



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

Newsletter

20 settembre 2018

IN QUESTO NUMERO

- ◆ Perdita del contributo economico riconosciuto dal GAL: sussiste il danno erariale solo se ne consegue contabilmente un aggravio per le casse comunali.
- ◆ Refezione scolastica: il consumo di pasti portati da casa può essere limitato, ma non vietato, solo in presenza di un particolare interesse pubblico.
- ◆ Gli affidamenti diretti entro i 40mila euro non necessitano di adeguata motivazione.
- ◆ Truffa del cartellino: linea dura della Corte di Cassazione.

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

Perdita del contributo economico riconosciuto dal GAL: sussiste il danno erariale solo se ne consegue contabilmente un aggravio per le casse comunali.

Gli assessori componenti una giunta comunale vengono citati innanzi alla Corte dei conti per il danno cagionato all'Ente derivante, secondo la prospettazione fornita dalla Procura, dalla minor misura del contributo pubblico, originariamente assegnato per euro 198.000,00 ma definitivamente liquidato in poco più di 15.000,00 e, conseguentemente, dal maggior aggravio a carico delle risorse proprie del bilancio comunale, in relazione ad un progetto di valorizzazione del turismo rurale.

Il comune in questione aveva infatti partecipato, nel luglio del 2013, ad un bando promosso dal G.A.L. di appartenenza per l'assegnazione di un cofinanziamento per progetti di sviluppo del turismo rurale con fondi del Piano di Sviluppo Rurale 2007-2013 dell'Unione Europea, mediante la presentazione di un progetto, risultato predisposto e presentato senza alcun incarico da una società, dell'importo complessivo di circa 301.000 euro, ottenendo un cofinanziamento per 198.000,00 euro.

La progettazione definitiva e la conseguente esecuzione vennero affidate, con Decreto dirigenziale, direttamente all'associazione Borghi Autentici d'Italia, alla quale il Comune aveva previamente aderito e di cui risultava fornitrice la Società che aveva

predisposto gratuitamente il progetto preliminare.

Detto affidamento avvenne, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett.b) D.Lgs. 163/2006 all'epoca vigente, procedura individuata dagli uffici comunali competenti che, tuttavia, avevano in precedenza evidenziato la necessità di esperire una procedura ad evidenza pubblica.

Senonché, in sede di rendicontazione definitiva del Comune all'ente pagatore, il contributo inizialmente concesso è stato ridotto da 198.000 euro a 15.732,26 euro, sia perché la spesa rendicontata è risultata inferiore a quella del progetto originario; sia perché le modalità di affidamento dell'incarico sono state ritenute non corrette; sia, infine, per il ritardo nella rendicontazione.

In sostanza la Procura attrice ha rappresentato che la complessiva gestione del progetto ha denotato gravi carenze procedurali, a partire dalla fase di presentazione del progetto ai fini dell'attribuzione del co-finanziamento con fondi comunitari, ma anche nella fase di esecuzione -essendo stato realizzato, peraltro solo parzialmente, un progetto in parte difforme rispetto a quello inizialmente finanziato- e fino alla fase di rendicontazione, in cui, al di là ed in contrasto rispetto alle risultanze dell'istruttoria svolta dagli uffici comunali, sono state riconosciute all'affidatario del servizio somme maggiori rispetto a quelle, seppur rendicontate, riconoscibili.

La Procura regionale ha ritenuto derivare, dalle condotte poste in essere

dai convenuti e sopra descritte un danno al Comune di euro 114.067,79 pari alla maggior somma (rispetto all'inizialmente prevista somma di 103.950,00) posta a carico delle risorse proprie del Comune a seguito della minor liquidazione del contributo.

Tale ricostruzione non viene però condivisa dal Giudice sulla scorta di una dirimente precisazione in ordine all'impegno di spesa inizialmente assunto dal Comune in relazione al citato progetto.

Ed infatti la Corte rileva come nel bilancio 2014 fosse stata garantita copertura della spesa complessiva del progetto con risorse proprie dell'Ente.

Ciò comporta che la spesa sostenuta dal Comune in luogo del potenziale finanziamento da parte di enti terzi non configuri, sotto il profilo strettamente contabile, un "aggravio", ossia una maggiore spesa a carico del bilancio comunale.

Pertanto detta spesa è risultata in ogni caso -anche a prescindere dal minor contributo ricevuto- coperta da risorse dell'Ente, che, in base ai dati emergenti dal rendiconto dell'esercizio 2014, aveva la disponibilità di risorse libere, l'utilizzo delle quali rientrava nelle scelte discrezionali dell'ente medesimo.

Inoltre, rileva la Sezione adita, la Procura attrice, nel qualificare il profilo di danno dedotto, non ha fatto riferimento ad un utilizzo improprio od illegittimo delle risorse proprie con le quali è stata data copertura allo stanziamento di spesa, né ha offerto elementi di giudizio dai quali inferire l'avvenuto distoglimento di tali

risorse da impieghi finalizzati alla attuazione di funzioni proprie obbligatorie o il mancato raggiungimento di obiettivi di finanza pubblica o, ancora, la intervenuta violazione di specifici vincoli di destinazione.

Nel caso in questione, quindi, se pure in astratto si sarebbe potuto configurare un pregiudizio alle casse comunali a seguito del non puntuale e corretto adempimento degli obblighi relativi all'affidamento del servizio -prima- e dell'esecuzione del medesimo -poi-, pregiudizio determinato dal ricorso all'utilizzo di risorse proprie inizialmente non preventivato per quello scopo, in concreto tale pregiudizio può ritenersi sussistente in quanto, risolvendosi in una minore entrata, imponga, per far fronte alle obbligazioni assunte, il ricorso all'utilizzo di (altre) risorse proprie dell'ente e che ciò determini a sua volta il venir meno del rispetto dei vincoli di finanza pubblica ovvero l'utilizzo di risorse vincolate -sottratte, quindi, ai fini ai quali sono finalizzate-. ovvero che comportino il mancato esercizio di funzioni obbligatorie o che ne compromettano, comunque, anche solo in parte l'attuazione.

Refezione scolastica: il consumo di pasti portati da casa può essere limitato, ma non vietato, solo in presenza di un particolare interesse pubblico.

Il Consiglio di Stato conferma, una volta per tutte, il diritto degli alunni di consumare il proprio pasto preparato a casa.

Tra le varie ed interessanti questioni giuridiche affrontate nella sentenza n. 5156/2018, i Giudici di Palazzo Spada si concentrano nel censurare l'illegittimità di un regolamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni delle scuole materne ed elementari adottato da un Comune attraverso cui l'Ente ha previsto l'obbligatorietà, per tutti gli alunni, del servizio di ristorazione scolastica, stabilendo altresì che nei locali in cui si svolge la refezione scolastica non è consentito consumare cibi diversi da quelli forniti dall'impresa appaltatrice del servizio.

Ciò sul presupposto che "il consumo di parti confezionati a domicilio o comunque acquistati autonomamente potrebbe rappresentare un comportamento non corretto dal punto di vista nutrizionale, oltre che una possibile fonte di rischio igienico sanitario".

Orbene, a tal riguardo il Consiglio di Stato evidenzia in particolare come vi sia incompetenza del Comune, che - spingendosi ultra vires - con il regolamento in questione ha imposto prescrizioni ai dirigenti scolastici, limitando la loro autonomia con vincoli

in ordine all'uso della struttura scolastica e alla gestione del servizio mensa.

Il regolamento, in particolare, interferisce con la circolare del Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca (di seguito anche solo MIUR) 348 del 3 marzo 2017, rivolta ai direttori degli Uffici scolastici regionali, che (muovendo dal "riconoscimento giurisprudenziale" del diritto degli alunni di consumare il cibo portato da casa, e in attesa della pronuncia della Corte di cassazione innanzi alla quale sono pendenti alcuni ricorsi proposti dallo stesso MIUR avverso le pronunce dei giudici di merito) ha, nelle more, confermato la possibilità di consumare cibi portati da casa, dettando alcune regole igieniche ed invitando i dirigenti scolastici ad adottare una serie di conseguenziali cautele e precauzioni.

In questo contesto, la scelta restrittiva radicale del Comune - di suo non supportata da concretamente dimostrate ragioni di pubblica salute o igiene né commisurata ad un ragionevole equilibrio - di interdire senz'altro il consumo di cibi portati da casa (attraverso lo strumentale e previsto divieto di permanenza nei locali scolastici degli alunni che intendono pranzare con alimenti diversi da quelli somministrati dalla refezione scolastica) limita una naturale facoltà dell'individuo - afferente alla sua libertà personale - e, se minore, della famiglia mediante i genitori, vale a dire la scelta alimentare: scelta che - salvo non ricorrano dimostrate e proporzionali ragioni particolari di varia sicurezza o decoro - è

per sua natura e in principio libera, e si esplica vuoi all'interno delle mura domestiche vuoi al loro esterno: in luoghi altrui, in luoghi aperti al pubblico, in luoghi pubblici.

Occorre pertanto, per poter legittimamente restringere da parte della pubblica autorità una tale naturale facoltà dell'individuo o per esso della famiglia, che sussistano dimostrate e proporzionali ragioni inerenti quegli opposti interessi pubblici o generali.

Queste ragioni, vertendosi di libertà individuali e nell'ambiente scolastico, non possono surrettiziamente consistere nelle mere esigenze di economicità di un servizio generale esternalizzato e del quale non si intende fruire perché non intrinseco, ma collaterale alla funzione educativa scolastica; e che invece, nella situazione restrittiva data, verrebbe senz'altro privilegiato a tutto scapito della libertà in questione.

Inoltre la restrizione praticata con l'impugnato regolamento – che nemmeno si preoccupa di ricercare un bilanciamento degli interessi – manifestamente non corrisponde ai canoni di idoneità, coerenza, proporzionalità e necessità rispetto all'obiettivo - dichiaratamente perseguito - di prevenire il rischio igienico-sanitario, stante anche il fatto che non risulta, ad esempio, inibito agli alunni il consumo di merende portate da casa, durante l'orario scolastico: per analogia, si potrebbe addurre infatti anche per queste la sollevata problematica del rischio igienico-sanitario.

Per ciò che concerne la proporzionalità e la necessità della misura, viene rilevato che la sicurezza igienica degli alimenti portati da casa non può essere esclusa a priori attraverso una regolamento comunale ma va rimessa al prudente apprezzamento e al controllo in concreto dei singoli direttori scolastici, mediante l'eventuale adozione di misure specifiche, da valutare caso per caso, necessarie ad assicurare, mediante accurato vaglio, la sicurezza generale degli alimenti.

La tassativa e rigorosa prescrizione regolamentare che ha introdotto il divieto di permanenza nei locali scolastici per gli alunni che intendono consumare cibi portati da casa (o acquistati autonomamente) viene dichiarata, pertanto, affetta da eccesso di potere per irragionevolezza, in quanto misura inidonea e sproporzionata rispetto al fine perseguito.

Gli affidamenti diretti entro i 40mila euro non necessitano di adeguata motivazione.

A dirlo è la Prima Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise che, con la Sentenza n. 533/2018, ha chiarito che "l'affidamento diretto entro i 40mila euro integra una procedura «ultra-semplificata» in cui, vista la previsione e la scelta legislativa, la speditezza dell'acquisizione prevale sul rigore formalistico classico della procedura a evidenza pubblica, con la

conseguenza di rendere non necessaria un'adeguata motivazione.

Cenni sul fatto.

Un Comune in Provincia di Campobasso, mediante determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica, avviava una procedura di gara semplificata, ex art. 36, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016, finalizzata alla selezione di un operatore economico cui affidare, per la durata di un anno a decorrere dal 2018, le attività inerenti ai servizi di raccolta, trasporto e conferimento rifiuti differenziati, pulizia stradale, manutenzione e cura del verde pubblico, manutenzione del cimitero e scavo di fosse per tumulazione, oltre al servizio di trasporto persone – autista scuolabus.

Per giustificare il ricorso alla procedura semplificata, l'Amministrazione affermava la necessità di ricorrervi per "garantire il celere affidamento del servizio", in ragione del fatto che lo stesso fosse "teso alla salvaguardia dell'igiene pubblica".

Così, il Comune si determinava nel senso di presentare una richiesta di offerta, con affidamento da aggiudicare tramite il criterio del prezzo più basso, di cui all'art. 95, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, a quattro ditte. Solo due di esse presentavano un'offerta, pertanto, con determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune, recante "affidamento diretto ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. A) del D.Lgs. n. 50/2016" dei servizi 2018/2019, la P.A. si determinava nel senso di aggiudicare

questi ultimi a una delle due ditte anzidette.

La Sentenza n. 533/2018 rappresenta, quindi, l'epilogo di un ricorso presentato al Tar Molise da una ditta che si doleva di non essere stata invitata – essendo un operatore economico di rilievo nel precipuo comparto dei servizi rifiuti, verde e ambiente – lamentando altresì il fatto non fosse stata espletata una regolare gara di appalto aperta al più ampio confronto di offerte, in asserito contrasto coi principi del favor participationis, della libera concorrenza, dell'economicità e della trasparenza.

Nonostante una diffida con istanza di autotutela inoltrata al Comune, lo stesso non tornava sui propri passi, sicché la ricorrente insorgeva con il ricorso per impugnare gli atti della procedura e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

La decisione del Tar Molise.

Come si legge nella pronuncia in esame, a tenore dell'art. 36, comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, le Amministrazioni possono procedere "mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta", possono cioè fare a meno anche del confronto di offerte. La procedura negoziata previa consultazione è invece richiesta per gli importi tra i 40 mila e i 150 mila euro (lett.b).

Il nuovo Codice degli appalti (declinato nel D.Lgs. n. 50/2016) ha interamente riformulato e riscritto i procedimenti

contrattuali sotto-soglia comunitaria, introducendo un sistema di procedure negoziate "semplificate", in sostituzione delle pregresse dinamiche negoziali relative, in particolare, alla fattispecie delle acquisizioni in economia, fattispecie ormai totalmente espunte dall'ordinamento giuridico degli appalti. Tra le procedure negoziate "semplificate", evidentemente, particolare rilievo riveste l'affidamento nell'ambito dei 40 mila euro di lavori, servizi e forniture - come dimostra anche la recente giurisprudenza in materia (cfr.: Cons. Stato V, 3.4.2018 n. 2079; T.a.r. Toscana Firenze I, 2.1.2018 n. 17).

Se è pur vero poi che le linee guida dell'Anac -in particolare la n. 4 del 7 aprile 2018- sugli appalti sotto la soglia comunitaria sembrano auspicare l'adozione del regolamento, sottolinea il Giudice, esse sono «atti amministrativi» e, in quanto tali, non vincolanti per la stazione appaltante.

Nel caso di specie, perdipiù, si trattava di un affidamento diretto di servizi che, stante l'importo-base inferiore ai 40 mila euro, avrebbe persino potuto prescindere dal confronto di offerte.

Per tutti questi motivi, il ricorso è stato rigettato in quanto ritenuto infondato.

Truffa del cartellino: linea dura della Corte di Cassazione.

Con la Sentenza n. 38997/2018 la Corte di Cassazione ha respinto il ricorso di un

medico della Asl di Brindisi, colpevole di aver fatto timbrare un certo numero di volte il proprio badge ad altre persone, il quale chiedeva l'applicazione della "non punibilità per particolare tenuità del fatto".

Per i Giudici di legittimità, che hanno quindi mantenuto una linea dura confermando la condanna della Corte di appello di Lecce alla pena di due anni e 900 euro di multa, la reiterazione della condotta impedisce l'applicazione del 131-bis del codice penale.

La vicenda processuale.

Secondo il ricorrente la reiterazione degli episodi andava inquadrata nella "continuazione" che non preclude l'applicazione della "non punibilità".

Al contrario, la Suprema corte spiega che il giudice territoriale «ha correttamente escluso che alla condotta possa applicarsi la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen.». Infatti, la norma prevede che la punibilità «può essere esclusa solo se " l'offesa è di particolare tenuità" ed "il comportamento risulta non abituale"».

Il terzo comma, poi, prosegue la decisione, specifica cosa debba intendersi per comportamento abituale, «cioè, per quello che riguarda il caso di specie, "più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"». Dunque, nelle ipotesi in cui il soggetto «evidenzia una sostanziale

consuetudine a porre in essere comportamenti illeciti, il fatto non può ritenersi tenue e la punibilità non può essere esclusa». L'abitudine, d'altro canto, argomenta la Cassazione, «non coincide con l'istituto della continuazione e con questo non può essere confusa». La continuazione, infatti, non implica necessariamente l'abitudine, cioè la ripetitività di un comportamento ovvero la reiterazione di una medesima condotta «quanto, piuttosto, determina l'unificazione dei fatti in virtù del medesimo disegno criminoso cui segue un unico giudizio di disvalore in quanto il soggetto, in sostanza, commette più reati per commetterne uno soltanto».

Al reato continuato, quindi, può essere applicata la causa di esclusione della punibilità «nei casi in cui emerga una unitaria e circoscritta deliberazione criminosa, incompatibile con l'abitudine presa in considerazione in negativo dall'art. 131-bis cod. pen».

In tutti gli altri casi, in cui la condotta complessivamente posta in essere evidenzia un comportamento abituale deviante, d'altro canto, la causa di esclusione della punibilità non può essere applicata.

Tornando al caso specifico, conclude la Corte, il giudice di secondo grado «ha evidenziato che il medico aveva posto in essere un modus operandi "abituale" che costituiva un vero e proprio stile di vita e, sotto tale profilo, il mancato riconoscimento della causa di esclusione della punibilità ex art. 131 bis cod. pen. è

corretta e coerente applicazione della giurisprudenza di legittimità sul punto».