



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**20 marzo
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ L'indagine di mercato non è obbligatoria per gli affidamenti diretti di valore inferiore ai 40.000 euro
- ❖ Possibile la compensazione fra Comune controllante e società in house
- ❖ Le assunzioni di personale mediante la procedura di mobilità volontaria non incidono sui contingenti assunzionali previsti dalla legge per le assunzioni dall'esterno
- ❖ Lo Stato non può automaticamente riversare sugli enti locali e sulle Regioni le sanzioni europee per le discariche abusive

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

L'indagine di mercato non è obbligatoria per gli affidamenti diretti di valore inferiore ai 40.000 euro

Il T.A.R. Napoli ha specificamente affrontato, con la sentenza 23.2.2017, n. 1103, la questione se, anche nelle ipotesi di affidamento diretto dell'appalto, il RUP sia tenuto o meno ad esperire un'indagine di mercato.

Il problema di diritto attiene, in particolare, all'interpretazione della procedura semplificata nell'ambito dei 40 mila euro – come disciplinata dall'art. 36, co. 2, lett. a) del Codice degli appalti, ma anche alla luce delle successive Linee Guida n. 4 dell'ANAC – che consente, previa adeguata motivazione, l'affidamento diretto del contratto.

Nel caso portato all'attenzione del giudice campano il ricorrente ha, anzitutto, eccetto il mancato possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario, in relazione al possesso dell'automezzo richiesto per il servizio di trasporto scolastico, senza tuttavia cogliere nel segno. Il contratto con cui una ditta terza si è impegnata a mettere a disposizione dell'aggiudicatario a titolo di locazione ai sensi dell'art.1571 c.c. il mezzo di trasporto non viene ritenuto contrastare con il Capitolato del servizio, dal momento che quest'ultimo prevede che l'automezzo necessario alla svolgimento del servizio debba essere "in regolare possesso" dell'appaltatore senza ulteriori specificazioni, e dunque con tutta evidenza non richiedendo la necessaria proprietà dello stesso.

Viene poi contestata l'ulteriore circostanza per cui l'affidamento sia avvenuto senza gara, motivato dall'urgenza di assicurare il servizio di trasporto scolastico in alcune "zone limitrofe e disagiate del paese".

Il giudice ha rigettato anche questo motivo di gravame dato che "la scelta del Comune intimato fu dettata dalla necessità di fronteggiare l'esigenza di un nucleo

familiare, non abbiente e con ben cinque aventi diritto".

Nel caso in questione l'affidamento risultava evidentemente urgente "perché strumentale all'erogazione dell'obbligo di istruzione incombente, per Costituzione e per legge, sull'ente locale".

Quanto, poi, al menzionato mancato esperimento di un'indagine di mercato, il Giudice ricorda trattarsi di appalto "sottosoglia, avente ad oggetto un servizio di valore inferiore ad euro 40.000" e che le norme in materia (art. 36, co. 2, lett. a) del Codice) non impongono neppure il rispetto di formalità procedurali trattandosi di norma immediatamente operativa e non subordinata alle indagini di mercato di cui al successivo art. 216, co. 9.

D'altro canto il principio espresso dal Tribunale pare pienamente condivisibile considerato che la stessa ANAC, con le linee guida n. 4 - dedicate all'introduzione di modelli di comportamento virtuosi in relazione alle procedure nel sotto soglia comunitario - non ha previsto affatto l'esperimento di una indagine di mercato ma, al limite, una comparazione tra preventivi.

In relazione all'avvio della procedura, l'ANAC ha infatti precisato che "al fine di assicurare il rispetto dei principi di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 50/2016 e delle regole di concorrenza, la stazione appaltante può acquisire informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari".

Così stando le cose, sarà pertanto rimessa al RUP la decisione se procedere, o meno, con una indagine almeno informale avendo ben presente che potrà, al contrario, procedere ad un affidamento diretto, con la sola attenzione di motivare adeguatamente il provvedimento.

Anche le disposizioni introdotte dal decreto correttivo al Codice confermano, indirettamente, tale lettura laddove prevedono, ad esempio, la possibilità

dell'utilizzo di una determinazione a contrarre a contenuto essenziale (che verrà inserita al co. 2 dell'art. 32 del Codice) "che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti".

Possibile la compensazione fra Comune controllante e società in house

Una buona linea in materia di gestione delle società partecipate si può ricavare dalle tre deliberazioni della sezione di controllo della Corte dei Conti del Veneto, le numero 75, 110 e 111 del 2017, che hanno tutte per oggetto l'esame di rendiconti comunali.

Sul tema della governance, nella deliberazione numero 75/2017, si specifica che nel momento in cui si utilizzano risorse pubbliche, seppur nella forma e con strutture societarie privatistiche, diventano obbligatorie alcune regole di comportamento ed alcune cautele per i soggetti che le gestiscono. Vista la natura pubblica delle risorse utilizzate, gli obblighi e le cautele di cui sopra non vengono meno neanche nel caso di scelte politiche che mettano a carico della società pubblica, cioè quindi indirettamente a carico degli enti locali soci, i costi per attività e servizi che si prefiggono obiettivi di promozione economica e sociale a vantaggio della comunità, seppur non remunerativi. Questo tipo di scelte, visto che hanno un impatto negativo sul patrimonio della società, hanno come presupposto che la stessa abbia la solidità per poter far fronte alle spese senza compromettere il proprio equilibrio finanziario e patrimoniale. Gli obblighi e i vincoli di cui stiamo parlando,

sono ancora più stringenti soprattutto dopo una serie di esercizi finanziari in perdita che impongono al Comune di rivalutare se vi siano ancora le condizioni tecniche, le ragioni di convenienza economica e la sostenibilità politico-sociale che avevano portato in origine a scegliere la creazione di una società con un modulo privatistico per la gestione di determinati servizi.

Qualora la società svolga un'attività imprenditoriale di tipo commerciale e non invece un servizio pubblico o di utilità collettiva, la gestione delle finanze deve comunque essere tale da garantire l'equilibrio di bilancio, come spiega la delibera numero 110/2017. La scelta di versare tutti i proventi al Comune per ottenere poi la corresponsione dallo stesso di un canone percentuale svincolato totalmente dai costi di gestione, è un meccanismo che crea uno squilibrio strutturale per un'impresa che teoricamente dovrebbe operare sul mercato secondo criteri di economicità. Tale procedura infatti, nonostante la gestione della società ottenga ricavi superiori ai costi, fa sì che gli utili si trasformino automaticamente in perdite per il fatto che il socio pubblico trattiene per sé una percentuale di ricavi superiore ai costi, facendo andare il bilancio dell'impresa in perdita. Lo squilibrio creato inoltre, deve per forza di cosa essere ripianato costantemente dal Comune, con conseguenze negative sul bilancio dell'ente pubblico stesso. Si tratta di un palese esempio di violazione dei principi di una sana gestione finanziaria.

E' legittimo che una società in house rientri da una situazione debitoria nei confronti del Comune controllante mediante una compensazione, ma questa, come indica la delibera numero 111/2017, deve avere connotati di serietà ed effettività e stare all'interno dei criteri stabiliti dall'ordinamento contabile degli enti locali.

Questo perché tutti gli enti pubblici, fra cui i Comuni, hanno una generale capacità di diritto privato e possono di conseguenza utilizzare tutti gli strumenti garantiti

dall'ordinamento per perseguire i propri fini, a patto che non siano contrari alla legge o alle finalità pubblicistiche. Non vi sono quindi divieti di sorta alla compensazione nei rapporti contrattuali tra soggetti privati ed enti locali. In particolare non vi è alcun problema per quanto riguarda la compensazione legale fra crediti/debiti reciproci, come disciplinata dall'articolo 1243, comma 1, del codice civile, quando sono certi, liquidi ed esigibili, ossia esistenti e determinati o determinabili nel loro ammontare, che non siano oggetto di contestazione fra le parti e scaduti, cioè immediatamente esigibili perché non sottoposti a termine o condizione. Altra situazione invece si ha quando la compensazione riguardi un credito comunale già esistente che derivi dal mancato rimborso da parte della società delle rate di mutui relativi al sistema idrico con dei crediti genericamente maturati dalla società stessa nei confronti dell'ente oppure con i lavori eseguiti da questa per conto dell'ente pubblico socio.

In questo caso l'ammontare del credito iscritto nel bilancio del Comune come residuo attivo per il rimborso dei ratei di mutuo non corrisposto dalla società deve corrispondere al debito dovuto, sempre per il medesimo titolo, dalla società partecipata. E' necessario inoltre che vi sia una totale corrispondenza tra il credito vantato dalla partecipata nei confronti dell'ente, come corrispettivo del servizio di gestione, e la posta debitoria iscritta al medesimo titolo nel bilancio del Comune.

Perciò è dubbia l'ammissibilità della compensazione fra crediti certi dell'ente e crediti incerti della partecipata sia nel titolo che nella qualificazione. In questa situazione infatti ci troveremmo di fronte non ad una compensazione, ma all'esecuzione di una prestazione al posto dell'adempimento, con il problema derivante della rappresentazione reciproca e coerente dei crediti da estinguersi nelle rispettive scritture contabili.

Le assunzioni di personale mediante la procedura di mobilità volontaria non incidono sui contingenti assunzionali previsti dalla legge per le assunzioni dall'esterno

Con proprio parere n. 37 del 29.3.2017 la Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione Liguria, ha sciolto il quesito posto da un Comune circa la possibilità, in difetto di capacità assunzionale dell'Ente (essendo intervenuta solo una cessazione nel corso del 2016 per la quale è prevista una capacità di spesa, in termini di turn over, pari al 25%) di acquisire ugualmente personale, tramite mobilità volontaria ex art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, di categoria anche superiore a quella dell'unità cessata, proveniente da Ente sottoposto anch'esso a limiti assunzionali.

In altri termini, inquadrando la procedura di mobilità nell'ambito dell'art. 1 comma 47 della legge n. 311 del 2014 (operazione finanziariamente neutra), il Sindaco chiede se sia possibile acquisire l'unità di personale (previo avviso pubblico che predetermini i criteri di selezione) anche senza rispettare i limiti percentuali del turn over previsti per le assunzioni, purché venga rispettato il pareggio di bilancio e il tetto massimo alla spesa di personale posto dal comma 557 dell'art. 1 della legge finanziaria 2007.

A detta della Sezione il quesito può essere positivamente sciolto proprio facendo riferimento all'art. 1, comma 47, della legge n. 311/2004, per cui "in vigore di disposizioni che stabiliscono un regime di limitazione delle assunzioni di personale a tempo indeterminato, sono consentiti trasferimenti per mobilità, anche intercompartimentale, tra amministrazioni sottoposte al regime di limitazione, nel rispetto delle disposizioni sulle dotazioni organiche e, per gli enti locali, purché abbiano rispettato il patto di stabilità interno per l'anno precedente".

Tale norma, basandosi sul principio di

neutralità finanziaria elaborato proprio dalla giurisprudenza del Giudice contabile (su tutte la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti, in sede di controllo n. 59/CONTR/10) dispone, pertanto, che le assunzioni di personale mediante la procedura di mobilità prevista dall'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 non incidono sui contingenti assunzionali previsti dalla legge per le assunzioni dall'esterno.

Difatti, la procedura di mobilità non determina, a livello di comparto pubblico, alcun aumento complessivo della spesa di personale che rimane immutata nel suo ammontare verificandosi solo uno spostamento di personale da un'amministrazione ad un'altra e, conseguentemente, non ha incidenza sulle capacità assunzionali degli Enti.

L'applicazione di tale normativa è, però, sottoposta a due limitazioni, una di carattere generale ed una di carattere specifico.

La prima concerne il rispetto delle disposizioni sulle dotazioni organiche nonché il rispetto del patto di stabilità interno per l'anno precedente (pareggio di bilancio 2016).

La seconda è rappresentata dal vincolo di cui al comma 424 della legge n. 190/2014 per cui non è possibile ricorrere liberamente alla procedura di mobilità di cui all'art. 30 cit. fintanto che sono in corso le procedure di ricollocamento obbligatorio dei dipendenti degli enti di area vasta.

Tale vincolo, peraltro, non sussiste più per la Regione Liguria e per gli enti locali del territorio ligure, motivo per cui il Comune richiedente potrà pertanto procedere alla mobilità oggetto del presente parere, rispettando i limiti generali disposti dalla normativa di riferimento ossia il pareggio di bilancio e il tetto massimo alla spesa di personale posto dal comma 557 della legge finanziaria 2007.

Lo Stato non può automaticamente riversare sugli enti locali e sulle Regioni le sanzioni europee per le discariche abusive

La sistematica violazione delle normative europee sulle discariche abusive da parte dell'Italia, comporta una serie di pesanti sanzioni che vengono inflitte dall'Unione Europea. Queste sanzioni, non possono essere riversate sistematicamente ed in automatico sulle Regioni e sui Comuni, senza che vi sia prima un puntuale accertamento delle responsabilità che gravano sui singoli enti per le violazioni ambientali commesse sui territori di pertinenza, in quanto la Corte di Giustizia Europea ha indicato lo Stato italiano come responsabile per le falle nel sistema di gestione dello smaltimento rifiuti.

Questo è quanto ha stabilito il Tar del Lazio, Sezione II, con una serie di pronunce, le numero 3400, 3401, 3406, 3408, 3409, che hanno accolto i ricorsi di diversi Comuni e Regioni contro i provvedimenti di rivalsa del Ministero delle Finanze a danno degli enti territoriali finalizzati a recuperare quanto pagato in termini di sanzioni pecuniarie dall'Italia a causa della sentenza di condanna della corte di Giustizia UE del 2 dicembre 2014, causa C-196/13, per le continue e reiterate violazioni delle direttive europee sulle discariche abusive, visto che questa rivalsa avveniva in maniera automatica, senza un approfondimento sostanziale ed un'indagine sui reali responsabili delle violazioni o dei mancati controlli.

La Ragioneria Generale dello Stato, mediante i provvedimenti impugnati, aveva disposto la rivalsa, in quanto amministrazioni responsabili, nei confronti di diversi comuni liguri, friulani e siciliani, oltre che alle rispettive Regioni di appartenenza in solido, in conseguenza della notifica della sentenza della Corte di Giustizia Europea che condannava l'Italia

a pagare una sanzione forfettaria di 40 milioni di euro più interessi di mora ammontanti ad 85.589,04 euro e della prima penalità semestrale pari a 39,8 milioni, fino a che non fosse superata la criticità delle discariche abusive dislocate sul territorio nazionale.

I provvedimenti del Ministero, ricostruiscono le sentenze e danno applicazione all'articolo 43, comma 4, della legge numero 234/2012, che autorizza lo Stato a rivalersi nei confronti dei reali responsabili delle violazioni degli obblighi prescritti dalla normativa europea, dopo averli individuati. Nel caso in oggetto, la decisione è quella di imputare una somma di 400 mila euro per ogni discarica contenete rifiuti pericolosi e 200 mila per quelle senza questo tipo di materiali, come stabilito dalla Corte di Giustizia UE, a ciascuna amministrazione sul cui territorio queste discariche sono collocate, anche mediante la compensazione con i trasferimenti statali, cioè tagliandoli fino ad ottenere la cifra dovuta.

I magistrati amministrativi, accolgono le ragioni degli enti ricorrenti, in quanto viene rilevato come la presidenza del Consiglio, il Ministero delle Finanze ed il Ministero dell'Ambiente, abbiano semplicemente escluso qualsiasi responsabilità dello Stato addossando automaticamente e direttamente sui Comuni e sulle Regioni territorialmente interessate le responsabilità ai sensi degli articoli 250 e 252 del decreto legislativo numero 152/2006, senza aver eseguito alcuna indagine istruttoria, discarica per discarica, finalizzata ad accertare le responsabilità delle violazioni ambientali.

Il Codice dell'ambiente attribuisce l'obbligo sussidiario a Comuni e Regioni di provvedere d'ufficio alle misure di prevenzione nei casi di contaminazioni ambientali se non provvedono a ciò i soggetti responsabili o questi soggetti non siano individuabili, né lo siano i proprietari, demandando la procedura di bonifica in via definitiva dei siti inquinati alla competenza del Ministero dell'Ambiente e

della tutela del territorio e del mare.

Sulla base delle norme contenute nel codice dell'ambiente appena richiamate, il Tar del Lazio stabilisce che per poter avviare una procedura di rivalsa per il recupero della sanzioni pecuniarie derivanti dalla violazione degli obblighi comunitari, sarebbe stata necessaria una preventiva indagine puntuale delle reali responsabilità per ogni singola discarica abusiva, che possono essere imputabili, sulla base della giurisprudenza e della normativa in materia, sia allo Stato che alle Regioni e ai Comuni.

Per questo, tutte le pronunce che hanno tenore identico concludono che vadano accolti i ricorsi degli enti locali e delle Regioni interessate, in quanto lo Stato non si è occupato di accertare le reali responsabilità per le discariche abusive mediante un'istruttoria puntuale con formale contraddittorio, che avrebbe permesso di ripartire in maniera corretta l'ammontare delle sanzioni, graduandole sulla base dei diversi livelli amministrativi, del grado di pericolosità ambientale e della gravità delle violazioni accertate. Lo Stato invece ha automaticamente individuato Regioni e Comuni come responsabili in solido delle violazioni del diritto europeo, non tenendo minimamente in considerazione le indicazioni della stessa corte di Giustizia Europea che ha esplicitato nella sua sentenza come la competenza legislativa in materia di gestione dei rifiuti sia una competenza esclusiva dello Stato e di conseguenza le mancanze in questo campo siano da imputare allo Stato italiano.