



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**27 agosto
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Legittimo il diniego della concessione di occupazione del suolo pubblico se la pedana crea problemi alla viabilità
- ❖ E' legittima l'esclusione di un RTI verticale in assenza di una chiara distinzione tra prestazioni principali e secondarie
- ❖ Per il TAR Toscana il principio di rotazione può essere superato per garantire la regolarità delle gare
- ❖ Il Segretario Comunale può adottare atti di competenza dei dirigenti solo in casi eccezionali di loro assenza

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

Legittimo il diniego della concessione di occupazione del suolo pubblico se la pedana crea problemi alla viabilità

La Terza Sezione del Tar Firenze con la sentenza numero 840 del 19 giugno ha affermato che, nel caso in cui tavolini e sedute su una pedana ostacolano la circolazione stradale per le dimensioni, il diniego per l'occupazione stagionale del suolo pubblico è legittima.

L'intervento dei giudici amministrativi riguarda un diniego di concessione di suolo pubblico motivato dal fatto che le dimensioni della carreggiata erano troppo limitate e quindi l'installazione avrebbe pregiudicato la circolazione delle linee di trasporto pubblico locale comunale.

Nelle motivazioni con cui il Tar respinge il ricorso degli esercenti, viene rilevato che dagli atti di causa il ricorrente aveva richiesto di poter installare una pedana larga ottanta centimetri in una strada che misurava un diametro della carreggiata di 3,25 metri. Con l'installazione della pedana, la strada sarebbe rimasta libera per uno spazio di soli 2,45 metri, assolutamente insufficiente a garantire la sicurezza della circolazione. In questa circostanza è apparso chiaro ai giudici del collegio che la realizzazione di una struttura lunga dodici metri e larga ottanta centimetri avrebbe creato in una via del pieno centro storico un corridoio troppo stretto che avrebbe pregiudicato la circolazione della linea del trasporto pubblico urbano. A queste riflessioni si aggiunge che il provvedimento amministrativo di diniego aveva fatto anche riferimento al parere negativo della Commissione suolo pubblico esplicitando le ragioni riferite alla dimensione della carreggiata che non avrebbero consentito l'installazione della pedana. Per il Tar quindi il diniego è perfettamente motivato, non trovando riscontro alcuno le dichiarazioni del ricorrente secondo le quali nonostante l'installazione della

pedana rimarrebbe comunque libera la carreggiata per ben 3,20 metri, misura maggiore addirittura di quella attuale data la presenza sulla strada dei cassonetti per i rifiuti.

Queste considerazioni non hanno infatti trovato alcun riscontro o supporto tecnico negli atti, considerato anche che dopo i sopralluoghi della polizia municipale in loco, è stata calcolata una larghezza della carreggiata di solo 3,25 metri, che con la pedana sarebbe ulteriormente ridotta.

Il percorso motivazionale dell'atto di diniego impugnato quindi, alla luce di queste osservazioni, risulta essere coerente e spiegare pienamente le circostanze ostative al rilascio della concessione, non avendo di fatto il ricorrente contestato sostanzialmente nessuno degli elementi posti a base della decisione.

E' legittima l'esclusione di un RTI verticale in assenza di una chiara distinzione tra prestazioni principali e secondarie

La sentenza 9.8.2017, n. 1304 del TAR Puglia-Lecce affronta il tema dell'ammissibilità, o meno, di un RTI di tipo verticale in mancanza di una chiara individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie da parte della Stazione Appaltante.

Si tratta, in verità, di una questione molto spesso dibattuta su cui, peraltro, il nuovo codice dei contratti non ha sciolto i dubbi già sollevati in passato sotto la vigenza del D. Lgs. 163/2006.

In sintesi, un RTI di tipo verticale è stato escluso da una gara per l'affidamento del servizio di raccolta rifiuti poiché una delle imprese mandanti è risultata carente dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per una delle categorie richieste.

Avverso tale esclusione ha ricorso il costituendo raggruppamento, deducendo come il Bando di gara, nel richiedere che in caso di RTI i requisiti debbano essere posseduti dalla mandataria oppure, nel suo complesso, dall'associazione temporanea d'impresa, consentirebbe il possesso del requisito della iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali "indifferentemente" solo dalla mandataria ovvero dal R.T.I. nel suo complesso.

Viene, inoltre, affermato essere state individuate dalla *lex specialis* di gara le prestazioni principali e le prestazioni secondarie del servizio, così permettendo la partecipazione di RTI verticali o misti.

Le censure mosse non vengono, tuttavia, condivise dal Collegio che, dopo aver richiamato l'art. 48, comma 2 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – il quale, a sua volta, ricalca pedissequamente il precedente art. 37, comma 2 del D. Lgs. n. 163/2006 – ha riaffermato come "la distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili" (*ex multis*, Ad. Plen. Cons. Stato, sent. 13.6.2012, n. 22).

Viene, poi, ricordato come – nonostante, va riconosciuto, il dettato normativo non sia particolarmente chiaro sul punto – la giurisprudenza amministrativa ritenga che sia consentita la costituzione di

raggruppamenti di tipo "verticale" (e, quindi, la ripartizione delle prestazioni richieste tra le imprese associate secondo la natura "principale" o "secondaria" ed in relazione alle rispettive qualificazioni), a condizione che la Stazione appaltante abbia espressamente indicato nel bando di gara quali di esse abbiano tale connotazione: la possibilità di costituire R.T.I. verticali, e, conseguentemente la loro ammissione in gara, è, pertanto, subordinata alla puntuale individuazione (negli atti di gara) delle prestazioni "principali" e di quelle "secondarie" con la conseguenziale "preclusione per il partecipante alla gara di poter procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie", allo scopo di ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale (Consiglio di Stato, III, 9 maggio 2012, n. 2689; in termini, T.A.R. Puglia, Bari, I, 29 maggio 2013 n. 869).

Peraltro il suddetto divieto si giustifica anche in relazione alla differente disciplina sulla responsabilità delle imprese riunite in associazione temporanea: per i raggruppamenti verticali, infatti, la responsabilità dei concorrenti che si fanno carico delle parti secondarie del servizio è circoscritta all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, talché non pare possibile rimettere alla loro libera scelta l'individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie (attraverso l'indicazione della parte del servizio di competenza di ciascuno) e la conseguente elusione della norma in materia di responsabilità solidale, in assenza di apposita previsione del bando di gara (T.A.R. Liguria, Genova, II, 29 maggio 2008 n. 1150).

Così tracciato il quadro ermeneutico di riferimento e tornando al caso di specie, il TAR ritiene che nella *lex specialis* di gara (anche complessivamente considerata) non si rinvenga alcuna specifica, espressa suddivisione tra prestazioni "principali" e prestazioni "secondarie", ai sensi e per gli

effetti dell'art. 48, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016, ma solo una alquanto generica distinzione tra servizi "base" (essenzialmente, servizi di raccolta e trasporto in forma differenziata con modalità domiciliare porta a porta, pulizia e lavaggio strade, gestione dei C.C.R., pulizia del lungomare e dei litorali) e servizi "opzionali" (raccolta del verde, raccolta rifiuti da abbandoni occasionali, interventi di bonifica, disinfestazione, derattizzazione e disinfezione, pulizia di caditoie e tombini, servizio di bollettazione della tariffazione, nonché ulteriori servizi di cui all'elenco prezzi), tutti comunque riconducibili all'unitario servizio da appaltare.

Ne deriva, quindi, che alla gara pubblica *de qua* era consentita unicamente la partecipazione di R.T.I. di tipo orizzontale (risultando preclusa al partecipante la scomposizione - di sua iniziativa - del contenuto della prestazione, distinguendo a suo arbitrio tra prestazioni "principali" e prestazioni "secondarie", al solo fine di costituire un gruppo di tipo verticale), in cui tutte le imprese devono essere in possesso dei requisiti soggettivi di idoneità professionale richiesti e necessari per l'esecuzione delle prestazioni da appaltare, ivi inclusa l'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali che è, appunto requisito speciale di idoneità professionale, non attinente all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non inteso a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento, bensì relativo "alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente - e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore - a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente della p.a." (Consiglio di Stato, V, 28 luglio 2015, n. 3698).

Tutto ciò considerato, il Giudice ha ritenuto che la Stazione appaltante abbia correttamente e doverosamente escluso dalla gara in questione il raggruppamento ricorrente per carenza dei requisiti soggettivi di idoneità professionale.

Per il TAR Toscana il principio di rotazione può essere superato per garantire la regolarità delle gare

Il Tar Toscana con la sentenza numero 816/2017 ha affermato un principio importante e cioè che il principio di rotazione è strumentale e servente rispetto a quello ben più importante della libera concorrenza, per cui va applicato nei limiti in cui non intacchi quest'ultimo. Secondo la seconda Sezione del Tar di Firenze quindi la stazione appaltante può non tener conto della rotazione invitando alla procedura di gara anche l'affidatario pregresso nel caso in cui una sua estromissione possa incidere negativamente o addirittura impedire che sia assicurata una concorrenza effettiva.

Questa questione, affrontata dal Tar toscano, ha una rilevante implicazione soprattutto per quanto riguarda l'applicazione del principio di rotazione nelle procedure di gara semplificate ad invito di cui all'articolo 36 del codice dei contratti.

Infatti il principio di rotazione si applica, pur con oggettive difficoltà tecniche ed applicative che l'Anac dovrebbe chiarire meglio, sia per quanto riguarda gli affidamenti diretti, dove lo stesso appaltatore non può, salvo oggettive motivazioni, essere reiterato, sia in virtù delle modifiche apportate dal decreto legislativo numero 56/2017 in relazione alle gare ad invito.

Nell'orientamento giurisprudenziale che si sta consolidando, il pregresso affidatario non può essere invitato ed è comunque necessario che il Responsabile unico del procedimento, qualora invece intenda farlo, indichi delle specifiche motivazioni.

Nel caso oggetto della sentenza, il procedimento per la "concessione dei servizi di installazione e gestione di distributori automatici di snacks e bevande", dopo la pubblicazione di un

avviso esplorativo, vedeva la partecipazione di solamente due aziende, fra cui l'affidatario pregresso, che in sede di gara inoltre presentava l'offerta economicamente più vantaggiosa per la stazione appaltante.

Per questi motivi veniva aggiudicato il servizio a questo operatore, scatenando questo l'immediata reazione del ricorrente, che fra i diversi motivi di impugnativa sollevava la violazione del principio di rotazione secondo il quale il pregresso affidatario doveva essere estromesso dal procedimento. Altro motivo, sempre secondo la ditta ricorrente, era che la stazione appaltante non aveva fornito alcuna *“motivazione sulla partecipazione e il successivo affidamento del servizio alla controinteressata, gestore uscente, come imposto dalle Linee Guida dell'Autorità nazionale anticorruzione n. 4/2016”*.

Secondo i magistrati le doglianze non sono state persuasive. Questo perché il fatto che all'avviso esplorativo avessero risposto solamente due appaltatori, fra cui il gestore uscente, escludeva alla radice l'applicabilità del principio di rotazione.

Nel caso in cui vi fosse stata l'estromissione del pregresso gestore, si sarebbe intaccato il principio di concorrenza rendendo la gara inutile in quanto avrebbe partecipato un solo operatore trasformando il tutto in una sorta di *“affidamento diretto simulato”*.

Questo in quanto, come ribadisce il Tar, il principio di rotazione deve essere *“servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza”* e la sua applicazione è condizionata dal fatto che non venga intaccato il superiore principio comunitario della partecipazione. Pare quindi evidente, come riportato in sentenza, che l'esclusione del pregresso affidatario *“avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato”*.

In conclusione quindi, anche *“la censura basata sul difetto di motivazione dell'invito (anche) al gestore uscente a partecipare alla procedura appare quindi infondata poiché è ricavabile dagli atti della gara e laddove le*

ragioni del provvedimento emanato risultino percepibili in fase infraprocedimentale, il difetto motivazionale del provvedimento finale non assume carattere viziante e può essere integrato in corso di causa (Consiglio di Stato IV, 4 marzo 2014 n. 1018; Sezione V, 20 agosto 2013 n. 4194)”.

Il Segretario Comunale può adottare atti di competenza dei dirigenti solo in casi eccezionali di loro assenza

Un cittadino destinatario di un'ordinanza di demolizione di opere considerate abusive, decide di impugnare innanzi al giudice amministrativo il provvedimento da lui ritenuto lesivo.

Tra i motivi del ricorso viene eccepita anche la violazione dell'assetto delle competenze dell'ordinamento locale e del generale principio di separazione tra i compiti affidati ai dirigenti o responsabili comunali e quelli affidati ai Segretari comunale poiché, nel caso di specie, l'ordinanza è stata adottata proprio dal segretario comunale.

Il ricorrente sostiene infatti che il provvedimento di repressione di abuso edilizio, quale atto tipicamente rientrante nelle attribuzioni dirigenziali, debba essere emanato esclusivamente dal dirigente comunale o dal responsabile apicale esercente le relative funzioni, potendo il Segretario comunale sostituirlo soltanto fornendo motivato riscontro delle ragioni di assenza o impedimento, circostanza peraltro non ricorrente nel caso che lo ha interessato.

Dopo aver preso in analisi la predetta censura, il Tar Umbria conferma, con la sentenza n. 466/2017, che l'ordinanza non indica affatto le ragioni dell'impedimento del responsabile dell'area tecnica alla sottoscrizione dell'atto, contravvenendo alle disposizioni del regolamento comunale

in materia, espressamente richiamato nella stessa ordinanza.

In proposito, la giurisprudenza ha evidenziato che, ai sensi dell'art. 97 comma 4 lett. d), D.lgs. 2000 n. 267, il Segretario comunale, anche se chiamato a sovrintendere allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e coordinarne la relativa attività, non può di norma espletare compiti normalmente rimessi alla struttura burocratica, sostituendosi ai dirigenti, salve eventuali ipotesi eccezionali di assenza, nei ruoli dell'ente locale, di dirigenti o di altri funzionari in grado di espletarne i compiti.

In ogni caso, anche in assenza di personale con qualifica dirigenziale, l'attribuzione di compiti gestionali al Segretario comunale non è automatica, ma dipende da una specifica attribuzione di funzioni amministrative, in base allo statuto o ai regolamenti dell'ente o a specifiche determinazioni del sindaco (Cfr Consiglio di Stato sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4858; in termini Cass. civ. sez. lav., 12 giugno 2007, n. 13708).

Nell'attuale assetto ordinamentale, al Segretario comunale si vede infatti affidati compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico – amministrativa nei confronti degli organi dell'ente locale, in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti.

Di talché, nel nuovo ordinamento degli enti locali, il Segretario comunale non rientra più nel novero dei dirigenti dell'amministrazione locale e tale costruzione è ulteriormente confermata dall'art. 97 D.lgs. 267/2000, laddove al comma 4, lett. d) ipotizza l'affidamento al Segretario comunale di competenze dirigenziali limitate e "pur sempre legate ad esigenze eccezionali e transeunti" (T.A.R. Calabria Catanzaro sez. II, 12 marzo 2002, n. 571).

Ne consegue che, non essendo il Segretario comunale titolare di poteri di avocazione nei confronti dei dirigenti, l'ordinanza

impugnata risulta viziata da incompetenza oltre che di difetto di motivazione.

Tuttavia il giudice ritiene che il provvedimento impugnato abbia carattere manifestamente vincolato, sicché l'eventuale suo annullamento appare in contrasto con il principio di "strumentalità delle forme" e del tutto irragionevole, dovendo l'Amministrazione riadottare all'indomani dell'ipotizzato annullamento un provvedimento di identico tenore.

Per tali motivi, il ricorso è ritenuto infondato e viene respinto.