

COMUNICAZIONI DELLA CONFEDERAZIONE AGLI ENTI ASSOCIATI

06/2013

AGLI ENTI ASSOCIATI

INFORMAZIONI AMMINISTRATIVE ED APPROFONDIMENTI

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

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 107 del 11.1.2013: sul diritto alla retribuzione corrispondente al nuovo inquadramento dal momento del perfezionamento del provvedimento di inquadramento stesso

Il Consiglio di Stato ha statuito che il diritto alla retribuzione relativa al nuovo inquadramento del dipendente decorre dalla data di efficacia degli effetti giuridici del nuovo inquadramento stesso.

Non vi è dubbio che le determinazioni di nuovo inquadramento abbiano natura costitutiva e discrezionale, trattandosi, nella fattispecie, di riconoscimento delle mansioni superiori con l'attribuzione del corrispettivo livello funzionale, pertanto il diritto nasce dal momento della loro efficacia in quanto dette determinazioni costituiscono la fonte immediata del diritto del dipendente alla retribuzione corrispondente al nuovo inquadramento, con la conseguenza che i relativi emolumenti accessori spettano dal momento del perfezionamento dei provvedimenti stessi.

Consiglio di Stato, Sez. V n. 108 dell'11/01/2013: la valutazione delle prove concorsuali è altamente soggettiva e non sindacabile dal giudice amministrativo

Il Consiglio di Stato ha osservato che la valutazione delle prove di concorso da parte delle Commissioni giudicatrici è una valutazione tecnica ad alto tasso di soggettività, che il giudice amministrativo non può sostituire con una propria valutazione parimenti opinabile.

Per costante giurisprudenza, quindi, non è sindacabile la concreta attribuzione del punteggio da parte della Commissione esaminatrice, esprimendosi compiutamente il giudizio di quest'ultima (senza necessità di ulteriore specifica motivazione) attraverso l'attribuzione del punteggio e la graduazione

dello stesso (cfr. VI Sez. 4.4.2000 n.1925).

E' appena il caso di ricordare, infine, che l'indirizzo interpretativo riaffermato da tale orientamento giurisprudenziale non è stato ritenuto censurabile sul piano costituzionale (Corte Cost. n. 466 del 3 novembre 2000).

TAR Campania, Sez. II, , n. 50 dell'11.1.2013: sull'illegittimità del procedimento concorsuale per la copertura di una posizione già ricoperta da personale dipendente a tempo indeterminato

L'indizione di una procedura concorsuale per ricoprire un incarico non vacante e per il quale risulta esservi personale in ruolo del livello richiesto appare al Collegio illegittimo per carenza ed erroneità dell'indefettibile presupposto della carenza in pianta organica di idonee figure professionali.

Appare, peraltro, illogico e contraddittorio adottare un bando per la copertura di un posto per il quale per altro vi era una eccedenza di candidati idonei per livello professionale ad assumere l'incarico.

Nelle delibere impugnate non vi è, peraltro, traccia della avvenuta effettuazione di alcuna verifica in ordine ad una eventuale vacanza in pianta organica, né del fabbisogno triennale, né ancora della idoneità all'incarico del personale in servizio.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 89 del 10.1.2013: l'inosservanza delle prescrizioni del bando circa le modalità di presentazione delle offerte può implicare l'esclusione dalla gara quando vengano in rilievo prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica amministrazione appaltante, o poste a garanzia della *par condicio* dei concorrenti

Per pacifico principio giurisprudenziale, in materia di appalti della pubblica amministrazione, l'inosservanza delle prescrizioni del bando circa le modalità di presentazione delle offerte può implicare l'esclusione dalla gara (anche a prescindere dal fatto che questa sia espressamente prevista in termini specifici dalla *lex specialis*) quando vengano in rilievo prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica amministrazione appaltante, o poste a garanzia della *par condicio* dei concorrenti.

Laddove invece, come nel caso concreto, non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata preferenza al *favor participationis*, in coerenza con l'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (cfr. ad es. Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4334; 8 settembre 2008, n. 4252).

La Sezione ha avuto altresì modo di precisare che, anche prima dell'introduzione del principio della tassatività delle cause di esclusione mediante la recente modifica dell'art. 46 del Codice Appalti da parte del d.l. n. 70 del 13 maggio 2011, lo stesso articolo esprimeva pur sempre già il criterio della possibile rilevanza, ai fini dell'esclusione, delle mancanze sostanziali, ma non anche di quelle meramente formali : v. la decisione 10 gennaio 2012, n. 31).

Nel caso specifico, la Sezione ritiene che la lettura complessiva delle indicazioni del bando - sovrabbondanti, se non contraddittorie - esiga che venga attribuito il debito rilievo ai dati obliterati in prime cure, i quali impediscono, anche per la loro centralità logica, di condividere l'interpretazione seguita dal Tribunale.

La produzione delle certificazioni, da parte di chi aveva comunque già contestualmente attestato con dichiarazione sostitutiva, a norma di bando, il possesso dei conferenti requisiti, non poteva rivestire alcun valore essenziale, presentandosi semmai come adempimento di dubbia sensatezza, la cui prescrizione non per caso non si trovava presidiata da alcuna testuale comminatoria di esclusione.

Il provvedimento di esclusione gravato in primo grado risulta, pertanto, basato sull'inadempimento di una prescrizione che non era assistita da clausole di esclusione, ed in se stessa era ben lungi dall'essere accreditabile come essenziale.

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 90 del 10.1.2013: Il Contratto di avalimento deve essere reale e non semplicemente formale cioè una mera ripetizione del testo dell'art. 49 co. 2 D. Lgs. n. 163/2006

Il Contratto di avalimento, così come configurato dalla legge, deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta (Cons. Stato, III, 18 aprile 2011, n. 2343) assumendo impegni assolutamente generici, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (C.d.S., sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7592), garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati.

Il contratto di avalimento non può essere una mera ripetizione del testo dell'art. 49 co. 2 D. Lgs. n. 163/2006, il quale richiede l'allegazione all'offerta di "una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente" e del "contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 95 del 10.1.2013: sull'attribuzione, da parte della commissione di gara, del punteggio solo in forma numerica senza alcuna ulteriore motivazione

L'orientamento della giurisprudenza è nel senso che, per quanto riguarda la valutazione delle offerte da parte della commissione di gara pubblica, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica può

essere consentita quando il numero e lo schema delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro i quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia sufficientemente analitico da delimitare il giudizio nell'ambito di un minimo e di un massimo, rendendo così evidente l'*iter* logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico in applicazione di puntuali criteri predeterminati e permettendo di controllarne la logicità e congruità, laddove altrimenti è necessaria una puntuale motivazione del punteggio attribuito .

(Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3445; sulla stessa linea v., ad es., III, 11 marzo 2011, n. 1583; V, 17 gennaio 2011, n. 222; 3 dicembre 2010, n. 8410).

Consiglio di Stato, Sez. III n. 483 del 25/01/2013: Il possesso dei requisiti di capacità generale di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 deve essere assicurato non solo all'atto di presentazione della domanda ma per tutta la procedura di gara ed anche, successivamente all'aggiudicazione, per tutta la durata dell'appalto

Va ricordato come il possesso dei requisiti di capacità generale di cui all'art. 38 debba essere assicurato non solo all'atto di presentazione della domanda ma per tutta la procedura di gara ed anche, successivamente all'aggiudicazione, per tutta la durata dell'appalto (v., per tutte, Cons. St., IV, n. 6539/2012), al punto da ritenere che l'impresa debba comunicare all'amministrazione appaltante ogni variazione rilevante al riguardo.

Tutto questo legittima, ed anzi obbliga, la stessa amministrazione appaltante ad un controllo periodico sul possesso dei requisiti in capo alle imprese con le quali contratta, da cui consegue, in linea generale (fatti salvi i limiti di cui all'art. 21 nonies l. 241/1990), il potere di intervenire in autotutela, ove l'esito di tale controllo sia negativo.

Consiglio di Stato, Sez. V n. 435 del 24/01/2013: sulla natura di servizio pubblico a rilevanza economica del servizio di illuminazione votiva.

Osserva la Sezione che nella giurisprudenza è ormai prevalente l'indirizzo che riconosce natura di servizio pubblico al servizio d'illuminazione votiva, differenziandolo nettamente dall'ipotesi di concessione e gestione di opera pubblica (cfr: Consiglio di Stato, sez. V, sent. 29 marzo 2010 n. 1790, in cui è affermato espressamente che il servizio di illuminazione votiva costituisce "concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica", nonché Consiglio di Stato, sez. V, sent. 11 agosto 2010, n. 5620 e Consiglio di Stato, sez. V, sent. 14 aprile 2008, n. 1600).

Normalmente, infatti, la realizzazione dell'impianto ha carattere strumentale rispetto alla primaria esigenza perseguita, che è quella di consentire il culto dei defunti anche mediante la gestione del servizio di illuminazione votiva.

Quindi l'illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali da parte del privato costituisce oggetto di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare ad un'attività economicamente rilevante, in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore (Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784). Tanto si evince dal d.m. 31 dicembre 1983, n. 15400 (che ricomprendeva tra i c.d. servizi pubblici a domanda individuale proprio quello di illuminazione votiva) e risulta oggi confermato dalla norma generale sancita dall'art. 172, comma 1, lett. e), t.u. 18 agosto 2000 n. 267, e successive modificazioni, che impone di allegare al bilancio di previsione, fra gli altri documenti, le deliberazioni con le quali sono determinati le tariffe per i servizi locali, nonché (per quelli a domanda individuale) i tassi di copertura in percentuale del costo di gestione dei servizi stessi (Consiglio Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620).

Tanto premesso non può essere condivisa la tesi della parte appellante che erroneamente il Giudice di prime cure avrebbe asserito che la realizzazione dei nuovi impianti e la manutenzione di quelli già esistenti presentasse una rilevanza accessoria rispetto al servizio di illuminazione erogato.

Invero scopo principale della stipula del contratto di cui trattasi tra l'appellante e la stazione appaltante deve ritenersi che sia stato quello di mettere a disposizione della utenza la possibilità di esercitare il culto dei defunti anche mediante la fruizione del servizio di illuminazione votiva, per consentire il quale è stata necessaria la previa costruzione dell'impianto stesso da parte della società affidataria, che ha pertanto rilevanza accessoria e strumentale rispetto alla erogazione del servizio.

D'altronde alla affidataria è stato corrisposto il corrispettivo per l'erogazione del servizio e non per la costruzione della rete elettrica di illuminazione, che è quindi compresa tra i costi ammortizzabili con percezione dei corrispettivi per la gestione del servizio durante il corso dello stesso.

Consiglio di Stato, Sez. IV n. 387 del 23 gennaio 2013: Non è precluso alle associazioni di volontariato partecipare agli appalti

Alle associazioni di volontariato non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell'elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte *a latere*, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa.

La giurisprudenza di questo consesso ha affermato che esse possono essere ammesse alle gare pubbliche quali "imprese sociali", a cui il d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di

beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa [Cons. St., sez. III, 20 novembre 2012 n. 5882].

In tale prospettiva, la giurisprudenza ha osservato che l'art. 5, l. n. 266/2001, nell'indicare le risorse economiche delle Onlus, menziona anche «entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali», con ciò dimostrando di riconoscere la capacità delle Onlus di svolgere attività commerciali e produttive e, dunque, anche quella di partecipare a gare di appalto, quanto meno nei settori di specifica competenza, ad es. quello del trasporto di invalidi: è vero che la norma fa riferimento ad attività imprenditoriali «marginali», ma occorrerebbe dimostrare che la partecipazione dell'associazione all'appalto non abbia il carattere di marginalità [Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2009 n. 4236].

TAR Sardegna, Sez. II n. 84 del 4/02/2013: Sulla composizione della Giunta Comunale di soli uomini, illegittimità. In relazione al vincolo concernente la garanzia della rappresentanza di entrambi i sessi nella compagine assessorile

La giurisprudenza amministrativa, confortata anche dalla conforme interpretazione del principio fornita dalla Corte Costituzionale, ha in più occasioni riconosciuto all'art. 51 Cost. (che sancisce "tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini".) valore di norma cogente e immediatamente vincolante, come tale idonea a conformare ed indirizzare lo svolgimento della discrezionalità amministrativa, ponendosi rispetto ad essa quale parametro di legittimità sostanziale (ex multis Corte Cost. n. 4/2010; Tar Campania - Napoli, sez. I, n. 12668 del 2010 e nn. 1427 e 1985 del 2011).

Il principio in questione è stato inteso in primo luogo come immediato svolgimento del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., non solo nella sua accezione negativa (come divieto di azioni discriminatorie fondate sul sesso), ma anche positiva, impegnando le Istituzioni alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la piena partecipazione di uomini e donne alla vita sociale, istituzionale e politica del Paese.

Ma la pregnanza del principio nel tessuto ordinamentale, come in parte già rilevato più sopra, si svolge anche su un ulteriore piano dei valori costituzionali, giungendosi ad una più consapevole individuazione della sua valenza trasversale nella misura in cui lo si ricollega, in chiave strumentale, al principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa: la rappresentanza di entrambi i generi nella compagine degli organi amministrativi, specie se di vertice e di spiccata caratterizzazione politica, "garantisce l'acquisizione al modus operandi dell'ente, e quindi alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio, umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere" (Tar del Lazio sent. n. 6673/2011).

Il principio costituzionale così inteso, quindi, illumina ulteriori disposizioni poste dal legislatore

ordinario a tutela della effettiva realizzazione della parità tra uomini e donne : il codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198), all'art. 1, comma 4, precisa che "l'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività", mentre l'art. 6 TUEL (d.lgs 267/2000) al comma 3 prevede "Gli statuti comunali e provinciali stabiliscono norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna ai sensi della legge 10 aprile 1991, n. 125, e per promuovere la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali del comune e della provincia, nonché degli enti, aziende ed istituzioni da esso dipendenti".

Inteso nei termini sopra specificati il principio di parità si pone come vincolo per l'azione dei pubblici poteri nello svolgimento della discrezionalità loro consegnata dall'ordinamento e come direttiva in ordine al risultato da perseguire (promozione delle pari opportunità tra i generi, in funzione della parità sostanziale e del buon andamento dell'azione amministrativa), con possibilità per gli attori istituzionali di individuare le modalità per la realizzazione più appropriata dei principi in questione, purché nel rispetto delle basilari esigenze di ragionevolezza, coerenza e adeguatezza motivazionale.

Bergamo, 11 febbraio 2013

Confederazione delle Province
e dei Comuni del Nord