



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**3 aprile
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Affidamento di servizi, invito al gestore uscente e corretta declinazione del principio di rotazione
- ❖ L'avviso di accertamento Tarsu non può rivivere se annullato in autotutela
- ❖ Apertura di sala giochi e discrezionalità urbanistica
- ❖ Dall'11 aprile vige l'obbligo di adeguamento alle nuove regole sulla conservazione dei documenti informatici

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

Affidamento di servizi, invito al gestore uscente e corretta declinazione del principio di rotazione

Il principio di rotazione degli inviti rivolti agli operatori economici, già contemplato nel vecchio codice dei contratti e successivamente rafforzato con il D. Lgs. 50/2016, pone, in sede applicativa, non pochi problemi alle Stazioni appaltanti.

In particolare, notevoli dubbi aleggiavano ancora intorno alla possibilità, o meno, di invitare il gestore uscente ad una procedura negoziata senza bando.

La vicenda risolta dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la sentenza 12 aprile 2017 n. 188 trae origine dall'avviamento, da parte di un Comune, di una procedura negoziata, senza bando, ai sensi dell'art. 57, co. 6, del d.lgs. n. 163/2006, per l'affidamento temporaneo del servizio di raccolta, trasporto e conferimento in discarica dei rifiuti solidi urbani prodotti all'interno del territorio comunale, con contratto della durata di sei mesi.

Alla procedura partecipano sei imprese tra le quali figura anche la precedente gestrice del servizio che, alla fine, risulta aggiudicataria della procedura avendo presentato il ribasso maggiore.

Una delle società partecipanti impugna così l'esito della procedura lamentando la violazione del principio di rotazione, di cui all'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006 applicabile *ratione temporis*, assumendo che il gestore uscente non dovesse essere invitato alla gara.

In primo grado il Tar Palermo accoglie il ricorso, annullando l'aggiudicazione e dichiarando l'inefficacia del contratto e il subentro della ricorrente, nonché condannando l'amministrazione appaltante al risarcimento del danno nella misura del 5% dell'offerta presentata dalla ricorrente per i mesi nei quali il servizio era stato già svolto.

Viene così proposto appello dalla ditta controinteressata.

Il Giudice d'appello concentra la sua attenzione proprio sulle modalità di declinazione del principio di rotazione, a suo tempo previsto nell'art. 57, co. 6, del d.lgs. 163/2006 ed ora trasposto nell'art. 63, co. 5, del d.lgs. 50/2016, su cui si sono sviluppate applicazioni pratiche differenti, quando non addirittura antitetiche.

Secondo una chiave più restrittiva, il principio comporterebbe l'obbligo per la stazione appaltante di non invitare il precedente affidatario dell'appalto, una volta concluso, alla nuova procedura senza gara avviata per la medesima o analoga commessa (Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 2/2011 e da ultimo Tar Lombardia, Milano, IV, 1594/2016).

A questa lettura del principio di rotazione, che finisce per avere per un effetto escludente per il gestore uscente, se ne contrappone un'altra che vi scorge invece un criterio solamente relativo, comunque cedevole rispetto al principio della massima partecipazione. In questa seconda chiave, il principio di rotazione sarebbe posto a tutela dei soggetti pretermessi piuttosto che degli operatori economici invitati alla procedura negoziata (Tar Lombardia, Brescia, II, 1325/2015).

Tra queste due letture antitetiche si collocano varianti dell'una e dell'altra, ossia soluzioni mediane che, rifuggendo da rigidi automatismi quanto alla posizione del gestore uscente, provano a cercare la soluzione del problema sul piano della motivazione.

Ad una tesi tendenzialmente escludente che impone all'amministrazione di motivare le ragioni per le quale ritenga di estendere l'invito anche al gestore uscente; se ne contrappone un'altra che, muovendo da una regola opposta di inclusione, impone, invece, di motivare la scelta di non interpellare anche il vecchio affidatario.

Così ricostruito il dibattito, il Collegio

osserva come la principale ragione invocata a sostegno delle declinazioni più morbide del principio di rotazione è quella che riguarda proprio la tutela della concorrenza. Si afferma infatti che far derivare dal criterio della rotazione una regola di non candidabilità per il gestore uscente entrerebbe in rotta di collisione con i principi del Trattato.

Il ragionamento, all'apparenza suggestivo, è tuttavia controvertibile tutte le volte in cui il vecchio gestore abbia (già) beneficiato di una deroga anticoncorrenziale, aggiudicandosi un appalto al di fuori di una procedura di gara, e pretenda di continuare a sfruttare quella medesima deroga candidandosi ed aggiudicandosi anche il nuovo appalto, sempre senza gara. Quando, invece, è ragionevole che il principio di rotazione imponga che la prima deroga, al meccanismo della gara e al pieno espandersi della concorrenza, sia bilanciata da una regola di non immediata (ri)candidabilità.

Una simile declinazione è la sola in grado di dare senso e sostanza (e non solo apparenza) al principio di rotazione e può, oltre tutto, avere un effetto dissuasivo nei confronti delle non infrequenti pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo.

Seppur con specifico riferimento ai contratti sotto soglia, dove parimenti il principio di rotazione era richiamato nel vecchio (art. 125) ed è presente nel nuovo codice (art. 36), giova ricordare come, da ultimo, le linee guida n. 4 dell'Anac approvate il 26.10.2016 interpretino il principio nel senso che con esso "l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente".

Il ragionamento, sin qui svolto in linea generale, trova conferma nel caso di specie, nel contesto di una procedura negoziata da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, alla quale sono stati invitati un numero ridotto di imprese e dove i partecipanti ammessi sono stati alla fine

solamente cinque, tra questi prevalendo la Ecogestioni che ha presentato, per ultima, l'offerta contenente il massimo ribasso.

Ebbene, il Collegio reputa che si imponesse a carico della stazione appaltante o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quali si riteneva di non poter prescindere dall'invito.

In assenza di una simile motivazione e, oltretutto, al cospetto di una procedura limitata a pochi operatori e per l'ennesima volta derogatoria ai principi della gara pubblica, la decisione del Tar viene confermata anche in sede di appello.

L'avviso di accertamento Tarsu non può rivivere se annullato in autotutela

Quando un atto impositivo viene annullato in autotutela, anche nel corso di un giudizio, perde immediatamente efficacia all'interno dell'ordinamento, per cui tale provvedimento non può "rivivere" attraverso un mezzo processuale come l'appello. Nell'ipotesi in cui si voglia o vi sia una pronuncia giudiziaria che rende necessario far ritornare attivo il provvedimento, l'unica strada che l'amministrazione può percorrere è l'emissione di un nuovo atto impositivo se si è ancora nei termini per svolgere l'attività accertativa. Questi sono i principi espressi con la sentenza numero 406/16/2016 dalla Commissione Tributaria Regionale Sardegna.

La questione prende piede dall'emissione da parte del Comune di Cagliari di alcuni avvisi di accertamento Tarsu nei confronti di un contribuente per gli anni 2002-2007. Il contribuente decide di impugnare gli avvisi di accertamento sollevando fra le tante questioni anche il fatto che negli anni oggetto dell'accertamento l'immobile era stato sottoposto ad invasivi lavori di

ristrutturazione. Durante il procedimento giudiziario di primo grado il Comune decide di annullare con un provvedimento di autotutela gli avvisi.

A fronte di ciò, la commissione in primo grado prende atto della cosa e dichiara con sentenza cessato il contenzioso, ma il Comune propone appello lamentando che erroneamente nel provvedimento emesso in autotutela era stato ricompreso anche un anno, il 2002, per cui non vi erano i presupposti per l'annullamento. Nel dettaglio, il Comune evidenzia come dalla documentazione prodotta dal contribuente emergesse che i lavori che interessavano l'immobile erano stati svolti dal 2003 al 2007, per cui l'errore commesso dal Comune di annullare in autotutela anche gli avvisi per il 2002 sarebbe stato facilmente riconoscibile da parte del giudice di primo grado che non rilevando la cosa avrebbe commesso un errore di giudizio.

L'appello viene poi respinto dalla Crt, che condanna il Comune al pagamento delle spese di lite, in quanto per prima cosa il giudice di primo grado non ha commesso alcun errore avendo semplicemente preso atto del provvedimento di annullamento in autotutela emesso dal Comune che riguardava gli avvisi di accertamento oggetto della controversia giudiziaria per tutte le annualità impugnate dal contribuente.

Come già stabilito dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza numero 1643/2013, i giudici di appello chiariscono che il provvedimento annullato in autotutela cessa di esistere immediatamente nell'ordinamento tributario, anche quando lo stesso sia stato impugnato dal contribuente e sia oggetto di un giudizio pendente. Per questo, una volta preso atto dell'annullamento in autotutela dell'atto impositivo avverso cui il contribuente ha presentato ricorso, è corretto che il giudice dichiari cessato il procedimento per la venuta meno della materia del contendere.

Di conseguenza quindi l'amministrazione finanziaria non può pretendere di far rivivere attraverso l'atto di appello un proprio provvedimento impositivo che ha precedentemente annullato in modo definitivo. In un caso come questo l'unica via percorribile sarebbe quella di emettere un nuovo atto impositivo dello stesso contenuto di quello annullato per errore, ma questo è possibile solo nel rispetto di tutte le condizioni di legge, come ad esempio l'osservanza dei termini di decadenza prescritti dalla procedura per esercitare le azioni accertative nei confronti dei contribuenti.

Apertura di sala giochi e discrezionalità urbanistica

Le Amministrazioni comunali tentano, sempre più frequentemente, di arginare la sempre maggiore diffusione delle sale giochi o, quantomeno, di disciplinare – all'interno di un quadro normativo piuttosto complesso – le modalità di esercizio di tali attività.

Il TAR Firenze è stato chiamato a pronunciarsi, con la sentenza 512/2017, sulla legittimità di una deliberazione comunale con cui non è stato approvato un progetto unitario per utilizzare i locali posti in un fabbricato, aventi complessivamente una superficie di 700 mq, come sala giochi.

La Società interessata, peraltro, non ha inteso censurare le scelte di politica urbanistica effettuate dall'Amministrazione, rappresentate all'interno della strumentazione di governo del territorio, sebbene queste si possano dire ispirate a criteri di limitazione dell'esercizio dell'attività di sala giochi. Ciò che viene contestato è l'applicazione che di tale norme è stata fatta nel caso di specie dato che la mancata concessione della deroga alla regola prevista dal Regolamento edilizio urbano secondo la quale nelle aree

commerciali la realizzazione di sale giochi è vietata, doveva essere congruamente motivata e priva di vizi sotto il profilo della ragionevolezza e della logicità.

Sotto tale profilo, il Giudice conviene con la tesi rappresentata dalla Società ricorrente poiché, nel caso in questione, il Comune aveva il compito di verificare la fattibilità del progetto unitario proposto dal ricorrente, al fine dell'apertura di una sala giochi nel proprio fabbricato. In tale contesto, peraltro, non è inibito all'Amministrazione di tenere in considerazione altri interessi, oltre a quello specificatamente edilizio-urbanistico e, in particolare, quello sanitario relativo alla tutela delle famiglie dei minori e alla prevenzione del fenomeno della ludopatia.

Cionondimeno tali interessi sono stati, però, malamente apprezzati dal Comune.

Se infatti la zona può dirsi interessata da manifestazioni con apertura degli esercizi anche nelle giornate festive, non viene compreso tuttavia come la circostanza possa ostare all'apertura della sala giochi de qua. E' agevole presumere che essendo presenti spesso in zona, come indicato nella motivazione della delibera giuntale impugnata, "famiglie con minori" su questi ultimi vigilino i genitori affinché non si appropinquinino alla (futura) sala giochi alla quale, peraltro, sarà loro inibito l'ingresso poiché non maggiorenni.

Anche le argomentazioni difensive del Comune, relative alla mancata indicazione delle modalità con cui sarebbe impedito l'ingresso dei minori nella sala giochi, paiono prive di pregio poiché, per fatto notorio, il riconoscimento della minore età avviene mediante richiesta dell'esibizione del documento di identità e il successivo allontanamento dell'interessato laddove sia minorenne, o rifiuti dimostrare il documento.

Altrettanto rilevante è, poi, la considerazione svolta dalla società ricorrente secondo cui, in termini sostanzialistici, sarebbe possibile realizzare immediatamente nella zona limitrofa una

sala giochi mediante intervento edilizio diretto. Ciò, a ben vedere, rende quindi in concreto di scarsa utilità l'inibizione all'apertura di altra sala giochi nella zona in cui risulta collocato l'immobile della società ricorrente e, pertanto, sotto tale profilo la scelta effettuata dall'Amministrazione viene censurata per evidente illogicità.

Dall'11 aprile vige l'obbligo di adeguamento alle nuove regole sulla conservazione dei documenti informatici

L'11 aprile 2017 è scaduto il termine per adeguare i sistemi di conservazione dei documenti alle nuove regole tecniche contenute nel Dpcm del 3 dicembre 2013. Come ricordato il 5 aprile al Forum sulla Conservazione da Agid, dall'11 aprile hanno perso valore giuridico i documenti conservati con la procedura di cui alla delibera Cnipa 11/2004. Lo scopo della conservazione regolamentata è quello di mantenere i documenti, ma soprattutto di permettere e garantire l'accesso e la fruizione nel tempo delle informazioni contenute negli stessi.

La conservazione è inscindibilmente connessa con la produzione informatica dei documenti. I sistemi di conservazione esistenti all'11 aprile 2014, sono interessati dall'adeguamento alle nuove regole tecniche che sono vincolanti sia per i soggetti pubblici che per quelli privati. Non è possibile alcuna proroga, avendo ritenuto il legislatore più che sufficienti i 36 mesi già concessi per i ritardi nell'adeguamento.

Quei sistemi che sono già gestiti da conservatori accreditati sono in linea con le nuove regole, fattore essenziale per poter essere accreditati. Altra cosa invece sono i casi in cui i sistemi di conservazione siano gestiti in proprio dai soggetti titolari dei

documenti o da conservatori non accreditati: queste due categorie sono quelle che hanno l'obbligo di adeguarsi alla nuova disciplina, seguendo il piano dettagliato allegato al manuale di conservazione.

Queste linee guida sulla conservazione dei documenti informatici, predisposte e pubblicate da Agid nella versione 1.0 a dicembre 2015, prevedono due possibili soluzioni che sono o versare i vecchi archivi nel nuovo sistema, oppure mantenere i vecchi sistemi sino al termine del periodo di conservazione, ma garantendo in questo caso l'accesso ai documenti conservati con la piattaforma già esistente.

Le regole tecniche si riferiscono all'adeguamento dei sistemi di conservazione e non anche agli oggetti già conservati. Quello che va adeguato è il sistema di conservazione, cioè l'organizzazione di mezzi e strumenti informatici al fine di permettere l'identificazione del soggetto che ha prodotto un documento, l'integrità e la leggibilità dello stesso, oltre alla reperibilità agevole dello stesso secondo tutti i parametri di sicurezza, il tutto sotto la gestione di un responsabile. Invece gli archivi conservati, che sono l'oggetto dei sistemi di conservazione, possono continuare ad essere formati e gestiti con le vecchie regole, delegando il responsabile della conservazione a riversarli all'interno del nuovo sistema oppure a mantenerli invariati fino alla scadenza di conservazione dei vari documenti contenuti negli archivi stessi.

Con le nuove regole quindi andrà conservato tutto quel patrimonio documentale che non è ancora oggetto di conservazione elettronica. Si tratta quindi di documenti informatici per i quali non si è completato ancora il relativo processo, nelle more del termine di conservazione, oppure di documenti analogici che non sono ancora stati oggetto di acquisizione informatica per procedere poi alla distruzione dell'originale cartaceo.

I ritardatari hanno come unica possibilità quella di adeguare i propri sistemi in tempo utile all'invio in conservazione dei documenti. Nel caso in cui non siano stati adeguati per tempo i sistemi di conservazione, considerando tutte le complicazioni tecniche ed organizzative, la modalità più rapida e sicura per garantire validità giuridica ai documenti è affidarsi ad un conservatore accreditato Agid, che per accedere all'accreditamento deve essere rispettoso di tutte le prescrizioni normative, tecniche ed organizzative oltre ad essere sottoposto ad un costante controllo. L'affidamento in outsourcing ad un conservatore accreditato è comunque obbligatorio in ogni caso solo per le pubbliche amministrazioni e non per i privati. Se anche si sceglierà di affidare in outsourcing il servizio, dovrà comunque essere nominato un responsabile della conservazione all'interno della struttura interessata che si dovrà relazionare con i soggetti professionali incaricati materialmente della realizzazione del processo.