

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

36/2010

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI INTERESSE PER GLI ENTI LOCALI

Consiglio di Stato, Sez. V - sentenza n. 4510 del 13 luglio 2010: Sull'inapplicabilità alle concessioni di servizi delle disposizioni del codice dei contratti pubblici

Secondo il Consiglio di Stato, per esplicita previsione legislativa, alle concessioni di servizi non si applicano le disposizioni del codice dei contratti pubblici, salvo quanto disposto nel medesimo articolo 30.

Il citato art 30, comma 1, del Codice dei contratti pubblici stabilisce, senza possibilità di equivoci, che «Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi».

E' erronea, pertanto, l'applicazione analogica della disciplina dettata all'art. 70 del. Codice dei contratti pubblici in materia di gare per l'affidamento di appalti pubblici alla diversa materia delle concessioni di servizi, in palese violazione della previsione racchiusa nell'art. 30, comma 1, del medesimo Codice dei contratti pubblici."

Conclusioni analoghe e del tutto coerenti possono essere ripetute per quanto previsto dall'articolo 75, trattandosi di disposizioni preordinata alla costituzione di idonea garanzia per la valutazione dell'idoneità complessiva dell'offerta e rispetto alla quale non è possibile individuare alcuna correlazione con le previsioni richiamate dal comma 1 del citato articolo 30 del codice dei contratti pubblici.

Diversamente opinando, l'intero corpus del citato codice sarebbe di fatto applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30.

Consiglio di Stato, Sez. V - sentenza n. 4237 del 2 luglio 2010: impugnazione di atti degli organi collegiali da parte dei componenti dell'organo stesso

La sentenza in epigrafe verte sui principi generali in materia di impugnazione degli atti di organi collegiali da parte dei componenti dell'organo che hanno partecipato all'atto deliberativo.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto modo di rilevare che il componente dell'organo collegiale che non sia assente dalla seduta, deve manifestare il proprio dissenso alla delibera e fare verbalizzare il proprio dissenso, decadendo altrimenti dalla stessa possibilità di impugnazione. Un diverso comportamento, quale la partecipazione attiva alla seduta e alla votazione favorevole alla approvazione della delibera, comporta la imputabilità del deliberato anche al componente presente non dissenziente, ovvero acquiescenza al provvedimento .

TAR Campania, Salerno, Sentenza n. 09772/2010 del 28 giugno 2010: Il rilascio del titolo abitativo deve essere sempre preceduto dalla verifica se la progettazione sia stata affidata ad un professionista competente in relazione alla natura ed importanza della costruzione

Secondo il TAR, prima del rilascio di un titolo edilizio, l'Autorità comunale deve sempre accertare se la progettazione sia stata affidata ad un professionista competente in relazione alla natura ed importanza della costruzione, in quanto le norme che regolano l'esercizio ed i limiti di applicazione delle professioni di geometra, architetto ed ingegnere sono dettate per assicurare che la compilazione dei progetti e la direzione dei lavori siano assegnati a chi abbia la preparazione adeguata all'importanza delle opere, a salvaguardia sia dell'economia pubblica e privata, sia dell'incolumità delle persone (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 13 dicembre 2006 n. 3441).

E' dunque illegittimo il titolo a costruire assentito sul progetto, redatto da un geometra, che preveda strutture in cemento armato, se non siano specificate, con motivazione adeguata, le ragioni per cui le caratteristiche dell'opera e le sue modalità costruttive rientrano nella sfera di competenza professionale del progettista (cfr. TAR Sicilia-Catania 13 ottobre 1995 n. 2327; TAR Toscana, Sez. II, 17 aprile 1989 n. 144), spettando al giudice amministrativo il sindacato sulla valutazione circa l'entità quantitativa e qualitativa della costruzione, al fine di stabilire se la stessa, ancorché prevista con struttura in cemento armato, rientri o meno nella nozione di "modesta costruzione civile", alla cui progettazione è limitata la competenza professionale del geometra, ai sensi degli artt. 16 e segg. R.D. 11 febbraio 1929 n. 274 (cfr. TAR Abruzzo 28 settembre 1999 n. 547).

E poiché, pur a fronte di una progettazione che prevede la realizzazione di strutture in cemento armato, gli atti autorizzativi nulla espongono circa le ragioni per le quali l'opera ricade nella competenza professionale del geometra, ne consegue che questi ultimi devono essere annullati,

TAR Lombardia, Brescia, Sentenza n. 2368 del 23 giugno 2010: obbligo di rimozione e smaltimento dei rifiuti

Nel caso di abbandono di rifiuti su proprietà privata, per consolidata e conforme giurisprudenza, è necessario che l'autorità comunale dimostri, in modo non equivoco, che i rifiuti siano stati ivi abbandonati almeno in concorrenza omissiva da parte del proprietario ed ivi continuino ad insistere per disponibilità del medesimo.

Consiglio di Stato Sez. V - Sentenza n. 04236 del 2 luglio 2010 : Nel pubblico impiego le mansioni svolte dal dipendente che siano superiori rispetto a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina o di inquadramento sono del tutto irrilevanti sia ai fini sia economici, sia di progressione di carriera, salvo che la legge non disponga altrimenti

Le mansioni superiori svolte dal dipendente rispetto a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina o di inquadramento, sono del tutto irrilevanti sia ai fini sia economici, sia di progressione di carriera, salvo che la legge non disponga altrimenti. Ciò in quanto il rapporto di pubblico impiego non è assimilabile al rapporto di diritto privato, perché gli interessi coinvolti non sono disponibili e anche perché l'attribuzione delle mansioni e del relativo trattamento economico devono avere il loro presupposto indefettibile nel provvedimento di nomina o di inquadramento, non potendo tali elementi costituire oggetto di libere determinazioni dei funzionari amministrativi (Ap., n. 22/99; Cons. St., V Sez., n. 545/07).

La giurisprudenza ha, altresì, chiarito che al fine di rendere rilevanti le mansioni superiori adempiute da un pubblico dipendente non è invocabile l'art. 2126 c.c. , il quale, oltre a non dare rilievo alle mansioni svolte in difformità dal titolo invalido, riguarda il fenomeno del tutto diverso (lo svolgimento di attività lavorativa da parte di chi non è qualificabile pubblico dipendente) ed afferma il principio della retribuitività del lavoro prestato sulla base di un atto nullo o annullato. Esso, pertanto, non incide in alcun modo sui principi concernenti la portata dei provvedimenti che individuano il trattamento giuridico ed economico dei dipendenti pubblici e non consente di disapplicare gli atti di nomina o di inquadramento emanati in conformità di leggi e di regolamenti.

Inoltre, è da tempo pacifico, nella giurisprudenza amministrativa, il carattere supplementare ed integrativo dell'art. 2103 c.c., come sostituito dall'art. 13 L. 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori), per quanto riguarda l'obbligo di adeguare il trattamento economico alle mansioni esercitate (V Sez., n. 274/89), sicchè tale norma può essere applicata soltanto nei limiti previsti da norme speciali (IV Sez., n. 113/06).

E' stato anche rilevato che la pretesa al riconoscimento di mansioni superiori non può trovare diretto fondamento nell'art. 36 Cost., che sancisce il principio di corrispondenza della retribuzione alla qualità e alla quantità del lavoro prestato, non potendo la norma trovare incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale (cfr. Ap. n. 22 cit.; V Sez., n. 1722/07).

In conclusione, nell'ambito del pubblico impiego, non sono le mansioni ma la qualifica il parametro al quale la retribuzione va inderogabilmente riferita, considerate anche le esigenze di carattere organizzatorio regolate secondo il paradigma dell'art. 97 Cost. (IV Sez., n. 587/06).

Ciò comporta che l'Amministrazione è tenuta ad erogare la retribuzione corrispondente alle mansioni superiori solo se una norma speciale consenta tale maggiorazione retributiva, circostanza che manca nella fattispecie.

TAR Campania, Sezione II, sentenza n. 15731 del 23 giugno 2010: La realizzazione dei parcheggi pertinenziali è possibile, in deroga agli strumenti urbanistici vigenti, solo nel sottosuolo, ovvero nei locali siti al piano terreno dei fabbricati già esistenti

Le disposizioni dettate dall'art. 9 della legge n. 122 del 1989 in materia di parcheggi pertinenziali, si devono interpretare, in coerenza con il quadro normativo di riferimento, nel senso che la realizzazione dei parcheggi è possibile anche in deroga agli strumenti urbanistici solo nel sottosuolo ovvero nei locali siti al piano terreno dei fabbricati già esistenti mentre per le nuove costruzioni fuori terra, anche se destinate a parcheggio, devono essere comunque rispettate le disposizioni dettate dalla strumentazione urbanistica.

Stabilisce, al riguardo, l'art. 9 della legge n. 122 del 1989 che "i proprietari di immobili possono realizzare nel sottosuolo degli stessi ovvero nei locali siti al piano terreno dei fabbricati parcheggi da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi vigenti". La norma continua disponendo che tali parcheggi possono essere realizzati, ad uso esclusivo dei residenti, anche nel sottosuolo di aree pertinenziali esterne al fabbricato purché non in contrasto con i piani urbani del traffico, tenuto conto dell'uso della superficie sovrastante e compatibilmente con la tutela delle risorse idriche.

Dunque se gli spazi per parcheggio di natura pertinenziale e obbligatoria non vanno considerati ai fini del calcolo della volumetria complessiva consentita e della determinazione della superficie coperta, per gli ulteriori parcheggi è possibile introdurre un distinto regime giuridico, in quanto suscettibili di incrementare il carico urbanistico. In altri termini, la disciplina dei parcheggi aggiuntivi appartiene all'autonomia programmatica comunale ed è il frutto di una scelta ponderata ai fini dell'ottimale assetto del territorio.

TAR Calabria, Catanzaro Sez. I sentenza n. 1419 del 1° luglio 2010: è del Consiglio Comunale e non della Giunta la competenza per l'affidamento della gestione di un centro sportivo comunale ad una associazione

Nell'ambito della ripartizione di competenza fra l'organo assembleare e l'organo esecutivo, la scelta del legislatore è stata quella di riservare al primo esclusivamente la determinazione degli atti fondamentali di gestione dell'ente e la competenza residuale alla giunta, ovvero ai singoli dirigenti.

L'art. 42 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 attribuisce in modo tassativo al consiglio comunale, quale organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo dell'ente, le competenze tra cui figurano gli «acquisti e alienazioni immobiliari, relative permuta, appalti e concessioni che non siano espressamente previsti in atti fondamentali del consiglio e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della giunta, del segretario o di altri funzionari».

La norma attribuisce espressamente al consiglio comunale la competenza in materia di appalti - a meno che non siano previsti in atti fondamentali del consiglio - lasciando il concreto affidamento dell'appalto alla competenza della Giunta, in quanto attività meramente esecutiva o di ordinaria amministrazione. Infatti l'organo elettivo è chiamato ad esprimere gli indirizzi politici ed amministrativi di rilievo generale, che si traducono in atti fondamentali di natura programmatica o aventi elevato contenuto di indirizzo politico, tassativamente elencati (cfr. Cons. Stato, Sez. V: 31.1.2007, n. 383 e 13.12.2005, n. 7058), per cui deve affermarsi la competenza consiliare in materia di servizi pubblici, in ordine all'organizzazione dei servizi stessi ed agli atti espressione della funzione di governo, con esclusione di quelli gestionali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2005, n. 2324).

In caso di dubbio circa la ripartizione delle competenze, prevale la competenza dell'organo sovraordinato fornito di competenza generale nella materia e, cioè, il consiglio.

TAR Lazio, Sez. II Sentenza n. 1762 del 15 giugno 2010: nelle gare riservate (L.381/1991) le cooperative sociali non possono ricorrere all'istituto dell'avvalimento ove esso si risolva nella possibilità di usufruire dei requisiti di società di capitali

Nel caso dei procedimenti di gara aperta ma riservata alle cooperative sociali ai sensi dell'art. 5 della L. n. 381/1991, l'istituto dell'avvalimento non può essere utilizzato ove esso si risolva nella possibilità di usufruire dei requisiti di società di capitali, non ricomprese nel novero delle cooperative sociali.

Ciò anche in considerazione di quanto espresso nel parere n. 38/2009 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, che evidenzia come in tal caso verrebbe falsata la selezione comparativa e pregiudicata la finalità solidaristica della disciplina in questione.

Ove si consentisse alle cooperative sociali di partecipare tramite tale forma di avvalimento agli appalti ad esse riservati, ne risulterebbe alterata la par condicio del relativo settore, con conseguente rilevante pregiudizio dello stesso imparziale perseguimento delle finalità sociali e solidaristiche perseguite, nel senso che non sarebbe garantita "ex ante" una uniforme possibilità di ampliamento delle possibilità partecipative alle gare.

Il bando di gara deve pertanto prevedere espresso divieto di tale forma di avvalimento.

TAR Puglia, Bari Sez. II, Sentenza n. 02836 del 5 luglio 2010: La durata dei Piani di Insediamento Produttivi é fissata legislativamente in dieci anni, ed alcuna norma consente ai comuni di disporre la proroga di siffatto termine

La durata dei Piani di Insediamento Produttivi é fissata legislativamente in dieci anni, ed alcuna norma consente ai comuni di disporre la proroga di siffatto termine.

Che la durata di tale termine non possa essere modificata attraverso l'istituto della proroga discende dalla constatazione che la approvazione dei Piani di Insediamenti Produttivi comporta dichiarazione di pubblica utilità delle opere in esso previste nonché vincolo preordinato ad espropriazione relativamente alle aree in esso perimetrate, conseguenze queste che possono discendere solo da determinati atti previsti tassativamente dalla legge (art. 12 D.P.R. 327/01), approvati in esito ad un procedimento caratterizzato da determinate tappe funzionali a garantire sia una corretta ponderazione degli interessi, sia i diritti degli interessati: la mera proroga del termine di durata di una dichiarazione di pubblica utilità e/o di un vincolo preordinato ad esproprio é quindi illegittima - salvo che non sia prevista espressamente dalla legge - perché essa abiliterebbe le amministrazioni pubbliche a

comprimere i diritti dei privati, tramite esproprio, anche al di fuori delle ipotesi tassativamente previste.

Per tale ragione il termine di efficacia di un Piano degli Insediamenti Produttivi - termine che è già eccezionalmente lungo rispetto a quello quinquennale di ordine generale -, non può essere prorogato prima della sua scadenza naturale e tanto meno dopo, di guisa che, una volta scaduto, l'amministrazione può solo rinnovare il procedimento di approvazione del PIP per la parte rimasta ineseguita, previa valutazione della persistenza delle esigenze pubbliche che lo determinarono, e comunque nel rispetto della scansione procedimentale fissata dall'art. 27 della L. 865/71, la quale prevede:

- a) la fase della adozione;
- b) la fase del successivo deposito degli atti nella segreteria comunale con possibilità per gli interessati di proporre osservazioni ed opposizioni;
- c) la fase della trasmissione del Piano in Regione, nei casi in cui il Piano sia approvato in variante allo strumento generale ovvero interessi aree ed ambiti comunali individuate dal Piano territoriale di coordinamento come di interesse regionale;
- d) la fase della approvazione del Piano stesso;
- e) ed infine la fase della notifica a tutti i proprietari delle aree comprese nel Piano stesso.

Il problema, quindi, non è solo quello di assicurare la partecipazione al procedimento da parte degli interessati, né quello di attribuire ad essi un indennizzo per la reiterazione del vincolo: il punto è che occorre rinnovare il procedimento, occorre approvare un nuovo Piano, e tale approvazione deve seguire una determinata procedura.

Bergamo, 26 luglio 2010

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord