Commune de Roanne, in presenza della Société d'équipement du département de la Loire (SEDL) (*).

[8790/348] Unione europea - CE - Circolazione dei servizi - Appalti - Direttiva n. 93/37/CE - Nozioni di « appalti pubblici di lavori » e di « opere » - Normativa applicabile - Criterio della prevalenza.

[8790/348] Unione europea - CE - Circolazione dei servizi - Appalti - Direttiva n. 93/37/CE - Convenzione per la realizzazione di un'operazione di sistemazione urbanistica conclusa tra due amministrazioni aggiudicatrici - Nozioni di « appalti pubblici di lavori » - Cessione in proprietà delle opere realizzate all'amministrazione aggiudicatrice - Non rileva.

[8790/348] Unione europea - CE - Circolazione dei servizi - Appalti - Direttiva n. 93/37/CE - Convenzione per la realizzazione di un'operazione di sistemazione urbanistica conclusa tra due amministrazioni aggiudicatrici - Procedure comunitarie di aggiudicazione - Si applicano.

Qualora un contratto contenga elementi riguardanti diversi tipi di appalto pubblico la disciplina comunitaria da applicare si determina in base all'oggetto principale del contratto.

Una convenzione con cui un'amministrazione affida ad un'altra amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un'opera costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1 lett. a), n. 93/37/CE, indipendentemente dal fatto che sia previsto che la prima divenga proprietaria, in tutto o in parte, dell'opera realizzata.

Un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva n. 93/37/CE per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo status di amministrazione aggiudicatrice e che siano tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per eventuali appalti successivi.

[8790/348] Forme e limiti dell'affidamento di appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici.

SOMMARIO: 1. I caratteri generali. — 2. La convenzione urbanistica. — 3. (Segue): Le ragioni della qualificazione come appalto di lavori. — 4. Forme e limiti dell'affidamento tra amministrazioni aggiudicatrici. — 5. (Segue): Regole ed eccezioni.

1. *I caratteri generali.*

Le questioni affrontate dalla pronuncia in epigrafe riguardano la natura giuridica delle convenzioni urbanistiche e la loro assoggettabilità dalla disciplina in materia di appalti pubblici, nonché l'applicabilità delle procedure ad evidenza pubblica imposte dalla normativa comunitaria in caso di affidamento di un appalto fra due amministrazioni aggiudicatrici.

Nel 2002 la città francese di Roanne decideva di costruire nel quartiere della stazione un centro ricreativo comprendente un cinema multisala, locali commerciali, un parcheggio, vie d'accesso e spazi pubblici; in un momento successivo sarebbe stata valutata la costruzione di altri locali commerciali e di un albergo.

Per realizzare questa operazione, il comune si rivolgeva ad una società ad economia mista di risistemazione urbanistica, la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL), incaricandola di procedere ai necessari acquisti fondiari, di cercare finanziamenti, di effettuare studi di fattibilità, di organizzare

(*) Segue nota di L. GENINATTI SATÈ. Il testo della decisione è pubblicato in questa Rivista, 2007, 3.

un concorso di ingegneria, di far effettuare i lavori di costruzione e di assicurare il coordinamento dell'operazione.

Alcuni membri del consiglio comunale, tuttavia, ritenendo che l'operazione (qualificabile nei termini di una convenzione urbanistica) avrebbe dovuto essere previamente sottoposta a pubblicità, e l'affidamento preceduto da un bando di gara, hanno chiesto al Tribunal administratif di Lione di annullare la delibera del consiglio comunale che aveva conferito l'incarico alla SEDL.

Detto giudice ha interrogato in via pregiudiziale la Corte di giustizia sull'interpretazione della direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (direttiva del Consiglio 14 giugno 1993 n. 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come successivamente modificata), domandando, in particolare, se l'incarico della SEDL costituisse attribuzione di un appalto pubblico di lavori che dovesse costituire oggetto di un bando di gara in conformità alla direttiva stessa.

2. *La convenzione urbanistica.*

Secondo il comune di Roanne la convenzione non costituiva appalto pubblico di lavori in ragione del suo oggetto, ove la sistemazione urbanistica eccederebbe quello della realizzazione dei lavori. Nella normativa francese tali convenzioni riguarderebbero la realizzazione globale di un progetto urbanistico o di talune politiche urbanistiche in tutti i loro elementi, in particolare l'elaborazione del progetto, la gestione amministrativa e giuridica, l'acquisto dei terreni mediante espropriazione e l'attuazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti.

La medesima argomentazione, fondata sulla natura giuridica della convenzione urbanistica, è ripresa dalle osservazioni formulate dal governo polacco, il quale osservava che, in conformità alla convenzione, la SEDL si era impegnata a realizzare un progetto di investimento che implica diversi compiti, sottolineando inoltre che la società stessa non avrebbe assunto il ruolo dell'imprenditore chiamato a realizzare i lavori previsti dal contratto, ma s'impegnava esclusivamente a predisporre e gestire un appalto pubblico di lavori.

Ritenendo perciò che l'elemento più importante del contratto consistesse nell'appaltare opere e nel vigilare sulla loro realizzazione, il governo polacco sosteneva che la convenzione dovesse qualificarsi come « appalto pubblico di servizi » ai sensi dell'art. 1, direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE.

Argomentazione collaterale veniva introdotta dal Governo francese, il quale osservava, con stretto riguardo al caso specifico, e senza perciò addentrarsi nella natura giuridica della convenzione, che la parte del centro ricreativo relativa alla realizzazione dei lavori destinati ad essere venduti a terzi non costituiva un appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva poiché, proprio in ragione del fatto che tale parte era destinata a terzi, non si può ritenere che rispondesse alle esigenze del comune.

A favore, invece, della qualificazione della convenzione come appalto di lavori si esprimevano le osservazioni rese dai governi lituano e austriaco, adesivamente riprese dalla Commissione europea. In particolare, la Commissione ha affermato che, sebbene la convenzione includesse anche lo svolgimento di compiti qualificabili come prestazione di servizi, il suo oggetto principale era la realizzazione di un'opera che rispondesse alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1 lett. a) e c), direttiva.

3. (Segue): *Le ragioni della qualificazione come appalto di lavori.*

I caratteri della fattispecie sottoposta alla Corte incidono sulla configurazione di una convenzione urbanistica come appalto di lavori. L'atto negoziale stipulato dal comune presentava certamente natura mista, rispetto alla quale la realizzazione dei lavori era destinata ad ulteriore esternalizzazione da parte della società incaricata.

Sono queste peculiarità a giustificare la rilevanza della pronuncia della Corte, che si estende oltre l'ordinaria assoggettabilità alla disciplina degli appalti di una convenzione urbanistica in ragione della mera natura contrattuale di essa.

Nell'ordinamento giuridico italiano il riconosciuto carattere privatistico delle convenzioni sottoscritte dal comune e dai privati in un procedimento urbanistico (1) potrebbe indurre a ritenere pacifica la soggezione alla disciplina degli appalti ogni volta in cui sia l'amministrazione a dover selezionare la controparte contrattuale per la stipula della convenzione.

È noto che la complessità strutturale delle convenzioni, che può ostacolare la prefigurazione di modelli interamente riconducibili alla disciplina pubblicistica o privatistica (2), non esclude tuttavia la compresenza in concreto di un appalto per la realizzazione di opere e la prestazione di servizi.

L'attrazione delle convenzioni alla disciplina degli appalti di lavori richiama il criterio che impone di guardare all'« oggetto principale » della convenzione, determinabile, non in termini meramente quantitativi, ma secondo una valutazione di ordine teleologico, ossia avendo riguardo al risultato finale che in concreto l'amministrazione si era proposta di raggiungere con lo strumento della convenzione. Qualora un contratto contenga sia elementi di un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti altro tipo di appalto pubblico, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale direttiva comunitaria degli appalti pubblici debba in linea di principio essere applicata (3).

Nel caso in esame diversamente da quanto esposto dal governo polacco nelle sue osservazioni, l'impegno della SEDL non si limita all'amministrazione ed all'organizzazione dei lavori, ma si estende anche alla realizzazione dei lavori ivi previsti.

Per la qualità di imprenditore incaricato di un appalto pubblico di lavori la disciplina comunitaria non richiede in chi conclude un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice che lo stesso sia in grado di realizzare direttamente la prestazione pattuita (art. 1 lett. a), direttiva del Consiglio n. 93/37/CEE, cit.) (4), sicché per valutare se l'oggetto principale della convenzione sia l'esecuzione di un'opera non assume rilievo la circostanza che la SEDL abbia affidato i lavori a subappaltatori.

Risulta dall'art. 1 lett. c), direttiva del Consiglio n. 93/37/CEE, cit., che

(1) Cons. St., sez. IV, 28 luglio 2005 n. 4014; 28 luglio 2005 n. 4015; per un inquadramento generale, in dottrina, v. CANDIAN, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992.

(2) MANGANARO, *Nuove questioni sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche*, in *Urb. app.*, 2006; v. anche COSTANTINO, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995.

(3) V. C. giust. CE 19 aprile 1994 n. C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, punto 29.

(4) V., in tal senso, C. giust. CE 14 aprile 1994 n. C-389/92, *Ballast Nedam Groep*, punto 13, e 2 dicembre 1999 n. C-176/98, *Holst Italia*, punto 26.

un'opera pubblica deve essere valutata in relazione alla funzione economica o tecnica del risultato dei lavori effettuati (5), mentre secondo la Corte dalla disamina della convenzione si evidenzia che la realizzazione del centro ricreativo era destinata ad accogliere attività commerciali e servizi, sì da far ritenere che la convenzione adempisse una funzione economica.

Era infine pacifico che il comune di Roanne (6) avesse lo *status* di « amministrazione aggiudicatrice » (art. 1 lett. b), direttiva Consiglio n. 93/37/CEE, cit.), che la convenzione fosse un contratto redatto in forma scritta e a titolo oneroso, poiché contempla controprestazioni provenienti sia dal comune sia da terzi, ai quali si prevede di cedere alcuni lavori, sicché appare possibile per la Corte concludere che la convenzione debba essere qualificata come appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva.

4. *Forme e limiti dell'affidamento tra amministrazioni aggiudicatrici.*

La circostanza che la società affidataria fosse a propria volta qualificabile come amministrazione aggiudicatrice, pur non avendo assunto ruolo determinante ai fini dell'assoggettabilità della convenzione urbanistica alla disciplina degli appalti (avendo la Corte espressamente dichiarato « irrilevante » che la SEDL procedesse alla realizzazione delle opere mediante ulteriore affidamento a terzi secondo procedure di evidenza pubblica) diviene l'elemento caratterizzante della seconda questione pregiudiziale (7), con cui il giudice del rinvio

(5) V. C. giust. CE 27 ottobre 2005 n. C-187/04 e C-188/04, Commissione/Italia, punto 26.

(6) V., in tal senso: C. giust. CE 14 aprile 1994 n. C-389/92, cit., punto 13, e 2 dicembre 1999 n. C-176/98, cit., punto 26.

(7) Si tratta, in realtà, della terza questione, avendo il giudice francese formulato, dopo la prima, una seconda questione direttamente consequenziale, ossia quali modalità di determinazione del valore dell'appalto dovessero in concreto essere adottate, allo scopo di giudicare se sia raggiunta la soglia prevista dall'art. 6, direttiva.

Il giudice del rinvio dubita fra tre possibili basi di calcolo:

— secondo una prima possibilità, il valore dell'appalto dovrebbe essere determinato esclusivamente sul fondamento degli importi versati dall'amministrazione aggiudicatrice a corrispettivo delle opere che le saranno consegnate;

— secondo un diverso metodo, il valore dell'appalto sarebbe costituito dalla totalità degli importi versati dall'amministrazione aggiudicatrice, cioè il corrispettivo delle opere che le saranno consegnate nonché la partecipazione finanziaria versata per il complesso delle opere da realizzare;

— infine, in alternativa, la determinazione del valore dell'appalto dovrebbe prendere in considerazione il valore totale dei lavori, il che include gli importi versati dall'amministrazione aggiudicatrice nonché quelli ricevuti da terzi a corrispettivo delle opere realizzate per loro conto.

Posto che il dettato dell'art. 6, direttiva non stabilisce alcuna regola che limiti gli importi da prendere in considerazione per determinare il valore di un appalto a quelli che provengono dall'amministrazione aggiudicatrice, occorre riferirsi ad un'interpretazione sistematica che richiami il secondo e il decimo « considerando », ai sensi dei quali la direttiva mira a eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori, al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva.

Come precisato, in particolare, nel decimo « considerando », lo sviluppo di tale concorrenza richiede una pubblicità a livello comunitario dei bandi di gara che contenga sufficienti informazioni per permettere agli imprenditori della comunità europea di valutare

chiede, essenzialmente, se, nel concludere una convenzione come quella di cui trattasi nella causa principale, l'amministrazione aggiudicatrice sia dispensata dal ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche che hanno esse stesse la qualità di amministrazione aggiudicatrice (e che perciò saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti).

La questione involge il più ampio tema delle eccezioni che l'ordinamento comunitario ammette alla generale operatività delle regole di evidenza pubblica che presiedono all'affidamento degli appalti, e nel contempo si segnala perché affronta il tradizionale argomento della nozione di amministrazione aggiudicatrice non ai fini di estendere gli obblighi di evidenza pubblica ma, al contrario, con l'obiettivo di ridurli.

Il principio di diritto che va evidenziato è che le uniche deroghe consentite all'applicazione della direttiva sono quelle in essa espressamente menzionate (8); tale principio diviene poi criterio ermeneutico per affrontare l'asimmetria normativa in forza della quale la direttiva n. 93/37 non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6, direttiva n. 92/50, che esclude dal suo ambito di applicazione gli appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici (9).

Questa asimmetria, va notato per inciso, si riproduce ancor più vistosamente, almeno da un punto di vista sistematico, all'interno della direttiva n. 2004/18/CE e, nell'ordinamento giuridico italiano, nel d.lg. n. 163 del 2006: si ricorda infatti che se, da una parte, soltanto l'art. 5 comma 2 lett. g), d.lg. n. 157 del 1995 e l'art. 8 comma 2 lett. a), d.lg. n. 158 del 1995 (e non, invece, analoghe disposizioni contenute nella l. n. 109 del 1994 o nel d.lg. n. 358 del 1992) escludevano l'applicabilità delle disposizioni in materia di appalti allorché l'ente aggiudicatario fosse esso medesimo un'amministrazione aggiudicatrice « in base ad un diritto di esclusiva di cui benefici in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative » (10), purché conformi al trattato, ai sensi

se gli appalti proposti presentino per loro interesse; ne deriva che la soglia prevista dall'art. 6, direttiva serve a garantire che gli appalti pubblici che hanno un valore sufficientemente elevato da giustificare una partecipazione intracomunitaria siano portati a conoscenza dei potenziali offerenti. Per conseguenza, secondo la Corte, è a partire dal punto di vista dei potenziali offerenti che dev'essere calcolato se il valore di un appalto raggiunga la soglia fissata all'art. 6, direttiva, e, se il valore di un appalto è costituito dagli introiti provenienti sia dall'amministrazione aggiudicatrice sia da terzi, l'interesse del potenziale offerente in tale appalto si ricollega al valore globale di esso. Di qui la conclusione secondo cui per determinare il valore di un appalto ai fini dell'art. 6, direttiva n. 93/37, come modificata dalla direttiva n. 97/52, occorre prendere in considerazione il valore totale dell'appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l'insieme degli importi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi.

(8) V. C. giust. CE 18 novembre 1999 n. C-107/98, Teckal; 11 maggio 2006 n. C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 45.

(9) V. C. giust. CE, sent. n. C-107/98, cit., punto 44; sent. n. C-340/03, cit., punto 46.

(10) Per un'applicazione cfr. Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 1996 n. 147; in dottrina, v., in termini generali, BARBERIS, *La normativa comunitaria in materia di aggiudicazione di pubblici servizi. Ambito di applicazione oggettivo e procedure di scelta del contraente*, in *Riv.*

dell'attuale d.lg. n. 163 del 2006 è l'art. 19 comma 2, ad escludere l'applicabilità del codice dei contratti ai (soli) appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici.

La *variatio* sistematica si coglie nel fatto che, mentre prima dell'entrata in vigore del « Codice dei contratti pubblici » l'esclusione dell'evidenza pubblica era qualificabile come *regola* generale per gli appalti di servizi mentre non era prevista per le opere e le forniture, la struttura dell'art. 19, d.lg. n. 163 del 2006 suggerisce che, nell'ambito delle *eccezioni* all'applicabilità del codice (che si riferiscono a tutte le specie di contratti pubblici), va annoverata l'*eccezione parziale* degli appalti di servizi affidati ad un'amministrazione aggiudicatrice: incastro di deroghe reciproche, questo, che era stato meglio risolto dal legislatore comunitario laddove, nella direttiva n. 2004/18/CE, aveva specificamente apposto, all'art. 18, l'eccezione di inapplicabilità della direttiva agli appalti di servizi aggiudicati ad altra amministrazione aggiudicatrice (e così, analogamente, nell'art. 25, direttiva n. 2004/17/Ce).

5. (Segue): *Regole ed eccezioni.*

Perfettibilità sistematica a parte, risulta confermato, nel merito, che l'esclusione degli obblighi di evidenza pubblica agli appalti affidati ad altra amministrazione aggiudicatrice sulla base di un diritto esclusivo costituisce eccezione strettamente applicabile soltanto agli appalti di servizi (11), rimanendo perciò irrilevante la qualifica dell'ente aggiudicatario nel caso di opere o forniture; ne deriva che l'amministrazione aggiudicatrice non è esonerata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previsti dalla direttiva per il fatto che intende concludere l'appalto di cui trattasi con una seconda amministrazione aggiudicatrice (12).

A ben vedere, tuttavia, queste ultime affermazioni trovano altre e diverse ipotesi derogatorie, talune codificate e talune inespresse.

Quanto alle prime, la stessa Corte di giustizia, nella sentenza in commento, rileva che l'art. 11, direttiva n. 2004/18/CE prevede una deroga con riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici che acquistano in particolare lavori facendo

amm., 1995, 58; RANGONE, *La nuova disciplina degli appalti di servizi: dalla direttiva CEE n. 92/50 al d.lg. n. 157 del 1995*, in *Riv. trim. app.*, 1995.

(11) Simmetricamente, la Corte di giustizia aveva già affermato che « è legittimo fare ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione preliminare di un bando di gara solo nei casi tassativamente elencati all'art. 7 n. 3, direttiva n. 93/37, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori » (sent. 27 ottobre 2005 n. C-187/04): è infatti costante la giurisprudenza secondo cui le disposizioni di una direttiva che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti di lavori pubblici devono essere interpretate restrittivamente e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene (C. giust. CE 18 maggio 1995 n. C-57/94, Commissione/Italia, punto 23; 28 marzo 1996 n. C-318/94, Commissione/Germania, punto 13, e 13 gennaio 2005 n. C-84/03, Commissione/Spagna, punto 48).

(12) V. C. giust. CE, sent. n. C-107/98, Teckal, cit., punto 51; 7 dicembre 2000 n. C-94/99, ARGE, punto 40, nonché C. giust. CE 11 gennaio 2005 n. C-26/03, Stadt Halle, punto 47.

ricorso ad una centrale di committenza (disposizione non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in giudizio); analogamente, può ricordarsi che, con esclusivo riguardo all'attività di progettazione, l'art. 91 comma 7, d.lg. n. 163 del 2006 ammette l'affidamento diretto della progettazione e delle connesse attività tecnico-amministrative per lo svolgimento delle procedure per l'affidamento e la realizzazione dei lavori *nei settori speciali*, ma a condizione che il soggetto affidatario sia una società d'ingegneria (allo stato, è da ritenersi, ai sensi dell'art. 53, d.P.R. n. 554 del 1999) controllata e che almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata negli ultimi tre anni derivi dalla prestazione di servizi al soggetto che la controlla; ancora, sempre limitatamente all'attività di progettazione, l'art. 218 del « Codice dei contratti » legittima l'affidamento di servizi di progettazione e dell'appalto di costruzione — nuovamente — *nei settori speciali*, ma, anche in questo caso, soltanto a favore di un'impresa collegata (dovendosi rinvenire il criterio di collegamento nella sussistenza di un'influenza dominante) e a condizione che si riscontri la medesima dipendenza finanziaria appena descritta nei confronti del soggetto con cui essa è collegata.

Con riguardo alle seconde, è ancora la sentenza in commento a ricordare come, in conformità alla giurisprudenza della Corte, il ricorso alla gara risulti comunque non obbligatorio per appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo, nell'ipotesi in cui, al contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e il soggetto di cui trattasi svolga la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono: l'affidamento *in house* costituisce, dunque, ipotesi non codificata (e perciò di chiusura) che legittima eccezionali affidamenti diretti ad amministrazioni aggiudicatrici (13).

Nella fattispecie, peraltro, la circostanza che la SEDL fosse una società ad economia mista, al cui capitale partecipano fondi privati, esclude che si possa ritenere che il comune di Roanne eserciti su di essa un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi, e ciò ai sensi del rigido evolversi dell'orientamento giurisprudenziale (14) sulla base del quale la Corte ha statuito

(13) La dottrina sull'*in house providing* è cresciuta in termini esponenziali e non può perciò essere qui integralmente richiamata; limitandosi alle trattazioni di maggior approfondimento, si rinvia a GUZZO, *Servizi pubblici locali e affidamenti in house nella più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2006; ID., *La giurisprudenza comunitaria detta ai giudici nazionali e al legislatore le nuove regole in materia di affidamenti in house*, in *App. e contr.*, 2006; CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Padova, 2003; GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000.

(14) Lungo un processo che potrebbe definirsi di « destrutturazione » del modello classico dell'*in house providing*, la giurisprudenza è infatti giunta a ritenere, con riguardo, alla « dipendenza gestionale », che va escluso il « controllo analogo » qualora si sia in presenza di ampi poteri attribuiti al consiglio di amministrazione della società affidataria e manchino specifiche riserve a favore del comune affidante. Il controllo dell'ente pubblico non deve essere circoscritto all'esercizio dei semplici poteri riconosciuti dal diritto societario ai soci di maggioranza, ma devono rinvenirsi previsioni aggiuntive a beneficio dell'ente controllante che permettano allo stesso di operare un sindacato concreto sui poteri gestionali dell'organo amministrativo, sull'oggetto sociale e, più in generale, su tutto quanto previsto dallo statuto (C. giust. CE, sez. I, 13 ottobre 2005 n. C-458/03, Parking Brixen e, in parte, C. giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006 n. C-340/04, AGESP). Inoltre, la semplice presenza del capitale privato, seppur di minoranza, risulterebbe incompatibile con l'esercizio di « un

che qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente da quelli perseguiti da un'amministrazione pubblica (15).

Ne deriva (e questo può interpretarsi come un ulteriore arresto della Corte) che quanto statuito dalla Corte nella sentenza 11 gennaio 2005 n. C-26/03, Stadt Halle, con riferimento agli appalti pubblici di servizi, si applica anche agli appalti pubblici di lavori.

Merita rilevare, sull'argomento, la qualificazione data dalla Corte di giustizia alla peculiarità che distingueva il caso in esame, consistente nella circostanza (enfaticamente dal comune di Roanne e dai governi francese e polacco) che laddove l'amministrazione aggiudicatrice affidataria sia a propria volta tenuta a fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per ogni appalto susseguente, la *ratio* della direttiva sarebbe tuttavia salvaguardata.

La Corte ha adottato, sul punto, un'impostazione rigorosamente ancorata al dato testuale, riproponendo la dialettica regola-eccezione e ribadendo il principio giuridico della necessaria nominatività espressa delle deroghe: osserva infatti la Corte che la direttiva non contiene disposizioni che consentano di escludere la sua applicazione in caso di appalti pubblici di lavori affidati tra due amministrazioni aggiudicatrici, sicché non può diversamente concludersi nemmeno argomentando nel senso che la seconda amministrazione aggiudicatrice si veda obbligata a subappaltare il valore totale dell'appalto ad imprenditori successivi e, a questo scopo, a fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva.

D'altra parte, come notato (in termini più dogmatici e meno testuali) dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni (§ 72), qualora una seconda amministrazione aggiudicatrice ricorra a subappaltatori appare frequente il rischio che l'oggetto di ogni appalto successivo rappresenti soltanto una quota dell'appalto totale; ne può derivare che il valore degli appalti susseguenti aggiudicati da una seconda amministrazione aggiudicatrice sia inferiore a quello previsto all'art. 6 n. 1 lett. a), direttiva, giungendosi così, attraverso l'attuazione di una serie di appalti successivi, all'elusione dell'applicazione della direttiva, ciò che risulta espressamente vietato, in termini generali, dall'art. 9 comma 3, direttiva n. 2004/18/CE.

LUCA GENINATTI SATÈ

controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi » (TAR Lazio, Latina, 5 maggio 2006 n. 310; conformemente, C. giust. CE, sez. I, 11 gennaio 2005 n. C-26/03, Stadt Halle). Infine, il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440; conformemente, Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072). Con riferimento, invece, alla dipendenza finanziaria, si è affermato che l'eventuale svolgimento di un'attività *extra moenia* potrebbe essere considerata legittima solo a condizione che l'affidatario continui a svolgere la parte più importante della propria attività in favore dell'ente concedente. Inoltre, la condizione relativa allo « svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente controllante » è adeguatamente soddisfatta qualora l'attività svolta dall'impresa a favore della amministrazione aggiudicatrice sia fatturata non già all'ente concedente ma agli utenti in ragione di una specifica decisione assunta dall'ente locale controllante (C. giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006 n. C-340/04, AGESP).

(15) V. C. giust. CE, sent. n. C-26/03, Stadt Halle, cit., punti 49 e 50.