



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**5 dicembre
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Tutte le PA che sceglieranno l'affidamento diretto a società in house dovranno iscriversi in un apposito elenco seguendo la procedura indicata dall'Anac
- ❖ Per alcuni servizi ad alta intensità di manodopera non è mai possibile derogare al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa
- ❖ I Comuni non hanno titolo per subordinare la costruzione di un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili al pagamento di compensazioni sul proprio territorio
- ❖ Mancata previsione a bilancio e liquidazione indennità di fine mandato dell'ex Sindaco

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

Tutte le PA che sceglieranno l'affidamento diretto a società in house dovranno iscriversi in un apposito elenco seguendo la procedura indicata dall'Anac

L'Anac dovrà tenere un elenco al quale tutte le amministrazioni pubbliche che intendono affidare un servizio direttamente ad una società controllata mediante il modello in house dovranno iscriversi preventivamente, per permettere all'Anac stessa di verificare la presenza dei requisiti richiesti per l'iscrizione. L'Autorità nazionale anticorruzione ha avviato la consultazione proprio sulle Linee-guida per l'iscrizione a questo elenco previsto dal decreto legislativo numero 50/2016 all'articolo 192, secondo il quale tutte le pubbliche amministrazioni che intendano far ricorso alla gestione in house per i servizi pubblici e strumentali devono iscriversi.

La bozza di documento presentato, sul quale è possibile presentare osservazioni fino al 20 dicembre, prevede che questo particolare elemento di classificazione prescritto dalla legge, non indichi solamente i dati degli enti pubblici affidanti il servizio, ma anche tutti dati relativi alla società affidataria e quelli indicativi della sussistenza dei requisiti per l'affidamento in house. Dovranno essere indicati nell'elenco per ogni amministrazione sia la detenzione di quote di partecipazione nella società, sia gli indici della presenza del controllo analogo previsti dall'articolo 16 del decreto legislativo numero 175/2016. A questi dati, andrà aggiunta l'indicazione della clausola dello statuto della società affidataria che prescriva che più dell'80% del fatturato della società debba essere frutto di lavoro svolto per l'ente controllante e che eventuale fatturato a favore di soggetti terzi sia consentito solo nel caso in cui contribuisca a generare economie di scala o a migliorare comunque la produzione della prestazione principale con recuperi di efficienza o altro.

La procedura prevede che la domanda, in modalità telematica, sia inviata da soggetti che hanno il titolo per esprimere all'esterno la volontà dell'amministrazione, ma nel caso in cui vi siano più soggetti pubblici soci, è sufficiente un sola domanda presentata per tutti. Questo atto avvia l'iter del procedimento gestito dall'Anac, che ha novanta giorni di tempo per concluderlo. Nonostante questa sia la regola, nel documento non definitivo inviato per la consultazione, viene precisato che nella prima fase di applicazione della nuova disciplina, l'Anac si riserva la possibilità di avviare i procedimenti di verifica dei requisiti previsti dalla legge per l'iscrizione nell'elenco con tempi e modalità diversi rispetto a quelli indicati, che si riserva di comunicare in seguito, per poter adattare lo svolgimento delle procedure compatibilmente alle risorse umane e strumentali effettivamente disponibili. Nonostante questi possibili rallentamenti però, resta fermo che una volta inviata la domanda, sotto la propria responsabilità le amministrazioni aggiudicatrici potranno effettuare affidamenti diretti dei contratti alla società in house, come previsto dal comma 1 dell'articolo 5 del decreto legislativo numero 50/2016.

Per alcuni servizi ad alta intensità di manodopera non è mai possibile derogare al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Con il nuovo Codice dei contratti (d. lgs. 50/2016) il legislatore ha cercato, in attuazione di quanto previsto dalle Direttive europee 23, 24 e 25 del 2014, di rafforzare il principio secondo cui il criterio generale attraverso cui procedere all'affidamento degli appalti pubblici è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa mentre il criterio del prezzo

più basso deve costituire un'eccezione, a cui peraltro è precluso ricorrere in presenza di determinate condizioni.

E' proprio su questo tema che la sentenza n. 12439/2016 del TAR Lazio-Roma cerca di fare chiarezza, individuando le ipotesi – limitate ed eccezionali – in cui è possibile fare ricorso al criterio del prezzo più basso.

Il contenzioso è stato introdotto da una società che ha impugnato il bando di gara indetto da una P.A. per l'affidamento del servizio di reception, portierato e sorveglianza non armata, diurno e notturno, e ciò in quanto la *lex specialis* di gara, adottando il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, avrebbe violato gli artt. 50 e 95 d.lgs. n. 50/2016.

Innanzitutto il Tribunale si esprime sull'ammissibilità del ricorso, avuto riguardo dell'interesse della parte privata: se, infatti, l'orientamento storicamente consolidatosi prevede che siano immediatamente impugnabili solo le condizioni poste dalla *lex specialis* di gara che possano impedire la partecipazione dell'operatore economico, la più recente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180) ha precisato essere immediatamente impugnabili anche quelle regole inidonee a consentire la presentazione di una corretta e concorrenziale offerta economica.

Ciò posto in rito, nel merito viene accolto il primo motivo di ricorso con cui è stato eccepito il divieto di utilizzo del criterio del minor prezzo, venendo in rilievo un servizio “ad alta intensità di manodopera” ex art. 50 d.lgs. n. 50/2016.

Ed infatti l'art. 95, c. 2, stabilisce la regola generale secondo cui le stazioni appaltanti “procedono all'aggiudicazione [...] sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente

all'articolo 96”.

Il successivo co. 3 individua alcune categorie di “contratti” aggiudicabili “esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”; tra questi, i contratti relativi ai servizi “ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1” (lett. a), ossia “quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto” (art. 50, co. 1, ult. per.);

Infine il co. 4 elenca i casi di possibile utilizzo del “criterio del minor prezzo”, tra cui i servizi “con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato” (lett. b) e quelli “di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività” (esclusi, però, “quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”; lett. c);

Così definito il nuovo quadro giuridico, il problema è capire se, fermo il rapporto regola-eccezione intercorrente tra i commi 2 e 4, il co. 3 abbia introdotto una previsione ulteriormente derogatoria (e dunque autonoma), nel senso che per i casi ivi indicati non sarebbe mai possibile utilizzare il criterio del minor prezzo o se, al contrario, esso costituisca una mera specificazione del co. 2, risultando di conseguenza derogabile nelle ipotesi del co. 4.

Ecco che, sebbene la formulazione testuale delle disposizioni sembrerebbe propendere per questa seconda opinione, il Giudice Amministrativo giunge a conclusioni opposte.

Partendo infatti dalla legge di delega (l. n. 11/2016), il TAR conclude che l'unica interpretazione ammissibile, perché costituzionalmente orientata (tale cioè da evitare pur ipotizzabili profili di eccesso di delega), delle previsioni in esame appare essere quella che assegna portata autonoma, e natura inderogabile, al co. 3,

con la conseguenza, quindi, di annullare gli atti impugnati ed affermare il principio per cui i contratti di servizi ad alta intensità di manodopera non possono mai essere affidati secondo il criterio del prezzo più basso, nemmeno quando presentino caratteristiche standardizzate o siano connotati da elevata ripetitività.

I Comuni non hanno titolo per subordinare la costruzione di un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili al pagamento di compensazioni sul proprio territorio

I Comuni sul cui territorio sono collocati impianti di energia rinnovabile, come il fotovoltaico, non hanno titolo per imporre ai gestori alcun tipo di misura compensativa di natura patrimoniale giustificata con le ricadute negative dal punto di vista ambientale, ma nemmeno come impegni vincolanti alla realizzazione di opere come parchi, giardini pubblici, piste ciclabili o a realizzare investimenti per iniziative sul risparmio energetico e sulla eco-sostenibilità.

Il Tar Puglia, Lecce, sezione III, con la sentenza numero 1737 del 15 novembre, ha ribadito il divieto assoluto per gli enti locali di imporre ai gestori di impianti produttori di energia rinnovabile qualsiasi forma di pagamento all'amministrazione locale a titolo di contributo di eco-sostenibilità, come compensazione per la realizzazione e gestione sul proprio territorio di impianti fotovoltaici. I giudici amministrativi hanno accolto il ricorso proposto da una ditta, che aveva ricevuto dalla Regione Puglia apposita Autorizzazione Unica per la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile solare, da realizzarsi appunto in comune pugliese, per l'annullamento del regolamento del medesimo comune sugli impianti fotovoltaici e in generale sulla

produzione di energia da fonti rinnovabili ed anche per l'annullamento del relativo provvedimento di accertamento del contributo di eco-sostenibilità dovuto sulla base del regolamento stesso, che l'ente locale aveva già autorizzato prevedendo che potesse essere pagato anche attraverso la costruzione di opere compensative come parchi, verde pubblico, giardini e altro.

Secondi i magistrati amministrativi, il regolamento comunale oggetto del ricorso, si pone in contrasto con quanto previsto dall'articolo 12 del decreto legislativo numero 387 del 29 dicembre 2003, emanato in "*Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*", che al fine di favorire la sburocratizzazione secondo i principi di liberalizzazione comunitari, e di accelerare semplificando le procedure per la realizzazione e gestione di impianti di energia elettrica da fonti rinnovabili, ha previsto che tali progetti siano solamente soggetti all'Autorizzazione Unica regionale, in deroga alla regola generale che vorrebbe tutta una serie di pareri ed autorizzazioni comunali, a partire dal permesso di costruire, vietando espressamente di subordinare il rilascio dell'autorizzazione al pagamento di "misure di compensazione" a favore delle Amministrazioni del territorio. Tutto l'impianto normativo, spiegano in sentenza i giudici del Tar, è ispirato dal principio di liberalizzazione delle attività di produzione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica, e favorisce in modo particolare l'incremento delle fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica, in linea con gli impegni assunti dall'Italia in sede internazionale con la sottoscrizione della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, cioè il famoso "Protocollo di Kyoto", ratificato con la legge 18 giugno 2002.

Sulla materia si è già espressa con due diverse decisioni, cioè la numero 383/2005 e la 248/2006, la Corte Costituzionale,

chiarendo l'interpretazione autentica dell'articolo 1, comma 4, della legge numero 239/2004 intitolata "Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia", secondo la quale soltanto lo Stato e le Regioni possono imporre misure compensative, a patto che non abbiano carattere meramente patrimoniale evitando così un aggravio dei costi di produzione, ma siano di tipo ambientale e territoriale, solamente nei casi in cui su una determinata area territoriale vi sia una particolare concentrazione di impianti, strutture ed attività dal forte impatto.

Queste misure compensative però non devono essere automatiche, ma solo eventuali, secondo quanto ha stabilito la giurisprudenza amministrativa, ed inoltre devono essere "concrete e realistiche", tarate sulle specifiche caratteristiche dell'impianto e dell'impatto territoriale ed ambientale che ha generato, nei luoghi in cui a causa di particolari "indirizzi strategici nazionali" vi sia un'alta concentrazione di attività, impianti ed infrastrutture ad elevato impatto territoriale. Non possono quindi essere le singole amministrazioni comunali a stabilire unilateralmente queste compensazioni, ma le amministrazioni locali possono solamente stipulare appositi accordi privatistici che prevedano interventi volontari e facoltativi per compensare l'impatto ambientale e riequilibrare la situazione locale, come ad esempio l'impegno a ridurre le emissioni inquinanti.

Per il Tar Puglia quindi, in conclusione, l'autorizzazione per impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili, una volta verificati i requisiti di legge, non può essere condizionata al preventivo impegno a alla realizzazione di opere di compensazione obbligatorie e del tutto slegate dalla localizzazione, realizzazione e gestione dell'impianto da parte dell'impresa, come una sorta di indennizzo per gli effetti negativi dell'impatto ambientale, né tantomeno è possibile subordinarla al

versamento di somme di denaro, in quanto il mercato dell'energia è attualmente passato da un "regime concessorio" a uno "autorizzatorio", oltre ad essere stato liberalizzato.

Mancata previsione a bilancio e liquidazione indennità di fine mandato dell'ex Sindaco

La Corte dei conti per la Regione Liguria ha sciolto, con il proprio parere n. 99/2016, alcuni dubbi posti da un Comune circa la possibilità, o meno, di provvedere all'erogazione dei ratei di indennità di funzione e di fine mandato ad un ex sindaco ai sensi dell'art. 82 TUEL, in assenza di corrispondente stanziamento nei relativi bilanci consuntivi e di previsione.

In particolare l'Ente si domanda se la mancata previsione in sede di bilancio previsionale e consuntivo all'epoca in cui l'ex Sindaco era ancora in carica, così come l'esistenza di dichiarazioni verbali di rinuncia rese dallo stesso nei confronti del segretario comunale e nella successiva campagna elettorale, non costituiscano atti di rinuncia per facta concludentia. Per alcune annualità, poi, sussistono veri e propri atti di rinuncia specifici quali delibere di giunta e determine del responsabile del servizio finanziario con specifica indicazione nelle stesse della presa d'atto della rinuncia ed una lettera di rinuncia a firma dell'ex sindaco.

Infine si chiede alla Corte se, qualora l'Ente sia tenuto a riconoscere dette indennità, sia possibile nell'ambito della gestione delle spese imputare le stesse alla parte corrente del bilancio 2016, ovvero se sia necessario riconoscere, eventualmente per gli anni pregressi, un debito fuori bilancio.

Così definite le richieste del Comune, la

Sezione adita ritiene di poterle ammettere sotto il profilo oggettivo solo parzialmente, ossia per gli aspetti strettamente connessi alla materia della contabilità pubblica quali quelli relativi alle procedure di spesa ed alla corretta contabilizzazione della stessa, mentre deve astenersi dal pronunciarsi relativamente all'eventuale intervenuta rinuncia del credito, per la quale spetterà eventualmente al Giudice civile esprimersi in sede di azione per il riconoscimento del credito.

Spetterà, quindi, all'Ente, nell'esercizio della propria attività discrezionale, valutare se il credito sussista e se sia certo, liquido ed esigibile.

Diversamente, vengono ammessi e trattati congiuntamente i quesiti che attengono alla fase discendente, o contabile, dell'impegno di spesa che concerne la corretta procedura di imputazione al bilancio dell'ente della spesa connessa al pagamento delle indennità di funzione prevista per il sindaco relativa ad esercizi pregressi e, in particolare, la modalità del suo finanziamento considerato che le somme necessarie non erano state stanziare negli esercizi finanziari di competenza.

Nel merito viene ricordato che l'art. 82, primo comma, del TUEL - in attuazione del principio generale stabilito dall'art.77, comma 1, del medesimo testo unico - riconosce al Sindaco un'indennità mensile di funzione per l'impegno sostenuto al servizio della collettività amministrata. Ai sensi del comma 8 del citato articolo 82, la misura di tale indennità è determinata con apposito decreto del Ministro dell'Interno adottato di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, oggi rinvenibile nel D.M.4 aprile 2000, n.119.

Quindi, come indicato nel TUEL, l'Ente deve prevedere le indennità spettanti agli amministratori e stanziare in bilancio le somme necessarie, erogandole poi mensilmente agli aventi diritto, previa assunzione dei relativi provvedimenti d'impegno di spesa e degli atti

conseguenziali, senza che occorra una specifica richiesta da parte degli interessati.

Nel caso di specie, le indennità previste dalla normativa sopra citata, non solo non sono state erogate ma neppure previste in bilancio.

Pertanto, l'Ente si domanda quale procedura adottare di fronte alla richiesta di pagamento di tali indennità (pregresse) da parte dell'ex sindaco.

Sul punto la giurisprudenza contabile, in mancanza della registrazione sul competente intervento o capitolo di bilancio nonché della relativa attestazione della copertura finanziaria, ritiene configurabile la fattispecie del debito fuori bilancio, con particolare riferimento all'ipotesi prevista al comma 1, lett. e), dell'art. 194 del T.U.E.L., in quanto il debito proviene dall'acquisizione di un servizio di evidente utilità reso in favore dell'ente locale nell'espletamento di pubbliche funzioni se pur in violazione degli obblighi di cui all'art.191, comma 1.

La figura del Sindaco, infatti, è da sussumere nel rapporto di servizio con l'ente amministrato, intendendosi per tale la relazione funzionale che connota il suo inserimento nell'apparato organizzativo e nell'attività alla quale concorre pur se riferibile all'ente (Sezione di controllo Molise, Deliberazione n. 61/2009/PAR).

Ferma restando quindi, in linea teorica, la debenza delle indennità così maturate, per le quali la procedura ordinaria sarebbe quella di riconoscere il debito fuori bilancio, il Collegio non esclude che l'Ente possa ricorrere al finanziamento della spesa in esame nell'ambito della gestione corrente del bilancio 2016, in presenza di fondi idonei e capienti.

Difatti, la procedura di cui all'art. 194 del TUEL ha la funzione di ricondurre all'interno del bilancio obbligazioni contratte in violazione delle procedure di cui all'art. 191 del TUEL, consentendo all'organo consiliare di riconoscere dei debiti fuori bilancio dei quali è data la

concreta prova dell'utilità, congiunta all'arricchimento per l'ente.

In altri termini ciò che accomuna le ipotesi di cui all'art. 194 è il fatto che il rapporto obbligatorio sorge prescindendo dall'iter ordinario di formazione della volontà dell'ente locale.

Nel caso di specie la prestazione del Sindaco discende dalla legge, ossia dalla consultazione elettorale, e la prestazione indennitaria è prevista anch'essa dalla normativa di settore; quindi, la verifica dell'utilità e dell'arricchimento dell'Ente sono superate e non necessarie nel caso di specie.

Ciò che manca sono gli stanziamenti di bilancio, una volta acclarato che il credito è giuridicamente esistente (valutazione rimessa all'Ente) ciò che necessità è il reperimento delle risorse di bilancio.

L'Ente, pertanto, può ricorrere in modo atipico alla procedura di cui all'art. 194 al fine di reperire le risorse necessarie, qualora gli stanziamenti di bilancio finalizzati alle spese in esame non siano capienti. Di contro, qualora le risorse siano già presenti nel bilancio dell'Ente, nulla esclude che si possa dare copertura alla spesa in esame sul bilancio corrente.