



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**17 aprile  
2017**

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

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ E' perseguibile per danno erariale il dirigente che millanta la laurea
- ❖ Si può ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche in caso di procedura negoziata sottosoglia
- ❖ Il decoro urbano va tutelato tenendo conto dei mutamenti dei tempi e dei luoghi con una serie di azioni coordinate
- ❖ L'acquisizione di una partecipazione in società in perdita strutturale non appare coerente con il testo unico approvato con il d.lgs n. 175/2016

**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)**

### **E' perseguibile per danno erariale il dirigente che millanta la laurea**

La Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la Campania, con la sentenza numero 129/2017 è giunta alla conclusione che le somme percepite durante il rapporto di lavoro nato dalla falsa attestazione di un titolo di studio, quando questo sia necessario per poter svolgere le funzioni dirigenziali, costituiscono un danno erariale per l'ente pubblico che ha assunto il lavoratore mendace in quanto vi è stata una violazione in origine del sinallagma contrattuale.

La causa verteva su un danno erariale di ingente quantità, subito da un Comune dove un dipendente aveva svolto le funzioni dirigenziali in assenza del titolo di studio idoneo per un periodo molto lungo, dal gennaio 2004 all'agosto 2015. Secondo la Procura il dipendente per come ha eseguito l'illecito, cioè aver falsamente autocertificato di avere un titolo di studio richiesto per ricoprire l'incarico dirigenziale, rientra nella fattispecie comportamentale dell'occultamento doloso del danno, che è stato poi scoperto solo in seguito dall'Amministrazione facendo svolgere degli accertamenti amministrativi dagli uffici apicali in occasione del conferimento al medesimo soggetto di un nuovo incarico dirigenziale dopo aver vinto una procedura concorsuale svoltasi a fine 2014. Secondo la Corte, come prima cosa, alla retribuzione conferita non poteva che corrispondere una prestazione lavorativa qualitativamente inferiore o diversa rispetto a quella per cui un determinato compenso era stato pattuito, in quanto il dipendente non aveva i requisiti professionali e culturali richiesti. Nello specifico la legge nel momento in cui prevede di riservare l'esercizio di determinate funzioni o attività professionali a determinati soggetti, ad esempio quelli iscritti in un albo o quelli in possesso di determinati requisiti culturali, evidentemente da una valutazione diversa

sulla rilevanza di carattere tecnico dell'attività che deve essere svolta.

Un punto dibattuto è quello che si riferisce al ragionamento secondo cui più è elevata la professionalità richiesta per svolgere una determinata funzione o attività e più difficile diventa dimostrare l'utilità delle prestazioni fornite. Nella vicenda in oggetto, la difesa dei vertici dell'ente aveva sostenuto che non vi fosse un danno, in quanto il dipendente convenuto aveva dato negli anni indubbe prove di capacità professionali. I giudici evidenziano come nell'adempiere alla particolare funzione dirigenziale di responsabile dei sistemi informativi dell'ente, il soggetto abbia offerto prova di uno svolgimento positivo ed efficiente delle prestazioni di carattere tecnico per cui era stato assunto, anche se non era in possesso del titolo di studio e delle qualità professionali richieste ed indebitamente remunerate per la funzione svolta. Viste queste premesse la Procura ha esercitato in modo corretto l'azione di responsabilità amministrativa in via principale e diretta nei confronti del dipendente che, avendo indotto in errore gli amministratori ed i funzionari dell'ente pubblico sul possesso della laurea, ha agito sul processo causale, inteso come l'insieme degli atti e provvedimenti amministrativi necessari per instaurare il rapporto di lavoro a tempo determinato, che ha condotto poi al conferimento e successivo rinnovo degli incarichi dirigenziali oggetto del giudizio.

### **Si può ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche in caso di procedura negoziata sottosoglia**

Il Tar Catania ha chiarito, con la sentenza n. 912/2017, che la procedura negoziata di cui all'art. 36, c. 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 non impedisce il ricorso all'avvalimento, istituto di diretta

espressione dei principi comunitari e riguardo al quale non esistono norme che ne limitino la sua applicazione.

La vicenda trae origine dall'indizione, da parte di un Ministero, di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, c. 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento di lavori di pulizia in un'area appartenente alla Marina Militare, a cui sono state invitate 13 ditte dal proprio albo operatori, dei quali però solamente due hanno presentato un'offerta.

La seconda classificata ha contestato, tuttavia, l'aggiudicazione eccependo che la ditta aggiudicataria ha fatto ricorso ad avvalimento di impresa ausiliaria per i lavori di categoria OS23, laddove la tipologia di gara – procedura negoziata ex artt. 36 e 63 del d.lgs. n. 50/2016 avrebbe escluso tale possibilità.

Inoltre la Società ricorrente ha sollevato altri due motivi di gravame, uno inerente la necessità di escludere l'aggiudicataria perché il suo socio di maggioranza è stato destinatario di un decreto penale di condanna per falsità ideologica e l'altro perché l'Amministrazione avrebbe fatto ricorso, immotivatamente, alla suddetta procedura negoziata.

Il Collegio ritiene tuttavia infondato il ricorso, ricordando in particolare come la procedura negoziata di cui all'art. 36, c. 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 non impedisca il ricorso all'avvalimento, che discende da principi comunitari, non esistendo norme contrarie alla sua applicazione.

Inoltre la doglianza secondo cui nella procedura negoziata sarebbe inammissibile l'avvalimento è in contrasto con l'altro motivo di ricorso che rileva l'invalidità della stessa tipologia procedurale adottata per l'affidamento dell'appalto in esame.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'impresa ricorrente, l'Amministrazione è ricorsa alla procedura negoziata nel rispetto della norma di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, invitando tredici imprese iscritte al proprio

albo degli operatori economici.

Infine, quanto al precedente penale del socio di maggioranza dell'aggiudicataria, trattasi di un decreto penale di condanna per aver dichiarato falsamente di aver smarrito la patente di guida con una condanna a pena pecuniaria ossia di un illecito che non incide sulla professionalità dell'impresa, né sulla sua affidabilità per quanto richiesto dal contratto aggiudicato.

Non è stato perciò ritenuto applicabile alla fattispecie l'art. 80, c. 5, del d.lgs. n. 50/2016 che alla lettera c) prevede l'esclusione dalle gare pubbliche di appalto degli operatori economici responsabili di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità o affidabilità.

**Il decoro urbano va tutelato tenendo conto dei mutamenti dei tempi e dei luoghi con una serie di azioni coordinate**

Una importante sentenza su un tema delicato per le amministrazioni come quello del decoro urbano è arrivata il 21 aprile, da parte del Consiglio di Stato, sezione III, si tratta della numero 1662/2017. Quanto affermato nella decisione è che spetta ai Comuni preservare il decoro urbano, potendo a tal fine anche estromettere, attraverso la delocalizzazione o rilocalizzazione, quegli esercizi commerciali incongrui, o divenuti tali, rispetto al contesto.

La pronuncia del Consiglio di Stato riguarda l'appello presentato da alcuni titolari di concessioni per il commercio su aree pubbliche di generi non alimentari, rilasciate dal Comune, collocate in un raggruppamento turistico della città, contro la sentenza del Tar Toscana, che aveva respinto il ricorso per l'annullamento del nuovo Piano del commercio su area pubblica sulla base del quale veniva disposto il parziale spostamento di alcuni

posteggi del mercato in altre aree comunali. La delibera impugnata era stata assunta sulla base della legge regionale della Toscana numero 28/2005, che prevede la possibilità di trasferimento d'ufficio di diverse aree mercatali per motivi di ordine pubblico, sicurezza, igiene, sanità pubblica o pubblico interesse. Nelle motivazioni il Consiglio di Stato spiega il respingimento del ricorso partendo da una disamina dei contenuti dell'articolo 52 del codice dei beni culturali e del paesaggio, per come era configurato ai tempi del provvedimento impugnato e cioè composto da un solo comma, che è poi stato incrementato senza innovazioni, ma con alcune specificazioni, dai commi 1 bis ed 1 ter col decreto legge 8 agosto 2013 numero 91.

I giudici del Consiglio di Stato specificano che la norma ha come scopo quello di preservare il decoro urbano, ma la sua finalità non è meramente la conservazione della situazione esistente, ma la valutazione delle scelte da prendere sulla base delle trasformazioni del commercio. Da un punto di vista operativo quindi la norma non si limita a cristallizzare le caratteristiche dei luoghi, ma punta alla realizzazione di interventi che siano orientati a preservare attivamente le caratteristiche essenziali dei luoghi. La tutela del decoro urbano è una precisa finalità immateriale dell'azione amministrativa, come anche la salvaguardia dei centri storici delle città d'arte, che può essere perseguita anche tenendo conto delle trasformazioni negative che nel tempo subisce la dinamica merceologica del commercio ambulante quando questa diventi incongrua con la dignità dei luoghi e le caratteristiche storico artistiche degli stessi.

Questa sentenza del Consiglio di Stato conferma l'orientamento che già era stato espresso con la decisione numero 3861 del 2016 nella nota vicenda in cui il Comune di Roma aveva ricollocato alcune postazioni di commercio esercitato con mezzo mobile a posteggio fisso, in punti della città diversi da quelli che

precedentemente erano stati concessi per tale uso. In quella sentenza veniva evidenziato che *“il decoro urbano non è una materia o un'attività ma una finalità immateriale dell'azione amministrativa, che corrisponde al valore insito in un apprezzabile livello di qualità complessiva della tenuta degli spazi pubblici, armonico e coerente con il contesto storico”*. Il decoro urbano quindi può essere frutto della tutela del patrimonio culturale o della regolamentazione urbanistica o del commercio, ma anche delle politiche comunali di concessioni di suolo pubblico, sulla base delle diverse competenze di ciascuna amministrazione ed attraverso il vincolo di leale cooperazione, come affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza numero 140 del 2015, o dal Consiglio di Stato, sezione VI, nella sentenza numero 6672/2007 oppure ancora nella numero 1059/2014.

**L'acquisizione di una partecipazione in società in perdita strutturale non appare coerente con il testo unico approvato con il d.lgs n. 175/2016**

Un sindaco di un comune piemontese ha richiesto alla competente Sezione l'espressione di un parere in ordine all'acquisizione di una partecipazione societaria.

In particolare, il sindaco ha ricordato che il comune è proprietario di tre impianti sciistici (per i quali risulta pendente il relativo mutuo di realizzazione contratto con la Cassa Depositi e Prestiti) e che, a seguito di specifica procedura di gara, una società si è aggiudicata la gestione delle infrastrutture fino al 2045.

Tale società, il cui capitale è privato salvo che per minori partecipazioni di due differenti enti pubblici, ha chiuso il bilancio degli ultimi cinque esercizi in perdita.

Ciò posto, l'Ente interroga la Sezione circa la legittimità dell'acquisto di una partecipazione nella stessa società gestrice degli impianti, richiamando l'articolo 4, comma 7, del decreto legislativo n. 175/2016.

La Sezione di controllo esprime, tuttavia, parere negativo all'operazione societaria.

Ed infatti l'articolo 4 del nuovo testo unico sulle partecipazioni pubbliche – contenuto nel d.lgs. n. 175/2016 – nell'individuare le partecipazioni ammesse (“Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche”) fornisce al primo comma una clausola generale (“Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”), prevedendo poi ai commi seguenti una serie di ipotesi di partecipazioni specificamente ammesse. Tra queste, al comma 7, vi sono proprio le società aventi ad oggetto la realizzazione e gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva in aree montane.

Il nuovo testo unico, pertanto, introduce un limite di natura “finalistica” al mantenimento e costituzione di nuove società (o, chiaramente, acquisizione di partecipazioni in società esistenti), prevedendo alcune finalità espressamente consentite.

Viene peraltro rilevato che, seppure non esplicitato, sussiste un ulteriore limite di sistema: l'acquisto di una partecipazione in perdita strutturale, infatti, non appare operazione in linea con gli orientamenti normativi e giurisprudenziali in tema di partecipate pubbliche.

In tal senso depone l'articolo 5 del menzionato testo unico il quale, nello specificare gli oneri motivazionali in relazione all'acquisizione di nuova

partecipazione (o costituzione di nuova società), fornisce una chiara indicazione sui presupposti di legittimità del mantenimento di una certa partecipazione. La relativa delibera, infatti, tra gli altri presupposti, deve:

- indicare ragioni e finalità che giustificano la scelta sul piano della convenienza economica;
- indicare ragioni e finalità che giustificano la scelta in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate;
- indicare la compatibilità della costituzione/acquisizione rispetto ai principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

E' evidente, quindi, che l'acquisto di una partecipazione in società in perdita strutturale difficilmente sarebbe coerente con i canoni normativi di convenienza economica, efficienza, efficacia ed economicità.

Stessa considerazione inerisce (articolo 5, comma 2) la valutazione di compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Si deve inoltre considerare come il predicato dell'indispensabilità di un partecipazione societaria (articolo 1, comma 611, legge n. 190/2014), che oggi si sostanzia nella stretta necessità della partecipazione (articolo 4, comma 1, decreto legislativo n. 175/2016), imponga, alla base della scelta di acquisire o mantenere una certa partecipazione, anche una valutazione di economicità, corollario del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost., oggi rafforzato, nella prospettiva della sana gestione finanziaria, dall'introduzione dell'obbligo dell'equilibrio di bilancio per tutte le amministrazioni pubbliche (cfr. gli artt. 81, 97 e 119 della Costituzione come

novellati dalla legge costituzionale n. 1/2012). L'andamento della società, detto in altri termini, non deve essere strutturalmente in perdita, attesa l'incompatibilità tra il ricorso allo strumento societario e risultati economici sistematicamente negativi, principio rafforzato alla luce dell'introduzione dei divieti di finanziamento, da parte dell'art. 6, comma 19, d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010, ed oggi dell'articolo 14, comma 5, del nuovo testo unico, che, precludendo il sovvenzionamento di società in perdita strutturale, impone, a monte, una valutazione di convenienza economica sul mantenimento della partecipazione.

Detto in altri termini, l'esercizio di attività in costante perdita è incompatibile con lo strumento societario, ispirato ad una logicità di economicità di gestione intesa come integrale copertura dei costi con i ricavi.

Questi criteri dovrebbero, pertanto, orientare un Ente nella scelta di mantenere o dismettere una certa partecipazione, a maggior ragione ove debba valutare l'acquisto di una partecipazione in società in perdita pluriennale. Ciò atteso che il soccorso finanziario non può derivare dall'intervento pubblico operato tramite l'acquisizione di una quota (sia essa mediante conferimento in denaro o conferimento in beni, ipotesi, quest'ultima, che determina un definitivo impoverimento del patrimonio comunale, esponendo la collettività al futuro rischio di perdita di tali asset).

Da ultimo, la descritta operazione non appare in linea con le previsioni dell'articolo 21 del nuovo testo unico: il legislatore prevede, infatti, un articolato meccanismo di creazione di fondi vincolati a copertura dei rischi di perdite, così manifestando una forte esigenza di cautela (per l'Ente) e di responsabilizzazione (l'Ente vede limitata la sua gestione di competenza). In un simile contesto, pertanto, l'acquisto di una partecipazione in società in perdita non appare coerente.