



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**27 marzo
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Regole per la mobilità fra enti pubblici
- ❖ Approvato il correttivo al Codice degli Appalti
- ❖ L'annullamento in autotutela di un provvedimento autorizzativo da parte del Comune deve avvenire entro un termine ragionevole
- ❖ L'organo politico può transare una controversia solo dopo aver acquisito il parere dei responsabili

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

Regole per la mobilità fra enti pubblici

La Corte dei conti Liguria con la deliberazione del 29 marzo numero 37/2017/PAR ha risposto alla richiesta di parere proposta da un ente locale su una questione relativa al personale e cioè se in difetto di capacità assunzionale sia legittima l'acquisizione di personale anche di categoria superiore all'unità cessata che provenga da un ente sottoposto a sua volta a limiti assunzionali, tramite mobilità volontaria ex articolo 30 del decreto legislativo numero 165/2001. Detta diversamente, una volta inquadrata la procedura di mobilità all'interno dell'articolo 1, comma 47 della legge Finanziaria per il 2005, la numero 311/2004, cioè chiarito che debba essere un'operazione finanziariamente neutra, si richiede se sia possibile acquisire l'unità di personale, previo avviso pubblico che stabilisca preventivamente i criteri di selezione, anche senza rispettare i limiti percentuali del turn over previsti per le assunzioni, a patto che sia rispettato il pareggio di bilancio ed il tetto massimo alla spesa per il personale stabilito dall'articolo 1, comma 557, della legge numero 296/2006, cioè la Finanziaria 2007.

Nella delibera in esame viene data la risposta al quesito, sostenendo che già fosse desumibile dall'articolo 1, comma 47, della legge finanziaria per il 2005, che prevede che siano consentiti i trasferimenti per mobilità anche intercompartimentale, anche in vigenza di disposizioni che limitano le assunzioni di personale a tempo indeterminato, fra amministrazioni sottoposte allo stesso vincolo limitativo, rispettando le disposizioni sulle dotazioni organiche e a patto che gli enti locali abbiano rispettato il patto di stabilità interno per l'anno precedente.

Questa normativa richiamata si basa sul principio di neutralità finanziaria elaborato dalla giurisprudenza contabile, disponendo

che le assunzioni di personale attraverso la procedura di mobilità ex articolo 30 del decreto legislativo numero 165/2001 non incidano sui limiti assunzionali previsti dalla legge per le assunzioni esterne. Del resto la procedura di mobilità interna non determina alcun aumento complessivo della spesa di personale nel comparto della Pubblica Amministrazione, ma questa resta identica nel suo ammontare, si sposta solamente un'unità di personale da un ente ad un altro. Sul punto va anche ricordato che la mobilità per passaggio diretto prevista dall'articolo 30 del decreto numero 165 integra una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e quindi una cessione del contratto, come ribadisce costante giurisprudenza, non avendo quindi alcuna incidenza sulle capacità assunzionali degli enti; vedasi come esempio la sentenza del Tar Lazio, Roma sez. III-quater, del 3 febbraio 2017 numero 1764.

La Corte dei Conti ligure però espone come l'applicazione di tale normativa sia sottoposta a due limitazioni. La prima riguarda il rispetto di normative di carattere generale, come le disposizioni sulle dotazioni organiche ed il rispetto del patto di stabilità interno per l'anno precedente, cioè il pareggio di bilancio 2016. La seconda è invece di carattere specifico, cioè il vincolo previsto dall'articolo 1, comma 424, della legge numero 190/2014 secondo la quale non è possibile ricorrere liberamente alla procedura di mobilità di cui all'articolo 30 del decreto legislativo numero 165/2001 mentre sono ancora in corso le procedure di ricollocamento obbligatorio dei dipendenti degli enti di area vasta. Dove il vincolo non fosse più sussistente, l'ente locale avrà la possibilità di procedere alla mobilità rispettando i limiti generali imposti dalla normativa di settore, cioè il pareggio di bilancio ed il tetto massimo della spesa per il personale previsto dal comma 557 dell'articolo 1 della Finanziaria 2007.

Approvato il correttivo al Codice degli Appalti

Il Consiglio dei ministri ha approvato, in esame definitivo, un decreto legislativo correttivo del D. Lgs. 50/2016, meglio noto come Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

L'intervento apporta modifiche e integrazioni al Codice, volte a perfezionarne l'impianto normativo confermandone i pilastri fondamentali, in modo da perseguire efficacemente l'obiettivo dello sviluppo del settore. Nell'introdurre tali modifiche, il Governo ha tenuto conto delle consultazioni effettuate dal Parlamento, delle osservazioni formulate dall'ANAC e delle considerazioni del Consiglio di Stato. Sono state tenute in considerazione, inoltre, le segnalazioni dei responsabili unici del procedimento effettuate nell'ambito delle consultazioni della Cabina di regia istituita dallo stesso Codice, nonché quelle effettuate in attuazione della legge delega, che prevedeva la consultazione, da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'ANAC, delle principali categorie di soggetti destinatari del provvedimento correttivo. Sono state, pertanto, esaminate 502 proposte di modifica pervenute dagli stakeholder, 94 proposte normative trasmesse dalla Cabina di regia e 110 richieste di modifica pervenute da soggetti non invitati formalmente alla consultazione pubblica, ma che hanno comunque inviato i propri contributi.

Infine, sul nuovo testo sono stati acquisiti i pareri della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari.

Le modifiche hanno seguito essenzialmente tre direttrici:

- modifiche di coordinamento ai fini di una più agevole la lettura e l'interpretazione del

testo;

- integrazioni che migliorano l'efficacia e chiariscono la portata di alcuni istituti, sulla base anche di quanto suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva e dalle associazioni o dagli operatori di settore;

- limitate modifiche ad alcuni istituti rilevanti, conseguenti alle criticità evidenziate nella prima fase attuativa del Codice.

In particolare, tra le novità introdotte si segnalano:

soccorso istruttorio: l'istituto del soccorso istruttorio viene profondamente inciso dal decreto correttivo, con cui viene integralmente sostituito il c. 9 dell'art. 83 con una disposizione maggiormente sintetica, da cui peraltro viene abrogata la sanzione pecuniaria prevista a carico dell'appaltatore che intendesse regolarizzare le carenze rilevate dalla Stazione Appaltante;

nomina del RUP e sua disciplina: viene espressamente introdotta la possibilità di nominare il RUP già in fase di programmazione oltre che all'atto di avvio delle procedure di ogni singolo intervento. Inoltre, attraverso una puntuale modifica del c.5 dell'art. 31, verrà ampliato il potere dell'ANAC in materia di disciplina del RUP, intervento che con ogni probabilità porterà ad una riedizione delle Linee Guida n. 3;

appalto integrato: si introduce un periodo transitorio che prevede che l'appalto integrato sia possibile per gli appalti i cui progetti preliminari o definitivi siano stati già approvati alla data di entrata in vigore del codice e nei casi di urgenza;

progettazione: si introduce l'obbligatorietà dell'uso dei parametri per calcolare i compensi a base di gara;

contraente generale: si prevede una soglia minima pari a 150 milioni di euro per il ricorso all'istituto del contraente generale, per evitare che il ricorso all'istituto per soglie minimali concretizzi una elusione del divieto di appalto integrato;

varianti: si integra la disciplina della variante per errore progettuale, specificando che essa è consentita solo entro i limiti quantitativi del de minimis;

subappalto: è confermata la soglia limite del 30 per cento sul totale dell'importo contrattuale per l'affidamento in subappalto;

semplificazioni procedurali: in caso di nuovo appalto basato su progetti per i quali risultino scaduti i pareri acquisiti, ma non siano intervenute variazioni, vengono confermati i pareri, le autorizzazioni e le intese già rese dalle amministrazioni;

manutenzione semplificata: viene definita da un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e nel limite di importo di 2 milioni e mezzo di euro;

dibattito pubblico: sarà effettuato sui progetti di fattibilità tecnica economica e non sui documenti delle alternative progettuali come nel testo approvato in via preliminare;

costo della manodopera: se ne prevede la specifica individuazione ai fini della determinazione della base d'asta;

albo dei collaudatori: è stato inserito l'obbligo, per le amministrazioni, di scegliere i collaudatori da un apposito albo.

L'annullamento in autotutela di un provvedimento autorizzativo da parte del Comune deve avvenire entro un termine ragionevole

E' illegittima la scelta del Comune che in un primo tempo autorizza il singolo condominio ad aprire una finestra sulla pubblica via e dopo l'esecuzione dei lavori, decide di annullare l'autorizzazione concessa per la presenza di una richiesta precedente, non nota, di un altro condominio finalizzata ad ottenere l'autorizzazione per l'installazione di una

piattaforma elevatrice sulla base della legge 13/89. Così ha stabilito il Tar Sardegna con la sentenza numero 386/2016.

La vicenda nasce dalla richiesta di un condominio rivolta al Comune per ottenere il permesso di aprire una finestra al piano terra e al primo sulla facciata, lato strada, dell'immobile. L'amministrazione comunale non si opponeva e così prendevano il via i lavori.

Dopo un anno circa però, il Comune annullava il permesso concesso, tornando sui suoi passi, in quanto emerge che vi sarebbe un'incompatibilità tra l'apertura della finestra e la richiesta di autorizzazione, presentata precedentemente da un altro condominio del medesimo caseggiato, per installare sulla stessa facciata un ascensore con tutti i requisiti prescritti dalla legge 13/89 sulla disabilità.

Questa scelta del Comune scatenava ovviamente la reazione dei membri del condominio che nel frattempo aveva concluso i lavori precedentemente autorizzati dall'amministrazione.

Il Tar, investito della questione, ha dato ragione al condominio ricorrente, evidenziando come la decisione di annullare in autotutela un provvedimento amministrativo possa essere assunta solo entro un termine ragionevole, a meno che non vi siano esplicite e valide ragioni di interesse pubblico. Nel caso in oggetto era passato più di un anno e non esistevano ragioni così rilevanti.

L'amministrazione comunale avrebbe dovuto effettuare un attento esame degli interessi in gioco per verificare la possibilità di trovare soluzioni alternative e tecnicamente realizzabili che permettessero di realizzare entrambi gli interventi edilizi richiesti dai condomini, facendoli coesistere.

L'organo politico può transare una controversia solo dopo aver acquisito il parere dei responsabili

La Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna della Corte dei conti ha reso, con la deliberazione n. 62/2017, un interessante parere sulle condizioni necessarie affinché una delibera giunta di transazione possa dirsi legittimamente adottata.

Il parere scaturisce per l'appunto da una richiesta inoltrata alla Sezione in ordine alla possibilità, per la giunta comunale, di transare una causa su sollecitazione del giudice senza tuttavia acquisire i pareri di regolarità tecnica e contabile né, tantomeno, quello dell'avvocatura comunale.

La Sezione, in parte distaccandosi dall'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, a mente del quale la mancanza dei pareri di regolarità tecnica e di contabilità costituirebbe una mera irregolarità, in quanto preordinati all'individuazione sul piano formale, nei funzionari che li formulano, della responsabilità eventualmente in solido con i componenti degli organi politici in via amministrativa e contabile (così Consiglio di Stato, sez. V, sent. 8 aprile 2014, n. 1663) ritiene, al contrario, che i pareri costituiscano atti procedimentali obbligatori ai sensi dell'articolo 49 del TUEL, collocati al centro del procedimento deliberativo per ovviare alla mancanza di competenza tecnica dei componenti di Giunta e Consiglio.

Si tratta, d'altronde, degli strumenti con cui viene esercitato il controllo preventivo di regolarità amministrativa e contabile nella fase preventiva della formazione dell'atto.

Parzialmente diverso è, invece, il discorso relativo all'eventuale acquisizione del parere dell'avvocatura comunale: per gli

enti territoriali non è obbligatorio, stante anche la mancanza di tale ufficio in molti enti di modeste dimensioni, ma, laddove presente, la Sezione ritiene sia opportuno acquisirlo.

Ciò premesso, la sezione ripercorre poi quelli che sono gli aspetti da considerare nell'adozione di una soluzione transattiva, laddove sia coinvolto un ente pubblico.

In linea di principio, i limiti del ricorso alla transazione da parte degli enti pubblici sono, oltre quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico, ossia la legittimazione soggettiva e la disponibilità dell'oggetto, anche quelli specifici di diritto pubblico, e cioè la natura del rapporto tra privati e pubblica amministrazione. Sotto quest'ultimo profilo va ricordato che, nell'esercizio dei propri poteri pubblicistici, l'attività degli enti territoriali è finalizzata alla cura concreta di interessi pubblici e quindi alla migliore cura dell'interesse intestato all'ente. Pertanto, i negozi giuridici conclusi con i privati non possono condizionare l'esercizio del potere dell'Amministrazione pubblica sia rispetto alla miglior cura dell'interesse concreto della comunità amministrata, sia rispetto alla tutela delle posizioni soggettive di terzi, secondo il principio di imparzialità dell'azione amministrativa.

Inoltre la scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'Amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali non è soggetta a sindacato giurisdizionale, se non nei limiti della rispondenza delle stesse a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. Uno degli elementi che l'ente deve considerare è sicuramente la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio, intesa quest'ultima in senso relativo, da valutarsi in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa e ad eventuali

orientamenti giurisprudenziali.

Infine, come affermato dalla giurisprudenza civile (cfr., ex multis, Cass. 6 maggio 2003 n. 6861), costituisce transazione solo quell'accordo che cade su un rapporto che, oltre a presentare, almeno nell'opinione delle parti, carattere di incertezza, è contrassegnato dalla reciprocità delle concessioni. Oggetto della transazione, quindi, non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o possa dar luogo e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni (Sez. Piemonte n. 17/2005 e n. 20/2012).