



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**3 settembre  
2017**

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

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ I piccoli comuni non possono derogare ai limiti assunzionali
- ❖ Anche in presenza di un parere dell'ANAC il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione deve essere adeguatamente motivato
- ❖ Approvata la legge speciale contro le minacce ed intimidazioni ai pubblici amministratori
- ❖ I contributi ministeriali percepiti dal Comune per la presenza di migranti hanno finalità vincolata

**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)**

## **I piccoli comuni non possono derogare ai limiti assunzionali**

La Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, si è pronunciata con la deliberazione numero 391/2017/PAR sul quesito posto da un piccolo Comune riguardo alla possibilità per gli enti di piccole dimensioni di derogare alle disposizioni dell'articolo 9, comma 28, del decreto legge numero 78 del 2010, al fine di poter assumere a tempo determinato alcune figure professionali particolari come un vigile urbano o un assistente sociale, non sostituibili con altri dipendenti per le specifiche funzioni legate alla professionalità, per poter far fronte a situazioni di emergenza particolari, come ad esempio la prolungata assenza di un dipendente per motivi di salute o per la maternità.

Questo articolo 9, comma 28 del decreto legge numero 78 del 2010 fa parte di una serie di misure atte a contenere la spesa pubblica in uno dei settori più rilevanti quali quello del personale, riferendosi in maniera specifica ai rapporti di coloro che collaborano con la PA con contratti di lavoro diversi dal classico rapporto subordinato a tempo indeterminato.

La prima ipotesi da tenere in considerazione è quella riguardante il caso in cui un Comune, per qualsivoglia motivo, non abbia sostenuto nel 2009 o nel triennio previsto dalla norma, cioè il 2007/2009, alcuna spesa per contratti di lavoro flessibile: in questi casi, secondo la giurisprudenza, l'ente locale può, motivando adeguatamente il provvedimento, individuare un nuovo parametro di riferimento, consistente nella spesa strettamente necessaria per far fronte ad un servizio essenziale per l'Ente, restando però fermo il rispetto dei presupposti stabiliti dall'articolo 36, commi 2 e seguenti, del decreto legislativo numero 165 del 2001 e della normativa contrattuale lì richiamata, oltre ovviamente ai vincoli generali dell'ordinamento.

La questione diversa relativa alla possibilità di derogare i limiti assunzionali per i Comuni di piccole dimensioni quando vi siano circostanze particolari è già stata affrontata dalla giurisprudenza contabile che ha avuto diverse occasioni per chiarire che l'ordinamento non consente alla PA di superare per assunzioni a tempo determinato e in qualsiasi forma contrattuale il livello di spesa sostenuta per i medesimi scopi nell'anno 2009, non essendo prevista alcuna deroga per gli enti di piccole dimensioni o per quelli cosiddetti virtuosi, ma neanche per far fronte ad esigenze eccezionali o transitorie. Vi è una sola deroga possibile, che riguarda solamente le assunzioni strettamente necessarie per garantire l'esercizio delle funzioni di Polizia locale, di istruzione pubblica e del settore sociale, senza comunque variare l'ammontare della spesa complessiva che non può essere superiore a quella del 2009 per le medesime finalità.

Secondo la Corte quindi, il legislatore ha fatto una scelta molto chiara che esclude la possibilità di aggirare i limiti sopraesposti seppur per la presunta esigenza di adempiere allo svolgimento di funzioni fondamentali in assenza di altre possibili soluzioni organizzative. Data la disciplina vigente, meno restrittiva rispetto a quella in vigore all'epoca, non ci sono più i presupposti per consentire, come in passato avevano fatto le Sezioni unite della Corte dei Conti, agli enti di piccole dimensioni delle deroghe alla normativa limitate in maniera molto stringente, avvalendosi dello strumento regolamentare.

Inoltre, va ricordato che il principio della non derogabilità dei limiti sanciti dal comma 28 dell'articolo 9, del decreto legge numero 78/2010, vale anche per le sostituzioni di personale temporaneamente assente per cause non previste o prevedibili dal Comune.

Queste interpretazioni non possono neanche essere disattese nel caso di corresponsione dell'indennità di maternità, trattandosi di una somma che rientra nel concetto ampio di spesa sostenuta per il

lavoro a tempo determinato, anche se per via di un obbligo di legge e senza un ritorno effettivo di lavoro prestato per l'ente.

**Anche in presenza di un parere dell'ANAC il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione deve essere adeguatamente motivato**

Un operatore economico veniva dichiarato aggiudicatario, in via definitiva, della gara indetta da un Comune per l'affidamento di lavori di costruzione di un serbatoio, procedura da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con una base d'asta pari ad euro 193.299,92. L'aggiudicazione era stata preceduta dal subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, risoltosi in senso favorevole alla società a seguito della presentazione di idonee giustificazioni.

Senonché, nel frattempo, la società concorrente giunta seconda classificata, aveva presentato all'ANAC istanza di parere di precontenzioso ai sensi dell'art.211, primo comma del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, contestando l'incongruità dell'offerta presentata dall'aggiudicatario, iniziativa a cui né quest'ultima, né la stazione appaltante avevano ritenuto di aderire.

All'esito del procedimento, con nota n. 26053 del 17 febbraio 2017, l'Autorità comunicava al Comune che il Consiglio con delibera n. 97 dell'8 febbraio 2017 aveva dichiarato l'illegittimità dell'aggiudicazione, in quanto il computo metrico allegato all'offerta economica risultava incompleto, né sarebbe stato possibile integrarlo avvalendosi del soccorso istruttorio.

Successivamente, la stazione appaltante, con determinazione n. 69 del 9 maggio

2017 procedeva alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva, assumendo di "*doversi conformare al parere autorevole dell'ANAC*".

Avverso il provvedimento di revoca ha proposto ricorso la società aggiudicatario, chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento dei danni.

Con la sentenza n.3881/2017 il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania ha ritenuto il ricorso fondato, anzitutto, per la mancata comunicazione di avvio del procedimento di autotutela nei confronti della ricorrente, adempimento che il Collegio ritiene reso necessario, a fortiori, dal carattere latamente discrezionale del potere esercitato, fortemente incisivo sulla posizione della società ricorrente di aggiudicatario definitivo della gara.

Ma viene ritenuta fondata, altresì, anche la questione di illegittima modalità di costruzione della decisione di autotutela, uno dei presupposti della quale è, difatti, indiscutibilmente costituito dall'adozione di un parere di precontenzioso a cui la stazione appaltante ha ritenuto di doversi conformare.

Viene infatti rilevato che l'istituto del parere di precontenzioso vincolante di cui all'art. 211 citato non è applicabile, *ratione temporis*, alla procedura di gara per cui è processo, indetta antecedentemente alla entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Viene poi aggiunto che il provvedimento impugnato ha comportato una totale rivalutazione del giudizio di congruità dell'offerta a cui nel corso della gara era autonomamente pervenuta la stazione appaltante.

Ne consegue che, fermo restando l'esercizio di un potere di autotutela, quello manifestato nella determinazione gravata non risponde a principi di legittimità sostanziale, in quanto la decisione assunta è stata senza dubbio decisamente condizionata dal giudizio proveniente da un soggetto, della cui

autorevolezza non è possibile dubitare, che non avrebbe dovuto contribuire alla fase istruttoria e, comunque, non avrebbe potuto farlo in termini di vincolatività nei confronti dell'amministrazione comunale.

Per altro, il Comune non ha compiuto alcuna autonoma e congrua valutazione che potesse – anche solo astrattamente – sorreggere l'esercizio del potere di autotutela, a fronte di una posizione comunque meritevole di considerazione da parte dell'impresa già dichiarata aggiudicataria.

### **Approvata la legge speciale contro le minacce e intimidazioni ai pubblici amministratori**

La Camera ha approvato definitivamente la legge sulla tutela dei corpi politici, amministrativi e giudiziari e dei loro singoli componenti.

La legge, nata dai lavori della Commissione parlamentare d'inchiesta istituita in Senato nel 2013, finalizzata soprattutto a tutelare i sindaci, è entrata in vigore dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, come legge 105/2017 del 3 luglio.

Il testo della norma prevede che “*violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario*”, ma anche a suoi singoli componenti, potrà essere punita con la reclusione da 1 a 7 anni, con procedibilità d'ufficio e la possibilità di adottare intercettazioni e utilizzare la custodia cautelare in carcere. Le pene saranno aumentate fino ad un terzo nel caso in cui le minacce siano eseguite con armi, oppure da persona a travisata, da più persone insieme, con scritti in forma anonima, ma anche in maniera simbolica o avvalendosi della pressione e forza intimidatrice di associazioni segrete. Le pene saranno le stesse anche per chi commette il reato con la finalità di ottenere, ostacolare o

impedire il rilascio o l'adozione di un qualsiasi provvedimento, anche se si trattasse di un provvedimento legislativo e non amministrativo. E' previsto inoltre l'arresto obbligatorio in flagranza di reato, mentre fino a prima dell'approvazione della legge speciale era facoltativo. Questa maggiore tutela non varrà soltanto per gli eletti, ma si estende anche ai candidati al consiglio comunale, in quanto minacciare un aspirante consigliere comporterà da 2 a 5 anni di reclusione.

Nella legge è prevista anche l'emanazione di un futuro decreto per definire la composizione e le modalità di funzionamento dell'Osservatorio sul fenomeno degli atti intimidatori nei confronti degli amministratori locali, che già è stato istituito con il decreto ministeriale del 2 luglio 2015: tra i compiti di questa struttura emerge il monitoraggio del fenomeno nel complesso e i fatti noti verranno catalogati ed archiviati in una apposita banca dati.

### **I contributi ministeriali percepiti dal Comune per la presenza di migranti hanno finalità vincolata**

Il Sindaco di un Comune ha esposto che, in ragione del D.M. 30 dicembre 2016 (avente ad oggetto Modalità di ripartizione del Fondo iscritto nella missione «Immigrazione, accoglienza e garanzia dei diritti», programma «Flussi migratori, interventi per lo sviluppo della coesione sociale, garanzia dei diritti, rapporti con le confessioni religiose»), l'ente locale ha ricevuto appositi trasferimenti ministeriali. Viene aggiunto che, tuttavia, «il Comune non ha sostenuto alcuna spesa afferente la gestione dei flussi migratori rilevando che le spese sono invero state sostenute da Associazioni Onlus collegate alle chiese del territorio circostante.

Alla luce di quanto premesso, viene chiesto

alla Sezione di controllo per la Regione Lombardia di esprimere un parere “in merito all'utilizzo dei contributi ministeriali percepiti dal Comune per la presenza di migranti sul proprio territorio”. In particolare, l'ente chiede «se gli stessi siano da vincolare sia ai fini di cassa sia ai fini dell'utilizzo oppure al contrario, nonostante il Comune non abbia sostenuto spese, sia possibile utilizzarli per la spesa corrente per altri scopi completamente diversi dal programma della coesione sociale, garanzia dei diritti, rapporti con le confessioni religiose».

La Sezione adita osserva preliminarmente, con il parere n. 177/2017, che, anche se l'ente nell'incipit del quesito chiede se i contributi in discorso «siano da vincolare sia ai fini di cassa sia ai fini dell'utilizzo», di fatto non formula una richiesta di parere sull'esistenza o meno di un vincolo di cassa ma, ancora più in generale, chiede se sia possibile destinare i trasferimenti in discorso «per la spesa corrente per altri scopi completamente diversi dal programma della coesione sociale, garanzia dei diritti, rapporti con le confessioni religiose». Ne consegue che non essendo strettamente pertinente con il quesito formulato dall'ente, la Sezione non affronta il tema della gestione della cassa (tema per il quale, tra l'altro, si rinvia alla delibera della Sezione delle Autonomie n. 35/SEZAUT/2015/INPR che delinea il distinguo tra entrate “vincolate” e “destinate”).

Chiarito ciò la Corte ricorda che il primo periodo del primo comma dell'art. 187 TUEL stabilisce che «il risultato di amministrazione è distinto in fondi liberi, fondi vincolati, fondi destinati agli investimenti e fondi accantonati». Il comma 3 ter, poi, alla lettera c) precisa che «costituiscono quota vincolata del risultato di amministrazione le entrate accertate e le corrispondenti economie di bilancio: (...) derivanti da trasferimenti erogati a favore dell'ente per una specifica destinazione determinata».

La Corte dei conti ritiene che i

trasferimenti oggetto della richiesta di parere siano riconducibili alla lettera c) del comma 3 ter cit.. Infatti, il D.L. 22/10/2016, n. 193 (come modificato dalla legge di conversione 1° dicembre 2016, n. 225), all'art. 12, secondo comma, afferma che “Quale concorso dello Stato agli oneri che sostengono i Comuni che accolgono richiedenti protezione internazionale, è autorizzata la spesa di 100 milioni di euro per l'anno 2016. A tal fine, nello stato di previsione del Ministero dell'interno, è istituito un apposito Fondo iscritto nella missione «Immigrazione, accoglienza e garanzia dei diritti», programma «Flussi migratori, interventi per lo sviluppo della coesione sociale, garanzia dei diritti, rapporti con le confessioni religiose». Con decreto del Ministro dell'interno, da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono definite le modalità di ripartizione delle risorse di cui al presente comma tra i comuni interessati, nel limite massimo di 500 euro per richiedente protezione ospitato e comunque nei limiti della disponibilità del fondo”.

Sulla scorta di detto quadro normativo, il Ministero dell'interno, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle finanze, ha emanato il D.M. 30/12/2016 con il quale ha dettato le “Modalità di ripartizione del Fondo iscritto nella missione «Immigrazione, accoglienza e garanzia dei diritti», programma «Flussi migratori, interventi per lo sviluppo della coesione sociale, garanzia dei diritti, rapporti con le confessioni religiose”.

Ne consegue che le entrate accertate dall'ente locale a titolo di trasferimenti ricadenti programma «Flussi migratori, interventi per lo sviluppo della coesione sociale, garanzia dei diritti, rapporti con le confessioni religiose» devono necessariamente essere destinate a detta finalità.