



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**25 marzo  
2016**

**CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD**

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Per l'Anac l'ex direttore di una società in house non può lavorare con la Pa per tre anni
- ❖ Un'altra sentenza del giudice amministrativo in attesa di una nuova concertazione sul piano di razionalizzazione del servizio postale
- ❖ Il Comune confinante col sito di una cava può impugnare il provvedimento di autorizzazione
- ❖ Appalti di notevole complessità e nomina di soggetti esterni all'amministrazione per la valutazione di congruità delle offerte

**SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo**  
**Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166**  
**[www.conord.org](http://www.conord.org)                      [conord@conord.org](mailto:conord@conord.org)**

**Per l'Anac l'ex direttore di una società in house non può lavorare con la Pa per tre anni**

In una gara ad evidenza pubblica indetta dal Comune per l'assegnazione della gestione del servizio parcheggi, non può partecipare una società neocostituita il cui presidente ed azionista sia stato in precedenza direttore generale di una società in house del Comune stesso che aveva il compito di gestire il medesimo servizio messo a gara. Questo in quanto vi sarebbe violazione della par condicio dei concorrenti secondo l'Anac, che con la delibera numero 292/2016 ha motivato sostenendo che questa situazione può aver comportato un'asimmetria informativa fra i vari partecipanti a favore della società concorrente guidata dall'ex manager pubblico, minando la correttezza della gara.

In questa situazione l'Autorità anticorruzione ha ravvisato anche la necessità di trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica per le opportune verifiche di competenza dell'autorità giudiziaria.

La vicenda prende spunto da un esposto di una società intervenuta alla gara contestando l'aggiudicazione provvisoria effettuata dal Comune per una violazione dell'articolo 53, comma 16-ter del Dlgs 165/2001 secondo il quale *“i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni (...), non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della Pa svolta attraverso i medesimi poteri”*. La citata fonte normativa prosegue definendo che *“i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi*

*referiti”*.

Prima di rivolgersi formalmente all'Anac, la società si era rivolta al segretario generale del Comune in qualità di responsabile della prevenzione della corruzione ed al dirigente responsabile del procedimento, ottenendo come risposta che *“la norma invocata non può trovare applicazione nel caso concreto, trattandosi di operatore economico di nuova istituzione”*, per cui non era possibile a loro avviso annullare la gara o sovvertirne l'esito. Coerentemente con questa risposta l'ente dava corso all'aggiudicazione definitiva della gara alla società vincitrice ed oggetto della segnalazione.

L'Anac però, come anticipato, è di diverso avviso e citando la linea di rigore dettata dal Piano Nazionale Anticorruzione sostiene che *“il rischio valutato dalla norma è che durante il periodo di servizio il dipendente possa artatamente precostituirsi delle situazioni lavorative vantaggiose e così sfruttare a proprio fine la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro per lui attraente presso l'impresa o il soggetto privato con cui entra in contatto. La norma prevede quindi una limitazione della libertà negoziale del dipendente per un determinato periodo successivo alla cessazione del rapporto per eliminare la "convenienza" di accordi fraudolenti”*.

Secondo l'Anac, il rigore richiesto per contrastare la corruzione, comporta una interpretazione estensiva dell'articolo 53, comma 16 ter, del Dlgs. 165/2001, dovendosi quindi considerare come dipendenti pubblici non solo i soggetti tecnicamente inquadrabili in questa categoria, ma anche quelli che pur essendo soggetti esterni all'amministrazione svolgono per essa prestazioni di lavoro autonomo o di lavoro subordinato a tempo determinato, anche nel caso in cui il rapporto non sia direttamente con l'ente pubblico, ma come nel caso analizzato, con una società in house a capitale pubblico.

### **Un'altra sentenza del giudice amministrativo in attesa di una nuova concertazione sul piano di razionalizzazione del servizio postale**

Continua ad essere particolarmente vivace, in queste settimane, il dibattito riguardante il piano di razionalizzazione del servizio postale. Come già accennato nella newsletter di inizio marzo, il 24 u.s. si è tenuto un confronto in sede di Conferenza Unificata tra enti locali, Regioni e Governo al fine di avviare una consultazione sulle modalità di consegna a giorni alterni della corrispondenza nei piccoli Comuni da parte di Poste Italiane. Non va, infatti, dimenticato come il piano di riordino e razionalizzazione preveda, per molti uffici dei piccoli Comuni, una riduzione sia degli orari di apertura degli uffici postali sia una sensibile contrazione del servizio di consegna della posta.

Nel frattempo, però, continuano a venire in decisione i ricorsi proposti dai Comuni che si sono già visti chiudere da Poste Italiane uno – se non, a volte, unico – Ufficio postale.

In questo solco si pone la sentenza 23.3.2016, n. 183 del TAR l'Aquila con cui è stato accolto il ricorso di un Comune e, per le conseguenze, annullato il provvedimento di chiusura dell'ufficio postale la cui efficacia era già stata precedentemente sospesa in sede cautelare.

In estrema sintesi il Giudice adito ritiene che il provvedimento di chiusura debba essere annullato per un evidente difetto di motivazione.

A ben vedere, infatti, Poste Italiane si è limitata ad affermare genericamente che “Tale intervento, in ottemperanza all'art. 2 comma 6 del vigente Contratto di Programma 2009-2011, rientra in un piano di efficientamento volto all'adeguamento dell'offerta all'effettiva domanda dei servizi postali in tutti i Comuni del territorio nazionale in ragione del comprovato

disequilibrio economico di cui alla erogazione del servizio postale universale come rappresentato anche, nelle singole situazioni specifiche alla Autorità di Regolamentazione del settore postale all'atto della trasmissione del piano degli interventi e come l'Azienda ha già avuto modo di comunicare approfondendo le relative problematiche”.

Si tratta, quindi, di una motivazione illegittima poiché del tutto disancorata da qualunque esplicitazione di fatti riferibili al caso di specie, tanto da ridursi ad una mera clausola di stile, replicabile in maniera identica in qualunque situazione (Tar Lombardia, Milano, n. 2036 del 2015; Tar Sardegna, n. 1068 del 2015).

Il Collegio rafforza il proprio ragionamento richiamando anche quanto già osservato e statuito dal Consiglio di Stato, secondo cui la chiusura di un ufficio postale non può essere disposta da Poste Italiane Spa solo per ragioni di carattere economico, senza ponderare il pregiudizio alle esigenze degli utenti derivante dalla chiusura dell'ufficio stesso, dovendo invece, ai sensi dell'art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, richiamato espressamente dalla direttiva 2008/6/CE, la scelta della soppressione di un ufficio postale essere il frutto di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento tra il dato economico e le esigenze degli utenti, specie di quanti si trovano in condizioni più disagiate, individuando valide soluzioni alternative, a tutela della coesione sociale e territoriale (Consiglio di Stato, n. 2873 e 2720 del 2014 e n. 1262 del 2015).

Viene così, ancora una volta, ribadita l'impossibilità per Poste Italiane Spa di disporre la chiusura di uffici postali per motivi meramente economici e senza una previa comparazione dei vari interessi, compresi quelli eventualmente evidenziati dallo stesso Comune.

**Il Comune confinante col sito di una cava può impugnare il provvedimento di autorizzazione**

I Comuni possono impugnare provvedimenti di autorizzazione alla realizzazione di un impianto o di un'opera nel comune limitrofo anche senza dover fornire dettagliatamente la prova della nocività o pericolosità dello stesso, rilevando quindi solo la preoccupazione per i potenziali e temuti disagi da parte dei propri cittadini, per loro stessi e per il territorio, in quanto il Comune come rappresentante di una collettività e portatore di interessi generali e diffusi ha in materia ambientale una legittimazione più ampia all'azione.

Il Consiglio di Stato, sezione V, con la sentenza 16 marzo 2016 n. 1058 ha riconosciuto la legittimazione e l'interesse ad agire di un Comune, ribaltando la pronuncia di primo grado, nell'impugnare un provvedimento di autorizzazione alla costruzione di una cava nel territorio dell'amministrazione confinante, giustificando la legittimazione sulla base delle fondate preoccupazioni dei cittadini per i pregiudizi alla qualità della vita e per lo sconvolgimento che subirebbe il territorio a causa del previsto aumento dei mezzi pesanti in transito. necessari per svolgere l'autorizzata attività estrattiva, *“non potendo la legittimazione ad agire essere subordinata alla prova di una concreta pericolosità dell'impianto”*.

Il Tar Veneto invece, in primo grado, aveva dichiarato inammissibile il ricorso per mancanza di legittimazione ad agire da parte del Comune, in quanto non era dimostrato alcun concreto pericolo che potesse danneggiare gli interessi di questo Ente avverso la Delibera della Giunta Regionale del Veneto di autorizzazione paesaggistica relativa alle procedure per l'attivazione di una cava in un comune limitrofo.

I magistrati richiamano la costante

giurisprudenza amministrativa in materia di impianti di trattamento rifiuti, in applicazione dell'articolo 100 del cpc anche al processo amministrativo, decidendo che il Comune ha la piena legittimazione ad impugnare il provvedimento per ottenere qualsiasi vantaggio possibile, anche semplicemente la riapertura della discussione sull'impianto autorizzato, non soltanto per il fatto di essere confinante con il sito interessato all'opera, ma anche per la *“mera prospettazione di ripercussioni sul territorio del Comune appellante, piuttosto che la dimostrazione della concreta pericolosità dell'impianto”*, dovuta alla futura incidenza del maggiore traffico legato all'attività della cava che sarà causa di un grande sfruttamento continuativo del territorio comunale

Nel merito del giudizio il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato il ricorso ed annullato l'autorizzazione alla realizzazione della cava, poiché vi era stata una mancanza nell'iter procedimentale autorizzativo da parte dell'amministrazione locale che non aveva acquisito l'obbligatorio parere della Commissione Tecnica Provinciale per le attività di cava. Questo obbligo è previsto dalla legge regionale del Veneto n. 44/1982, che disciplina la ricerca e l'attività di cava al fine di salvaguardare l'ambiente e gestire correttamente lo sfruttamento delle risorse, oltre che mantenere la massima superficie agricola possibile a fini produttivi. In base a questa legge regionale la Commissione, come organo consultivo della Provincia, deve obbligatoriamente fornire un parere perché possa essere rilasciata un'autorizzazione o una concessione estrattiva o per eventuali modifiche o revoche dei progetti. La legge prevede, per ottenere questi obiettivi, alcuni strumenti di pianificazione come il Piano regionale dell'attività di cava, il Piano provinciale dell'attività di cava, il Programma provinciale di escavazione ed il Progetto di coltivazione.

In mancanza di un Piano regionale, la

normativa prevede in via di disciplina transitoria, l'acquisizione obbligatoria e vincolante di un parere espresso dall'amministrazione provinciale attraverso la Commissione già citata, al fine di garantire un elevato standard di protezione ambientale, come giustamente citato in sentenza dai giudici di Palazzo Spada.

Alla violazione dell'iter procedimentale per la mancata acquisizione di questo parere, si aggiunge l'irregolarità del provvedimento di autorizzazione della Regione Veneto, che a parere dei giudici, non ha fissato limiti all'attività, contraddicendo le previsioni della normativa e del piano ambientale nel frattempo adottato, ma non ancora in vigore. La sentenza specifica che il Piano regionale non è adottabile come riferimento per sancire l'illegittimità del provvedimento impugnato, ma di sicuro i limiti contenuti in esso vanno presi in considerazione per valutare i margini di discrezionalità della Regione nelle sue scelte di contemperamento delle esigenze ambientali e di tutela del paesaggio con quelle imprenditoriali, visto che la delibera non spiega in alcun passaggio come mai la Regione *“autorizzi una cava di siffatte dimensioni, pur avendo già operato valutazioni sia pure non ancora efficaci di segno opposto nell'atto di pianificazione delle attività di cava”*

### **Appalti di notevole complessità e nomina di soggetti esterni all'amministrazione per la valutazione di congruità delle offerte**

Con la sentenza n. 16.3.2016, n. 1074 la V<sup>^</sup> Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo il ricorso di una Stazione Appaltante a soggetti esterni per valutare, con maggiore precisione, offerte caratterizzate da una particolare complessità.

I fatti di causa traggono origine da una gara per l'affidamento dell'appalto della progettazione esecutiva e dei lavori di completamento di un conca di navigazione su fiume Mincio, al termine della quale la seconda classificata aveva dedotto innanzi al TAR una serie di censure relative alla violazione delle norme sulla nomina di organi esterni alla stazione appaltante cui demandare la verifica dell'anomalia dell'offerta (cfr. art. 121 del d.P.R. n. 2017/2010 e artt. 10, comma 7, 90 e 91 del d.lgs. n. 163/2006), e di eccesso di potere relativamente al contenuto delle valutazioni effettuate in sede di verifica dell'anomalia, fino a contestarne le modalità operative, ritenute lesive del principio del contraddittorio.

Il TAR respingeva tutti i motivi d'impugnazione, rilevando in particolare che l'attività di supporto al responsabile unico del procedimento da parte di organi tecnici, esterni all'apparato burocratico della stazione appaltante nella fase di verifica dell'anomalia è espressamente consentita dall'art. 121 del d.P.R. n. 207/2010 e che le valutazioni esperite nella verifica dell'anomalia risultavano coerenti con i dati tecnici acquisiti nel corso dell'istruttoria.

In sede di appello il Consiglio di Stato ritiene meritevole di conferma la sentenza di primo grado, stante la legittimità dell'operato dell'Amministrazione.

Il Collegio premette, per esigenze di chiarezza, come l'oggetto del contratto d'appalto fosse particolarmente complesso dato che prevedeva l'esecuzione di lavori strutturali (formazione dei mandracchi; posa di palancoleti), preceduta dalla depurazione delle acque e da lavori di bonifica mediante il trattamento dei terreni e dei sedimenti contaminati dalla presenza di mercurio, idrocarburi, cromo, cadmio, stagno e di altri agenti inquinanti pericolosi per la salute.

La complessità delle opere risultava, poi, rispecchiata dal bando, che, quanto all'offerta economica, oltre a prevedere il

corrispettivo a corpo, aveva prescritto, a pena d'esclusione, d'indicare «il computo metrico dei lavori offerti; l'elenco dei prezzi unitari riferito a tutte le lavorazioni ed infine l'analisi dei prezzi, presenti nell'elenco prezzi a base d'appalto».

Sicché la verifica di congruità “ha involto l'apprezzamento e la valutazioni di profili tecnici multidisciplinari, tali da esigere, per un verso, una specifica ed adeguata competenza interdisciplinare e, per l'altro, l'analitico e complessivo riscontro dei prezzi offerti a corpo e a misura”.

Alla luce del siffatto quadro “la complessità delle operazioni implicate nella verifica di congruità giustifica l'ausilio di un organo esterno all'apparato burocratico, in aggiunta al fatto che il RUP ha dato previamente atto di non aver rinvenuto all'interno dell'amministrazione un'adeguata professionalità, cui far svolgere il compito”.

Parimenti viene definita priva di pregio l'ulteriore censura mossa a riguardo delle valutazioni formulate dal RUP, che ha recepito e fatte proprie nella relazione conclusiva del sub procedimento di verifica di congruità le indicazioni tecniche elaborate dalla soggetto esterno incaricato: va infatti “sottolineata e ribadita la natura tecnica dell'apprezzamento di cui esse sono espressione” (cfr. Cons. St., sez. III, 11 febbraio 2015, n. 726).