

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

28/2010

AGLI ENTI ASSOCIATI

**INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI**

## **RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI INTERESSE PER GLI ENTI LOCALI**

**TAR Lombardia - sez. II, 17 maggio 2010, n. 1526: in materia di VAS, l'autorità competente nominata deve essere completamente autonoma rispetto all'autorità procedente. Illegittimità del PGT**

Il caso tratta di un comune che, ai fini dell'obbligatoria sottoposizione del proprio PGT alla procedura di VAS, ha provveduto, con delibera di Giunta, ad avviare il procedimento di valutazione ambientale strategica, individuando contestualmente la c.d. autorità competente per la VAS, costituita dal team composto dal dipendente Responsabile Settore Urbanistica e Sportello Unico Attività Produttive e dal dipendente Responsabile del Settore Lavori Pubblici.

Secondo il ricorrente, l'individuazione dell'autorità competente per la VAS nell'ambito della stessa Amministrazione comunale tenuta all'approvazione del PGT sarebbe illegittima, in quanto una struttura competente per la VAS completamente interna al Comune non offrirebbe sufficienti garanzie di imparzialità e terzietà nella valutazione ambientale, determinando una illegittima commistione fra funzioni di amministrazione attiva (approvazione PGT) e di controllo (valutazione ambientale), con la conseguenza di vanificare le finalità - previste dalla normativa comunitaria e da quella nazionale di attuazione - proprie della valutazione ambientale strategica.

L'art. 5 comma 1 lettera a) del d.lgs. 152/2006, definisce la VAS come valutazione ambientale di piani e programmi, comprendente lo svolgimento di una verifica di assoggettabilità, l'elaborazione di un rapporto ambientale e la conseguente valutazione del piano o programma.

Nell'ambito della procedura di VAS, l'art. 5 distingue l'autorità competente (lettera p) dall'autorità procedente (lett. q); quest'ultima è definita come la pubblica amministrazione che elabora il piano o programma, mentre la prima è la pubblica amministrazione a cui compete l'attività di valutazione ambientale.

Ai fini dell'individuazione dell'autorità competente, il successivo art. 7, comma 6°, ha cura di specificare che, in sede regionale, l'autorità competente è la pubblica amministrazione con compiti di tutela, valorizzazione e protezione ambientale.

Le ulteriori disposizioni sulla VAS contenute nel Codice dell'ambiente confermano, con chiarezza, la necessità di separazione fra le due differenti autorità - quella procedente e quella competente - il cui rapporto nell'ambito del procedimento di valutazione ambientale strategica appare tutto sommato dialettico, a conferma dell'intendimento del legislatore di affidare il ruolo di autorità competente ad un soggetto pubblico specializzato, in giustapposizione all'autorità procedente, coincidente invece con il soggetto pubblico che approva il piano (cfr., fra gli altri, art. 11, comma 2°; art. 12, comma 4°; artt. 13, 14 e 15).

Viene poi confermata l'assoluta obbligatorietà della VAS, tanto è vero che i provvedimenti amministrativi di approvazione di piani e programmi adottati senza la VAS, dove prescritta, *«sono annullabili per violazione di legge»* (art. 11, comma 5°).

Dall'esame della disciplina legislativa suindicata - di recepimento della direttiva 2001/42/CE - si giunge alla conclusione, secondo il TAR, per cui, nella scelta dell'autorità competente, l'autorità procedente deve individuare soggetti pubblici che offrano idonee garanzie non solo di competenza tecnica e di specializzazione in materia di tutela ambientale, ma anche di imparzialità e di indipendenza rispetto all'autorità procedente, allo scopo di assolvere la funzione di valutazione ambientale nella maniera più obiettiva possibile, senza condizionamenti - anche indiretti - da parte dell'autorità procedente.

Qualora quest'ultima, infatti, individuasse l'autorità competente esclusivamente fra soggetti collocati al proprio interno, legati magari da vincoli di subordinazione gerarchica rispetto agli organi politici o amministrativi di governo dell'Amministrazione, il ruolo di verifica ambientale finirebbe per perdere ogni efficacia, risolvendosi in un semplice passaggio burocratico interno, con il rischio tutt'altro che remoto di vanificare la finalità della disciplina sulla VAS e di conseguenza di pregiudicare la corretta applicazione delle norme comunitarie.

Sono quindi illegittimi sia il provvedimento comunale di designazione dell'autorità competente sia quello regionale (seppure in parte, DGR VIII/6420/2007), che prevede la composizione della suddetta autorità con soggetti scelti all'interno della differente autorità procedente.

Conseguentemente il TAR ha annullato - seppure in parte qua - la delibera regionale impugnata, ma anche della delibera di Giunta Comunale di istituzione dell'autorità competente in materia di VAS e le deliberazioni consiliari di approvazione del PGT che è viziato nella sua totalità per l'illegittimità della procedura di VAS.

**Consiglio di Stato, sezione V, 11 maggio 2010, n. 2829: in materia di illegittimità dell'affidamento diretto a cooperative sociali di servizi pubblici locali erogati a favore dell'utenza ( servizio di igiene urbana)**

L'affidamento diretto dei servizi locali erogati a favore dell'utenza ( servizio di igiene urbana) in favore di cooperative sociali aventi i requisiti di cui alla L. n. 381/1991, non può essere ricondotto alla previsione di cui all'art. 5 , comma 1, della L. 381 sull'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate.

La richiamata disposizione , nel riferirsi alla *"fornitura di beni e servizi"*, offre agli enti pubblici e alle società di capitali a partecipazione pubblica la possibilità di stipulare, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, con le cooperative che svolgono attività agricole, industriali, commerciali o di servizi finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, convenzioni aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi - diversi da quelli socio-sanitari ed educativi e di importo inferiore a quello preso in considerazione dalle direttive comunitarie in materia di appalti - in favore dell'amministrazione richiedente e non già l'affidamento di servizi pubblici locali.

I servizi di igiene urbana rientrano nella qualificazione dell'art. 112 TUEL 267/2000, ai sensi del quale *"gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"* , inoltre ai sensi dell'art. 198 del D.lgs. 152/2006 spetta ai Comuni la gestione dei rifiuti urbani, compresa la disciplina delle modalità del servizio di raccolta e di trasporto.

Sia, quindi, sul piano soggettivo, quale riconduzione diretta alla competenza del Comune, sia sul piano oggettivo, dell'assoggettamento dell'attività sussumibile come servizio pubblico alla disciplina settoriale che assicura costantemente il conseguimento di fini sociali per l'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti di cui si controverte deve essere ricompreso nella delineata definizione di servizio pubblico .

Ciò che connota in modo decisivo la natura di servizio pubblico non è, quindi, *"il conferimento della titolarità del servizio"*, che parte ricorrente esclude sia avvenuto in favore delle cooperative, bensì il conseguimento di fini sociali a favore della collettività dell'attività svolta.

I tratti descritti caratterizzano il servizio pubblico rispetto alla fornitura di servizi, diretta a soddisfare esigenze dell'amministrazione pubblica, presa in considerazione dall'art. 5 , comma 1, Legge 381/91, che l'amministrazione ha facoltà di procurarsi, tramite convenzione diretta, in deroga alle norme in materia di contratti della pubblica amministrazione, da parte di cooperative sociali allo scopo di creare opportunità di lavoro per persone svantaggiate.

**Consiglio di Stato, Sezione Quarta, Sentenza n. 3229 del 21 maggio 20120: ai fini del rilascio delle concessioni edilizie, la volumetria necessaria per la realizzazione di sale cinematografiche non concorre alla determinazione della volumetria complessiva in base alla quale sono calcolati gli oneri di concessione**

Il Consiglio di Stato è intervenuto a confermare la decisione del TAR a favore di un privato che agiva per il rimborso delle somme pretese indebitamente e incassate da un comune in occasione del rilascio di una concessione edilizia (nel 1999) per la costruzione di una multisala cinematografica .

Il TAR aveva dedotto la violazione dell'art. 20, comma settimo, del D.L. 14 gennaio 1994, n.26, convertito in legge 1 marzo 1994, n.153, ai sensi del quale "ai fini del rilascio delle concessioni edilizie, la volumetria necessaria per la realizzazione di sale cinematografiche non concorre alla determinazione della volumetria complessiva in base alla quale sono calcolati gli oneri di concessione".

Conseguentemente, secondo la sentenza, l'amministrazione comunale era tenuta a scomputare dalla superficie complessiva dell'intervento quelle volumetrie necessarie alla realizzazione delle sale cinematografiche ivi compresa la volumetria per gli ingressi, le uscite, le biglietterie, i servizi igienici e le cabine di protezione, mentre non erano da ritenere esonerati dal pagamento degli oneri concessori gli altri locali contestualmente realizzati e destinati al tempo libero e quelli comunque a destinazione promiscua con dette ulteriori attività, nonché quelli diretti ad offrire un ulteriore servizio a favore degli spettatori o per lo svolgimento di una attività commerciale o di ristorazione, ma non strettamente necessari per l'attività cinematografica.

**Consiglio di Stato, Sezione Quarta, sentenza n. 3126 del 17 maggio 2010: l'attività sanzionatoria del Comune sull'attività edilizia abusiva ha sempre carattere vincolato e non discrezionale - importanza delle modalità espositive**

Il Consiglio di Stato richiama il "*granitico orientamento*" in ordine al carattere vincolato, e non discrezionale, che connota l'attività sanzionatoria del Comune sull'attività edilizia abusiva.

In particolare, il giudizio di difformità dell'intervento rispetto alla normativa urbanistica (o, che è lo stesso, al titolo abilitativo rilasciato), che costituisce il presupposto dell'irrogazione delle sanzioni, non è affatto connotato da discrezionalità tecnica, ma integra un mero accertamento di fatto, sia pure condotto alla stregua di parametri tecnici (peraltro rigidamente predeterminati dalla normativa).

Ne discende che ben può il giudice verificare la correttezza di tale attività accertativa, non diversamente da quanto avviene allorché controlla l'esattezza di accertamenti tecnici condotti dalla p.a. in altri contesti (p.es. l'esattezza di una misurazione di distanze o di altezze).

Circa le modalità espositiva prescelte dal Comune per motivare le proprie determinazioni in ordine alle opere oggetto di sanzione, in particolare, riproducendo *ex extenso* i contenuti della relazione tecnica redatta in occasione del sopralluogo sul sito dell'intervento, il Consiglio di Stato condivide il giudizio di superficialità già espresso dal TAR.

Infatti, l'Amministrazione ha riportato nell'ordine di demolizione anche i passaggi in cui venivano usate formule ipotetiche o dubitative ("*sembra predisposta...*", "*potrebbero essere orientati...*"), offrendo il destro all'appellante per le doglianze con le quali ha lamentato l'assoluta incertezza della definizione dell'illecito contestato.

E, in effetti, se l'uso di formule del tipo di quelle sopra richiamate è comprensibile in un verbale di sopralluogo, laddove l'organo accertante altro non fa che riportare le proprie valutazioni in ordine a quanto constatato (che deve comunque essere descritto in maniera precisa), altrettanto non è consentito in un ordine di demolizione, laddove l'Amministrazione è tenuta a individuare in modo certo gli abusi contestati al privato.

**TAR Piemonte, Sezione Seconda, Sentenza n. 2388 del 13 maggio 2010: Il comune che delibera di recedere dal consorzio costituito ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 267 del 2000, esercita un potere discrezionale conferito dalla legge in capo all'Ente stesso ed è quindi preordinata alla migliore gestione del servizio pubblico che di volta in volta viene in considerazione**

Il TAR Piemonte si è espresso in relazione ad un ricorso presentato da un consorzio per la depurazione delle acque, costituito ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 267 del 2000, per l'annullamento della deliberazione consiliare di recesso dal Consorzio da parte di un comune.

Secondo il TAR, allorché uno degli Enti locali partecipanti delibera di recedere dal consorzio costituito ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 267 del 2000, ci si trova in presenza dell'esercizio di un potere discrezionale conferito dalla legge in capo allo stesso Ente deliberante, tale da radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il consorzio tra Comuni è una particolare forma associativa prevista dalla legge, avente natura di ente pubblico "per la gestione associata di uno o più servizi" nonché "per l'esercizio associato di funzioni": esso è quindi preordinato alla realizzazione di un servizio o di una funzione pubblica tale da assicurare, date le circostanze del caso concreto e previa valutazione delle necessità del territorio, maggiore affidamento di riuscita rispetto ad una gestione diretta lasciata alle amministrazioni singolarmente.

La decisione di entrare a far parte di un consorzio - e, correlativamente, quella di recedervi - è quindi preordinata alla migliore gestione (o almeno, a quella discrezionalmente ritenuta tale) del servizio pubblico che di volta in volta viene in considerazione: le relative deliberazioni prese dall'Ente locale, pertanto, rappresentano una modalità di esercizio del potere discrezionale che la legge conferisce all'amministrazione locale per la migliore gestione del servizio pubblico.

Non può dunque sostenersi, come fa l'amministrazione resistente, che i rapporti tra il consorzio e gli enti che ne fanno parte siano da inquadrare nei binari del diritto soggettivo e non dell'interesse legittimo: ne deriva, per le relative controversie, in base ai principi generali, la giurisdizione del giudice amministrativo.

**Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 2835 dell'11 maggio 2010: il bando non può vietare la presentazione diretta dell'offerta, limitando tale consegna al solo servizio postale**

Secondo il Consiglio di Stato, la regola generale della presentazione diretta dell'offerta costituisce principio di libertà che non può essere derogata dal bando di gara, in quanto espressione dell'esigenza di rendere immuni i concorrenti dal rischio del mancato rispetto di formalità che non sono nella loro disponibilità.

La clausola del bando che prescrive la presentazione attraverso la posta o a mezzo dei servizi privati di recapito postale ma non vieta espressamente la consegna diretta dell'offerta deve, pertanto, essere intesa come indicativa della possibilità di tale consegna.

Peraltro, l'illegittimità del provvedimento di esclusione si manifesta anche alla luce della disposizione letterale del bando.

Nelle gare in cui l'inoltro delle offerte è ammesso esclusivamente a mezzo di servizio postale, per principio ormai consolidato e che il Collegio condivide, trova applicazione l'art. 36, dpr 29 maggio 1982 n. 655, il cui comma 3 prevede l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di provvedere al ritiro della corrispondenza presso l'ufficio postale, con la conseguenza che il momento di ricezione dell'offerta da parte della stazione appaltante coincide con quello in cui i plichi contenenti le offerte pervengono all'ufficio postale destinatario.

**TAR Basilicata, Sezione Prima, sentenza n. 325 del 28 maggio 2010: E' illegittimo il bando di gara che prevede l'esclusione dei concorrenti che si trovino in contenzioso con l'Ente appaltante**

Il ricorso verte sul caso di un concorrente la cui offerta di gara veniva esclusa, la motivazione contenuta nel bando di gara che prevedeva l'esclusione di *"coloro che abbiano in corso con l'Ente Proprietario contestazioni per altri contratti del genere, o che si trovino comunque in causa con l'Ente stesso per qualsiasi altro motivo"*.

Secondo il ricorrente, il potere della p.a. di predisporre i requisiti di ammissione alle gare di appalto dovrebbe di regola avere proporzionalità fra tra la previsione specifica (individuazione delle condizioni di partecipazione) e lo scopo perseguito dovendo tale proporzionalità rispettare i criteri della necessità, idoneità e adeguatezza. Cioè le prescrizioni che limitano la partecipazione di imprese a gare di appalto saranno legittime solo se adottate nel rispetto dei criteri predetti. Inoltre, in materia di gare occorrerebbe tenere presenti i principi della più ampia partecipazione e del buon andamento dell'azione amministrativa. Alla luce di tutto ciò si sostiene che la prescrizione del bando è illegittima.

Il TAR accogliendo la posizione del ricorrente afferma che il Collegio è consapevole che la disposizione di cui all'articolo 68 comma 2 del r.d. 23/5/24 n.827 prevede che, ferma la possibilità di escludere dalla proponibilità di fare offerte le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza e malafede (comma 1) *"l'amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione"*. Tuttavia tale disposizione deve essere interpretata e conseguentemente applicata nel rispetto del quadro ordinamentale vigente.

Di conseguenza la clausola dell'avviso d'asta "de qua" è illegittima dato che, la stessa si pone in contrasto con l'art. 24 della Costituzione che riconosce la piena tutela in giudizio dei diritti ed interessi nonché con i diritti di iniziativa economica e di libertà d'impresa garantiti dall'art. 41 della Costituzione.

La clausola "de qua" inoltre restringe la facoltà di esercizio del diritto di impresa e riduce l'effettiva concorrenza fra le imprese del settore, senza che a ciò faccia riscontro una vera tutela di un interesse pubblico. Infatti la semplice esistenza d'un contenzioso in atto non è di per sé indice d'inaffidabilità dell'impresa, potendosi la lite chiudere a favore della stessa, ragion per cui la disposizione impugnata non conduce a una selezione qualitativa dei partecipanti, non avendo alcun riflesso sull'efficacia dell'azione amministrativa, ma solo un'evidente e univoca finalità di penalizzazione.

**Consiglio di Stato Sezione Quinta, sentenza n. 3017 del 14 maggio 2010: Sulla legittimità della clausola di un bando di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale impone l'ammortamento forzoso degli investimenti nell'arco di dodici anni, nonché la clausola del bando che, nell'ambito della valutazione delle offerte, assegna su 100 punti disponibili, 69 punti al canone annuo di affidamento, ed infine la clausola del bando che impone ai concorrenti di prevedere comunque nella propria offerta l'istituzione di uno sportello per gli utenti**

Secondo il Consiglio di Stato, la clausola contenuta nel bando di gara secondo cui "in ogni caso, non dovranno risultare valori residui di ammortamento a carico del gestore subentrante, fatti salvi quelli inerenti a investimenti di natura straordinaria che siano eventualmente stati eseguiti senza finanziamenti da parte dell'ente affidante o degli utenti, comunque previa approvazione da parte dell'amministrazione comunale", non appare sicuramente preclusiva della possibilità di formulare un'offerta ragionevole ed economicamente remunerativa,

L'ammortamento accelerato in dodici anni per tutti gli investimenti effettuati in via ordinaria non è di pregiudizio alla libertà imprenditoriale e non precludendo il recupero del costo del capitale investito anche a carico del gestore subentrante.

L'art. 14, comma 7, del decreto legislativo n. 164/200 prescrive che "Il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati secondo il piano degli investimenti oggetto del precedente affidamento o concessione, è tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari all'eventuale valore residuo degli ammortamenti di detti investimenti risultanti dai bilanci del gestore uscente ...";

b) la norma qualifica come meramente eventuale la sussistenza di un valore residuo degli ammortamenti riferiti agli investimenti effettuati dal distributore uscente che determina la consolidazione del relativo onere economico a carico del nuovo gestore;

c) il legislatore non ha posto una regola puntuale, preferendo rimettere ogni apprezzamento alle autonome scelte imprenditoriali del concessionario ed alla sfera di esercizio della potestà di indirizzo e di regolazione dell'Ente concedente;

d) la norma, così come interpretata, è conforme all'esigenza di valutare la soluzione più efficiente con riguardo alla situazione del caso concreto, in guisa da evitare l'imposizione, nelle future procedure, in capo all'aggiudicatario, di un significativo onere economico tale da fungere da fattore deterrente rispetto alla partecipazione competitiva alla procedura selettiva;

e) la norma individua i criteri per la corretta commisurazione dell'indennizzo spettante al distributore uscente, consentendo che l'ammontare degli investimenti sia perimetrato per relationem in base all'offerta presentata in sede di gara alla stregua delle vincolanti prescrizioni di gara;

- f) la norma non vieta all'ente locale di introdurre prescrizioni sui contenuti dell'offerta relativi all'ammortamento e consente agli offerenti di modulare l'ammortamento degli investimenti secondo le proprie strategie tecnico-economiche;
- g) la scelta adottata, in seno al bando di gara e alla lettera di invito, di imporre l'ammortamento accelerato in dodici anni, non incorre in un giudizio negativo sul piano della ragionevolezza e della congruità, avuto riguardo alle circostanze specifiche che connotano la procedura in parola;
- h) la *lex specialis* esclude dal raggio di azione di tale prescrizione vetitoria gli investimenti eseguiti in via straordinaria e previa approvazione dell'ente affidante, ossia quelle opere di manutenzione straordinaria e di estensione della rete esplicitamente richieste e che non rientrano tra gli obblighi scaturenti dal contratto di servizio;
- i) il limite al valore residuo degli ammortamenti non risulta assoluto ma si applica in maniera orizzontale per categorie di opere, essendo eliminato del tutto per alcune categorie di interventi e viceversa riconosciuto per altri, in guisa da consentire a ciascun partecipante alla gara di calibrare liberamente gli investimenti.

Per quanto concerne invece l'elemento "prezzo", il Collegio ritiene che l'art. 14, comma 6, del D.L.vo 164/2000 non contempla di per sé quale peso ponderale debba essere attribuito all'elemento qualità e all'elemento prezzo nelle offerte e che, comunque, la scelta di attribuire quasi due terzi del complessivo peso ponderale all'elemento economico non sia, di per sé, irragionevole né sproporzionata, in quanto, in tale contesto l'elemento qualitativo non risulterebbe affatto obliterato, potendo sempre influenzare la scelta dell'aggiudicatario

Il consistente peso ponderale riconosciuto al canone annuo di investimento è quindi frutto di ragionevole esercizio di discrezionalità che da un lato è giustificato dalla decisione dell'amministrazione di farsi interamente carico dell'onere di rimborso spettante al gestore uscente ai sensi dell'art. 14, comma 8, del D.L.vo 164/2006, esonerando così i partecipanti dall'obbligo di sostenere il relativo costo economico, e dall'altro costituisce più in generale un elemento in grado di offrire alle imprese invitate al confronto comparativo un terreno di effettivo esercizio della propria competitività.

Condizioni queste niente affatto aprioristicamente preclusive della formulazione di una offerta concorrenziale.

Per quanto riguarda invece la prescrizione relativa allo "sportello utenti" con orario settimanale minimo (di 4 ore) a pena di esclusione, il Collegio osserva che rientra nella discrezionalità dell'Ente che bandisce la gara di evidenziare il supporto da offrire alla collettività degli utenti, nel quadro dell'affidamento di un pubblico servizio di primaria importanza, sia per la realizzazione di nuovi allacciamenti che per la segnalazione di eventuali malfunzionamenti degli impianti, per entrambe le quali è opportuno che il riferimento sia "in loco", e non sia soltanto gestito telefonicamente.

Non rileva, in senso diverso che le delibere A.E.E.G. n. 168/04 e 236/00, per l'attività di distribuzione e per il servizio di pronto intervento prevedano solamente l'obbligo di dotarsi di un centro di ricezione chiamate in quanto le prestazioni demandate allo "sportello utenti" sono indispensabili per garantire l'efficienza del servizio e possono essere liberamente richieste in sede di gara ai sensi dell'art. 14, co. 6, D.Lgs. n. 164/2000, nell'esercizio dei poteri che competono al Comune secondo l'art. 14, co. 1 del citato D.Lgs. n. 164/2000.

**Corte dei Conti Piemonte: deliberazione n.41 del 19 maggio 2010: L'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni contenute nel D.lgs. n. 150/2009 in materia di progressioni verticali conduce a ritenere l'immediata applicabilità dell'art. 62 del decreto stesso, e del principio dell'obbligo del pubblico concorso anche per le progressioni verticali**

La Corte dei Conti del Piemonte si è espressa in relazione al seguente quesito di un comune che chiedeva se l'inserimento di una progressione verticale nel programma delle assunzioni già approvato e, quindi, vigente prima dell'entrata in vigore del D. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, consente di effettuare, nell'anno 2010, la suddetta progressione verticale secondo le modalità già da tempo previste nel regolamento interno, prescindendo, quindi, dal titolo di studio richiesto dall'esterno e con concorso riservato solo agli interni, facendo espresso richiamo alle disposizioni contenute nell'art. 91, comma 3, del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267;

Secondo la Corte la questione riguarda la decorrenza dell'art. 62 del D.lgs. n. 150/2009, il quale, modificando l'art. 52 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce che "le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso".

Più precisamente, si tratta di verificare se tale norma debba considerarsi immediatamente applicabile, ovvero se la sua applicazione sia da considerare rinviata al 1° gennaio 2011 .

Secondo la Corte, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni contenute nel D.lgs. n. 150/2009 in materia di progressioni verticali conduce, da un lato, a ritenere l'immediata applicabilità dell'art. 62 del decreto stesso, e del principio, consolidato in giurisprudenza<sup>1</sup>, dell'obbligo del pubblico concorso anche per l'accesso alle diverse aree in cui è inquadrato il personale pubblico (con riserva facoltativa di posti a favore dei dipendenti solo se in possesso del titolo di studio valido per l'accesso dall'esterno), dall'altro lato, conduce a considerare abrogata la norma contenuta nell'art. 91, comma 3, del TUEL per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti.

Nè appare convincente, per sostenere il differimento dell'applicabilità della nuova disciplina suesposta introdotta dal D.lgs. n. 150/2009 al 1° gennaio 2011, il disposto del comma 4 dell'art. 31 del decreto stesso, secondo cui "nelle more dell'adeguamento di cui al comma 1, da attuarsi entro il 31 dicembre 2010, negli ordinamenti delle regioni e degli enti locali si applicano le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto".

Il Collegio ritiene, infatti, che il riferimento alle "disposizioni vigenti" non possa che essere inteso come riferimento a norme che siano conformi a Costituzione e che siano interpretate in maniera costituzionalmente orientata.

**Corte dei Conti Piemonte, deliberazione n. 40 del 19 maggio 2010: gli oneri per opere di urbanizzazione secondaria non possono essere assolti mediante la realizzazione a scomputo di opere di urbanizzazione**

La Corte dei Conti si è espressa in relazione al quesito di un comune che chiedeva se fosse legittimo lo scomputo indifferenziato degli oneri di urbanizzazione, si riferiscano questi ad opere di urbanizzazione primaria o secondaria, e quindi la fungibilità e la compensazione fra le due specie di oneri. In particolare al Comune interessava sapere se gli oneri per opere di urbanizzazione secondaria possono essere assolti mediante la realizzazione a scomputo di opere di urbanizzazione primaria.

La Corte si è espressa negativamente.

L'art. 16 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (recante il Testo unico in materia edilizia) prevede che il rilascio del permesso di costruire comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, il quale le acquisisce al proprio patrimonio indisponibile. La norma distingue gli oneri di urbanizzazione primaria da quelli di urbanizzazione secondaria, elencando i rispettivi interventi (appartengono alla prima categoria: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, ecc., mentre alla seconda: asili nido, scuole, mercati di quartiere, chiese, ecc.).

Essendo il governo del territorio materia di legislazione concorrente (art. 117, comma 3 Cost.) va considerata la legislazione regionale in materia.

La legge della Regione Piemonte del 5 dicembre 1977 n. 56 e s.m.i. sulla tutela ed uso del suolo all'art. 49 dispone che:

- la concessione è subordinata alla corresponsione di un contributo commisurato, tra l'altro, all'incidenza delle spese di urbanizzazione primaria e secondaria ;
- la concessione, in casi di particolare complessità degli interventi previsti, e che richiedano opere infrastrutturali eccedenti al semplice allacciamento ai pubblici servizi o il coordinamento tra operatori

pubblici e privati per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, può essere subordinata alla stipulazione di una convenzione, o di un atto d'impegno unilaterale da parte del richiedente, che disciplini modalità, requisiti e tempi di realizzazione degli interventi ;

- la convenzione-tipo, predisposta dalla giunta regionale e alla quale dovranno uniformarsi le convenzioni comunali e gli atti d'impegno unilaterale sostitutivi della convenzione, deve prevedere, tra l'altro, la descrizione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria per cui è previsto l'impegno alla diretta esecuzione da parte del proprietario, con le relative garanzie finanziarie, nonché la determinazione del contributo commisurato all'incidenza delle spese di urbanizzazione primaria e secondaria, dedotta la eventuale aliquota corrispondente alle opere di cui sopra .

Dall'insieme delle disposizioni emerge dunque come le opere di urbanizzazione primaria e secondaria siano considerate separatamente dal legislatore, statale e regionale, in ragione della loro diversa funzione e che preoccupazione di questo sia stata, non tanto, o non solo, attribuire un'entrata ai comuni, bensì assicurare l'esecuzione delle opere, direttamente - a scomputo - ovvero mediante la corresponsione del relativo costo.

L'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria (ovvero la prevista attuazione delle stesse), costituisce condizione cui è subordinato il rilascio del permesso di costruire (art. 12, comma 2 D.P.R. n. 380/2001).

La specificità della previsione porta ad escludere che tale presupposto possa essere soddisfatto altrimenti, mediante la realizzazione di opere di urbanizzazione secondaria di valore corrispondente. Analogamente è da dirsi per il caso, speculare, prospettato dal Comune: se gli oneri per opere di urbanizzazione secondaria possano essere assolti mediante la realizzazione a scomputo di opere di urbanizzazione primaria.

Da quanto sopra emerge, infatti, che si tratta di due categorie non omogenee di opere pubbliche da realizzare a vantaggio della collettività situata sul territorio oggetto di trasformazione urbanistica e, come tali, non interscambiabili e fungibili tra loro.

**Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza n. 3507 del 3 giugno 2010: Contratto di affitto agrario con la p.a. La forma scritta è sempre necessaria in applicazione del principio di solennità delle forme e di necessità dell'impiego della forma scritta nei rapporti con la PA, non soddisfatta dalla adozione di una sola deliberazione di giunta**

Non assume rilievo la riforma operata dalla legge 203 del 1982, laddove consente di ritenere validi ed efficaci i contratti di affitto di fondi rustici anche se non stipulati in forma scritta o trascritti, né l'art. 6 del D. Lgs. 18 maggio 2001 n. 228, non avendo le stesse comportato una sanatoria generalizzata di tutti i rapporti in corso con la pubblica amministrazione e non potendo quindi determinare effetti costitutivi di pretese ove il rapporto in essere si sia svolto di fatto e contra legem;

Anche il fatto relativo al pagamento effettuato dal ricorrente in favore del Comune di una somma per l'occupazione del fondo non assume rilievo, ben potendo lo stesso essere giustificato come dovuto a titolo risarcitorio, per l'occupazione indebita del fondo.

Ciò che manca nel caso di specie è un contratto scritto, invece necessario in applicazione del principio di solennità delle forme e di necessità quindi, quanto ai rapporti contrattuali con l'amministrazione pubblica, dell'impiego della forma scritta ad substantiam, non soddisfatta dalla adozione di una sola deliberazione di giunta, da intendersi quale mero atto interno

Conclude la Corte che per il perfezionamento dei contratti stipulati dalle amministrazioni pubbliche è necessaria una manifestazione documentale della volontà negoziale da parte dell'organo rappresentativo abilitato a concludere, in nome e per conto dell'ente pubblico, negozi giuridici, mentre devono ritenersi, all'uopo, inidonee le deliberazioni adottate da organi collegiali deliberativi, attese la caratteristica di atti interni, di natura meramente preparatoria della successiva manifestazione esterna della volontà negoziale, di talchè un contratto non potrà dirsi legittimamente perfezionato ove la volontà di addivenire alla sua stipula non sia, nei confronti della controparte, esternata, in nome e per conto dell'ente pubblico, da quell'unico organo autorizzato a rappresentarlo.

Ne consegue che la normativa speciale dettata in tema di contratti della p.a. prevale sulla diversa disciplina dei rapporti tra privati, quale, ad esempio, quella dettata in tema di conferimento di incarichi professionali, in tema di stipula di locazioni e contratti agrari ultranovennali, in tema di rinnovo tacito del contratto di locazione (inconfigurabile, se il locatore sia un ente pubblico, nonostante il comportamento asseritamente concludente si sia, come nella specie, protratto per anni) .

Sicché, in materia di contratti stipulati dalla pubblica amministrazione deve ritenersi necessaria la stipulazione in forma scritta a pena di nullità e, pertanto, deve escludersi che si possa ipotizzare la possibilità di una conclusione tacita per facta concludentia, posto che altrimenti si porrebbe all'effetto di eludere il requisito della forma scritta.

Consegue che, pur dopo l'entrata in vigore della L. 3 maggio 1982, n. 203, che ha deformalizzato i contratti di affitto a coltivatore diretto, anche se ultranovennali, rendendoli a forma libera, non può ritenersi concluso un contratto di affitto agrario con la p.a. in forza di un comportamento concludente, anche protrattosi per anni (Cass. 26 giugno 2008, n. 17550; 12 febbraio 2020, n. 1970; 15 dicembre 2000, n. 15862)

**TAR Campania-Napoli, Sez. Prima, Sentenza n. 9742 del 27 maggio 2010: E' illegittima la clausola di un bando per l'affidamento di impianti sportivi che limiti la partecipazione alla gara ai soli soggetti con sede nel territorio comunale**

Il ricorso verte su una procedura di gara per l'affidamento della gestione dei campi da tennis di proprietà comunale con bando riservato a soggetti con sede nel territorio comunale.

Secondo il TAR se è vero che l'individuazione dei criteri di accesso alle procedure selettive rientra di norma nella sfera discrezionale dell'amministrazione, è vero anche, tuttavia, che la clausola che restringe il novero dei possibili concorrenti alle sole associazioni sportive aventi sede sul territorio

comunale si presenta irragionevole e discriminatoria, violando i principi di imparzialità, parità di trattamento e di massima partecipazione.

Non vale inoltre sostenere che solo le associazioni presenti sul territorio comunale avrebbero avuto interesse alla gestione dell'impianto, dovendosi in contrario osservare che spetta soltanto ai potenziali concorrenti valutare la convenienza di partecipare o meno alla gara.

Infine, deve osservarsi che neanche l'art. 90, co. 25, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, che concerne l'affidamento della gestione degli impianti sportivi a società, associazioni ed enti privati qualora l'ente territoriale non intenda procedervi direttamente, fa menzione alcuna di associazioni sportive a base territoriale per fondarne un privilegio nell'affidamento degli impianti in questione; tale legge, invero, menziona le società e le associazioni sportive dilettantistiche con sede locale soltanto nel successivo comma 26 e soltanto al fine di stabilire che le palestre, le aree di gioco e gli impianti sportivi scolastici devono essere posti a disposizione (compatibilmente con taluni limiti) di società e associazioni sportive dilettantistiche aventi sede nel medesimo comune in cui ha sede l'istituto scolastico.

Bergamo, 14 giugno 2010

Confederazione delle Province  
e dei Comuni del Nord