



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**1 febbraio
2018**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale non è sanabile con il soccorso istruttorio
- ❖ L'ordinanza per la bonifica dei siti inquinati deve essere adottata dal Sindaco
- ❖ Il collocamento in quiescenza di un dirigente non comporta una riduzione delle risorse complessivamente destinate al trattamento accessorio del personale
- ❖ La costituzione di parte civile nei reati ambientali, legittimazione esclusiva dello Stato

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

L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale non è sanabile con il soccorso istruttorio

A seguito dell'esperimento di gara per l'affidamento di lavori di messa in sicurezza, adeguamento sismico, impiantistico ed efficientamento energetico di un edificio scolastico, l'impresa seconda classificata ha impugnato l'aggiudicazione definitiva, contestando la violazione dell'art. 95, c. 10 del Codice dei contratti, per mancata indicazione, da parte dell'aggiudicataria, degli oneri di sicurezza interni dell'operatore economico.

L'impresa prima classificata, unitamente al Comune appaltante, ha chiesto invece il rigetto del ricorso, sul presupposto della possibile regolarizzazione con il soccorso istruttorio della mancata indicazione dei costi in questione, contenuti nell'offerta economica.

Il Tar Catanzaro ritiene però, con la sentenza 7 febbraio 2018, n. 337, il ricorso fondato.

In particolare, pur essendo cosciente dell'esistenza di orientamenti difformi, se non contrastanti, il Collegio ha ritenuto di fare propria la tesi che reputa necessaria l'indicazione separata di tali oneri per cui non è possibile ricorrere al soccorso istruttorio. L'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 è, infatti, una norma imperativa di legge, non derogabile dal bando, che si inserisce direttamente nell'atto unilaterale amministrativo anche in presenza di clausole contrastanti difformi (in applicazione degli artt. 1339 e 1419 c.c., pacificamente applicabili all'atto amministrativo ex art. 1324 c.c. ovvero tramite il procedimento analogico).

Inoltre, trattandosi di requisiti dell'offerta economica, per essi non appare applicabile il soccorso istruttorio, espressamente escluso per tali requisiti dall'art. 85, c. 9 D. Lgs. 50/2016, né può farsi riferimento alla tutela dell'affidamento del contraente alla

luce del carattere imperativo della norma e dei requisiti professionali richiesti ad un operatore economico qualificato partecipante a una gara pubblica.

Da questo punto di vista, l'interpretazione che fa leva sulla chiara formulazione letterale della norma imperativa sopra richiamata appare in linea con le esigenze di "certezza del diritto" a loro volta funzionali alla semplificazione ed accelerazione della tempistica nell'affidamento dei contratti pubblici, nel pieno rispetto della parità di trattamento e della trasparenza che costituiscono i criteri portanti sia della Direttiva 2014/24 UE sia della normativa nazionale di attuazione.

Non si può, pertanto, sostenere che si sia di fronte ad una causa di esclusione "non conosciuta o non conoscibile" dal concorrente, poiché al principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 83 comma 8, d.lgs. n. 50/2016 dev'essere riconosciuta la portata già definita sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti, sicché l'esclusione dalla gara va pertanto disposta "sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*" (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

Nel contesto del quadro regolatorio vigente, pertanto, l'obbligo di indicare gli oneri della sicurezza nell'ambito dell'offerta economica costituisce un precetto imperativo espressamente risultante dal diritto nazionale, e non da una sua interpretazione, ciò che rende l'esclusione dalla procedura coerente con i principi di proporzionalità, trasparenza, e parità di trattamento come declinati dalla giurisprudenza eurounitaria (Corte giust. comm. UE, sez. VI, 2 giugno 2016 in causa C-27/15).

Così stando le cose, il Tribunale annulla

l'aggiudicazione senza dichiarare inefficace il contratto, essendo emerso che lo stesso è oramai quasi del tutto eseguito ma, soprattutto, in ragione della natura specifica dei lavori, consistenti nella messa in sicurezza di un edificio per cui prevale l'interesse pubblico alla prosecuzione dei lavori.

L'ordinanza per la bonifica dei siti inquinati deve essere adottata dal Sindaco

Il Tar Campania, Sezione V, con Sentenza n. 600 del 27 Gennaio 2018, ha statuito che la potestà di ordinanza per rimuovere i rifiuti è stabilita esplicitamente come competenza del Sindaco dall'articolo 192, comma 3 del D. Lgs. n. 152/2006 (Testo unico ambiente).

L'anzidetta pronuncia prende la mosse da un provvedimento emesso dal responsabile dei lavori pubblici di un comune, con il quale veniva ordinato al legale rappresentante di una società di rimuovere i rifiuti presenti nell'area di proprietà della stessa e, di conseguenza, provvedere alla bonifica dei luoghi.

Il legale rappresentante della Società impugnava, a questo punto, l'ordinanza da cui era stato raggiunto, sostenendo l'incompetenza del dirigente del Comune a emettere il provvedimento.

Parte ricorrente riteneva, infatti, che, in base a quanto previsto ex art. articolo 192, comma 3, del Dlgs n. 152 del 2006 (Testo unico ambiente), la potestà di disporre con ordinanza delle operazioni di rimozione, smaltimento rifiuti e ripristino dello stato dei luoghi, sia espressamente riservata al Sindaco, e che la norma risulti, peraltro, prevalente sul disposto di cui all'articolo 107, comma 5, del Dlgs n. 267 del 2000 (Testo unico enti locali) il quale attribuisce, invece, detta competenza in capo ai dirigenti.

Il Tar Campania, con Sentenza n. 600 del 27 Gennaio 2018, ha accolto il ricorso sulla base delle seguenti argomentazioni:

“Ritenuto il provvedimento impugnato, conformemente al contenuto ed al fine cui è diretto, è riconducibile all'esercizio della potestà disciplinata dall'art. 192 del D. Lgs. n. 152 del 2006;

Ritenuto che merita accoglimento il primo motivo dedotto con cui la ricorrente lamenta l'illegittimità del gravato provvedimento per l'incompetenza del dirigente comunale che ha emanato l'atto, trattandosi di potestà riservata espressamente al Sindaco dal citato art. 192, comma 3, del D. Lgs. n. 152/2006, che così testualmente statuisce: “Il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate”;

Ritenuto, inoltre, che la suindicata previsione, sulla base degli ordinari canoni ermeneutici (criterio della specialità e criterio cronologico), prevale sul disposto dell'art.107, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000;

Considerato, peraltro, che lo stesso articolo 107 del TUEL, al comma 4, precisa che “Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'art. 1, co. 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative”, condizione verificatasi nel caso di specie;

Ritenuto, in definitiva, che la determinazione dirigenziale impugnata è viziata per incompetenza in quanto l'art. 192, comma 3, del D. Lgs. n. 152/2006, norma speciale sopravvenuta rispetto all'art.107, comma 5, del D.lgs. n. 267/2000, prevale su quest'ultima;

Richiamato sul punto il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. in termini, ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. V, 29.8.2012, n. 4635 e 11.1.2016, n. 57; T.A.R. Campania, sezione V, 3.4.2015, n. 1992; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 7.1.2014, n. 86; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 4.7.2014, n. 704; T.A.R. Veneto, sez. II, 5.5.2014, n. 574; Cassazione penale, sez. III, 20.5.2014, n. 40212), le cui argomentazioni sono condivise dal

Collegio e vanno ribadite anche nel caso in trattazione;

Ritenuto, in conclusione, di accogliere il ricorso, con l'annullamento dell'atto e la remissione del potere di provvedere al Sindaco del Comune di (omissis);

Ritenuto, in relazione alla natura della controversia e del vizio rilevato, di poter disporre la compensazione delle spese e degli onorari del presente giudizio, fatto salvo il contributo unificato, che per legge va posto a carico dell'amministrazione soccombente;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

Sezione Quinta,

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnata ordinanza n. 67 del 2 novembre 2017".

Com'è agevole notare, le motivazioni poste alla base della decisione del Tar Campania non sono altro che espressione di due ordinari canoni ermeneutici, quali quello di specialità, per cui tra due fonti dello stesso rango, quella speciale prevale su quella generale (in diritto, il noto brocardo "lex specialis derogat generali") e quello cronologico.

L'art. 192 comma 3 del Dlgs n. 152 del 2006, infatti, è norma speciale, e quindi prevale, rispetto alla norma di rango generale di cui all'art. 107 comma 5 del Dlgs n. 267 del 2000, oltre a essere successiva rispetto a quest'ultima.

Una lettura più approfondita della normativa in esame porta, però, alla luce come il Testo unico degli enti locali sia composto non solo da disposizioni, ma, altresì, da principi: il comma 4 dell'art. 107 fa, infatti, un espresso richiamo al "principio" di cui all'art. 1 comma 4 dello stesso Dlgs n. 267 del 2000.

Detta analisi potrebbe, quindi, portare a escludere l'applicazione del criterio ermeneutico della specialità, posto che le due disposizioni, e precisamente l'art. 107

del TUEL e l'art. 192 del Testo unico ambiente, sulla base di quanto appena detto, non possono essere considerate equiordinate.

Tale obiezione, però, risulta facilmente superabile tenuto conto del fatto che è lo stesso articolo 107, comma 4 del Dlgs n. 267 del 2000, a prevede una possibilità di deroga, a condizione che ciò avvenga in modo esplicito e ad opera di «specifiche disposizioni legislative», condizione verificatasi nel caso di specie per il tramite dell'art. 192 comma 3 del Dlgs n. 152 del 2006.

Il collocamento in quiescenza di un dirigente non comporta una riduzione delle risorse complessivamente destinate al trattamento accessorio del personale

Un Comune, in occasione del collocamento in quiescenza di un dirigente al 31.12.2016, ex art. 2, comma 11, del D.L. 95/2012 con conseguente soppressione del posto in dotazione organica, ha provveduto a ridistribuire le funzioni del dirigente in quiescenza fra i dirigenti rimasti in servizio, con apposita riorganizzazione a far data dal 1.1.2017.

Considerato che la normativa di cui all'art. 23 del D. Lgs 75/2017 prevede che "a decorrere dal 1 gennaio 2017, l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2016. A decorrere dalla predetta data l'articolo 1, comma 236 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 è abrogato".

Tuttavia, rileva l'Ente, era proprio la parte finale del comma abrogato ad imporre che

il tetto di spesa complessivo annuale per il trattamento accessorio del personale venisse automaticamente ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio.

Pertanto, tenendo conto del personale assumibile ai sensi della normativa vigente, se ne dovrebbe dedurre che l'ammontare del fondo anno 2017 possa essere uguale a quello del 2016.

A detta del Comune, però, mantenere lo stesso importo dell'anno 2016 comporterebbe per i Dirigenti rimasti in servizio un automatico aumento della retribuzione che, sebbene questi siano stati destinatari di maggiori carichi di lavoro a causa della soppressione del posto in dotazione organica, pare porsi in contrasto con lo spirito della disciplina in rilievo.

Viene pertanto chiesto se il fondo debba comunque essere diminuito alla cessazione di una posizione dirigenziale e, nel caso, con quali criteri.

La Sezione di controllo della Corte dei conti per la Regione Toscana rileva, con il parere n. 4/0218, come, in effetti, la normativa attualmente in vigore disponga l'automatica diminuzione del Fondo, in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio, solo con riferimento agli enti locali che non hanno rispettato i vincoli del patto di stabilità interno del 2015, ma non per la generalità dei casi.

Non solo ma anche una interpretazione sistematica del dato normativo sembrerebbe deporre in tal senso: come evidenziato dalle Sezioni Riunite (20/SEZAUT/2017/QMIG) "La novella legislativa attua, sia pure in parte, il richiamato presupposto normativo del comma 236, introducendo all'art. 23 del Capo IX, dedicato alle disposizioni transitorie e finali, nuove disposizioni volte a promuovere la graduale convergenza del trattamento accessorio del personale e a favorire, nel corso di un periodo di sperimentazione triennale decorrente dal 1° gennaio 2018, l'incremento della componente variabile dei fondi per la

contrattazione integrativa nonché il superamento dei vincoli assunzionali".

La mancata indicazione dell'obbligo di ridurre in maniera proporzionale alle cessazioni di personale il fondo per la contrattazione integrativa sarebbe dunque riconducibile alla volontà del legislatore di non diminuire il fondo per la contrattazione integrativa.

In linea con tale interpretazione si era già espressa la Sezione Liguria (delib. n. 64/2017/PAR): dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa in materia, i giudici liguri affermano "... la principale novità della disposizione - art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017 - (oltre al mutamento dell'anno base, che slitta al 2016) è costituita dal venir meno del concorrente obbligo di riduzione proporzionale alle cessazioni dal servizio (che potrebbe permettere, a risorse complessive invariate, di incrementare il trattamento accessorio pro capite)... . Pertanto, dal 2017, opera come tetto l'ammontare del fondo costituito per dell'anno 2016, mentre non è più operante l'obbligo della decurtazione in misura proporzionale alle cessazioni del personale dal servizio (parimenti non presente nel 2015 e attenuato, grazie alla considerazione di quello assumibile, nel 2016). In conclusione, l'obbligo di ridurre il fondo per la contrattazione integrativa in misura pari ai risparmi conseguiti nel quadriennio 2011-2014 (di vigenza della prima formulazione del più volte citato art. 9, comma 2-bis) non è più operante dal 2016 (anno in cui, con l'introduzione dell'art. 1, comma 236, della legge n. 208/2015, la norma di finanza pubblica in materia è mutata), né riprodotto dal 2017 (in cui è stata abrogata anche la norma precedente, sostituita con altra, anche se simile). Tuttavia, i soli effetti della ridetta decurtazione continuano ad operare, costituendo uno degli elementi numerici in base ai quali è stato costituito, concretamente, il fondo per la contrattazione integrativa del 2015, che ha operato come tetto di riferimento per il successivo anno 2016, e, di conseguenza,

per il corrente anno 2017”.

Viene inoltre richiamata la pronuncia 20/2017 delle Sezioni Riunite con cui è stato affermato che “... il mancato richiamo alla riduzione del fondo in ragione della diminuzione del personale e di quello assumibile e il regime speciale previsto per gli enti locali che non hanno rispettato il patto di stabilità interno del 2015, costituiscono aspetti della recente disciplina che connotano le modalità applicative del nuovo tetto di spesa senza incidere sulla struttura di fondo del meccanismo di calcolo con il quale, dal 2011, il legislatore ha inteso congelare le risorse per la contrattazione integrativa”.

Tornando, infine, al caso di specie, la Sezione si ritiene non pertinente la considerazione – svolta dal commissario prefettizio – per cui “Mantenere l’intero importo dell’anno 2016 comporterebbe per i Dirigenti rimasti in servizio un automatico aumento della retribuzione...non giustificato”, e ciò in quanto una cosa sono le disposizioni ed i limiti per una corretta configurazione del Fondo nel suo complesso, altro sono le modalità ed i criteri di ripartizione del medesimo Fondo al personale che partecipa alla distribuzione di tali risorse, fatte comunque salve le disposizioni riguardanti il tetto retributivo del personale dirigente – art. 6, comma 5 ter D. Lgs 165/2001 e ss - laddove superato.

La costituzione di parte civile nei reati ambientali, legittimazione esclusiva dello Stato

La Sentenza n. 6727 della III sezione penale della Corte di Cassazione, depositata il 12 Febbraio 2018, offre l’opportunità per fare chiarezza sulle regole che disciplinano la risarcibilità del danno ambientale.

Come dichiarato dalla Suprema Corte nella citata pronuncia, *“in via generale, gli interessi correlati al valore ambientale suscettibili di tutela dinanzi al giudice ordinario possono essere fatti valere anche in sede penale mediante costituzione di parte civile ai sensi degli artt. 185 e ss cod. pen. e 22 cod. proc. pen.”*.

In forza, però, dell’abrogazione dell’articolo 18, comma 3, della legge 349 del 1986 (Istituzione del Ministero dell’ambiente e norme in materia di danno ambientale) derivante dall’entrata in vigore dell’articolo 318, comma 2, del Codice dell’ambiente, a decorrere dai fatti successivi al 29 aprile 2006, è consentita la legittimazione a costituirsi parte civile nei processi per reati ambientali in via esclusiva allo Stato, e per esso al Ministero dell’Ambiente.

La vicenda posta all’attenzione della Suprema Corte ha visto coinvolto il titolare di una ditta individuale di floricultura pugliese, condannato per il reato di attività di gestione di rifiuti non autorizzata, di cui all’articolo 256 del Codice dell’ambiente (Dlgs 152/2006), al pagamento di un’ammenda, oltre al risarcimento dei danni subiti dalla Provincia di Lecce, costituitasi parte civile.

Ed è stato proprio quest’ultimo aspetto, ossia la partecipazione dell’ente locale come parte al processo penale, quello su cui si è soffermata la Cassazione, la quale, come anzidetto, ha statuito che *“la legittimazione a costituirsi parte civile nel processo penale per il risarcimento del danno ambientale spetta soltanto allo Stato, e per esso al Ministero dell’Ambiente, e non anche agli altri enti locali, quali Regioni, Province ed enti pubblici territoriali minori. Questi ultimi possono solo agire secondo l’articolo 2043 del codice civile per ottenere un risarcimento del danno, patrimoniale e non, ulteriore e concreto da essi subito diverso dal danno ambientale”*.

La Cassazione, pur confermando nel merito il verdetto, ritenendo fondata la responsabilità penale del vivaista per l’attività di smaltimento non autorizzato di

rifiuti non pericolosi, ha però eliminato la condanna al risarcimento del danno in favore della Provincia.

Quindi, mentre lo Stato, e per esso il Ministero dell'Ambiente, può esercitare l'azione civile in sede penale "per il risarcimento del danno ambientale di natura pubblica, inteso come lesione dell'interesse pubblico alla integrità e salubrità dell'ambiente, tutti gli altri soggetti, singoli o associati, comprese le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali, possono esercitare l'azione civile in sede penale solo per ottenere il risarcimento di un danno ulteriore e concreto, *"conseguente alla lesione di altri loro diritti particolari, diversi dall'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente, pur se derivante dalla stessa condotta lesiva"*.