



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**9 maggio  
2016**

**CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCE E DEI COMUNI DEL NORD**

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Offerte anomale sottosoglia escluse automaticamente dal nuovo Codice dei Contratti
- ❖ Sulla nozione di costruzione rilevante ai fini urbanistici
- ❖ Selezione pubblica necessaria nella PA per il conferimento di incarichi esterni
- ❖ Gli incarichi dirigenziali ex art. 110 c. 1 T.U.E.L. devono essere computati nel tetto di spesa di cui all'art. 9, c. 28 del D.L. 78/2010

**SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo**  
**Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166**  
**[www.conord.org](http://www.conord.org)                      [conord@conord.org](mailto:conord@conord.org)**

**Offerte anomale sottosoglia escluse automaticamente dal nuovo Codice dei Contratti**

Nel nuovo codice dei contratti, come da decreto legislativo 50/2016, il legislatore ha esplicitato la possibilità, che era già presente nel Codice precedente anche se non particolarmente chiara, che le stazioni appaltanti possano procedere automaticamente all'esclusione dell'offerta anomala quando la proposta presenta una percentuale di ribasso pari o superiore e determinate soglie determinate secondo un meccanismo complesso stabilito nell'articolo 97 al comma 2: si tratta di un sistema di parametri non predeterminabili dagli offerenti per indicare quali offerte siano eccessivamente ribassate, ma decisi a sorteggio in sede di gara.

Nello schema di decreto legislativo del 3 aprile 2016, il Consiglio dei Ministri aveva costruito l'articolo 97 sulla verifica delle offerte anomale non inserendo la possibilità di esclusione automatica delle offerte troppo basse, che permetterebbe al responsabile unico del procedimento in presenza di determinate circostanze di escludere un operatore senza richiedere alcuna giustificazione. L'ipotesi di mancanza di contraddittorio ed esclusione automatica, si porrebbe in contrasto coi principi comunitari che prevedono il massimo dialogo fra stazione appaltante ed offerente soprattutto nel caso di esclusione per offerta potenzialmente anomala. Infatti l'articolo 69 della direttiva UE 24/2014, recepita insieme alle direttive 23 e 25 nel nuovo Codice, specifica che *“le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi”*

Il Consiglio di Stato in proposito, nel parere 855/2016, dopo aver rilevato la mancanza nel nuovo Codice dell'esclusione automatica, che invece

seppur in forme confuse era prevista nel vecchio, invitava il Governo a valutare *“se sia opportuno re-introdurre una previsione (simile a quella di cui all'articolo 125, comma 8 del previgente Codice) in base alla quale negli appalti di servizi e forniture sotto-soglia può essere disposta l'esclusione automatica delle offerte anomale (una disposizione di contenuto simile attualmente riguarda gli appalti di lavori di importo inferiore a un milione di euro per il caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso – articolo 122, comma 9 – del Codice vigente)”*. Infatti per i magistrati devono essere conseguiti *“gli obiettivi di semplificazione richiamati dalla legge di delega e va evitato che, attraverso la mancata esclusione automatica delle offerte anomale, si determini un artificioso incremento della media dei ribassi”*.

Il Governo ha seguito le indicazioni del Consiglio di Stato, ritenendo opportuno nell'ambito del sottosoglia comunitario, di confermare la previsione di un meccanismo di esclusione automatica che nel vecchio Codice era limitata entro i 100 mila euro per forniture e servizi e, per lavori, entro il limite del milione di euro. Con le leggi 106/2011, 98/2013 e infine con la legge 21/2016 la prerogativa dell'esclusione automatica è stata estesa, fino al 31 luglio 2016, a tutto l'ambito del sottosoglia comunitario. Le prescrizioni del precedente Codice, così come modificate dalle leggi citate, sono ribadite nel comma 8 dell'articolo 97, in cui, con un'unica previsione per lavori, servizi e forniture, è stato chiarito dal Governo che *“quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie”* comunitarie, *“la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata”* sulla base dei criteri e delle modalità previste nel comma 2. Riprendendo la vecchia regola si specifica poi che *“la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”*.

### Sulla nozione di costruzione rilevante ai fini urbanistici

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania è stato chiamato ad esprimersi, con la sentenza n. 2205 del 3.5.2016, su quale sia la nozione di costruzione rilevante ai fini dell'emissione di un'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi da parte di un Comune.

Nel caso portato all'attenzione del giudice, i comproprietari di un appartamento si sono visti notificare un'ordinanza dirigenziale di demolizione per aver realizzato sul loro lastrico solare – senza alcun idoneo titolo abilitativo – un manufatto in legno finalizzato a migliorarne la funzionalità ed a meglio rispondere alle sopravvenute esigenze familiari.

Più nel dettaglio, il manufatto ligneo avrebbe una dimensione di circa 23 mq. ed, inoltre, sarebbe stato munito di impianto elettrico per permetterne un utilizzo quale soggiorno-cucina.

I comproprietari decidono di impugnare il provvedimento deducendo, in prima battuta, l'insufficiente motivazione dell'ordinanza in ordine al contrasto delle opere realizzate con le norme urbanistiche ed in relazione alla sussistenza dell'interesse pubblico specifico ed attuale ad ingiungere la demolizione.

Il Collegio, peraltro, non ritiene di doversi discostare da una consolidata giurisprudenza, secondo cui l'attività tesa alla repressione di illeciti è da considerarsi vincolata, con la conseguenza che tali atti devono intendersi congruamente motivati con la mera giustificazione del potere esercitato, mediante la sola indicazione dei presupposti normativi e fattuali (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. II bis, 23 aprile 2008 n. 3498).

Analogamente, il carattere vincolato dei provvedimenti sanzionatori in materia

edilizia esclude che sia richiesta in motivazione una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, oppure una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, anche al fine della possibile individuazione di un trattamento sanzionatorio più mite (cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 marzo 2013 n. 1268 e 11 maggio 2011 n. 2781).

Allo stesso modo la motivazione viene ritenuta congrua anche in ordine alla sanzione demolitoria irrogata, ossia la misura repressiva specificamente individuata dall'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001 con riferimento all'ipotesi di intervento di nuova costruzione eseguito in assenza di permesso di costruire.

I ricorrenti cercano, poi, di aggredire il provvedimento ponendo in evidenza come le opere realizzate consistano in un "manufatto in legno di modestissime dimensioni" che, per tale ragione, non sarebbe assoggettabile ad "alcun intervento autorizzativo e/o assentivo dell'ente comunale trattandosi di opere riconducibili all'edilizia libera o al massimo sospensivamente condizionate al rilascio di DIA".

Anche su questo punto, però, il TAR respinge le doglianze di parte attrice ritenendo che il manufatto, seppure di modeste dimensioni, sia ascrivibile alla categoria della nuova costruzione soggetta a permesso di costruire ed al relativo regime sanzionatorio.

Ed infatti "la nozione di costruzione, ai fini del rilascio del permesso di costruire, si configura in presenza di opere che attuino una trasformazione urbanistico-edilizia del territorio, con perdurante modifica dello stato dei luoghi, a prescindere dal fatto che essa avvenga mediante la realizzazione di opere murarie, essendo irrilevante che le opere siano state realizzate in metallo, in laminati di plastica, in legno o altro materiale, ove si sia in presenza di un'evidente trasformazione del tessuto urbanistico ed edilizio e le opere siano

preordinate a soddisfare esigenze non precarie sotto il profilo funzionale, come nella fattispecie; in altri termini, rilevano non soltanto gli elementi strutturali (composizione dei materiali, smontabilità o meno del manufatto), ma anche i profili funzionali dell'opera" (conformemente si vedano anche TAR Piemonte, Sez. II, 11 aprile 2012 n. 438 e TAR Lombardia Brescia, Sez. I, 25 maggio 2010 n. 2143)

Per tali ragioni il ricorso viene rigettato, con condanna di parte attrice alla rifusione delle spese legali.

### **Selezione pubblica necessaria nella PA per il conferimento di incarichi esterni**

La Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per il Piemonte, con la deliberazione 34/2016 approfondisce i temi legati ai presupposti di legittimità per il conferimento di incarichi esterni nella Pubbliche Amministrazioni come enunciati dall'articolo 7 del decreto legislativo 165/2001.

La disciplina vigente prevede che l'oggetto della prestazione debba corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente l'incarico, deve rientrare in determinati progetti ed obiettivi predeterminati ed essere coerente con i principi di funzionalità dell'amministrazione. L'amministrazione deve preliminarmente verificare la non possibilità di svolgere la stessa attività con personale interno, in quanto il conferimento di un incarico ad un professionista esterno deve essere un'eccezione che va quindi motivata dettagliatamente. Le prestazioni rese dal soggetto esterno devono essere temporanee, altamente qualificate, ed essere necessarie per rispondere ad esigenze eccezionali, straordinarie: per questo il rinnovo dell'incarico non è di norma consentito, se non per concludere il progetto iniziale per

ritardi non imputabili al collaboratore esterno, ferma restando la misura del compenso pattuita con conferimento dell'incarico che deve essere predeterminata esattamente come il luogo, l'oggetto e la durata della collaborazione. Il collaboratore esterno inoltre deve essere dotato del requisito della "*comprovata specializzazione anche universitaria*", a meno che non si tratti di un contratto di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa con professionisti iscritti in ordini professionali o albi, o con soggetti che operino nel campo artistico o dei mestieri artigianali, oppure ancora di soggetti che svolgano l'attività di certificazione dei contratti di lavoro oltre a tutta la parte relativa all'orientamento ed il collocamento di cui al decreto legislativo numero 27/2003, fermo restando però il dovere di accertare l'esperienza e la competenza nel settore e che non vi siano oneri aggiuntivi per la finanza pubblica.

Nel caso di conferimento di un incarico di studio o di consulenza, è necessario osservare i limiti di spesa introdotti dall'articolo 6, comma 7, del decreto legge numero 78/2010, ed il funzionario nel momento in cui si assume l'impegno di spesa ha l'obbligo di accertare la sostenibilità finanziaria del programma dei pagamenti rispetto alle regole di finanza pubblica ed agli stanziamenti di bilancio e di cassa, incorrendo in responsabilità disciplinare ed amministrativa nel caso in cui ometta questi controlli.

Vi sono anche casi in cui esplicitamente la legge vieta il conferimento di incarichi esterni, come ad esempio si veda l'articolo 1, comma 8, della legge numero 190/2012.

Una volta superati questi limiti ed acclarata la necessità per l'amministrazione pubblica di servirsi di una figura esterna, questa dovrà essere scelta mediante una procedura selettiva pubblica come previsto dal comma 6-bis dell'articolo 7 del decreto legislativo numero 165/2001. Non si tratta di un vero e proprio concorso secondo la

giurisprudenza amministrativa, ma è comunque richiesto che la scelta avvenga dopo una procedura comparativa, che quantomeno richiede un avviso pubblico con indicati l'oggetto della collaborazione ed i termini dell'incarico e le competenze professionali richieste, una commissione di esperti che valuti i candidati sulla base dei titoli e di un eventuale colloquio, un verbale pubblico delle operazioni con il risultato della procedura (così si è espresso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana a sezioni riunite nella sentenza numero 53/2015).

Solo in specifici casi determinati dalla legge è possibile l'affidamento diretto e cioè nei casi in cui la procedura comparativa sia andata deserta, oppure ci sia un'unicità della prestazione richiesta sotto il profilo soggettivo e l'assoluta urgenza non imputabile all'amministrazione, ma all'esigenza di avviare una collaborazione legata ad un evento eccezionale o per realizzare un lavoro nei termini prefissati, ricordando sempre che la *"particolare urgenza"* deve essere *"connessa alla realizzazione dell'attività discendente dall'incarico"*.

Il funzionario che impegna la spesa, è, sulla base dell'articolo 9, comma 1, lettera a) n.2 del decreto legge numero 78/2009, responsabile di accertare preventivamente che i pagamenti programmati per l'incarico esterno siano coerenti con gli stanziamenti di bilancio e compatibili con le regole di finanza pubblica. Questo obbligo prescinde dalle modalità di finanziamento della spesa, essendo finalizzato ad una verifica delle capacità di cassa per l'effettiva sostenibilità dei pagamenti nei termini contrattualmente previsti e alla conformità dello stesso con il complesso dei vincoli dell'ordinamento. Vi è un caso eccezionale, limitato tassativamente dalla legge in determinate situazioni, cioè l'avvio anticipato dei lavori rispetto al conferimento dell'incarico col relativo impegno di spesa, che ovviamente va in deroga rispetto agli obblighi appena esposti del funzionario.

**Gli incarichi dirigenziali ex art. 110 c. 1 T.U.E.L. devono essere computati nel tetto di spesa di cui all'art. 9, c. 28 del D.L. 78/2010**

La Sezione Autonomie della Corte dei Conti ha recentemente chiarito, con la propria delibera n. 14 del 3.5.2016, che gli incarichi dirigenziali conferiti ex articolo 110, comma 1, d.lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.) devono essere computati nel tetto di spesa stabilito dall'articolo 9, comma 28, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

La questione viene riproposta alla Corte in conseguenza della modifica normativa introdotta dall'articolo 11, comma 1, del d.l. n. 90 del 2014, che ha riformulato l'articolo 110, comma 1 del T.U.E.L. e, al contempo, ha riscritto l'articolo 19, comma 6-quater, del d.lgs. n.165/2001, dato che la stessa Sezione delle autonomie aveva precedentemente stabilito, con deliberazione n. 12/2012/INPR, che gli incarichi dirigenziali con contratto a tempo determinato erano esclusi dai vincoli assunzionali di cui all'articolo 9, comma 28, del d.l. n.78 del 2010.

Successivamente, però, alla riformulazione dell'articolo 110, c. 1 del TUEL, la giurisprudenza delle Sezioni regionali di controllo ha manifestato due opposti orientamenti.

Una prima posizione ha affermato che l'intervento legislativo non avrebbe sottratto la norma dal solco di quella sua specialità, già evidenziata dalla Sezione delle autonomie con deliberazione n. 12/2012/INPR, ritenendo che la novella legislativa di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legge n. 90 del 2014, abbia solo ricondotto alla sua naturale *sedes materiae* la disciplina degli incarichi dirigenziali (in tal senso, la Sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia, con la deliberazione di rimessione n. 41/2016/QMIG, e le precedenti deliberazioni nn. 84 e 406/2015/PAR; la Sezione regionale di controllo per la

Regione Molise, del. n. 106/2015/PAR; la Sezione regionale di controllo per la Regione Liguria, del. n. 53/2014).

Ne conseguirebbe la non riconducibilità degli incarichi dirigenziali con contratto a tempo determinato, conferibili dagli enti locali ai sensi dell'articolo 110, comma 1, ai vincoli assunzionali di cui all'articolo 9, comma 28, del d.l. n. 78/2010.

Una seconda tesi, al contrario, ritiene non più operante la deroga prevista per gli incarichi dirigenziali ex articolo 110 e la riconducibilità degli stessi ai richiamati limiti assunzionali, sulla base di numerosi spunti interpretativi forniti da altre disposizioni vigenti ma, soprattutto, sulla scorta di una lettura conformativa della disposizione in questione al principio generale – ed oramai imperante – di contenimento della spesa (in tal senso, Sezione regionale di controllo per la Regione Puglia, deliberazioni nn. 219, 223, 237/PAR/2015; Sezione regionale di controllo per la Regione Lazio, delibera n. 221/PAR/2014; Sezione regionale di controllo per la Regione Toscana, delibera n. 447/2015/PAR).

Nel dirimere il contrasto giurisprudenziale così creatosi, la Sezione Autonomie ritiene di dover superare l'orientamento precedentemente espresso con la delibera n. 12/2012, anche e soprattutto in ragione di una sopravvenuta sentenza della Corte Costituzionale.

Il Giudice delle Leggi ha infatti ribadito, con la sentenza n. 173 del 2012, il valore generale degli obiettivi prefissati dall'art. 9, comma 28, d.l. n. 78/2010, precisando che la disposizione «pone un obiettivo generale di contenimento della spesa relativa ad un vasto settore del personale e, precisamente, a quello costituito da quanti collaborano con le pubbliche amministrazioni in virtù di contratti diversi dal rapporto di impiego a tempo indeterminato».

«L'art. 9, comma 28, censurato, d'altronde» – prosegue la Corte – «lascia alle singole amministrazioni la scelta circa le misure da adottare con riferimento ad

ognuna delle categorie di rapporti di lavoro da esso previste. Ciascun ente pubblico può determinare se e quanto ridurre la spesa relativa a ogni singola tipologia contrattuale, ferma restando la necessità di osservare il limite della riduzione del 50 per cento della spesa complessiva rispetto a quella sostenuta nel 2009».

Così chiarita la portata del citato vincolo di spesa, la Corte dei Conti giunge quindi ad affermare che, sebbene la disciplina della dirigenza locale a termine presenti certamente un carattere di specialità (ne è prova il limite percentuale massimo indicato dal legislatore per poter assumere dirigenti in dotazione organica) e, talvolta, anche derogatoria di norme a carattere generale, tuttavia non può essere spinta, per via ermeneutica, sino a derogare una norma il cui carattere generale, per le finalità che sottende, così come espresso dalla Corte costituzionale, «pone un obiettivo generale di contenimento della spesa relativa ad un vasto settore del personale e, precisamente, a quello costituito da quanti collaborano con le pubbliche amministrazioni in virtù di contratti diversi dal rapporto di impiego a tempo indeterminato».

Così stando le cose, la Sezione delle autonomie della Corte dei conti ha conseguentemente statuito il principio di diritto per cui «Le spese riferite agli incarichi dirigenziali conferiti ex art. 110, primo comma, del decreto legislativo n. 267 del 2000 devono essere computate ai fini del rispetto del limite di cui all'art. 9, comma 28, del decreto legge n. 78 del 2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 122 del 2010».