



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**22 febbraio
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ È un abuso d'ufficio l'azione disciplinare fatta per ritorsione
- ❖ Acquisto di mezzi con sovvenzioni pubbliche e distorsione della concorrenza negli appalti
- ❖ Spetta al proprietario in prima battuta mettere in sicurezza un edificio pericolante anche se non ha responsabilità
- ❖ L'affidamento in urgenza ex articolo 192 Dlgs. 152/2006 del servizio di igiene ambientale va tenuto distinto dall'affidamento in house

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

È un abuso d'ufficio l'azione disciplinare fatta per ritorsione

La sentenza della Suprema Corte di Cassazione, che andremo ad analizzare, tratta della configurazione del reato di abuso d'ufficio anche nel caso in cui il licenziamento ritorsivo sia effettuato in una azienda in cui vigono rapporti di tipo privatistico.

Si tratta della sentenza numero 6665/2016, che ribalta la decisione del Gip, di dichiarare il non luogo a procedere nei confronti del direttore generale e di quello dell'area tecnica di un'Agenzia territoriale per l'edilizia pubblica, accusati di aver licenziato senza alcun valido motivo, dopo una serie di atti vessatori di tipo disciplinare ripetuti un ingegnere dipendente dell'Agenzia. La tesi del Gip, che aveva portato al non luogo a procedere, si basava sul fatto che i rapporti di lavoro in seno all'Agenzia territoriale fossero regolati dalle regole civilistiche. Per il Gip infatti, l'abuso d'ufficio non poteva configurarsi in quanto la mancata o distorta applicazione delle regole civilistiche sui rapporti di lavoro non può essere considerata una violazione di legge idonea a far scattare l'abuso d'ufficio. Inoltre, sempre secondo il Gip, il licenziamento senza preavviso come massima sanzione disciplinare, poteva essere imputato solo al direttore generale che aveva materialmente firmato il documento di licenziamento, mentre nessuna responsabilità sarebbe stata attribuibile al direttore d'area in virtù del suo potere di iniziativa in campo di sanzioni disciplinari.

Il Pm, ha impugnato questa pronuncia ottenendo l'accoglimento del ricorso da parte della Cassazione. La Suprema Corte chiarisce che l'abuso d'ufficio si configura in questo caso, non tanto per la violazione delle regole che disciplinano i rapporti di lavoro, ma per il distorto ed arbitrario esercizio del potere disciplinare da parte di

un pubblico ufficiale o dall'esercente un pubblico servizio. Questo potere si esprime non con atti amministrativi nella situazione in cui i sottoposti sono soggetti a contratti collettivi privatistici, bensì con atti negoziali, ma che devono comunque essere adottati nel rispetto della legge e dei contratti collettivi. Per i magistrati, nel caso in oggetto, il potere disciplinare è stato usato non nell'interesse pubblico, ma per ragioni ritorsive sulla base di motivi pretestuosi e questo comporta la violazione dell'articolo 323 del codice penale. Inoltre il Gip avrebbe sbagliato anche a prosciogliere il direttore d'area, in quanto nell'esecuzione del reato il concorso si manifesta non solo in un'azione diretta che si pone come condizione perché avvenga l'evento criminoso, ma anche quando il concorrente coi suoi comportamenti agevola o consolida un intento criminoso altrui già in essere. Quindi per i giudici il responsabile d'area non può essere prosciolto solo perché non ha materialmente firmato il documento, ma occorre valutare se con la sua condotta ha agevolato il realizzarsi dell'evento illecito. Non vi sarebbe quindi una responsabilità oggettiva legata alla funzione disciplinare ed alla posizione apicale dell'imputato, ma il giudice di merito dovrà valutare in concreto se vi sia o meno un concorso nell'abuso d'ufficio. Per questo la Cassazione ha annullato la sentenza del Gip rinviandola per una nuova valutazione.

Acquisto di mezzi con sovvenzioni pubbliche e distorsione della concorrenza negli appalti

In più di un'occasione abbiamo preso in analisi i limiti posti agli Enti Locali, sia dal legislatore che dalla giurisprudenza, di poter "derogare" al principio dell'evidenza pubblica ed affidare direttamente servizi alle Società da loro partecipate.

Peraltro, con la sentenza 19.2.2016, n. 697, il Consiglio di Stato ci ricorda come, anche nella differente ipotesi in cui sia stata esperita una gara, l'eventuale aggiudicazione ad una Società a totale partecipazione pubblica debba avvenire nel pieno rispetto della concorrenza, senza cioè che questa abbia potuto beneficiare, anche indirettamente, di contributi legati proprio alla particolare composizione della compagine sociale.

I fatti di causa sono, in estrema sintesi, i seguenti.

Un Consorzio intercomunale di servizi alla persona ha indetto una gara per l'affidamento del trasporto dei disabili presso il proprio centro diurno socio-terapeutico, al termine della quale risultavano aver partecipato solamente due ditte, ossia il locale Consorzio intercomunale dei trasporti ed un'impresa di trasporti privata. Avverso l'aggiudicazione operata a favore del Consorzio trasporti insorgeva innanzi al TAR la seconda ditta, sia per vedere dichiarata l'illegittimità degli atti, sia per intraprendere successive azioni risarcitorie. Il T.A.R. adito ha poi accolto il ricorso, annullando l'aggiudicazione, ma ha respinto la domanda di inefficacia del contratto, per essere ormai decorso il periodo contrattuale.

Detta sentenza, appellata dall'amministrazione aggiudicatrice, è stata però confermata dal Consiglio di Stato che ha ritenuto fondato il secondo motivo di ricorso, con il quale la seconda classificata ha lamentato il fatto che l'offerta del Consorzio trasporti avrebbe realizzato in concreto una distorsione della concorrenza, in quanto l'azienda consortile a totale partecipazione pubblica avrebbe acquistato i mezzi oggetto dell'offerta con sovvenzioni pubbliche, beneficiando, così, dell'improprio vantaggio concorrenziale dato dalla disponibilità di mezzi acquistati con tali sovvenzioni, non accessibili a tutti gli operatori del mercato.

L'amministrazione appellante, dal canto

suo, ha provato a difendere il proprio operato obiettando che uno dei mezzi sarebbe stato acquistato con locazione finanziaria e quello sostitutivo, sebbene fosse stato acquistato con contributi pubblici, poteva formare oggetto di offerta in quanto immatricolato da oltre dieci anni e, quindi, essendo ormai trascorso il periodo del vincolo di non alienabilità e di destinazione al trasporto pubblico locale previsto dal comma 3-bis dell'art. 7 della l. 22/2006, aggiunto dall'art. 16 della L.R. 22/2007.

Il Consiglio di Stato rigetta, però, le tesi dell'appellante "perché l'acquisto di un bene con sovvenzioni pubbliche, quand'anche ammortizzato, sortisce comunque un effetto distorsivo della concorrenza, dando la possibilità ad una impresa di potersi avvalere di vantaggi che le consentono nel gareggiare a condizioni più favorevole rispetto alle imprese del settore che non possano beneficiare di tale contributo. Né tale effetto viene meno per il solo fatto che il contributo, secondo quanto prevede la legge regionale piemontese, venga ammortizzato in un periodo più o meno lungo – nel caso di specie decennale – stante, comunque, la circostanza, incontestabile e incontestata dalla stessa appellante, che detto contributo non è accessibile a tutti gli operatori del mercato, sicché essa si giova di una facilitazione che è preclusa ad altri ed è comunque avvantaggiata rispetto a questi, che possono fare affidamento solo sulle proprie risorse per l'acquisto dei mezzi utili a concorrere per la gara finalizzata al trasporto dei disabili. Ben chiara è, del resto, la previsione dell'art. 1, comma 3, della l. 218/2003, pur richiamata dall'art. 7, comma 3, della L.R. 22/2006, laddove espressamente sancisce che «costituisce distorsione della concorrenza l'utilizzo di autobus acquistati con sovvenzioni pubbliche di cui non possa beneficiare la totalità delle imprese nazionali».

Pertanto il Collegio giudicante, ritenendo realizzato l'effetto distorsivo, ha respinto

l'appello e confermato la sentenza di primo grado.

Spetta al proprietario in prima battuta mettere in sicurezza un edificio pericolante anche se non ha responsabilità

In questo articolo tratteremo del potere di ordinanza dei sindaci, prendendo spunto dalla recente sentenza del 2 febbraio 2016 del Tar Calabria, Catanzaro, Sezione II, n. 207. I giudici amministrativi hanno analizzato un'ordinanza sindacale contingibile ed urgente, al fine di valutarne la legittimità, che aveva impedito l'accesso ad un immobile pericolante ai proprietari ordinando agli stessi di adoperarsi immediatamente per mettere in sicurezza l'edificio e monitorare eventuali cedimenti ulteriori del suolo. I destinatari dell'ordinanza hanno impugnato il provvedimento sostenendo che non poteva spettare a loro l'onere di consolidare l'immobile visto che era stata l'Amministrazione comunale a non intervenire per sistemare la situazione di dissesto idrogeologico creatasi.

Il Sindaco, quale ufficiale del Governo, può adottare con provvedimenti motivati, atti contingibili ed urgenti, sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, in virtù dell'articolo 54 del Dlgs. 267/2000, al fine di eliminare eventuali pericoli gravi che mettono a rischio la sicurezza e l'incolumità pubblica. Le ordinanze sono quindi provvedimenti previsti dall'ordinamento per fronteggiare gravi situazioni di emergenza in cui i metodi ordinari non sarebbero efficaci. Sono quindi mezzi che hanno carattere residuale, atipici, derogatori rispetto agli strumenti che si utilizzerebbero in una situazione ordinaria e che traggono la loro ragion d'essere dal presupposto di un concreto pericolo per l'interesse pubblico

tutelato dalle norme e dall'eccezionalità e gravità del pericolo da affrontare. Questo tipo di provvedimento, data la sua natura, è preceduto per forza di cose da accertamenti sommari, seppur l'istruttoria debba basarsi su elementi concreti e tali da poter sostenere l'esigenza di un provvedimento immediato, ed ha un iter procedimentale estremamente semplificato con un onere motivazionale molto ristretto agli elementi essenziali della scelta effettuata.

La sentenza in oggetto chiarisce che il carattere delle ordinanze non è sanzionatorio, ma ripristinatorio, per cui la loro adozione può prescindere dalla certificazione delle effettive responsabilità dei destinatari, in quanto il loro scopo è solo quello di rimuovere velocemente lo stato di pericolo per la collettività. E' quindi legittimo il provvedimento che impone al proprietario di un immobile di svolgere lavori e realizzare opere di messa in sicurezza dell'immobile di sua proprietà pericolante, anche se non è affatto imputabile al proprietario stesso la situazione di pericolo creatasi. La giustificazione sta nel fatto che il proprietario si trova in un rapporto diretto con la cosa che causa il pericolo, ed il rapporto è tale da consentirgli di intervenire direttamente per eliminare la situazione stessa.

In conclusione quindi, per il Tar il Sindaco aveva il potere di emettere questo tipo di ordinanza. Tutto ciò non toglie la possibilità dei proprietari dell'immobile, destinatari del provvedimento, di far valere la responsabilità del Comune per i mancati interventi volti a contrastare il dissesto del terreno. Secondo un orientamento consolidato dalla giurisprudenza, vedasi in ultimo la sentenza 2462 del Consiglio di Stato, Sezione III del 14 maggio 2015, se è pienamente legittimo che ai fini della celerità e dell'immediatezza dell'azione amministrativa contingibile ed urgente, che non permetterebbe accurate verifiche sulle effettive responsabilità, si dia ordine ai proprietari dell'immobile di mettere in

sicurezza la situazione, non è però altrettanto legittimo che le spese degli interventi siano poste a carico dei destinatari dell'ordinanza stessa. Se così non fosse, attraverso lo strumento dell'ordinanza si violerebbe sia l'articolo 42 della Costituzione che l'articolo 23, visto che si imporrebbe una prestazione patrimoniale non contemplata dalle leggi e verrebbe meno la tutela del diritto di proprietà.

L'affidamento in urgenza ex articolo 192 Dlgs. 152/2006 del servizio di igiene ambientale va tenuto distinto dall'affidamento in house

Il TAR Liguria è stato chiamato a pronunciarsi, con la sentenza n. 149 del 12.2.2016, sulla legittimità di un'ordinanza contingibile ed urgente ex art. 191 d.lgs. 152/2006 con la quale il Sindaco di un Comune ha ordinato di affidare il servizio di igiene ambientale (raccolta e trasporto rifiuti - spazzamento) per un periodo di 6 (sei) mesi, eventualmente reiterabile ad una Società partecipata dallo stesso Ente.

Contro l'ordinanza si è sollevata un'impresa (privata) di settore che, in passato, aveva già manifestato al Comune l'interesse a subentrare nel servizio. Per tali ragioni – essere un riconosciuto operatore del settore, nonché per aver manifestato specificamente un interesse – la Società è stata ritenuta dal TAR essere titolare di una posizione d'interesse legittimo per impugnare la decisione.

Peraltro, entrambe le censure sollevate vengono rigettate dal Tribunale.

Più precisamente, con il primo motivo parte ricorrente ha censurato la mancanza dei presupposti per l'affidamento in house del servizio alla società pubblica.

Senonché il Giudice evidenzia come, nel

caso di specie, non si tratti di un affidamento in house ma, piuttosto, di un'ordinanza eccezionale ex art. 191 d.lgs. 152/2006 il quale prevede che “qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente”. Tali ordinanze, prosegue la norma, sono adottate “su parere degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali, che si esprimono con specifico riferimento alle conseguenze ambientali”.

Stante la suddetta norma, il giudice adito ritiene che “l'analisi della forma degli atti e della sostanza della decisione presa evidenziano come il fine perseguito sia, allo stato con l'ordinanza impugnata, unicamente quello di dare una risposta urgente e tempestiva al verificarsi di una situazione di potenziale pericolo per la salubrità ambientale, derivante dall'interruzione del servizio di igiene ambientale a cagione delle inadempienze del precedente gestore e della conseguente risoluzione contrattuale. Di conseguenza, le censure dedotte – seppur “causate” da alcune imprecise ed ultronee considerazioni svolte in tema di in house - riguardano una serie di elementi secondari e non rilevanti ai limitati fini di cui all'ordinanza adottata sulla scorta di un potere eccezionale, quale quello di cui all'art. 191”.

Quanto, invece, al secondo motivo di ricorso, la Società ricorrente ha censurato la violazione della normativa peculiare di cui al citato art. 191 d. lgs. 152/2006 quale sviamento rispetto alla volontà di affidare

stabilmente il servizio alla stessa società pubblica.

Senonché il TAR conferma che dagli atti impugnati emerge l'avvenuta specifica indicazione dei presupposti di cui all'eccezionale normativa applicata.

Quindi, in definitiva, "dall'analisi della documentazione e dell'ordinanza emerge come l'amministrazione (allo stato) sia intervenuta – indicando i relativi presupposti di fatto e, pur se in termini solo formalmente contraddittori nella parte in cui si analizza il concetto di "in house" - al fine di evitare i rischi concreti di interruzione del servizio, derivanti dalla risoluzione del rapporto in essere e delle connesse gravi inadempienze contestate al precedente gestore".