



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**8 gennaio
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Rischio commissariamento per le Regioni inadempienti in materia di ricollocazione dei dipendenti delle Province e di riorganizzazione delle funzioni
- ❖ I presupposti per ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di gara devono essere interpretati restrittivamente
- ❖ Legittima la decisione del Sindaco che prevede orari di apertura notturna diversi per stabilimenti balneari e locali da ballo in concorrenza fra loro
- ❖ Giudizio di responsabilità per gli ingenti costi di manutenzione di un tratto stradale del centro storico appena ripavimentato

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

Rischio commissariamento per le Regioni inadempienti in materia di ricollocazione dei dipendenti delle Province e di riorganizzazione delle funzioni

Il Governo con la nuova legge di stabilità sta effettuando un nuovo tentativo per risolvere il problema dei dipendenti in esubero delle Province e delle Città metropolitane. E' prevista addirittura la nomina di un commissario per le Regioni inadempienti. Un secondo strumento previsto, la salvaguardia delle facoltà assunzionali destinate al personale in esubero, risulta superfluo per i motivi che verranno illustrati. A sbloccare la questione avrebbero dovuto essere le Regioni prendendo l'iniziativa e deliberando sul destino delle funzioni non fondamentali attualmente in capo agli enti di area vasta. Un primo tentativo per convincere le amministrazioni regionali ad operare in tal senso era contenuto nel Dl 78/2015 che imponeva la scadenza del 31 ottobre 2015 con previsione di rimborso degli oneri sostenuti per tali funzioni dagli enti di area vasta in caso di omissione. Termine ribadito dal Dm del 14 settembre 2015, che disegnava il cronoprogramma per il riassorbimento dei soprannumerari, con scadenza del processo a fine marzo 2016.

A fronte del fallimento delle disposizioni, la legge di Stabilità fissa un ulteriore termine: il 30 gennaio 2016. Qualora, entro la nuova scadenza, le Regioni non abbiano deliberato in materia di funzioni non fondamentali, queste ultime saranno comunque loro assegnate. La norma dispone, altresì, la nomina di un commissario con il compito di concretizzare i trasferimenti delle risorse umane, strumentali e finanziarie, conseguenti all'attribuzione delle funzioni. Relativamente alla riallocazione dei dipendenti, i primi ad essere trasferiti saranno i lavoratori che hanno partecipato al bando di mobilità del ministero della Giustizia e si sono utilmente collocati nella

graduatoria. Devono essere assegnati alle sedi prescelte entro il 31 gennaio 2016, a prescindere dall'assenso dell'ente di area vasta di appartenenza. Quindi, il commissario provvederà all'assegnazione del personale in esubero delle Province e delle Città metropolitane, nel rispetto delle facoltà assunzionali della Regione stessa. Nel caso in cui tale bacino a disposizione non risulti sufficiente, lo stesso commissario è autorizzato a ricorrere alle facoltà assunzionali dei Comuni appartenenti alla Provincia interessata. I criteri che verranno utilizzati sono i medesimi previsti dal Dm del 14 settembre scorso. Il tutto deve, comunque, concludersi entro il 30 giugno 2016. È evidente, quindi, che il percorso disegnato nel Dm citato salta e, di conseguenza, la conclusione della procedura di riassorbimento degli esuberanti è rinviata a data da destinarsi. Seppur vero che l'assegnazione ex lege delle funzioni non fondamentali alle Regioni non risulta definitiva, potendo le amministrazioni regionali adottare il relativo atto di riordino anche dopo il gennaio 2016, risulta evidente che, con il passare del tempo, il lavoro del commissario, e, quindi il trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie, volgerà verso il termine e un ripensamento sull'esercizio delle funzioni in questione comporterebbe, in sostanza, il ritrasferimento delle risorse all'ente di partenza in un percorso a ritroso che non avrebbe logica alcuna nel già complesso processo di transizione che ha costretto il legislatore a questo ennesimo intervento. Nel caso in cui la Regione abbia deliberato in materia di funzioni non fondamentali, ma il processo non sia concluso, il commissario darà attuazione alla legge regionale, in accordo con il presidente della Regione. Una nota particolare riguarda la funzione di polizia amministrativa locale, in quanto qualora, nella legge, si preveda che sia riassegnata all'ente di area vasta, quest'ultimo è autorizzato a incrementare la propria dotazione organica per potersi riappropriare dei vigili provinciali.

L'altro strumento adottato per incentivare la ricollocazione degli esuberanti è rappresentato dalla salvaguardia del budget assunzionale da destinare a tale processo. Il Dl 90/2014, all'articolo 3, fissava, per il 2016, le facoltà assunzionali, generalmente, nel 60% della spesa relativa alle cessazioni di personale di ruolo avvenute nell'anno precedente per lo Stato e nell'80% della medesima spesa per Regioni ed enti locali. La legge di stabilità procede alla riduzione di queste percentuali e le fissa, per tutti, nel 25 per cento. Limitatamente alle Regioni e agli enti locali, precisa, però, che la nuova misura non opera ai fini della ricollocazione del personale degli enti di area vasta, per la quale rimangono in vigore ancora le quantità già fissate nel Dl 90/2014. Quest'ultimo inciso risulta del tutto superfluo se messo in relazione al contenuto dell'articolo 1, comma 424, della Legge 190/2014, in cui si disponeva che le Regioni e gli enti locali destinano al riassorbimento dei provinciali non solo le facoltà assunzionali, ma anche il complemento al 100% delle stesse. In sostanza, quindi, sempre al 100% della spesa per le cessazioni dell'anno precedente si deve arrivare quale budget da destinare al riassorbimento degli esuberanti degli enti di area vasta

I presupposti per ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di gara devono essere interpretati restrittivamente

Le lunghe e defatiganti procedure di evidenza pubblica inducono gli enti locali, specie se di piccole dimensioni, a ricorrere – ogni qualvolta appaia possibile – ad affidamenti tramite la più spedita procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 57 del Codice Appalti.

Tuttavia, per quanto le amministrazioni

locali sia mosse unicamente dal condivisibile intento di ottenere celerità ed efficacia della propria azione, è bene tenere presente che per poter derogare alle ordinarie procedure di affidamento devono ricorrere tutte le condizioni imposte dalla citata norma alle quali, peraltro, va data una lettura piuttosto restrittiva.

In questo senso si è recentemente espresso il TAR Calabria con la sentenza n. 1287 del 29.12.2015, pronuncia con cui il giudice amministrativo ha colto l'occasione per descrivere dettagliatamente i casi in cui è legittimo ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Come accennato, il Collegio ricorda anzitutto che la possibilità di esperire la procedura in questione è legata alla ricorrenza degli “stringenti” presupposti previsti dall'art. 57 cod. app., i quali devono ricorrere cumulativamente, trattandosi di ipotesi derogatoria ed eccezionale rispetto al principio cardine dell'evidenza pubblica.

Venendo, poi, ai singoli presupposti, il TAR tiene a precisare che, nell'ipotesi di lavori o servizi complementari “la possibilità di ricorso alla negoziata si legittima in base ad un esteso indice di presupposti fondanti, i quali postulano l'estraneità dei lavori o servizi rispetto al contratto originario, l'imprevedibilità della circostanza che ne rende necessaria la relativa esecuzione ed il rigido nesso di complementarietà tra prestazioni necessarie e quelle originarie”.

Quanto al requisito dell'estraneità, questo dev'essere rigidamente inteso nel senso che l'originario negozio non deve abbracciarli neppure in via meramente eventuale ed opzionale.

Altrettanto stringente è l'ulteriore condizione imposta dal legislatore circa l'imprevedibilità della circostanza che rende necessaria l'esecuzione dei lavori o servizi complementari, la quale va intesa come “un accadimento materiale che, oltre ad essersi concretata successivamente alla

stipula, non sia prevedibile tramite l'ordinaria programmazione in base a diligenti valutazioni della stazione appaltante". Ciò comporta che la nozione di "circostanza imprevista" implica "un giudizio di valore circa l'adeguatezza della condotta soggettiva preparatoria della stazione appaltante", nel senso che deve trattarsi di un evento che va al di là di qualsiasi ragionevole previsione.

Infine, non va dimenticato l'ulteriore requisito del nesso di complementarietà tra prestazioni necessarie e prestazioni originarie, che può configurarsi nell'inseparabilità dei nuovi servizi o lavori rispetto a quelli già contrattualizzati, fondata su ragioni tecniche o economiche di cui deve dare debitamente conto la stazione appaltante con congrua motivazione, ovvero in caso di possibilità di separazione, nella circostanza che i nuovi lavori o servizi siano strettamente necessari al perfezionamento del contratto originario.

Il tutto, ovviamente, nel rispetto del valore complessivo massimo dei contratti complementari, che dev'essere contenuto entro il 50% dell'importo del contratto iniziale.

A ben vedere, quindi, le stazioni appaltanti devono verificare con estrema attenzione il ricorrere dei presupposti previsti dall'art. 57 del D. Lgs. 163/2006 prima di procedere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, specie per quanto concerne i requisiti dell'estraneità rispetto al contratto originario, nonché a quello dell'imprevedibilità della circostanza dato che su questi potrebbe essere svolto un giudizio prognostico ex post circa l'impossibilità originaria per la stazione appaltante di prevedere l'evento.

Legittima la decisione del Sindaco che prevede orari di apertura notturna diversi per stabilimenti balneari e locali da ballo in concorrenza fra loro

La sentenza che andremo ad analizzare, risulta interessante perché chiarisce un problema comune a molte amministrazioni locali, soprattutto quelle collocate in zone turistiche dove vi sono diverse attività in concorrenza fra loro. Il sindaco, esercitando le proprie competenze in materia di regolamentazione oraria degli esercizi commerciali, può legittimamente disporre in maniera selettiva e differenziata l'ora di chiusura delle discoteche e dei locali da ballo, rispetto a quella degli stabilimenti balneari che offrono anche intrattenimento musicale o danzante, data la diversa natura dell'attività prevalentemente esercitate nonché le differenze tecnico-strutturali delle stesse.

Così ha deciso il Tar Puglia, Lecce, sezione I, con la sentenza n. 3344 del 19 novembre 2015, respingendo il ricorso di un gestore di lido balneare che lamentava la disparità di trattamento in merito agli orari di apertura, disciplinati da una serie di ordinanze del Comune, fra gli stabilimenti balneari e le discoteche o sale da ballo presenti nei dintorni.

Nel dettaglio il Comune, noto per la sua vocazione turistico-recettiva, ha regolamentato mediante successive ordinanze le diverse attività collocate sulla costa, anche per dare una risposta alle doglianze dei cittadini residenti per l'eccessivo rumore e disturbo causato dalla movida estiva. In un primo momento il Sindaco aveva disposto la chiusura entro le ore 21.30 dei lidi balneari e la cessazione della somministrazione di alcolici alle ore 20. In seguito derogando a questi orari, il Comune ha disposto che nel periodo estivo, fra fine luglio ed agosto, fosse possibile la calendarizzazione concordata di un certo numero di eventi, da autorizzarsi caso per caso, e che l'attività di intrattenimento

danzante e musicale negli stabilimenti balneari nei weekend potesse protrarsi fino alle ore 1.30. Nella settimana di ferragosto la deroga valeva per ogni sera.

In seguito, con un'altra ordinanza, il Sindaco ha ulteriormente allargato la possibilità di azione degli stabilimenti balneari prevedendo che durante l'apertura serale fino alle 21.30 fosse sempre possibile la somministrazione di bevande alcoliche, oltre a stabilire una serie di date in cui in deroga ai criteri generali precedentemente illustrati fosse possibile organizzare delle serate di intrattenimento musicale fino alle ore 2.30.

Il potere regolamentare del Comune trova fondamento, innanzitutto, nell'articolo 50 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, che assegna al Sindaco il compito di coordinare e organizzare, sulla base degli indirizzi espressi dal Consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla Regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti.

A questo si aggiunga, come esposto nella sentenza in oggetto, che l'articolo 8 della Legge 25 agosto 1991, n. 287, "Aggiornamento della normativa sull'insediamento e sull'attività dei pubblici esercizi", stabilisce che *"Il sindaco, sentite le associazioni di categoria maggiormente rappresentative e l'azienda di promozione turistica nonché le associazioni dei consumatori e degli utenti maggiormente rappresentative a livello nazionale, determina l'orario minimo e massimo di attività, che può essere differenziato nell'ambito dello stesso comune in ragione delle diverse esigenze e caratteristiche delle zone considerate"*.

In virtù di queste considerazioni, per il Tar è legittima la differenziazione di disciplina degli orari di apertura serale e notturna fra stabilimenti balneari e discoteche, in quanto si tratta di esercizi che hanno un'attività prevalente diversa. I lidi balneari

offrono per l'appunto il servizio balneare sin dal mattino ed hanno come attività accessoria quella di intrattenimento e ristorazione, mentre le discoteche hanno come attività principale ed autorizzata quella dell'intrattenimento musicale e danzante che viene esercitata solo nelle ore serali e notturne. Quanto stabilito quindi dal Sindaco nelle diverse ordinanze è pienamente legittimo in forza di questa fondamentale distinzione del tipo di attività, del "core business" fra le due categorie di esercizi in concorrenza fra loro solo in determinate fasce orarie.

Inoltre i giudici amministrativi analizzano un altro elemento che rafforza la presa di posizione, cioè le disposizioni del Decreto del Ministro dell'Interno del 19 agosto 1996, che in materia di norme di sicurezza antiincendio prevedono prescrizioni e limiti tecnici diversi per i locali di spettacolo ed intrattenimento, in primis per quanto attiene ai limiti di affollamento dei locali.

Fatte queste considerazioni, il Tar, affermando la piena legittimità delle ordinanze del Sindaco sugli orari di attività degli stabilimenti balneari, respinge il ricorso del titolare del lido che aveva impugnato il provvedimento sanzionatorio di sospensione dell'attività, irrogato dal Comune, conseguente al mancato rispetto degli orari di chiusura accertato nel periodo estivo dalla Polizia Municipale.

Giudizio di responsabilità per gli ingenti costi di manutenzione di un tratto stradale del centro storico appena ripavimentato

Negli ultimi anni sono molte le amministrazioni comunali che, con grandi sacrifici, hanno cercato di riqualificare i propri centri storici, anche con interventi di sostituzione delle pavimentazioni in asfalto

con pavimentazioni lapidee di pregio. E', peraltro, ben noto a tutti come questi fondi stradali, se da un lato concorrono a valorizzare il patrimonio architettonico degli abitati, dall'altro presentano notevoli costi di realizzazione, maggiori difficoltà circa una buona riuscita dell'intervento, nonché problematiche inerenti la loro manutenzione.

Ed è proprio a riguardo dei costi – considerati eccessivi – di manutenzione di una pavimentazione lapidea che la Procura Regionale della Corte dei Conti umbra ha instaurato un giudizio di responsabilità nei confronti dell'Assessore comunale alla viabilità ed il Responsabile della Polizia Municipale per la mancata chiusura al “traffico pesante” della strada in questione.

Tuttavia, il Giudice contabile ha ritenuto, con la sentenza n. 135 del 29.12.2015, di dover assolvere gli imputati per mancanza di colpa grave.

Sinteticamente, i fatti di rilievo per il giudizio iniziano nel 2006, quando vengono terminati i lavori stradali che prevedono la posa in opera di cubetti di porfido dimensionati per un traffico veicolare leggero. Da quel momento, e fino all'adozione nel 2014 di un provvedimento inibitorio del traffico pesante, il Comune sostiene notevoli costi di manutenzione, per un importo di circa 35.000 €.

Senonché quest'ultimo provvedimento, come evidenziato dalle difese degli imputati, viene adottato dietro specifica richiesta avanzata dal dirigente del Settore Infrastrutture il quale, secondo le proprie competenze, aveva svolto una valutazione circa l'impatto del traffico veicolare pesante sul fondo stradale.

Ed è proprio questo elemento che, agli occhi del Collegio, porta a non ritenere sussistere una colpa grave in capo agli imputati dato che né negli atti presupposti alla riqualificazione della via pubblica, né i successivi atti adottati dagli uffici tecnici hanno mai portato a conoscenza l'Assessore ed il Responsabile della Polizia Municipale di una correlazione tra costi

manutentivi eccessivamente elevati e transito veicolare pesante.

Parimenti il Giudice rigetta la tesi avanzata dalla Procura secondo cui l'inibizione del traffico pesante doveva essere adottata sulla base della sola comune esperienza dei soggetti imputati: al contrario, vi sono molte strade, anche cittadine, aperte al traffico dei mezzi pesanti, specie degli autobus.

In conclusione, il giudizio preso sinteticamente in analisi evidenzia, da un lato, che la buona riuscita dei lavori pubblici e la loro conservazione dipende dalle necessarie valutazioni tecniche degli uffici competenti senza le quali gli amministratori non possono essere chiamati a rispondere del danno erariale e, dall'altro, che occorre comunque vigilare adeguatamente affinché gli oneri sostenuti per queste opere di qualificazione non si traducano in un danno per l'Ente.