



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**18 dicembre
2015**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Il Comune che impedisce illegittimamente la realizzazione di un impianto a biomasse deve risarcire il danno cagionato
- ❖ Nuove assunzioni nei Comuni, prima di indire un nuovo concorso bisogna usare le graduatorie di altri enti
- ❖ L'utilizzo del fax da parte della stazione appaltante per comunicare gli atti di gara
- ❖ Digitalizzazione della PA, arrivano le linee guida dell'Agenzia per l'Italia Digitale sulla conservazione dei documenti digitali

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

Il Comune che impedisce illegittimamente la realizzazione di un impianto a biomasse deve risarcire il danno cagionato

Il T.A.R. Liguria è stato recentemente chiamato ad accertare, con la sentenza 20-11-2015, n. 933, il diritto di una Società a vedersi risarciti i danni cagionati dal Comune che, illegittimamente, aveva impedito la realizzazione di un impianto a biomasse vegetali.

L'argomento ha assunto, negli ultimi decenni, sempre maggiore importanza e molto frequentemente i comuni – il più delle volte rurali e di modeste dimensioni – sono chiamati ad esprimersi sulla realizzazione di tali impianti.

Impianti che, se da un lato vengono visti con diffidenza per il possibile impatto ambientale, dall'altro “solleticano” le amministrazioni comunali quali possibili strumenti di sviluppo dei territori agricoli e montani.

Molto spesso, però, l'opposizione dei cittadini residenti – il più delle volte mossa dal cosiddetto principio del NIMBY (acronimo inglese che sta ad indicare “non nel mio cortile”) - induce le amministrazioni comunali ad impedire “con ogni mezzo” la realizzazione dei suddetti impianti.

Tuttavia, come insegna il caso di specie, il Comune si deve limitare ad esercitare – nello stretto alveo della legittimità – le proprie competenze pena, altrimenti, essere addirittura condannato al risarcimento del danno provocato al privato.

Entrando nel merito della vicenda, va detto che la domanda risarcitoria trae origine da un lungo iter procedimentale e, successivamente, processuale al termine del quale è stata dichiarata l'illegittimità degli atti adottati dal Comune.

Più precisamente la società ricorrente aveva presentato, nel lontano 2006, allo sportello unico per le attività produttive, domanda unica di autorizzazione alla

realizzazione di un impianto di autoproduzione di energia elettrica di tipo cogenerativo a biomasse vegetali da 10 MWE. Va debitamente sottolineato come la realizzazione dell'impianto in questione era stata prevista nell'ambito di un accordo di programma per l'attuazione degli interventi di rilancio dello sviluppo di un territorio montano, stipulato in data 13.4.2006 tra la società (che si era resa acquirente di un complesso aziendale in crisi, con impegno al mantenimento dei livelli occupazionali) e - tra gli altri - i Ministeri delle attività produttive e dell'ambiente, la Regione Liguria, la Provincia ed il Comune.

L'iter di approvazione dell'impianto prevedeva, inoltre, l'esperimento della V.I.A. (valutazione di impatto ambientale), che la Regione Liguria rilasciava prontamente con deliberazione di giunta comunale 22.3.2007, n. 295, subordinatamente al rispetto di una serie di prescrizioni, da accettarsi formalmente entro trenta giorni dal ricevimento dell'atto. A sua volta la Provincia, con provvedimento dirigenziale 14.6.2007, n. 4626, rilasciava l'autorizzazione unica, ex art. 12 comma 3 del D. Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, a costruire ed esercire l'impianto, subordinatamente alla favorevole conclusione con accettazione delle prescrizioni di cui alla V.I.A. rilasciata con D.G.R. n. 295/2007.

Senonché il Comune, “anziché dare seguito agli adempimenti di propria competenza (segnatamente, al rilascio del titolo abilitativo edilizio) per la conclusione del procedimento autorizzativo, adottava una serie di atti e di iniziative volte sostanzialmente a precludere la realizzazione dell'impianto, quali un provvedimento in data 6.11.2008 di archiviazione della pratica, una richiesta in data 5.7.2007 alla Provincia di revoca in autotutela dell'autorizzazione n. 4626/2007 e - infine - una nota in data 28.1.2010 volta a sollecitare alla Regione la dichiarazione di inefficacia della V.I.A. per mancata accettazione delle prescrizioni entro il termine di cui alla D.G.R. n.

295/2007: tutto ciò, in spregio agli impegni di adempiere con diligenza e tempestività alle attività di propria competenza in forza dell'art. 11 dell'accordo di programma 13.4.2006”.

A tali iniziative la società ricorrente reagiva da un lato confermando espressamente, con nota 17.2.2010, l'accettazione delle prescrizioni contenute nella V.I.A. (accettazione peraltro già implicitamente desumibile - a detta della società - dai verbali della conferenza dei servizi), dall'altro presentando al TAR Liguria, in data 10.1.2009, il ricorso R.G. 346/2010 per l'accertamento del diritto a portare a compimento il procedimento di autorizzazione a realizzare ed esercire la centrale a biomasse conformemente agli accordi intervenuti, nonché del diritto ad ottenere dal Comune il relativo titolo abilitativo edilizio.

Con sentenza 7.2.2012, n. 655 il Consiglio di Stato, Sez. V, in riforma della sentenza del TAR Liguria 11.2.2011, n. 265, accoglieva il ricorso, accertando il diritto di F.T. di vedere portato a compimento il procedimento di autorizzazione a realizzare ed esercire la centrale a biomasse, nonché disponendo che il Comune rilasciasse il titolo edilizio, previa stipulazione della convenzione urbanistica e presentazione dell'atto di asservimento, ove - ha cura di precisare il Consiglio di Stato - non si ritenga che l'autorizzazione unica provinciale del 14.6.2007 abbia assorbito, ai sensi dell' art. 12, commi 3 e 4, del D.Lgs. n. 387 del 2003, il titolo edilizio stesso.

Così stando le cose, la società ricorrente chiede quindi la condanna del Comune al risarcimento dei danni derivati e derivanti dalla violazione del suo diritto alla realizzazione della centrale secondo quanto accertato dal Giudice d'appello, a tal fine individuando varie voci concorrenti alla quantificazione del danno.

Dal canto suo il TAR, premesso che il danno patrimoniale va circoscritto al solo "danno da ritardo" conseguente al riconoscimento della fondatezza dell'interesse pretensivo al conseguimento

dei provvedimenti necessari per realizzare la centrale di biomasse, ha opportunamente disposto sul punto consulenza tecnica d'ufficio.

Terminata la fase istruttoria con il deposito della CTU, il giudice adito viene quindi ad affermare innanzitutto la fondatezza del domanda risarcitoria, e ciò in quanto “l'accertamento del diritto a realizzare e a esercire la centrale a biomasse è dunque pieno ed incondizionato, nel senso che non residuava, in capo al Comune, alcun margine di esercizio della discrezionalità in vista del rilascio del titolo edilizio, tant'è che lo stesso - addirittura - avrebbe potuto ritenersi finanche surrogato dall'autorizzazione unica provinciale del 14.6.2007”.

Il Collegio sottolinea, inoltre, come la lesione alla ricorrente “sia stata procurata contra jus, in violazione dei principi generali di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa (oltre che del divieto di inutile aggravamento del procedimento e del dovere di concluderlo in tempi spediti) di cui agli artt. 1 e 2 della L. n. 241 del 1990, oltre che dei formali impegni assunti dal comune, di adempiere con diligenza e tempestività alle attività di propria competenza in forza dell'art. 11 dell'accordo di programma 13.4.2006”.

Nè vale l'invocazione, da parte delle difese comunali, della scusabilità dell'errore per l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale (nel caso di specie, tra il giudice di primo grado e quello d'appello) circa l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 4 ultimo comma del D.Lgs. n. 152 del 2006, nel testo vigente prima delle modifiche apportate dal D.Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4.

Ed in effetti non può dirsi sussistere un'incertezza del quadro giurisprudenziale per il solo fatto che, in primo grado, il ricorso venne respinto poiché, “laddove si conducesse alle estreme conseguenze sistematiche la ratio sottesa a tale argomento, si dovrebbe concludere nel senso che il giudice amministrativo di appello non potrebbe mai - ribaltando gli esiti della pronuncia di primo grado -

affermare l'esistenza di un danno ingiusto, poiché l'esistenza di una sentenza di primo grado di segno favorevole sortirebbe sempre e comunque l'effetto di sterilizzare - nel senso del contrasto di giurisprudenza - la valenza della pronuncia di appello, ciò che si porrebbe in contrasto con il canone della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale di cui all'articolo 24 Cost. (in tal senso Cons. di St., VI, 28.8.2013, n. 4310)".

Infine, per quanto concerne la quantificazione del danno, il collegio ha però precisato che la lesione del diritto accertato si è verificata solo nel 2010, alla data di accettazione espressa da parte della ricorrente delle prescrizioni contenute nella V.I.A. e non, quindi, dal 2007, con conseguente riduzione o mancato riconoscimento - nei termini di cui alla C.T.U. - delle pretese in ordine ai minori ricavi.

Cionondimeno, per quanto attiene invece ai "il collegio ritiene che debbano trovare integrale riconoscimento, a titolo di danno emergente, tutti i costi interni aziendali e di consulenza sostenuti tra gli anni 2005 e l'anno 2010 per lo sviluppo del progetto, quantificati dal C.T.U. in complessivi Euro 919.808,83" a cui vanno sommate le spese della consulenza tecnica, pari ad € 21.365,19, e quelle di giudizio, liquidate in € 10.000 oltre oneri.

Nuove assunzioni nei Comuni, prima di indire un nuovo concorso bisogna usare le graduatorie di altri enti

La delibera 149/2015 della Corte dei conti, sezione di controllo dell'Umbria, è utile in quanto fa un riepilogo e dà un'interpretazione delle varie normative in materia di assunzioni al fine di fare chiarezza su come un ente locale deve comportarsi.

L'utilizzo delle graduatorie valide di un'altra amministrazione è la procedura

ordinaria, mentre l'indizione di un nuovo concorso costituisce la deroga. Non si deve dare corso ad assunzioni tramite lo scorrimento delle graduatorie se operando in questo modo si privilegia l'assunzione di specifici soggetti.

Possono essere così riassunte le principali indicazioni contenute nel parere 149/2015 della sezione regionale di controllo della Corte dei Conti dell'Umbria. La prima indicazione è che il legislatore privilegia l'utilizzo delle graduatorie esistenti. Questa preferenza si manifesta in primo luogo per le graduatorie dello stesso Comune. Occorre ricordare che la giurisprudenza amministrativa ha interpretato la scelta legislativa nel senso che la preferenza arriva al punto che le amministrazioni non devono in questi casi fare ricorso all'attivazione in via preventiva della mobilità volontaria. Ma, ed è qui l'importanza del parere della sezione di controllo della magistratura contabile umbra, questa preferenza si estende anche alle graduatorie concorsuali formate da altre amministrazioni: graduatorie che un altro Comune può utilizzare sulla base delle previsioni contenute nell'articolo 9, comma 1, della legge 3/2003 e nell'articolo 3, comma 61, della legge 350/2003.

Questo vale in linea generale, ma bisogna "rispettare i requisiti comunque richiesti dall'ordinamento". Questo significa che nel 2015 e nel 2016 è da considerare quindi consentito solamente per le assunzioni che sono finanziate dai resti delle capacità assunzionali del triennio precedente, in quanto le capacità assunzionali del 2015 e 2016 sono riservate all'inserimento nei Comuni dei dipendenti in sovrannumero degli enti di area vasta. Inoltre per poter usufruire della graduatoria di un altro ente occorre dare corso all'accordo "tra amministrazioni richiesto dalla norma di cui all'articolo 3, comma 61 della legge n. 350 del 2003". Va ricordato al riguardo che in modo consolidato si ritiene che questo accordo possa essere raggiunto non solo prima dell'indizione del concorso, ma anche successivamente, anche quando la graduatoria sia formata. Si consideri che in

quest'ultimo caso è opportuno che le amministrazioni scelgano l'ente con cui stipulare la convenzione sulla base di criteri predeterminati e oggettivi, al fine di evitare un'eccessiva discrezionalità finalizzata all'assunzione di un determinato soggetto più che alla copertura di una determinata posizione professionale. Un aspetto assai delicato al quale è necessario che gli enti prestino la massima attenzione è il seguente: le amministrazioni devono rispettare l'articolo 91, comma 4 del Dlgs 267/2000, che impedisce di utilizzare gli idonei delle graduatorie di un pubblico concorso per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso stesso. Questa indicazione vale non solo per l'utilizzo di graduatorie della stessa amministrazione, ma anche per quelle di altre PA. Alla base della scelta legislativa, ricordano i giudici contabili, c'è la preoccupazione di *“evitare che le pubbliche amministrazioni possano essere indotte a modificare la pianta organica al fine di assumere uno dei candidati inseriti in graduatoria, i cui nomi sono già conosciuti”*. La Corte spiega infine che non costituisce una trasformazione del posto la riduzione della quantità di ore di impegno previste se lo stesso era già previsto come part time, quindi il comune potrà attingere alle graduatorie in quanto non ha istituito un nuovo posto, ma ha semplicemente cambiato l'orario lavorativo di quello che già c'era prima della formazione dello svolgimento del concorso.

L'utilizzo del fax da parte della stazione appaltante per comunicare gli atti di gara

Nella precedente newsletter abbiamo commentato la sentenza del T.A.R. Sicilia-Catania 03-12-2015, n. 2833, pronuncia alquanto interessante per quanto attiene ai limiti circa l'utilizzo delle comunicazioni telefoniche nelle procedure di evidenza pubblica da parte delle Stazioni Appaltanti.

Limiti che, non infrequentemente, vengono trascurati dalle amministrazioni, spesso quando si è già giunti nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula contrattuale.

A questa pronuncia ha fatto immediatamente seguito la sentenza 4-12-2015, n. 559 del TAR Umbria con cui, invece, è stato preso in analisi l'utilizzo di un altro mezzo di comunicazione nelle procedure di appalto, ossia il fax.

Anche qui, come nel caso precedentemente richiamato, i problemi di “comunicazione” sono intervenuti in seguito all'aggiudicazione definitiva da parte della Stazione Appaltante.

Ed infatti la società ricorrente, dopo essere stata dichiarata aggiudicataria, veniva invitata con nota prot. 255 del 21 gennaio 2013 a presentare la documentazione necessaria per la stipulazione del contratto.

Successivamente, con nota datata 11 aprile 2013, comunicata a mezzo fax, la Stazione Appaltante, stante la mancata produzione della suddetta documentazione, intimava la ricorrente a provvedere entro e non oltre il termine di 15 giorni dal ricevimento.

Non ricevendo alcun riscontro, la Stazione Appaltante, con successiva nota n. 1777 del 17 maggio 2013, citando la precedente presupposta nota, comunicava di aver dichiarato con D.P. 1643 del 14 maggio 2013 - ai sensi dell'art. 113 comma 4, Codice contratti pubblici - la decadenza della ricorrente dall'aggiudicazione e disposto il subentro a favore dell'impresa seconda classificata, oltre a disporre l'escussione della cauzione provvisoria.

Infine, con nota del 20 maggio 2013, l'Amministrazione ha provveduto alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici per l'adozione dei provvedimenti di competenza.

La ricorrente ha quindi impugnato il suddetto provvedimento di decadenza – unitamente al suindicato atto di segnalazione – poiché questa non avrebbe

mai ricevuto la diffida inviatagli a mezzo fax.

Il giudice adito ritiene, però, il ricorso infondato nel merito per plurimi motivi.

Anzitutto il collegio ricorda come l'utilizzo del fax costituisca una modalità "ordinaria" di scambio delle comunicazioni tra la stazione appaltante e le imprese partecipanti alle gare. Anzi, dato che il fax costituisce un sistema basato su linee di trasmissione di dati e su apparecchiature che consentono di documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente sia - attraverso il c.d rapporto di trasmissione - la ricezione del messaggio in quello ricevente, è possibile presumere l'avvenuta ricezione "senza che colui che dimostra di aver inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova, salva l'eventuale prova contraria concernente la funzionalità dell'apparecchio ricevente fornita, secondo l'ordinaria regola processualistica, da chi afferma la mancata ricezione del messaggio (ex multis T.A.R. Sicilia Palermo sez. I, 4 marzo 2014, n. 613; Consiglio di Stato sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3252)".

Pertanto il TAR Umbria da anche debitamente conto dell'esistenza di un differente orientamento giurisprudenziale secondo cui, nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, "la comunicazione mediante fax non può rappresentare uno strumento idoneo a determinare la piena conoscenza dell'aggiudicazione e/o di un atto o documento, nel caso in cui non sia stata espressamente autorizzata dal concorrente; ciò perché, in base alla disposizione normativa di cui al comma 5 bis dell'art. 79, D.Lgs. n. 163 del 2006, la comunicazione a mezzo fax degli atti di una procedura di evidenza pubblica è consentita "solo se espressamente autorizzata dal concorrente" (T.A.R. Calabria Catanzaro sez. I, 12 dicembre 2012, n. 1171; Consiglio di Stato sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116)".

Cionondimeno, nel caso di specie, il

giudice rileva come nella lettera di invito venisse espressamente richiesta l'autorizzazione dei concorrenti a ricevere le comunicazioni inerenti la gara a mezzo fax, col che ogni doglianza da parte della ricorrente dovrebbe essere considerata priva di pregio.

Pertanto la specifica disposizione della lex specialis di gara ed il conseguente implicito visto da parte della ricorrente potrebbe, a detta del giudice, considerarsi addirittura superato dal fatto che il cui numero di fax "è stato espressamente riportato dalla società offerente nell'offerta economica presentata per partecipare alla gara quale sede legale dell'impresa, e della cui ricezione esiste rapporto negli atti di causa, costituisce mezzo di comunicazione sufficiente a fondare la conoscenza del procedimento e della sua lesività, valendo sostanzialmente tale indicazione come autorizzazione implicita ai sensi del citato art. 79, comma 5 bis, Codice contratti pubblici".

Pertanto l'operato della Stazione Appaltante è stato considerato legittimo ed il ricorso rigettato, disponendo fra l'altro che le spese di lite seguano la soccombenza.

Digitalizzazione della PA, arrivano le linee guida dell'Agenzia per l'Italia Digitale sulla conservazione dei documenti digitali

Segnaliamo la pubblicazione delle linee guida dell'Agid sulla conservazione dei documenti della PA, in quanto, come è noto, il processo di digitalizzazione dell'attività degli enti locali ha cambiato e continua a cambiare il metodo di lavoro nei Comuni, per cui è importante essere aggiornati sugli obblighi derivanti dall'evoluzione della disciplina di questa materia vista anche la sua stretta relazione con le normative sulla trasparenza e con

quelle anticorruzione. Queste linee guida presentate la scorsa settimana a Roma nel Forum organizzato dall'Agenzia per l'Italia Digitale sono state aperte ai contributi di tutti, come documento dinamico e in fase di sviluppo aperto alle esperienze degli operatori quotidiani della PA.

Il documento sui cui l'Agid sta raccogliendo sul proprio sito istituzionale osservazioni e commenti evidenzia l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di produrre su supporti informatici i propri documenti. L'articolo 40 del Codice dell'amministrazione digitale impone, infatti, agli enti di formare gli originali dei propri documenti con mezzi informatici. Solo in forma elettronica il documento informatico può essere formato, acquisito, trasmesso e, infine, conservato.

Le linee guida si soffermano a delineare l'intero ciclo di vita dei documenti informatici, che si struttura attraverso la loro formazione, gestione e, infine, conservazione, chiarendo così i diversi processi di sottoscrizione digitale, validazione temporale, generazione di copie, duplicati ed estratti, sino alla creazione dei fascicoli informatici e della loro archiviazione.

La gestione del ciclo di vita di un documento informatico, affinché possa essere efficiente e sicura, deve essere necessariamente presidiata da specifiche procedure e strumenti informatici, in grado di governare con efficacia ogni singolo accadimento che coinvolge la vita di un documento informatico. Una corretta gestione dei documenti sin dalla loro fase di formazione rappresenta inoltre la migliore garanzia per il corretto adempimento degli obblighi di natura amministrativa, giuridica ed archivistica tipici della gestione degli archivi pubblici.

Il manuale di gestione offerto dalle linee guida assume importanza non solo per le indicazioni in esso contenute, tipicamente rivolte agli operatori interni all'ente impegnati nella produzione dei documenti informatici, ma anche perché, in quanto documento pubblico, consente di rendere

edotti i terzi (cittadini, imprese, professionisti, ecc.), su quali formati possono e devono essere utilizzati nella produzione dei documenti da destinare alla pubblica amministrazione. In questo modo, l'ente destinatario ricevendo solo documenti prodotti con "formati ammessi", non si vedrà costretto ad intraprendere complesse operazioni di conversione dei documenti ricevuti (e prodotti) in formati considerati inadeguati alla loro conservazione a lungo termine.

Le linee guida sono consultabili sul sito dell'Agid all'indirizzo web: <http://www.agid.gov.it/notizie/2015/12/10/conservazione-pubblicate-linee-guida-agid>

Osservazioni e contributi possono essere inviati ad AgId tramite la casella di posta elettronica:

forum_conservatori@agid.gov.it