



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**19 febbraio  
2018**

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

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Linee guide Anac sulle indagini di mercato per gli appalti pubblici
- ❖ Comprovata indispensabilità dell'acquisto di immobili da parte degli enti locali
- ❖ Annullamento del bando di gara per mancata apposizione della clausola sociale
- ❖ Atti di natura riservata: l'esercizio del diritto di accesso dei Consiglieri regionali

**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)**

**Linee guide Anac sulle indagini di mercato per gli appalti pubblici**

E' onere delle stazioni appaltanti regolamentare molti profili operativi dei processi di acquisizione di lavori, beni e servizi, anche quando il valore è inferiore alle soglie comunitarie.

L'Anac ha revisionato le linee guida numero 4 sugli affidamenti sottosoglia adottate definitivamente con la deliberazione numero 206/2018, e in questa opera ha indicato in diversi passaggi la necessità di un intervento normativo delle amministrazioni al fine di definire delle regole chiare per la gestione delle procedure e per applicare in concreto il principio di rotazione.

L'Anac come primo punto sollecita la regolamentazione da parte degli enti per la definizione della modalità con cui si realizzano le indagini di mercato, sulle quali le linee guida forniscono uno schema generale basato sull'avviso pubblico.

Inoltre deve essere posta molta attenzione sulla formazione dell'elenco degli operatori economici, a riguardo dei quali le stazioni appaltanti possono decidere di prevedere una articolazione per categorie merceologiche, dovendo anche definire i criteri per individuare gli operatori economici da invitare alle procedure selettive.

Le nuove linee guida pongono l'accento sulla necessità di regolamentare specificatamente gli acquisti di importo inferiore a mille euro, al fine di semplificare gli obblighi di motivazione e le deroghe al principio di rotazione.

Su questo ultimo punto l'Anac sollecita le stazioni appaltanti a disciplinare mediante un atto normativo la suddivisione in fasce di valore economico degli affidamenti, al fine di facilitarne l'applicazione.

Inoltre l'Anac evidenzia anche come l'articolo 42 del Codice dei contratti richieda alle stazioni appaltanti di definire

misure di prevenzione della corruzione e strumenti di contrasto al conflitto di interessi, che devono essere sottoposti a monitoraggio costante.

Ovviamente anche la gestione degli affidamenti diretti rientra in questa organizzazione e regolamentazione richiesta dalle nuove linee guida.

L'Anac mette nero su bianco che le stazioni appaltanti possono selezionare l'operatore economico con cui procedere all'affidamento diretto dei lavori, servizi o forniture attraverso processi semplificati di acquisizione di informazioni, che però devono essere spiegati nel provvedimento di aggiudicazione, come ad esempio l'analisi dei listini, la verifica di aggiudicazioni analoghe da parte di altre amministrazioni o anche la richiesta di preventivi. Quest'ultima viene individuata come la migliore modalità dall'Autorità.

Al fine di rendere omogenei questi percorsi, le amministrazioni hanno il dovere di stabilire differenti opzioni tra cui i propri operatori avrebbero la possibilità di scegliere quella più idonea per reperire informazioni utili alla selezione dell'affidatario.

Dall'articolo 32, comma 2 del Codice si evince l'importanza di questi elementi, in quanto la norma permette per questo tipo di affidamenti la sintesi in un unico atto, all'interno del quale comunque devono essere esplicitate le ragioni della scelta del fornitore.

Per quanto riguarda le acquisizioni di minore importo, intendendosi come tali quelle di valore inferiore ai 20 mila euro, le linee guida dettagliano in modo specifico le modalità con le quali devono essere effettuate le verifiche dei requisiti.

All'interno di questa fascia l'Anac ha stabilito la soglia di 5 mila euro, che permette alle amministrazioni di limitare al minimo le verifiche, mentre nella fascia fra i 5 mila e i 20 mila sono previsti controlli più stringenti: nel primo caso basterà una autocertificazione sui requisiti generali e di

capacità con controllo sulla regolarità contributiva e sulle eventuali abilitazioni richieste, nel secondo invece si dovranno analizzare anche la situazione delle procedure fallimentari e la regolarità fiscale.

**Comprovata indispensabilità dell'acquisto di immobili da parte degli enti locali**

Un Sindaco di un Comune lombardo si rivolge alla Sezione regionale della Corte dei conti per avere lumi circa le limitazioni poste agli enti locali per l'acquisizione di immobili stante l'opportunità, per il proprio Ente, di comperare un terreno ecclesiastico all'interno dell'abitato per realizzare un parcheggio pubblico.

Ritenuta la richiesta ammissibile sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, la Sezione di controllo si spende con il parere n. 78/2018 per chiarire all'Ente richiedente quale sia la portata applicativa dell'art. 12 del decreto legge n. 98 del 2011 e s.m.i., nella parte in cui prevede che, a decorrere dal 1° gennaio 2014, gli enti territoriali possano effettuare operazioni di acquisto di immobili solo ove ne siano comprovate l'indispensabilità e l'indilazionabilità, attestate dal responsabile del procedimento.

La disposizione, già più volte scrutinata dalla Sezione (cfr., per esempio, deliberazioni, n. 97/2014/PAR, n. 299/2014/PAR e n. 21/2015/PAR e n. 310/2015/PAR) permette agli enti locali, a decorrere dal 1° gennaio 2014 ed a differenza di quanto disposto per il 2013, di effettuare operazioni di acquisto di beni immobili, sia pure nei limiti e con le modalità previste dal comma 1-ter del citato art. 12 del decreto legge n. 98 del 2011. Non è più vigente, invece, la norma preclusiva che, nel solo esercizio 2013, ha vietato agli enti territoriali l'acquisto di beni immobili (contenuta nel comma 1-

quater dell'art. 12 del decreto-legge n. 98 del 2011).

La vigente formulazione del comma 1-ter – quale risultante, da ultimo, dalle integrazioni apportate dall'art. 14-bis, comma 1, del d.l. n. 50 del 2017 convertito dalla legge n. 96 del 2017 – dispone, infatti, che “a decorrere dal 1°(gradi) gennaio 2014 al fine di pervenire a risparmi di spesa ulteriori rispetto a quelli previsti dal patto di stabilità interno, gli enti territoriali e gli enti del Servizio sanitario nazionale effettuano operazioni di acquisto di immobili solo ove ne siano comprovate documentalmente l'indispensabilità e l'indilazionabilità attestate dal responsabile del procedimento. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano agli enti locali che procedano alle operazioni di acquisto di immobili a valere su risorse stanziare con apposita delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica o cofinanziate dall'Unione europea ovvero dallo Stato o dalle regioni e finalizzate all'acquisto degli immobili stessi. La congruità del prezzo è attestata dall'Agenzia del demanio, previo rimborso delle spese. Delle predette operazioni è data preventiva notizia, con l'indicazione del soggetto alienante e del prezzo pattuito, nel sito internet istituzionale dell'ente”.

Pertanto, dal 2014, al regime di divieto, è stata sostituita una disciplina che consente le operazioni di acquisto di beni immobili, ma solo in caso di comprovata indispensabilità ed indilazionabilità (salvo specifiche eccezioni), presupposti necessariamente oggetto di esplicitazione nella motivazione del provvedimento che l'amministrazione deve adottare (in termini, SRC Piemonte, deliberazione n. 240/2017/PAR).

Così stando le cose, ai fini della valutazione dei requisiti della “indispensabilità e indilazionabilità” dell'acquisizione di un immobile, risulta necessario che il provvedimento di autorizzazione espliciti puntualmente i presupposti di fatto e di diritto alla base

dell'acquisto al patrimonio comunale, evidenziando in particolare i vantaggi, anche economici, derivanti da tale opzione.

**Annullamento del bando di gara per mancata apposizione della clausola sociale**

Frequentemente le Amministrazioni prestano molta attenzione, nell'ambito delle procedure di affidamento di servizi, alle ricadute in termini occupazionali derivanti dall'eventuale mutamento dell'affidatario.

L'esigenza di accordare una qualche forma di tutela ai lavoratori precedentemente impiegati nel servizio è venuta così nel tempo ad essere condivisa, in maniera esplicita, anche dal legislatore che, con le modifiche apportate nel 2017 all'art. 50 del D. Lgs. 50/2016, ha previsto, in alcune ipotesi, l'obbligatorietà di prevedere una cd. "clausola sociale".

Cosa succede, però, se – contrariamente a quanto avviene nella maggior parte delle ipotesi – la Stazione Appaltante decida di non porre detta clausola?

Questo è il caso recentemente vagliato dal TAR Napoli ove il gestore uscente di un servizio ha immediatamente impugnato il bando di gara indetto da un Amministrazione per il nuovo affidamento di tali attività.

L'operatore economico ha così lamentato la violazione dell'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016 n.50, come modificato dall'art. 33 del D.Lgs. 56/17, che, per i servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, e con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, impone alle stazioni appaltanti l'inserimento nei bandi di gara di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

Nel caso di specie, infatti, tale obbligo

sarebbe stato manifestamente violato, non essendosi in presenza di un servizio avente natura di attività intellettuale, dal momento che lo stesso consiste nell'esecuzione di compiti materiali ed essendo pacifico che presupponga un'alta intensità di impiego di manodopera.

Inoltre la riscontrata omissione, oltre a rilevare come profilo di carenza di istruttoria, essendo mancato ogni accertamento da parte della stazione appaltante, pur avendo la ricorrente offerto la disponibilità dei dati in suo possesso quale precedente gestore del servizio, avrebbe determinato l'impossibilità per i concorrenti di presentare un'offerta ponderata, difettando una stima dei costi della manodopera, ciò anche in violazione del principio di cui all'art. 23, comma 16 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 che ne impone l'indicazione separata nei documenti posti a base di gara.

Entrambi i motivi di doglianza vengono condivisi dal Tribunale Amministrativo.

Come ricordato dal Giudice, l'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, come modificato dall'articolo 33, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, impone l'apposizione di una clausola sociale, compatibile con i principi dell'Unione europea, volta a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

I servizi ad alta intensità di manodopera vengono inoltre individuati dallo stesso legislatore in quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.

Ebbene, rispetto a tale disposizione, cogente per la stazione appaltante, è mancata da parte di questa l'inserimento di clausole sociali, né, a livello istruttorio, risulta esservi stata alcuna verifica dei presupposti per tale applicazione e, segnatamente, una valutazione sulla natura non intellettuale del servizio e sulla

prevalenza della manodopera in termini di valore economico.

Tale omissione, riscontrabile dall'assenza di ogni riferimento a clausole sociali nel bando, nel disciplinare di gara, nel capitolato e anche nello schema di convenzione, è altresì determinativa della violazione della disposizione di cui all'art. 23, comma 16, ultimo periodo del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, come modificato dall'articolo 13, comma 1, lettera i), del D.Lgs 19 aprile 2017, n. 56 secondo cui «nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma».

Conseguentemente, gli atti impugnati vengono annullati, con indicazione all'amministrazione di predisporre nuovamente la documentazione di gara in coerenza con i descritti principi.

### **Atti di natura riservata: l'esercizio del diritto di accesso dei Consiglieri regionali**

Con Sentenza n. 1298 del 2018 il Consiglio di Stato si è pronunciato in riferimento all'esercizio del diritto di accesso agli atti posto in capo ai Consiglieri regionali e afferente, appunto, atti di natura riservata.

Sulla base dell'anzidetto provvedimento giurisdizionale, l'istanza ostensiva non produce alcuna lesione alla tutela dei dati personali, atteso che è questo un limite opponibile all'accesso esercitato a tutela di posizioni soggettive individuali, ma non anche allo scopo di consentire il proficuo esercizio del mandato democratico di proposta, verifica e controllo da parte dei componenti delle assemblee elettive.

Si tratta dell'epilogo di una vicenda che ha preso le mosse dall'impugnazione di un provvedimento di diniego, conseguente a

una richiesta di accesso agli atti avanzata da un Consigliere della Regione Veneto.

Quest'ultimo, nel mese di Maggio 2016, reiterava all'Ufficio competente tre successive istanze di accesso agli atti concernenti i nominativi dei Consiglieri regionali che avevano esercitato l'opzione per l'assegno di fine mandato.

Il Capo Servizio Affari Generali, con nota del 30 maggio 2016, consentiva l'accesso, ma solo in parte; ritenendo, infatti, che detta informazione avesse a oggetto dati personali, forniva i nominativi in modo anonimo ed aggregato, indicando all'uopo solo il numero dei consiglieri che avevano esercitato l'opzione.

Il Consigliere regionale presentava, quindi, istanza di riesame del diniego all'Ufficio del Garante regionale dei diritti della persona che, però, con parere del 13 luglio 2016, riteneva legittimo il provvedimento anzidetto.

Sia il parere negativo del Garante sia l'originario diniego, ritenuti illegittimi per violazione del diritto all'informazione di cui è titolare il consigliere regionale in ragione dell'esercizio del suo mandato, venivano impugnati dinanzi il TAR Veneto.

Quest'ultimo, con Sentenza 10 gennaio 2017, n. 15, respingeva il gravame, ritenendo che l'Amministrazione regionale avesse comunque fornito all'istante, seppur in forma anonima e aggregata, le informazioni sui membri del Consiglio regionale che avevano esercitato l'opzione per l'assegno di fine mandato; tale manifestazione di volontà veniva, quindi, considerata rispondente alle finalità di informazione sottese all'esercizio delle funzioni proprie del mandato ricevuto dal ricorrente.

A questo punto, il Consigliere regionale impugnava l'anzidetta pronuncia dinanzi il Consiglio di Stato, il quale, ritenendo l'appello fondato nel merito, lo accoglieva con Sentenza n. 1298 del 2018.

Per la Quinta sezione del Consiglio di Stato, infatti, "L'art. 109 del regolamento

consigliare pone un limite al diritto all'informazione dei consiglieri regionali solamente con riguardo al procedimento di gara per l'affidamento di un contratto di appalto, consentendo in tale caso il differimento dell'accesso; l'art. 39 dello statuto regionale, precisato che i consiglieri sono tenuti al segreto, dispone, in via generale, facendo poi rinvio al regolamento, che il diritto di accesso sia esercitato in conformità ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, nel rispetto del buon andamento degli uffici. La previsione statutaria, a parte il rinvio al regolamento, contiene una regola di cui non è agevole la percezione della dimensione applicativa, in quanto evoca due principi informativi dell'azione amministrativa, che attengono alla non arbitrarietà (ragionevolezza) ed alla adeguatezza/mitezza (proporzionalità) della decisione, non omogenei con il principio di trasparenza, sia sotto il profilo concettuale, che funzionale (l'interesse esercitato da un consigliere regionale con la domanda di accesso ai documenti non è l'interesse pubblico di cui è tributaria l'Amministrazione, e che è oggetto della ponderazione degli interessi nella quale si traduce la discrezionalità amministrativa). Sembra allora corretto affermare che il richiamo ai principi di proporzionalità e ragionevolezza sia atecnico, e valga a porre in evidenza che il diritto all'informazione del consigliere regionale incontra il limite contenutistico del rispetto del buon andamento degli uffici pubblici, inteso in una dimensione che attiene insieme all'organizzazione ed all'attività, e dunque guarda all'economicità ed efficienza, che non possono essere frustrate da richieste dispersive od impicanti attività eccessiva. Si tratta, del resto, di una soluzione ermeneutica conforme all'indirizzo giurisprudenziale formatosi sull'art.43 del d.lgs. n. 267 del 2000 (t.u.e.l.), che, in tema di accesso ai documenti da parte dei consiglieri comunali e provinciali, ne ha ravvisato il limite proprio nell'ipotesi in cui lo stesso si traduca in strategie ostruzionistiche o di paralisi dell'attività amministrativa con istanze che, a causa

della loro continuità e numerosità, determinino un aggravio notevole del lavoro degli uffici ai quali sono rivolte e determinino un sindacato generale sull'attività dell'amministrazione (Cons. Stato, IV, 12 febbraio 2013, n. 846). L'accesso, in altri termini, deve avvenire in modo da comportare il minore aggravio possibile per gli uffici comunali, e non deve sostanziarsi in richieste assolutamente generiche o meramente emulative. Tale situazione non ricorre nel caso di specie, essendo del tutto ordinaria l'attività dell'Amministrazione ai fini dell'ostensione della documentazione richiesta. Né può obiettarsi che l'istanza ostensiva incida su dati personali, atteso che è questo un limite opponibile all'accesso esercitato a tutela di posizioni soggettive individuali, ma non anche allo scopo di consentire il proficuo esercizio del mandato democratico di proposta, verifica e controllo da parte dei componenti delle assemblee elettive".

Nonostante, poi, la giurisprudenza citata nella sentenza in esame si sia formata sull'art.43 del t.u.e.l., concernente come ben noto i diritti dei consiglieri comunali e provinciali, è stata ritenuta dal Consiglio di Stato perfettamente estensibile anche ai consiglieri regionali.

Come chiarito dai magistrati, infatti, "L'art. 43, comma 3, chiarisce che i consiglieri hanno diritto di ottenere dagli uffici tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, "utili all'espletamento del loro mandato"; il riferimento ai documenti utili all'esercizio del mandato ritorna nell'art. 39 dello statuto veneto. Ciò significa che l'accesso ai documenti esercitato dai consiglieri comunali e provinciali, e, per estensione, anche regionali, espressione delle loro prerogative di controllo democratico, non incontra alcuna limitazione in relazione all'eventuale natura riservata degli atti, stante anche il vincolo del segreto d'ufficio che lo astringe. Inoltre tale accesso non deve essere motivato, atteso che, diversamente, sarebbe consentito un controllo da parte degli uffici

dell'Amministrazione sull'esercizio delle funzioni del consigliere.

Da ultimo, il Consiglio di Stato si sofferma sulla locuzione "utile", contenuta nell'art. 43 del t.u.e.l., precisando che detto aggettivo "non vale ad escludere il carattere incondizionato del diritto (soggettivo pubblico) di accesso del consigliere, ma piuttosto comporta l'estensione di tale diritto a qualsiasi atto ravvisato "utile" per l'esercizio delle funzioni".