



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**9 gennaio
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Individuazione del limite di spesa per il personale e ricorso a forme contrattuali flessibili
- ❖ Si apre la richiesta di spazi finanziari per investimenti degli enti locali per un ammontare totale di 400 milioni
- ❖ Condizioni necessarie per escludere automaticamente l'offerta anomala
- ❖ Legittima la delibera comunale che vieta l'accesso agli asili ai bambini non vaccinati

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

Individuazione del limite di spesa per il personale e ricorso a forme contrattuali flessibili

Con la prima pronuncia del 2017 la Sezione Autonomie della Corte dei conti è stata chiamata ad esprimersi sull'individuazione del limite di spesa rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 9, comma 28, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. n. 122/2010, nella particolare ipotesi – su cui si sono formati orientamenti contrastanti tra diverse Sezioni regionali – in cui l'ente locale non abbia fatto ricorso alle tipologie contrattuali di tipo flessibile ivi contemplate nel triennio 2007-2009.

La questione trae origine da una richiesta di parere formulata dal Sindaco di un comune il quale ha domandato se sia possibile effettuare assunzioni a tempo determinato per ovviare alla grave scopertura d'organico presso l'ufficio ragioneria, determinatasi a seguito di alcune cessazioni dal servizio, pur non avendo l'amministrazione sostenuto spese per contratti a tempo determinato o per forme di lavoro flessibile né nel 2009, né nell'intero triennio 2007-2009.

A tal fine, viene rappresentato che l'ente è in regola con gli obblighi di cui all'art.1, commi 557, 557-bis e 557-ter, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che non risultano praticabili altre assunzioni tramite mobilità o concorsi e che non è assegnatario di personale in mobilità dagli enti di area vasta.

Secondariamente il primo cittadino ha chiesto di sapere se l'amministrazione possa procedere ad effettuare un'integrazione stipendiale in caso di ampliamento dell'orario di un lavoratore socialmente utile che attualmente presta la propria attività presso il comune per 20 ore settimanali.

Dapprima la Sezione Autonomie contestualizza i limiti "quantitativi" alla

spesa introdotti dall'art. 9, comma 28, in quel più generale disegno volto ad arginare l'utilizzo indiscriminato di contratti di tipo flessibile in chiave antielusiva rispetto ai vincoli progressivamente introdotti per le spese di personale a tempo indeterminato, evitando, al contempo, l'insorgenza di nuovo precariato, in grado di vanificare le politiche di stabilizzazione.

In altre parole, lo schema da cui dovrebbe muovere la gestione della spesa del personale è quello per cui, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, vengano utilizzati prioritariamente i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato per dare risposta ai fabbisogni ordinari ed alle esigenze di carattere duraturo mentre le forme contrattuali flessibili vengano relegate all'esclusivo soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo o eccezionale.

Ciò detto, la questione specificamente posta trae origine dalla mancanza, per l'ente, di una spesa storica di riferimento per lavoro flessibile, non avendo questo sostenuto, in nessuno dei due periodi considerati dalla norma, alcun esborso per contratti di lavoro a tempo determinato o di tipo flessibile.

Infatti questa ipotesi non risulta contemplata dalla normativa attualmente vigente, che, nonostante l'ampia stratificazione, nulla dispone a riguardo. Per suo conto la giurisprudenza contabile, più volte interessata del problema, non ha fornito un indirizzo chiaro ed univoco.

Da un lato, secondo un primo orientamento seguito dalla Sezione regionale di controllo per la Campania (delibera n. 245/2014/PAR), in mancanza di una spesa storica nei periodi richiamati dalla legge, gli enti dovrebbero necessariamente adoperarsi per azzerare la spesa relativa alle tipologie contrattuali ivi contemplate.

Tali conclusioni ermeneutiche non vengono condivise dalla Sezione Autonomie.

Il Collegio rileva, opportunamente, che una tale esegesi porterebbe a conseguenze pratiche contrarie se non opposte alla stessa finalità della norma.

Se infatti è vero che il meccanismo di contenimento della spesa delineato dall'art. 9, comma 28 obbliga le amministrazioni a ridurre gli impegni in misura maggiore laddove questi sono, in valore assoluto, più elevati, risulta difficile, per converso, ipotizzare che, laddove questi manchino del tutto, l'unica conseguenza possibile sia l'impossibilità di sostenere la spesa.

Una simile opzione, infatti, finirebbe per premiare gli enti meno oculati, che hanno realizzato ampi volumi di spesa da prendere a riferimento ai fini del relativo contenimento, a discapito di quelli più virtuosi, i quali non hanno sostenuto alcuna spesa per contratti a tempo determinato o di tipo flessibile.

Cionondimeno, in assenza di disposizioni che regolano casi analoghi, si rende necessario applicare un criterio che si dimostri coerente con le finalità della norma e, più in generale, con la ratio che permea l'intero sistema.

Ecco che allora, nell'ipotesi in cui non sia stata sostenuta alcuna spesa sostenuta nell'anno 2009, ovvero nel triennio 2007/2009, la Sezione afferma di poter ritenere funzionale all'Ente consentire le assunzioni determinate dall'assoluta necessità di far fronte ad un servizio essenziale (cfr. Sez. reg. contr. Lombardia, delibera n. 29/2012/PAR, Sez. reg. contr. Puglia, delibera n. 149/2016/PAR).

La Sezione evidenzia anche come particolare attenzione, in questo contesto, meritano gli enti di minori dimensioni, che, per l'esiguità delle risorse umane a disposizione, risultano particolarmente esposti a contingenze di natura straordinaria e non prevedibile (si pensi, ad es., all'ipotesi di un congedo per maternità), cui non riescono a far fronte attraverso rimedi gestionali alternativi, con conseguente rischio di compromissione delle funzioni o dei servizi di natura

essenziale.

Questa nuova soglia di spesa – determinata nella misura strettamente necessaria a far fronte ad esigenze eccezionali, costituirà, a sua volta – il parametro finanziario da prendere a riferimento per gli anni successivi.

Quanto, poi, alla diversa questione della possibilità, per l'ente, di procedere ad effettuare un'integrazione stipendiale in caso di ampliamento dell'orario di un lavoratore socialmente utile attualmente in servizio presso il comune con orario ridotto (20 ore settimanali), la Sezione Autonomie condivide la soluzione proposta dalla Sezione veneta, tesa a ricondurre tale incremento salariale dei L.S.U. nell'alveo delle limitazioni sopracitate, ciò in quanto gli interventi legislativi succedutisi negli ultimi anni, nell'intento di evitare l'abuso di forme contrattuali flessibili, hanno fatto ricorso ad un'accezione molto lata di "spesa di personale", la quale prescinde dalla forma o dal nomen juris del contratto da cui scaturisce l'obbligazione pecuniaria.

Muovendo da questi presupposti, viene affermato che nella nozione di "spesa del personale" rientrano le spese sostenute per l'acquisizione di prestazioni lavorative, di varia specie e a vario titolo, rese a favore dell'ente, e, pertanto, anche le spese riconducibili ai lavoratori socialmente utili, soprattutto ove sostenute per acquisire prestazioni da utilizzare nell'organizzazione delle funzioni e dei servizi dell'ente (in termini, cfr. Sez. reg. contr. Campania, delibera n. 262/2013/PAR).

Pertanto, ai sensi dell'art. 9, comma 28, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 è da ritenere che la spesa sostenuta per l'incremento orario di un lavoratore socialmente utile – nella sola misura posta a carico dell'ente – e finalizzata a garantire funzioni o servizi di quest'ultimo, debba essere computata nei descritti limiti di spesa.

Si apre la richiesta di spazi finanziari per investimenti degli enti locali per un ammontare totale di 400 milioni

La legge di bilancio 2017 ai commi 485 e 490-494 dell'articolo 1 ha previsto spazi finanziari per Comuni, Province e Città metropolitane da 400 milioni di euro all'anno per gli anni 2017, 2018 e 2019. La richiesta di questi spazi prende il via, come è stato comunicato dalla Ragioneria generale dello Stato sul proprio sito mediante un avviso, per quanto riguarda gli interventi diversi da quelli di edilizia scolastica. Questo perché infatti per quanto riguarda gli interventi in campo di edilizia scolastica il riferimento è la struttura di missione per coordinamento degli interventi di edilizia scolastica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e non la Ragioneria.

Secondo l'avviso pubblicato tutti gli enti che hanno la necessità di fare investimenti diversi da quelli di edilizia scolastica utilizzando gli avanzi di amministrazione o ricorrendo al debito potranno richiedere spazi finanziari al Dipartimento Ragioneria generale dello Stato, utilizzando un modello apposito reperibile sul sito web pareggiobilancio.mef.gov.it. Ovviamente è condizione necessaria che gli enti richiedenti siano impossibilitati ad utilizzare avanzo e debito nei propri spazi disponibili del pareggio. Con la richiesta le amministrazioni richiedenti devono dare informazioni in merito al proprio fondo di cassa al 31 dicembre dell'anno precedente ed al risultato di amministrazione, detratta la quota accantonata del Fondo crediti di dubbia esigibilità come indicata nel rendiconto dell'anno precedente.

Viene inoltre precisato dal Ministero che gli spazi richiesti per investimenti da finanziarsi con avanzo di amministrazione possono riferirsi sia ad impegni di spesa esigibili nel 2017, sia al fondo pluriennale di spesa a copertura degli impegni esigibili nei futuri esercizi. Invece gli spazi per

investimenti da finanziarsi con operazioni di indebitamento si devono riferire solamente ad investimenti esigibili nel 2017.

Il termine previsto è quello del 20 febbraio 2017, decorso il quale si dovrà attendere un apposito decreto del Ministero dell'economia che verrà emesso entro il 15 marzo, mediante il quale sarà determinato l'ammontare degli spazi finanziari attribuiti a tutti gli enti locali richiedenti sulla base di un ordine di priorità prefissate. In primis, saranno accolte le richieste dei comuni che hanno lo scopo di far fronte ai danni causati dagli eventi sismici ed alla ricostruzione attraverso l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione o con operazioni di indebitamento, ma queste spese devono essere attinenti a progetti esecutivi già completi del cronoprogramma. Come seconda priorità ci saranno gli investimenti realizzati da comuni nati in seguito a processi di fusione dei comuni preesistenti con popolazione inferiore a mille abitanti che dispongono di progetti esecutivi completi del cronoprogramma. Come terza priorità ci saranno gli investimenti per l'edilizia scolastica non rientranti nell'apposita quota di spazi finanziari. Per questi ultimi interventi l'importo sarà acquisito in automatico in base alle informazioni trasmesse alla apposita Struttura di missione per il coordinamento e impulso nell'attuazione di interventi di riqualificazione dell'edilizia scolastica. In ordine seguono poi gli investimenti per l'adeguamento ed il miglioramento sismico degli immobili e quelli per la prevenzione del rischio idrogeologico oltre alla messa in sicurezza ed alla bonifica di siti inquinati ad alto rischio ambientale, che sono indicati come prioritari per l'importante impatto ambientale, ovviamente anche loro corredati dal progetto esecutivo e cronoprogramma. Come criterio, nel caso di richieste superiori agli spazi disponibili, si prediligeranno gli enti che hanno la maggiore incidenza del fondo cassa rispetto all'avanzo di amministrazione.

Sono previste anche sanzioni, in quanto gli

spazi finanziari acquisiti attraverso il patto di solidarietà nazionale verticale vengono assegnati agli enti locali con uno specifico vincolo di destinazione cioè favorire le spese di investimento da realizzarsi con l'utilizzo degli avanzi di amministrazione degli esercizi precedenti oppure con il ricorso all'indebitamento, ma per nessuna finalità diversa. Nella circostanza in cui l'amministrazione non rispettasse questo vincolo, verrà recuperato in sede di rendicontazione dal Ministero un importo pari allo spazio finanziario concesso non utilizzato nel modo corretto stabilito dalla norma.

Un'ulteriore sanzione è quella legata al mancato utilizzo di tutti gli spazi concessi che comportano il divieto per l'ente di avvalersi nell'esercizio successivo dello stesso beneficio.

Ai sensi del decreto legislativo numero 229/2011 inoltre, gli enti beneficiari hanno l'obbligo di comunicare le informazioni relative agli investimenti realizzati mediante la concessione degli spazi finanziari al sistema di monitoraggio opere pubbliche della Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP-MOP), facendo una distinzione fra le quote finanziate con avanzo e quelle a debito. La sanzione prevista per il mancato adempimento all'obbligo di trasmissione delle informazioni è l'impossibilità di procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato, anche per quanto riguarda processi di stabilizzazione già in corso, fino a che i dati non saranno trasmessi correttamente.

Condizioni necessarie per escludere automaticamente l'offerta anomala

L'applicazione del nuovo Codice dei Contratti (d. lgs. 50/2016) continua ad

impegnare tutti gli operatori del diritto e, soprattutto, il Giudice Amministrativo.

Con la sentenza n. 1034/2017 il TAR Lazio-Roma, ha trattato il tema delle offerte anormalmente basse.

In sintesi la ricorrente, che in una procedura negoziata da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso aveva presentato il maggior ribasso (40,500%) ed era stata per tale offerta automaticamente esclusa, ha impugnato la sua esclusione deducendo che in mancanza di una espressa previsione nella lex specialis della possibilità di fare ricorso all'esclusione automatica così come disciplinata dall'art. 97 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 la Stazione Appaltante non avrebbe potuto procedere all'esclusione automatica dell'offerta ritenuta anomala, ma avrebbe dovuto avviare il sub-procedimento di anomalia in contraddittorio con essa.

Tale censura viene condivisa dal Giudice dato che il dettato dell'art. 97 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, è chiaro nel richiedere espressamente all'Amministrazione che intenda avvalersi dell'esclusione automatica delle offerte anomale di indicare tale facoltà nel bando di gara con apposita clausola.

Al contrario, invece, nel caso in questione la Stazione Appaltante aveva semplicemente indicato nella lettera di invito che "la valutazione delle offerte anormalmente basse" sarebbe avvenuta "sulla base dei criteri indicati dall'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016" e che "nell'esercizio della facoltà prevista dall'art. 97 comma 1 del nuovo Codice" si sarebbe proceduto "alla valutazione della congruità delle offerte ritenute anormalmente basse secondo le modalità indicate dall'art. 97 del nuovo Codice".

Non si trova quindi traccia di alcuna espressa previsione di esclusione automatica mentre, al contrario viene richiamata una disposizione come il comma 1 dell'art. 97 del Codice indicativa proprio dell'assenza dell'esclusione

automatica, in quanto relativa ai chiarimenti che gli operatori possono fornire in caso di offerte che appaiano anormalmente basse.

Alla luce di tali considerazioni, nonché della necessità di interpretare la *lex specialis* secondo i principi comunitari di massima partecipazione e di rispetto del contraddittorio con le imprese partecipanti – che, avversi ad ogni rigido automatismo, impongono di avvisare i concorrenti sulle conseguenze che la formulazione delle loro offerte potrebbe avere, permettendo loro, così di elaborarle in modo consapevole – il Tribunale ha annullato gli atti impugnati.

Legittima la delibera comunale che vieta l'accesso agli asili ai bambini non vaccinati

La sentenza del 16 gennaio, numero 20, del Tar Friuli Venezia Giulia, interviene su un tema di grande attualità cioè quello delle responsabilità genitoriali sulla scelta di vaccinare o meno i figli e sulle possibili decisioni in merito delle amministrazioni locali. Il principio affermato è che la libera scelta di non vaccinare i bambini, oltre ad essere contraria alla legge in vigore e cioè al Dpr numero 355 del 1999, ha come conseguenza quella di non poter iscriverne gli stessi agli asili comunali.

La questione nasce dal ricorso presentato da due coppie di genitori avverso la delibera comunale che, modificando il previgente regolamento delle scuole materne comunali e dei servizi per la prima infanzia, pone come requisito obbligatorio per poter accedere a questi la vaccinazione.

Sono gli stessi giudici amministrativi a sottolineare l'estrema attualità della questione in quanto va a toccare i diritti di scelta educativa dei genitori sui figli, il

diritto alla salute sia in senso collettivo che dei singoli bambini, oltre al fatto di dover contemperare interessi diversi e contrapposti. Viene ricordato che sono obbligatorie per legge le vaccinazioni antidifterica, antitetanica, antipoliomelitica e contro l'epatite B, cioè quattro vaccinazioni sono obbligatorie per legge, ma in assenza delle stesse però, secondo l'articolo 1 del Dpr 355 del 1999, non può essere inibita l'iscrizione alla scuola dell'obbligo. Questa norma però, per la sua specialità e quindi eccezionalità, non è suscettibile di interpretazione estensiva né di ricorso all'interpretazione analogica, al contrario di quanto sostenuto dai ricorrenti. Viene quindi affermata la piena potestà regolamentare del Comune, che viene esercitata per decidere come erogare i servizi di propria competenza, come nel caso specifico quello relativo agli asili per l'infanzia. Inoltre da un altro punto di vista è chiaro che al Comune spetta anche tutelare la salute collettiva, attività che per definizione deve prevalere sulla tutela della salute dei singoli individui, soprattutto considerato che la seconda è per sua natura dubbia.

Il Tar quindi non ha messo in discussione l'autonomia dei genitori nell'esercitare la potestà verso i figli, ma ha evidenziato come questa debba cedere il passo rispetto all'interesse generale. Infatti l'iscrizione all'asilo *“comporta di necessità la convivenza dei bambini in un ambiente ristretto, per cui la mancanza di vaccinazione, per un elementare principio di precauzione sanitaria, si ripercuoterebbe sulla salute degli altri, anche quelli con particolare debolezze e fragilità immunitarie”*. Quindi il pur legittimo e rispettabile interesse individuale dei genitori, deve cadere di fronte al rispetto di quello pubblico, soprattutto quando si parla di salute, cioè un campo dove la razionalità scientifica e la tutela del pubblico interesse devono prevalere su facili suggestioni e decisioni spinte da mode o emotività che restano comunque nella rispettabile piena libertà di ogni singolo individuo.