



Scuola Regionale Campania



Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale

Newsletter 9/2007

Ottobre 2007

**A cura delle dott.sse Angela Fabiano e Vania De Cocco –
Segretari Comunali in servizio presso la SSPAL Campania**

Sommario : P.A.: protocollo per garantire il buon funzionamento. --- Enti in funzione anche quando decade il Sindaco. --- Patto di stabilità: le indicazioni tecniche in vista della prossima manovra. --- Le indennità dei Sindaci non sono soggette all'IRAP. --- Per l'avviso dell'ICI serve la data certa. --- Addizionale IRPEF: decreto per versamento diretto ai Comuni. --- L'Agenzia dei segretari dice no al cartellino. --- Il lavoro straordinario va retribuito solo se autorizzato dal dirigente. --- Multe: funzionari responsabili. --- Non sono reato le critiche aspre all'operato dei vigili. --- Appalti: per affidamenti di progettazione ed esecuzione si applica la "Merloni". --- Appalti: le relazioni del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sono riservate. --- Trattativa privata con una sola offerta. --- Integrazione dei criteri di valutazione delle offerte. --- Illegittima l'esclusione dalla gara per non averne indicato l'oggetto. --- Regole per la "gara ufficiosa". --- Project financing: dal primo agosto niente prelazione. --- Illegittimo il ricorso alla variante semplificata di cui all'art. 5 DPR 447/1998. --- Revoca dell'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica. --- Confedilizia ricorre al TAR sul catasto. --- Illegittima l'ordinanza contingibile ed urgente senza termine. --- Affidamento del servizio d'illuminazione votiva nei cimiteri comunali. --- Non è appalto di servizio l'affidamento dello stadio alla maggiore squadra cittadina. --- Affidamento diretto non necessariamente di un solo servizio. --- Il danno a terzi va risarcito anche in caso di "colpa lieve". --- Il risarcimento del danno può essere diminuito in caso di corretto esercizio del potere di autotutela. --- G.U.: emergenze idrogeologiche, indirizzi operativi.

P.A.: PROTOCOLLO PER GARANTIRE IL BUON FUNZIONAMENTO

E' stato siglato il 10 ottobre 2007, tra il Ministro per le Riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione e l'Alto Commissario anticorruzione, un Protocollo d'intesa per garantire il buon funzionamento delle amministrazioni pubbliche, incentivare la trasparenza, snellire le procedure e potenziare il sistema dei controlli.

Obiettivo del Protocollo è creare un rapporto di collaborazione per favorire, all'interno della pubblica amministrazione, la diffusione della legalità e della trasparenza e per sviluppare interventi a favore della cultura dell'integrità.

Le linee strategiche che le parti intendono sviluppare si fondano sui seguenti punti programmatici:

- valutazione della normativa e della sua applicazione in tema di personale pubblico, con riferimento: a) ai sistemi di reclutamento, promozione, verifica e valutazione; b) ai programmi di formazione; c) alla effettiva



applicazione delle sanzioni disciplinari; d) alla integrità dei dipendenti; e) alla trasparenza degli incarichi e dei compensi;

- promozione congiunta di azioni per prevenire la corruzione e le altre forme di illecito nella pubblica amministrazione;
- collaborazione nello sviluppo degli interventi di cui al Protocollo di intesa siglato dal Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione ed il Ministro della Giustizia, con particolare riferimento alla creazione di un sistema informativo integrato della giustizia penale. (Rif. www.anci.it)

ENTI IN FUNZIONE ANCHE QUANDO DECADE IL SINDACO

Il TAR Lazio-Roma, Sez. I-ter, con sentenza del 26 settembre 2007, n. 9414, ha precisato i poteri del Prefetto ed ha chiarito l'attuale complicato intreccio delle competenze, statuendo che è illegittimo il provvedimento del Prefetto che ha "commissariato" un Comune per aver ritenuto, in base ad una sentenza non definitiva di accertamento dell'ineleggibilità del Sindaco, non più legittimati gli organi dell'ente, e di conseguenza, l'ente impossibilitato a funzionare.

Il Prefetto, nel caso di specie, aveva ritenuto di operare nell'interesse pubblico, inviando un commissario al Comune, con riferimento all'art. 19, comma 4, del R.D. 383/34 che attribuisce al Prefetto il potere di inviare "appositi commissari presso le Amministrazioni degli Enti locali quando, per qualsiasi ragione, si verifica l'impossibilità di funzionamento di questi".

La pronuncia evidenzia che l'art. 19 è ancora vigente "in via transitoria" (art. 273, comma 5, TUEL), ma la possibilità del "commissariamento" è prevista da un'altra norma e cioè dall'art. 141 TUEL, che disciplina la sospensione e lo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali in casi tassativi.

Vi sono, pertanto, due norme che sono in contrasto tra loro.

I giudici del TAR hanno stabilito che tra queste due norme vi è un rapporto di specialità e, nel caso in esame, hanno ritenuto che il Comune poteva continuare a funzionare, perché il Consiglio e la Giunta sarebbero rimasti in carica sino alle nuove elezioni e le funzioni di legale rappresentante dell'ente sarebbero state svolte dal vicesindaco. (Rif. "Il Sole 24 Ore" del 15 ottobre 2007).

PATTO DI STABILITA' : LE INDICAZIONI TECNICHE IN VISTA DELLA PROSSIMA MANOVRA

Per la prima volta negli ultimi anni, si prevede, con la prossima manovra finanziaria, una ristrutturazione delle regole di bilancio degli Enti locali, finalizzata a superare i problemi emersi in fase applicativa, ma senza determinare una rivoluzione.

Governo e associazioni, per quanto riguarda il patto di stabilità, hanno voluto salvaguardare il principio secondo cui il meccanismo dei saldi punta tutto sulla capacità autonoma di programmazione pluriennale da parte degli Enti locali, evitando così una nuova ondata di modifiche strutturali delle regole.

Qualche intervento si è reso necessario per superare i problemi applicativi sollevati dalla Finanziaria 2007, a partire da quello relativo agli avanzi di amministrazione che sono rimasti bloccati nelle casse dei Comuni per evitare di sfiorare il patto.

Per liberare queste risorse, che sono costituite da "risparmi" accantonati dagli Enti locali nelle gestioni precedenti, torna in campo il meccanismo della "competenza ibrida".

In pratica, il calcolo del concorso alla manovra, da parte di ogni singolo ente, verrà condotto sulla base della sola cassa, come già accaduto per quest'anno, mentre il saldo programmatico si baserà su un doppio binario: competenza (accertamenti ed impegni) sulla parte corrente e cassa per quella in conto capitale.

L'introduzione della competenza ibrida è, ormai, un dato acquisito.

Essa impone due ulteriori interventi: la rivisitazione del comma 684 della Finanziaria 2007, quello che impone il rispetto del patto già con il bilancio preventivo, e l'introduzione di un vincolo sul debito.

Il primo aspetto è, di fatto, un obbligo tecnico, perché il bilancio preventivo, ovviamente, è basato su una competenza ibrida e, dunque, non può rispettare un saldo programmatico così calcolato.

Più delicato e ancora non definito è il vincolo dell'indebitamento



Insomma, con la manovra, pur liberalizzando l'utilizzazione degli avanzi di amministrazione, si sta mettendo a punto un vincolo sul debito che, per evitare comportamenti opportunistici, dovrà imporre limiti più rigidi agli enti più indebitati.

Anche per quel che riguarda la base di calcolo, le modifiche studiate sono di "mantenimento", per evitare qualche effetto paradossale che quest'anno è emerso solo al momento del calcolo.

A tal proposito è emersa l'esclusione dei saldi rilevanti delle entrate con carattere eccezionale (ad esempio quelle da alienazione di patrimonio) che, alzando il saldo obiettivo in proporzione alla misura dei proventi realizzati, finisce per penalizzare proprio gli enti che nel triennio di riferimento sono stati più attivi nella ricerca di nuove risorse. (Rif. "Il Sole 24 Ore" del 20 settembre 2007)

LE INDENNITA' DEI SINDACI NON SONO SOGGETTE ALL'IRAP

Su apposito interpello proposto dal Ministero dell'Interno, l'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione n. 274 del 28 settembre 2007 ha chiarito che le indennità ed i gettoni di presenza percepiti dagli amministratori degli EE.LL. non sono soggette ad IRAP, anche se le prestazioni riguardano soggetti che esercitano, abitualmente arte, professione o impresa commerciale.

In particolare, il chiarimento ha riguardato il trattamento, ai fini IRAP, per indennità e gettoni di presenza che amministratori degli Enti locali, commissari prefettizi e organi straordinari percepiscono per l'esercizio delle loro funzioni.

La risoluzione richiama l'art. 2 del D.Lgs. 446/1997, secondo il quale il presupposto di applicazione dell'imposta è costituito dall'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata diretta alla produzione e scambio di beni o prestazione di servizi. Sono soggetti passivi anche le Amministrazioni pubbliche.

Per l'Agenzia delle Entrate, come previsto dall'art. 50 lett. f) del TUIR, l'esercizio di una pubblica funzione non è sufficiente a qualificare i compensi come redditi assimilati al lavoro dipendente.

Tuttavia, in base alla lett. g) della stessa norma, questo non vale per le cariche elettive, in quanto si tratta di fattispecie tipiche, "in relazione alle quali risulta irrilevante l'ulteriore attività esercitata dal percettore del reddito". I compensi fanno parte della base imponibile dell'ente. (Rif. "Il Sole 24 Ore" del 2 ottobre 2007)

PER L'AVVISO DELL'ICI SERVE LA DATA CERTA

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 20357 del 27 settembre 2007, ha affermato che l'avviso d'accertamento ICI deve avere data certa a pena di nullità: l'irregolare o mancata notifica, infatti, non può dirsi sanata perché presso il Comune sono custoditi i tabulati delle notifiche.

Nella sentenza la Corte ha evidenziato che "la data della notificazione (la cui mancanza determina la nullità della stessa, trattandosi di elemento essenziale della relata, ai sensi dell'art. 148 c.p.c.) non può essere dedotta da documenti estrinseci, quali i tabulati custoditi presso l'Ente locale.

La Cassazione ha, altresì, chiarito che "la sanatoria per il raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c., della nullità della notificazione di un avviso di accertamento si verifica solo a seguito dell'impugnazione dello stesso atto invalidamente notificato, ma non certo di un atto diverso, quale la cartella di pagamento, della quale il primo costituisce l'atto presupposto". (Rif. "Italia Oggi" del 4 ottobre 2007)

ADDIZIONALE IRPEF: DECRETO PER VERSAMENTO DIRETTO AI COMUNI

Il Ministro dell'Economia il 5/10/2007 ha firmato il decreto con cui sono definite le modalità operative per l'effettuazione del versamento, in acconto ed a saldo, dell'addizionale comunale IRPEF direttamente al Comune in cui il contribuente ha il domicilio fiscale alla data del 1° gennaio dell'anno cui si riferisce l'addizionale, come previsto dalla Finanziaria 2007.

Il nuovo sistema, previsto dalla Finanziaria 2007, entrerà a regime dal 1° gennaio 2008, con il versamento dell'addizionale ai Comuni, che avverrà attraverso un apposito codice tributo assegnato ad ogni Municipio. Sarà poi l'Agenzia delle Entrate a ripartire le somme affluite tra i diversi Comuni, accreditando i rispettivi importi sulla base delle informazioni contenute nel flusso telematico trasmesso da ciascun ente.

Il decreto è disponibile sul sito del Ministero dell'Economia. (Rif. www.anci.it)



L'AGENZIA DEI SEGRETARI DICE NO AL CARTELLINO

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 1763/2007, aveva sancito l'obbligo del rispetto dell'orario di lavoro e, dunque, della vidimazione del cartellino marcatempo, anche per la massima figura amministrativa dell'ente. Secondo l'Agenzia, però, la decisione del Consiglio di Stato, pur corretta in quanto riferita "ad atti e fatti intervenuti in un arco temporale tra il 1994 ed il 1995", non può essere elevata a regola generale "in un contesto normativo radicalmente mutato".

I segretari comunali, infatti, non sono più funzionari ministeriali bensì dipendenti dell'agenzia e la loro attuale disciplina è rimessa al CCNL del 16 maggio 2001 che non prevede alcun obbligo di osservare un orario di servizio né, dunque, quello di timbrare il cartellino per registrare la propria presenza, sia in entrata che in uscita.

Secondo l'art. 19 del vigente CCNL, il segretario "assicura la propria presenza in servizio", ma è libero di organizzare il proprio tempo "in modo flessibile" e "in relazione agli obiettivi e programmi da realizzare".

In alcuni enti, tuttavia, per il calcolo del premio di produttività, in sede decentrata, si è giunti ad un accordo per la rilevazione, in modo oggettivo, della durata dell'orario di lavoro.

Anche in questi specifici, limitati casi la timbratura del cartellino non integrerebbe l'obbligo del rispetto di un orario minimo, ma servirebbe solo da memoria storica per la valutazione delle prestazioni.

Tale *modus operandi* è stato condiviso anche dall'ARAN che, in uno specifico parere espresso sui dirigenti, asserisce che, nonostante l'autonomia riconosciuta agli stessi, l'Amministrazione può "assumere iniziative per l'accertamento delle presenze e delle assenze anche ai fini della valutazione annuale del dirigente e dell'erogazione della retribuzione di risultato". (Rif. "Il Sole 24 Ore" del 15 ottobre 2007)

IL LAVORO STRAORDINARIO VA RETRIBUITO SOLO SE AUTORIZZATO DAL DIRIGENTE

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 4702 del 7 settembre 2007, ha statuito che il lavoro straordinario dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni può essere retribuito solo se è preventivamente autorizzato dal dirigente.

Questa è una regola significativamente diversa rispetto al rapporto di lavoro privato.

La pronuncia, pur confermando quanto stabilito, nella fattispecie, in primo grado, dal TAR Liguria, corregge alcune altre recenti decisioni, di segno opposto, assunte dai TAR, che assumevano "il principio sinallagmatico per affermare la sussistenza incondizionata del diritto alla retribuzione", facendo, altresì, riferimento all'art. 36 della Costituzione che fissa il diritto ad un compenso proporzionato all'attività svolta.

La disciplina di riferimento era contenuta, originariamente, nell'art. 16 del DPR 268/1987.

Attualmente, invece, la disciplina è contenuta nel CCNL del 14/09/2000, cd. code contrattuali.

Le norme contrattuali prevedono espressamente che il lavoro straordinario debba essere preventivamente autorizzato da parte del dirigente competente, dovendosi escludere forme di autorizzazione generalizzata.

Inoltre, secondo i giudici, la convalida successiva è consentita solo a condizione che si dimostrino le improcrastinabili ragioni di interesse pubblico.

La sentenza si sofferma, a lungo, nell'illustrare le molteplici finalità che si vogliono raggiungere con l'autorizzazione del dirigente, al fine di dimostrarne il rilievo sostanziale e non formale, dopo averne affermata la necessità in attuazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

In primo luogo l'autorizzazione consente la verifica della sussistenza delle ragioni di pubblico interesse che rendono necessario il ricorso al lavoro straordinario.

La seconda funzione a cui è finalizzata la preventiva autorizzazione da parte del dirigente è quella di tenere sotto controllo la spesa in senso generale, controllando, comunque, che si rimanga nell'ambito del tetto complessivo e di quello orario individuale prescritto dalla norma contrattuale.

Altra funzione è quella di evitare che il lavoro straordinario venga svolto per fronteggiare esigenze di tipo ordinario, e che si possano creare condizioni di nocimento alla salute del dipendente e alla sua dignità di persona. (Rif. "Italia Oggi" del 14 settembre 2007 ; "Il Sole 24 Ore" del 1° ottobre 2007).



MULTE : FUNZIONARI RESPONSABILI

La Corte dei Conti della Toscana, con sentenza n. 515 del 5 giugno 2007, ha chiarito che il responsabile del servizio di polizia locale, addetto alla riscossione delle multe stradali, risponde personalmente degli eventuali ammanchi contabili conseguenti ad una negligente gestione delle “casse comunali”.

Nella fattispecie, un Comune aveva evidenziato il danno economico derivante dal mancato introito di proventi, essendo state accertate differenze tra quanto incassato dalla polizia municipale e quanto effettivamente versato alla tesoreria comunale dai vigili urbani.. L’ammanco contabile sarebbe derivato dalla negligente custodia dei valori in contenitori precari non idonei alla gestione di denaro pubblico.

Contro la conseguente richiesta di risarcimento avanzata dalla Procura della Corte dei Conti gli interessati hanno evidenziato la normalità della loro condotta.

Il Collegio, però, ha rigettato questa affermazione, perché, anche in mancanza di una espressa indicazione normativa, un corretto esercizio dei poteri amministrativi presuppone una gestione accorta delle casse con conseguente limitazione del rischio di sottrazione degli introiti delle multe. (Rif. “Italia Oggi” del 3 ottobre 2007)

NON SONO REATO LE CRITICHE ASPRE ALL’OPERATO DEI VIGILI

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 36077 depositata in data 2 ottobre 2007, ha annullato la sentenza di condanna di II grado per diffamazione nei confronti di un cittadino di un piccolo Comune, il quale aveva inviato una missiva al Sindaco, criticando aspramente l’operato dei vigili urbani.

I giudici della V Sez. penale della Corte hanno evidenziato nella pronuncia che “espressioni con le quali si qualificano criticamente il comportamento dei vigili, nell’esercizio delle rispettive funzioni, presenta in modo netto ed evidente il requisito della pertinenza al pubblico interesse”.

Inoltre, la Cassazione ha precisato che “la inqualificabilità delle condotte dei vigili, tali da denotare scarsa professionalità, sono espressioni in sé sicuramente offensive ma, nel caso in esame, giustificate dal genere di invettiva lanciata dal ricorrente, dove il termine invettiva sta ad indicare quella figura retorica che consiste nel rivolgersi improvvisamente e vivacemente a persona presente o assente, con un tono di aspro rimprovero”. (Rif. “Italia Oggi” del 3 ottobre 2007)

APPALTI : PER AFFIDAMENTI DI PROGETTAZIONE ED ESECUZIONE SI APPLICA LA “MERLONI”

Il Ministero delle Infrastrutture- Dipartimento per le infrastrutture statali, l’edilizia e la regolazione dei lavori pubblici- Direzione generale per la regolazione dei lavori pubblici, a seguito di espressa richiesta dell’ANCI, riguardo a quale regime transitorio fosse applicabile agli appalti di progettazione ed esecuzione, ha precisato che, fino all’entrata in vigore del regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici, per tali appalti, continuerà ad applicarsi la legge Merloni.

Il chiarimento si è reso necessario a causa di un “vulnus” normativo creatosi con il secondo decreto correttivo (D.Lgs 113/2007) che non ha previsto, diversamente dai precedenti provvedimenti, un regime transitorio che consenta di applicare le disposizioni abrogate con l’art. 256 del codice dei contratti pubblici. (Rif. www.anci.it)

APPALTI : LE RELAZIONI DEL DIRETTORE DEI LAVORI E DELL’ORGANO DI COLLAUDO SONO RISERVATE

La sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 13 settembre 2007, n. 11, ha affermato il divieto di accesso alle relazioni del direttore dei lavori e dell’organo di collaudo.

Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha, altresì, risolto una questione sulla quale la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato si era negli anni scorsi divisa, interpretando diversamente le norme vigenti.

Infatti, la norma della legge Merloni originaria (art. 31 bis) aveva qualificato come riservate le relazioni del direttore dei lavori e dell’organo di collaudo, fino al 2002 quando l’art. 7 comma 1 della legge 166 aveva eliminato tale qualifica.



Nel frattempo l'art. 10 del DPR 554/99 (regolamento della legge Merloni) aveva espressamente sottratto l'accesso, ai sensi dell'art. 24 della legge n. 241/1990, alle summenzionate relazioni.

Attualmente, poi, l'art. 13, comma 5, lett. d) del codice degli appalti esclude il diritto d'accesso ed ogni forma di divulgazione delle citate relazioni.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria conferma e condivide, anche per il periodo di vigenza dell'art. 31 bis modificato, la tesi restrittiva ritenendo la norma regolamentare "autonoma rispetto alle modificazioni che hanno investito la legislazione sui lavori pubblici".

Invero, la sentenza evidenzia che l'art. 10 del DPR 554/99 "è in armonia con l'art. 24 della legge n. 241/1990 e con i principi generali espressi dall'art. 31, secondo il quale le norme sul diritto d'accesso hanno effetto dalla data di entrata in vigore dei decreti previsti dalla legge 241/90".

La *ratio* della non accessibilità delle relazioni è individuata dai giudici nella "finalità di offrire alla stazione appaltante il resoconto delle vicende relative all'esecuzione dei lavori appaltati".

Le relazioni, insomma, sono finalizzate all'esclusivo sostegno dell'Amministrazione che si opponga alle richieste dell'appaltatore. (Rif. "Italia Oggi" del 4 ottobre 2007)

TRATTATIVA PRIVATA CON UNA SOLA OFFERTA

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza del 19/9/2007 n. 4877, confermando una precedente decisione del TAR Veneto, Sez. I, n. 1070 del 2005, ha affermato un importante principio sui contratti della pubblica amministrazione, pronunciandosi sulla legittimità della scelta da parte dell'Amministrazione di sospendere e revocare una trattativa privata nel caso in cui sia pervenuta "una sola offerta", qualora l'avviso non contenga la clausola che permetta di procedere all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta.

Per i giudici, qualora in una procedura a trattativa privata sia pervenuta "una sola offerta", l'Amministrazione gode della facoltà di non procedere all'affidamento dell'appalto, in relazione al libero apprezzamento dell'interesse pubblico volto a garantire la presenza di un minimo di concorrenzialità nell'offerta.

D'altra parte, la scelta di non procedere all'aggiudicazione, da parte del Comune, in presenza di una sola offerta, è stata motivata nell'atto di sospensione e nella lettera raccomandata inviata all'impresa.

La sentenza ha puntualmente precisato che il principio di libera concorrenza è presente in tutto l'ordinamento giuridico italiano. Ciò trova conferma anche nel codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) che stabilisce, all'art. 1, comma 1, che "(...) l'affidamento (di opere e servizi pubblici, servizi e forniture) deve rispettare i principi di libera concorrenza". (Rif. "Il Sole 24 Ore" dell'8 ottobre 2007; www.dirittodeiservizipubblici.it)

INTEGRAZIONE DEI CRITERI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza del 19/9/2007 n. 4879, si è pronunciato sull'illegittimità del comportamento della commissione giudicatrice che ha integrato i criteri di valutazione delle offerte, mediante le cd. annotazioni, allorché erano già aperte le buste contenenti le offerte tecniche.

E' principio pacifico quello secondo cui eventuali specificazioni o integrazioni dei criteri di valutazione, indicati dal bando di gara o dalla lettera d'invito, possono essere stabilite dalle commissioni giudicatrici soltanto prima della apertura delle buste relative alle offerte (cfr. le decisioni della stessa Sez. V n. 155/2004, n. 1791/2005 e sulla problematica concernente i limiti del potere integrativo consentito alle commissioni giudicatrici: Corte di Giustizia, Sez. II, del 24/11/2005 in c. 331/04). (Rif. www.diritto.it)

ILLEGITTIMA L'ESCLUSIONE DALLA GARA PER NON AVERNE INDICATO L'OGGETTO

Per il TAR Puglia, Lecce, Sez. II, sentenza del 14/9/2007 n. 3240, è illegittima e non proporzionata la sanzione della esclusione di una concorrente dalla competizione irrogata dalla stazione appaltante per non aver impresso all'esterno della busta contenente l'offerta la dicitura contenente l'oggetto della gara.

In caso di dubbio la lettera di un bando deve essere interpretata nel senso che lo stesso preservi il principio di massima partecipazione alla selezione tutte le volte che la tutela di tale postulato non venga in conflitto con principi in materia di pubbliche gare, quali il rispetto della *par condicio competitorum* ovvero la imparzialità ed il buon andamento delle operazioni di selezione.



Inoltre, le prescrizioni sulle formalità di presentazione delle offerte rilevano ai fini della esclusione dalla gara solo se rispondono ad un particolare interesse della Amministrazione. (Rif. www.diritto.it)

REGOLE PER LA “GARA UFFICIOSA”

Il TAR Campania, Napoli, con la sentenza n. 6969 del 21 luglio 2007 statuisce che nel caso in cui la stazione appaltante decida, nell'ambito di una trattativa privata, di indire una “gara ufficiosa”, così espressamente qualificando la procedura e diramando le conseguenti lettere invito, la stessa è tenuta al rispetto dei principi insiti nel concetto di gara, che sono quelli di trasparenza e *par condicio*.

Qualora le modalità con cui si procede ad un affidamento (lettera di invito con indicazione delle caratteristiche del servizio e di un termine di decadenza per la presentazione dei preventivi, con successiva valutazione comparativa delle offerte) inducono a ravvisarvi una gara ufficiosa, e qualora, nell'ambito di una trattativa privata, si decida di indire una gara ufficiosa, diramando le conseguenti lettere d'invito, si è tenuti anche al rispetto delle regole procedurali poste in via di autolimitazione.

Infatti, “nell'ambito della procedura di negoziazione a trattativa privata congegnata con i preliminari di una gara ufficiosa l'Amministrazione non è obbligata a predeterminare i criteri di valutazione delle offerte, potendo addirittura affidare agli stessi contraenti la formulazione delle offerte sulla base di esigenze di massima previamente palesate, fermo restando che quando l'Amministrazione liberamente decida di autovincolarsi con la puntuale predeterminazione di criteri di valutazione delle offerte esternati ai concorrenti, da tali criteri non potrà legittimamente prescindere al momento della scelta finale del contraente”. (Rif. www.diritto.it)

PROJECT FINANCING : DAL PRIMO AGOSTO NIENTE PRELAZIONE

Il Ministero delle Infrastrutture, in una nota del 5 ottobre 2007, in risposta ad apposita richiesta dell'ANCE, dell'AGI, dell'ANCPL-LEGACOOOP e dall'OICE, relativamente alla nuova disciplina sulla finanza di progetto di cui al secondo decreto correttivo del Codice appalti (D.Lgs. 113/2007 che modifica il D.Lgs. 163/2006), chiarisce che la soppressione del diritto di prelazione si applica alle procedure di *project financing* i cui avvisi sono stati emanati dopo il 1° agosto 2007.

Infatti, il D.Lgs. 113/2007, entrato in vigore il 1° agosto 2007, ha soppresso il cd. diritto di prelazione a favore dei soggetti che presentano proposte per la realizzazione di opere pubbliche in *project financing*.

Il Ministero, con la prefata comunicazione, ha fatto chiarezza in merito, in quanto dopo l'entrata in vigore del provvedimento alcuni hanno ipotizzato che gli effetti della norma soppressiva potessero avere applicazione anche con riguardo alle procedure in corso. (Rif. “Italia Oggi” dell'11 ottobre 2007)

ILLEGITTIMO IL RICORSO ALLA VARIANTE SEMPLIFICATA DI CUI ALL'ART. 5 D.P.R. 447/1998

E' illegittimo il ricorso alla variante semplificata di cui all'art. 5 del D.P.R. n. 447/1998 al fine di conseguire l'approvazione di un progetto per la realizzazione di grandi strutture di vendita.

E' questo uno dei principi con cui il Consiglio di Stato, Sez. IV - sentenza 12 settembre 2007 n. 4821 - ha respinto l'appello proposto da una società avverso la sentenza del TAR Lecce, che aveva dichiarato illegittimo il ricorso a tale variante semplificata.

Gli altri principi enucleati dal Consiglio di Stato nella sentenza sono:

- ai fini del riconoscimento della legittimazione ad impugnare una concessione edilizia, è sufficiente l'elemento della *vicinitas*, dovendosi riconoscere la legittimazione al proprietario di un immobile sito nella zona interessata alla costruzione, o a chi si trovi in una situazione di stabile collegamento con la zona stessa, senza che sia necessario dimostrare ulteriormente la sussistenza di un interesse qualificato alla tutela giurisdizionale;

- in materia di impugnativa di concessioni edilizie riguardanti grandi strutture di vendita, il criterio dello “stabile collegamento territoriale” che deve legare il ricorrente alla area di operatività del controinteressato per poterne ulteriormente qualificare la posizione processuale e conseguentemente il diritto di azione, scaturisce da un concetto di “*vicinitas*” più ampio di quello prospettato di consueto. Questo concetto di



"vicinitas", nella contestazione dell'insediamento di grandi strutture commerciali, si specifica identificandosi nella nozione di "stesso bacino d'utenza della concorrente", tale potendo essere ritenuto anche un raggio di azione di decine di chilometri;

- la c.d. variante semplificata, introdotta dall'art. 5 del D.P.R. n. 447/1998, è istituito da un lato alternativo e dall'altro eccezionale, comportando una consistente deroga al modello ordinario di approvazione di una variazione allo strumento urbanistico, in funzione anticipatoria e sostitutiva delle capacità revisionali delle esigenze di sviluppo del territorio, in attuazione dell'interesse pubblico di assecondare con prontezza insediamenti produttivi. Ne deriva, quindi, che l'interpretazione applicativa della norma deve essere ristretta a quanto espressamente previsto o ad esso facilmente riconducibile e non può estendersi a situazioni ulteriori e diverse da quelle contemplate dalla legge. (Rif. www.diritto.it)

REVOCA DELL'ASSEGNAZIONE DI UN ALLOGGIO DI EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA

Il Consiglio di Stato, con la decisione n. 4486 del 24 agosto 2007, ha statuito che la facoltà del Comune di disporre la decadenza dall'assegnazione, in caso di inadempimento dell'assegnatario ai suoi obblighi – tra cui l'obbligo di occupare stabilmente l'alloggio - deve essere riconosciuta indipendentemente dalla maturazione dei presupposti per l'acquisto della proprietà, compreso il pagamento del prezzo, fino a quando non si perfezioni l'acquisto stesso con il contratto di compravendita. All'atto dell'adozione del provvedimento di decadenza il trasferimento dell'alloggio non si era ancora perfezionato e, pertanto, a seguito di tale provvedimento, è venuto meno il presupposto stesso per l'acquisto della proprietà dell'immobile.

La revoca dell'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica., può intervenire anche dopo che l'assegnatario abbia fatto domanda di cessione dell'alloggio in proprietà, purché prima della stipulazione del relativo contratto. Ciò sebbene sia intervenuta la formale comunicazione dell'accettazione della domanda di cessione dell'alloggio da parte dell'Amministrazione e sia stato anche anticipato il pagamento del prezzo, atteso che qualsiasi causa risolutiva del rapporto di assegnazione sopravvenuta successivamente al momento in cui il diritto di riscatto sia sorto ed esercitato dall'assegnatario, purché prima della stipulazione del relativo contratto, fa venir meno il diritto stesso ad ottenere la proprietà dell'alloggio (Cass., I Sez. Civ. 24.4.1979, n. 2316).

A norma degli artt. 95 del D.P.R. n. 616/77 e dell'art. 55 della legge n. 457/78, spetta al Comune l'adozione dei provvedimenti di annullamento, decadenza o revoca dell'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, e, quindi, spetta in via esclusiva a tale ente la legittimazione passiva in ordine al ricorso con cui l'assegnatario si opponga a tali provvedimenti: agli Istituti autonomi per le case popolari (e, quindi, all'A.T.E.R.P.) che conservano la mera gestione di detti immobili, deve riconoscersi la sola facoltà di spiegare intervento a sostegno delle ragioni del Comune, con la conseguenza che tali enti non possono qualificarsi controinteressati ai quali il ricorso deve necessariamente essere notificato. (Rif. www.diritto.it)

CONFEDILIZIA RICORRE AL TAR SUL CATASTO

Confedilizia ha impugnato davanti al TAR Lazio il decreto sul decentramento del catasto ai Comuni. Il ricorso è stato notificato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, al Ministero dell'Economia e all'Agenzia del Territorio.

L'impugnativa riguarda l'attribuzione ai Comuni della possibilità di determinare l'estimo di singoli immobili in via definitiva, così sottraendo nel merito, ogni sindacato all'Agenzia del Territorio.

Secondo Confedilizia, questa attribuzione diretta, in materia di estimi, ai Comuni contrasta con l'art. 1, comma 197, della Finanziaria 2007 (legge 296/06).

La norma prevedeva che i Comuni "partecipassero" solamente alla determinazione degli estimi (e quindi delle imposte), essendo la decisione finale riservata allo Stato e, per suo conto, all'Agenzia del Territorio.

In sostanza, ai Comuni verrebbe data sia la possibilità di stabilire la base imponibile di un immobile (attraverso la revisione catastale), sia quella di applicare l'aliquota ICI. (Rif. "Il Sole 24 Ore" del 20 settembre 2007)



ILLEGITTIMA L'ORDINANZA CONTINGIBILE ED URGENTE SENZA TERMINE

Il TAR Puglia, Lecce, Sez. II, con sentenza del 24/9/2007 n. 3361, ha affermato che è illegittima l'ordinanza contingibile ed urgente, ai sensi dell'art. 50 TUEL, con cui un Sindaco, per affrontare una situazione di emergenza di igiene pubblica, ordina alla precedente società affidataria del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani di proseguire il servizio fino alla aggiudicazione della gara, senza indicare il termine di tale obbligo, in quanto, secondo il prevalente orientamento, l'esercizio di poteri *extra ordinem* deve essere temporalmente delimitato.

Nel caso di specie, la PA avrebbe dovuto stabilire fino a quando la precedente società affidataria del servizio doveva eseguire il servizio, vagliando le possibili soluzioni alternative di affidamento del servizio, anche non ancorate alla conclusione della gara. (Rif. www.dirittodeiservizipubblici.it)

AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO D'ILLUMINAZIONE VOTIVA NEI CIMITERI COMUNALI

Il TAR Puglia, Bari, Sez. III, con sentenza dell'11/9/2007 n. 2103, si è pronunciato sull'obbligo di seguire le procedure concorsuali pubbliche per l'affidamento del servizio d'illuminazione votiva nei cimiteri comunali. La costruzione e/o la gestione dell'impianto d'illuminazione votiva nei cimiteri comunali costituisce concessione di servizio pubblico.

Il servizio d'illuminazione cimiteriale è un servizio a rilevanza economica.

Per l'affidamento dei servizi pubblici locali, tra i quali rientra pacificamente quello diretto ad assicurare la illuminazione votiva dei cimiteri, l'obbligo di seguire le procedure concorsuali pubbliche discende direttamente, senza che vi sia necessità di nessuna altra specifica disposizione, dalle norme contenute nel R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, segnatamente dagli artt. 3 e 6, e nel R.D. 827/1924, in particolare dall'art. 41, norme che impongono, per ogni attività contrattuale della P.A., il ricorso a procedure concorsuali aperte ai soggetti idonei per eseguire opere o servizi e per fornire beni alle Amministrazioni stesse.

In tali disposizioni il ricorso all'affidamento diretto a trattativa privata è circoscritto ad alcune condizioni eccezionali, la cui sussistenza deve essere provata e giustificata dall'Amministrazione procedente.

La costruzione e/o la gestione dell'impianto d'illuminazione votiva nei cimiteri comunali costituisce concessione di servizio pubblico (sia pure a domanda individuale), necessariamente regolata nelle forme delle c.d. concessioni-contratto, e quindi caratterizzate dalla combinazione di due atti: uno unilaterale (di natura provvedimento) della P.A. e uno bilaterale (o negoziale), rappresentato da una convenzione tra P.A. e privato concessionario, che danno vita ad una fattispecie complessa.

Peraltro, poiché la costruzione, manutenzione e/o ampliamento della rete elettrica a servizio dell'illuminazione cimiteriale è strumentale e servente rispetto all'erogazione del servizio, l'affidamento in concessione del servizio, anche quando accompagnata da lavori del tipo suddetto, non individua affatto una concessione di lavori pubblici (o di costruzione e gestione di opera pubblica).

Il servizio d'illuminazione cimiteriale, ai fini dell'applicazione dell'art. 113 TUEL, deve considerarsi senz'altro tra i servizi a rilevanza economica, poiché comunque caratterizzato da scopo lucrativo e dall'assunzione del rischio imprenditoriale. (Rif. www.diritto.it)

NON E' APPALTO DI SERVIZIO L'AFFIDAMENTO DELLO STADIO ALLA MAGGIORE SQUADRA CITTADINA

Il TAR Campania, Napoli, Sez. III, con sentenza del 19/9/2007 n. 7878, ha affermato che non può essere qualificato come appalto di un servizio pubblico l'affidamento dello stadio da parte di un Comune alla maggiore squadra cittadina, includendo nella convenzione anche lo sfruttamento a fini pubblicitari degli spazi a tal fine disponibili.

La scelta del Comune di concedere, unitamente allo stadio, anche la gestione pubblicitaria dell'impianto sportivo, sempre se ed in quanto collegata allo specifico uso convenuto, fa sì che la fattispecie non possa essere qualificata in termini di appalto di un servizio pubblico, posto che il Comune si è determinato nel senso di considerare la gestione della pubblicità come facoltà accessoria alla concessione di uso dello stadio comunale, per le manifestazioni dalla stessa organizzate, nel quadro di una convenzione ad oggetto misto.



Pertanto, è legittima la concessione in uso dell'impianto, appartenente al patrimonio indisponibile, alla maggiore squadra cittadina, includendo in tale convenzione anche lo sfruttamento a fini pubblicitari degli spazi a tal fine disponibili, limitatamente alle manifestazioni sportive di cui la società è protagonista, ferma ed impregiudicata la potestà dello stesso Comune di disporre diversamente per le manifestazioni diverse da tali partite di calcio, presumibilmente affidate ad altri privati interessati.

Infatti, per espressa disposizione dell'art. 5 del D.Lgs. n. 157 del 1995, le norme del detto decreto non si applicano ai contratti aventi ad oggetto la locazione di edifici o altri immobili pubblici o i diritti ad essi inerenti.

Ne consegue che per l'attribuzione al concessionario dell'immobile pubblico di una facoltà ad esso inerente e compatibile con la destinazione dell'impianto, qual è lo sfruttamento a fini pubblicitari della spazio concesso, e per il tempo in cui è stato concesso, non doveva procedersi secondo le norme del D.Lgs. n. 157 del 1995. (Rif. www.dirittoiservizipubblici.it)

AFFIDAMENTO DIRETTO NON NECESSARIAMENTE DI UN SOLO SERVIZIO

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza del 18/9/2007 n. 4862, ha affermato che una società mista destinataria di un affidamento diretto ex art. 22 L. 142/90 non deve necessariamente essere sorta per gestire un solo determinato servizio.

L'art. 22 della L. 142/90, alla lett. e), sostituita dall'art. 17, c. 58, della L. 127/97 (normativa oggi sostituita dall'art. 114 bis, c. 3, TUEL), che consente l'affidamento diretto di servizi pubblici a società miste costituite o partecipate dall'ente titolare del servizio, non impone affatto che la società destinataria dell'affidamento diretto, costituita *ad hoc* o solo partecipata, debba necessariamente essere sorta per gestire un solo determinato servizio. (Rif. www.diritto.it)

IL DANNO A TERZI VA RISARCITO ANCHE IN CASO DI “COLPA LIEVE”

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, nella sentenza n. 699/2007, annullando la sentenza del TAR Sicilia-Catania, Sez. III, 21 giugno 2005, n. 1042, ha stabilito nuovi ed importanti principi sulla “colpa” della P.A..

Con tale pronuncia si è, infatti, affermato che la pubblica amministrazione risponde anche per “colpa lieve” dei danni causati da illegittimo svolgimento dell’attività amministrativa.

I giudici hanno motivato la decisione sulla base dei seguenti principi:

- il parametro di riferimento della responsabilità extracontrattuale, nella quale rientra la responsabilità amministrativa per danni causati da illegittimo svolgimento dell’attività amministrativa, è l’art. 2043 del codice civile, che non prevede la colpa grave, ma soltanto la “colpa” e perciò ogni grado di essa, compresa la colpa lieve;
- la responsabilità extracontrattuale della P.A. si configura, quindi, per azioni od omissioni caratterizzate, non soltanto da una “colpa grave”, cioè da gravi o macroscopici errori, disattenzioni, negligenze, ma anche da “colpa lieve” e cioè da errori, disattenzioni o negligenze causate dalla mancanza di una “diligenza di medio livello”.

La scusabilità dell’errore, secondo i giudici, sarebbe ipotizzabile solo se il testo normativo fosse incomprensibile, oppure nell’ipotesi di norme nuove, del tutto ambigue e mai fatte oggetto di circolari o di altri ausili interpretativi.

La sentenza solleva anche il problema della responsabilità erariale, che dovrebbe essere riportata alla colpa lieve, con la modificazione dell’art. 1 della legge n. 20/1994, che prevede ancora la “colpa grave”. (Rif. “*Il Sole 24 Ore*” del 1° ottobre 2007)

IL RISARCIMENTO DEL DANNO PUÒ ESSERE DIMINUITO IN CASO DI CORRETTO ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA

L’Amministrazione, quando diventa pienamente consapevole della illegittimità dei propri provvedimenti ed emana atti di autotutela, volti al ripristino della legalità e alla reintegrazione della sfera giuridica di chi ha ritualmente e fondatamente proposto il ricorso giurisdizionale, pone in essere un comportamento da valutare



positivamente, che rende meno grave il suo precedente illecito ed è valutabile dal giudice amministrativo nell'esercizio dei propri poteri di quantificazione del danno risarcibile.

L'ordinamento – e per esso il giudice amministrativo – valuta positivamente tale sopravvenuto comportamento, che, anche se non rimuove il precedente illecito, né fa venir meno l'originaria colpevolezza, è senz'altro meritevole di favorevole considerazione nella sede giurisdizionale.

L'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998 ha abrogato la precedente normativa in tema di proponibilità dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice civile, subordinata al previo annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo, ed ha fondato un nuovo sistema di responsabilità per l'illegittimo esercizio del potere pubblico, attribuendo alla giurisdizione amministrativa esclusiva ogni controversia riguardante “il risarcimento del danno ingiusto” arrecato all'interesse legittimo di natura pretensiva.

L'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998, poi novellato con la legge n. 205 del 2000, ha, quindi, attribuito al giudice amministrativo il potere di determinare in concreto se e quali conseguenze dannose vi siano nella sfera giuridica del soggetto legittimato all'impugnazione, quando vi è l'illegittimo esercizio del potere autoritativo.

In tema di responsabilità di una stazione appaltante, merita di essere segnalato il seguente passaggio contenuto nella decisione n. 4401 del 10 agosto 2007 emessa dal Consiglio di Stato: “Quanto alla natura della responsabilità dell'Amministrazione e alle sue conseguenze, si è in presenza di una peculiare figura di illecito amministrativo, qualificato dall'esercizio illegittimo del potere autoritativo, non assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, né assimilabile alla condotta di chi, con un comportamento materiale o di natura negoziale, cagioni un danno ingiusto a cose, persone o diritti, la cui tutela è affidata all'art. 2043 e ss c.c. (Rif. www.diritto.it)

G.U.: EMERGENZE IDROGEOLOGICHE, INDIRIZZI OPERATIVI

Con la direttiva del 5 ottobre 2007 (G.U. n. 240 del 15 ottobre 2007), il Presidente del Consiglio dei Ministri ha emanato gli indirizzi operativi per prevedere, prevenire e fronteggiare eventuali situazioni di emergenza connesse a fenomeni idrogeologici e idraulici.

Il provvedimento nasce dall'esigenza di prevenire eventi meteo-climatici anomali, come fenomeni temporaleschi intensi, accompagnati da repentini allagamenti e frane, in atto negli ultimi anni.

“Le iniziative e procedure di prevenzione e di intervento possono essere davvero efficaci se condivise, conosciute, comprese e applicate in un contesto di generale coordinamento, e se le diverse raccomandazioni che vengono formulate dalla Presidenza del Consiglio sono davvero interpretate come necessari adempimenti di protezione civile da parte degli Enti locali cui la stessa materia della protezione civile è per legge delegata sul territorio.

In numerose occasioni, anche a seguito delle dichiarazioni di stati di emergenza per eventi calamitosi che continuano ad interessare gran parte del territorio nazionale, è stata richiamata l'attenzione ed indirizzata l'azione di tutte le istituzioni interessate affinché operassero in sinergia e promuovessero il raccordo coordinato tra le diverse componenti e strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile.

In tale spirito di collaborazione, le Regioni, le Province e le Prefetture - Uffici territoriali del Governo, ciascuno per le proprie competenze, vorranno ora favorire la realizzazione di una pianificazione di emergenza a livello comunale.

Ciò potrà essere perseguito nei modi ritenuti più opportuni, secondo le linee guida già adottate in ambito regionale, oppure predisponendone di nuove, dedicando in ogni caso particolare cura a favorire e sostenere i Comuni nell'aggregazione sovracomunale e nel reperimento delle conoscenze e delle risorse necessarie a tal fine.

L'attenzione sarà prioritariamente rivolta ai territori esposti a situazioni di rischio elevato e molto elevato, con particolare riguardo alle aree recentemente percorse dal fuoco, nella consapevolezza che non si potrà tener conto esclusivamente delle sole indicazioni contenute nei Piani stralcio di bacino per l'assetto idrogeologico (PAI), in quanto non sufficienti alla pianificazione di protezione civile, anche per l'assenza di riferimento agli scenari di pericolosità, e quindi di criticità, più frequenti e localizzati.

Dovrà essere verificata e, ove del caso, assicurata la disponibilità di procedure di allertamento tali da porre i Sindaci in grado di garantire la pronta attuazione della pianificazione d'emergenza adottata che, tra l'altro, dovrà prevedere una tempestiva ed adeguata informazione della popolazione anche relativamente ai



comportamenti da seguire, nonché la costituzione e l'attivazione dei presidi territoriali, ineludibile strumento di vigilanza sul territorio e di intervento tecnico così da poter fronteggiare le situazioni di criticità ordinaria conseguenti a fasi temporalesche intense.

Dovranno altresì essere previste le modalità con le quali i Sindaci, sia in fase di allertamento che all'approssimarsi ed al manifestarsi degli eventi, debbano mantenere contatti con le sale operative regionali e con le Prefetture - Uffici territoriali del Governo, al fine di fornire costanti informazioni sull'evolversi della situazione e sulle azioni intraprese.

Il Dipartimento della protezione civile, le Regioni e le Province autonome vorranno congiuntamente garantire l'operatività del sistema di allertamento nazionale anche attraverso una adeguata disponibilità di personale ed il collegamento con le rispettive sale operative, procedendo con urgenza altresì all'attivazione di tutti i centri funzionali previsti ed alla verifica ed al potenziamento dei sistemi strumentali di monitoraggio e sorveglianza fiduciari per le attività di protezione civile". (Rif. www.anci.it)