



SERVIZIO SUAPE, MERCATI, ATTIVITA' PRODUTTIVE E TURISMO

Determinazione Del Dirigente

Oggetto: INDIZIONE GARA PER L'ASSEGNAZIONE DI N. 44 POSTEGGI VACANTI PRESSO I MERCATI CIVICI AL DETTAGLIO DI SAN BENEDETTO, VIA QUIRRA, IS BINGIAS, SANTA CHIARA E SANT'ELIA IN CONCESSIONE FINO AL 31 DICEMBRE 2030. APPROVAZIONE DEL BANDO DI GARA E DEI SUOI ALLEGATI

Il Dirigente

Accertato che sono attualmente vacanti n. 44 posteggi presso i Mercati Civici al dettaglio di San Benedetto, Via Quirra, Is Bingias, Santa Chiara e S. Elia, meglio specificati nell'allegato bando di gara, e ritenuto opportuno procedere alla copertura degli stessi attraverso l'indizione di apposito bando di gara;

richiamati:

1. il Decreto legislativo n. 114/1998 e ss. mm.;
2. la Legge della Regione Sardegna n. 5/2006, le sue Direttive e criteri adottati con Deliberazione G.R. n. 15/15 del 19/04/2007;
3. il Regolamento dei Mercati civici al dettaglio, approvato dal Consiglio Comunale di Cagliari con Deliberazione n° 71 del 22/05/2018;

considerato che:

1. con Legge n. 145/2018, è stata esclusa l'applicazione del Decreto legislativo n. 59/2010 (attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno), al settore del Commercio su area pubblica, come definito dal richiamato decreto n. 114/1998;
2. l'esclusione del commercio su area pubblica dal novero delle attività regolate dal Decreto legislativo n. 59/2010 non comporta in alcun modo l'uscita di tali attività dall'ambito di applicazione della Direttiva 2006/123/CE, non potendo una norma nazionale incidere sulle competenze concorrenti dell'Unione Europea - quale è il mercato interno a norma dell'art. 4 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) - quando tali competenze siano già state esercitate dall'Unione, come previsto dall'art. 2 par. 2 del TFUE;
3. a norma dell'art. 57, comma 2 del TFUE, le attività commerciali rientrano senz'altro tra i "servizi" e come tali devono intendersi liberalizzate e soggette al divieto di misure restrittive, siano esse dirette o indirette;
4. le deroghe possibili alla liberalizzazione dei servizi sono esclusivamente, e da applicare in maniera restrittiva, quelle previste dall'art. 51 TFUE e dunque *"le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri"*, che non risultano riconducibili in alcun modo al commercio su area pubblica;
5. per completezza di esposizione sono altresì possibili, ai sensi dell'art. 52 TFUE, delle misure limitative della partecipazione di cittadini stranieri, ma anche in questo caso le restrizioni devono essere applicate in maniera restrittiva e solo per *"motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica"*, misure, pertanto, inconferenti con l'esclusione prevista dalla L. 145/2018;
6. conseguentemente, l'esclusione del commercio su area pubblica dall'ambito di applicazione del Decreto legislativo n. 59/2010, comporta la diretta applicabilità nell'ordinamento interno della direttiva europea 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, fonte

immediatamente esecutiva negli ordinamenti nazionali (cfr Cass. pen. Sez. III, Sent. n. 21281/2018, Consiglio di Stato - Sez.VI Sent. 6 giugno 2018 n.3412, Corte di Giustizia della UE Causa 458/14 - 67/2015 del 14/07/2016), la quale inoltre nell'elencare i servizi esclusi dalla sua applicazione (intendendo per "servizi" qualsiasi attività economica non salariata), non menziona il commercio su area pubblica;

7. le fonti principali, pertanto, che disciplinano attualmente il settore del commercio su area pubblica sono la direttiva europea 2006/123/CE nonché la Legge della Regione Sardegna n. 5/2006 e l'allegato alla deliberazione della Giunta regionale n. 15/15 del 19.04.2007, queste ultime in particolare dettano i requisiti di accesso all'attività e i criteri per l'assegnazione dei posteggi;
8. i criteri previsti dall'art. 6 della citata deliberazione della Giunta Regionale sono definiti dalla medesima legge quali "criteri di priorità" e devono perciò essere applicati in via esclusiva ed assorbente e neppure in concorrenza fra loro;
9. all'art.12, la direttiva europea prescrive espressamente che:
"1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.
2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.
3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario";

valutato, pertanto, che:

1. in via principale, i criteri previsti dalle lettere a) e c) del comma 5 dell'art. 6 della deliberazione della Giunta regionale n. 15/15 del 19.04.2007 si pongono decisamente in contrasto con la prescrizione di cui al comma 2 dell'art. 12 della direttiva poiché dal solo tenore testuale delle norme si evince che la mera applicazione dei predetti criteri costituirebbe a favore del prestatore uscente o di un titolare di un precedente provvedimento un "diritto quesito" difficilmente superabile. L'applicazione del criterio di cui alla lett. b), violerebbe, invece, il generale principio della parità di trattamento fra concorrenti, attribuendo, paradossalmente, al nuovo operatore un'indubbia posizione di vantaggio (discriminazione inversa);
2. in via subordinata, i criteri stabiliti dalla citata Legge Regionale quali criteri di priorità, non consentono di attribuire alla procedura di gara la caratteristica della reale competizione, poiché un sistema di selezione per essere qualificato tale non può che prevedere criteri che possano sì tener conto, nello specifico, *di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario*, ma che, necessariamente, siano differenziati e articolati e adeguatamente valutati attraverso punteggi premianti. Così Ordinanza cautelare TAR Sardegna n.77/2019, con la quale il Tribunale Amministrativo ha considerato che *"il sistema concorsuale - comparativo (in materia di concessione di spazi pubblici) deve prevedere , come per tutte le gare pubbliche, la valutazione di una "pluralità di elementi essenziali", con articolazione differenziata delle relative incidenze e con elaborazione di adeguati punteggi premianti"*;
3. la pubblica amministrazione, secondo dottrina consolidata e giurisprudenza costante, ha l'obbligo di non applicare le norme nazionali in contrasto con quelle europee, così la Corte di Giustizia (p.es. Sentenza 28 giugno 2001) ha più volte sentenziato che la preminenza del diritto

dell'Unione Europea *"impone non solo alle giurisdizioni ma a tutte le istanze dello stato membro di dare pieno effetto alle norme comunitarie"*. E' evidente che *"i singoli possano far valere le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali ove sussistano i detti presupposti (incondizionatezza e sufficiente precisione) e che gli obblighi derivanti da dette disposizioni valgano per tutte le autorità degli stati membri.. omissis"* (CGCE 22 giugno 1989);

4. analoga posizione è stata assunta dalla Corte Costituzionale che nella sentenza n. 227/2010, al punto 7, precisa: *"È sempre in forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e **prima ancora dell'amministrazione**, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto **in luogo di norme nazionali** che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa"*;
5. più specificatamente le autorità giudiziarie e amministrative nazionali sono tenute a non applicare le disposizioni nazionali che comportano un ostacolo alla prestazione dei servizi, sia con misure di carattere normativo, e dunque di portata generale, sia con provvedimenti amministrativi di carattere individuale, mentre permane a carico degli organi legislativi dello Stato membro l'obbligo di "depurare" l'ordinamento nazionale dalle disposizioni incompatibili con il divieto di restrizioni alla libera prestazione dei servizi;

accertato conseguentemente che la direttiva europea 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno:

1. si applica all'ordinamento interno in quanto immediatamente esecutiva, come precisato dalla Corte di Cassazione, Sez. III penale, sent. n. 21281/2018 al punto 17: *"è indubbio, dopo la pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 227 del 24 giugno 2010), che l'art. 12 della Direttiva Bolkestein è self-executing, cioè ha efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati Membri, dunque la [norma nazionale in contrasto con quella dell'Unione Europea] può essere disapplicata"*;
2. prevale sulla Legge Regionale interna n. 5/2006 con i suoi allegati, essendo norma di rango sovranazionale;
3. si applica al commercio su area pubblica poiché non rientra tra i servizi esclusi dalla sua applicazione;
4. detta, in forza dei precedenti assunti, principi immediatamente prescrittivi e inderogabili;
5. i criteri previsti dalle lettere a), b) e c) del comma 5 dell'art. 6 della deliberazione della Giunta regionale n. 15/15 del 19.04.2007 per la selezione degli assegnatari fissati dalla citata legge Regionale sono in contrasto con i principi della richiamata Direttiva Europea;
6. in generale, la legge regionale deve essere interpretata e applicata in senso comunitariamente orientato;

richiamato l'art.15 della Legge Regionale n. 5/2006 che stabilisce in dieci anni la durata delle concessioni su area pubblica;

ritenuto pertanto:

1. di dover procedere all'applicazione diretta delle pertinenti disposizioni della Direttiva 2006/123/CE;
2. di dover procedere alla disapplicazione della Legge Regionale n. 5/2006 e i suoi allegati, limitatamente alle lettere a), b) e c) del comma 5 dell'art. 6 della deliberazione della Giunta regionale n. 15/15 del 19.04.2007;
3. di dover, nelle more di una nuova definizione dei criteri da parte della normativa nazionale, applicare esclusivamente la lettera d) del comma 5 dell'art. 6 della Legge Regionale della deliberazione della Giunta regionale n. 15/15 del 19.04.2007, nel bando allegato al presente provvedimento, attribuendo agli stessi dei punteggi;

visto l'art. 107 del d.lgs. n. 267 sdel 18.08.2000 e ss.mm.ii.;

visto il Regolamento dei Mercati civici al dettaglio, approvato dal Consiglio Comunale con Deliberazione n° 71 del 22/05/2018;

visto il Decreto legislativo n° 114 del 31/03/1998 e ss. mm.;

vista la Legge Regionale n° 5 del 18/05/2006, le sue Direttive e criteri adottati con Deliberazione G.R. n. 15/15 del 19/04/2007;

determina

di indire una gara per l'assegnazione di n. 44 posteggi vacanti, meglio specificati nell'allegato bando di gara, presso i Mercati Civici al dettaglio di San Benedetto, Via Quirra, Is Bingias, Santa Chiara e S. Elia, in concessione fino al 31 dicembre 2030;

di procedere alla disapplicazione della Legge Regionale interna n. 5/2006 e dei suoi allegati, limitatamente alle lettere a), b) e c) del comma 5 dell'art. 6 della deliberazione della Giunta regionale n. 15/15 del 19.04.2007;

di applicare, nelle more di una nuova definizione dei criteri da parte della normativa nazionale, esclusivamente la lettera d) del comma 5 dell'art. 6 della Legge Regionale della deliberazione della Giunta regionale n. 15/15 del 19.04.2007, nel bando allegato al presente provvedimento, attribuendo agli stessi dei punteggi;

di approvare il bando di gara e i suoi allegati, che si allegano al presente provvedimento per costituirne parte integrante e sostanziale;

di stabilire che le buste verranno aperte presso gli uffici del Dirigente del Servizio Suape, Mercati, Attività Produttive e Turismo, siti al 7° piano del Palazzo Civico di Piazza De Gasperi in Cagliari. La data e l'orario di apertura verranno resi noti successivamente all'indizione della presente gara, attraverso la pubblicazione sul sito istituzionale del Comune di Cagliari;

di dare atto che il presente provvedimento ha efficacia immediata in quanto non comporta oneri riflessi diretti o indiretti sulla situazione economica-finanziaria o sul patrimonio dell'Ente;

dato atto che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 6 bis della Legge n. 241/1990, dall'art. 7 del DPR n.62/2013 e dall'art. 5 del Codice di comportamento dei dipendenti del comune di Cagliari, non sussistono, in relazione al presente atto, situazioni di conflitto, anche potenziale, con interessi personali del sottoscritto dirigente e degli altri dipendenti che hanno partecipato a vario titolo all'istruttoria dell'atto;

di dare atto che il presente provvedimento non è rilevante ai fini della amministrazione trasparente di cui al decreto legislativo n.33/2013;

di dare atto che il presente provvedimento viene pubblicato sul sito istituzionale del Comune di Cagliari e all'Albo Pretorio ai fini della generale conoscenza.

attesta

la regolarità e correttezza amministrativa del presente atto ai sensi e per gli effetti dell'art. 147 bis del D. Lgs. 267/2000 e dell'art. 6 del Regolamento sul sistema di controllo interno del Comune di Cagliari.

Operatore: Salvatore Porcu

Estensore:

SERVIZIO SUAPE, MERCATI, ATTIVITA'
PRODUTTIVE E TURISMO
Il Dirigente
(Gian Battista Marotto)