

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

57/2009

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI INTERESSE PER GLI ENTI LOCALI

CORTE DI CASSAZIONE - sez. II sentenza del 27 ottobre 2009 - L'Ausiliario del traffico può sanzionare

Secondo la Corte di Cassazione gli ausiliari del traffico, se dipendenti degli Enti Locali, possono fare multe per divieto di sosta sull'intero territorio comunale.

La L. 15 maggio 1997, n. 127, art. 17, comma 132, ha attribuito ai Comuni la possibilità di conferire, con provvedimento del sindaco, funzioni di prevenzione ed accertamento delle infrazioni in materia di sosta ai dipendenti comunali od ai dipendenti delle società di gestione dei parcheggi, entro i confini delle aree oggetto di concessione. La stessa norma dispone che la procedura sanzionatoria e l'organizzazione del servizio sono di competenza degli uffici o comandi a ciò preposti e che i gestori possono esercitare tutte le azioni necessarie al recupero delle evasioni tariffarie e dei mancati pagamenti.

Ai sensi del successivo comma 133, le stesse funzioni sono conferite al personale ispettivo delle aziende esercenti il trasporto pubblico di persone, il quale può anche svolgere funzioni di prevenzione e accertamento in materia di circolazione e sosta sulle corsie di trasporto pubblico.

La L. 23 dicembre 1999, n. 488, art. 68, comma 1, ha successivamente chiarito che la L. n. 127 del 1997, art. 17, commi 132 e 133, "si interpretano nel senso che il conferimento delle funzioni di prevenzione e accertamento delle violazioni, ivi previste, comprende, ai sensi del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 12, comma 1, lett. e), e successive modificazioni, i poteri di contestazione immediata nonché di redazione e sottoscrizione del verbale di accertamento con l'efficacia di cui agli artt. 2699 e 2700 c.c." e che queste funzioni, "con gli effetti di cui all'art. 2700 c.c., sono svolte solo da personale nominativamente designato dal sindaco previo accertamento dell'assenza di precedenti o pendenze penali, nell'ambito delle categorie indicate dalla citata L. n. 127 del 1997, art. 17, commi 132 e 133", disponendo, altresì, che a detto personale "può essere conferita anche la competenza a disporre la rimozione dei veicoli, nei

casi previsti, rispettivamente, dal D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 158, lett. b) e c), e comma 2, lett. d)". Da detta normativa emerge che il legislatore ha inteso conferire agli ausiliari del traffico, ai fini di semplificazione dell'attività amministrativa, il potere di prevenire ed accertare infrazioni al codice della strada in alcune ipotesi tassative. Una prima ipotesi è costituita dalle infrazioni concernenti la sosta di autoveicoli nelle aree soggette a concessione di parcheggio, in ordine alla quale le funzioni di prevenzione ed accertamento possono essere svolte dagli stessi dipendenti della società concessionaria. Una seconda, concernente la sosta nell'ambito del territorio del Comune, nella quale le funzioni di prevenzione ed accertamento delle relative infrazioni sono attribuite ai dipendenti comunali. Una terza, si riferisce agli ispettori delle aziende di trasporto pubblico urbano, ai quali è conferito il controllo della sosta non solo sulle corsie riservate ai mezzi pubblici, ma anche nell'intero territorio comunale.

Ne consegue che la sentenza, avendo premesso che il verbalizzante era "un dipendente comunale con attribuzione di ausiliario del traffico", non poteva escludere la legittimità dell'accertamento da parte sua della violazione al divieto di sosta dei veicoli nella locale (omissis) da parte dell'opponente sul duplice rilievo che la via non era inclusa tra le "Zone individuate da dare in gestione a parcheggio" nel capitolato apposito redatto dal Comune e che tale capitolato costituiva parte integrante del contratto di appalto per la gestione dei parcheggi, non trovando l'esercizio da parte degli ausiliari dipendenti comunali delle funzioni di prevenzioni ed accertamento delle infrazioni in materia di sosta nell'ambito del territorio del Comune il limite della soggezione delle aree a concessione di parcheggio, che caratterizza invece il corrispondente potere dei dipendenti della società o delle società concessionarie.

CONSIGLIO DI STATO, ordinanza 26 ottobre 2009 n. 5324, in materia di rielezione dei revisori dei conti

Secondo il Consiglio di Stato la terza rielezione dei revisori è esclusa solo qualora questa sia consecutiva.

Il comma 1 dell'art. 235 del TUEL, prevede che i revisori dei conti sono rieleggibili per una sola volta.

Ciò porterebbe ad escludere una terza rielezione solo qualora questa sia consecutiva, in quanto il divieto scatta solo a seguito di due elezioni consecutive, posto che la rielezione è tale solo se segue una precedente elezione senza soluzione di continuità, traducendosi altrimenti la disposizione in un irrazionale ed ingiustificato divieto di elezione a vita per chi, come nella specie, ha ricoperto l'incarico in un ente per due trienni nell'arco della propria attività professionale.

T.A.R. PUGLIA SEZ. I Ordinanza n. 792 del 21 ottobre 2009 - Presenza di assessori di entrambi i sessi ove ciò sia previsto dallo Statuto

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia con la sentenza in epigrafe ha ordinato al Sindaco di un Comune di procedere all'integrazione della Giunta comunale attraverso la nomina di Assessori di entrambi i sessi in aderenza a quanto previsto dallo Statuto dell'Ente.

Lo Statuto infatti prevedeva che "...il viceSindaco e gli assessori sono nominati dal Sindaco fra i Consiglieri comunali e fra i cittadini non facenti parte del Consiglio, in possesso dei requisiti di candidabilità, compatibilità ed eleggibilità alla carica di Consigliere, assicurando condizioni di pari opportunità fra uomini e donne con la presenza di entrambi i sessi nella composizione della Giunta".

Secondo il TAR dunque la norma dello Statuto è evidentemente caratterizzata dalla natura precettiva e non programmatica, inoltre la disposizione statutaria impone l'obbligo di assicurare la presenza in Giunta di Assessori di entrambi i sessi, non essendo assolutamente sufficiente un semplice "sforzo" teso a raggiungere un simile risultato.

Si tratta, secondo il TAR, di una tipica obbligazione "di risultato" e non "di diligenza" che viene ad integrare un vincolo alla scelta degli assessori e che non può essere derogata dagli accordi politici.

Inoltre, sostiene il TAR l'applicazione della previsione statutaria non trova ostacolo nel fatto che le donne presenti in Consiglio comunale abbiano declinato l'offerta di entrare a far parte della Giunta comunale.

T.A.R. PUGLIA, sez. III - Sentenza n. 2430 del 14 ottobre 2009 - in materia di diritto di accesso agli atti interni, purchè non si tratti di note appunti et similia

Secondo il TAR l'accesso agli atti interni dell'Amministrazione è possibile poiché non può dubitarsi che l'accesso debba essere consentito sempre che gli atti oggetto dell'accesso incidano in modo diretto sugli interessi del richiedente, il quale deve poter essere messo in grado di verificare la corretta ponderazione degli interessi coinvolti e l'esatta elaborazione dei dati decisionali assunti dall'Amministrazione.

Tuttavia, secondo il TAR è legittimo il diniego dell'accesso agli atti ove la richiesta di accesso sia diretta a conoscere il contenuto di appunti, note, promemoria et similia, in quanto tali destinati a rimanere nella sfera interna e privata dell'autorità procedente.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V sentenza n. 7054 del 12 novembre 2009 in materia di avvalimento da parte di un raggruppamento di professionisti

Il nodo centrale della vicenda contenziosa risiede nella affermazione di parte ricorrente che alcune società facenti parte dei raggruppamenti mancherebbero di requisiti soggettivi indefettibili, non surrogabili e non acquisibili in alcun modo, in relazione agli artt. 90 e 91 del d.lgs. n.163 del 2006.

In sostanza non potrebbe essere oggetto di avvalimento, per legittimare la partecipazione in gara di soggetti che ne sono privi, la qualità di "società di professionisti" o di "società di ingegneria" od ancora di "professionista".

Secondo il Tar tali censure non appaiono pertinenti in relazione alle caratteristiche oggettive ed alla peculiarità dell'appalto avente per oggetto interventi di riqualificazione edilizia, strutturale ed architettonica degli edifici, nonché di restauro e conservazione degli elementi decorativi e pittorici esistenti all'esterno ed all'interno degli edifici e di riqualificazione delle aree esterne.

Per la natura dell'appalto il bando richiedeva non solo una tradizionale attività di progettazione, ma anche una serie numerosa di prestazioni e di interventi complementari ed accessori con connotazioni prettamente conservative dell'esistente (in relazione ai materiali ed alle decorazioni) e per i quali non è prevista dall'ordinamento una apposita iscrizione all'albo professionale.

A tale proposito il Tar ricorda che la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione nei confronti dello Stato Italiano in relazione al codice dei contratti fissando alcuni principi interpretativi che appaiono pertinenti al caso in esame.

E' stato infatti rilevato con riferimento agli art. 34, 90 e 101 del codice:

- che ai sensi delle direttive appalti pubblici, la nozione di operatore economico comprende ogni persona fisica o giuridica e ente pubblico o raggruppamento di tali persone o enti che offra sul mercato la realizzazione di lavori, prodotti o servizi (art.1, par.8 della direttiva 2004/18/CE) e che una definizione analoga è data dall'art.1, par.8, della direttiva 2004/17/CE.

"Ne deriva che la direttive appalti pubblici non permettono di restringere la possibilità di partecipare alle gare ad alcune categorie di operatori escludendone altre. La Commissione considera dunque che l'art.34, par.1 del codice, anche in combinato disposto con l'art. 206, par.1, nonché gli artt.90 e 101, anche in combinato con l'art. 237 sono contrari alle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, nella misura in cui essi escludono la possibilità di partecipazione alle gare di appalti e ai concorsi di progettazione soggetti a dette direttive, per gli operatori che hanno una forma giuridica diversa da quelle contemplate dai citati articoli .."

La procedura di infrazione ha portato alla pubblicazione del terzo decreto correttivo al codice degli appalti che risulta modificato, tra l'altro, proprio agli artt. 90 e 91.

Una lettura formalistica e restrittiva del codice dei contratti finirebbe pertanto per rilevarsi contraria alla normativa comunitaria caratterizzata da aspetti di particolare flessibilità e particolarmente preoccupata di non limitare in alcun modo la concorrenza estendendo al massimo il concetto di operatore economico.

In tale quadro appare pertinente la possibilità per il raggruppamento partecipante ad una gara di appalto pubblico di servizi di utilizzare i requisiti tecnici e finanziari di partecipazione posseduti da alcuni dei membri del raggruppamento medesimo, come risulta dal disposto dell'art. 48 della direttiva 18/2004/CE .

Deve, infine, osservarsi che l'art. 91 del codice degli appalti richiama le disposizioni contenute nella parte seconda dello stesso codice, tra le quali è ricompreso anche l'art. 34, che individua i soggetti che possono divenire affidatari di contratti pubblici, fra i quali le società commerciali ed i raggruppamenti temporanei.

T.A.R. SARDEGNA Sez. I sentenza n. 1721 del 9 novembre 2009 - Sulla legittimità della clausola di un bando di gara che prescrive di dimostrare le capacità tecnico - professionali delle concorrenti mediante attestazione di servizi in precedenza resi in settori analoghi

Un Comune ha indetto una gara pubblica per l'affidamento del servizio di pulizia uffici ed edifici da esperire con procedura ristretta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Punto decisivo della controversia è la contestazione del ricorrente circa la mancata verifica dei requisiti attinenti alla capacità economico finanziaria e tecnico professionale della ditta aggiudicataria che la stessa ha omesso di dichiarare (in particolare i servizi analoghi effettuati ad amministrazioni e/o enti pubblici o a privati negli ultimi tre anni, con indicazione degli importi delle date e dei destinatari).

Sul punto, la difesa dell'Amministrazione sostiene che se un partecipante alla gara non ha svolto servizi analoghi non deve presentare alcun elenco e che la valutazione della capacità tecnica della Ditta deve essere effettuata durante il periodo di prova.

Tali argomentazioni non sono condivise dal TAR in quanto palesemente contrastanti con lo stesso sistema di qualificazione e di verifica delle capacità degli operatori economici previsto dal Codice dei Contratti.

E' del tutto pacifico secondo il tar che l'affidamento di appalti per lavori, servizi e forniture, possa essere effettuato solo in favore di operatori in possesso di idonea capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa.

Se la ditta partecipante non può dimostrare di aver svolto servizi analoghi, può dimostrare altrimenti la propria capacità tecnica, ma non può pretendere, né l'Amministrazione può consentire, come invece ha fatto, che la verifica di tale capacità sia omessa e spostata al momento del periodo di prova.

CONSIGLIO DI STATO Sentenza n. 6593 del 27 ottobre 2009 in materia di procedimenti disciplinari

Secondo il Consiglio di Stato i procedimenti disciplinari devono essere aperti necessariamente con la contestazione delle mancanze disciplinari

Il contenuto delle violazioni compiute dal dipendente deve essere indicato in modo specifico e vi è un divieto insuperabile in alcun modo all'irrogazione di sanzioni per ragioni diverse da quelle contestate in sede di avvio del procedimento.

Le ragioni poste a base della irrogazione di una sanzione disciplinare, inoltre, devono risultare in modo esplicito, e occorre pubblicizzare adeguatamente le scelte dell'ente che, se violate, determinano la conseguenza dell'apertura di un procedimento disciplinare.

CORTE DEI CONTI Lazio, Sentenza n. 1868 del 6 ottobre 2009 - E' illegittimo l'affidamento di un incarico a un professionista esterno quando non è stata svolta una approfondita e concreta verifica sull'esistenza, all'interno, di idonee professionalità

Il disinvolto (e spesso eccessivo) ricorso alle c.d. "consulenze esterne" da parte di Amministrazioni Pubbliche è questione che è ampiamente nota e che occupa di frequente le Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti.

Esso, peraltro, costituisce argomento ricorrente di interventi del Legislatore che si è preoccupato, negli anni, di porre un chiaro e idoneo argine al loro proliferare, unico rimedio alle gravose conseguenze di ordine finanziario che si allocano nelle pertinenti unità previsionali dei bilanci pubblici.

Il risultato di fondo che ci si era prefisso, in verità, non è stato di pronto conseguimento, tanto da richiedere, da parte dello stesso Parlamento, continue manovre di rimodulazione degli interventi normativi per fare fronte a vere e proprie "spese incontrollate" nei bilanci delle Pubbliche Amministrazioni i cui responsabili, talvolta, ricorrono alle "consulenze" quale utile strumento, distorsivo, per fronteggiare deficienze organiche o, peggio, quale comodo escamotage per attuare iniziative politiche, definite spesso necessarie e improcrastinabili, senza dover sottostare ai rigidi (ma non ingiustificati) vincoli posti dalla normativa che segue.

L'art. 7, comma 6, del D. Lgs. n. 29/93 si preoccupava di delineare un quadro di massima consentendo che solo "Ove non siano disponibili figure professionali equivalenti, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione".

Tale norma, poi modificata in sede di revisione del D.Lgs. n. 29/93 ad opera del D. Lgs. n. 546/93 e, soprattutto, del D. Lgs. n. 80/98, (integrato, in alcune parti, dal D. Lgs. n.387/98) ha trovato la sua attuale disciplina con l'art. 7 del D. Lgs. n. 165/2001 il quale, al comma 6, ha espressamente (e riduttivamente) consentito alle Amministrazioni Pubbliche il conferimento di incarichi individuali, attraverso lo strumento dei contratti di lavoro autonomo, per prestazioni occasionali oppure coordinate e continuative, solamente al ricorrere di talune, tassative condizioni e nell'ineludibile presupposto che le esigenze non possano essere soddisfatte dal personale in servizio.

In particolare:

- a) deve trattarsi di esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria (si prescinde dalla specializzazione universitaria solo nelle ipotesi di cui al capoverso del comma 6);
- b) debbono riguardare il raggiungimento di obiettivi istituzionali, in coerenza con la funzionalità dell'amministrazione conferente, la cui concretizzazione è impossibile o, almeno, gravemente compromessa a causa della mancanza di personale in organico dotato di professionalità adeguata;
- c) le prestazioni debbono essere temporanee e altamente qualificate;
- d) di ogni prestazione deve essere puntualmente indicato l'oggetto, la durata, il luogo e il relativo compenso.

Questo è il chiaro, imprescindibile paradigma cui tutte le Amministrazioni Pubbliche si debbono attenere e che ha trovato un suo sintetico preludio nella disposizione di cui all'art. 110, comma 6, del D.

Lgs. n.267/2000 (e ancor prima nell'art. 51.co.7 della legge n. 142/90) "Per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità".

Evidenti, non corrette (fors'anche elusive) applicazioni di un simile quadro normativo, sanzionate dalla giurisprudenza di questa Corte, hanno costretto il Legislatore a intervenire nuovamente, anche in tempi recenti, per arginare un fenomeno dai sempre maggiori, significativi riflessi sui bilanci pubblici: è sufficiente ricordare, in modo esemplificativo, l'art. 3, commi 55 e 56, della legge n. 244/2007, l'art. 18 del D.L. n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 e l'art. 3, comma 7 lett. n) della legge n. 15/2009.

Bergamo, 23 novembre 2009

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord