



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**26 dicembre  
2016**

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

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Lo spoils system automatico per le nomine degli enti regionali è incostituzionale
- ❖ Non sussiste un obbligo generalizzato di verifica dell'anomalia dell'offerta, specie se si tratta di gara cd. In aumento
- ❖ Nei piccoli comuni gli amministratori possono fare i dirigenti senza incompatibilità
- ❖ Non è configurabile un danno erariale al patrimonio indisponibile dello Stato per aver autorizzato illegittimamente l'abbattimento di fauna selvatica

**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)**

**Lo spoils system automatico per le nomine degli enti regionali è incostituzionale**

La Corte Costituzionale con la sentenza numero 269/2016 ha chiarito alcuni aspetti del cosiddetto “spoils system” affermando che nel momento in cui si insedia una nuova giunta regionale è illegittimo che scatti “*in via automatica*” la decadenza di tutti gli organi di vertice delle società in house anche se interamente partecipate da capitale regionale. La sentenza nega la possibilità di far decadere automaticamente il presidente del consiglio di amministrazione di una società della Regione, al rinnovo dei vertici della stessa, quando i compiti della società in house sono di lungo periodo e cioè la gestione per il raggiungimento di obiettivi programmati dagli organi del governo territoriale. Inoltre, il principio viene maggiormente rafforzato nel momento in cui per selezionare i vertici della società partecipata dalla Regione sono state esperite delle procedure di selezione ad evidenza pubblica.

I giudici della Consulta hanno quindi dichiarato incostituzionale l’articolo 1, comma 1, della legge regionale della Calabria numero 12 del 3 giugno 2005 recante “*Norma in materia di nomine e di personale della Regione Calabria*” nella sua applicazione alla società Fincalabra Spa nei confronti del presidente del consiglio di amministrazione. In virtù di questa pronuncia è illegittimo prevedere per legge la decadenza automatica dei vertici societari in conseguenza del cambio degli organi politici dell’ente controllante, in quanto una norma così fatta contrasta con l’articolo 97 della Costituzione che prevede in via generale che il reclutamento nella Pubblica amministrazione avvenga mediante procedure di selezione pubblica.

La norma dichiarata illegittima riguarda le nomine dei rappresentanti della Regione nei consigli di amministrazione e degli

organi di vertice di tutta una serie molto ampia di enti, sia pubblici che privati, ma controllati o partecipati dalla Regione, che vengono conferite, rinnovate “*o comunque rese operative*” anche in concerto o previa intesa con altre autorità o mediante selezione, da parte della Giunta regionale. Questa prevede che i nominati decadono nella stesso giorno della proclamazione del nuovo Presidente della Giunta regionale e che i rapporti di natura patrimoniale conseguenti fra i nominati decaduti e l’ente vengano risolti di diritto. La legge regionale nel caso particolare di Fincalabra Spa prevede che per l’espletamento delle attività sociali il presidente del consiglio di amministrazione e altri due soggetti nominati dal presidente della Regione, ricevano poteri tecnici effettivi di gestione. La parte della legge che è stata dichiarata illegittima nello specifico è quella che si applica ad una figura come il presidente del cda di Fincalabra Spa, in quanto questo soggetto non partecipa in alcun modo alla formazione della linea di indirizzo politico, ma ha solo il compito di garantirne l’esecuzione nei settori a lui assegnati.

Il presidente di Fincalabra Spa quindi non è in alcun modo legato all’organo di indirizzo politico della Regione in quanto da una parte non partecipa alla decisione delle linee di azione non dovendo quindi per forza condividere l’orientamento politico della Giunta e dall’altra non deve nemmeno avere ovviamente alcun obbligo di fedeltà nei confronti dei soggetti che lo hanno nominato: per questo lo spoils system è inapplicabile.

La società Fincalabra Spa era stata istituita dalla legge regionale del 30 aprile 1984 numero 7 “*Partecipazione della Regione alla società finanziaria regionale per lo sviluppo economico della Calabria*” ed attualmente è interamente partecipata dalla Regione Calabria e qualificata dal proprio statuto come società in house della Regione. Questo significa che questa società è un’articolazione organizzativa della Regione. Fra gli argomenti usati nel dichiarare l’illegittimità della norma che

prevedeva decadenza automatica degli organi societari al rinnovo del vertice politico della Regione, i magistrati hanno dato peso al fatto che *“le relative nomine richiedano il rispetto di specifici requisiti di professionalità”*. Questo vuol dire che per la scelta di questi soggetti vale la piena applicazione dell'articolo 97 della Costituzione, mentre la norma illegittima faceva rientrare Fincalabra fra quelle società *“controllate o partecipate”* a cui si applica la decadenza automatica degli organi apicali o dei componenti rappresentanti della Regione nel momento della proclamazione del Presidente della Giunta.

Questa società in house ha il compito di dare attuazione al documento di programmazione economico-finanziaria regionale e svolge anche attività di tipo finanziario e di servizio nel più ampio quadro della politica di programmazione regionale come ente strumentale della Regione. Come abbiamo già visto, per eseguire questi compiti la legge regionale attribuisce al presidente del consiglio di amministrazione effettivi poteri tecnici di gestione. Inoltre questa nomina avviene certamente su base fiduciaria, ma previo avviso pubblico secondo quanto previsto dalla legislazione regionale. Quindi a selezione, seppur non basata su un regolare concorso, ha come presupposto una selezione comparativa oggettiva delle qualità professionali e del merito dei vari soggetti candidati, dovendosi escludere, per la Corte Costituzionale, che la nomina possa avvenire solo sulla base di una mera valutazione soggettiva di consenso politico e personale fra chi esegue la nomina e chi viene nominato.

La Corte Costituzionale afferma che molte volte è stata dichiarata l'incompatibilità con l'articolo 97 della Costituzione di qualsiasi meccanismo automatico di decadenza dalla carica motivato da vicende estranee a quelle del ruolo rivestito e slegate dai risultati operativi conseguiti, se queste dinamiche riguardano non il personale addetto agli uffici di diretta

collaborazione con l'organo di governo politico o le figure di vertice legate dalla comune appartenenza politica con la Giunta, ma piuttosto chi ricopre incarichi dirigenziali finalizzati all'esecuzione dell'indirizzo politico amministrativo dato da altri.

**Non sussiste un obbligo generalizzato di verifica dell'anomalia dell'offerta, specie se si tratta di gara cd. in aumento**

Con sentenza n. 582 del 21 dicembre 2016 il TAR Friuli Venezia Giulia si è pronunciato sulla portata, in termini di verifica dell'economicità dell'offerta, dell'art. 2 del D. Lgs. 163/2006.

Il giudizio, instaurato dalla ditta classificatasi seconda in graduatoria, verteva sulle risultanze delle operazioni di una gara informale indetta da un Comune per la concessione per l'installazione e gestione di distributori automatici di bevande, alimenti e accessori presso alcuni suoi fabbricati.

In particolare, è stato contestato come la migliore offerta economica, presentata in forza del criterio del prezzo più alto, superasse di oltre un terzo quelle delle due altre partecipanti e fosse tale da far prevedere una gestione in perdita di circa 8.000 euro. Ecco che, a detta della Società ricorrente, pur trattandosi di gara per servizi e pur non essendo direttamente applicabile la normativa del d.lgs n. 163 del 2006 relativa alle offerte anomale, tuttavia l'applicazione dei principi di cui all'articolo 2 del codice degli appalti avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a verificare la congruità dell'offerta, ben superiore a quella delle altre due ditte partecipanti, tale comunque da far dubitare della possibilità di un guadagno.

Il Giudice adito osserva come, posto che si

tratta di una gara in aumento e non già in diminuzione, va osservato che l'articolo 2 risulta una norma di principio alquanto generica, perché fa riferimento in generale ai requisiti di economicità, efficacia, correttezza e rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e proporzionalità. In questa situazione e in presenza di una gara in aumento, non vi era di sicuro alcun obbligo da parte della stazione appaltante di verificare l'eventuale anomalia ovvero discrasia dell'offerta della vincitrice, tanto più che quest'ultima risulta essere una ditta di grandi dimensioni operante nell'intero territorio nazionale e quindi in grado di utilizzare notevoli economie di scala.

In altri termini, anche se l'offerta era ben superiore a quella a quella delle altre due partecipanti, di per sé ciò non costituiva un elemento tale di difformità da rendere obbligatorio da parte della stazione appaltante un intervento preventivo, in assenza dell'obbligo di verifica dell'anomalia, non previsto per tale tipologia di gara, non menzionato nel bando e in mancanza altresì di ulteriori indizi che potessero far presumere la non plausibilità dell'offerta.

In conclusione, in mancanza di un obbligo di verifica di anomalia discendente dal codice o dalla legge di gara, in presenza di una gara per servizi con offerte in aumento, e tenuto conto della tipologia della gara, per la quale sono presumibili significative economie di scala ad opera di una ditta di grandi dimensioni, quale quella vincitrice, non si può considerare viziata l'attività posta in essere dal Comune.

**Nei piccoli comuni gli amministratori possono fare i dirigenti senza incompatibilità**

Il Codice dei contratti ed il decreto legislativo numero 39/2013 non abrogano né implicitamente né tacitamente quanto disposto dall'articolo 53, comma 23, della legge numero 388/2000, cioè che nei Comuni con popolazione inferiore ai 5mila abitanti gli amministratori eletti possano avere la responsabilità diretta degli uffici ed adottare atti di natura tecnico-gestionale, in quanto questa norma è una norma speciale e quindi di carattere derogatorio rispetto al principio generale stabilito dal testo unico degli enti locali all'articolo 107 della separazione fra politica e amministrazione in un ente. Questo è il principio affermato dalla delibera numero 167/2016 della sezione regionale di controllo per il Molise della Corte dei Conti.

Il parere è stato chiesto in merito alla corretta interpretazione dell'articolo 53, comma 23, della finanziaria 2001, il cui testo è poi stato modificato dall'articolo 29, comma 4 della legge numero 448/2001, che consente ai comuni piccoli di adottare dei regolamenti per la propria organizzazione interna *“attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale”*. Questa scelta può essere legittimamente fatta a condizione che l'effettivo risparmio venga documentato ogni anno con una delibera apposita in sede di discussione del bilancio e fatta sempre salva la possibilità di affidare le competenze al segretario comunale.

La modifica apportata alla formulazione originaria nel 2001 ha ampliato l'ambito di applicazione della deroga ai comuni con popolazione inferiore a 5mila abitanti, mentre prima erano solo 3mila, oltre ad avere anche eliminato ogni riferimento alla preconditione che non vi fossero irrimediabilmente figure professionalmente

idonee reperibili.

Secondo i magistrati interpellati, “*la norma reca una battuta d'arresto nel processo di distinzione dei compiti tra gli organi di governo e l'apparato burocratico*”, cioè di quel principio alla base delle riforme della Pubblica Amministrazione degli anni '90, ma questa scelta del legislatore è giustificata da un obiettivo di contenimento della spesa. L'applicazione di questa deroga però ha alcuni limiti, in primo luogo quello di prevederne l'applicazione in un apposito regolamento di organizzazione.

Inoltre il principio di separazione fra parte politica ed amministrativa è sicuramente fondato costituzionalmente, ma l'applicazione dello stesso nella pratica rimane a carico del legislatore ordinario, in questo modo attraverso le scelte del legislatore per un determinato modello organizzativo si può concretizzare un altro principio importante e cioè quello di buon andamento ed imparzialità di cui all'articolo 97 della Costituzione.

La norma oggetto di parere è una norma di natura speciale, che in quanto tale deroga al principio di separazione dell'articolo 107 del Tuel ed anche al divieto di nominare nelle commissioni di gara i soggetti che siano stati nel biennio precedente amministratori, contenuto nel nuovo codice dei contratti. Questa deroga è giustificabile per i piccoli comuni per ragioni di contenimento della spesa e di superamento di problematiche organizzative interne. Per i magistrati contabili quindi il principio contenuto nella normativa speciale non può essere abrogato tacitamente o implicitamente da parte di norme generali posteriori, come ad esempio quelle sulla inconfiribilità ed incompatibilità degli incarichi introdotte dal decreto legislativo numero 39/2013.

**Non è configurabile un danno erariale al patrimonio indisponibile dello Stato per aver autorizzato illegittimamente l'abbattimento di fauna selvatica**

La gestione della fauna selvatica da parte degli Enti pubblici competenti diviene, sempre più frequentemente, argomento di particolare sensibilità su cui possono sorgere veri e propri conflitti tra soggetti portatori di interessi differenti.

Se, infatti, da un lato si manifesta l'esigenza di approntare misure di controllo faunistico al fine di ridurre – in particolare su territori marginali e deboli come quelli montani e pedemontani – i danni cagionati da alcune specie animali quali, a mero titolo esemplificativo, quelli apportati alle coltivazioni presenti o quelli indiretti discendenti da sinistri stradali, dall'altro si profila, sempre e comunque, l'interesse pubblico alla tutela ed alla corretta preservazione dell'ecosistema.

I provvedimenti con cui le Amministrazioni cercano di concretizzare questa difficile opera di bilanciamento e temperamento dei diversi interessi in gioco vengono, così, ad essere frequentemente oggetto di impugnative innanzi al Giudice Amministrativo proprio a causa della forte conflittualità esistente tra i soggetti interessati.

Si tratta, a ben vedere, di un fenomeno diffuso e ampiamente conosciuto su cui si è già sviluppata una copiosa giurisprudenza.

Ciò che invece merita attenzione, anche per i possibili sviluppi legati ad un tema così delicato, è l'azione recentemente promossa da una Procura contabile nei confronti di un Assessore provinciale e del Dirigente competente per il danno erariale asseritamente cagionato per aver disposto – con provvedimenti illegittimi – l'abbattimento di specie faunistiche protette.

A detta della Procura agente, infatti, l'esistenza di numerosi decreti di prelievo

adottati dalla Provincia già dichiarati illegittimi innanzi al Giudice Amministrativo, senza tuttavia che potesse essere impedito l'abbattimento dei capi indicati, avrebbe portato ad un danno al patrimonio indisponibile dello Stato, affidato alla gestione della Provincia, posto che le specie faunistiche hanno un valore non solo ambientale e culturale ma anche economico, per la cui quantificazione il Pubblico Ministero ha deciso di moltiplicare il "valore tassidermico" di ciascuna specie per il numero degli esemplari abbattuti.

Viene, così, ad essere contestato solidalmente ai due convenuti un danno diretto di ben 1.136.250,00 Euro.

A ciò dev'essere sommato il danno indiretto riconducibile alle spese legali e di giudizio sostenute dalla Provincia nei giudizi amministrativi in cui l'Ente è poi risultato soccombente, pari ad € 21.919,64.

L'attore erariale non ritiene, poi, configurabile come autonoma posta il cd. "danno ambientale", atteso che per la sua giuridica ed autonoma configurabilità il pregiudizio ambientale e/o all'ecosistema deve superare una soglia di 'significatività' e 'misurabilità' di una certa consistenza, tanto è vero che tali accertamenti e valutazioni sono accentrate nel Ministero dell'Ambiente.

Infine, sul piano dell'elemento soggettivo, il ravvisato pregiudizio sarebbe addirittura ascrivibile al dolo o, quantomeno, alla colpa grave, dato l'evidente scostamento dai parametri di legalità e correttezza nell'esercizio delle loro competenze istituzionali e in considerazione della reiterata adozione dei decreti di prelievo, senza mai provare a mettere in atto misure alternative di contenimento di eventuali asseriti, ma non accertati in modo rigoroso, problemi arrecati dalla fauna selvatica.

La causa viene decisa dalla competente Sezione giurisdizionale di Bolzano con la sentenza n. 42/2016 che, nel merito, rigetta la tesi attorea circa il presunto pregiudizio erariale arrecato al patrimonio (faunistico)

indisponibile dello Stato.

Il Collegio richiama, anzitutto, il principio cardine secondo cui, ai fini dell'affermazione della responsabilità amministrativa non è sufficiente l'illegittimità dell'atto o del comportamento, ma è necessario che l'azione o omissione sia anche illecita e produttiva di danno ingiusto per l'ente (SS.RR. n. 457/86) tanto che la giurisprudenza, ormai granitica, della Corte dei conti sottolinea la distinzione tra illiceità del comportamento e illegittimità dell'atto, affermando che solo il primo e non il secondo è oggetto del giudizio di responsabilità amministrativa, atteso che i vizi di legittimità di un atto non comportano 'ex se' un illecito contabile, sia perché possono non comportare un evento lesivo, sia per la necessità della sussistenza dell'elemento psicologico almeno della colpa grave.

Ed è proprio l'insussistenza di un concreto danno diretto all'Erario che, nel caso di specie, viene rilevata dal Collegio in quanto la Procura contabile non ha invero prospettato alcun elemento probatorio, o anche solo indiziario, utile a configurare un intervenuto pregiudizio, a seguito dell'adozione dei decreti medesimi, al complessivo ecosistema provinciale.

In altre parole il Giudice ritiene che "*il ragionamento del p.m. tenda a delineare una lesione della "fruibilità" della biodiversità priva di ogni comprovato riscontro nella presente realtà territoriale e quindi meramente astratta se riferita al caso di specie*", di talché, le conseguenti asserzioni dell'attore erariale vengono fatalmente ad appalesarsi come indimostrate, generiche nonché sfuggenti in ordine ai cruciali profili dell'an e del quantum del contestato danno.

In particolare il Collegio censura l'impostazione assunta dalla Procura laddove la alternativa valutazione di liceità/illiceità del prelievo viene ad essere estesa indifferentemente a tutti gli esemplari considerati nei singoli ricorsi impugnati innanzi al Giudice

Amministrativo dalle associazioni ambientaliste, a seconda dell'emissione di una pronuncia favorevole/sfavorevole alla Provincia.

Nè, d'altra parte, può essere esaltata oltremisura quella valenza deontologica e di indirizzo assunta dalle decisioni della Magistratura contabile: esse presuppongono, sempre e comunque, l'ineludibile accertamento di una effettiva lesione erariale, rischiando altrimenti di tramutarsi in sentenze-manifesto, estranee alle potestà intestate al Giudice della responsabilità.

Per tali ragioni viene dunque disattesa, per non dimostrata ricorrenza del necessario elemento oggettivo, la domanda risarcitoria relativa all'asserito danno diretto al patrimonio indisponibile.

Al contrario, invece, i convenuti vengono condannati al risarcimento del danno indiretto discendente dalle spese legali e di giudizio sopportate dalla Provincia innanzi al Giudice Amministrativo, dato che a questi non poteva sfuggire la alta probabilità di impugnative da parte delle associazioni protezionistiche e dei conseguenti oneri di spese legali per soccombenza a carico dell'Ente: pertanto, la reiterata adozione di decreti di prelievo affetti dalle medesime carenze istruttorio-motivazionali integra chiaramente in capo ai convenuti gli estremi della colpa grave, sub specie di macroscopica e imperdonabile imprudenza.