

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA  
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA  
(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)**

**Dicembre 2012**

**Unione europea, contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture**

**C. giust. UE, sez. III, 13 dicembre 2012 C-465/11, *Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o.***

*L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave in materia professionale, il quale conduce all'esclusione automatica dell'operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura in corso ed il valore dell'appalto pubblico precedente non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale.*

*I principi e le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non giustificano che, per la tutela dell'interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici, una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, imponga a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico in un'ipotesi come quella considerata dalla risposta alla prima questione pregiudiziale.*

**Breve nota**

La decisione in rassegna interpreta la causa di esclusione dell'errore grave in materia professionale. Si legge nella motivazione che la nozione di «errore grave» deve essere intesa nel senso che essa si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico in questione che denota un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua. Pertanto, qualsiasi esecuzione non corretta, imprecisa o carente di un contratto o di una parte dello stesso può eventualmente dimostrare una competenza professionale limitata dell'operatore economico in questione, ma non equivale automaticamente a un errore grave. Inoltre l'accertamento della sussistenza di un «errore grave» necessita, in linea di principio, lo svolgimento di una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento dell'operatore economico interessato.

Per l'effetto è stato ritenuto incompatibile con la direttiva 2004/18/CE il diritto polacco che stabilisce ex ante cosa si intende per errore grave prescindendo da ogni indagine sull'elemento soggettivo e che impone alle stazioni appaltanti una esclusione automatica quando ricorrono i presupposti legali.

Nell'ordinamento italiano la causa di esclusione per grave errore professionale o negligenza o malafede in pregressi appalti è prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006 e appare in linea con il diritto comunitario e le prescrizioni della sentenza in rassegna.

## **Unione europea, ambiente**

### **C. giust. UE, sez. I, 19 dicembre 2012 C.68/11, Commissione c. Italia**

*La Repubblica italiana, avendo omissso di provvedere, per gli anni 2006 e 2007, affinché le concentrazioni di PM10 nell'aria ambiente non superassero, nelle 55 zone e agglomerati italiani considerati nella diffida della Commissione europea del 2 febbraio 2009, i valori limite fissati all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 1999/30/CE del Consiglio, del 22 aprile 1999, concernente i valori limite di qualità dell'aria ambiente per il biossido di zolfo, il biossido di azoto, gli ossidi di azoto, le particelle e il piombo, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale disposizione.*

## **Unione europea, circolazione delle persone, cittadini di Stati terzi, asilo, immigrazione, Mostafa Abed El Karem El Kott e altri**

### **C. giust. UE, grande sezione, 19 dicembre 2012 C-364/11**

*L'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), secondo periodo, della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, deve essere interpretato nel senso che la cessazione della protezione o dell'assistenza da parte di un organo o di un'agenzia delle Nazioni Unite diversi dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (HCR) «per qualsiasi motivo» riguarda altresì la situazione di una persona che, dopo essere ricorsa effettivamente a tale protezione o assistenza, non vi è più ammessa per un motivo che esula dalla sua sfera di controllo e prescinde dalla sua volontà. Spetta alle autorità nazionali competenti dello Stato membro responsabile dell'esame della domanda di asilo presentata da un tale soggetto accertare, con una valutazione su base individuale della domanda, che quest'ultimo è stato obbligato a lasciare l'area di operazioni di detto organo o agenzia, il che si verifica qualora si sia trovato in uno stato personale di grave insicurezza e l'organo o l'agenzia di cui trattasi non sia stato in grado di garantirgli, in detta area, condizioni di vita conformi ai compiti spettanti a tale organo o agenzia.*

*L'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), secondo periodo, della direttiva 2004/83 deve essere interpretato nel senso che, ove le autorità competenti dello Stato membro responsabile dell'esame della domanda di asilo abbiano accertato che, per quanto riguarda il richiedente, ricorre il presupposto relativo alla cessazione della protezione o dell'assistenza dell'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nei paesi del Vicino Oriente (UNRWA), il fatto di essere ipso facto «ammesso ai benefici [di tale] direttiva» implica il riconoscimento, da parte di detto Stato membro, della qualifica di rifugiato ai sensi dell'articolo 2, lettera c), di detta direttiva e la concessione automatica dello status di rifugiato al richiedente, sempre che tuttavia a quest'ultimo non siano applicabili i paragrafi 1, lettera b), o 2 e 3 di tale articolo 12.*

## **Unione europea, contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture**

**C. giust. UE, grande sezione, 19 dicembre 2012 C-159/11, *Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce c. ASL Lecce e Università del Salento***

*Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.*

**Breve nota**

La decisione in rassegna si pronuncia su una questione pregiudiziale rimessa dal Consiglio di Stato e afferente al limite di applicabilità dell'art. 15, l. n. 241/1990, ossia degli accordi tra pubbliche amministrazioni, che abbiano ad oggetto servizi di ingegneria che in base alla direttiva 2004/18/CE vanno affidati con gara.

Il caso era quello di un accordo ex art. 15 l. n. 241/1990 stipulato tra la ASL di Lecce e l'Università del Salento, avente ad oggetto la verifica della idoneità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce, prestazione che la Università erogava verso corrispettivo.

Contro tale convenzione proponeva ricorso al giudice amministrativo l'Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce.

Il Consiglio di Stato rimetteva alla C. giust. UE la seguente questione pregiudiziale:

*“Se la [direttiva 2004/18], ed in particolare l'articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e d), l'articolo 2, l'articolo 28 e l'allegato II [A], categorie 8 e 12, ostino ad una disciplina nazionale che consente la stipulazione di accordi in forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere da eseguirsi alla luce delle normative nazionali in materia di sicurezza delle strutture ed in particolare degli edifici strategici, verso un corrispettivo non superiore ai costi sostenuti per l'esecuzione della prestazione, ove l'amministrazione esecutrice possa rivestire la qualità di operatore economico” (Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2011 n. 861).*

In motivazione la C. giust. UE richiama anzitutto la propria giurisprudenza sul caso CONISMA, secondo cui alle università pubbliche è in linea di principio consentito partecipare ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi. Tuttavia, gli Stati membri possono disciplinare le attività di tali soggetti e, in particolare, autorizzarli o non autorizzarli ad operare sul mercato, tenuto conto dei loro fini istituzionali e statutari. Comunque, se e nei limiti in cui i suddetti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, non può essere loro vietato di partecipare a una gara d'appalto avente ad oggetto i servizi in questione.

In secondo luogo osserva che attività quali quelle costituenti l'oggetto del contratto in esame, pur potendo rientrare – come menzionato dal giudice del rinvio – nel campo della ricerca scientifica, ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato.

In terzo luogo, la Corte osserva che, come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione «a titolo oneroso», un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto.

Secondo la Corte, salve le verifiche di competenza del giudice del rinvio, risulta che il contratto controverso presenta tutte le caratteristiche di un appalto pubblico.

La Corte sembra poi lasciare qualche spazio all'accertamento del caso concreto.

Osserva infatti che secondo il diritto comunitario due tipi di appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

Si tratta, in primo luogo, dei contratti di appalto stipulati da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, punto 50).

È comunque assodato che tale eccezione non è applicabile nel caso di specie, dal momento che l'ASL non esercita alcun controllo sull'Università.

In secondo luogo, si tratta dei contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi (v., in tal senso, sentenza del 9 giugno 2009, Commissione/Germania, C-480/06).

In tale ipotesi, le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili, a condizione che – inoltre – tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (v., in tal senso, sentenza Commissione/Germania, cit., punti 44 e 47).

È pur vero che, come rilevato dal giudice del rinvio, un contratto come quello controverso nel procedimento principale sembra soddisfare taluni dei criteri menzionati nei due precedenti punti, un contratto siffatto può tuttavia esulare dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici soltanto qualora soddisfi tutti i suddetti criteri.

Al riguardo, dalle indicazioni contenute nella decisione di rinvio sembra risultare, in primo luogo, che tale contratto presenti un insieme di aspetti materiali corrispondenti in misura estesa, se non preponderante, ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica. Di conseguenza, contrariamente a quanto la Corte ha potuto constatare al punto 37 della citata sentenza Commissione/Germania, la funzione di servizio pubblico costituente l'oggetto della cooperazione tra enti pubblici istituita da detto contratto non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune all'ASL e all'Università.

In secondo luogo, il contratto controverso nel procedimento principale potrebbe condurre a favorire imprese private qualora tra i collaboratori esterni altamente qualificati cui, in base a detto contratto, l'Università è autorizzata a ricorrere per la realizzazione di talune prestazioni, fossero inclusi dei prestatori privati.

Spetta tuttavia al giudice del rinvio provvedere a tutti gli accertamenti necessari a questo proposito.