

RIVISTA GIURIDICA DELL' EDILIZIA

FONDATA DA
ALDO M. SANDULLI

DIRETTA DA
GIUSEPPE GUARINO - MARIA ALESSANDRA SANDULLI

COMITATO SCIENTIFICO
S. BELLOMIA - G. D'ANGELO
A. GUARINO - G. LOMBARDI - V. PARISIO - G. SANTANIELLO - V. SPAGNUOLO VIGORITA
M.R. SPASIANO - P. STELLA RICHTER - G. VASSALLI - P. VECCHI

Si segnalano all'attenzione del lettore

Corte costituzionale, 21 marzo 2007, n. 94, *che dichiara la illegittimità costituzionale della disposizione della legge finanziaria 2006 in tema di edilizia residenziale pubblica.*

Corte costituzionale, 27 aprile 2007, n. 144, *in tema di reati paesaggistici.*

Consiglio di Stato, 10 gennaio 2007, n. 41, *sugli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione del contratto.*

Consiglio di Stato, 5 aprile 2007, n. 1550, *in tema di d.i.a.*

Tribunale amm. reg. della Toscana, 12 ottobre 2006, n. 4274, *in tema di bonifica di siti contaminati.*



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

2) Per determinare il valore di un appalto ai fini dell'art. 6 della dir. 93/37, come modificata dalla dir. 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.

3) Un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla dir. 93/37, come modificata dalla dir. 97/52, 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 saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti.

Applicabilità della disciplina degli appalti pubblici di lavori alle convenzioni urbanistiche e limiti agli affidamenti fra Amministrazioni aggiudicatrici.

1. Con la pronuncia in epigrafe la Corte di Giustizia ha contribuito a chiarire due questioni: da un lato, la natura giuridica delle convenzioni urbanistiche e la loro assoggettabilità dalla disciplina in materia di appalti pubblici; dall'altro, l'applicabilità delle procedure ad evidenza pubblica imposte dalla normativa comunitaria in caso di affidamento di un appalto fra due Amministrazioni aggiudicatrici.

La fattispecie all'origine della pronuncia concerneva la realizzazione, da parte del Comune francese di Roanne, di un'operazione di riqualificazione urbanistica realizzata mediante stipula di una convenzione, dall'ampio contenuto, con una società ad economia mista, la *Société d'équipement du département de la Loire* (SEDL), incaricata di procedere ai necessari acquisti fondiari, di cercare finanziamenti, di effettuare studi di fattibilità, di organizzare un concorso di ingegneria, di far effettuare i lavori di costruzione e di assicurare il coordinamento dell'operazione.

Nel corso del giudizio avviato da alcuni membri del Consiglio comunale, inteso ad accertare se l'operazione avesse dovuto essere previamente sottoposta a pubblicità, e l'affidamento preceduto da un bando di gara, il giudice francese ha domandato in via pregiudiziale se una convenzione, con la quale una prima Amministrazione aggiudicatrice affidi ad una seconda Amministrazione aggiudicatrice la realizzazione, per fini di interesse generale, di un'operazione di sistemazione urbanistica, nell'ambito della quale tale seconda amministrazione aggiudicatrice rimetta alla prima opere destinate a soddisfare sue esigenze, e allo scadere della quale la prima Amministrazione aggiudicatrice diventi automaticamente proprietaria dei terreni e delle opere che non siano stati ceduti a terzi, costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 1 della direttiva.

2. Secondo il Comune di Roanne la convenzione non costituiva appalto pubblico di lavori in ragione del fatto che l'oggetto convenzione pubblica di sistemazione urbanistica eccederebbe quello della realizzazione dei lavori: ai sensi della normativa francese, infatti, simili convenzioni riguarderebbero la realizzazione globale di un progetto urbanistico o di talune politiche urbanistiche in tutti i loro elementi e, 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, veniva 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 con-

venzione dovesse qualificarsi come «*appalto pubblico di servizi*» ai sensi dell'art. 1 della dir. del Consiglio 18 giugno 1992, 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), della direttiva.

3. I caratteri della fattispecie sottoposta alla Corte incidono significativamente sulla questione della configurabilità di una convenzione urbanistica come appalto di lavori.

L'atto negoziale stipulato dal Comune, infatti, presentava certamente natura mista, rispetto alla quale, invero, la componente di 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, infatti, 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 (e ciò sebbene la complessità strutturale delle convenzioni, che probabilmente osta alla prefigurazione di modelli normativi astratti, interamente riconducibili alla disciplina pubblicistica o privatistica (2), non escluda, in concreto, ipotesi in cui la presenza di esecuzione di opere e prestazione di servizi renda incerto).

La posizione assunta dalla Corte di Giustizia nel caso di specie, tuttavia, si segnala perché appare suscettibile di applicarsi alle convenzioni urbanistiche come categoria giuridica generale, affievolendo il legame fra ragioni della decisione e peculiarità del caso concreto.

La Corte, infatti, ancora l'attrazione delle convenzioni nella disciplina degli appalti di lavori richiamando il criterio che impone di guardare all'«oggetto principale» della convenzione, determinabile, però, 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 allorché è ricorso allo strumento della convenzione.

Deriva, invero, dalla giurisprudenza della Corte che, qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti un altro tipo di appalto pubblico, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale direttiva comunitaria degli appalti pubblici debba in linea di essere applicata (3).

Con riferimento all'applicazione di tale giurisprudenza alla fattispecie, occorre sottolineare che, diversamente da quanto esposto dal governo polacco nelle sue osservazioni, ai sensi della convenzione, l'impegno della SEDL non si limita all'Amministrazione ed all'organizzazione dei lavori, ma si estende anche alla realizzazione dei lavori ivi previsti.

D'altra parte, secondo una giurisprudenza consolidata, l'art. 1, lett. a), della direttiva non richiede che il soggetto che conclude un contratto con un'Amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita, per-

(1) Cons. Stato, 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. sent. 19 aprile 1994 n. C-331/92, «*Gestión Hotelera Internacional*», punto 29.

ché il medesimo possa essere qualificato come imprenditore incaricato di un appalto pubblico di lavori (4).

Ne deriva che, per valutare se l'oggetto principale della convenzione sia l'esecuzione di un'opera, non assume rilievo la circostanza che la SEDL non eseguisse in proprio i lavori ma li affidasse a subappaltatori.

Risulta dall'art. 1, lett. c), della direttiva che l'esistenza di un'opera deve essere valutata in relazione alla funzione economica o tecnica del risultato dei lavori effettuati (5), mentre, secondo quanto risulta dalla disamina della convenzione effettuata dalla Corte, la realizzazione del centro ricreativo era destinata ad accogliere attività commerciali e servizi, sì da far ritenere che la convenzione adempisse una funzione economica.

Per quanto riguarda gli altri elementi rientranti nella definizione di «appalti pubblici di lavori», prevista all'art. 1, lett. a), della direttiva, la Corte ha facilmente osservato, in primo luogo, che era pacifico che il Comune di Roanne, essendo un ente locale, possedesse lo status di «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva e che esistesse un contratto redatto in forma scritta. È parimenti affermato come «pacifico» che la SEDL, in quanto operatore economico attivo sul mercato e che si impegna a realizzare i lavori previsti dalla convenzione, debba essere qualificata come imprenditore ai sensi della direttiva, mentre, come si è visto, è ritenuto irrilevante al riguardo che la SEDL si proponesse di ricorrere a subappaltatori per garantire la progettazione e l'esecuzione dei lavori (6).

In sintesi, dunque, secondo la Corte:

— sebbene il contratto con la SEDL contenesse un elemento che prevede la prestazione di servizi (ossia l'Amministrazione e l'organizzazione delle operazioni di lavoro), l'oggetto principale consisteva nella realizzazione del centro ricreativo, e dunque di un'opera ai sensi della direttiva; è irrilevante, invece, che la SEDL non eseguisse essa medesima i lavori, ma si proponesse di ricorrere a società subappaltatrici;

— risulta dalla convenzione che la realizzazione del centro ricreativo è destinata ad accogliere attività commerciali e servizi intesi a rivitalizzare un quartiere della città, sicché va ritenuto che essa adempia una funzione economica (conclusione non infirmata dal fatto che alcuni palazzi facenti parte dell'opera erano destinati ad essere venduti a terzi);

— il contratto è concluso a titolo oneroso, poiché contempla controprestazioni provenienti sia dal Comune sia da terzi, ai quali si prevede di cedere alcuni lavori.

Per il concorso di questi elementi, la Corte conclude che la convenzione debba essere qualificata come appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva.

4. La circostanza che, nel caso concreto, 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 chiede, essenzialmente, se, nel concludere una convenzione come quella di cui trattasi nella causa principale, l'Amministrazione aggiudicatrice

(4) V., in tal senso, sentt. 14 aprile 1994 n. C-389/92, «*Ballast Nedam Groep*», punto 13, e 2 dicembre 1999 n. C-176/98, «*HolstItalia*», punto 26.

(5) V. sent. 27 ottobre 2005 n.ri C-187/04 e C-188/04, «*Commissione/Italia*», punto 26.

(6) V., in tal senso, sent. 12 luglio 2001 n. C-399/98, «*Ordine degli Architetti e a.*», punto 90.

(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 della 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 conside-

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 Corte di Giustizia chiarisce, sul punto, 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 (8), 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 previste dalla direttiva per il fatto che intende concludere l'appalto di cui trattasi con una seconda Amministrazione aggiudicatrice (9).

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

Quanto alle prime, la stessa Corte di Giustizia, nella sentenza in commento, rileva che l'art. 11 della dir. 2004/18/CE prevede una deroga con riferimento alle Amministrazioni aggiudicatrici che acquistano in particolare lavori facendo 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, del d.-l. 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 del 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 con-

razione 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 della 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 se gli appalti proposti presentino per loro interesse; ne deriva che la soglia prevista dall'art. 6 della 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 della 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 della dir. 93/37, come modificata dalla dir. 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) 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 della dir. 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 (sent. 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).

(9) V. sent. n. Teckal, cit., punto 51; 7 dicembre 2000 n. C-94/99, «ARGE», punto 40, nonché 11 gennaio 2005 n. C-26/03, «StadtHalle», punto 47.

tratti» 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 (10).

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 (11) sulla base del quale la Corte ha statuito 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 (12).

Ne deriva (e questo può interpretarsi come un ulteriore arresto della Corte) che quanto statuito dalla Corte nella sent. 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 (enfaticizzata 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 aggiu-

(10) 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 del 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. pubb. com.*, 2000.

(11) 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 (Corte di Giustizia europea, Sez. I, 13 ottobre 2005 n. C-458/03, «*Parking Brixen*» e, in parte, Corte di Giustizia europea, 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 controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» (T.A.R. Lazio, Latina, 5 maggio 2006 n. 310; conformemente, Corte di Giustizia europea, 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. Stato, Sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440; conformemente, Cons. Stato, 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 (Corte di Giustizia europea, Sez. I, 11 maggio 2006 n. C-340/04, «*AGESP*»).

(12) V. sent. n. C-26/03, «*Stadt Halle*», cit., punti 49 e 50.

dicazione 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 (par. 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), della 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, c. 3, della dir. 2004/18/CE.

LUCA GENINATTI SATÈ

Decisioni della Corte costituzionale

CORTE COSTITUZIONALE, 11 maggio 2006, n. 165 — Pres. MARINI — Est. QUARANTA — Regioni Toscana, Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia.

Aree industriali - In genere - Distretti produttivi - Individuazione - Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle attività produttive, con il Ministro delle politiche agricole e forestali, con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e con il Ministro per l'innovazione e le tecnologie, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, sentite le Regioni interessate - Necessità - Art. 1, comma 366, della l. 23 dicembre 2005 n. 266 - Illegittimità costituzionale *in parte qua*.

Aree industriali - In genere - Distretti produttivi - Individuazione - Art. 1, comma 368, lett. b), n. 1, della l. 23 dicembre 2005 n. 266 - Modalità applicative della norma - Decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della funzione pubblica, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano - Necessità - Mancata previsione - Illegittimità costituzionale *in parte qua*.

Aree industriali - In genere - Distretti produttivi - Individuazione - Art. 1, comma 368, lett. b), n. 2, della l. 23 dicembre 2005 n. 266 - Modalità applicative della norma - Decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano - Necessità - Mancata previsione - Illegittimità costituzionale *in parte qua*.

Aree industriali - In genere - Distretti produttivi - Individuazione - Art. 1, comma 368, lett. d), n. 4, della l. 23 dicembre 2005 n. 266 - Agenzia per la diffusione delle tecnologie e per l'innovazione - Definizione delle attività con decreti di natura non regolamentare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, sentiti il Ministero dell'istruzione, dell'uni-