



# Scuola Regionale Campania



Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale

Newsletter 10/2007

Novembre 2007

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

**Sommario :** La PA deve rispondere sempre. --- Terzo mandato : legittimi i commissariamenti dei Consigli comunali. --- Quando la revoca dell'assessore è illegittima. --- Modalità di quantificazione definitiva ed erogazione del fondo ordinario 2007. --- Tributi locali, esattori trasparenti. --- Finanziaria: esonero ICI delle cooperative agricole. --- Niente IRAP dagli avvocati dipendenti dei Comuni. --- PA: nasce Osservatorio CNIPA-CONSIP su prezzi informatica. --- No alle transazioni su crediti derivanti da sentenza giurisdizionale di condanna della Corte dei Conti. --- Corte dei Conti : irrazionali i tetti 2007 sulle spese di personale. --- Segretari comunali e provinciali, diritti di segreteria e pensione. --- Il capo è condannabile per i toni troppo aspri usati nei confronti dei dipendenti. --- Anche il Sindaco può commettere mobbing. --- Nei concorsi pubblici la valutazione è in forma numerica. --- Personale: stabilizzare i precari non è obbligatorio. --- Somministrazione a tempo determinato nella PA --- Natura del termine per la presentazione della cauzione definitiva. --- Modalità di chiusura delle buste in sede di gara pubblica. --- Appalti pubblici di lavori : è legittimo il ricorso individuale di un partecipante ad un 'ATI. --- Progetti pubblici : tetto agli incentivi. --- Circolare delle Infrastrutture sugli affidamenti pubblici di servizi a ingegneri e architetti. --- Diniego di concessione edilizia. --- Acquisto di un'area destinata a verde pubblico non può essere finanziato con l'imposta di scopo. --- Antenne, Comuni limitati. --- Occupazioni illegittime: la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 7-bis dell'art. 5-bis D.L. n. 333/1992. --- Società partecipate : niente proroga sulla riduzione dei componenti. --- No alla vendita di immobili per ripianare le perdite di una partecipata. --- In caso di requisizioni sanzioni leggere per i Sindaci. --- Degrado dei centri storici: direttiva del Ministero per i Beni e le Attività culturali. --- Violazioni al codice della strada.

## **LA PA DEVE RISPONDERE SEMPRE**

Secondo il TAR Lazio – Roma – Sez. II, sentenza n. 9948 dell'11/10/2007, se il cittadino fa un'istanza, la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere sempre.

Ai sensi dell'art. 97 della Costituzione (principi di buon andamento e imparzialità della PA), non è legittimo il silenzio, anche se l'istanza proposta non rientra negli schemi di un procedimento amministrativo tipizzato.

Il dovere di provvedere della pubblica amministrazione può scaturire non solo da puntuali previsioni legislative o regolamentari, ma anche dalla peculiarità del caso concreto nel quale “ragioni di giustizia o equità impongono l'adozione di provvedimenti o comunque lo svolgimento di un'attività amministrativa”.



L'obbligo per la pubblica amministrazione di fornire una risposta all'istanza del cittadino discende dalla semplice presentazione della stessa e non richiede più neanche la sussistenza di una specifica situazione legittimante.

Questa sentenza porta ad alcune conseguenze che potrebbero provocare un notevole appesantimento dell'attività della pubblica amministrazione : se la PA ha maturato il convincimento del diniego dell'istanza, dovrà farne comunicazione preventiva l'interessato (ex art. 10 bis L. 241/90). Questi avrà dieci giorni di tempo per partecipare procedimento con memorie o produzione di documenti.

Solo all'esito di questa fase si potrà emanare il provvedimento definitivo, il quale dovrà motivare anche circa le controdeduzioni pervenute. (*"Italia Oggi"* del 2 novembre 2007).

### **TERZO MANDATO : LEGITTIMI I COMMISSARIAMENTI DEI CONSIGLI COMUNALI**

Per il Consiglio di Stato – Sez. VI, sentenza n. 5309 del 09/10/2007, i Prefetti possono legittimamente commissariare e sciogliere i Consigli comunali nell'ipotesi in cui il Sindaco sia stato rieletto per la terza volta consecutiva in violazione del divieto disposto dal TUEL.

Con questa sentenza viene sconfessata la giurisprudenza dei TAR e viene ribadita la piena sanzionabilità della violazione del divieto del terzo mandato.

Il Consiglio di Stato considera legittimo il decreto di scioglimento del Comune emanato dal Prefetto, sulla base dell'art. 19, comma 4, del RD 383/1934.

Infatti, tale norma non può essere considerata implicitamente abrogata dall'art. 141 TUEL, il quale prevede le ipotesi di scioglimento dei Consigli comunali, contenendo un'elencazione non esaustiva delle possibili fattispecie.

L'art. 19, comma 4, stabilisce che il Prefetto invia appositi commissari presso le amministrazioni degli enti locali territoriali per compiere, in caso di ritardo o di omissione da parte degli organi ordinari, previamente e tempestivamente invitati a provvedere, atti obbligatori per legge o per regolamento per il periodo di tempo strettamente necessario, qualora non possano per qualsiasi ragione funzionare.

L'elezione del Sindaco in violazione del divieto del terzo mandato consecutivo costituisce un impedimento al regolare funzionamento dell'ente.

La soluzione prospettata dalla giurisprudenza dei TAR, ovvero di fare ricorso all'azione popolare per rimuovere il Sindaco rieletto, non può considerarsi sufficiente e corretta, in quanto si parificherebbe un'ipotesi di ineleggibilità originaria e non rimuovibile (il terzo mandato consecutivo) all'ipotesi di ineleggibilità sopravvenuta nei confronti del Sindaco che al momento delle elezioni era sicuramente eleggibile.

D'altra parte, per il Consiglio di Stato, non è corretto sostenere che il potere di commissariamento previsto in capo il Prefetto sia lesivo dell'autonomia degli Enti locali garantita dalla Costituzione, in quanto quest'ultima assegna alla competenza esclusiva del legislatore statale la materia relativa agli organi di governo degli Enti locali. (Rif. *"Italia Oggi"* del 19 ottobre 2007)

### **QUANDO LA REVOCA DELL'ASSESSORE E' ILLEGITTIMA**

E' illegittima la revoca dell'assessore motivata con riferimento a ragioni di mera ripartizione dei posti fra appartenenti a partiti politici.

E' questo il principio con cui il TAR Puglia, Lecce – Sez. I, con ordinanza 10 ottobre 2007 n. 985, ha accolto la domanda di concessione della tutela cautelare proposta avverso il provvedimento di revoca del ricorrente dalla carica di assessore comunale.

In particolare, il TAR ha ritenuto illegittimo il provvedimento con cui il Sindaco ha revocato l'incarico ad un assessore comunale, motivato con riferimento a ragioni di mera ripartizione dei posti fra appartenenti a partiti politici, nel caso in cui sia emerso che il Sindaco non abbia effettuato alcuna valutazione in merito al miglior servizio pubblico a favore della cittadinanza determinato dalla revoca dell'assessore e dalla nomina di un altro.

In tal caso, infatti, il provvedimento di revoca non può costituire di per sé giusta ragione per cambiamenti che restano incomprensibili in termini obiettivi e di rispetto della volontà degli elettori; e ciò tanto più nel



caso in cui gli assessori medesimi appartengano allo stesso gruppo di maggioranza, il cui obbligo è quello di attuare il programma prospettato agli elettori. (Rif. [www.diritto.it](http://www.diritto.it))

## **MODALITA' DI QUANTIFICAZIONE DEFINITIVA ED EROGAZIONE DEL FONDO ORDINARIO 2007**

A seguito delle disposizioni contenute nell'art. 2, commi da 33 a 46, del D.L. n. 262/2006, convertito dalla legge n. 286/2006, il Ministero dell'Economia e delle finanze ha ridotto, nell'ambito dei trasferimenti erariali agli Enti locali, lo stanziamento ordinario spettante per l'anno 2007, in misura pari a 609,4 milioni di euro, quale maggior gettito ICI stimato, derivante dalle disposizioni recate in materia dallo stesso decreto-legge.

Con il successivo D.L. n. 81/2007, convertito dalla legge n. 127/2007, sono state indicate le modalità dell'applicazione della riduzione del fondo nei confronti dei singoli Comuni, prevedendo che il Ministero dell'Interno - Dipartimento Affari Interni e Territoriali avrebbe operato la riduzione, alla luce dei dati comunicati entro il 30 settembre 2007 dall'Agenzia del Territorio.

Poiché la proroga legislativa intervenuta per gli accatastamenti dei fabbricati rurali ha impedito all'Agenzia del territorio di fornire dati completi, si è reso necessario procedere alla riduzione in misura proporzionale del contributo ordinario annuale spettante a ciascun Comune.

Tale riduzione, però, secondo il Vicinale, non determina alcuna conseguenza sugli equilibri di bilancio e sul rispetto del patto di stabilità interno, in quanto l'art. 3, comma 4, del citato D.L. n. 81/2007 prevede la possibilità di operare maggiori accertamenti in entrata per ICI, per le somme corrispondenti alla riduzione dei trasferimenti subita e, limitatamente agli enti soggetti al patto, autorizza a considerare incassato il medesimo importo.

Si evidenzia, infine, che in caso di ricorso ad anticipazioni di cassa, gli eventuali maggiori oneri per interessi passivi dovuti sono posti a carico dello Stato, nei limiti di 6 milioni di euro, in base al comma 5 del richiamato art. 3. (Rif. [www.interno.it](http://www.interno.it); "Il Sole 24 Ore" del 9 novembre 2007)

## **TRIBUTI LOCALI, ESATTORI TRASPARENTI**

Dall'ordinanza n. 377 della Corte Costituzionale depositata il 9 novembre 2007 emerge l'obbligo imposto ai concessionari di indicare nelle cartelle di pagamento il responsabile del procedimento.

Lungi dall'essere un inutile adempimento, quest'obbligo ha lo scopo di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, la piena informazione del cittadino (anche ai fini delle eventuali azioni nei confronti del responsabile) e la garanzia del diritto di difesa, aspetti questi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, indicati dall'art. 97 della Costituzione.

Anche prima dell'entrata in vigore dello Statuto del contribuente l'orientamento della Consulta era il medesimo: ai procedimenti tributari promossi direttamente dall'Amministrazione finanziaria o da una società esterna, va applicata la legge 241 del '90 sul procedimento amministrativo.

D'altra parte, i concessionari della riscossione sono soggetti privati che esercitano funzioni pubbliche. (Rif. "Italia Oggi" del 25 ottobre 2007)

## **FINANZIARIA: ESONERO ICI DELLE COOPERATIVE AGRICOLE**

La Commissione Bilancio della Camera ha introdotto un emendamento al decreto legge collegato alla Finanziaria 2008, che prevede l'esonero dal pagamento dell'ICI dei fabbricati strumentali delle cooperative agricole.

Tale disposizione ha conseguenze gravissime sui bilanci degli Enti locali, comportando una perdita di gettito ICI per cui non è stata prevista una copertura finanziaria.

Per l'ANCI, la misura rischia di compromettere ulteriormente i bilanci dei Comuni, in quanto nei fabbricati strumentali delle cooperative agricole possono essere fatti rientrare anche grandi stabilimenti industriali, per i quali non avrebbe alcun senso e nessuna giustificazione essere assoggettati alle agevolazioni fiscali previste per i fabbricati rurali.

Con questo emendamento le grandi cooperative agricole non pagheranno più l'ICI con conseguenti enormi perdite per i Comuni che saranno costretti ad introdurre nuove tasse. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))



## **NIENTE IRAP DAGLI AVVOCATI DIPENDENTI DEI COMUNI**

I dipendenti che rivestono la qualifica di avvocato e sono assegnati all'ufficio legale del Comune, non sono tenuti a versare l'IRAP sui compensi professionali maturati in relazione al patrocinio di cause chiuse con sentenza favorevole.

Allo stesso tributo è, invece, soggetto il Comune, in quanto i compensi pagati al personale dipendente concorrono a determinare la base imponibile IRAP.

E' quanto chiarisce l'Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 327/E del 14 novembre 2007, in merito ad un quesito posto da un'Amministrazione comunale.

Nello specifico l'Agenzia, richiamandosi alla delibera della Corte dei Conti n. 34 del 2007, ricorda che gli onorari e le spese stabilite dal giudice a carico della parte soccombente e a favore dell'Ente locale, non costituiscono compensi professionali. Tali somme – spiega la risoluzione - sono percepite dagli avvocati a fronte di una attività esercitata sulla base di un rapporto di lavoro dipendente e rappresentano parte della loro retribuzione. “Non si realizzano pertanto, in relazione a tali situazioni, i presupposti per l'applicazione dell'IRAP in capo agli avvocati, dato che i lavoratori dipendenti non sono assoggettati al tributo”.

Diverso il discorso per il Comune, che, in quanto pubblica amministrazione, rientra tra i soggetti passivi della stessa imposta. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

## **P.A.: NASCE OSSERVATORIO CNIPA-CONSIP SU PREZZI INFORMATICA**

Un Osservatorio dei prezzi delle forniture di beni e servizi di natura informatica, per migliorare la qualità e l'economicità della spesa pubblica per le nuove tecnologie. E' questo l'obiettivo del protocollo d'intesa firmato dal presidente del CNIPA e dall'amministratore delegato della CONSIP alla presenza del Ministro per le riforme e l'innovazione nella pubblica amministrazione.

Il protocollo d'intesa tra i due enti prevede, innanzitutto, l'avvio di forme di collaborazione istituzionale per svolgere attività di interesse comune. In tale ambito sorgerà un Comitato per individuare e predisporre le azioni di cooperazione congiunte.

In particolare, l'Osservatorio dei prezzi fornirà informazioni orientative alle pubbliche amministrazioni sui costi dei beni e dei servizi informatici. Dati che potranno essere utilizzati come riferimento economico da parte delle stesse Amministrazioni per l'esperimento delle procedure di approvvigionamento di beni e servizi informatici.

In tale ottica l'Osservatorio predisporrà una classificazione degli oggetti di fornitura da monitorare, elaborando dati sui prezzi, periodicamente aggiornati e diffusi.

La finalità è quella di arrivare a processi sempre più trasparenti nelle pubbliche amministrazioni e ad una maggiore qualità della spesa pubblica. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

## **NO ALLE TRANSAZIONI SU CREDITI DERIVANTI DA SENTENZA GIURISDIZIONALE DI CONDANNA DELLA CORTE DEI CONTI**

La Sezione regionale di controllo della Corte dei Conti per la Regione Piemonte, nel testo del parere n. 15 depositato il 28 settembre 2007, rispondendo ad una richiesta di parere di un Comune se fosse possibile equiparare i crediti da sentenza esecutiva di condanna ai crediti tributari, ha negato la possibilità di addivenire ad una transazione di un credito che scaturisca da una sentenza di condanna emessa da una sezione giurisdizionale della magistratura contabile.

Gli Enti locali e le pubbliche amministrazioni, in generale, non possono abbuonare i crediti derivanti da sentenza giurisdizionale di condanna della Corte dei Conti, in quanto la disciplina della transazione, operante quando sussista il fondato motivo che il credito possa rimanere insoddisfatto, risulta applicabile ai soli tributi amministrati dalle agenzie fiscali.

In primo luogo, l'astratta possibilità di transigere determinati crediti deriva dalla loro disponibilità e, dunque, dalla loro natura, e non da previsioni normative.

In secondo luogo, si deve avere riguardo, oltre agli interessi garantiti dal giudizio di responsabilità amministrativo-contabile (non solo all'interesse patrimoniale dell'Amministrazione danneggiata), anche agli



interessi generali, quali il buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), “risultando così pacifica la natura indisponibile dei diritti tutelati nel giudizio di responsabilità”. (Rif. “Italia Oggi” del 12 ottobre 2007)

### **CORTE DEI CONTI : IRRAZIONALI I TETTI 2007 SULLE SPESE DI PERSONALE**

La Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, con la deliberazione 589/2007 ha affermato che, a volte, è “oggettivamente impossibile” rispettare i tetti di spesa per il personale stabiliti dalla Finanziaria 2007”

Secondo i magistrati contabili, infatti, i vincoli fissati dalla legge 296/2006 per i piccoli Comuni sono di “dubbia razionalità, funzionalità e costituzionalità”.

La norma prevede che gli enti non sottoposti al patto debbano contenere la spesa per il personale entro quella del 2004 e comunque non possano assumere se non nel limite delle cessazioni dell'anno precedente. I giudici, pur riconoscendo che “è ragionevole e necessario che vengano introdotti meccanismi di contenimento della spesa”, bocciano il criterio adottato perché puramente “meccanico”.

Con la deliberazione in esame si precisa che “il vincolo posto dal legislatore presenta un grado di rigidità tale che l'ente si trova nell'oggettiva impossibilità di rispettare il limite previsto”.

Se, dunque, rimane valido l'impegno a non aumentare ulteriormente la spesa durante l'anno, stipulando o rinnovando dei contratti, è pur vero, però, che l'ente “non potrà procedere a riduzioni coattive del personale attualmente in servizio”.

L'attuale disegno di legge sulla Finanziaria, non tocca la norma che, dunque, rimane identica: spesa riferita al 2004, cessazioni, però, aggiornate al 2007. (Rif. “Il Sole 24 Ore” del 29 ottobre 2007)

### **SEGRETERI COMUNALI E PROVINCIALI, DIRITTI DI SEGRETERIA E PENSIONE**

L'I.N.P.D.A.P., pur affermando che i diritti di rogito (ed altre voci retributive) devono essere assoggettati interamente a contribuzione, sostiene che gli stessi, non costituendo emolumento continuativo nel tempo e fisso nel suo ammontare, concorrono alla formazione della quota B di pensione

Per Leonardo Mele e Giuseppe Pernice non appare corretto affermare che i diritti di segreteria siano da considerare incerti nell'*an* e nel *quantum* e ritengono perciò non solo irragionevole, ma anche costituzionalmente illegittimo, un trattamento differenziato (ai fini pensionistici) di voci retributive sottoposte ad analoga contribuzione, anche perché in tal modo l'I.N.P.D.A.P. avrebbe lucrato contributi non dovuti. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **IL CAPO E' CONDANNABILE PER I TONI TROPPO ASPRI USATI NEI CONFRONTI DEI DIPENDENTI**

Il capo che si rivolge al dipendente con “stizza”, criticandolo con frasi volgari, rischia una condanna per ingiuria. Sono, invece, tollerate le critiche costruttive rivolte a censurare un preciso comportamento del lavoratore.

La Corte di Cassazione, Sez. V penale, con la sentenza n. 42064 del 14 novembre 2007, fa il punto sulle critiche che sono tollerate e su quelle che, invece, sconfinano nell'ingiuria.

“In tema di ingiuria”, si precisa nella sentenza, “affinché una doverosa critica, da parte di un soggetto in posizione di superiorità gerarchica ad un errato o colpevole comportamento, in atti d'ufficio, di un suo subordinato, non sconfini nell'insulto a quest'ultimo, occorre che le espressioni usate individuino gli aspetti censurabili del comportamento stesso, chiariscano i connotati dell'errore, sottolineino l'eventuale trasgressione realizzata. Se, invece, le frasi usate, sia pure attraverso la censura di un comportamento, integrino disprezzo per l'autore del comportamento o gli attribuiscono inutilmente intenzioni o qualità negative e spregevoli, non può sostenersi che esse, in quanto dirette alla condotta e non al soggetto, non abbiano potenzialità ingiuriosa”. (Rif. “Italia Oggi” del 15 novembre 2007)



## **ANCHE IL SINDACO PUO' COMMITTERE MOBBING**

La Cassazione – VI Sez. penale, con sentenza n. 40891/2007, ammonisce i Sindaci che approfittano del potere di effettuare demansionamenti saltuari a fini organizzativi.

Mentre sul fronte civile si concretizza “quel fenomeno sociale noto come mobbing, consistente in atti e comportamenti posti in essere dal datore di lavoro o dal superiore gerarchico che mira a danneggiare il dipendente, così da coartarne o da piegarne la volontà”, dal punto di vista penale si configura il reato di abuso d'ufficio perché il pubblico ufficiale arreca intenzionalmente un danno ingiusto ad altri.

Con questa sentenza viene risolto il problema dell'assenza di una fattispecie criminosa a tutela della serenità e della correttezza in ambito lavorativo.

Per la prima volta i giudici di legittimità affrontano l'imputabilità di un datore di lavoro pubblico, che non ha motivato adeguatamente il demansionamento, né ha previsto la rotazione tra i dipendenti idonei alla temporanea retrocessione. (Rif. *“Il Sole 24 Ore” dell'8 novembre 2007*).

## **NEI CONCORSI PUBBLICI LA VALUTAZIONE E' IN FORMA NUMERICA**

Nei concorsi pubblici deve ritenersi sufficiente la valutazione in forma numerica delle prove.

E' questo il principio con cui il Consiglio di Stato – Sez. IV – con sentenza 19 ottobre 2007 n. 5468 ha ribadito il proprio consolidato orientamento secondo il quale nei concorsi pubblici deve ritenersi sufficiente la valutazione in forma numerica delle prove, senza bisogno di alcuna aggiunta di motivazione dialettica.

In particolare, per i Giudici di Palazzo Spada, allorché si procede con l'attribuzione di un giudizio di valore, come è appunto nella valutazione di un elaborato, non si è nel campo della discrezionalità amministrativa, ma in quello della discrezionalità tecnica, nell'ambito della quale, non sussistendo una scelta fra opposti interessi, non vi è luogo ad una motivazione, che è invece l'espressione tipica della spiegazione di una scelta amministrativa.

Secondo il Consiglio di Stato, il richiamato principio, peraltro, è espressamente ribadito dallo stesso art. 3 della legge n. 241 del 1990, che riferisce la motivazione al "provvedimento" amministrativo, e cioè a quell'atto, conclusivo dell'apposito omonimo procedimento, con il quale l'Amministrazione pubblica "provvede" in via autoritativa al soddisfacimento di uno specifico interesse pubblico. (Rif. [www.diritto.it](http://www.diritto.it))

## **PERSONALE: STABILIZZARE I PRECARI NON E' OBBLIGATORIO**

Per l'Amministrazione comunale la stabilizzazione del personale non costituisce affatto un obbligo ma solo una facoltà discrezionale. Pertanto, il lavoratore precario non ha alcun diritto ad ottenere l'immissione in ruolo, ma dispone unicamente di un'aspettativa di mero fatto.

Lo ricorda il TAR Veneto che, con la sentenza n. 3342 del 17 ottobre 2007, ha respinto il ricorso di un lavoratore contro un diniego di stabilizzazione deciso da un Comune veneziano.

Nello specifico il ricorrente si era opposto alla delibera di adozione del piano triennale del fabbisogno occupazionale in cui la copertura del fabbisogno di personale veniva soddisfatta in diversi modi, ma non con la stabilizzazione dei dipendenti precari. Tale decisione configurava, secondo il ricorso, una violazione dell'art. 7 della legge 241 del 1990, sulla comunicazione di inizio procedimento ai soggetti interessati.

Di parere contrario sono stati i giudici amministrativi secondo cui “non vantando l'interessato alcuna posizione differenziata”, la mancata notifica della delibera di approvazione del piano triennale non comporta la violazione del citato articolo 7. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

## **SOMMINISTRAZIONE A TEMPO DETERMINATO NELLA P.A.**

La «Gazzetta Ufficiale» n. 220 del 21 settembre 2007 ha pubblicato la circolare del Dipartimento della Funzione pubblica del 1° agosto 2007, n. 9, concernente «Somministrazione a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni. Determinazione dei costi del personale in somministrazione».

Le pubbliche amministrazioni ricorrono sempre più di frequente a contratti di somministrazione a tempo determinato in considerazione del *favor* dimostrato dal legislatore verso tale tipologia contrattuale a seguito



della modifica apportata all'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001, dal D.L. n. 4/2006, convertito dalla legge n. 80/2006.

Il contratto intercorre fra l'Amministrazione utilizzatrice e l'agenzia di somministrazione, mentre l'unica relazione contrattuale che coinvolge direttamente il lavoratore somministrato è costituita dal rapporto di lavoro subordinato che si instaura fra questi e l'agenzia, rapporto che può essere a tempo determinato o indeterminato e che non rileva ai fini della somministrazione ad una pubblica amministrazione.

L'elemento tipizzante del contratto di lavoro è costituito dalla dissociazione dei poteri del datore di lavoro. Infatti, il comma 2 dell'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003 stabilisce che "Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore".

L'esercizio del potere direttivo datoriale spetta, dunque, all'utilizzatore e non al somministratore che altrimenti, in quanto formale datore di lavoro, secondo lo schema generale dell'art. 2094 del codice civile, ne sarebbe il titolare per così dire "naturale".

L'art. 22, comma 5, del D.Lgs. n. 276/2003 chiarisce che i lavoratori somministrati non sono computati nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, ad eccezione di quelle relative alle materie dell'igiene e sicurezza del lavoro.

Per quanto concerne il trattamento economico spettante ai lavoratori somministrati, l'art. 23, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003 stabilisce che i medesimi hanno diritto ad un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte.

La norma, dunque, afferma un principio di assoluta parità di trattamento non solo economico, e cioè concernente il trattamento retributivo erogato, ma anche normativo, concernente cioè la disciplina che regola nel suo complesso il rapporto di lavoro. E ciò con l'evidente *ratio* di evitare ogni forma di sfruttamento del lavoratore da parte delle agenzie di somministrazione o delle imprese utilizzatrici.

Quanto al significato di "trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore", occorre precisare che la parità di trattamento deve essere connessa, non ai singoli aspetti della retribuzione, bensì all'insieme del trattamento stesso.

Nella determinazione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione dei programmi concordati tra le parti o collegati alle attività dell'Amministrazione e dei trattamenti relativi al rapporto, quali l'orario, le ferie, la malattia ecc., le Amministrazioni dovranno fare riferimento alla disciplina contrattuale per esse applicabili.

Vanno, inoltre, espressamente estesi i servizi sociali ed assistenziali di cui beneficiano i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla medesima unità produttiva, con esclusione di quelli il cui godimento sia condizionato all'adesione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio.

L'art. 23, comma 3, del D.Lgs. n. 276/2003 sancisce che nel contratto di somministrazione l'utilizzatore debba assumersi espressamente l'obbligo di versare direttamente al lavoratore il trattamento economico nonché di versare i contributi previdenziali dovuti, in caso di inadempimento del somministratore, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

La chiara formulazione dell'art. 23, comma 3, esclude che l'Amministrazione possa opporre al lavoratore che eserciti nei propri confronti il credito retributivo o previdenziale la necessità di provare l'inadempimento dell'agenzia di somministrazione (c.d. *beneficium excussionis*), dovendosi, in mancanza di espressa previsione legislativa, applicare la regola generale sulla solidarietà passiva di cui all'art. 1292 del codice civile.

Alla luce di quanto evidenziato appare opportuno che le Amministrazioni utilizzatrici inseriscano nel bando di selezione dell'agenzia e nel capitolato speciale d'appalto strumenti che consentano all'Amministrazione utilizzatrice di verificare la regolarità e la correttezza dell'erogazione dei trattamenti retributivi e dei versamenti contributivi, sempre in considerazione della responsabilità solidale prima richiamata.

Per quanto concerne il costo del personale in somministrazione, occorre evidenziare la necessità che le Amministrazioni procedano ad una sua esatta individuazione nella fase precedente alla stipula del contratto con l'agenzia di somministrazione.



Ciò in quanto tale elemento costituisce il parametro indispensabile ad una corretta valutazione economica delle offerte presentate, ma anche al fine di circoscrivere la scelta fra quelle agenzie che sono effettivamente in grado di fornire il servizio richiesto senza pregiudizio per i lavoratori somministrati.

La stima del costo avviene attraverso una puntuale individuazione delle voci retributive spettanti alle singole posizioni (area o categoria e posizione economica), da ricoprire, con riferimento alle disposizioni contrattuali vigenti, tenendo conto anche delle voci accessorie che sono stabilite nei contratti integrativi delle singole Amministrazioni.

Rispetto a tali ultime voci occorre individuare una media annua di tutte le remunerazioni in relazione alla quale stabilire il prezzo da stipulare con l'agenzia di somministrazione e, conseguentemente, la retribuzione effettiva da corrispondere ai lavoratori, anche in considerazione della citata natura solidale della obbligazione retributiva e contributiva sancita dalla legge.

Il calcolo può essere effettuato secondo il seguente schema:

- 1) voci derivanti dall'applicazione del contratto collettivo di categoria (retribuzione oraria, ex festività, permessi retribuiti, ferie, tredicesima mensilità, ratei trattamento fine rapporto, oneri assicurativi contributivi, ecc.), tenuto conto che la base per la contribuzione previdenziale deve essere calcolata, non sulla base del contratto collettivo applicato dall'ente utilizzatore, bensì su quello delle agenzie per il lavoro;
- 2) voci derivanti dall'applicazione di contratti decentrati integrativi (ad es. servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, compensi incentivanti la produttività);
- 3) voci previste direttamente dalla normativa che disciplina il contratto di somministrazione e che rappresentano degli oneri di costo aggiuntivi rispetto ai lavoratori diretti (art. 12, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 276/2003).

Sarà necessario considerare la possibilità di modificare il prezzo contrattuale sia in ragione dei mutamenti del costo del lavoro, legati ai miglioramenti contrattuali, prevedendone un costante aggiornamento, che in ragione della revisione del margine d'agenzia prevista dalla disposizione sopra richiamata la quale impone a tutte le pubbliche amministrazioni che contrattano con i privati di inserire nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa la previsione di una clausola di revisione del prezzo.

Per quanto concerne la responsabilità per danni, si ricorda che i lavoratori somministrati sono dipendenti dell'agenzia e, pertanto, non appare possibile che ai medesimi siano affidati compiti di gestione di strutture, intendendosi con ciò anche il coordinamento di personale dipendente dell'Amministrazione o compiti di rappresentanza dell'Amministrazione.

Infatti, l'art. 28 della Costituzione garantisce al cittadino una adeguata tutela dei diritti ad esso riconosciuti quando sia in rapporti con la pubblica amministrazione, costituendo tale garanzia un interesse preminente dell'ordinamento, prevedendo, dunque, l'attribuzione di una responsabilità diretta in capo all'Amministrazione per gli atti compiuti dai funzionari, sotto il profilo penale, che è sempre personale, e sotto il profilo civile ed amministrativo.

Nel caso in cui il funzionario adotti atti in violazione di diritti, la responsabilità civile viene estesa all'Amministrazione.

Per quanto attiene al tema della responsabilità per danni arrecati a terzi dal lavoratore somministrato nell'esercizio delle sue mansioni, intendendosi per terzo qualsiasi soggetto diverso dal lavoratore somministrato e dalla pubblica amministrazione utilizzatrice, l'art. 26 del D.Lgs. n. 276/2003 pone la relativa responsabilità civile in capo all'utilizzatore, in quanto si avvale della prestazione del lavoratore, e pertanto quale "datore di lavoro sostanziale", in deroga alla previsione generale contenuta nell'art. 2049 del codice civile.

Ciò non comporta, tuttavia, che sia esclusa la responsabilità diretta e solidale del lavoratore, ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, nei confronti del quale l'Amministrazione può esercitare l'azione di regresso secondo le regole ordinarie della responsabilità civile.

Ciò considerato le Amministrazioni potranno, a garanzia della responsabilità amministrativa e contabile, stipulare apposite polizze assicurative.

Conseguentemente deve ritenersi esclusa la possibilità di richiedere la stipula di tali polizze assicurative in capo alle agenzie di somministrazione e, pertanto, la medesima non può essere valutata quale requisito per l'accesso alle procedure di gara.

Per quanto concerne gli obblighi inerenti la sicurezza e la salute del lavoratore, questi sono ripartiti fra agenzia e utilizzatore, secondo la previsione contenuta nell'art. 23, comma 5 del D.Lgs. n. 276/2003.



La norma stabilisce che gli obblighi di formazione e di informazione gravano sul somministratore che è il "formale datore di lavoro", salva diversa ed espressa pattuizione nell'ambito del contratto di somministrazione, che può dunque prevedere che tali obblighi siano direttamente posti a carico dell'utilizzatore.

L'utilizzatore ha, inoltre, l'obbligo di informare e garantire i lavoratori per quanto riguarda la sorveglianza medica e i rischi specifici, oltre che di dotarli dei relativi dispositivi di protezione individuale ove adottati per gli altri lavoratori.

Sarà, comunque, l'Amministrazione utilizzatrice a rispondere in caso di violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi. (Rif. [www.innovazione.gov.it](http://www.innovazione.gov.it))

## **NATURA DEL TERMINE PER LA PRESENTAZIONE DELLA CAUZIONE DEFINITIVA**

Deve escludersi che il termine assegnato all'aggiudicatario per la consegna della documentazione occorrente per la stipula del contratto, abbia, di per sé, natura perentoria, salva naturalmente la facoltà dell'Amministrazione di attribuirgli, con esplicita previsione, siffatta natura.

La perentorietà del termine di 10 giorni per la presentazione della cauzione definitiva non trova riscontro in alcuna norma del codice dei contratti di cui al D.Lgs. 163/2006: il rapporto che assume rilevanza è quello, intersoggettivo e bilaterale fra i due contraenti, uno dei quali è già, in taluni casi, per effetto dell'aggiudicazione, obbligato.

Fermo il principio del miglior perseguimento del pubblico interesse da parte della P.A., nella fase posteriore all'aggiudicazione e preliminare alla stipulazione del contratto acquisisce un rilievo marginale il principio della parità di trattamento, che induce a ritenere, di norma, perentori, invece, i termini posti a carico dei concorrenti per lo svolgimento della gara.

Non vi sono infatti, se non di riflesso o in via meramente consequenziale, posizioni di altri soggetti di rilievo pari a quello dell'aggiudicatario.

Merita, pertanto, di essere segnalato il passaggio tratto dal TAR Sardegna, Cagliari, nella sentenza n. 1643 del 14 luglio 2007, nella parte in cui ci insegna che, qualora un'Amministrazione voglia far diventare perentorio il termine per la presentazione della cauzione definitiva, lo deve chiaramente indicare nella richiesta di invio della documentazione necessaria alla sottoscrizione del contratto.

"L'Amministrazione, come qualsiasi altro contraente, ha facoltà di determinarsi, se è stabilito a suo favore un termine (ex art. 1184 cod. civ.), nel senso che può pretendere l'adempimento o decidere di consentire un suo differimento, in vista della sua convenienza, da un lato, e dell'accettabilità delle giustificazioni date dalla controparte sulle difficoltà insorte per adempiere.

Queste giustificazioni si possono configurare come più seriamente consistenti, quando l'adempimento dipenda dal fatto del terzo, come nella fattispecie, nella quale la fideiussione deve essere prestata soltanto da specifiche categorie di soggetti." (Rif. [www.diritto.it](http://www.diritto.it))

## **MODALITÀ DI CHIUSURA DELLE BUSTE IN SEDE DI GARA PUBBLICA**

Nel bando di gara la stazione appaltante specifica, tra gli altri aspetti, le modalità di chiusura delle buste e del plico che le contiene. Si tratta di clausole che rispondono all'esigenza di garantire l'integrità della documentazione nonché la provenienza dell'offerta.

Tale profilo relativo alla modalità di presentazione delle offerte, con particolare riferimento agli aspetti formali, è stato affrontato dal TAR Emilia Romagna, Sez. I, sentenza n. 274/2007, che ha affermato il principio in virtù del quale le modalità di presentazione dell'offerta risultano idonee a soddisfare quelle che sono le prescrizioni relative alla sigillatura laddove le offerte stesse "siano chiuse in maniera tale da non poter essere manomesse (ovvero aperte e richiuse)" senza che restino tracce della manomissione.

Il TAR richiama l'art. 75 del R.D. n. 827/1924 secondo cui nella procedura d'asta le offerte "per essere valide devono pervenire in piego sigillato".

La lettura della norma mette in luce che è lasciato alla discrezionalità della P.A. la specifica delle modalità di presentazione delle offerte e, quindi, nel caso in cui l'Amministrazione non richieda nel bando determinate formalità quali, ad esempio, l'uso della ceralacca, la prescrizione stessa è da leggere nel senso che "il plico deve essere chiuso in modo ermetico".



Non sussistono, tuttavia, in materia orientamenti giurisprudenziali sempre univoci.

E' stato sottolineato che le formalità di chiusura e sigillatura delle buste contenenti le offerte dei concorrenti che partecipano ad una procedura di evidenza pubblica sono in linea di principio prescritte dai bandi di gara e questo non con una valenza formale, quanto piuttosto "a garanzia dell'autenticità della provenienza della busta e del suo contenuto, così come le prescrizioni circa l'apposizione dell'offerta economica in apposita busta senza altri documenti trovano fondamento nel principio di segretezza".

Va certamente richiamato il passaggio in cui si dà conto del significato del termine sigillare ovvero "chiudere con un sigillo, mettere il sigillo a una chiusura" al quale si affianca il significato in senso estensivo che è quello di "chiudere bene, ermeticamente".

Nel caso all'esame del TAR, il bando richiedeva la sigillatura e la controfirma delle buste, pertanto, non essendo richiesto l'uso di sigilli particolari, l'aspetto maggiormente rilevante è quello che attiene al tipo di chiusura utilizzato, in particolare sotto il profilo dell'idoneità ad evitare manomissioni.

A questo punto pare opportuno richiamare l'assunto in base al quale l'integrità, la segretezza e la provenienza della busta vengono garantiti dal cd. "doppio sistema di garanzia", formato dalla sigillatura (che può avvenire con ceralacca, scotch...) e dalla firma sui lembi di chiusura.

Il Consiglio di Stato ha recentemente affermato che: "se è vero che l'Amministrazione ha la facoltà di richiedere il doppio sistema di garanzia (ceralacca e firma), è anche vero che, una volta osservata la formalità relativa alla ceralacca, la omissione della controfirma sui lembi, specie in assenza di una specifica comminatoria di esclusione, non è in grado di pregiudicare interessi pubblici essenziali, e quindi dà luogo ad una irregolarità innocua.

La verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando e del capitolato, in una gara di appalto, va condotta tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici (cfr. Consiglio di Stato - Sez. VI, 15/01/2004 n. 107)."

Il Consiglio di Stato, ha anche recentemente ribadito che tutte le disposizioni che regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara debbono essere contenute nel bando, ovvero nella lettera invito o nei loro allegati.

E' opportuno, comunque, distinguere le clausole del bando a seconda che prevedano o meno l'esclusione.

In particolare, laddove il bando preveda la comminatoria di esclusione per il mancato rispetto di una data formalità nella presentazione della domanda, il giudice amministrativo potrà esaminare la formalità in questione al fine di verificare se la stessa corrisponda realmente ad un interesse sostanziale. (Rif. [www.diritto.it](http://www.diritto.it))

## **APPALTI PUBBLICI DI LAVORI : E' LEGITTIMO IL RICORSO INDIVIDUALE DI UN PARTECIPANTE AD UN 'ATI**

La Corte europea di giustizia, Sez. VI, con l'ordinanza del 4 ottobre 2007 n. 492, si esprime in ordine alla legittimità del ricorso promosso da un solo componente di un'associazione temporanea di imprese contro un provvedimento di esclusione disposto da un'Amministrazione italiana.

I giudici, con tale pronuncia si sono trovati, indirettamente, a dare un parere sull'orientamento del Consiglio di Stato che ammette tale possibilità.

L'ordinanza della Corte europea stabilisce che l'art. 1 della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, 89/665/Cee (c.d. direttiva ricorsi) va interpretato nel senso che è ammesso che il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere proposto a titolo individuale da uno soltanto dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione dell'appalto suddetto e non se lo sia visto attribuire.

Per i giudici, infatti, le modalità procedurali di ricorso in giudizio devono essere tali da "assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle autorità aggiudicatrici e non devono mettere in pericolo "l'effetto utile della direttiva 89/665".

Se, quindi, l'obiettivo della direttiva è quello di garantire che le decisioni illegittime delle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e quanto più rapidi possibile, "detto obiettivo non risulta compromesso dalla legittimazione ad agire in giudizio di ciascuno dei membri di un'associazione temporanea, la quale abbia presentato un'offerta in un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, ma, al contrario, contribuisce alla sua realizzazione". (Rif. "Italia Oggi" del 23 ottobre 2007)



## **PROGETTI PUBBLICI : TETTO AGLI INCENTIVI**

Il Consiglio di Stato, nell'Adunanza della sezione consultiva sugli atti normativi dell'8 ottobre 2007, ha esaminato lo schema di decreto del Ministero delle Infrastrutture recante il regolamento per la ripartizione dell'incentivo previsto dall'art. 92, comma 5, del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/06) a favore dei tecnici interni delle Amministrazioni, esprimendo il parere n. 3664/2007.

Con tale parere il Consiglio di Stato precisa che l'incentivo del 2% ai progettisti pubblici deve essere articolato tenendo conto dell'entità e della complessità dell'opera da realizzare e, quindi, la graduazione delle percentuali di incentivo in 3 sole fasce non risulta coerente con quanto stabilito dal codice dei contratti.

Il provvedimento ministeriale prevede, tra le altre cose, le percentuali minime e massime che possono essere attribuite: il 2% per i progetti di importo fino a 1 milione di euro; l'1,9% per progetti di importo compreso tra 1 e 5 milioni di euro e l'1,8% per quelli di importo superiore a 5 milioni di euro.

Il testo stabilisce, inoltre, che la percentuale possa, comunque, raggiungere il 2% anche per gli importi superiori ad 1 milione di euro, in casi di particolare complessità.

Per i giudici, la riduzione della graduazione delle percentuali dell'incentivo a 3 fasce "appare disarmonica rispetto alla norma primaria, che fissa, come parametri di individuazione della percentuale effettiva (entro il limite massimo del 2%), l'entità e complessità dell'opera da realizzare".

Non armonica, rispetto all'art. 92 del codice appare anche la suddivisione del valore dei progetti in 3 fasce; si fa notare, infatti, che "nella normativa attualmente vigente, erano state previste, al di sopra dei 5 milioni di euro circa, ulteriori 2 fasce (una per i progetti fino a 25 milioni di euro e una per i progetti superiori a quest'ultima cifra), secondo un criterio discrezionale, ad avviso del Consiglio, maggiormente rispondente alla *ratio* del legislatore". (Rif. "Italia Oggi" del 23 ottobre 2007)

## **CIRCOLARE DELLE INFRASTRUTTURE SUGLI AFFIDAMENTI PUBBLICI DI SERVIZI A INGEGNERI E ARCHITETTI**

Con la circolare del Ministero delle infrastrutture n. 24734 del 16/11/2007, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 271 del 21/11/2007, è stato stabilito che, per gli affidamenti pubblici di servizi di ingegneria e architettura fino a € 100.000, la selezione dei candidati potrà avvenire tramite albi aperti delle stazioni appaltanti o con indagini di mercato precedute da avvisi di gara *ad hoc*, con possibilità di ricorso anche al sorteggio e con rotazione degli incarichi.

Inoltre, è previsto il divieto di discriminazioni territoriali e viene preferita l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con questo provvedimento il Ministero ha cercato di coordinare le norme attuali del DPR n. 554/99 con quelle del codice dei contratti, fornendo alle stazioni appaltanti un utile strumento interpretativo in grado di dare omogeneità di comportamenti procedurali, in modo da evitare possibili contenziosi.

La circolare, inoltre, chiarisce la portata dei principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza, richiamati dall'art. 91 del codice dei contratti.

Circa le modalità di individuazione dei candidati da invitare alla negoziazione, il Ministero indica due strade: la scelta da un albo aperto che ogni singola stazione appaltante potrà istituire per gli affidamenti fino a € 100.000, suddividendo gli iscritti per specializzazioni e fasce di importo, o l'effettuazione di indagini di mercato attraverso la pubblicazione di un avviso sull'albo della stazione appaltante, sui siti informatici del Ministero, dell'Osservatorio e della stessa stazione appaltante per almeno 15 giorni.

Nell'avviso deve essere prevista l'indicazione dei requisiti minimi e dei criteri di aggiudicazione.

Una volta scelti i candidati, anche attraverso sorteggio, questi saranno chiamati a negoziare con la stazione appaltante i termini della prestazione, sulla base di una lettera di invito che indichi tutti gli elementi, quali il prezzo, il termine per ricevere le offerte, il tempo massimo per lo svolgimento dell'incarico, i criteri di valutazione.

Per gli incarichi di importo superiore a € 100.000, la circolare richiama le norme del codice dei contratti, coordinate con quelle del DPR n. 554/99, sottolineando l'esigenza di definire i requisiti di ammissione alle gare sulla base dell'osservanza di quanto previsto dall'art. 66 del DPR n. 554/99.



Circa le tariffe professionali, la circolare richiama le prescrizioni della legge Bersani e del codice sulla derogabilità dei minimi tariffari. (Rif. *“Italia Oggi”* del 22 novembre 2007)

### **DINEGO DI CONCESSIONE EDILIZIA**

L'Ente locale essendo in possesso delle informazioni concernenti l'effettiva consistenza del reticolo connettivo del suo territorio, comprendente le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, i servizi pubblici nonché le edificazioni pubbliche e private già esistenti, è sicuramente in grado di stabilire se e in che misura un ulteriore, eventuale carico edilizio possa armonicamente inserirsi nell'assetto del territorio già realizzato o in via di realizzazione : naturalmente, in questo caso, al Comune è consentito, pur sempre, di rifiutare ulteriori assenti edilizi, a condizione, tuttavia, che motivi adeguatamente le ragioni del diniego, in rapporto alla situazione generale del comprensorio a quel momento esistente.

Il TAR Campania, Napoli con la sentenza n. 7706 del 14 settembre 2007 ci offre un importante insegnamento in tema di concessioni edilizie e di discrezionalità al diniego da parte del Comune.

“Nel caso in cui si tratti di asservire per la prima volta all'edificazione, mediante la costruzione di uno o più fabbricati, aree non ancora urbanizzate – che obiettivamente richiedano, per il loro armonico raccordo col preesistente aggregato abitativo, la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria – si è costantemente richiesta la necessità del piano esecutivo (piano di lottizzazione o piano particolareggiato) quale presupposto per il rilascio della concessione edilizia.

E' evidente che in tale prima fattispecie, nella quale l'integrità d'origine del territorio non è sostanzialmente vulnerata, deve essere rigorosamente rispettata la cadenza, in ordine successivo, dell'approvazione del piano regolatore generale e della realizzazione dello strumento urbanistico d'attuazione, che garantisce una pianificazione razionale e ordinata del futuro sviluppo del territorio dal punto di vista urbanistico.

Per contro, nel caso di lotto intercluso o in altri analoghi casi nei quali la zona risulti totalmente urbanizzata, attraverso la realizzazione delle opere e dei servizi atti a soddisfare i necessari bisogni della collettività – quali strade, spazi di sosta, fognature, reti di distribuzione del gas, dell'acqua e dell'energia elettrica, scuole, etc. – lo strumento urbanistico esecutivo non può ritenersi più necessario e non può, pertanto, essere consentito all'Ente locale di trincerarsi dietro l'opposizione di un rifiuto, basato sul solo argomento formale della mancata attuazione della strumentazione urbanistica di dettaglio.”

Nelle situazioni intermedie, nelle quali il territorio risulti già, più o meno intensamente, urbanizzato, appare convincente, in quanto realizza un equilibrato temperamento dei diversi interessi, la soluzione interpretativa che si è affermata, per la quale la mera mancanza dello strumento attuativo non può essere invocata ad esclusivo fondamento del diniego di concessione edilizia.

Quindi, “si ritiene che la reiezione possa giustificarsi soltanto nel caso in cui l'Amministrazione abbia adeguatamente valutato lo stato di urbanizzazione già presente nella zona e abbia congruamente evidenziato le concrete e ulteriori esigenze di urbanizzazione indotte dalla nuova costruzione”. (Rif. [www.diritto.it](http://www.diritto.it))

### **ACQUISTO DI UN'AREA DESTINATA A VERDE PUBBLICO NON PUO' ESSERE FINANZIATO CON L'IMPOSTA DI SCOPO**

L'Ufficio federalismo fiscale del Ministero dell'Economia e delle finanze nella risoluzione n. 3 dell'08/10/2007 ha chiarito che l'acquisto di un'area destinata al verde pubblico non può essere finanziato con l'imposta di scopo, poiché nel comma 149 della legge n. 296/2006 non è prevista la mera acquisizione di aree da destinare al verde pubblico.

L'imposta di scopo, infatti, deve essere finalizzata esclusivamente alla parziale copertura delle spese per la realizzazione di una o più opere pubbliche tra quelle indicate nel comma 149, la cui elencazione è tassativa.

L'acquisto dell'area a verde non può essere inclusa, ad esempio, neanche nella fattispecie prevista nella lettera d) del comma 149, che attiene alle opere di risistemazione di aree dedicate a parchi e giardini, dal momento questi interventi vengono effettuati su aree che appartengono già all'Ente locale.

Diverso potrebbe essere, invece, il caso in cui l'area sia stata già acquisita dall'ente e su di essa si intenda finanziare la realizzazione di specifiche opere. (Rif. *“Italia Oggi”* del 10 ottobre 2007)



## **ANTENNE, COMUNI LIMITATI**

Il Consiglio di Stato – Sez. VI, con sentenza n. 5100 del 03/10/2007 ha stabilito che il potere regolamentare comunale non può implicare la fissazione di limiti di esposizione ai campi elettromagnetici diversi da quelli stabiliti dallo Stato.

I Comuni ben possono adottare un regolamento atto ad assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione comunale ai campi elettromagnetici, ma non possono, attraverso il formale utilizzo di strumenti di natura edilizia-urbanistica, adottare misure derogatorie ai limiti di esposizione fissati dallo Stato, “quali, per esempio, il generalizzato divieto di installazione delle stazioni radiobase per telefonia cellulare tutte le zone territoriali omogenee a destinazione residenziale”, non rientrando tale potere nell'ambito delle competenze comunali. (Rif. “Italia Oggi” del 19 ottobre 2007)

## **OCCUPAZIONI ILLEGITTIME: LA CORTE COSTITUZIONALE HA DICHIARATO L'ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DEL COMMA 7-BIS DELL'ART. 5-BIS D.L. N. 333/1992**

In seguito alle sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 sono state dichiarate illegittime le disposizioni che disciplinano i criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, perchè non consentono di determinare un indennizzo congruo ed adeguato.

La Corte Costituzionale, in particolare, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 7-bis dell'art.5-bis del D.L. n. 333/1992 (convertito con modificazioni dalla legge n. 359/1992).

La norma prevedeva, per le occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, che la liquidazione del danno dovesse avvenire con gli stessi criteri previsti per l'espropriazione dei suoli edificatori e, cioè, la semisomma tra valore di mercato e reddito catastale rivalutata del 10%.

A dubitare della legittimità di tali parametri sono state la Cassazione e la Corte d'Appello di Palermo.

La Consulta ha evidenziato come, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel determinare la misura di un indennizzo per espropriazione, si debba “trovare un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo”.

Sull'occupazione acquisitiva, in particolare, i giudici costituzionali ricordano che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che “la liquidazione del danno, se stabilita in misura superiore a quella prevista per l'indennità di espropriazione, ma in una percentuale non apprezzabilmente significativa, non permette di escludere la violazione del diritto di proprietà”. Ed è proprio questo il caso della norma impugnata.

La decisione precisa che “essendosi consolidata l'affermazione dell'illegittimità nella fattispecie in esame di un ristoro economico che non corrisponda al valore reale del bene, la disciplina della liquidazione del danno, stabilita dalla norma nazionale censurata si pone in contrasto con l'art. 1 del protocollo addizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione datane dalla Corte europea medesima, e per ciò stesso viola l'art. 117, comma 1, della Costituzione”.

La Corte ha sostenuto che le percentuali per la quantificazione previste in via transitoria e confermate dal Testo Unico sull'edilizia n. 327/2001, ma censurate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, porterebbero alla corresponsione di somme non congrue, con la conseguenza che viene meno il necessario equilibrio fra l'indennizzo e il valore della proprietà espropriata.

A seguito di tali pronunce si è creato un vuoto normativo da colmare, anche in base agli orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale.

Per fronteggiare il rischio di paralisi procedurali del settore ed evitare che le Amministrazioni locali siano sommerse da contenziosi, l'ANCI richiama il Governo ad un intervento urgente al fine di dettare una disciplina per la determinazione dell'indennità di esproprio.

I Comuni sono preoccupati sia per la lacuna normativa originatasi, sia per la necessità di individuare un nuovo criterio di calcolo che se, da un lato, deve rispettare il valore del bene espropriato, dall'altro, non deve diventare eccessivamente gravoso e tale da paralizzare l'esercizio della potestà espropriativa, determinando una nuova emergenza economico-finanziaria per gli Enti locali. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it); “Italia Oggi” del 25 ottobre 2007)



## **SOCIETA' PARTECIPATE : NIENTE PROROGA SULLA RIDUZIONE DEI COMPONENTI**

La sezione regionale di controllo per la Lombardia della Corte dei Conti, nel rispondere ad un quesito proposto dal Sindaco di Milano, ha specificato le modalità operative della riduzione, da parte degli enti locali, dei consigli di amministrazione nelle società partecipate, in esecuzione del comma 729 della Finanziaria 2007.

In particolare, è stato precisato che è il 22 novembre 2007 il termine tassativo entro il quale gli enti locali devono ridurre a tre (o a cinque se la capitalizzazione supera i due milioni di euro) i propri componenti nei consigli di amministrazione delle società partecipate.

Il termine, fissato dal comma 729 della Finanziaria 2007, che decorre dall'entrata in vigore del DPCM attuativo, è perentorio e non prevede discipline transitorie.

I magistrati contabili affermano che la norma "de qua" ha carattere imperativo e, perciò, prevale sulle precedenti disposizioni statutarie e non lascia alcuna possibilità ai ricorsi.

La Corte va oltre, spingendosi a delineare le competenze che la norma non specifica, affermando che la delibera che modifica lo statuto della partecipata deve essere assunta dal Consiglio dell'ente.

Tale delibera va adottata solo quando lo statuto consenta un numero di amministratori superiore al limite fissato dalla Finanziaria perché, altrimenti, si potrà provvedere anche dopo il 22 novembre 2007.

Nel caso di partecipazioni indirette, secondo i giudici, sussistendo, anche in tali casi, il carattere imperativo della norma, gli enti "devono attivare" gli amministratori delle partecipate che controllano il capitale e l'inerzia di questi ultimi è una giusta causa per la loro revoca.

Nel caso, invece, delle società miste la situazione è più complessa, dato che il capitale pubblico coesiste con quello privato.

In queste società la Finanziaria 2007 impone di limitare a cinque il numero dei rappresentanti, ma la modifica statutaria proposta dagli enti potrebbe non essere approvata dall'assemblea straordinaria.

In tali casi, perciò, secondo la Corte, la norma perderebbe la propria imperatività.

Le Giunte dei Comuni e delle Province interessate possono solo attivarsi perché la modifica sia accolta, ma non sono tenuti ad "un'obbligazione di risultato" che non può dipendere solo dalla loro volontà. (Rif. "Il Sole 24 Ore" del 23 ottobre 2007)

## **NO ALLA VENDITA DI IMMOBILI PER RIPIANARE LE PERDITE DI UNA PARTECIPATA**

La Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Regione Abruzzo, con la deliberazione n. 578/2007 ha affermato che se un Comune, per ripianare le perdite di una società partecipata, vende i suoi immobili, con tale comportamento non opera in conformità ai principi di buona amministrazione e sana gestione finanziaria.

Alla base del pronunciamento si è verificato che l'Ente locale ha partecipato al 100% al capitale di una società di servizi la quale, costituita nel 2003, ha chiuso in perdita gli esercizi del 2003, 2005 e 2006. L'assemblea dei soci, pertanto, ha deliberato l'integrale ripiano delle perdite e la ricapitalizzazione della società, nonché la sua liquidazione.

Il Comune, per fronteggiare alla spesa relativa, ha deciso di iscrivere il relativo finanziamento con le entrate previste dalla vendita degli immobili disponibili.

Per la Corte dei Conti è da condannare "la perdurante l'inerzia a fronte di un andamento deficitario pluriennale".

Su questo punto si ricordi la sentenza n. 354/2006 della Corte dei Conti Umbria che ha condannato l'Amministrazione comunale per la pervicace insistenza a detenere quote di una società *in house*, che altro non era che una cd. "scatola vuota".

Per la Corte dei Conti Abruzzo, una corretta gestione del patrimonio della collettività deve tendere al miglioramento della produttività del reddito del patrimonio stesso o almeno a conservarne il livello; per tale ragione possono essere poste in essere operazioni di trasformazione e di incremento, ma non certo di depauperamento. (Rif. "Italia Oggi" del 9 novembre 2007)



## **IN CASO DI REQUISIZIONI SANZIONI LEGGERE PER I SINDACI**

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 38259 del 16 ottobre 2007, ha affermato che il Sindaco non può requisire immobili per darli a persone bisognose e senza casa perché già sfrattate.

Tuttavia, se lo fa, non ci sono i presupposti del reato di abuso d'ufficio, ma questo comportamento "è censurabile in sede amministrativa".

In caso di situazioni eccezionali soltanto il Prefetto ha questo potere.

Secondo i giudici, "ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del delitto di abuso d'ufficio non è sufficiente la rappresentazione dell'evento, ma occorre che questo costituisca l'obiettivo diretto e immediato della condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio. Sicché se l'evento tipico è una semplice conseguenza accessoria o indiretta dell'operato dell'agente, mosso da interesse pubblico di preminente rilievo, il dolo intenzionale non è configurabile". (Rif. "Il Sole 24 Ore" del 20 ottobre 2007)

## **DEGRADO DEI CENTRI STORICI: DIRETTIVA DEL MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI**

Publicata sulla Gazzetta Ufficiale del 19 novembre 2007, la direttiva contro il degrado dei centri storici delle città d'arte muove da una «situazione di crescente e grave degrado urbano a causa della crescita del commercio ambulante e dell'impatto intollerabile di quello abusivo nelle città d'arte e nei centri storici delle grandi città» e chiede di «ridimensionare o comunque di razionalizzare l'attività commerciale ambulante nei centri storici, anche per rendere più agevole ed effettiva la tutela e la salvaguardia del patrimonio culturale da parte delle autorità preposte».

È stata concordata la necessità di assumere iniziative per assicurare l'indispensabile tutela agli interessi dell'Amministrazione dei beni culturali, attraverso un raccordo più continuo con le Amministrazioni locali per arrivare, ai sensi dell'art. 24 del codice dei beni culturali (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), alla redazione di veri e propri piani di utilizzo di spazi pubblici e nello stesso tempo adottare processi organizzativi più efficaci, sia per il rilascio delle autorizzazioni, sia per un'attività più efficiente di accertamento delle violazioni. (Rif. [www.noccioli.it](http://www.noccioli.it))

## **VIOLAZIONI AL CODICE DELLA STRADA**

L'ANCI ha diramato una recente nota interpretativa sul servizio di accertamento delle violazioni al codice della strada, a seguito di numerose richieste prevenute dalle Amministrazioni comunali.

Tale attività non può essere delegata a terzi, pena la nullità giuridica degli accertamenti.

E', pertanto, legittimo procedere al noleggio di apparecchiature, debitamente omologate, prevedendo a carico della ditta appaltatrice lo svolgimento di attività puramente manuali, come la manutenzione, purché le stesse apparecchiature siano nella disponibilità dell'organo di polizia stradale che è responsabile di tutte le operazioni che concorrono alla formazione dell'atto pubblico.

Le altre attività affidabili a terzi sono, ad esempio, la rimozione e la sostituzione dei rullini, lo sviluppo e la stampa dei fotogrammi, la masterizzazione dei dati relativi, la preparazione degli atti di notifica, ferma restando la notificazione nelle forme stabilite dall'art. 201, comma 3, del Codice della strada.

In relazione al corrispettivo da riconoscere all'aggiudicatario dell'appalto, questo può essere quantificato in base al costo che dovrà essere sostenuto per ogni singola operazione effettuata.

Ogni soluzione vincolata al riconoscimento di una somma percentuale per ogni sanzione amministrativa accertata, a prescindere dall'entità, contribuirebbe inevitabilmente ad alimentare dubbi sulle finalità delle attività svolte. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))