



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**12 dicembre
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Gli enti locali non possono conferire incarichi nelle società partecipate ai membri dei propri organi anche se hanno popolazione inferiore ai 15 mila abitanti
- ❖ L'ampliamento dei servizi svolti da parte di una società in house non permette di derogare ai rigidi obblighi di contenimento delle assunzioni di personale
- ❖ Al via la semplificazione per l'avvio dei cantieri
- ❖ Affidamenti di appalti pubblici mediante adesione postuma a gare d'appalto bandite da altra stazione appaltante

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

Gli enti locali non possono conferire incarichi nelle società partecipate ai membri dei propri organi anche se hanno popolazione inferiore ai 15 mila abitanti

La delibera numero 1199/2016 dell'Autorità nazionale anticorruzione ribadisce un'interpretazione restrittiva del dettato dell'articolo 7, comma 2, lettera d) del Decreto legislativo numero 39/2013, affermando che basta la provenienza da un ente di diritto privato in controllo pubblico locale, indipendentemente dal fatto che il Comune abbia più di 15 mila abitanti, per avere una situazione di inconferibilità dell'incarico a chi riveste il ruolo di amministratore locale. Seguendo questa via interpretativa delle norme a difesa della trasparenza per gli incarichi presso le Pubbliche Amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico, si cerca di prevenire possibili conflitti di interessi che potrebbero turbare il corretto e regolare funzionamento dell'organizzazione amministrativa pubblica. Questo rischio si ha ogniqualvolta vi possano essere condizioni tali per cui l'amministratore, durante lo svolgimento del suo mandato, è portato a far prevalere l'interesse personale suo o altrui, a danno di quello dell'ente dove svolge le funzioni legate alla sua carica.

La questione è di grande importanza, visto che nel concreto il rischio si può configurare in tutti i contesti della Pubblica Amministrazione, indipendentemente dalla consistenza demografica degli enti locali interessati.

L'Autorità nazionale anticorruzione si è per questo già espressa da tempo a riguardo sostenendo che *"le ipotesi di inconferibilità di cui all'articolo 7 del decreto legislativo numero 39/2013 trovano applicazione solo nei comuni con popolazione superiore ai 15mila abitanti, salvo quanto previsto dalla prima parte del comma 2 del citato articolo"*, rispondendo quindi implicitamente ben prima di affrontare il nuovo quesito di cui si occupa ora con la delibera che stiamo esaminando. Il caso specifico riguarda la richiesta di parere di un Sindaco di un Comune al di sotto di quella soglia di abitanti, sulla possibilità di conferire l'incarico di amministratore unico della propria società in house, partecipata al 100% dall'ente locale, ad un soggetto che riveste già la carica di consigliere comunale nello stesso Comune.

L'Autorità affronta il problema richiamando proprio il dettato del comma 2, lettera d) dell'articolo 7 del decreto legislativo numero 39/2013, secondo il quale *"a coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico, ovvero a coloro che nell'anno precedente abbiano fatto parte della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15mila abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione, nella stessa regione dell'amministrazione locale che conferisce l'incarico, nonché a coloro che siano stati presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa"*

regione, non possono essere conferiti: d) gli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15mila abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione”.

Analizzando la normativa vigente, considerato che la società in house è sicuramente inquadrabile nella definizione di “enti di diritto privato in controllo pubblico”, ciò che resta da capire è se sia o meno necessario che l’ente privato in controllo pubblico nella norma si riferisca a un Comune o una forma associativa in quanto tale, oppure ad un Comune o forma associativa fra enti locali con popolazione superiore ai 15 mila abitanti.

Per l’Anac, vale il brocardo “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*” per cui l’interpretazione del comma 2 dell’articolo 7 deve essere assolutamente rigorosa, precludendo quindi la conferibilità dell’incarico di amministratore della società in house al oggetto che fa parte del consiglio o della giunta del Comune conferente l’incarico, senza che rilevi la popolazione dello stesso visto che il testo della norma non ne fa cenno. Del resto questa interpretazione, come si legge nella delibera, trova anche una logica motivazione nel fatto che “*la provenienza politica dell’ente che conferisce l’incarico è così vicina all’incarico da conferire, che il principio dei 15mila abitanti non troverebbe alcuna giustificazione giuridica e arretrerebbe di fronte al principio dell’imparzialità dell’incarico in destinazione*”.

Caso diverso invece è quello in cui nell’ambito della medesima regione,

ma ad una maggiore distanza geografica fra dove si è svolta la funzione politica e l’incarico amministrativo da assumere, il legislatore specifica espressamente il limite dei 15 mila abitanti, decidendo quindi che in queste circostanze a differenza che nel caso precedente non sia necessario un drastico divieto per evitare l’insorgere di potenziali conflitti di interesse.

L’ampliamento dei servizi svolti da parte di una società in house non permette di derogare ai rigidi obblighi di contenimento delle assunzioni di personale

Gran parte degli Enti Locali si trovano oggi alle prese con una complessa attività di riorganizzazione - o, in alcuni casi, solamente di razionalizzazione - delle partecipazioni detenute in Società deputate allo svolgimento di servizi di pubblico interesse.

Tra queste vanno annoverate le Società costituite per svolgere il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, ossia un servizio che, negli ultimi anni, ha conosciuto una forte evoluzione, in gran parte interconnessa anche agli obblighi imposti ai Comuni di raggiungere quote sempre più elevate di raccolta differenziata.

E’ così che, laddove il servizio di raccolta e trasporto del RSU debba essere riaffidato, fermi restando i presupposti per il ricorso al modello dell’In House, ciò potrà avvenire solamente a fronte di nuovi piani industriali che

prevedano un perfezionamento del sistema di raccolta finalizzato ad incrementare la percentuale di rifiuto differenziato.

A livello tecnico è pacifico che tale evoluzione del servizio, sebbene possa portare a sensibili risparmi sui costi legati allo smaltimento, comporterà un aumento della spesa del personale dipendente dall'esigenza di impiegare un maggior numero di addetti, specie per il cd. servizio "porta a porta".

E' in questo contesto che un Comune ha chiesto alla Sezione Regionale per l'Abruzzo della Corte dei Conti, prima di avviare le procedure di reclutamento ed al fine di non commettere errori nella preparazione del provvedimento comunale di indirizzo per il 2016, se sia possibile derogare all'obbligo di contenimento delle assunzioni di personale nelle partecipate, di cui all'articolo 19 del Testo Unico, nel caso in cui le stesse siano tenute a svolgere nuovi ed ulteriori servizi come, appunto, nel caso di specie ove la società avrebbe svolto anche il servizio di raccolta differenziata dei rifiuti con la nuova metodologia del porta a porta e conseguente esigenza di assumere del personale.

La Corte afferma anzitutto, in linea con quanto sostenuto nella richiesta dall'Ente, come la disciplina previgente il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica fosse stata oggetto di interpretazioni contrastanti proprio sulla questione concernente la possibilità di una deroga ai vincoli assunzionali in capo alle società partecipate dagli enti locali chiamate ad ampliare la gamma dei servizi alla collettività, scaturenti da una diversa esegesi del dato normativo (allora) rappresentato dall'articolo 4,

comma 12-bis, del decreto legge 14 aprile 2014, n. 66.

Con tale disposizione (oggi riprodotta, non integralmente, nell'articolo 19, comma 5, Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica) il legislatore ha abrogato la normativa che estendeva alle società in house gli stessi divieti e limitazioni alle assunzioni di personale imposti agli enti locali, rimettendo all'autonomia di questi l'emanazione di indirizzi cui le società sono tenute ad uniformarsi per conseguire obiettivi di riduzione dei costi del personale.

Una prima interpretazione del disposto di cui all'articolo 4, comma 12-bis, del decreto legge 14 aprile 2014, n. 66, è stata patrocinata dalla Sezione regionale di controllo della Toscana che, con il parere 17 dicembre 2014, n. 1/PAR, ha concluso per la possibilità, da parte di una società in house, di "derogare" alle limitazioni previste per le assunzioni di personale in ragione della necessità di ampliare i servizi alla collettività da parte del soggetto societario.

Di diverso ed opposto avviso, invece, la deliberazione della Sezione regionale di controllo della Liguria, 9 ottobre 2014, n. 55, nella quale si è sottolineato che in materia di personale "... non essendo previste deroghe o eccezioni agli obblighi imposti, le direttive impartite dal Comune devono essere tali da assicurare il rispetto degli obiettivi di contenimento degli oneri, anche in relazione alle ipotesi in cui effetti sul piano occupazionale siano ricollegabili all'allargamento dei settori di intervento della società o, comunque, all'ampliamento delle

relative attività”.

La Sezione Regionale per l'Abruzzo afferma che, tra i due rammentati orientamenti interpretativi, il primo appare indubbiamente più rispondente - nelle correlative conclusioni - alla lettera legis che, in effetti, valorizza(va), l'espressa facoltà per l'ente locale di prendere in considerazione anche il “settore di operatività” delle società, introducendo così un ulteriore criterio discrezionale su cui l'amministrazione articola(va) il suo autonomo atto di indirizzo. Se è vero, infatti, che il principio guida che l'ente deve perseguire è quello della “riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni”, nondimeno, precisano i giudici toscani, “risulta comunque necessario valutare anche l'ambito di operatività in cui le singole società esplicano la propria attività, in modo da non compromettere il corretto svolgimento dei servizi ad esse affidati”.

Tuttavia tale esegesi risulta, all'indomani dell'entrata in vigore del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, non più munita del necessario sostrato di diritto positivo in quanto, nell'attuale articolo 19, comma 5, del Testo Unico, è stato espunto proprio l'inciso che, nella precedente espressione, consentiva di valorizzare il settore di operatività del soggetto societario ai fini di eventuali “deroghe” ai vincoli in materia di assunzione di personale.

Il Collegio afferma in sintesi che, essendo venuto meno all'indomani dell'entrata in vigore del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica l'aggancio

normativo che una attenta giurisprudenza aveva valorizzato per giungere ad una interpretazione meno rigorosa delle limitazioni in esame, quella impostazione interpretativa, fondata sul pregresso dettato legislativo, all'attualità, non può trovare seguito.

Anzi, tale impostazione trova fondamento anche in altro argomento esegetico e sistematico. In primo luogo, il disposto dell'articolo 25 del Testo Unico rubricato “Disposizioni transitorie in materia di personale” (richiamato espressamente dall'articolo 19, comma 5, Testo Unico) appalesa un rafforzamento in senso ancor più rigoroso dei divieti e delle limitazioni in materia di personale nonché dei doveri contenimento dei relativi costi facenti capo alla P.A.. La disposizione in parola, nel disciplinare un sistema di eccedenze del personale delle società pubbliche - sulla falsa riga della disciplina prevista per il personale di Province e Città metropolitane dall'articolo 1, comma 420 e ss., legge di stabilità n. 190/2014, con la previsione di un elenco di lavoratori dichiarati eccedenti - non soltanto ha espressamente previsto un iter specifico assunzionale a tempo indeterminato fino al 30 giugno 2018 (“Fino al 30 giugno 2018, le società a controllo pubblico non possono procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo, con le modalità definite dal decreto di cui al comma 1, agli elenchi di cui ai commi 2 e 3”) ma ha altresì subordinato la possibilità di nuove assunzioni “ordinarie” ai sensi dell'articolo 19, Testo Unico, all'esaurimento degli elenchi di cui alle “eccedenze”

predette e con una sola, esclusiva e specifica possibilità di deroga: recita infatti l'articolo 25, comma 5, che "Esclusivamente ove sia indispensabile personale con profilo infungibile inerente a specifiche competenze e lo stesso non sia disponibile negli elenchi di cui ai commi 2 e 3, le regioni, fino alla scadenza del termine di cui al comma 3, possono autorizzare, in deroga a quanto previsto dal comma 4, l'avvio delle procedure di assunzione ai sensi dell'articolo 19".

Parimenti, avvalorata la natura del tutto "eccezionale" di nuove assunzioni ex articolo 19, Testo Unico, nelle società partecipate - e sempre nell'ambito di un'analisi della disciplina transitoria in parola - la previsione di cui all'articolo 25, comma 6, Testo Unico, a mente del quale "I rapporti di lavoro stipulati in violazione delle disposizioni del presente articolo sono nulli e i relativi provvedimenti costituiscono grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile": così sostanzialmente introducendosi una forma tipizzata di "colpa grave", in tali termini ridondando, all'evidenza, sul piano della responsabilità erariale, la "grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile" ex articolo 25, comma 6, Testo Unico.

Pertanto, gli articoli 19 e 25 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, precludono agli enti locali, in sede di adozione degli atti di indirizzo, di derogare all'obbligo di contenimento delle assunzioni di personale nelle società partecipate nel caso in cui le stesse siano tenute a svolgere nuovi ed ulteriori servizi.

Al via la semplificazione per l'avvio dei cantieri

Dall'11 dicembre è entrato in vigore il decreto legislativo 222/2016, soprannominato Scia 2, che ha ampliato la tipologia di interventi edilizi che possono essere realizzati senza nessuna comunicazione al Comune. La nuova normativa infatti cancella la comunicazione di inizio attività e sposta i lavori per i quali era necessaria in edilizia libera, oltre ad allargare gli ambiti di applicazione della segnalazione di inizio attività e cancellare la dichiarazione di inizio attività.

Il provvedimento consiste in un grande tabellone esplicativo che indica per ogni settore oltre che per l'edilizia, quali siano le procedure abilitative da avviare per ogni singola attività, cioè: autorizzazione espressa da parte della Pubblica Amministrazione, silenzio assenso, Scia o comunicazione.

Questo decreto legislativo dà attuazione alla legge 124/2014 che dava la delega al Governo per riorganizzare le amministrazioni pubbliche e per sburocratizzare attraverso una semplificazione e velocizzazione le procedure per accedere ai pubblici servizi. L'articolo 5 nello specifico delega il Governo ad emanare anche più di un decreto legislativo per definire i regimi amministrativi che dovranno essere applicati per l'inizio di ogni attività. Questo decreto legislativo numero 222 è anche noto come Scia 2, perché è stato preceduto dal decreto legislativo numero 126/2016 che riguardava le procedure amministrative che le Pubbliche Amministrazioni

dovevano mettere in campo per agevolare e semplificare la procedura di presentazione della Scia.

I regimi amministrativi in campo edilizio vengono semplificati attraverso le modifiche introdotte ad alcuni articoli del Testo unico dell'edilizia, cioè il Dpr 380/2001. Per la realizzazione di interventi edilizi, i titoli abilitativi vengono ridotti alla comunicazione di inizio lavori asseverata, la segnalazione certificata di inizio attività ed il permesso di costruire, cioè solo a tre per cui può anche formarsi il silenzio assenso salvo la presenza di vincoli riguardanti l'assetto idrogeologico, oppure ambientali, paesaggistici, culturali.

Dall'elenco dei titoli abilitativi sparisce per le attività edilizie la dichiarazione di inizio attività e tutti gli interventi per cui prima era necessaria la Dia in alternativa al permesso di costruire ora possono essere fatti con la scia alternativa all'autorizzazione. Gli interventi di ristrutturazione edilizia che comportano la realizzazione di un immobile anche se totalmente diverso dal precedente a causa dell'aumento del numero delle unità immobiliari, del suo volume o superficie rientrano in questo cambio di procedura abilitativa, come del resto anche le nuove costruzioni e gli interventi di ristrutturazione urbanistica i cui piani attuativi, o gli accordi fra le parti dotati del medesimo valore, prevedono dettagliate disposizioni relative alla planimetria, al volume, alla tipologia, alle caratteristiche costruttive dei manufatti.

Un altro elemento di novità portato dal decreto legislativo numero 222 è quello di aumentare la lista delle attività di edilizia libera per le quali

prima era necessaria la comunicazione di inizio lavori senza l'asseverazione di un tecnico: ad esempio non serve più alcun titolo abilitativo per installare pannelli solari o fotovoltaici sugli edifici che non rientrano nei centri storici.

Dall'entrata in vigore di questo provvedimento legislativo, per quanto riguarda il settore edilizio, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dovrà emanare in accordo col Ministero della Semplificazione, entro 60 giorni, un decreto che specifichi nel dettaglio la lista delle opere edilizie indicate nel maxitabellone allegato al decreto legislativo indicando il titolo abilitativo necessario caso per caso. Questo decreto dovrà quindi essere emanato entro il 9 febbraio e poi vagliato dalla conferenza unificata.

Le Regioni dovranno poi recepire le nuove regole entro il 30 giugno. L'intenzione del legislatore è quella di creare una legenda unica a livello nazionale con lo scopo di applicare lo stesso regime giuridico ovunque, per fare un passo in avanti sotto l'aspetto della semplificazione e dell'unificazione della normativa oltre che della modulistica nel settore dell'edilizia.

Affidamenti di appalti pubblici mediante adesione postuma a gare d'appalto bandite da altra stazione appaltante

Con comunicato congiunto del 21.12.2016, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e l'Autorità Nazionale

Anticorruzione (ANAC), hanno stigmatizzato il ricorso all'affidamento di appalti pubblici c.d. "di adesione postuma", ossia posti in essere attraverso la mera adesione agli esiti di una gara bandita da un'altra amministrazione e confezionata per soddisfare esclusivamente le esigenze e il fabbisogno di quest'ultima.

Tale prassi, infatti, deve dirsi potenzialmente elusiva dell'obbligo di programmazione delle acquisizioni di cui all'art. 21 d.lgs. 50/2016, finalizzato ad individuare i fabbisogni che si intendono soddisfare, le strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali. L'importanza della fase di programmazione cresce specialmente a riguardo degli appalti di servizi e forniture, ove la carenza di programmazione genera frequentemente criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, il ricorso all'adesione postuma, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa.

Inoltre il ricorso a tale eccezionale modalità di affidamento pare lesiva dei principi che presiedono l'affidamento dei contratti pubblici e della concorrenza.

E' bene infatti ricordare come, ai sensi dell'art. 35, comma 4, d.lgs. 50/2016 il valore stimato dell'appalto è basato sull'importo totale pagabile e deve tener conto, quindi, di qualsiasi forma di

eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Tale valore deve essere quantificato al momento in cui la stazione appaltante avvia la procedura di affidamento (art. 35, comma 7, d.lgs. 50/2016) e tenuto presente ai fini della parametrizzazione dei requisiti speciali di partecipazione, che devono rispettare i principi di proporzionalità e adeguatezza. Conseguentemente un'eventuale estensione contrattuale non prevista nell'avviso di indizione di gara o nel bando rischia di falsare il confronto competitivo in quanto quest'ultimo, a ben vedere, si è svolto per l'affidamento di prestazioni - in parte qua - qualitativamente e quantitativamente diverse da quelle che poi vengono affidate all'aggiudicatario.

Per tali ragioni, le Autorità comunicanti ritengono che la legittimità della clausola di estensione debba essere scrutinata caso per caso, secondo coordinate esegetiche idonee ad assicurare un adeguato bilanciamento tra due ordini di principi normativi di derivazione comunitaria: da un lato, la libera concorrenza e la parità di trattamento e, dall'altro, la concentrazione ed aggregazione della domanda.

Ed infatti il ricorso all'istituto dell'aggregazione della domanda, anche attraverso l'utilizzo degli strumenti aggregativi della committenza come da ultimo disciplinati dall'art. 37 del d.lgs. n. 50/2016, non può di per sé giustificare l'eventuale adesione postuma, non potendo il ricorso allo stesso consentire di derogare né ai principi che presiedono il regolare svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, né alle norme

sopra richiamate. Parimenti, il perseguimento dell'obiettivo di conseguire un eventuale risparmio di spesa, anche in ottemperanza a specifiche previsioni normative di riduzione e contenimento dei costi, non può legittimare l'esistenza e l'applicazione di una clausola di adesione indeterminata in violazione delle regole dell'evidenza pubblica (così, Consiglio di Stato, sent. n. 4387/2016). Ne consegue che al fine di non alterare il confronto concorrenziale a valle è necessario che la predetta clausola di adesione postuma indichi in modo sufficientemente chiaro, determinato ed omogeneo:

- sotto il profilo soggettivo, la perimetrazione delle stazioni appaltanti che potranno eventualmente aderire;
- sotto il profilo oggettivo, il valore economico complessivo massimo delle eventuali adesioni ed estensioni consentite, ai fini sia del calcolo del valore stimato dell'affidamento ex art. 35 d.lgs. 50/2016 sia della determinazione dei requisiti speciali di cui all'art. 83 d.lgs. 50/2016 e degli importi cauzionali prescritti;
- l'oggetto dell'appalto e il contenuto delle offerte in modo tale che il confronto concorrenziale si estenda anche alle specifiche prestazioni contrattuali richieste dalle stazioni appaltanti che potrebbero aderire successivamente agli esiti della gara.