



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

Newsletter

16 luglio 2018

IN QUESTO NUMERO

- ◆ Diritto a una revisione del prezzo d'appalto se aumentano in modo eccessivo i costi in corso d'opera.
- ◆ Lotta alla ludopatia e limiti "non irragionevoli" all'esercizio di impresa.
- ◆ L'aggiudicazione con turbativa d'asta è sempre illegittima.
- ◆ Vincolo di destinazione e corretta contabilizzazione dei proventi derivanti dalla alienazione del patrimonio immobiliare disponibile.

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

Diritto a una revisione del prezzo d'appalto se aumentano in modo eccessivo i costi in corso d'opera.

La Corte di Cassazione, Sezione I, con Sentenza n. 14639/2018 ha stabilito che "se nel corso del contratto di servizio stipulato con l'ente pubblico si verificano circostanze imprevedibili che rendono più onerosa la prestazione determinando un aumento nel costo dei materiali o della mano d'opera, l'appaltatore ha diritto a un'integrazione del corrispettivo per rimediare al sopravvenuto disequilibrio di valore tra le prestazioni convenute.

Con l'anzidetta pronuncia, la Suprema Corte ha accolto il ricorso di un'impresa affidataria del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani.

L'impresa aveva richiesto -e non ottenuto- la condanna del Comune al pagamento del maggior corrispettivo dovuto, in quanto aveva effettuato il trasporto dei rifiuti in una discarica più lontana rispetto a quella indicata nel contratto di servizio. L'aumento della spesa per il trasporto era stato previsto da un'integrazione del contratto a partire dal 21 settembre 1988 ma, per accordi verbali con l'ente, l'impresa aveva cominciato a effettuare i trasporti nella nuova discarica già dal 15 Dicembre 1987; quest'ultima aveva quindi avanzato una richiesta per il pagamento degli oneri aggiuntivi sostenuti anche prima della modifica contrattuale.

I ricorrenti impugnavano il provvedimento dinanzi la Corte di Appello di Bari che, con Sentenza n.

1216/2013, rigettava la domanda rilevando la mancata stipulazione preventiva di un accordo modificativo in forma scritta, con le indispensabili indicazioni della diversa prestazione da eseguire e del maggior corrispettivo.

L'impresa, a questo punto, ricorreva in Cassazione, la quale accoglieva invece il ricorso.

Il Tribunale Supremo è partito, infatti, da un diverso presupposto, non considerato dalla Corte di merito: in base al capitolato speciale la stazione appaltante aveva il potere di chiedere l'espletamento di servizi speciali non compresi nell'appalto e modifiche contrattuali per ragioni imprevedibili, e l'appaltatore era tenuto ad adeguarsi, come nella specie è avvenuto, avendogli il committente ordinato di eseguire i lavori in una discarica più lontana.

La Cassazione ha ritenuto quella del caso in esame una forma di revisione del prezzo costituente una particolare applicazione dell'istituto dell'eccessiva onerosità di cui all'articolo 1467 del codice civile.

L'anzidetta norma prevede che, al verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, che comportino uno squilibrio nel rapporto tra le parti nel contratto a esecuzione continuata, può essere chiesta la risoluzione, oppure in alternativa può essere concordata un'equa modifica delle condizioni convenute tra le parti.

I giudici aggiungono, inoltre, che questa forma di revisione del prezzo trova applicazione nell'appalto di servizi,

perché un divieto in materia era stato previsto soltanto per gli appalti di lavori pubblici previsti dall'articolo 26, comma 3, della legge 109/1994.

Lotta alla ludopatia e limiti “non irragionevoli” all'esercizio di impresa.

Tra le prime istituzioni pubbliche a prendere una chiara posizione sul tema, drammaticamente attuale, della lotta alla ludopatia devono certamente annoverarsi i Comuni che, già da alcuni anni, hanno assunto, sotto diverse forme, azioni concrete per cercare di arginare questo grave problema sociale.

Stanti i rilevanti interessi economici sottesi all'esercizio di tali attività economiche i provvedimenti assunti da molti comuni sono stati, di volta in volta, impugnati dagli interessati innanzi al Giudice Amministrativo.

Si è così andata formando sul tema una copiosa quanto importante giurisprudenza con cui, in molti casi, l'azione dell'ente locale è stata ritenuta legittima sulla scorta di un ragionevole e ponderato bilanciamento tra tutela della salute pubblica e principio di libera iniziativa economica.

In questo solco si pone anche la recente sentenza 11.7.2018, n. 4224 del Consiglio di Stato con cui i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato la legittimità di un “Regolamento sale da gioco e giochi leciti” con la quale sono state fissate asseritamente restrittive e gravose

all'esercizio delle attività di gioco lecito nell'ambito del territorio comunale.

In particolare, per quanto più rileva, l'appello viene rigettato laddove censura l'applicazione delle nuove disposizioni – specie quelle legate alle distanze dai cd. “luoghi sensibili” - anche alle sale da gioco già esistenti e regolarmente autorizzate, in supposta violazione dei principi di affidamento, ragionevolezza ed irretroattività.

Il Collegio, dopo aver richiamato la sentenza della Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 579, ricorda che, in materia di distanze minime dai cosiddetti “luoghi sensibili”, l'esigenza di contemperare la prevenzione delle ludopatie con la salvaguardia delle relative attività in questo campo già in essere non può essere di impedimento – o di deroga - per l'applicazione generalizzata della disciplina regolamentare a tutela della salute a prescindere dalle vicende future dell'esercizio commerciale interessato.

Diversamente opinando si giungerebbe infatti a conclusioni irragionevoli, in primo luogo ad una parziale vanificazione della stessa finalità cui è ispirata la disciplina contestata, tra l'altro realizzando di fatto anche una inammissibile distorsione del principio di concorrenza tra sale da gioco; in secondo luogo non può sottacersi che, com'è noto, il principio di irretroattività ha un assoluto soltanto nel campo penale, ben potendo (e anzi dovendo) essere per il resto contemperato con le finalità poste dalla norma, nel caso di specie con la tutela di un diritto costituzionalmente garantito quello della salute esposto a

grave e obiettivo pericolo proprio dall'indiscriminata possibilità del gioco (come risulta dagli allarmanti dati sulla percentuale delle persone coinvolte nel fenomeno).

Quanto, poi, alla presunta violazione del principio costituzionale della libertà d'iniziativa economica, le modalità adottate dall'Amministrazione per la tutela dei contrapposti interessi in gioco vengono considerate legittime, dato che non è stata interdetta in modo assoluto l'attività economica (il che esclude la sussistenza di un'espropriazione di fatto dell'attività economica), ma piuttosto non irragionevolmente limitata per tutelare la salute pubblica. Del resto, secondo la stessa previsione dell'art. 41 Cost., la libertà di impresa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o non può arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

L'aggiudicazione con turbativa d'asta è sempre illegittima.

Il Tribunale Amministrativo regionale del Lazio con Sentenza n. 7272/2018 ha stabilito che "la presenza di fondati sospetti circa la sussistenza del reato di turbativa d'asta in base all'articolo 353 del codice penale costituisce un presupposto sufficiente a giustificare l'annullamento in autotutela degli atti di gara da parte della stazione appaltante".
Cenni sul fatto.

Nel 2014 l'Aeronautica Militare affidava ad un'impresa i lavori di ampliamento

della mensa sottufficiali dell'Aeroporto di Centocelle.

Il direttore tecnico dell'impresa aggiudicataria nonché un funzionario della stessa stazione appaltante venivano però coinvolti nell'ambito di un procedimento penale, nel corso del quale il Giudice emetteva un decreto di sequestro della documentazione della gara; l'Amministrazione, a questo punto, sospendeva le operazioni di avvio dell'appalto.

Dopo il rinvio a giudizio del direttore tecnico dell'impresa aggiudicataria e la condanna del funzionario pubblico per il reato di turbativa d'asta, l'Amministrazione disponeva l'annullamento della gara, con contestuale segnalazione del fatto all'Anac ai sensi dell'articolo 8 del Dpr n. 207/2010.

Il procedimento penale nei confronti del direttore tecnico dell'aggiudicataria veniva però archiviato, motivo per cui l'impresa impugnava il provvedimento di annullamento della gara.

Il Tar Lazio, con Sentenza n. 7272/2018, ha dichiarato infondato il relativo ricorso.

L'organo giudicante, infatti, richiamando un precedente del Tar Campania – Sentenza n. 76/2005- ha ritenuto che la presenza di fondati sospetti in ordine alla sussistenza della turbativa d'asta punita ai sensi dell'articolo 353 c.p. costituisca un presupposto assolutamente sufficiente a giustificare l'annullamento in autotutela degli atti di gara da parte della stazione appaltante.

I sospetti cui fa riferimento la pronuncia, nel caso di specie, si erano peraltro tradotti in un accertamento giurisdizionale da parte del Giudice penale: l'appalto in esame risultava irreparabilmente pregiudicato dall'attività fraudolenta posta in essere dal funzionario della stazione appaltante poi condannato, con la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione disposta dalla stessa Amministrazione, con la conseguenza che le determinazioni a suo tempo assunte da quest'ultima, per l'aggiudicazione della gara, dovevano ritenersi sicuramente illegittime per violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione dei concorrenti.

La violazione di detti principi cardine configura sempre vizio di legittimità della violazione di legge.

A nulla rileva, inoltre, il fatto che l'unico amministratore dell'impresa aggiudicataria fosse stato destinatario di un provvedimento di archiviazione, mentre la sentenza di condanna riguardasse soggetti estranei all'organizzazione dell'impresa: il giudizio sotteso all'annullamento d'ufficio, avendo avuto ad oggetto la legittimità degli atti di gara, prescinde infatti dall'«imputabilità soggettiva» del vizio in concreto riscontrato.

Come si evince nella Sentenza n. 7272/2018, altrettanto irrilevante è il fatto che la pronuncia di condanna a carico del funzionario pubblico non fosse ancora passata in giudicato: secondo un orientamento interpretativo consolidato, infatti, il Giudice amministrativo può

utilizzare come fonte del proprio convincimento anche le prove raccolte nel giudizio penale conclusosi con sentenza, ancorché non dotata di autorità di giudicato, e può ricavare gli elementi di fatto da tale pronuncia ma anche dagli altri atti del processo penale, a condizione che tali risultanze probatorie siano sottoposte ad un autonomo vaglio critico (cfr. Consiglio di Stato n. 1833/2012; Tar Abruzzo n. 301/2016; Tar Sicilia, Palermo, n. 1175/2014; Tar Toscana n. 1706/2013); conclude il Tar Lazio che, se una sentenza penale non passata in giudicato può essere rilevante ai fini probatori in sede giurisdizionale, a maggior ragione tale sentenza può essere considerata rilevante in sede amministrativa ai fini dell'adozione di provvedimenti di annullamento della gara.

La società ricorrente lamentava, infine, anche l'illegittimità del provvedimento di annullamento della gara nella parte in cui vi si attribuiva rilevanza alla confessione resa da un soggetto totalmente estraneo all'organizzazione societaria dell'impresa aggiudicataria. Come si legge nel provvedimento in esame, l'esistenza di indizi gravi, precisi e concordanti atti ad evidenziare l'esistenza di un disegno preordinato ad indirizzare l'assegnazione della gara è sempre idonea a determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione: quando emergono elementi probatori certi ed inequivocabili attestanti la sussistenza di condotte di turbativa d'asta idonee ad inficiarne la validità, infatti, la legittimità dell'intervento in

autotutela è dimostrata dall'esistenza di un quadro indiziario anche solo «qualificato» e risulta legittima, a maggior ragione, in presenza di un quadro probatorio «definito». La ricorrente impugnava, infine, la segnalazione dei fatti trasmessa all'Anac ai sensi dell'articolo 8 del Dpr n. 207/2010. Il Tar Lazio, nel rigettare il ricorso anche sotto tale profilo, ha ribadito che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la segnalazione all'Anac, oltre a costituire un obbligo per la stazione appaltante, si configura come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile, in quanto non dotato di autonoma lesività, posto che gli eventuali vizi essere possono fatti valere solo in via derivata mediante l'impugnazione del provvedimento finale dell'Autorità di settore, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo (Cfr. Consiglio di Stato, n. 5331/2017; Tar Campania, Napoli, n. 2267/2017; Tar Lombardia, Milano, n. 719/2016; Tar Lazio, Roma, n. 2129/2015).

Vincolo di destinazione e corretta contabilizzazione dei proventi derivanti dalla alienazione del patrimonio immobiliare disponibile.

Un'amministrazione comunale, dopo aver provveduto ad alienare un bene facente parte del patrimonio disponibile dell'Ente, chiede se l'obbligo – previsto

dall'art. 56-bis, c. 11, del D.L. n. 69/2013, come modificato dal D.L. n. 78/2015 – di destinare prioritariamente all'estinzione anticipata dei mutui il 10 per cento delle risorse nette derivanti dall'alienazione dell'originario patrimonio immobiliare disponibile, qualora non risulti utilizzato (ad esempio per il limitato importo del medesimo), confluisca nell'avanzo vincolato od, invece, nell'avanzo accantonato.

La Corte dei conti, Sezione di controllo per la regione Marche ricorda con il parere n. 32/2018b come la Corte costituzionale abbia dichiarato, con sentenza n. 189/2015, l'illegittimità costituzionale della citata disposizione normativa nella formulazione precedente alla modifica del 2015. Secondo la Consulta, infatti, la norma, nella formulazione originaria, era diretta a determinare una indebita appropriazione da parte dello Stato di risorse appartenenti agli enti territoriali in quanto volta a destinare le risorse derivanti da operazioni di dismissione di beni degli enti territoriali alla riduzione del debito pubblico di pertinenza, e, in assenza del debito o per la parte eventualmente eccedente il debito degli enti medesimi, al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato.

E' stato così introdotto, successivamente, l'obbligo per gli enti territoriali di destinare la quota del 10% dei proventi dell'alienazione "prioritariamente all'estinzione anticipata dei mutui" e, quindi, alla riduzione del proprio indebitamento.

Pertanto, alla luce dell'espressa destinazione impressa dal legislatore a tale quota di proventi, qualora nel corso dell'esercizio non si sia provveduto ad estinguere anticipatamente prestiti, la parte non utilizzata dovrà confluire, in sede di rendiconto, nella parte vincolata dell'avanzo d'amministrazione, in aggiunta all'eventuale quota confluita allo stesso titolo negli esercizi precedenti, e potrà essere utilizzata nel momento in cui l'ente decida di procedere alla estinzione anticipata.

Si tratta, quindi, di entrate soggette a vincoli di destinazione derivanti in modo specifico dalla normativa più volte richiamata che prevede dette finalità come prioritarie, senza alcuna possibilità da parte dell'ente di disporre di tali somme in maniera difforme a quanto prescritto.

A ciò si aggiunga, poi, che solamente alcune disposizioni speciali consentono, in via eccezionale, di utilizzare le entrate derivanti dall'alienazione dei beni patrimoniali disponibili per finanziarie spese correnti (ad esempio, nelle ipotesi eccezionali previste: dall'art. 255, comma 9, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e successive modificazioni - TUEL ove l'ente versi in situazione di dissesto; dall'art. 243-bis, comma 8, lett. g) del TUEL ove l'ente abbia fatto ricorso alla procedura di riequilibrio pluriennale; dall'art. 193, comma 3, del TUEL per la conservazione degli equilibri di bilancio; dall'art. 2, comma 4, del DM 2 aprile 2015 per il ripiano del maggior disavanzo di amministrazione derivante

dal passaggio al nuovo sistema contabile armonizzato).

Infine la rigorosa finalizzazione di dette risorse impone di conseguenza una corretta evidenziazione contabile delle stesse, così da permettere una veritiera rappresentazione della situazione finanziaria dell'ente e della salvaguardia degli equilibri di bilancio.