

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

33/2011

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

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

T.A.R. Toscana, Sez. II, n. 1165 del 7 luglio 2011: disciplina per l'assegnazione delle farmacie che si rendono vacanti ed esercizio del diritto di prelazione per attivazione farmacia di nuova istituzione

La l. n. 475/1968 stabilisce, in particolare, all'art. 9, primo comma, che la titolarità delle farmacie (vacanti, o di nuova istituzione) può essere assunta per metà dal Comune; il terzo comma, dal canto suo, stabilisce che, quando la farmacia sia unica, la prelazione si esercita alternativamente al concorso, tenendo presenti le prelazioni previste nei commi precedenti (primo e secondo) per fissare l'inizio dell'alternanza.

Il che vuol dire che la titolarità di metà delle farmacie può essere assunta dal Comune tramite prelazione, mentre l'altra metà è disponibile per l'esercizio privato, calcolandosi la metà stessa sul flusso delle farmacie che si rendono vacanti e di nuova istituzione. Pertanto, in base al criterio dell'alternanza, dall'art. 9, terzo comma, si desume che, ove la sede da assegnare sia unica, si partirà dalla prelazione, cui farà poi seguito il concorso, proseguendo nell'alternanza tra le due modalità di assegnazione. Se, poi, le sedi da assegnare siano più di una e siano dispari, il quarto comma dell'art. 9 precisa che l'unità eccedente spetterà al Comune.

Inoltre i titolari delle farmacie esistenti hanno un interesse di mero fatto, giuridicamente non tutelato, ad impugnare i provvedimenti con i quali il Comune, dopo essere divenuto titolare di una farmacia di nuova istituzione per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, attivi le procedure finalizzate alla sua gestione.

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4332 del 15 luglio 2011: sull'imparzialità della commissione di gara e sul principio che tutte le operazioni di gara a carattere valutativo debbano essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice

Ai sensi dell'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006, quando il criterio di aggiudicazione di una gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere nominata una Commissione di gara nella quale i componenti diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Sul punto è stato chiarito che tale prevista incompatibilità, mirando a garantire l'imparzialità dei commissari di gara, si riferisce a soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, ad esempio incarichi di progettazione, di verifica della progettazione, incarichi di predisposizione della legge di gara, e simili, mentre l'incompatibilità non può estendersi anche a funzionari della stazione appaltante che svolgono incarichi (amministrativi o tecnici) che non sono relativi allo specifico appalto (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 9577 del 29 dicembre 2010).

La "ratio" dell'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006 tende ad impedire, per ragioni di trasparenza e d'imparzialità, la presenza nella Commissione esaminatrice di soggetti che abbiano svolto una qualsiasi attività in grado di interferire con il giudizio di merito sull'appalto.

L'art. 84 del Codice dei Contratti Pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006) stabilisce, al comma 1, che quando "la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento".

Il secondo comma dell'art. 84 aggiunge che "La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto".

Sulla base di tali disposizioni si deve ritenere che, in una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tutte le operazioni di gara a carattere valutativo, debbano essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice.

Ciò si ricava non solo dall'interpretazione letterale della norma, che richiamando le attività di valutazione non può che comprendere tutti gli aspetti inquadrabili in tale concetto (e quindi anche le valutazioni che possono conseguire dalla presentazione dell'offerta economica), sia dalla ratio della norma che ha lo scopo di rimettere ad un organo collegiale, composto da esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, le attività valutative e quindi la scelta del contraente ritenuto migliore.

La giurisprudenza ha, in proposito, chiarito che non può ritenersi compito del responsabile unico del procedimento (RUP), in una gara con la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pronunciarsi sull'anomalia dell'offerta in quanto è la Commissione che deve operare un proprio diretto apprezzamento sull'anomalia, anche eventualmente sulla base di una relazione tecnica redatta dal RUP.

Attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta che non è di carattere comparativo ma è pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4584 del 15 luglio 2010).

Tutte le attività di valutazione (compreso l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta economica) devono essere compiute dalla Commissione giudicatrice (e non dal solo Presidente). Infatti la necessità di operare con il "plenum" della Commissione giudicatrice "si pone essenzialmente nelle fasi in cui la Commissione è chiamata a fare scelte discrezionali, in ordine alle quali v'è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale, e che invece può consentirsi la deroga al principio della collegialità per le attività preparatorie, istruttorie e vincolate".

T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 1104 del 7 luglio 2011: sulla legittimità delle gare bandite dai comuni per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale prima del 28 giugno 2011 e non ancora aggiudicate

L'art. 24, comma 4 del D.Lgs. n. 93/2011 supera la disciplina fissata dal D.M. 19.1.2011, prevedendo che gli enti locali che, alla data di entrata in vigore dello stesso D.Lgs., abbiano già pubblicato i bandi di gara e non siano ancora pervenuti all'aggiudicazione dell'impresa vincitrice, possono procedere all'affidamento del servizio "secondo le procedure applicabili alla data di indizione della relativa gara", e dunque senza dover attendere la determinazione degli ambiti, come invece richiesto dal citato D.M..

In ogni caso deve osservarsi come la disciplina tracciata dal detto D.M. pare suscettibile di disapplicazione, in quanto priva di una puntuale base normativa nel precedente D.Lgs, quanto al divieto di dar corso a pubbliche gare dopo la sua pubblicazione, se non nel quadro dei nuovi ambiti.

TAR Piemonte, Sez. I, n. 711 del 30 giugno 2011: la commissione di gara non può essere integrata successivamente al momento di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche

E' illegittima l'integrazione della Commissione giudicatrice avvenuta in un momento successivo a quello dell'apertura delle buste delle offerte tecniche.

La giurisprudenza amministrativa ha escluso l'immanenza nell'ordinamento di un principio di immodificabilità delle commissioni di gara, ammettendo che i loro membri possano essere sostituiti quando ciò sia reso necessario da esigenze di rapidità e continuità dell'azione amministrativa.

Non è tuttavia legittima la variazione della consistenza numerica dell'organo, intervenuta in un momento in cui i membri originari dello stesso avevano già potuto prendere conoscenza dei contenuti delle offerte tecniche presentate dai concorrenti.

Evidenti esigenze di trasparenza e di rispetto della parità di trattamento dei concorrenti (nonché di garanzia di continuità delle operazioni valutative) impongono di individuare in tale momento il limite invalicabile oltre il quale non può essere variata la consistenza numerica della Commissione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 23/6/2011 n. 3809: I criteri di affidamento per gli appalti dei servizi pubblici possono prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge purché non discriminanti rispetto alle regole proprie del settore

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale i bandi di gara d'appalto e per gli affidamenti dei servizi pubblici possono prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore, rientrando nel potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice la fissazione di requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, e che possa pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità tecnica, diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione in albi o elenchi.

L'esercizio di tale potere discrezionale costituisce attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sostanziandosi nell'apprestamento da parte dell'amministrazione (proprio attraverso la individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) degli strumenti e delle misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci per il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, in relazione all'oggetto dell'appalto da affidare, laddove le previsioni (generali) contenute nelle relative disposizioni normative di settore (come l'iscrizione in appositi albi o elenchi) sono volte a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione ad una gara e possono pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare.

Le scelte così operate dall'amministrazione sono ampiamente discrezionali e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, con riguardo alla specificità dell'oggetto ed all'esigenza di non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegio.

Inoltre i bandi di gara, quali atti generali, rivolti ad un numero imprecisato di destinatari, si sottraggono all'obbligo di motivazione, così che il sindacato sulla scelta dell'amministrazione di fissare requisiti di partecipazione, ulteriori e più stringenti di quelli fissati dalla legge, non può che riguardare il corretto esercizio del potere amministrativo sotto il profilo della ragionevolezza, razionalità, logicità e non arbitrarietà in relazione all'oggetto del contratto e all'interesse pubblico perseguito.

T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 1622 del 22 giugno 2011: distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi pubblici

Negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore svolge la sua attività in favore di una p.a., la quale utilizza le relative prestazioni ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività.

Nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la p.a. nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo.

L'appalto di servizi concerne dunque prestazioni rese in favore dell'Amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Ciò comporta, di regola, ulteriori

conseguenze sull'individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta; normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato.

Consiglio di Stato, Sezione III, n. 4333 del 15 luglio 2011: la stazione appaltante deve verificare se le condanne riportate abbiano una rilevanza effettiva sulla gara tale da determinare l'esclusione dalla stessa delle imprese interessate

L'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163 del 2006, prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici dei soggetti nei cui confronti sia stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., per reati gravi che incidono sulla moralità professionale.

Tale disposizione è dettata al fine di evitare che l'Amministrazione contragga obbligazioni con soggetti che, per la gravità del reato commesso, non garantiscono il possesso di adeguata moralità professionale e il necessario affidamento.

L'esclusione e il divieto opera se il decreto o la condanna sono stati emessi nei confronti di coloro che, nelle società a responsabilità limitata e per azioni, ricoprono la carica di amministratore con poteri di rappresentanza o di direttore tecnico, ed anche, secondo quanto stabilito dalla disposizione in vigore all'epoca dei fatti in esame, nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (mentre ora l'esclusione e il divieto operano nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel solo anno antecedente la data di pubblicazione del bando, per effetto della modifica disposta con il comma 2 dell'art. 4, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, con i limiti previsti dal comma 3 dello stesso articolo).

Per assicurare il rispetto della indicata disposizione, il comma 2 del citato art. 38 prevede che le imprese partecipanti alle gare pubbliche devono presentare apposita dichiarazione, ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. n. 445 del 2000, nella quale devono indicare anche le eventuali condanne per le quali hanno beneficiato della non menzione.

Le stazioni appaltanti verificano poi sulla base delle dichiarazioni presentate e degli altri elementi di cui dispongono il possesso dei necessari requisiti di partecipazione e verificano, quindi, se le condanne riportate dagli amministratori con poteri di rappresentanza o dai direttori tecnici delle imprese partecipanti ad una gara pubblica, risultanti dalle dichiarazioni presentate in sede di partecipazione alla gara o da altri elementi di cui sono in possesso (come l'annotazione nel casellario dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di una precedente esclusione da una gara pubblica), abbiano una rilevanza effettiva (ed attuale) sulla gara tale da determinare l'esclusione dalla stessa delle imprese interessate.

Fra gli elementi che costituiscono oggetto della valutazione sulla rilevanza delle condanne riportate dagli amministratori in carica, e dai soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente la data di

pubblicazione del bando di gara (ed oggi nell'anno precedente), si può citare l'adozione da parte dell'impresa, di atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata pur riportata dall'amministratore cessato dalla carica nel periodo di riferimento.

Ha inoltre un sicuro rilievo, nella valutazione che deve compiere l'amministrazione, anche il tempo trascorso dalla vicenda oggetto della condanna penale e il tempo trascorso dalla stessa condanna penale.

Deve poi tenersi conto, per quel che riguarda la fattispecie in esame, della eventuale avvenuta estinzione del reato ai sensi dell'art. 445, comma 2, del c.p.p.

Infatti, in proposito, si è di recente affermato che devono ritenersi irrilevanti (tra l'altro) le condanne penali estinte ai sensi dell'art. 445, comma 2 c.p.p., con la conseguenza che le stesse possono anche non essere indicate nelle dichiarazioni che le imprese devono presentare ai sensi dell'art. 38 lett. c) del d. lgs. n. 163 del 2006.

Nelle gare ad evidenza pubblica, se è legittima l'esclusione del concorrente che ometta di dichiarare una condanna ad una sentenza patteggiata (ex art 444 c.p.p.) nei confronti del legale rappresentante dell'impresa, non si può tuttavia procedere all'esclusione se ben prima del termine per la partecipazione alla gara sia stata dichiarata dal Giudice dell'esecuzione penale l'estinzione del reato, ai sensi del art. 445 c.p.p.

Infatti tale successiva vicenda determina l'irrilevanza della relativa condanna anche in relazione alla causa di esclusione dettata dall'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006.

T.A.R. Piemonte, Sez. II n. 748 del 9 luglio 2011: sulla natura fiduciaria e la legittimità della nomina del revisore che ricopre la medesima carica in una società partecipata dal Comune

In base all'art. 234, comma 3, del d.lgs. n. 267 del 2000, l'elezione dell'organo monocratico di revisione (per i Comuni con meno di 15.000 abitanti) avviene a maggioranza assoluta dei membri del Consiglio comunale.

La scelta non presuppone una valutazione comparativa tra diversi concorrenti, ma ha natura essenzialmente fiduciaria costituendo il frutto di un apprezzamento altamente discrezionale.

È legittima la delibera con la quale il consiglio comunale ha eletto il candidato che ricopriva, al momento della nomina, la medesima carica di revisore presso una società partecipata dal comune, considerato che, nel caso di specie, tale sua posizione non determinava l'esistenza della causa di ineleggibilità consistente nell'esistenza di un "rapporto di natura patrimoniale" con società "controllata" dal comune (come prevede l'evocato art. 2399, comma 1, lett. c), c.c., quale richiamato dall'art. 236, comma 1, del d.lgs. n. 267 del 2000).

La partecipazione detenuta dal comune in tale società, pari allo 0,4% del capitale sociale, non è tale, invero, da determinare l'esistenza di una situazione di "controllo" così come definita dall'art. 2359, comma 1, c.c.: si tratta di una partecipazione assai poco rilevante, tale da non consentire all'amministrazione né di disporre della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, né di disporre di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in assemblea, né di realizzare alcuna altra forma di influenza dominante

T.A.R. Puglia, Bari Sez. III, n. 1053 del 9 luglio 2011: l'allocazione del servizio di Polizia Municipale in posizione di staff al Sindaco non è in contrasto con l'art. 9 della legge n. 65 del 1986

L'art. 9 della legge n. 65 del 1986 - Legge-quadro sull'ordinamento della polizia municipale - recita:
"1. Il comandante del Corpo di polizia municipale è responsabile verso il sindaco dell'addestramento, della disciplina e dell'impiego tecnico-operativo degli appartenenti al Corpo.
2. Gli addetti alle attività di polizia municipale sono tenuti ad eseguire le direttive impartite dai superiori gerarchici e dalle autorità competenti per i singoli settori operativi, nei limiti del loro stato giuridico e delle leggi."

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che secondo quanto dispone l'art. 9 della suddetta legge n. 65 del 1986, il comandante della polizia municipale è responsabile verso il sindaco, il quale a sua volta è l'organo titolare delle funzioni di polizia locale che competono al Comune.

Ne consegue che l'allocazione del servizio di Polizia Municipale in posizione di staff al Sindaco non è in contrasto con l'art. 9 della legge n. 65 del 1986 che prevede la responsabilità del Comandante della Polizia Municipale verso il Sindaco; di contro sarebbe illegittimo un provvedimento che ponesse il comandante della polizia municipale alle dipendenze di un funzionario del Comune in quanto equivarrebbe a trasferire a quest'ultimo funzioni di governo che per legge competono al sindaco.

Bergamo, 25 luglio 2011

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord

