



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**3 giugno
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Un caso di affidamento in house di un servizio pubblico illegittimo per carenza di motivazione
- ❖ Danno erariale per le scelte discrezionali adottate in violazione dei principi fondamentali dell'azione amministrativa
- ❖ Limitare l'insediamento di nuovi centri commerciali per tutelare il commercio nel centro storico è legittimo
- ❖ Ulteriori precisazioni sull'affidamento in house del servizio di igiene urbana

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

Un caso di affidamento in house di un servizio pubblico illegittimo per carenza di motivazione

Andiamo ad analizzare una nuova sentenza del Consiglio di Stato, utile per seguire l'evolversi degli orientamenti giurisprudenziali su questa materia che sono variati più volte nel recente passato, la numero 1900/2016, che afferma come gli affidamenti in house per la gestione dei servizi pubblici locali debba essere frutto di una scelta motivata analiticamente, in modo puntuale e circostanziato, in quanto diversamente il procedimento sarebbe viziato da una grave illegittimità.

La vicenda oggetto della sentenza prende piede da un ricorso effettuato da una ditta privata avverso la decisione di un Comune, socio insieme ad altri 52 Comuni di una partecipata a totale capitale pubblico, di affidare direttamente alla suddetta partecipata il servizio di igiene ambientale sul territorio. Con la sentenza del Tar Abruzzo numero 349/2015 era stata accolta l'istanza di questa società privata in quanto l'affidamento sarebbe stato assegnato senza comprovare i requisiti dell'in house providing, cioè la totale partecipazione pubblica del gestore, la soggezione di quest'ultimo ad un controllo "analogo" a quello che l'ente affidante svolge sui propri servizi e la prevalenza dell'attività svolta dal gestore stesso verso gli enti che lo controllano. Il Tar quindi ha annullato la delibera di affidamento diretto del Comune impugnata e contro questa decisione la società partecipata ha proposto ricorso al Consiglio di Stato.

Nel giudizio di primo grado viene riconosciuto dai magistrati che l'affidamento in house, nel contesto normativo attuale, non rappresenta un'eccezione o una scelta per la gestione dei servizi pubblici locali residuale, ma si tratta di una normale forma di organizzazione che dipende da una scelta discrezionale degli enti locali, non

sindacabile in sede di legittimità vista l'ampia autonomia decisionale in materia, salvo che non vi siano elementi di illogicità, irragionevolezza, irrazionalità o arbitrarietà. La valutazione deve avere come presupposto una puntuale motivazione circa le ragioni di fatto e di convenienza che portano a fare la scelta dell'affidamento in house, in virtù dei principi di trasparenza introdotti dall'articolo 34, comma 20 del decreto legge 179/2012 convertito in legge 221/2012, che secondo il Tar impone "un dettagliato e più aggravato onere motivazionale". Per i magistrati la legittimità della delibera riguardante la gestione dei servizi pubblici locali va subordinata all'elaborazione di una relazione ad hoc che spieghi le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma dell'affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio, indicando le compensazioni economiche se previste. Ci vuole quindi un iter complesso che porta l'ente affidante a svolgere tutta una serie di adempimenti articolati per valutare ogni possibile forma di gestione praticabile in astratto, per poter così scegliere la soluzione migliore per perseguire il pubblico interesse sulla base di dati concreti e verificabili.

Nel caso in esame, il Comune in verità aveva disposto l'affidamento in house del servizio di igiene urbana attenendosi formalmente al rispetto dell'articolo 34, comma 20 del DL 179/2012, preparando, studiando ed infine approvando la relazione prevista dalla normativa. Per il Consiglio di Stato però tale relazione "non contiene alcuna valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi per contro ad apodittici riferimenti alla gestione in house che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione". E' quindi la mancanza di un'accurata motivazione che assume un ruolo dirimente nella questione, tanto da

far diventare illegittima la delibera di affidamento e di travolgere tutti gli atti conseguenti e a supporto del procedimento amministrativo, senza soffermarsi sulla valutazione delle caratteristiche del soggetto affidatario.

Questa impostazione così rigida del Consiglio di Stato per valutare la legittimità degli affidamenti in house, non va sottovalutata, in quanto è in linea ed in qualche modo anticipa la severa disciplina contenuta nel decreto sui servizi pubblici essenziali che verrà presto emanata. Secondo l'articolo 7, comma 5, del nuovo testo unico di cui abbiamo parlato in una passata Newsletter, il Comune che intenda ricorrere a questa forma di gestione del servizio dovrà predisporre uno schema di delibera ed inviarlo preventivamente all'Antitrust per un parere di competenza. Sempre all'articolo 7, il comma 3 specifica che l'ente dovrà dare spiegazione in modo analitico del perché non si rivolge al mercato ed in particolare del fatto che la scelta non sia più svantaggiosa per i cittadini da un punto di vista economico, dovendo anche indicare gli ulteriori benefici per la collettività della forma di gestione scelta.

Il Consiglio di Stato ci dimostra come stia tornando una grande diffidenza per l'autoproduzione di servizi, considerata come fattore di spreco e cattiva gestione delle risorse pubbliche, che manterrebbe in vita società inutili, inefficienti e non remunerative.

Danno erariale per le scelte discrezionali adottate in violazione dei principi fondamentali dell'azione amministrativa

Com'è noto l'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994 stabilisce che "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di

contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali".

In ragione di detta norma, quando viene promossa un'azione di responsabilità da parte della Procura contabile nei confronti di un titolare di una carica pubblica elettiva, le difese del convenuto mirano, nella maggior parte dei casi, ad eccepire l'insindacabilità dei provvedimenti adottati e ritenuti causativi di danno erariale, in quanto riguardanti il merito di presunte scelte discrezionali.

Tuttavia non va trascurato come la giurisprudenza, contabile e non, abbia a più riprese affermato come l'art. 1 della legge n. 20/1994 debba comunque essere posto in correlazione con l'art. 1 della legge n. 241/1990, il quale stabilisce che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi a criteri di economicità e di efficacia, criteri che assumono rilevanza sul piano della legittimità, e non della mera opportunità.

Tale esegesi è stata confermata dalla recente sentenza della Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale d'appello per la Regione Sicilia, n. 54/2016.

Il giudizio di responsabilità trae origine da una nota con cui il Sindaco di un Comune aveva invitato il dirigente dell'Aerea economica e finanziaria a "voler prevedere" una spesa di 50.000 euro, mediante prelevamento dal fondo di riserva, per contribuire ai costi inerenti allo svolgimento di un incontro amichevole di calcio tra due squadre di calcio di livello internazionale, che si sarebbe disputato allo Stadio cittadino.

Tale iniziativa era stata promossa da una Società che aveva inviato al Sindaco una nota con la quale comunicava la disponibilità ad organizzare un incontro calcistico di livello internazionale, chiedendo però la concessione di un contributo di euro 100.000,00, oltre all'utilizzo gratuito dello stadio e

all'ospitalità della squadra straniera.

Il torneo avrebbe portato il riferimento alla città e sul materiale pubblicitario e le comunicazioni sarebbe stato apposto il logo della città.

In calce alla superiore richiesta, il capo di gabinetto disponeva, poi, l'autorizzazione all'intervento finanziario del Comune per l'importo di € 60.000, oltre spese di viaggio e vitto.

Con propria delibera la Giunta Municipale aveva disposto l'utilizzo del fondo di riserva per procedere all'impinguamento degli stanziamenti di alcuni capitoli di bilancio. Era stato, così, incrementato il capitolo per gli interventi per la "promozione di attività sportive e ricreative", per l'ammontare di € 50.000,00, e, contestualmente, si era autorizzata l'area Economico Finanziaria ad "effettuare gli impegni di spesa conseguenti...".

Veniva, poi, emessa un'ulteriore determinazione dirigenziale con la quale era disposta la concessione di un contributo di € 10.00,00 per le spese di realizzazione dell'incontro di calcio, dando atto che al pagamento si sarebbe provveduto con atto dirigenziale di liquidazione.

In siffatto quadro, il Procuratore agiva nei confronti del Sindaco e dei due dirigenti che avevano disposto materialmente la spesa in quanto l'esborso in questione costituiva danno erariale, poiché non corrispondeva al raggiungimento di alcuna finalità istituzionale ed era stato effettuato in assenza di documentazione giustificativa, nonostante sia un principio consolidato dell'ordinamento giuscontabile quello secondo cui l'utilizzo del denaro pubblico deve essere documentato e rendicontato.

Il giudice di primo grado accoglieva la prospettazione accusatoria che, anche in sede di appello, viene ritenuta convincente.

Il giudice adito premette come, in linea di principio, non possa mettersi in dubbio che l'Amministrazione comunale, quale ente esponenziale degli interessi della comunità

territoriale rappresentata, debba perseguire gli interessi, curando lo sviluppo e il progredire civile della collettività.

Nella stessa ottica, deve cercare di far crescere e qualificare le attività turistiche, garantendo risorse, coordinamento e promozione.

La scelta che l'Amministratore deve fare per raggiungere gli obiettivi prefissati è certamente insindacabile per legge perché frutto di valutazioni di opportunità e di convenienza, la cui individuazione è demandata esclusivamente all'organo politico.

Cionondimeno l'operato dell'amministratore va valutato, in punto di legittimità, alla stregua delle regole c.d. interne dell'azione amministrativa, previste anche dall'art. 1 della L. n. 241/1990, al fine di appurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, congruità, logicità, ragionevolezza, che devono presiedere all'esercizio dell'azione amministrativa.

E' necessario, infatti, che le scelte adottate siano trasparenti e che la spesa appaia congrua rispetto ai risultati.

Orbene, nel caso portato all'attenzione del giudice è chiaro che si sia trattato di un contributo all'attività sportiva concesso in violazione dello stesso regolamento comunale per la disciplina dell'erogazione dei contributi, ove viene espressamente affermato che "La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualsiasi genere a persone o enti pubblici e privati non specificatamente individuati sono subordinati alla predeterminazione e alla pubblicazione da parte della amministrazioni precedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1, deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma".

Emerge, allora, l'assoluta illiceità della

corresponsione del contributo in favore della società richiedente stante la assenza di documentazione agli atti che comprovi l'osservanza delle prescrizioni previste dalla legge e dal regolamento in ordine ai criteri e alle modalità cui le amministrazioni devono attenersi allorquando erogano qualsivoglia vantaggio economico.

E' infatti del tutto assente una progettualità iniziale dell'evento sia in termini di analisi dei costi complessivi da sostenere sia in termini di ritorno di immagine e promozione del territorio, scopo ultimo dell'intervento.

Non solo manca un piano finanziario, in cui siano indicate analiticamente le spese dell'evento, ma anche le entrate previste rende impossibile valutare la congruità del contributo finanziario concesso, la cui natura forfettaria non rileva ai fini dell'accertamento dei presupposti per determinarlo.

Ancor più grave appare la mancanza di un rendiconto finale dei costi sostenuti in concreto, non richiesto inizialmente né successivamente.

Come già detto, l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti non comporta che esse siano sottratte al sindacato giurisdizionale di conformità alla legge formale e sostanziale che regola l'attività e l'organizzazione amministrativa (Cass. civ. Sez. Unite, 21/02/2013, n. 4283).

Al Giudice contabile è preclusa solo la valutazione dell'opinabilità delle scelte discrezionali, ma non la rispondenza dell'operato della Pa a tutti i principi sopra menzionati.

Ecco che, allora, il giudice di prime cure non ha ritenuto censurabile l'inerenza ai fini istituzionali della spesa, ma ha ritenuto che la stessa sia avvenuta in violazione dei fondamentali canoni di razionalità, efficacia, economicità, efficienza.

Per tali ragioni viene confermata, in

appello, la condanna del Sindaco e dei due dirigenti evocati in giudizio dalla Procura erariale.

Limitare l'insediamento di nuovi centri commerciali per tutelare il commercio nel centro storico è legittimo

I Comuni possono salvaguardare i piccoli esercizi commerciali, al fine di contrastare gli effetti dannosi della presenza di grossi centri commerciali che insieme alla rete della grande distribuzione stanno cannibalizzando le piccole attività locali, rivitalizzando i centri storici visto il valore sociale del commercio di qualità all'interno delle vie e piazze locali imbevute di storia, cultura e tradizioni, ma anche per tutelare quelle eccellenze come le botteghe tradizionali dove prevalgono relazioni sociali e commerciali a misura d'uomo, per poter attrarre la clientela interessata alla qualità.

Così si è espresso il Tar Piemonte con la sentenza del 6 maggio 2016 n. 612, sancendo la legittimità dei provvedimenti di un Comune volti a bloccare l'insediamento di altri centri commerciali in periferia se la finalità è quella di tutelare dai danni che ne conseguirebbero il piccolo commercio del centro storico che rappresenta una garanzia di tutela del decoro urbano, per un rilancio sociale, economico e turistico della città. Nel caso in oggetto il Tribunale ha respinto il ricorso proposto da una società proprietaria di alcuni terreni a destinazione produttiva collocati nelle vicinanze del centro abitato di Asti, contro i provvedimenti adottati dallo Sportello Unico Attività Produttive del Comune che avevano rigettato l'istanza finalizzata a far insediare una serie di nuove attività commerciali di grande distribuzione nella zona "*urbano-periferica non addensata*",

siccome non vi erano elementi che contrastassero con le normative nazionali, regionali e comunitarie in materia di liberalizzazione del commercio.

Il ricorso spiegava come una volta respinta l'istanza per la qualificazione dei terreni quale area diretta ad ospitare attività commerciali per riqualificarla, il Comune avrebbe previsto, secondo la società ricorrente, una serie di limitazioni aggiuntive rispetto a quelle previste dall'ordinamento europeo e nazionale all'insediamento di nuove attività di grande distribuzione finalizzate alla *"tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali"*. Queste limitazioni erano l'applicazione di quanto deliberato in Consiglio Comunale in materia di *"integrazione dei criteri per il riconoscimento delle zone di insediamento commerciale e per il rilascio delle autorizzazioni per l'esercizio del commercio"*, delibera questa che esplicitamente esclude il riconoscimento di nuove localizzazioni commerciali oltre a quelle già esistenti, allo scopo dichiarato di fermare la grande distribuzione e sostenere il piccolo commercio del centro urbano.

I magistrati ricostruiscono la normativa sulla disciplina del commercio, a partire dal "decreto Bersani" cioè il decreto legislativo 114/1998 con la spinta alle liberalizzazioni voluta dall'Europa, che ha attribuito alle Regioni la competenza di fissare *"i criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale"* di spettanza comunale, facendo nascere il concetto di *"urbanistica commerciale"* come bilanciamento fra la tutela della concorrenza, l'equilibrato sviluppo delle diverse tipologie distributive e di un ordinato assetto urbanistico, intrecciati nella pianificazione commerciale. Per i giudici l'evoluzione normativa negli ultimi anni ha imposto un sistema in cui deve esserci un bilanciamento e non un contrasto, fra attività commerciali ed assetto urbano sostenibile, che deve tenere conto delle *"ragioni di infrastrutture, di viabilità, di coerenza dell'uso del territorio come*

conformato dagli strumenti di pianificazione": per questo sono consentite limitazioni all'autorizzazione di nuovi insediamenti commerciali, a patto che non siano strumentali o anticoncorrenziali, ma proporzionate e ragionevoli in quanto la tutela della concorrenza non può essere considerata un valore assoluto, ma può essere compresa per il più importante obiettivo di un *"equilibrato sviluppo sul territorio"*.

I giudici continuano l'analisi delle normative in materia arrivando al recepimento della "Direttiva Bolkenstein" tramite il decreto legislativo 59/2010 che prevede come limite legittimo agli interventi di liberalizzazione solo *"motivi imperativi di interesse generale"*, per poi passare al "Decreto Salva Italia", che fissa il principio generale della libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio *"senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura"*, ad eccezione di quelli *"connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali"* attribuendo la competenza agli Enti locali di imporre limitazioni o anche di vietare il commercio in intere aree del proprio territorio, senza però che vi sia alcuna discriminazione fra gli operatori. Vista la stratificazione di normative statali e regionali, che fissano criteri generali, i Comuni possono provvedere, motivando la scelta, all'individuazione di zone di insediamento commerciale, nel rispetto dei principi di liberalizzazione delle attività commerciali, ma considerando le specificità della realtà locale come le condizioni economiche, territoriali e sociali, oppure della viabilità, del traffico, ed ovviamente, come già ribadito, della compatibilità ambientale con l'area urbana amministrata.

Per tutte queste valutazioni, il Tribunale Amministrativo piemontese ritiene legittimi i provvedimenti con cui il Comune di Asti ha deciso espressamente, motivando la scelta, di tutelare il piccolo commercio del centro storico con

l'obiettivo di *“consolidare la rete commerciale attraverso la difesa e la valorizzazione del sistema tradizionale e consolidato tipico del piccolo commercio e l'incentivazione a forme innovative di commercio in grado di rispondere alle nuove esigenze della domanda e capaci di attrarre anche la domanda esterna”*. Questo in quanto le scelte del Comune volte a tutelare e rilanciare il centro urbano non sono state fatte con *“finalità meramente lesive o restrittive della concorrenza”*, ma sostenendo concretamente il piccolo commercio, a cui va riconosciuto un preciso *“valore sociale”* degno di tutela, per garantire *“la presenza dei piccoli esercizi nelle vie e nelle piazze della città”*, salvaguardando le *“caratteristiche precipue del centro storico cittadino, intessute di storia e di cultura”*, ma favorendo anche lo sviluppo, seppur limitato, di nuove modalità della grande distribuzione che siano *“complementari”* con la rete dei piccoli esercizi, per poter così attrarre nuovi clienti *“attraverso un rilancio dell'immagine cittadina”*, *“siano essi turisti o semplici visitatori da fuori provincia”*.

Ulteriori precisazioni sull'affidamento in house del servizio di igiene urbana

Nella sentenza n. 691 del 17.5.2016 il TAR Lombardia-Brescia affronta nuovamente il tema, di grande attualità, dell'affidamento in house del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti.

Il contenzioso nasce dall'impugnativa proposta da una Società a capitale misto pubblico-privato avverso le delibere con cui un Comune ha affidato, ad una propria Società, la gestione in house del citato servizio.

Per quanto qui più interessa, la Società ricorrente ha eccepito la violazione del D.L. 179/2012, il quale impone una relazione (comprendente un piano economico finanziario asseverato) che dia conto delle ragioni e dei requisiti previsti

dall'ordinamento comunitario e definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale.

Il Comune, infatti, avrebbe redatto un documento non soddisfacente, nella sostanza, quanto previsto dalla legge e volto solo a dimostrare formalmente l'economicità dell'operazione dell'affidamento in house.

Il TAR adito ritiene, però, che tale censura sia priva di pregio.

Il Collegio premette, anzitutto, *“che il modello in house costituisce un modo di gestione ordinario dei servizi pubblici locali, alternativo rispetto all'affidamento mediante selezione pubblica, per cui non costituisce un'eccezione alla regola (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II – 8/2/2016 n. 120)”*. Conferma esplicita di tale interpretazione viene fornita dal quinto considerando della direttiva U.E. 24/2014 sugli appalti pubblici, la quale stabilisce sul punto che *“È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”*.

Anche il TAR Brescia ha statuito (cfr. sentenza sez. II – 22/3/2016 n. 431) che *“l'ordinamento non predilige né l'in house, né la piena espansione della concorrenza nel mercato e per il mercato e neppure il partenariato pubblico-privato, ma rimette la scelta concreta al singolo Ente affidante ...”*

Ciò premesso, il Collegio ritiene nel caso in esame che la relazione tecnico economica predisposta dal Comune sia immune da vizi in quanto:

- racchiude una comparazione tra i costi del servizio per abitante, dalla quale affiora la convenienza del prezzo unitario offerto dalla Società in house rispetto al valore medio calcolato in 7 Comuni, di dimensioni e territorio analoghi e alle

condizioni praticate all'Ente resistente dal precedente gestore;

- garantisce le prestazioni essenziali del servizio di igiene ambientale, oltre a interventi di carattere accessorio e complementare, tra le quali si possono citare la sensibilizzazione nel progetto di riduzione dei rifiuti da avviare a discarica o inceneritore, mediante laboratori didattici presso le scuole e incontri di aggiornamento della popolazione; ricerca, progettazione e realizzazione di sistemi alternativi di riutilizzo/recupero dei rifiuti; incontri periodici con l'utenza;

- racchiude l'impegno a mantenere attivo l'attuale Sportello front-office per l'intero 2016 (per facilitare i rapporti tra utenti e nuova Società – art. 17 lett. a – allegato A del disciplinare).

Ecco che allora la relazione prescritta dalla legge deve considerarsi esaustiva in quanto dimostra l'efficienza e la convenienza economica dell'affidamento, nonché illustra la scelta politica di spingere verso la raccolta differenziata (adottando nel Comune il metodo della cd. raccolta "porta a porta" ovvero la "differenziata spinta") e raffronta i costi del servizio con quelli di alcuni Comuni.

Tale scelta potrebbe, al più, essere sindacata solamente ove paia viziata da un abnorme o macroscopica illogicità.

Per tali ragioni, la relazione dell'amministrazione viene considerata adeguatamente motivata e, pertanto, a fronte di un'ampia discrezionalità, il Collegio ritiene che il Comune abbia rispettato le prescrizioni di cui all'art. 34 comma 20 del D.L. 179/2012.