



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**23 gennaio  
2017**

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

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Il parere del Consiglio di Stato sulle linee guida Anac per gli affidamenti in house
- ❖ Il promotore di un progetto in project financing si assume il rischio della non realizzazione dello stesso
- ❖ Valorizzazione del patrimonio immobiliare mediante comodati d'uso gratuiti per finalità sociali
- ❖ La circolare numero 2/2017 dei servizi demografici avvia i corsi di formazione per l'esercizio delle funzioni di ufficiale di stato civile

**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)**

## **Il parere del Consiglio di Stato sulle linee guida Anac per gli affidamenti in house**

Il Consiglio di Stato ha reso parere favorevole con osservazioni sulle Linee guida vincolanti dell'Anac "per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house", previsto dall'art. 192 del Codice dei contratti pubblici al fine di garantire maggiore pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici.

Coerentemente con i limiti propri dell'attività demandata all'Autorità Nazionale Anticorruzione le linee guida si occupano dei soli requisiti "soggettivi" richiesti per poter ricorrere al modello dell'in house (vengono così individuati ad esempio i soggetti legittimati a richiedere l'iscrizione, le modalità di presentazione della domanda e l'avvio del procedimento) e non delle specifiche condizioni che devono ricorrere perché tale forma di affidamento sia legittima, ossia l'onere per le stazioni appaltanti di motivare il mancato ricorso al mercato (art. 192, comma 2), nonché l'obbligo di pubblicazione e aggiornamento di tutti gli atti connessi all'affidamento, ove non secretati (art. 192, comma 3).

Il Consiglio di Stato evidenzia ancora una volta come la funzione di controllo dell'Anac debba infatti essere pienamente compatibile con il divieto di introdurre "livelli di regolazione superiori a quelli minimi" richiesti dalle direttive europee (cd. "goldplating").

Per tale ragione viene precisato che la pubblicità prevista dalla legge nel suddetto albo non ha portata "costitutiva" ma più semplicemente "dichiarativa": in presenza dei requisiti di legge, la domanda di iscrizione all'elenco consente di per sé di procedere all'affidamento senza gara, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimentale preventiva

(ovvero, non occorre un esplicito atto dell'Anac di iscrizione all'elenco).

Cionondimeno è chiaro come la domanda di iscrizione inneschi una fase di controllo dell'ANAC, tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa – comunitaria e nazionale – subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato. Tale controllo, quando si esercita con esito positivo, non si realizza mediante l'espressione di un "consenso", incompatibile con l'assenza di un regime autorizzatorio, bensì si esaurisce nel mero "riscontro" della sussistenza dei requisiti di legge, con conseguente iscrizione che consolida una legittimazione già assicurata, nei termini descritti, dalla presentazione della domanda.

Al contrario la verifica dell'ANAC si traduce in un provvedimento solo se si conclude con un esito negativo (diniego di iscrizione nell'elenco o cancellazione dallo stesso). In tal caso, l'Autorità non adotta un provvedimento di rigetto di un'istanza, bensì un atto di accertamento negativo, assimilabile a un provvedimento di esercizio del potere inibitorio analogo a quello del citato art. 19 della legge n. 241 del 1990. Tale determinazione rende le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori incapaci (*rebus sic stantibus*) di procedere (per il futuro) ad affidamenti diretti a quella specifica società. L'effetto pregiudizievole del suddetto atto di accertamento negativo consente di qualificarlo alla stregua di un provvedimento amministrativo, come tale impugnabile davanti agli organi della giustizia amministrativa.

Per quanto concerne poi le iscrizioni da parte di Enti che abbiano già provveduto a ricorrere all'affidamento in house, tali affidamenti resteranno efficaci ma, nel caso di accertamento negativo dei requisiti, l'Anac potrà agire attraverso la cd. "raccomandazione vincolante", invitando l'amministrazione a rimuovere il provvedimento illegittimo.

Infine il Consiglio di Stato propone di riformulare il punto 6 dello schema di Linea Guida relativo al requisito del cd. “controllo analogo” dato che, in questo ambito, l’Autorità non può fissare parametri vincolanti e, pertanto, quelli che si riterrà di dover indicare dovranno essere considerati meramente esemplificativi, poiché altrimenti ciò costituirebbe una integrazione o una modifica delle “regole elastiche fissate dalla legge”.

**Il promotore di un progetto in project financing si assume il rischio della non realizzazione dello stesso**

L’Amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l’affidamento della concessione relativa alla realizzazione di lavori pubblici anche dopo aver dichiarato di pubblico interesse la proposta e aver individuato il promotore privato. Questo in quanto tale scelta costituisce una manifestazione di discrezionalità amministrativa, un campo in cui le valutazioni circa l’effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell’opera sono talmente variabili e complesse da non poter essere imposte con la coercizione in un giudizio di legittimità svolto innanzi ad un Tar. Inoltre, il vantaggio acquisito dal privato proponente derivante dalla dichiarazione di pubblico interesse ha effetto all’interno di una gara, soltanto dopo che l’Amministrazione ha deciso di affidare la concessione.

Questi sono i principi affermati dal Consiglio di Stato, Sezione V, con la sentenza del 18 gennaio 2017, numero 207, in cui ha ribadito il proprio orientamento in tema di project financing.

Per i giudici della V Sezione, fatte queste premesse, dopo la dichiarazione di

pubblico interesse dell’opera non nasce un autonomo, speciale e distinto rapporto precontrattuale, caratterizzato dalla responsabilità precontrattuale per l’Amministrazione di dare comunque corso alla procedura di finanzia di progetto. Questo in quanto deve perdurare l’attualità dell’interesse pubblico alla realizzazione dell’opera e il perdurare o meno di questo stato dei fatti è riservato all’autonoma valutazione dell’Amministrazione. L’ente pubblico infatti dovrà valutare che persista la convenienza della realizzazione, senza dover essere in alcun modo condizionato anche da informali contratti precedenti finalizzati all’elaborare le “*proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità*” da parte del promotore, come previsto dall’articolo 153 del decreto legislativo numero 163 del 2006. Il promotore di un progetto, assume consapevolmente quindi il rischio che quanto da lui elaborato e presentato non venga poi ritenuto conforme all’interesse pubblico e per questo non si debba davvero realizzare, come stabilisce la Sezione III del Consiglio di Stato con la sentenza del 20 marzo 2014 numero 1365. Inoltre ancor di più non si potrà invocare una responsabilità precontrattuale quando il soggetto non abbia neppure ancora acquisito la posizione di promotore finanziario, come ad esempio quando si parla di solo potenziali concorrenti rispetto alla terza fase del procedimento di affidamento a cui sono ammesse, oltre al promotore finanziario, le prime due imprese classificate nella licitazione privata: in queste situazioni, la posizione di tali imprese non può essere nemmeno equiparata a quella del promotore finanziario, essendo meri concorrenti e non avendo proposto loro il progetto da realizzarsi.

La vicenda nasce dalla richiesta di risarcimento danni, fatta dalle aziende di un raggruppamento temporaneo di imprese che aveva partecipato ad una procedura di project financing per la progettazione, realizzazione e successiva gestione di impianti di depurazione, nei

confronti della Regione e del Commissario di Governo delegato per le bonifiche e a tutela delle acque nello stesso territorio, per una presunta responsabilità precontrattuale. Il giudice di primo grado ha respinto la richiesta in quanto ha ritenuto che l'Ati non avesse ancora alcuna posizione soggettiva tutelabile, tale da poter far riconoscere una responsabilità precontrattuale, né al momento dell'avvio del procedimento di revoca della procedura di project financing, né alla sua conclusione, in quanto il procedimento di secondo grado è stato iniziato in una fase in cui non solo non era stato ancora selezionato il futuro concessionario, ma nemmeno era stata ancora avviata la relativa procedura negoziata.

Il Consiglio di Stato conferma la valutazione, in quanto anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera non nasce un autonomo e distinto rapporto precontrattuale interessato dalla responsabilità precontrattuale che vincoli l'amministrazione a dar poi comunque corso alla procedura di finanza di progetto. Sino all'affidamento quindi, la valutazione amministrativa relativa al perdurare dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua a rimanere incondizionata. Nella fase intermedia la Pubblica Amministrazione deve soltanto curarsi del fatto che la realizzazione dell'opera sia ancora di attualità e conveniente, senza essere vincolata o anche solo condizionata nella scelta da eventuali contatti informali, che hanno solo lo scopo di elaborare "*proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità*" da parte del promotore. Tutto sommato infatti, il promotore nell'elaborare e presentare conseguentemente un progetto e accessori, si assume consapevolmente il rischio che quanto proposto non venga poi ritenuto dalla Pubblica Amministrazione conforme all'interesse pubblico e dunque che non si debba veramente realizzare, come già sancito nella sentenza numero 1365 della Sezione III del Consiglio di Stato del 20

marzo 2014. Insomma non è in conclusione invocabile una responsabilità precontrattuale della PA, perché vi è nel momento di presentazione del progetto l'assunzione del rischio che la PA ritenga non conveniente realizzare quell'opera.

### **Valorizzazione del patrimonio immobiliare mediante comodati d'uso gratuito per finalità sociali**

La gestione del patrimonio immobiliare da parte degli enti pubblici, ed in particolare dei Comuni, pone, oggi, non pochi problemi.

A fronte di una tensione legislativa volta ad ottimizzare ad ogni costo il patrimonio immobiliare pubblico, anche attraverso la dismissione dei beni non strettamente necessari o loro affidamento a terzi a titolo oneroso, non va tuttavia dimenticato come le finalità dell'Ente pubblico – specie se a carattere territoriale e competenze generali come il Comune – possano ed anzi debbano essere volte innanzitutto a conseguire un'utilità per la propria comunità, prima ancora di raggiungere un qualsivoglia vantaggio economico.

E' sulla scorta di tale ragionamento che la Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Molise, ha mandato assolti – con la sentenza n. 12/2017 – il Responsabile dell'Area Tecnica di un Comune, il Segretario comunale ed i consiglieri comunali che adottarono nel 2011 una deliberazione consiliare con la quale furono concessi in comodato d'uso gratuito per un periodo di tre anni ad una Cooperativa locale alcuni immobili di proprietà comunale.

Per la precisione tale comodato d'uso era stato disposto affinché i beni concessi venissero utilizzati nell'ambito di un progetto di sviluppo locale volto, in

sostanza, a recuperare e valorizzare una parte del territorio comunale, al fine di creare un polo di attrazione agricolo e turistico integrato, con valenza ambientale e di interesse regionale, per generare flussi di fruitori destinati al cd. Turismo Rurale.

Alla richiamata deliberazione consiliare faceva poi seguito una delibera di Giunta comunale con cui veniva approvato uno schema della convenzione da stipulare con la Cooperativa, con relativo incarico al Responsabile dell'Area Tecnica di procedere alla sua sottoscrizione.

In linea con gli obiettivi prefissi ed auspicati dall'Amministrazione locale, la cooperativa riusciva a realizzare un'area camping attrezzata con docce, un bar, un ristorante con menù tipico, un'ampia zona pic-nic, nonché ad organizzare nelle diverse stagioni eventi sportivi e gastronomici.

Alla luce di siffatti rapporti, la competente Procura regionale ha tuttavia deciso di convenire in giudizio i soggetti sopra citati in quanto il carattere gratuito della concessione in comodato d'uso non risponderebbe affatto ai criteri di valorizzazione del patrimonio e, più in generale, di economicità ed efficienza imposti dalla legge, in quanto non solo non produrrebbe alcuna entrata per il Comune ma causerebbe un impoverimento dello stesso Ente, considerate le risorse pubbliche a suo tempo spese per l'area e le strutture oggetto di comodato. Ciò nonostante – sottolinea il Requirente - che "l'art. 58 del d.l. n. 112/2008 imponga ai Comuni di individuare tutti gli immobili esistenti sul proprio territorio non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali al fine della loro valorizzazione o dismissione".

A detta della Procura, infatti, il danno erariale patito dall'Ente equivarrebbe al possibile canone locativo annuo al quale il Comune proprietario poteva concedere l'uso degli immobili in questione, canone che viene stimato dalla competente Agenzia del Demanio in euro 5.000,00.

Quanto, poi, all'imputabilità del danno in parola ai soggetti citati in giudizio ed, in particolare, ai consiglieri comunali, viene contestata la grave violazione delle più "fondamentali regole, di matrice comunitaria e costituzionale, che presidiano alla valorizzazione, gestione e affidamento all'esterno del patrimonio pubblico e alla concessione di vantaggi economici a terzi privati, la cui conoscenza e osservanza si impongono agli amministratori e funzionari pubblici quale impegno professionale minimo con cui debbono adempiere ai loro obblighi e doveri di servizio".

Anzi, a detta della Procura lo stesso tenore della discussione che ha preceduto l'adozione della delibera consiliare mostrerebbe una chiara consapevolezza da parte dei presenti, atta ad escludere qualsivoglia buona fede, circa la realizzazione dell'illecito obiettivo di concedere gratuitamente l'uso degli immobili pubblici in questione direttamente ed esclusivamente alla cooperativa.

A fronte di siffatta pretesa risarcitoria, il Giudice adito ritiene non sussistere alcuna responsabilità amministrativa in capo ai convenuti per assenza dell'elemento oggettivo del danno patrimoniale per le finanze pubbliche.

Il Collegio giudicante evidenzia infatti come a detta di parte attrice il danno erariale sarebbe individuabile in quel canone (stimato a posteriori dall'Agenzia del Demanio) che era congruo esigere ed a cui l'Ente avrebbe così deliberatamente rinunciato.

Orbene, anche ad ammettere che il danno così individuato presenti quei connotati di attualità e concretezza richiesti per affermare una responsabilità amministrativa, la Corte ha finemente rilevato che, tuttavia, per effetto della concessione in comodato d'uso gratuito degli immobili comunali alla cooperativa, nonostante il mancato introito del corrispettivo che sarebbe spettato all'ente

proprietario se fosse stato concesso a titolo oneroso, il Comune ha “comunque conseguito una corrispondente utilità, identificabile nella innegabile finalità sociale che, attraverso la concessione in comodato gratuito ad una cooperativa composta da giovani del posto, si è voluta, nel caso di specie, conseguire”.

Il Giudice molisano – lungi dall'appiattirsi su quello schema, spesso propugnato, secondo cui le finalità degli Enti pubblici dovrebbero sempre e comunque essere subordinate alla cura delle proprie finanze – afferma senza mezzi termini che, se è vero che il comune “ha perso l’opportunità” di conseguire il canone annuo di euro 5.000,00 che era congruo esigere, “è altrettanto vero che l’ente locale, attraverso la concessione mediante affidamento diretto degli immobili in questione ad una cooperativa di giovani locali ha voluto comunque conseguire, in un territorio caratterizzato da una forte depressione occupazione giovanile, una finalità di evidente valenza politica, economica e sociale, da identificare nell’aver dato occupazione ad alcuni giovani locali che, in tal modo, hanno potuto avviare una, seppur piccola, attività imprenditoriale.

Ed infatti il Collegio afferma, senza timore di smentite, che “allo stato della grave crisi economica che caratterizza il nostro Paese ormai da quasi dieci anni, anche lo sviluppo economico e sociale del territorio e la lotta all’occupazione, mediante l’agevolazione e il rilancio di insediamenti produttivi e commerciali, rientrano ormai fra gli obiettivi prioritari e le finalità istituzionali di un ente locale”.

Ecco che, allora, anche le eventuali irregolarità, e finanche le violazioni di legge ravvisabili nella concessione degli immobili in questione mediante l’affidamento diretto ad una cooperativa di giovani del posto, senza l’espletamento di una gara ad evidenza pubblica, vengono poste in secondo piano dal Collegio a fronte della innegabile utilità conseguita dalla comunità locale.

In conclusione, l'utilità sociale prefissa e conseguita dal comune induce la Corte ad affermare che, quand'anche l'Ente avesse subito un danno per effetto del mancato introito del corrispettivo che gli sarebbe spettato se gli immobili in questione fossero stati concessi a titolo oneroso, il danno in questione sarebbe comunque da ritenere compensato dalla suddetta utilità sociale conseguita dall'ente locale e, pertanto, viene così meno l'elemento oggettivo di un danno patrimoniale per le finanze del comune in relazione ai fatti esposti, con conseguente assoluzione di tutti gli imputati.

**La circolare numero 2/2017 dei servizi demografici avvia i corsi di formazione per l'esercizio delle funzioni di ufficiale di stato civile**

Prende il via la procedura per delegare i dipendenti comunali a svolgere le funzioni di ufficiali di stato civile. La procedura prevede che entro il 28 febbraio le prefetture chiedano l’autorizzazione al Viminale per i corsi di abilitazione dedicati al personale che abbia un’anzianità, nell’esercizio di quelle funzioni, superiore a cinque anni. La Direzione centrale per i servizi demografici del Ministero dell’Interno, con la circolare numero 2/2017 ha informato le associazioni di categoria degli ufficiali di stato civile della cosa, dando il via all’organizzazione dei corsi di formazione che “*i dipendenti a tempo indeterminato e, in caso di esigenze straordinarie e temporalmente limitate, a tempo determinato del comune*” devono frequentare e superare per essere autorizzati ad esercitare le funzioni di ufficiale dello stato civile. Le prefetture dovranno indicare nella richiesta il numero di partecipanti da abilitare, inviando il tutto all’indirizzo di posta elettronica certificata

servizidemografici.prot@pec.interno.it.

Il Dpr numero 396/2000, regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, stabilisce al comma 3 dell'articolo 1 che le funzioni possono essere delegate ai dipendenti comunali, anche a tempo determinato ma solamente in casi straordinari e per esigenze temporalmente limitate, dopo che questi hanno superato l'apposito corso, oppure al presidente della circoscrizione o ad un consigliere comunale che può esercitare le funzioni nei quartieri o nelle frazioni. Può anche essere delegato il segretario comunale.

Queste funzioni possono anche essere delegate a consiglieri, assessori e cittadini italiani, a patto che abbiano i requisiti per l'elezione a consigliere comunale, limitatamente alla celebrazione dei matrimoni e dall'11 febbraio 2017, anche delle unioni civili in quanto è la data di entrata in vigore del decreto legislativo numero 5/2017 "Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili", in attuazione della legge numero 76 de 20 maggio 2016.

Il comma 2 dell'articolo 4 del già citato Dpr 396/2000, stabilisce inoltre che nelle more della conclusione dei corsi, il sindaco possa delegare le funzioni ai dipendenti *"che hanno svolto per almeno cinque anni le funzioni di ufficiale dello stato civile ovvero le hanno svolte per un periodo inferiore e hanno frequentato uno dei corsi di aggiornamento professionale organizzati dal Ministero dell'interno"*. Come ultima fattispecie, in caso di emergenze o motivi gravi, ogni dipendente a tempo indeterminato può essere delegato ad esercitare le funzioni di ufficiale di stato civile.