



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**22 maggio  
2017**

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

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Responsabilità amministrativa per indirizzi forniti ad una società partecipata
- ❖ L'affidamento in house ad una società di cui l'ente pubblico non è socio è illegittimo.
- ❖ Dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina faunistica della Regione Liguria
- ❖ Il Sindaco che non riesca a provare la delega al dirigente è responsabile per la sicurezza degli edifici scolastici

**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)**

### Responsabilità amministrativa per indirizzi forniti ad una società partecipata

La sezione giurisdizionale per l'Emilia Romagna della Corte dei conti ha condannato, con la sentenza n. 113 del 23 maggio 2017, alcuni amministratori di un comune per aver fornito indirizzi illegittimi – nonché dannosi – ad una società partecipata.

Il documento erariale trae origine dall'avvio, da parte dell'ente, di una gara volta ad affidare una concessione per la progettazione, realizzazione e gestione di una navetta con monorotaia, destinata a collegare l'aeroporto e la stazione centrale della Città.

Nella procedura selettiva, poi conclusa con l'aggiudicazione ad un consorzio di cooperative, viene previsto il concorso di un investitore privato, il cui capitale sarebbe stato, in seguito, remunerato dalle entrate derivanti dalla gestione del sistema di trasporto per i successivi 35 anni.

A questo punto, però, si innesta l'illegittimo e dannoso esercizio del potere di indirizzo da parte del comune che giunge ad autorizzare una società di trasporto pubblico locale a partecipare ad una società di progetto, nell'ambito della predetta concessione.

A detta della Corte, la deliberazione giunta ha, di fatto, alterato l'equilibrio tra pubblico e privato, determinando «un radicale mutamento delle condizioni economiche in favore dell'aggiudicatario» e scaricando «tutto il rischio imprenditoriale relativo alla gestione della concessione sulla società pubblica» partecipata dal Comune.

L'indirizzo della Giunta, poi confermato dal sindaco in sede assembleare della società partecipata, ha condotto alla costituzione di una società di progetto a capitale misto – senza, peraltro, che venisse esperita alcuna procedura di evidenza

pubblica per la scelta del partner privato – e l'attribuzione al medesimo dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Viene così a configurarsi una “macroscopica violazione dei principi e delle norme di evidenza pubblica” che ha prodotto una sostanziale, illecita rinegoziazione dell'assetto d'interessi derivante dall'aggiudicazione e dal contratto stipulato tra il consorzio e il Comune “al di fuori di ogni previsione di *lex specialis* di gara”.

A fronte di siffatto quadro pare evidente, alla Corte, che l'ex sindaco, i sette assessori e la dirigente comunale competente hanno tenuto condotte caratterizzate da grave negligenza e imprudenza nel realizzare un'infrastruttura che, sia per importanza che rilevanza economica, avrebbe richiesto una ben maggiore attenzione nel valutare tutti i profili di legittimità degli atti posti in essere dall'amministrazione comunale.

D'altronde non va trascurato come, in tema di responsabilità di indirizzo, controllo e vigilanza da parte di Enti pubblici su società partecipate, lo stesso legislatore abbia espressamente affermato, con il D. Lgs n. 175/2016, che costituisce danno erariale “*il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione*”.

Pertanto, gli amministratori ed il dirigente sono stati condannati, quota parte, al risarcimento del danno erariale costituito dall'entità dei conferimenti in conto capitale sostenuti dalla società comunale di trasporto per acquisire la partecipazione nella società di progetto, per una quota pari al 25 per cento.

**L'affidamento in house ad una società di cui l'ente pubblico non è socio è illegittimo.**

La Regione Lazio ha annullato in autotutela la deliberazione con cui la Giunta, nel dicembre 2016, aveva affidato in via diretta ad Atac Spa per il triennio 2017 – 2019, i servizi di trasporto pubblico ferroviario su alcune tratte della capitale, tornando sui propri passi. La scelta è stata obbligata, in quanto non vi era alcun modo di superare le critiche dell'Antitrust contenute in un parere del febbraio scorso, mentre ora, con l'atto AS 1376 pubblicato sul bollettino del 29 maggio 2017, ha constatato che la Regione si è adeguata ai rilievi e ha accertato che sono venuti meno i presupposti per l'impugnazione della delibera innanzi al Tar ai sensi dell'articolo 21-bis della legge numero 287/1990.

I fatti riguardano una vicenda interessante, in quanto il dietrofront della Regione Lazio nasce dal fatto che l'ente pubblico aveva avviato le procedure per dar corso ad un affidamento in house senza che vi fossero i requisiti per l'utilizzo di questo istituto, portando avanti degli atti che hanno causato la censura dell'autorità Antitrust per aver indebitamente ristretto la concorrenza nel settore del trasporto pubblico locale. I vizi emersi negli atti della Regione per assegnare direttamente il servizio di trasporto pubblico ad Atac erano numerosi.

L'Autorità osserva nel suo parere che l'Atac è una società a partecipazione pubblica, di cui però il socio unico è Roma Capitale e non la Regione Lazio.

Per questo quindi l'affidamento in house può avvenire da parte della Città metropolitana che esercita un controllo analogo a quello che svolge sui propri servizi, ma non certamente dalla Regione che non ha quote nel capitale sociale della società pubblica.

L'Antitrust nel suo parere sostiene che “la

*Regione ritiene perseguibile un affidamento diretto ad Atac della gestione delle Linee, traslando per così dire il rapporto in house intercorrente tra la società e l'ente locale che la controlla (Roma Capitale). Tale interpretazione non è tuttavia sostenibile: la mancanza di qualsiasi rapporto di controllo analogo da parte della Regione su Atac osta infatti alla perseguibilità di un affidamento diretto (...) in termini di in house providing”.*

Questo è chiaramente il rilievo che riveste maggiore importanza, ma vi erano ancora ulteriori irregolarità che denotavano un uso sbagliato dell'istituto dell'affidamento in house.

Vi era un vizio formale costituito dalla mancata pubblicazione dell'avviso preventivo prescritto dall'articolo 7, comma 2, del regolamento della Comunità europea numero 1370/2007, ma l'Autorità ha anche rilevato che con la delibera in oggetto la Regione aveva provveduto a modificare le modalità di calcolo del corrispettivo riconosciuto ad Atac per la gestione dei servizi in parola rispetto al precedente contratto di servizio passando da un importo vettura/km a uno treno/km.

Questo sistema diverso di calcolo ha interrotto la continuità con la gestione precedente, da cui deriva il riconoscimento di un corrispettivo uguale per tutte le linee in termini di treno/km, secondo l'Autorità: “*potrebbe determinare una sovra-compensazione per l'erogazione di una parte dei servizi, senza che ciò possa essere debitamente individuato da strutture di controllo”.*

Non va dimenticato come ulteriore elemento critico il fatto che i disservizi per gli utenti del trasporto pubblico siano gravi e persistenti, essendo addirittura ancora pendente un procedimento contro Atac ai sensi del codice del consumo.

L'Antitrust ha ancora osservato che il contratto di servizio allegato alla delibera di Giunta prevede solamente una serie di “livelli adeguati di servizio” e “un programma di esercizio”, senza definire i contenuti che tali concetti devono puntualmente indicare.

Nemmeno sotto il profilo formale poi il raggiungimento di questi obiettivi viene assicurato, in quanto il non raggiungimento degli stessi comporterebbe per l'azienda pubblica l'applicazione di una penale eccessivamente contenuta rispetto alla somma erogata come contributo regionale, cioè massimo il 2% del totale dei corrispettivi consuntivati.

L'Antitrust ha quindi bocciato su diversi e numerosi profili l'impianto motivazionale e strutturale della deliberazione della Giunta, al punto che la Regione ha rinunciato ad opporre difese e ha semplicemente ritirato in autotutela il provvedimento.

### **Dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina faunistica della Regione Liguria**

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 88, 89, comma 1, 92 e 93 della legge della Regione Liguria 30 dicembre 2015, n. 29 con cui venivano modificate o sostituite alcune norme della legge della Regione Liguria 1° luglio 1994, n. 29 (Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio), in tema di caccia.

In particolare l'art. 88 determina direttamente l'arco temporale durante il quale sono permessi l'addestramento e l'allenamento dei cani da caccia.

Al contrario, però, gli artt. 10 e 18 della legge n. 157/1992 prevedono invece che tale arco temporale debba essere stabilito nel piano faunistico-venatorio, con conseguente divieto di ricorrere a una legge-provvedimento. Questa prescrizione assicura, d'altra parte, garanzie procedurali per un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco, da soddisfare anche attraverso l'acquisizione di pareri tecnici.

Essa perciò esprime una inderogabile regola di tutela ambientale alla quale la norma regionale impugnata illegittimamente si è sottratta.

Invece l'art. 89, comma 1, permette che, a certe condizioni e nel rispetto del limite di quindici giornate per stagione venatoria, la caccia sia esercitata in altra forma rispetto a quella per la quale si è optato.

Anche questa previsione, però, si pone in contrasto con l'art. 12 della legge n. 157/1992 il quale prevede, invece, che la caccia sia praticata «in via esclusiva» in una delle seguenti tre forme: vagante in zona Alpi; da appostamento fisso; nella altre forme consentite dalla legge e praticate nel rimanente territorio destinato all'attività venatoria programmata.

Poiché la sopra citata norma statale è chiaramente volta «ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili», il Giudice costituzionale ha già più volte chiarito che la stessa possa essere oggetto di integrazione da parte della legge regionale «esclusivamente nella direzione dell'innalzamento del livello di tutela» (sentenza n. 116 del 2012; in seguito, sentenza n. 278 del 2012); perciò è evidente che il permettere, sia pure limitatamente, una forma di caccia diversa da quella per cui si è optato in via generale non opera in questa direzione ed è pertanto costituzionalmente illegittimo.

Ma lo Stato impugna anche l'art. 92 della legge regionale ligure, nella parte in cui permette ai conduttori di cani da caccia di recuperare i capi feriti, facendo uso delle armi «anche fuori degli orari previsti per la caccia e nelle giornate di silenzio venatorio».

Anche questa norma viene dichiarata costituzionalmente illegittima poiché, ai sensi dell'art. 12, commi 2 e 3, della legge n. 157/1992, l'abbattimento – ma anche la cattura – della fauna selvatica con l'uso delle armi costituiscono esercizio venatorio; inoltre l'art. 21, comma 1, lettera g), della legge n. 157/1992 vieta il trasporto di armi da sparo per uso venatorio che non siano



scariche e in custodia «nei giorni non consentiti per l'esercizio venatorio». Viene così formulata l'inderogabile regola che, quando l'esercizio venatorio è precluso, esclude l'introduzione di armi in forme potenzialmente idonee all'uso. Tale regola appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente (sentenza n. 2 del 2015), sicché la norma impugnata, che vi deroga, è costituzionalmente illegittima.

Viene parimenti impugnato anche l'art. 93 della legge regionale: ponendosi in contrasto con l'art. 19, comma 2, della legge n. 157 del 1992, la norma non assicura la priorità del metodo ecologico rispetto al piano di abbattimento, parificando invece l'uno e l'altro strumento, senza fare riferimento alle verifiche demandate all'ISPRA.

Infine, la suddetta norma viene dichiarata incostituzionale anche nella parte in cui consente l'attuazione dei piani di abbattimento da parte di cacciatori riuniti in squadre validamente costituite e di cacciatori in possesso della qualifica di coadiutore al controllo faunistico o di selecontrollore poiché l'art. 19, comma 2, della legge n. 157/1992, invece, non permette ai cacciatori di prendere parte all'abbattimento, a meno che non siano proprietari o conduttori del fondo sul quale si attua il piano.

**Il Sindaco che non riesca a provare la delega al dirigente è responsabile per la sicurezza degli edifici scolastici**

Ricade sul Sindaco direttamente la responsabilità penale per non aver verificato lo stato di sicurezza della scuola materna, nel caso in cui non possa dimostrare di aver correttamente delegato il dirigente comunale nel suo ruolo di responsabile del servizio scuole. Inoltre, l'onere della prova ricade sul primo

cittadino, in qualità di datore di lavoro dei dipendenti pubblici scolastici. Questo è quanto ha deciso la Corte di Cassazione con la sentenza numero 32358/2017, che ha respinto il ricorso di un Sindaco che ha visto confermare la condanna alla pena dell'ammenda per diverse violazioni della sicurezza sui luoghi di lavoro, avendo in giudizio solamente indicato come responsabile il dirigente delegato, ma senza fornire alcuna prova dell'effettivo conferimento della qualifica dirigenziale del servizio scuole comunale. Inoltre vi è stata la rinuncia espressa all'audizione del dirigente indicato.

L'accusa al Sindaco in quanto datore di lavoro del personale scolastico riguardava la mancata verifica della regolare manutenzione della scuola e dell'eliminazione dei difetti rilevati. Questa qualifica, in realtà, secondo il decreto legislativo numero 81/2008 spetta al dirigente a cui siano stati conferiti pieni poteri di gestione a norma dell'articolo 107 del TUEL. I pieni poteri consistono, come indicato nella sentenza, nell'autonomia gestionale, decisionale e di spesa. Tutte circostanze queste che non sono state dimostrate da parte della difesa del sindaco, che ha solamente lamentato la mancanza di motivazione della sentenza di appello sul fatto che il Sindaco avesse indicato un dirigente responsabile, ma la semplice indicazione di un altro soggetto responsabile non è sufficiente, come abbiamo visto, a dimostrare nel giudizio l'avvenuta delega dei pieni poteri necessari a far rivestire il ruolo di datore di lavoro al dirigente come previsto dal decreto legislativo numero 81/2008. Non essendo quindi stato adempiuto l'onere della prova a carico del Sindaco, rimane sullo stesso la qualificazione di datore, ai fini della sicurezza sui luoghi di lavoro, con le relative conseguenze penali.