



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**18 luglio  
2016**

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

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Legittima esclusione da una gara per grave negligenza nell'esecuzione di un precedente contratto
- ❖ Differenza fra sponsorizzazioni e contributi per il perseguimento di finalità istituzionali a soggetti terzi
- ❖ Danno erariale per mancata riscossione di sanzioni amministrative
- ❖ Gli eventi atmosferici non sono una causa di non punibilità per il reato ambientale di deposito incontrollato di rifiuti

**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)**

### **Legittima esclusione da una gara per grave negligenza nell'esecuzione di un precedente contratto**

Il Consiglio di Stato, Sez. IV, ha confermato – con la sentenza 11.7.2016, n. 3070 – la legittimità di un'esclusione disposta da una commissione di gara per grave negligenza dell'operatore nell'esecuzione di un precedente contratto.

Con verbale di gara veniva rilevato che l'Amministrazione aggiudicatrice aveva in precedenza disposto la risoluzione ex art.106 comma 6 d.lgs. n. 163/2006 di un contratto d'appalto sottoscritto con l'operatore economico, con successivo incameramento della cauzione e annotazione nel casellario informatico.

Per tale ragione la Commissione ha ritenuto "...operante nei confronti del concorrente la previsione di cui all'art. 38 comma 1 lettera f) del d.lgs. 163/06... (reputando che) ...la suddetta risoluzione, dovuta a grave inadempimento dell'appaltatore, rileva sotto l'aspetto del venir meno dell'affidabilità dell'impresa, ed è tale da ledere in modo sostanziale il rapporto fiduciario con questa Stazione appaltante", e ne ha quindi disposto l'esclusione.

Dopo essere risultata soccombente in primo grado, la Società esclusa decide di ricorrere al Consiglio di Stato senza, però, ottenere la riforma della sentenza del TAR.

I Giudici di Palazzo Spada ricordano, infatti, come l'art. 38 comma 1 lettera f) del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163 escluda dalla partecipazione a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, servizi e forniture, e dalla stipulazione dei relativi contratti "...i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave

nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

La disposizione nazionale costituisce attuazione di quella di cui all'art. 45 comma 2 lettera d) della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, che rimettendo agli Stati membri la definizione delle condizioni di applicazione, consente l'esclusione dalla partecipazione all'appalto di "...ogni operatore economico...che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice".

Dal canto suo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha poi ribadito, con decisione n. 470 del 18 dicembre 2014, che la nozione di "errore nell'esercizio dell'attività professionale" attiene a "...qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore".

Inoltre, sempre il Giudice Comunitario, con sentenza 13.12.2012, n. 465, ha altresì riconosciuto la compatibilità con il diritto comunitario di quelle disposizioni nazionali attuative che lascino all'amministrazione un margine di valutazione discrezionale in ordine alla consistenza delle condotte poste a fondamento dell'esclusione.

Ecco che, allora, l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, rimettendo appunto alla "motivata valutazione della stazione appaltante" l'accertamento del rilievo e della gravità delle condotte tenute dall'operatore economico, appare quindi pienamente consonante con la normativa comunitaria.

Alla luce del siffatto quadro normativo viene poi ricordato che, ai fini dell'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lettera f), non

occorre che sia accertata in modo inconfutabile la responsabilità contrattuale, essendo sufficiente "...la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione con il richiamo per relationem all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078 e 21 gennaio 2011 n. 409).

In sostanza deve distinguersi tra il giudizio afferente alla fase negoziale del pregresso rapporto, e quindi all'accertamento dinanzi all'A.G.O., ove azionato, della sussistenza dell'inadempimento colpevole, ossia il c.d. giudizio interno, e quello concernente la legittimità del potere amministrativo di esclusione, riservato al G.A., che è un giudizio c.d. esterno, censurabile solo nei limiti del travisamento del fatto e dell'illogicità e contraddittorietà della motivazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1619).

Così stando le cose, nel caso portato all'attenzione del Consiglio di Stato la disposta esclusione viene ritenuta congruamente motivata ed immune da vizi di legittimità.

### **Differenza fra sponsorizzazioni e contributi per il perseguimento di finalità istituzionali a soggetti terzi**

La questione che tratteremo oggi riguarda un ente locale che, nell'ambito della sua programmazione di eventi culturali per l'anno 2016, aveva intenzione di organizzare una mostra di pittura dando in concessione dei locali, concedendo il patrocinio e prevedendo l'erogazione di un contributo economico per la parziale copertura delle spese. Il Comune chiede alla Corte dei Conti se è legittimo concedere quel tipo di contributo o se lo stesso è vietato dall'articolo 6, comma 9, del Decreto Legge numero 78/2010 in

merito al "divieto di sponsorizzazioni" e nel caso in cui fosse legittima se la spesa debba essere sottoposta alle limitazioni previste dall'articolo. La Corte dei Conti, Sezione Regionale Controllo Piemonte, ha risposto con la deliberazione numero 77/2016/PAR del 30 giugno 2016.

Per i magistrati non esiste alcuna disposizione, in base ad un orientamento consolidato della giurisprudenza contabile, che impedisca agli enti locali di effettuare attribuzioni patrimoniali a terzi quando queste sono utili a perseguire i propri fini istituzionali. Se la somma erogata va a finanziare una qualche attività che soddisfi le esigenze della collettività di cui il Comune deve istituzionalmente occuparsi, anche se apparentemente sembra uno stanziamento a fondo perduto, non può essere considerato un depauperamento delle risorse pubbliche comunali in virtù del beneficio che l'ente e la collettività che rappresenta otterranno dal servizio pubblico o di pubblico interesse svolto dal soggetto terzo che riceve il contributo. Una volta accertata la presenza di un interesse generale allo svolgimento dell'attività, non avrà rilevanza alcuna il fatto che il soggetto destinatario dell'erogazione pubblica sia un soggetto a sua volta pubblico oppure privato, in quanto per innumerevoli casi il Comune si rivolge a soggetti privati, come ad esempio nella gestione dei servizi pubblici.

La giurisprudenza civilistica definisce come una forma di contratto atipico la sponsorizzazione, contratto a prestazioni corrispettive, la cui causa consiste nell'utilizzo a fini direttamente o indirettamente pubblicitari dell'attività, dell'immagine o del nome altrui in cambio di un corrispettivo in denaro o in fornitura di materiale, entrambe prestazioni a natura patrimoniale ai sensi dell'articolo 1174 del Codice Civile. La differenza fra sponsorizzazione e pubblicità tradizionale riguarda l'uso diverso del messaggio pubblicitario, che non è una descrizione diretta del marchio o delle qualità del prodotto, ma associa questi all'immagine

dello sponsorizzato se è un soggetto o dell'evento o manifestazione.

Per quanto riguarda gli enti pubblici, questa definizione ci è utile per distinguere il contratto di sponsorizzazione dal patrocinio che solitamente è gratuito che consiste in un pubblico riconoscimento ufficiale dell'amministrazione nei confronti di un evento o di un'iniziativa utile per la collettività e quindi meritevole di sostegno. Il divieto di cui all'articolo 6, comma 9 del Decreto legge numero 78/2010 riguarda i contratti di sponsorizzazione come prima descritti, cioè quelli in cui l'ente pubblico, cioè lo "sponsor" promuove indirettamente la propria immagine, dietro il pagamento di una somma, attraverso l'associazione all'immagine dello "sponsee" o ad un evento. Non è quindi possibile finanziare le iniziative che mirano esclusivamente alla promozione o al lancio dell'immagine del Comune.

Sono esclusi dal divieto sia le concessioni di patrocinio, che come stato detto sono a titolo gratuito, ma anche il contatti di sponsorizzazione previsti dagli articoli 43 della Legge 449/1997 e 119 del Decreto Legislativo 267/2000, in cui la Pubblica amministrazione non agisce come sponsor, ma come sponsee siccome in questo caso non vi è un costo per la collettività bensì un introito aggiuntivo da destinare al miglioramento dei servizi alla collettività.

Qualche dubbio può sorgere nel momento in cui il Comune destina contributi ad associazioni private che operano nel sociale, nello sport, nella cultura, nei servizi alla persona ed in generale nei settori in cui ricadono gli interessi e le finalità istituzionali che l'ente deve perseguire nell'esercizio delle proprie funzioni amministrative. Questi casi non sono riconducibili alle fattispecie dei contratti di sponsorizzazione in quanto attraverso questi interventi economici il Comune punta a perseguire i suoi obiettivi istituzionali insieme ai soggetti privati beneficiari dei contributi, non a promuovere la sua immagine. Il sostegno economico attraverso contributi alle

formazioni sociali intermedie infatti si può ricondurre alla logica indicata dall'articolo 118 della Costituzione, cioè quella della sussidiarietà orizzontale.

La deliberazione esaminata in conclusione afferma che il contributo pubblico possa essere identificato come sponsorizzazione e quindi incorrere nei divieti di legge quando ha come scopo solo quello di segnalare ai cittadini la presenza del Comune, per promuoverne l'immagine, mentre non si configura la sponsorizzazione quando vengono finanziate iniziative, rientranti nei fini istituzionali dell'ente pubblico, di un soggetto terzo, siccome si tratta di attività che rientrano nelle specifiche competenze del Comune che vengono esercitate per via mediata da soggetti privati, invece che direttamente dall'ente locale.

### **Danno erariale per mancata riscossione di sanzioni amministrative**

La sezione giurisdizionale per la Regione Lazio della Corte dei Conti si è pronunciata, con la sentenza n. 219/2016, sulla responsabilità amministrativa di alcuni soggetti per aver trascurato con inescusabile diligenza la riscossione delle sanzioni amministrative al codice della strada irrogate dai competenti organi di polizia comunale e per aver scientemente voluto affidare detta riscossione ad una determinata società privata.

In particolare sono stati chiamati a rispondere del danno erariale i dirigenti pro-tempore della Polizia locale, l'amministratore unico della Società affidataria del servizio, nonché i componenti della giunta comunale in carica all'epoca dei fatti che avevano deliberato, su proposta del Comandante della Polizia, di affidare a privati mediante procedura ristretta, e non con l'ordinaria

procedura ad evidenza pubblica, il servizio di recupero coattivo dei proventi contravvenzionali.

Ed è proprio con riferimento ai convenuti titolari di cariche pubbliche elettive che la sentenza merita di essere approfondita.

Più precisamente i fatti prendono l'avvio nel luglio 2007 quando la Giunta comunale, nell'asserito proposito di voler assicurare un maggiore introito alle casse deficitarie comunali con una riscossione più ampia delle sanzioni amministrative al codice della strada elevate dagli organi comunali, decise di autorizzare la pubblicazione di un bando di gara ristretta per l'affidamento in concessione dell'attività di riscossione coattiva, invitando tre ditte a partecipare alla gara.

All'epoca la normativa vigente dettata con il decreto legislativo n. 446/1997, articolo 52 prevedeva, al comma 5, lettera b) la possibilità di affidare a terzi la liquidazione, l'accertamento e la riscossione dei tributi e di tutte le altre entrate mediante convenzione a favore di 1) aziende speciali.....2) società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale.....i cui soci privati siano prescelti tra i soggetti iscritti all'albo di cui al successivo articolo 53.....3) società miste per la gestione presso altri comuni; 4) concessionari della riscossione (di cui al D.P.R. n. 43/88). In ogni caso l'affidamento non doveva comportare oneri aggiuntivi per il contribuente.

Si prevedeva, inoltre, sempre nella stessa disposizione al comma 6, il richiamo alla procedura coattiva mediante ruolo di cui al D.P.R. n. 602/73 se il servizio fosse stato affidato ai concessionari della riscossione, ovvero alla procedura coattiva dell'ingiunzione fiscale di cui al R.D. n. 639/1910 se il servizio fosse stato svolto in proprio dall'ente locale o dagli altri soggetti terzi diversi dai concessionari.

La disposizione contenuta nell'articolo 36, comma 2 del D.L. n. 248/2007, ha confermato la possibilità per gli enti locali di ricorrere a questa attività di riscossione

coattiva in forma alternativa anche per il periodo fino al novembre 2011, data in cui il comandante pro-tempore ha ritenuto di riattivare la convenzione di riscossione con la società in questione: nel frattempo però la disposizione di cui all'articolo 52, comma 5 aveva subito profonde modificazioni proprio per l'adeguamento ai principi comunitari e, pertanto, il terzo soggetto privato chiamato a svolgere tale attività doveva sempre essere iscritto all'albo di cui all'articolo 53 e, nel caso si trattasse di società di capitali mista si richiedeva che l'affidamento venisse attuato nel pieno rispetto del principio della gara ad evidenza pubblica.

In altre e più semplici parole, nel periodo temporale in cui sono state poste in essere le condotte dei convenuti vigeva, quindi, il principio che, in assenza dello svolgimento del servizio di riscossione diretta da parte dei funzionari comunali preposti, il medesimo andava affidato o al concessionario della riscossione delle entrate erariali che si avvaleva della procedura coattiva mediante ruolo, oppure doveva essere affidato mediante gara ad evidenza pubblica alla quale potevano partecipare i soli soggetti iscritti all'albo di cui all'articolo 53 del decreto legislativo n. 446/97.

Alla luce della normativa summenzionata, pertanto, nessun affidamento a società privata non iscritta all'albo del MEF poteva essere disposto per la riscossione delle sanzioni amministrative.

In disparte i profili di illegittimità del predetto affidamento, la Corte rileva, soprattutto, la mancanza di controlli sull'operato della Società incaricata che avrebbe dovuto presentare una rendicontazione annuale composta da poste contabili di carico e da poste contabili di scarico con la relativa documentazione attestante l'avvenuto versamento delle somme riscosse, oppure la mancata riscossione con indicazione specifica dei motivi comprovanti l'effettiva inesigibilità.

Al contrario, però, i risultati dell'attività sono catastrofici, con percentuali di incasso pari al 6/7% per i primi anni e, successivamente, del 2%.

Di qui viene affermata la piena responsabilità del comandante che ha sottoscritto, nella sua qualità di responsabile del servizio comunale di Polizia locale l'affidamento alla predetta società e successivamente non ha svolto alcuna verifica sull'attività data in concessione che era suo precipuo compito svolgere in considerazione dei particolari obiettivi al medesimo assegnati, anche al fine di garantire i recuperi di risorse per le esigenze dell'erario locale.

Cionondimeno il Giudice Contabile ritiene di dover attribuire quota parte di responsabilità anche i membri della giunta, operando però una distinzione tra Sindaco ed Assessori.

Quanto al primo viene affermato che questi, in qualità di capo dell'Amministrazione comunale e responsabile della corretta gestione dei servizi, avrebbe dovuto prestare una maggiore attenzione alle attività che il Dirigente intendeva adottare, sia richiedendo l'indizione di una gara ad evidenza pubblica a monte ma anche, e soprattutto, vigilando sul conseguimento degli obiettivi affidati al Dirigente.

Gli Assessori, invece, vengono ritenuti responsabili in quanto avrebbero dovuto informarsi sulle ragioni della scelta operata di una gara ristretta che non trovava la necessaria giustificazione.

Per tale ragione è stata riconosciuta la partecipazione causale limitata dei membri di giunta per aver deliberato un affidamento illegittimo, con condanna al 2% del danno agli Assessori e al 2,5% per il solo Sindaco.

**Gli eventi atmosferici non sono una causa di non punibilità per il reato ambientale di deposito incontrollato di rifiuti**

Chi commette il reato di deposito incontrollato di rifiuti non può giustificarsi con il fatto che vi fossero inconsuetamente intense piogge e temporali, per il fatto di non aver adottato tutte le cautele necessarie ad evitare lo spandimento nel terreno, siccome il caso fortuito o di forza maggiore previsti dal Codice Penale richiedono l'eccezionalità della situazione e la sua non prevedibilità in assoluto. Questo è quanto ha deciso la Corte di Cassazione, sezione III penale, nella sentenza del 16 giugno 2016, numero 25028, dicendo chiaramente che piogge e temporali non possono essere definiti come "caso fortuito o forza maggiore" per fungere da giustificazione per lo sversamento di liquami inquinanti. Nella sentenza si è quindi confermata la pronuncia di condanna inflitta dal Tribunale di Cagliari al titolare di un frantoio per il reato di deposito incontrollato o abbandono di rifiuti come previsto dal comma 2 dell'articolo 256 del Codice dell'ambiente, per aver accumulato sul terreno senza alcuna protezione gli scarti della lavorazione dell'olio, oppure per averli lasciati su carrelli agricoli privi dell'adeguata impermeabilizzazione con il conseguente sversamento su terreno.

Per disculparsi il responsabile della ditta incriminata sosteneva di non aver potuto procedere allo smaltimento degli scarti della lavorazione in modo idoneo su di un atro terreno a causa del forte maltempo dei giorni precedenti al sopralluogo della Polizia giudiziaria, che ha accertato i fatti criminosi, essendo quindi stato costretto ad accumularli con l'intento di trasportarli altrove non appena fossero migliorate le condizioni metereologiche. Quanto fatto sarebbe quindi stato un deposito preliminare, strumentale alle successive operazioni di smaltimento.

Per la Corte invece è evidente come non vi fossero elementi per considerare il deposito come “temporaneo e controllato”, in quanto il responsabile della ditta non aveva utilizzato tutte le cautele necessarie ad evitare lo spargimento incontrollato degli scarti umidi e la percolazione della parte liquida nel terreno non impermeabilizzato come previsto dalla legge, per cui si trattava a tutti gli effetti di uno stoccaggio di materiali di risulta abusivo, tale da configurare per il tipo di materiale e le modalità un deposito incontrollato di rifiuti. La giurisprudenza infatti ha chiaramente indicato che un deposito può essere qualificato come temporaneo o controllato solo quando il raggruppamento di rifiuti sia realizzato prima della raccolta, nel luogo in cui sono stati prodotti, seguendo le normative per quanto riguarda i tempi di giacenza, la qualità e quantità di prodotto, e le indicazioni tecniche stabilite dal Decreto Legislativo numero 152/2006.

La ricorrente ha contestato le legittimità della condanna emessa dal Tribunale di merito in quanto non avrebbe tenuto in considerazione la causa di non punibilità prevista dall’articolo 45 del Codice Penale che esclude dalla sanzione “chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore”, riferendosi alle piogge torrenziali cadute nei giorni precedenti il sopralluogo delle autorità che avrebbero impedito il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti secondo la legge. Per i magistrati della Suprema Corte invece il fondamento del caso fortuito o della forza maggiore sono “*la eccezionalità del fattore estrinseco*” insieme alla “*imprevedibilità dello stesso*”, caratteristiche che non si riscontrano in un temporale, seppur di forte intensità, per cui hanno respinto il ricorso. I fenomeni meteorologici rientrano in una categoria di fatti che devono essere previsti e calcolati dal titolare di un’impresa che si occupa del settore rifiuti avendo il dovere di mettere in sicurezza gli scarti di produzione adottando tutte le cautele e le precauzioni necessarie “*anche in presenza di forti precipitazioni*”.

In conclusione per la Cassazione, nonostante le condizioni dei terreni agricoli circostanti causate dalla pioggia non permettessero di spandere le sanse, il titolare della ditta avrebbe dovuto predisporre un deposito controllato ed a norma di legge nel rispetto di tutte le prescrizioni tecniche riferibili al tipo di scarto prodotto ed alla sua quantità.