



# Scuola Regionale Campania



Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale

Newsletter 10/2008

Ottobre 2008

**A cura delle dott.sse Angela Fabiano e Vania De Cocco –  
Segretari Comunali presso la SSPAL – Ufficio di Napoli**

**Sommario :** Piccoli Comuni - ANCI e Ministero Interno firmano protocollo per la sicurezza. --- AIRE: entro 25 novembre i dati relativi ai cittadini all'estero. --- Sindaci: CdS su legittimazione per risarcimento danni. --- Dimensionamento rete scolastica. --- Nota ANCI sulle novità per il personale, deroghe a tempo nei piccoli Comuni. --- Periodo da computare ai fini della progressione orizzontale. --- Cassazione, commette falso chi timbra e lascia ufficio. --- Trattenuta per malattia e comparto. --- Pensione ed esonero nel pubblico impiego. --- L'impiegato comunale addetto al protocollo non può aprire la posta indirizzata alla polizia municipale. --- Lavoro subordinato: tutela delle condizioni di lavoro. --- Finanziaria d'estate - enti chiamati a rivedere la disciplina degli affidamenti. --- Corte Conti: no affidamenti privati per chi sfora il patto. --- Patto di stabilità - proposte dell'ANCI. --- Cassazione: ok a imposta pubblicità su targa professionale. --- Pubblicato il terzo decreto correttivo al codice degli appalti pubblici. --- Pubblicato il decreto delle infrastrutture sul prezzo chiuso negli appalti. --- In tema di valutazione di offerte anomale uguali ai fini del cd. taglio delle ali e sulla richiesta di risarcimento del danno. --- Appalti : il DURC non può essere sostituito dall'autocertificazione. --- Illegittimo annullamento di un'aggiudicazione provvisoria. --- Spazi pubblicitari e pubblicità degli appalti. --- La presenza dei rappresentanti delle ditte concorrenti alle sedute di gara non integra gli estremi della piena conoscenza degli atti per la decorrenza dei termini di impugnazione. --- Appalti. Accesso all'offerta vincente. --- Solo esperti doc nelle commissioni di gara. --- Criteri di calcolo dell'indennizzo ex art. 2041 c.c. --- Espropriazioni: CdS su prescrizione del risarcimento. --- Urbanistica: CdS su carattere ristrutturazione edificio. --- Urbanistica: TAR Puglia su adozione piano attuativo. --- Edilizia: TAR Lombardia su pertinenze e nuove costruzioni. --- Catasto: Cassazione, sì a revisione classamenti a richiesta. --- Servitù: TAR Puglia su imposizione per energia eolica. --- Servizi pubblici locali - per affidamento diretto necessario parere dell'antitrust. --- I Comuni approvano le realizzazioni dei centri di raccolta dei rifiuti urbani. --- Tocca agli EE.LL. valutare se liberalizzare gli esercizi pubblici in attesa delle norme regionali sul D.L. Bersani.

## **PICCOLI COMUNI - ANCI E MINISTERO INTERNO FIRMANO PROTOCOLLO PER LA SICUREZZA**

E' stato siglato nel corso della VIII Conferenza nazionale ANCI dei piccoli Comuni, un protocollo d'intesa con il Ministero dell'Interno per la sicurezza nei Comuni di minore dimensione demografica.

Grazie all'iniziativa dell'ANCI si potranno siglare protocolli d'intesa con le Prefetture per l'attivazione dei Piani coordinati di controllo anche nei piccoli Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti.



Le novità introdotte dal D.L. 92 del 2008 consentono, infatti, ai Sindaci di adottare “provvedimenti anche contingibili ed urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”.

Il protocollo prevede anche una sperimentazione nelle Unioni di Comuni e l'ANCI farà attività di monitoraggio sostenendo tecnicamente la gestione sovracomunale delle funzioni di polizia locale.

Si realizza così una “messa in rete” delle migliori esperienze dei Comuni di minore dimensione demografica al fine di potenziare i servizi in materia di sicurezza e controllo dei territori, gestiti in forma associata.

Dopo l'affermazione dei patti territoriali sulla sicurezza, riferiti soprattutto alle grandi aree urbane, verrà consolidato un ulteriore impegno affinché la sicurezza, diritto primario per tutti i cittadini, possa essere garantita anche nelle piccole comunità. (Rif. [www.interno.it](http://www.interno.it); [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **AIRE: ENTRO 25 NOVEMBRE I DATI RELATIVI AI CITTADINI ALL'ESTERO**

In vista della prossima elezione dei COMITES (comitato degli italiani all'estero) e per consentire l'allineamento informatico con i dati del Ministero degli Affari esteri, i Comuni devono inviare all'AIRE centrale entro e non oltre il 25 novembre 2008 i dati relativi alla propria Amministrazione degli italiani residenti all'estero.

Con la circolare 11/2008 del 22 ottobre 2008, il Ministero dell'Interno – Dipartimento per gli affari interni e territoriali – ricorda ai Sindaci che settimanalmente è obbligatorio inviare gli archivi informatici comunali anche quando il Comune interessato non abbia alcun iscritto all'AIRE (v. circolare n. 34 del 26/6/2007).

Ad evitare, inoltre, una sottostima dei dati del prossimo elenco, i Sindaci sono invitati a verificare l'esattezza e la completezza di tutti i dati presenti nelle singole AIRE comunali, bonificando le posizioni scartate dall'AIRE centrale perché incomplete.

Tali posizioni devono essere controllate sulla base dei dati anagrafici e di stato civile presso il Comune, ponendo una particolare attenzione all'utilizzo corretto dei codici consolari e alla coerenza geografica tra Stato di residenza ed ufficio consolare di competenza.

Le posizioni incomplete devono essere cancellate.

I controlli dovranno riguardare anche l'avvenuta cancellazione di posizioni doppie (sia all'interno di uno stesso Comune che tra due Comuni diversi).

Gli ufficiali di anagrafe, inoltre, dovranno cancellare gli ultracentenari iscritti all'AIRE che, alla data del 25 novembre 2008, non abbiano fornito prova di esistenza in vita.

Particolare attenzione deve essere rivolta al corretto utilizzo del campo relativo al diritto di voto (elettore, non iscritto nelle liste elettorali, perdita del diritto di voto).

Infine, la circolare sottolinea la necessità di risolvere eventuali situazioni di “arretrato”. (Rif. [www.interno.it](http://www.interno.it))

### **SINDACI: CDS SU LEGITTIMAZIONE PER RISARCIMENTO DANNI**

Compete al Sindaco la legittimazione passiva nel giudizio per risarcimento di danni causati da ordinanza adottata dallo stesso in qualità di ufficiale di governo.

Secondo il Consiglio di Stato, che si è pronunciato con la sentenza del 17 settembre 2008, nel giudizio promosso nei confronti di un Comune per risarcimento di danni causati da un'ordinanza adottata dal Sindaco quale ufficiale di governo, la legittimazione passiva per resistere all'azione annullatoria, così come per la proposizione dell'appello nel caso di soccombenza in primo grado, compete allo stesso Sindaco.

Il Consiglio di Stato si è così pronunciato ancora una volta in dissenso dall'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui, invece, nelle azioni giurisdizionali in questione la legittimazione passiva compete allo Stato.

Un orientamento, questo, cui il Consiglio di Stato continua a non aderire, osservando che quando il Sindaco, nell'adempimento delle sue funzioni, agisce quale ufficiale di governo, l'ordinamento disciplina un fenomeno di imputazione giuridica allo Stato degli effetti dell'atto dell'autorità comunale, nel senso che il Sindaco non diventa “organo” di un'Amministrazione statale, ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'Ente locale, senza che il suo *status* sia modificato (v. le sentenze 2007, n. 4718; 13 agosto 2007, n. 4448).

Inoltre, secondo quanto osservato dal Consiglio di Stato nella richiamata sentenza n. 4448/2007, la legittimazione passiva e attiva del Sindaco appare coerente con le caratteristiche del procedimento



amministrativo, che si conclude con l'atto sindacale, istruito, redatto ed emesso dagli uffici dell'Amministrazione comunale, cui compete anche di valutare, secondo le normali regole, il comportamento da tenere nel caso di impugnazione dell'atto in sede giurisdizionale.

E' vero che potrebbe apparire contraddittorio riconoscere la legittimazione passiva dello Stato quando si propone l'azione risarcitoria e la legittimazione passiva del Comune quando si propone l'azione di annullamento.

Tuttavia, la sentenza in esame ha osservato che, volendosi pervenire a una soluzione unitaria del problema riguardante l'individuazione della parte necessaria del giudizio, sembrerebbe più corretto applicare il principio di accessorieta' dell'azione risarcitoria: il soggetto passivo dell'azione risarcitoria andrebbe determinato in base all'esito della identificazione del soggetto passivo della domanda di annullamento.

A questa stregua, a giudizio del Consiglio di Stato, è proprio la tesi della legittimazione passiva dello Stato per l'azione risarcitoria a risultare poco persuasiva, mentre la teoria della legittimazione passiva del Comune per l'azione di annullamento continua a essere basata su argomenti più convincenti. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **DIMENSIONAMENTO RETE SCOLASTICA**

L'ANCI ha fornito un chiarimento a favore dei Comuni circa modalità e termini per il dimensionamento della rete scolastica per l'anno scolastico 2009/10, stante il D.L. 154/08, che nelle "Disposizioni urgenti per il contenimento della spesa sanitaria e in materia di regolazioni contabili con le autonomie locali" dedica l'art. 3 alla riduzione delle istituzioni scolastiche autonome sottodimensionate, prima che vengano definiti nuovi criteri per i piani di dimensionamento, previsti dall'art. 64 del D.L. 25/6/2008, n. 112, convertito dalla legge 133/2008.

Nell'art. 3 del D.L. 154/08 si anticipano i tempi del decreto originario, il D.P.R. 233/98, e si impone alle Regioni l'applicazione di tali disposizioni già dall'anno scolastico 2009/2010.

Ove le Regioni non si adeguino, il decreto prevede che ricevano una diffida del Presidente del Consiglio e, in caso di ulteriore inadempienza, che vi sia la nomina da parte dello stesso Presidente del Consiglio di un commissario ad acta per attuare il piano delle chiusure.

Gli oneri derivanti da tale nomina saranno a carico delle Regioni e degli Enti locali.

Se, da un lato, si sottolinea la ristrettezza dei tempi – entro il 30 novembre - per dar seguito ai piani di ridimensionamento delle istituzioni scolastiche, dall'altro lato, viene chiesta la soppressione della diffida e della nomina del commissario ad acta, poiché il D.Lgs. 112/98 ha trasferito a Comuni e Province, ciascuno per le scuole di propria competenza, i compiti e le funzioni concernenti proprio l'istituzione, l'aggregazione, la fusione e la soppressione di scuole e la redazione dei piani di organizzazione della rete scolastica.

Tale materia, trasferita dal D.Lgs. 112/98, ha avuto conferma nella legge costituzionale 3/2001.

Pertanto, le operazioni di ridimensionamento della rete delle istituzioni scolastiche sono abitualmente realizzate dagli Enti locali secondo i tempi stabiliti dall'art. 3 del DPR 18 giugno 1998, n. 233, che prevede l'avvio delle operazioni entro il 31 ottobre e il termine, con l'adozione del piano regionale, entro il 28 febbraio.

Detti termini e le relative procedure sono ribaditi e confermati nelle singole leggi regionali e nei regolamenti comunali e provinciali, la cui validità non può essere inficiata e annullata.

Quanto al contenuto, nulla è innovato nei numeri previsti dal provvedimento sin qui adottato : i limiti sono sempre tra 500 e 900 alunni, quali standard generali per il conferimento dell'autonomia alle istituzioni scolastiche, essendo prevista comunque una deroga a 300 alunni, nelle situazioni eccezionali elencate nello stesso DPR.

Il venire meno di una direzione scolastica non comporterà necessariamente la chiusura della scuola.

Le due operazioni, chiusura della scuola con il trasferimento degli alunni in un'altra, oppure perdita di autonomia, non sono inscindibili, sono il risultato di valutazioni di due Amministrazioni diverse, che, se possono, convergono, altrimenti, come in questo caso, possono esprimere condizioni e necessità diverse. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))



## **NOTA ANCI SULLE NOVITA' PER IL PERSONALE, DEROGHE A TEMPO NEI PICCOLI COMUNI**

La manovra estiva (D.L. n. 112/2008, convertito con legge n. 113/2008), all'art. 76, comma 6, prevede l'emanazione, previo accordo tra Governo, Regioni ed Autonomie locali, del DPCM con cui sarà ridisciplinata la normativa sulle assunzioni e sulle spese di personale, solo per gli Enti locali che in dotazione organica dispongono di un numero di dipendenti a tempo pieno pari o inferiore a dieci unità.

L'ANCI, a seguito delle problematiche applicative relative all'entrata in vigore della manovra estiva e delle preesistenti disposizioni restrittive contenute nella Finanziaria per il 2007, ha reso noto, in una comunicazione esplicativa sulla materia, che, in attesa dell'emanazione di tale decreto, sussiste la possibilità di derogare alle previsioni contenute al comma 562 della Finanziaria 2007 solo per gli Enti locali indicati dalla citata norma.

Sono, pertanto, solo i mini enti con dieci o meno dipendenti a tempo pieno che possono derogare ai vincoli sulla spesa e sulle assunzioni disposte dal comma 562 della Finanziaria 2007.

A tal fine l'ANCI precisa che il numero dei dipendenti vada calcolato con riferimento ai posti in organico, includendo i dipendenti assenti a vario titolo (malattia, aspettativa).

Via libera, perciò, alle stabilizzazioni programmate ed alle assunzioni per concorso.

Relativamente a queste ultime, gli Enti locali dovranno esperire preventivamente tutte le procedure relative alla mobilità ed alla ricollocazione del personale pubblico già in disponibilità.

Per gli enti con un numero di dipendenti superiore a dieci, resta fermo il vincolo del comma 562 della Finanziaria 2007.

Nessuna modifica, invece, per quanto riguarda il regime delle stabilizzazioni, sorto con il comma 558 della legge finanziaria 2007. (Rif. "Italia Oggi" del 20 settembre 2008)

## **PERIODO DA COMPUTARE AI FINI DELLA PROGRESSIONE ORIZZONTALE**

L'art. 9, comma 1, del CCNL 11.4.2008 stabilisce che " ...il lavoratore deve essere in possesso del requisito di un periodo minimo di permanenza nella posizione economica in godimento pari a ventiquattro mesi."

Per selezionare il personale ai fini della progressione orizzontale l'art. 5, comma 2, del CCNL sull'ordinamento professionale del 31/03/1999 fornisce una serie di elementi di valutazione in relazione alle diverse categorie, i quali possono essere integrati e completati in sede di contrattazione integrativa decentrata.

La nota esplicativa all'art. 5 del CCNL del 5/10/2001 raccomanda che i percorsi di progressione orizzontale debbano tendere ad una distribuzione del personale nelle diverse posizioni di sviluppo economico rispettando le compatibilità finanziarie destinate a tale scopo.

Tale contesto normativo lascia margini di discrezionalità alla contrattazione decentrata per definire e ponderare i criteri per la corretta ed equilibrata gestione delle progressioni orizzontali.

Di conseguenza, non è da escludersi un temporaneo sbarramento alla selezione per un determinato periodo di tempo prima di conseguire l'ulteriore sviluppo economico.

L'art. 9, comma 1, del CCNL 11/04/2008 ha stabilito in almeno 24 mesi il periodo minimo di permanenza nella posizione economica acquisita, prima di conseguire il diritto alla successiva posizioni di sviluppo economico.

Comunque, in sede di contrattazione decentrata integrativa, legittimamente, le parti possono orientare la scelta verso un periodo di tempo superiore ai 24 mesi nella posizione economica acquisita dal dipendente, per poter accedere allo sviluppo successivo.

La formulazione del testo dell'art. 9, che indica in 24 mesi il periodo utile per accedere alla successiva selezione, è la condizione minima necessaria, rispettosa, tuttavia, del principio di autonomia degli Enti locali.

E' evidente in ogni caso che l'eventuale periodo superiore nella posizione acquisita dal lavoratore, stabilito in sede decentrata, debba essere ragionevole e improntato ai comuni canoni di correttezza e buona fede, che devono caratterizzare il sistema delle relazioni sindacali, nel rispetto dei distinti ruoli e delle responsabilità tra le parti. (Rif: [www.anci.it](http://www.anci.it))



## **CASSAZIONE, COMMITTE FALSO CHI TIMBRA E LASCIA UFFICIO**

I dipendenti pubblici che timbrano e se ne vanno rispondono di concorso in falso ideologico con i loro capi quando questi ne attestano la presenza.

Infatti, i dipendenti sono correi anche se la materiale redazione del foglio presenze è completata da un pubblico ufficiale.

E' quanto afferma la sentenza n. 35058 emessa dalla Sezione Unite della Corte di Cassazione, sottolineando che il rischio di commettere un reato sussiste anche se hanno portato a termine tutti i compiti loro assegnati.

Il caso esaminato faceva riferimento ad alcuni lavoratori di un consorzio di bonifica calabrese che "inducendo in errore il caposquadra avevano fatto risultare la loro presenza sul posto di lavoro mentre si ritrovano altrove in una lunga serie di giornate lavorative".

Contro la sentenza di condanna emessa, prima dal Tribunale di Paola e poi dalla Corte di Appello di Catanzaro, i lavoratori avevano fatto ricorso in Cassazione, puntando su una precedente pronuncia della stessa Suprema Corte, la n. 15983 dell'11 aprile 2006, che aveva escluso il reato di falso da parte del pubblico ufficiale.

Tuttavia, nel caso specifico – osservano i giudici – “non si tratta di liberi professionisti che devono fornire un risultato, ma di dipendenti che devono fornire puntualmente una prestazione di lavoro. Pertanto, è da ritenere che i lavoratori dipendenti concorrano nel reato di falso ideologico commesso dai soggetti ai quali la pubblica amministrazione ha affidato la funzione di attestare l'orario di lavoro dei dipendenti. L'atto in cui si è concretizzato il fatto reato, (...) sia per la qualifica del soggetto che lo ha posto in essere, sia con riferimento alla sua natura è un atto pubblico”. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

## **TRATTENUTA PER MALATTIA E COMPORTO**

Nel caso in cui il periodo di malattia coincida con il periodo soggetto a ritenuta in quanto rientrante nel comportamento, deve essere applicata la trattenuta di cui alla legge 133/08, di conversione del D.L. 122/08, in relazione alle assenze per malattia regolarmente certificate, per i primi dieci giorni di ogni certificato, per l'intero periodo di comportamento (anche per quello a retribuzione ridotta), non potendo escludere il periodo di malattia già soggetto a ritenuta in quanto ricadente nel comportamento, dalla predetta riduzione.

La base di calcolo per operare la trattenuta relativa ai primi dieci giorni derivante dalla predetta legge è quella corrispondente al 100% della retribuzione, mentre sulla quota di trattamento fondamentale teoricamente dovuta (già ridotta delle quote accessorie) si applicherà la riduzione percentuale correlata al periodo regolato dal comportamento (al 90%, per il periodo compreso tra il 271esimo e il 360esimo giorno e al 50%, per il periodo compreso tra il 361esimo e il 540esimo giorno. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

## **PENSIONE ED ESONERO NEL PUBBLICO IMPIEGO**

I dipendenti pubblici (tranne il personale della scuola) con 35 anni di anzianità di servizio, per gli anni 2009-2011 possono ottenere un esonero, cioè una sospensione del rapporto di lavoro, di durata variabile, fino ad un massimo di cinque anni e percepire un trattamento economico temporaneo pari al 50% di quello goduto per competenze fisse ed accessorie, e maturare i contributi in misura intera.

Se il dipendente svolge in modo continuativo ed esclusivo attività di volontariato opportunamente documentata, la misura del trattamento economico temporaneo è elevata al 70%.

La richiesta di esonero deve essere presentata entro il 1° marzo di ciascun anno (a condizione che entro l'anno solare sia raggiunto il requisito minimo di anzianità contributiva) e non è revocabile.

L'esonero non consente l'instaurazione di rapporti di lavoro dipendente con soggetti privati o pubblici.

Durante tale periodo il dipendente può svolgere prestazioni di lavoro autonomo con carattere di occasionalità, continuatività e professionalità, purché non a favore di Amministrazioni pubbliche o di società e consorzi dalle stesse partecipati.

Circa il trattenimento in servizio, la nuova normativa distingue una fase transitoria da una a regime.

La differenza rispetto alla precedente normativa (art. 16 D.Lgs. 503/92) è nella facoltà attribuita all'Amministrazione di avvalersi o meno del dipendente anche dopo che abbia maturato il diritto di andare in pensione.



Sulla risoluzione del rapporto di lavoro le norme sono immediatamente applicabili e l'Amministrazione pubblica è tenuta a rispettare il preavviso di 6 mesi dopo che il dipendente abbia raggiunto l'anzianità contributiva di 40 anni. (Rif. [www.governo.it](http://www.governo.it))

## **L'IMPIEGATO COMUNALE ADDETTO AL PROTOCOLLO NON PUO' APRIRE LA POSTA INDIRIZZATA ALLA POLIZIA MUNICIPALE**

La Procura della Repubblica di Viterbo, con l'innovativa circolare del 3 giugno 2008, ha chiarito che, l'impiegato comunale addetto allo smistamento della posta ed al protocollo non può aprire le buste indirizzate alla polizia locale e nemmeno accedere al contenuto dei plichi dei vigili in spedizione.

Questa regola deve essere particolarmente rigorosa in riferimento alle pratiche di polizia giudiziaria che sono sempre sottoposte al segreto istruttorio.

Oltre alle normali contravvenzioni stradali, infatti, possono transitare nelle buste indirizzate ai comandi dati sensibili come referti medici, pratiche di polizia giudiziaria, esposti e querele.

Per la posta in arrivo, l'addetto allo smistamento di regola apre le buste e protocolla ogni atto, senza alcuna differenziazione tra le pratiche.

Questa prassi è tassativamente proibita dalla legge.

La Procura specifica, infatti, che "la corrispondenza indirizzata alla polizia locale che appaia, all'esame esterno, attinente ai compiti di polizia giudiziaria, può essere aperta ed esaminata solo da ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria dello stesso comando, stante il segreto sulle indagini penalmente sanzionato".

In caso contrario ricorrono gli estremi delle fattispecie penali previste dal combinato disposto degli artt. 326 e 329 del codice penale.

Per quanto riguarda la posta in partenza relativa ad atti di indagine, secondo la Procura, essa va sempre consegnata chiusa e sigillata ad eventuali diversi uffici competenti per la spedizione.

Nella pratica operativa questa modalità viene normalmente assicurata, mentre la maggiore criticità deriva dalla gestione della posta in arrivo.

Pertanto, per prevenire anche colpevoli violazioni del segreto istruttorio "appare opportuno che tutta la corrispondenza diretta alla polizia locale pervenga chiusa al rispettivo comando". (Rif. "Italia Oggi" del 12 settembre 2008)

## **LAVORO SUBORDINATO: TUTELA DELLE CONDIZIONI DI LAVORO**

La Corte di Cassazione – Sez. Lavoro, con la sentenza 18376 del 3 luglio 2008 ha affermato che l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle misure dirette ad evitare eventi dannosi per la salute dei lavoratori, non si esaurisce nell'osservanza di misure dirette ad evitare l'evento previste da specifiche disposizioni di legge, comprendendo anche misure "innominate", necessarie per la particolarità del lavoro (es. giubbotto di protezione per dipendenti di istituti di vigilanza), per il cui funzionamento, ove esigano quotidianamente la collaborazione del dipendente, il datore di lavoro deve eseguire il relativo controllo con adeguata continuità.

(Rif. [www.noccioli.it](http://www.noccioli.it))

## **FINANZIARIA D'ESTATE - ENTI CHIAMATI A RIVEDERE LA DISCIPLINA DEGLI AFFIDAMENTI**

L'art. 46 del D.L. n. 112/2008 (convertito con legge n. 113/2008) interviene nuovamente nella travagliata materia degli incarichi esterni.

Si è tentato più volte di delineare una disciplina organica, dapprima con il D.L. n. 168/2004, poi con la legge n. 311/2004 (Finanziaria 2005), poi con la legge n. 266/2005 (Finanziaria 2006), poi ancora con il D.L. n. 223/2006 (decreto Bersani) e, da ultimo con la legge n. 244/2007 (Finanziaria 2008).

Il citato art. 46 provvede ad una riscrittura dell'art. 7, comma 6, del D.Lgs. n. 165/2001, introducendo rilevanti correttivi alla disciplina generale.

Si prevede, infatti, che le Amministrazioni pubbliche, per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, possono conferire incarichi individuali con contratto di lavoro autonomo, di natura occasionale o



coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

- a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento, all'Amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'Amministrazione stessa;
- b) l'Amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;
- c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata;
- d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.

Per gli Enti locali, in particolare, è previsto un ulteriore elemento di legittimità: gli incarichi, indipendentemente dall'oggetto della prestazione, possono essere stipulati solo se riconducibili ad attività istituzionali stabilite dalla legge o previste nei programmi dell'organo consiliare dell'ente, approvati ai sensi dell'art. 42, comma 2, TUEL.

Le novità interessano anche l'aspetto sanzionatorio, dal momento che viene stabilito che il ricorso a contratti di co.co.co. per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità per il dirigente che ha stipulato i contratti.

Inoltre, gli enti sono chiamati ad operare una revisione del regolamento di cui all'art. 89 del TUEL, in esecuzione del riformulato art. 46 del D.L. n. 112/2008, il quale prevede che le norme regolamentari dovranno disciplinare i limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione autonoma, applicabile a tutte le tipologie di prestazioni, mentre il limite di spesa annuale dovrà essere fissato nel bilancio di previsione.

Le disposizioni regolamentari non trovano applicazione nelle materie relative all'appalto dei lavori o di beni/servizi, di cui al D.Lgs. n. 163/2006, nonché agli "incarichi conferiti per adempimenti obbligatori per legge, mancando, in tali ipotesi qualsiasi facoltà discrezionale dell'Amministrazione"(vedasi deliberazione Corte dei Conti, Sez. Calabria, n. 183/2008). (Rif. "Italia Oggi" del 12 settembre 2008)

### **CORTE CONTI: NO AFFIDAMENTI PRIVATI PER CHI SFORA IL PATTO**

I giudici della Corte dei Conti – Sez. Lombardia, con il parere n. 79 del 22 ottobre 2008, hanno affermato che il divieto di stipulare contratti di servizio con soggetti privati, che si configurino elusivi del vincolo di non assunzione di personale, previsto per gli Enti locali dall'art. 76, comma 4, del D.L. 112/2008, come convertito nella legge n. 133/2008, vale anche nel caso in cui il Comune costituisca un'azienda speciale consortile per la gestione dei servizi socio-assistenziali.

Nel caso all'esame della Corte, il Comune, non avendo rispettato il patto di stabilità 2007, domandava se le spese di personale della costituenda azienda speciale rientrassero nel divieto, posto che non vi sarebbe stato trasferimento di personale da parte dei Comuni e l'azienda avrebbe assunto il personale con contratti di tipo privatistico.

Secondo i giudici contabili anche l'affidamento di servizio pubblico ad un'azienda speciale consortile rientra nell'ambito del divieto di assumere nuovo personale e, correlativamente, di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino elusivi del divieto di assunzione di personale.

Tale affidamento integra una fattispecie nella quale, pur non provvedendo l'ente direttamente alla gestione del servizio pubblico, si utilizza uno strumento organizzativo che fa capo all'ente stesso attraverso le forme di collegamento e di sovraordinazione.

Pertanto, il divieto previsto dalla manovra si estende anche alle forme di esternalizzazione a soggetti privati, quando siano elusivi del divieto di assunzioni.

"Se la *ratio legis* – scrivono i giudici – è evitare in generale l'aumento della spesa per il personale degli Enti locali, attuato dall'ente sia in via diretta che in via indiretta, si deve ritenere che la norma riguardi tutte le forme di organizzazione che fanno capo all'ente, compreso l'affidamento del servizio all'azienda speciale".

(Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))



## **PATTO DI STABILITÀ – PROPOSTE DELL'ANCI**

L'ANCI ha inviato al Ministro dell'Economia e delle Finanze alcune proposte di modifica alla disciplina del patto di stabilità 2009 con l'obiettivo di rendere la manovra "più equa e sostenibile".

Da una prima analisi degli effetti della norma i Comuni denunciano alcune anomalie: in particolare, "l'art. 77 bis, comma 8, del D.L. 112 del 2008, convertito dalla legge n. 133 del 6 agosto 2008, stabilisce che le risorse derivanti dalla cessione di azioni e quote di società operanti nel settore dei servizi pubblici locali e dalla vendita del patrimonio immobiliare, se sono state utilizzate per la realizzazione di investimenti infrastrutturali e per la riduzione del debito, non sono conteggiate ai fini dei saldi utili per il rispetto del patto di stabilità interno".

Per l'ANCI questo comma "agevola una parte degli enti ma rischia di vanificare gli aspetti positivi della vendita del patrimonio". (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

## **CASSAZIONE: OK A IMPOSTA PUBBLICITÀ SU TARGA PROFESSIONALE**

E' soggetta all'imposta sulla pubblicità la targa professionale, che assolve il compito di rendere pubblico l'esercizio dell'attività svolta nel luogo in cui è affissa.

Lo precisa la Corte di Cassazione con la sentenza n. 22572 dell'8 settembre 2008 precisando che in questo caso valgono le vecchie regole fiscali che limitano l'esenzione alle targhe professionali al di sotto dei 30cm x 10cm.

I giudici della Sezione tributaria ricordano che - in tema di imposta sulla pubblicità, che si applica quando i mezzi pubblicitari siano esposti o effettuati "in luoghi pubblici o aperti al pubblico o, comunque, da tali luoghi percepibili" - il presupposto dell'imponibilità va ricercato nell'astratta possibilità del messaggio, in rapporto all'ubicazione del mezzo, di avere un numero indeterminato di destinatari, che diventano tali solo perché vengono a trovarsi in quel luogo determinato.

Il presupposto sussiste, pertanto, rispetto ad una targa indicativa di uno studio di avvocato esposta in un cortile, il quale, pur se privato, debba ritenersi "aperto al pubblico", perché accessibile durante il giorno ad un numero indeterminato di persone". (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

## **PUBBLICATO IL TERZO DECRETO CORRETTIVO AL CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI**

Nella G.U. n. 231 del 2/10/2008 - Supplemento Ordinario n. 227 è stato pubblicato il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 - "Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62."

Il decreto legislativo in argomento è l'ultimo possibile con la delega prevista dell'art. 25 della legge n. 62/2005 e qualsiasi altra modifica potrà essere effettuata soltanto con una legge ordinaria o un decreto-legge.

Il D.Lgs. n. 152/2008 che entra in vigore dopo 15 giorni dalla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale e, quindi, il 17 ottobre 2008, consta di 3 articoli che contengono:

- le disposizioni di adeguamento comunitario;
- le disposizioni di coordinamento;
- la norma finanziaria.

L'art. 1 contiene di fatto tutte quelle modifiche necessarie ad adeguare il codice stesso alle norme europee al fine di rispondere alla procedura di infrazione n. 2007/2309, e alla nota di costituzione in mora inviata l'1 febbraio 2008 dalla Commissione delle Comunità europee alla rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione europea.

L'art. 2, invece, riporta tutti quegli adeguamenti del codice stesso resi necessari per correggere alcuni errori formali ma anche alcune norme.

Alla luce delle novità importanti previste per gli appalti, tornerà, ad esempio, la possibilità di concedere al privato che si candida per realizzare un'opera pubblica in project financing il diritto di prelazione sulla proposta selezionata dopo una gara ed una seconda VIA, senza prelazione, lasciando la scelta alle Amministrazioni.

In questa seconda ipotesi la gara è unificata e avviene sulla base di un semplice studio di fattibilità.



Al vincitore è richiesta, però, la disponibilità ad adeguarsi senza aumenti alle modifiche richieste per mettere a punto il progetto definitivo.

Si riportano di seguito alcune delle più rilevanti novità oggetto del decreto:

- a) lavori specializzati: in questo campo diventa possibile per l'impresa generale subappaltare una quota fino al 30 %, mentre il restante 70% dovrà andare in ATI obbligatoria;
- b) offerte anomale: l'esclusione automatica dei maxi ribassi diventa possibile soltanto per le gare di lavori di importo inferiore a un milione di euro, mentre, per i servizi e forniture, di importo inferiore a 100.000 euro;
- c) manutenzione: raddoppia, passando a 200.000 euro, il tetto entro il quale è consentito lo svolgimento di lavori di manutenzione in economia;
- d) false dichiarazioni: esclusione dalle gare fino ad un anno per il subappaltatore che rilascia false dichiarazioni;
- e) subentro: in caso di fallimento o grave inadempimento dell'appaltante si può interpellare fino al quinto classificato;
- f) requisiti tecnici: da subito e fino al 2010 sarà possibile ottenere l'attestazione SOA andando a selezionare i cinque migliori bilanci degli ultimi dieci anni ;
- g) garanzie: presentazione delle fidejussioni in sede di offerta;
- h) viene eliminata la possibilità per la commissione di fissare i criteri con cui procederà all'assegnazione dei punteggi minimi e massimi nel caso di gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non con il massimo ribasso. Tale scelta va anticipata al momento di pubblicazione del bando.

(Rif. "Il Sole 24 Ore" del 13 e del 22 settembre 2008; [www.lavoripubblici.it](http://www.lavoripubblici.it))

## **PUBBLICATO IL DECRETO DELLE INFRASTRUTTURE SUL PREZZO CHIUSO NEGLI APPALTI**

Sulla Gazzetta Ufficiale del 12 settembre 2008 è stato pubblicato il decreto del Ministero delle Infrastrutture del 5 settembre 2008 sul prezzo chiuso negli appalti.

Il provvedimento accerta che per il 2006 ed il 2007 non si è registrato uno scostamento tra tasso di inflazione programmata e tasso reale oltre il 2%. Viene così a mancare l'unica condizione che, secondo il codice degli appalti, legittima la richiesta di revisione dei prezzi e la possibilità per gli appaltatori di chiedere un aumento degli importi già fissati nel contratto (Rif. "Il Sole 24 Ore" del 13 settembre 2008)

## **IN TEMA DI VALUTAZIONE DI OFFERTE ANOMALE UGUALI AI FINI DEL CD. TAGLIO DELLE ALI E SULLA RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEL DANNO**

Merita di essere segnalata la sentenza n. 1729 del 10 luglio 2008 emessa dal TAR Puglia-Bari per un importante principio in essa contenuto relativamente alla valutazione delle offerte anomale.

In base all'art. 86, comma 1, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (che riprende il testo dell'art. 21, comma 1-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109), "... quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media".

Secondo l'orientamento ermeneutico dominante in giurisprudenza, formatosi in riferimento alla previgente normativa, le offerte uguali, allorché si collochino "a cavallo" del limite delle "ali" di maggiore o di minore ribasso, vanno considerate come un'unica offerta, con la conseguenza che nessuna di esse va considerata ai fini del calcolo della media.

Ciò perché la ragione del cd. "taglio delle ali", ovvero dell'esclusione dal novero delle offerte prese in considerazione di quelle collocate ai margini estremi, sta nell'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte largamente e palesemente disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte finalizzate solo a condizionare la media. (Rif. [www.diritto.it](http://www.diritto.it))



## **APPALTI : IL DURC NON PUO' ESSERE SOSTITUITO DALL'AUTOCERTIFICAZIONE**

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4035 del 25 agosto 2008, ha precisato che il DURC non può essere sostituito, nella sua funzione probante, dall'autocertificazione.

La pronuncia, sulla base anche di quanto previsto dal bando di gara, nonché dall'art. 2, comma 1, del D.L. 210/02 (convertito dalla legge 266/02), il quale impone all'impresa aggiudicataria di "presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento", ha affermato che la regolarità contributiva dell'impresa va certificata con il DURC formato da INPS, INAIL, e Casse edili e questo documento non può essere sostituito dall'autocertificazione o dalla presentazione dei soli F24 e dei bollettini utilizzati per pagare i contributi previdenziali.

La produzione di questi documenti non consente alla stazione appaltante di controllare se davvero siano stati assolti tutti gli oneri contributivi e per tutti i dipendenti.

L'uso obbligatorio del DURC, secondo il Consiglio di Stato, persegue anche la "finalità di contrasto dell'evasione contributiva previdenziale", perché si pone a base della possibilità di contrarre un appalto pubblico. (Rif. "Italia Oggi" del 3 settembre 2008 ; "Il Sole 24 Ore" del 6 settembre 2008)

## **ILLEGITTIMO ANNULLAMENTO DI UN'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA**

Il TAR Emilia Romagna - Bologna con la sentenza n. 3470 del 23 luglio 2008 ha affermato che la regolarità contributiva è requisito indispensabile non solo per la stipulazione del contratto, bensì per la stessa partecipazione alla gara, per cui l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura, essendo tale requisito indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze.

Secondo il prevalente insegnamento giurisprudenziale, a seguito dell'entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva, dettata dall'art. 2 del D.L. 25 settembre 2002 n. 210, così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002 n. 266 e dall'art. 3, comma 8 lett. b-bis) del D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 494 (lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10, del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276), la verifica della regolarità contributiva non è più di competenza delle stazioni appaltanti, ma è demandata agli enti previdenziali, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

In base alla nuova normativa introdotta dal codice dei contratti (art. 38 lett. i del D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163), sono esclusi dalla partecipazione alla gara e non possono conseguentemente conseguire l'aggiudicazione, quei soggetti "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti".

La formulazione di questa disposizione esclude, dunque, che possano trovare applicazione i principi consolidatisi in materia sotto la vigente disciplina (art. 75 D.P.R. 554/1999) e impone che il provvedimento che dispone l'esclusione sia congruamente motivato e giustificato dall'Amministrazione procedente con riguardo alla sussistenza delle condizioni di gravità e definitività della violazione.

Va ricordato che il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 147 del 23/01/2008, ha espresso due importanti insegnamenti : innanzitutto che "il procedimento di rilascio della certificazione di regolarità contributiva ha una sua autonomia rispetto al procedimento di gara (del resto la stessa certificazione è richiesta anche per i lavori privati, ove non si fa certo riferimento a procedimenti di gara) ed è sottoposto alle regole proprie della materia previdenziale, della cui corretta applicazione è, peraltro, competente a conoscere il giudice ordinario."

Inoltre, in tema di appalti pubblici di lavori, "il possesso della certificazione di qualità aziendale ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate da soggetti accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione, è attestato dalle SOA". (Rif. [www.diritto.it](http://www.diritto.it))



## **SPAZI PUBBLICITARI E PUBBLICITA' DEGLI APPALTI**

L'affidamento della gestione concernente la pubblicità sfugge alle regole comunitarie delle rigorose procedure prescritte per gli appalti pubblici.

Secondo il Consiglio di Stato, che si è pronunciato con la sentenza del 19 settembre 2008, il contratto con cui un Comune, all'esito di una gara svoltasi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aggiudica, con il sistema della procedura negoziata a trattativa multipla, il servizio di gestione degli spazi pubblicitari ricavabili sulle pensiline di fermata della rete autofilotraviaria, esistenti e di futura installazione, va qualificato come concessione di pubblico servizio e non come appalto pubblico.

Ne deriva che, in relazione a siffatto contratto, non trovano diretta applicazione le puntuali regole, di derivazione comunitaria, riguardanti l'aggiudicazione dei contratti pubblici, ma solo i principi generali dell'ordinamento comunitario.

Tra questi si deve considerare anche quello relativo alla pubblicità e alla trasparenza delle procedure selettive.

Peraltro, nel contesto della disciplina comunitaria, il riferimento alla pubblicità, assume un significato ben preciso e circoscritto, non coincidente con quello elaborato nel diritto interno.

Esso, infatti, non pone alla stazione appaltante l'obbligo di "consentire" la fisica presenza alle operazioni di gara dei rappresentanti di tutti le imprese partecipanti alla gara, ma prescrive a ciascuna Amministrazione di rendere nota la propria intenzione di procedere all'assegnazione della concessione, "permettendo" a tutti i soggetti interessati di partecipare alla selezione.

In tal senso il Consiglio di Stato si era già sostanzialmente pronunciato con la sentenza del 1° agosto 2007, n. 4270, confermando quanto aveva puntualizzato con la sentenza del 5 giugno 2006, n. 3333, con cui aveva chiarito che, con il contratto in questione, si instaura un rapporto trilaterale tra l'Amministrazione concedente, il concessionario e gli utenti, nel quale il concessionario agisce in luogo dell'Amministrazione, cedendo gli spazi a terzi, dietro compenso, ed è tenuto, nei confronti dell'Amministrazione, al pagamento di un canone, cui possono aggiungersi la fornitura e il servizio di manutenzione degli spazi.

Orbene, a fronte di un contratto che così si connota, il principio della pubblicità delle operazioni di gara, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, è legittimamente derogabile nei casi di procedure disciplinate da regole valutative non automatiche.

I giudici di Palazzo Spada hanno ricordato di aver recentemente rilevato che l'ordinamento non regola in modo espresso e puntuale la pubblicità delle operazioni di gara, nei settori dei servizi pubblici e nei settori speciali. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

## **LA PRESENZA DEI RAPPRESENTANTI DELLE DITTE CONCORRENTI ALLE SEDUTE DI GARA NON INTEGRA GLI ESTREMI DELLA PIENA CONOSCENZA DEGLI ATTI PER LA DECORRENZA DEI TERMINI DI IMPUGNAZIONE**

Il TAR Toscana – Sez. I, con la sentenza del 22/09/2008 n. 2064 ha affermato che è principio giurisprudenziale costante che la presenza di rappresentanti delle ditte concorrenti alle sedute di gara non integra gli estremi della piena conoscenza degli atti adottati durante le sedute medesime ai fini della decorrenza del termine di decadenza stabilito dalla legge per l'impugnazione delle relative determinazioni assunte dall'organo di gara e dell'atto finale del sub procedimento di valutazione delle offerte dei concorrenti.

Va tenuto conto che, in materia di aggiudicazione di un contratto della P.A., il termine per ricorrere non decorre dall'aggiudicazione provvisoria, ma da quella definitiva, dal momento che la prima comporta soltanto effetti prodromici, per cui ne consegue che in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva possono essere fatti valere anche vizi propri di quella provvisoria ((Cons. Stato Sez. V, 11 maggio 2004 n. 2951; id., 29 luglio 2003 n. 4327; T.A.R. Lazio, Sez. II, 19 giugno 2006 n. 4814; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 02 luglio 2007, n. 6416). (Rif. [www.noccioli.it](http://www.noccioli.it))



## **APPALTI. ACCESSO ALL'OFFERTA VINCENTE**

Il TAR Puglia-Lecce, Sez. II, con la sentenza n. 2087 del 9 luglio 2008, ha affermato che un'impresa partecipante ad una procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un appalto pubblico può accedere anche all'offerta presentata dall'impresa aggiudicataria.

Il Collegio nella sentenza ha precisato che l'impresa che ha partecipato ad una gara d'appalto, nel richiedere l'accesso alla documentazione della gara stessa dopo il suo espletamento, non deve indicare necessariamente, nell'istanza di accesso le ragioni giuridiche sottese alla sua richiesta, posto che in tale ipotesi l'accesso si giustifica *ex se* con il diritto di chi ha partecipato alla gara e le determinazioni adottate in proposito dalla pubblica amministrazione.

Infatti, il soggetto richiedente l'accesso è sicuramente qualificabile come "interessato", ai sensi dell'art. 22 comma 1 lett. b) della legge n. 241/1990 e s.m.i., in quanto titolare di un interesse, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente rilevante, collegata ai documenti per i quali ha motivatamente chiesto l'accesso.

Il TAR ha, altresì, sostenuto, nella pronuncia "che, mentre la più generale tutela di cui agli artt. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i. (c.d. accesso esoprocedimentale), riconosciuta al soggetto estraneo al procedimento amministrativo, esige che il richiedente l'accesso dimostri specificamente la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante collegato agli atti di cui chiede l'esibizione, invece, il soggetto partecipante al procedimento amministrativo null'altro deve dimostrare per legittimare l'istanza estensiva nei confronti dei relativi atti e documenti (accesso endoprocedimentale) se non la veste di parte dello stesso procedimento". (Rif. *"Italia Oggi"* dell'11 settembre 2008)

## **SOLO ESPERTI DOC NELLE COMMISSIONI DI GARA**

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza 7 ottobre 2008, n. 4829, ha affermato che solo esperti "doc" possono comporre la commissione di gara, anche se si tratti di dipendenti dell'ente appaltante con anni di esperienza.

La sentenza sottolinea che, secondo l'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i commissari diversi dal presidente debbono essere scelti tra funzionari delle Amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero, tra professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, oppure professori universitari di ruolo.

La legge, dunque, è particolarmente rigorosa nel prefissare il livello, piuttosto elevato, delle competenze professionali dei componenti delle commissioni.

Nel caso all'esame dei giudici di Palazzo Spada, l'illegittima costituzione della commissione è data dal fatto che tra i suoi componenti esterni hanno prevalso, numericamente, soggetti privi di competenze tecniche specifiche di elevato livello, come richiesto dalla legge.

Ciò, pertanto, in contrasto con il principio generale che si desume dall'ordinamento, secondo il quale occorre la presenza, in capo ai componenti della commissione, dei requisiti tecnici e di professionalità necessari per poter formulare un giudizio consapevole nella valutazione delle offerte.

La pronuncia evidenzia, altresì, come la specifica professionalità dei componenti la commissione sia necessaria per l'osservanza del principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. (Rif. *"Italia Oggi"* del 17 ottobre 2008)

## **CRITERI DI CALCOLO DELL'INDENNIZZO EX ART. 2041 C.C.**

La Corte Cassazione - S.U. civili, con sentenza n. 23385 dell'11 settembre 2008, risolvendo un contrasto in riferimento ai criteri di calcolo dell'indennizzo ex art. 2041 c.c. - in una fattispecie concernente un contratto di appalto di opere tra un Comune e un'impresa, annullato dal giudice amministrativo - all'esito dell'analisi della giurisprudenza pregressa e facendo propria l'interpretazione restrittiva, ha ritenuto, in generale, che dal calcolo dell'indennità, richiesta per la diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore di una prestazione in virtù di un contratto invalido, deve essere escluso quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace.



Inoltre, la Cassazione ha affermato che nei confronti della P.A. per il periodo precedente alla legge n. 144 del 1989, la revisione prezzi non può costituire neppure un parametro di riferimento ai fini della liquidazione dell'indennizzo. (Rif: [www.noccioli.it](http://www.noccioli.it))

### **ESPROPRIAZIONI: CDS SU PRESCRIZIONE DEL RISARCIMENTO**

Il risarcimento dovuto ai proprietari di aree irreversibilmente trasformate va sempre chiesto nel quinquennio dall'occupazione divenuta illegittima, pena la prescrizione del relativo diritto.

Secondo il Consiglio di Stato, che si è pronunciato con la sentenza del 26 settembre 2008, la trasformazione di un terreno di proprietà privata, assoggettato a occupazione d'urgenza legittimamente disposta, divenuta irreversibile conseguentemente alla realizzazione dell'opera pubblica cui il terreno medesimo era stato destinato, senza che, nel termine di cinque anni dall'occupazione, sia stato emanato il decreto di esproprio, ha, come duplice effetto, l'acquisto a titolo originario della proprietà del bene in capo all'Amministrazione occupante (ormai abusivamente) il suolo, e il diritto, in capo al proprietario, di una pretesa risarcitoria, sottoposta, ai sensi dell'art. 2935 del codice civile, alla prescrizione quinquennale.

Il termine iniziale della prescrizione decorre dallo spirare del termine dell'occupazione validamente autorizzata.

Ne deriva che il diritto al risarcimento cade in prescrizione se entro i cinque anni dall'inizio dell'occupazione non più legittima il proprietario non lo abbia fatto valere.

Né, al fine di superare la prescrizione, varrebbe allo stesso proprietario invocare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il Consiglio di Stato, con questa pronuncia, ha ribadito quanto affermato con la sentenza dell'11 maggio 2007, n. 2336, e, quanto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha richiamato il principio che aveva avuto occasione di enunciare con la sentenza del 4 febbraio 2008, n. 303, secondo cui "la salvaguardia della certezza dei rapporti giuridici è principio operante non soltanto nell'ordinamento interno ma anche in quello internazionale".

Nel soffermarsi, poi, su quest'ultimo principio, i giudici di Palazzo Spada, hanno rilevato come due recenti sentenze della Corte costituzionale abbiano focalizzato il rapporto tra norma interna, norma della Convenzione e Costituzione. Hanno così osservato che tale rapporto si attegga in termini diversi da quelli che caratterizzano il rapporto tra norma comunitaria e norma interna. Infatti, in quest'ultimo caso, l'immediata applicabilità della norma comunitaria si esprime con tale forza da travolgere persino il giudicato interno, formatosi ai sensi dell'art. 2909 del codice civile, in violazione della norma comunitaria.

Diversamente, secondo gli stessi giudici, i principi fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur imponendosi alla norma interna, per la forza che loro deriva dall'art. 117 della Costituzione, nel testo introdotto con la modifica del Titolo V, in quanto affidati a "norme interposte", possono essere recepiti dal giudice interno ove siano, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, conformi alla nostra Costituzione. (Rif: [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **URBANISTICA: CDS SU CARATTERE RISTRUTTURAZIONE EDIFICIO**

La ristrutturazione sanabile presuppone piena conformità degli interventi eseguiti alle preesistenti caratteristiche essenziali del fabbricato.

Secondo il Consiglio di Stato, che si è pronunciato con la sentenza dell'8 settembre 2008, la ristrutturazione di un fabbricato, come previsto dall'art. 31, comma 1, lett. d), della legge 5 agosto 1978 n. 457, consiste nella trasformazione dell'organismo edilizio "mediante un insieme sistematico di opere che possono portare a un nuovo organismo in tutto o in parte diverso dal precedente".

Peraltro, il concetto di "ristrutturazione", inquadrabile tra gli interventi di recupero enumerati dallo stesso art. 31, nel quale rientra anche il caso di demolizione e successiva, "fedele" ricostruzione, presuppone la piena conformità dell'organismo ristrutturato alle preesistenti caratteristiche essenziali del manufatto, quali quelle tipologiche, dimensionali, ubicazionali, volumetriche, architettoniche, stilistiche.

Ne consegue che, in assenza di tali precise condizioni, non può che parlarsi di intervento equiparabile a "nuova costruzione", da assoggettarsi alle regole proprie della corrispondente attività edilizia.



Con questa pronuncia il Consiglio di Stato, nel confermare una sentenza resa nel 1999 dal TAR per la Lombardia in una controversia concernente il diniego di sanatoria di abusi edilizi, ha pure chiarito che tra le preesistenti caratteristiche essenziali di un fabbricato deve ritenersi compresa la destinazione d'uso, quale elemento determinante della tipologia del fabbricato medesimo. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **URBANISTICA: TAR PUGLIA SU ADOZIONE PIANO ATTUATIVO**

Il TAR Puglia-Lecce con la sentenza 2455/08 ha affermato che per l'adozione del piano attuativo occorre, tra l'altro, verificare il grado di urbanizzazione primaria e secondaria della zona interessata, in relazione all'adeguatezza e fruibilità delle opere di urbanizzazione medesime, a fronte della consistenza dell'intervento e dell'incremento del carico urbanistico da questo discendente.

Invero, secondo i giudici leccesi, la normativa di settore ha previsto i piani di secondo livello, in attuazione dei piani generali, al fine di garantire un equilibrato sviluppo urbanistico del territorio (cfr. artt. 13 e 28 della legge n. 1150 del 1942).

La suddetta funzione viene assolta dai piani particolareggiati di iniziativa pubblica e dai piani di lottizzazione di iniziativa privata, non solo quando trattasi di asservire per la prima volta una zona non ancora urbanizzata ad un insediamento edilizio di carattere residenziale o produttivo, ma anche quando l'intervento su aree libere esiga il raccordo armonico con il preesistente aggregato abitativo (cfr. CdS Ad. Pl. n. 12 del 1992).

Pertanto, al fine di riscontrare la permanente necessità della previa adozione del piano attuativo occorre, tra l'altro, verificare lo stato di edificazione della zona interessata dall'intervento, nonché il suo grado di urbanizzazione primaria e secondaria, in relazione all'adeguatezza e fruibilità delle opere di urbanizzazione medesime, a fronte della consistenza dell'intervento stesso e dell'incremento del carico urbanistico da questo discendente (cfr., tra le altre, TAR Puglia-Lecce, I, n. 7834 del 2004; III, n. 4225 del 2005; 4339 del 2005; 5935 del 2005; 286 del 2006; 2245 del 2007; 961 del 2008).

Nel caso in trattazione, dal verbale di verifica emergeva che nella zona interessata dall'intervento, oltre al mancato completamento delle opere di urbanizzazione primaria ed all'assenza di opere di urbanizzazione secondaria, prevalgono i lotti liberi rispetto a quelli edificati.

Correttamente, pertanto, ha operato il Comune nel ritenere necessaria, rigettando la domanda del ricorrente, la previa adozione del piano attuativo, previsto nell'art. 71 delle N.T.A. del P.R.G. per le zone C 4. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **EDILIZIA: TAR LOMBARDIA SU PERTINENZE E NUOVE COSTRUZIONI**

Secondo il TAR Lombardia-Brescia – che si è pronunciato con la sentenza del 10 settembre 2008, solo una puntuale disposizione dello strumento urbanistico comunale può stabilire a quali condizioni un intervento edilizio sia tollerabile come pertinenza di un edificio preesistente.

Ne consegue che, in assenza di una disposizione in tal senso, qualsiasi opera che introduca una modifica stabile dell'area su cui insiste un immobile va considerata nuova costruzione e, quindi, abusiva se non assentita dall'autorità comunale.

Con questa pronuncia il TAR Lombardia ha chiarito che un fabbricato va considerato nuova costruzione quando introduca una modifica stabile del territorio.

Ha, poi, aggiunto che il carattere permanente di tale modifica non si misura sulla base della stabilità delle opere (come avviene quando i materiali utilizzati non siano amovibili con mezzi ordinari), ma a motivo della funzione svolta nel tempo dalla nuova struttura.

Pertanto, come si legge nella sentenza, la modifica del territorio può essere realizzata anche con materiali amovibili o modulari. Se manca qualsiasi elemento di stagionalità, temporaneità o periodicità nella presenza *in loco* della nuova struttura si ricade, per esclusione, nella categoria della nuova costruzione.

I giudici amministrativi di Brescia hanno pure chiarito che gli interventi edilizi non perdono la qualificazione di nuova costruzione per il solo fatto di essere collegati ad un altro edificio.

L'unica via attraverso cui sia possibile escludere nuove superfici e nuovi volumi dalla categoria della nuova costruzione è la qualificazione come pertinenza, ai sensi dell'art. 3, comma, 1 lett. e-6) del T.U. per l'edilizia (D.P.R. 380 del 2001).

Si tratta, tuttavia, di una possibilità, come avverte ancora la pronuncia, con non poche limitazioni.



In proposito, i giudici hanno ricordato la sentenza del TAR Toscana 27 novembre 2006 n. 6052, la quale ha chiarito che, ai fini urbanistici non vale il concetto civilistico di pertinenza ex art. 817 del codice civile, ma una nozione più ristretta basata sulla valutazione economica del bene e sul peso per il territorio.

Orbene, l'applicazione puntuale di questi criteri ai singoli interventi edilizi è mediata proprio dagli strumenti urbanistici comunali, cui le richiamate norme legislative affidano il compito di distinguere le pertinenze dalle nuove costruzioni assoggettate a permesso di costruire. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **CATASTO: CASSAZIONE, SÌ A REVISIONE CLASSAMENTI A RICHIESTA**

Il possessore di un immobile, il cui il classamento non risulta più attuale può sempre chiedere una diversa classificazione catastale e quindi una diversa rendita del bene.

Lo ha stabilito la Corte di Cassazione con la sentenza n. 22557 dell'8 settembre 2008, riconoscendo a coloro che, in tempi di ICI riservata solo ad alcune categorie di immobili, vogliono invocare lo stato dell'immobile, la possibilità di vedersi "declassata" la propria abitazione per scampare all'imposta comunale.

Tale possibilità di aggiornamento a richiesta, secondo la pronuncia, si fonda sull'art. 53 della Costituzione, che collega le imposte alla capacità contributiva dei cittadini, "poiché i dati catastali costituiscono il punto di riferimento per tutto il sistema impositivo: e non può essere assoggettato a indicazioni o a provvedimenti di carattere generale".

In pratica ogni titolare di immobile ha "la facoltà di chiedere una diversa classificazione catastale del bene. E ovviamente, in caso di risposta negativa, di rivolgersi al giudice". Sarà poi quest'ultimo a decidere se tener conto "di mutate condizioni, della vetustà dell'edificio, della non rispondenza dell'immobile alle esigenze attuali". (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **SERVITÙ: TAR PUGLIA SU IMPOSIZIONE PER ENERGIA EOLICA**

E' legittima l'imposizione di servitù coattive su fondi privati in favore di imprese impegnate nella produzione di energia eolica.

Secondo il TAR Puglia-Bari – che si è pronunciato con la sentenza 12 settembre 2008, legittimamente un Comune dispone, ai sensi dell'art. 43 del T.U. sugli espropri (D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327) e, dunque, conseguentemente all'utilizzazione di un'area per scopi di interesse pubblico, in assenza del valido provvedimento ablatorio, l'acquisizione del diritto di servitù coattiva sull'area medesima al patrimonio di un'impresa, che tale utilizzazione abbia fatto e voglia continuare a fare per la produzione di energia eolica.

Con l'enunciazione di questo principio il TAR Puglia ha affermato la natura di pubblico servizio alla produzione di energia eolica, escludendo che per l'esercizio della relativa attività sarebbe necessaria una concessione amministrativa, un'autorizzazione o una delega in capo all'impresa esercente.

I giudici amministrativi di Bari hanno, quindi, osservato che l'art. 43 del T.U. sugli espropri consente espressamente l'imposizione di servitù coattive in favore di "soggetti privati ... che svolgono, anche in base alla legge, servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua, energia".

In particolare, hanno affermato che l'utilizzazione delle fonti di energia rinnovabili, tra le quali viene ricompreso il vento, è espressamente definita dall'art. 1, comma 4, della legge 10 del 1991 "di pubblico interesse", così come le opere relative alla realizzazione e all'esercizio di impianti alimentati da fonti rinnovabili sono qualificati "di pubblica utilità, indifferibili ed urgenti" dall'art. 12, comma 1, del D.Lgs. 387 del 2003, emanato in attuazione della direttiva 2001/77/CE, relativa alla promozione dell'energia elettrica, prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

Inoltre, dopo aver rilevato che l'art. 3 della legge 166 del 2002 estende le disposizioni contenute nell'art. 43, comma 6-bis in questione, anche agli impianti eseguiti e realizzati prima dell'entrata in vigore della legge stessa, i giudici hanno osservato che, in generale, sulla portata retroattiva della norma si è pronunciato il Consiglio di Stato con sentenza 5830 del 16 novembre 2007.

Infine, la sentenza in esame ha escluso che sarebbe stata necessaria una concessione amministrativa, un'autorizzazione o una delega in capo all'impresa produttrice di energia eolica.

E questo perché, in ipotesi di utilizzazione di fonti di energia rinnovabili, la legittimazione discende direttamente dalla legge. E' la legge, infatti, che riserva una regolamentazione speciale agli impianti eolici, prevedendo espressamente il potere di asservimento dei suoli privati limitrofi e il ricorso alla procedura



ablativa - eventualmente in sanatoria, quindi in applicazione dell'art. 4 del T.U. sugli espropri - per l'apprensione dei terreni interessati dalla localizzazione delle opere. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **SERVIZI PUBBLICI LOCALI - PER AFFIDAMENTO DIRETTO NECESSARIO PARERE DELL'ANTITRUST**

Gli Enti locali che volessero affidare un servizio pubblico locale senza gara dovranno prima presentare una richiesta di parere all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Lo rende noto una comunicazione dell'Antitrust relativa all'applicazione dell'art. 23-bis, comma 3, del D.L. n. 112/2008 convertito nella legge n. 133/2008 sull'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'Autorità comunica che l'Ente locale, prima della delibera con la quale affiderà il servizio, dovrà presentare la richiesta di parere utilizzando un apposito formulario.

Inoltre, la richiesta di parere dovrà essere corredata da alcune informazioni e da documenti rilevanti.

Infatti, l'Ente locale dovrà fornire una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica; informazioni sulle modalità con le quali sono resi pubblici i motivi relativi all'affidamento del servizio *in house*; le indicazioni relative all'impresa interessata; i dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione; l'atto costitutivo, lo statuto e le informazioni relative al campo di attività della società affidataria; le informazioni sulle caratteristiche economiche del settore o del mercato tali da giustificare l'affidamento *in house*; le indicazioni sui principali concorrenti; le indicazioni sulle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell'attività oggetto di affidamento e delle attività a questa connesse.

L'Autorità si impegna a rilasciare il parere entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della richiesta avanzata dall'Ente locale.

La richiesta dovrà, però, contenere tutte le informazioni previste dal formulario e deve essere corredata degli allegati e di tutti gli elementi essenziali ad una completa valutazione da parte dell'Autorità.

In caso di incompletezza delle informazioni fornite dall'Ente, l'Autorità può fissare un termine per il completamento della richiesta di parere; in tal caso, il termine di sessanta giorni previsto per il rilascio del parere decorre nuovamente dal ricevimento delle informazioni complete.

Ai fini della valutazione, qualora lo ritenga necessario, l'Autorità può richiedere all'Ente ulteriori informazioni.

Le richieste di parere dovranno essere inviate all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato all'indirizzo Piazza Verdi 6/A - 00198 Roma. (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))

### **I COMUNI APPROVANO LE REALIZZAZIONI DEI CENTRI DI RACCOLTA DEI RIFIUTI URBANI**

Con l'introduzione del D.Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, correttivo del Codice dell'Ambiente, è stata introdotta una novità rilevante per la gestione dei centri di raccolta comunali che sono definiti per la prima volta come attività della raccolta e non più per il recupero e lo smaltimento.

La delibera del Comitato Nazionale Albo Gestori relativa ai criteri e requisiti per l'iscrizione all'Albo per lo svolgimento dell'attività di gestione dei centri di raccolta, completa il quadro amministrativo per lo svolgimento delle attività di raccolta presso i centri.

Il DM 8 aprile 2008 introduce misure di semplificazione amministrativa valide in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale: la realizzazione delle strutture è approvata dal Comune territorialmente competente, purché siano rispettati i parametri tecnici contenuti nell'allegato al decreto stesso.

I gestori dei centri di raccolta hanno tempo fino al 3 novembre 2008 per adeguare le strutture e per l'iscrizione all'Albo (i Comuni non sono tenuti all'iscrizione). (Rif. [www.anci.it](http://www.anci.it))



## **TOCCA AGLI EE.LL. VALUTARE SE LIBERALIZZARE GLI ESERCIZI PUBBLICI IN ATTESA DELLE NORME REGIONALI SUL D.L. BERSANI**

Il Ministero dello Sviluppo economico, nel prendere atto della recente ordinanza del Consiglio di Stato n. 1641/08, con la quale si è sospesa la pronuncia del TAR Lombardia n. 6259/07, che, di fatto, considerava “liberalizzata” l’attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, precisa ora, con il parere n. 841/08, che non vi è alcun obbligo, per i Comuni, di rilasciare automaticamente le autorizzazioni eventualmente richieste.

Infatti, secondo il Dicastero, le norme in materia di concorrenza e liberalizzazione dettate dal “decreto Bersani” non sono idonee a far decadere automaticamente ed immediatamente le regolamentazioni locali.

Spetta alle Regioni adeguare le proprie disposizioni regionali di settore ai contenuti del D.L. n. 223/06, convertito con legge n. 248/06.

Nel frattempo l’ufficio decidente potrà rilasciare o negare l’autorizzazione sulla base delle norme vigenti e dell’interpretazione che responsabilmente ne vorrà dare, mentre l’indirizzo della giurisprudenza amministrativa funge solo da utile riferimento per le valutazioni dell’autorità competente.

Secondo il Ministero, dunque, gli Enti locali possono pervenire a nuove e diverse interpretazioni del compendio normativo alla luce del tempo trascorso, degli autorevoli pareri nel frattempo intervenuti e delle pronunce giurisprudenziali.

Anche le Regioni, d’altronde, si stanno indirizzando verso la previsione di criteri alternativi a quelli numerici per il rilascio delle autorizzazioni nel settore della somministrazione.

Il Ministero ha reso pubblici sul proprio sito anche altri interessanti pareri in materia. (*Rif. “Italia Oggi” del 9 settembre 2008*)