



## Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

2 aprile 2019

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

### IN QUESTO NUMERO

- ◆ Pubblicate le Linee Guida ANAC n. 13 recanti “la disciplina delle clausole sociali”.
- ◆ Responsabilità amministrativa del Sindaco per il pregiudizio arrecato al valore della partecipazione societaria.
- ◆ I contratti delle Pubbliche Amministrazioni devono essere modificati, a pena di nullità, in forma scritta.
- ◆ Il Garante per la protezione dei dati personali dice no all’accesso civico generalizzato su pratiche SCIA e CILA.

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)

### **Pubbligate le Linee Guida ANAC n. 13 recanti “la disciplina delle clausole sociali”.**

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha recentemente approvato le Linee guida n. 13 a riguardo delle modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale.

Si tratta di Linee Guida adottate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici che contengono indicazioni da considerare non vincolanti.

Anzitutto, viene ricordato come la disciplina recata dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici si applichi agli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi diversi da quelli di natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera.

Peraltro le stazioni appaltanti possono prevedere la clausola sociale anche in appalti non ad alta intensità di manodopera, con esclusione degli appalti di fornitura e degli appalti di natura occasionale.

Inoltre, ai sensi dell'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, le clausole sociali possono essere previste anche negli affidamenti sotto soglia.

Ciò detto, nei casi in cui la stazione appaltante, sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, inserisca la clausola sociale all'interno della lex specialis di gara, l'operatore economico sarà tenuto ad

accettare espressamente la clausola sociale e l'obbligo verrà riportato nel contratto.

L'Autorità evidenzia peraltro come, per poter prevedere una clausola sociale, è necessario che il contratto di cui si tratta sia oggettivamente assimilabile a quello in essere. Ciò comporta, ad esempio, che l'inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali non è legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto in essere nel settore di riferimento, ovvero il contratto in essere presenti un'oggettiva e rilevante incompatibilità rispetto a quello da attivare.

Quanto, poi, alla concreta declinazione dell'obbligo da porre in capo al nuovo appaltatore l'ANAC rammenta, ancora una volta, che l'applicazione della clausola sociale non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore.

Non solo ma tale principio risulta applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici).

Vengono poi fornite alcune utili indicazioni operative circa la corretta

gestione della clausola sociale in sede di gara.

Così, ad esempio, viene precisato che ai fini dell'applicazione della clausola sociale, si considera di regola il personale dell'impresa uscente calcolato come media del personale impiegato nei sei mesi precedenti la data di indizione della nuova procedura di affidamento.

Di assoluta importanza, poi, la necessità che la stazione appaltante indichi ai concorrenti gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta: dovranno pertanto essere forniti i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione, quali: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente.

È fatto salvo il diritto dei concorrenti di richiedere, in modo analitico, alla stazione appaltante i dati ulteriori ritenuti necessari per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale. Qualora la stazione appaltante non fosse in possesso dei dati richiesti, la stessa provvede a richiederli all'operatore uscente, prestando particolare attenzione all'anonimato delle richieste pervenute, e a renderli noti a tutti i potenziali concorrenti.

Le stazioni appaltanti valutano inoltre la possibilità di inserire, negli schemi contrattuali, specifiche clausole che obbligano gli appaltatori a fornire le

informazioni sul personale utilizzato nel corso dell'esecuzione contrattuale.

Degna di nota, poi, l'indicazione di prevedere nella documentazione di gara un "progetto di assorbimento".

Il concorrente sarà tenuto ad allegarlo all'offerta, così dovendo illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico).

La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale ed alla presentazione di un'offerta condizionata che, come tale, dovrà essere dichiarata inammissibile.

A ben vedere il progetto di assorbimento assumerà rilievo anche in sede di esecuzione del contratto: l'Amministrazione dovrà monitorare il corretto adempimento degli obblighi assunti e, nel caso di eventuali inadempimenti, potrà applicare – ove inserite nel contratto – clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. In ogni caso, ove ne ricorrano i presupposti, potrà applicare l'articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

**Responsabilità amministrativa del Sindaco per il pregiudizio arrecato al valore della partecipazione societaria.**

Le Sezioni Unite della Suprema Corte sono tornate ad esprimersi, con la sentenza 12 febbraio 2019, n. 4132, sulla competenza del Giudice Contabile rispetto all'eventuale responsabilità dell'amministratore di una società a partecipazione pubblica.

Un Sindaco ed alcuni consiglieri comunali, dopo essere stati citati in giudizio davanti alla Corte dei conti per il danno procurato al valore della partecipazione detenuta dal Comune in una società pubblica, vengono assolti in primo grado in quanto la Sezione territoriale, dopo aver rilevato che l'azione era stata promossa non nei confronti degli amministratori della società pubblica ma nei confronti di amministratori comunali per danni asseritamente arrecati al patrimonio del Comune, ha ritenuto di rigettare la domanda sulla base della considerazione che la società non avesse i requisiti della società in house, per cui l'azione di responsabilità – da esercitare, se del caso, nei confronti degli organi sociali – andava proposta dinanzi al giudice ordinario.

Al contrario, però, in sede di appello viene affermata la giurisdizione della Corte dei conti.

Si giunge, così, dinnanzi alle Sezioni Unite della Cassazione chiamate a dirimere la questione di giurisdizione.

La Corte ha così modo di ripercorrere i principi già enunciati in tema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice contabile in ipotesi di danni cagionati al patrimonio di società

partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici, ossia:

a) il danno arrecato dagli organi della società al patrimonio sociale (che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali) non è idoneo, di regola, a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci, pubblici o privati, i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nel patrimonio sociale medesimo;

b) fanno eccezione alla regola, con attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità: b1) alcune situazioni particolari connesse alla natura speciale dello statuto legale di talune società; b2) i casi in cui ci si trovi in presenza di una cosiddetta società in house, per tale dovendosi intendere quella dal cui quadro statutario, vigente all'epoca della condotta ritenuta dannosa, emerga che sia stata costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, che espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e che sia assoggettata a forme di controllo della gestione analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici: tale società,

quanto meno ai fini del riparto della giurisdizione, non si pone in rapporto di alterità con la pubblica amministrazione partecipante, bensì come una longa manus di questa, sicché il danno inferto al patrimonio sociale da atti illegittimi degli amministratori si configura come danno direttamente riferibile all'ente pubblico e, quindi, come danno erariale;

b3) le ipotesi in cui l'azione del procuratore contabile sia volta a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illegittima non di riflesso, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì direttamente, come ad esempio accade nel caso del danno all'immagine della pubblica amministrazione;

c) infine l'azione del procuratore contabile è anche configurabile nei confronti non dell'amministratore della società partecipata per il danno provocato al patrimonio sociale, bensì di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione, o li abbia comunque esercitati in modo tale da procurare un siffatto pregiudizio.

Ecco che, nel caso portato all'attenzione della Suprema Corte, si ritiene che la fattispecie rientri nell'ambito applicativo del precedente punto c), poiché l'azione di responsabilità è stata esercitata dalla

procura contabile non già contro un organo della società per azioni – interamente partecipata dall'ente pubblico Comune – ma direttamente nei confronti del sindaco del Comune, di consiglieri e di un dirigente comunali per danni arrecati al patrimonio del Comune in termini di minori dividendi maturati dalla società e da questa distribuiti al socio unico, cioè, in definitiva, di minori entrate nel bilancio dell'ente pubblico.

**I contratti delle Pubbliche Amministrazioni devono essere modificati, a pena di nullità, in forma scritta.**

La Corte di Cassazione ha affermato, con ordinanza 22 marzo 2019, n. 8244, l'irrinunciabilità della forma scritta nei contratti delle PP.AA., anche in sede di eventuali successive modifiche.

I fatti di causa traevano origine dall'accoglimento da parte di una Corte distrettuale del ricorso di un Comune avverso un decreto ingiuntivo emesso in favore dell'impresa gestore del servizio rifiuti per il pagamento di € 12.029,25 a titolo di saldo del corrispettivo per il servizio reso.

Sposando le tesi del Comune, la Corte ha così escluso che le parti avessero perfezionato per facta concludentia un accordo modificativo dell'originario contratto disciplinante la tariffa, che legittimasse l'impresa a pretendere il pagamento di un corrispettivo calcolato in base ad una maggior tariffa.

Questo anche in ragione del fatto che, essendo il Comune obbligato a conferire i rifiuti presso i siti in gestione alla ricorrente e non potendo quest'ultima respingere i conferimenti, l'esecuzione del rapporto non poteva valere come accettazione tacita della tariffazione richiesta dall'impresa.

La ditta ricorre dunque in Cassazione affermando che l'originaria convenzione poteva essere modificata liberamente dalle parti anche riguardo alla tariffa applicabile e che il Comune, avendo continuato a conferire i rifiuti presso l'impianto, aveva accettato, mediante un comportamento concludente, la richiesta di maggiorazione del corrispettivo dell'impresa.

La Corte di Cassazione osserva così che, anche a voler ritenere che le parti potessero liberamente stabilire la tariffa applicabile, era comunque necessaria l'osservanza della forma scritta ad substantiam.

Infatti i contratti degli enti pubblici devono infatti essere stipulati, a pena di nullità, in forma scritta, la quale assolve una funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo d'identificare con precisione il contenuto del programma negoziale, anche ai fini della verifica della necessaria copertura finanziaria e dell'assoggettamento al controllo dell'autorità tutoria (cfr. Cass. 27910/2018; Cass. 19410/2016; Cass. 17646/2002; Cass.13039/1999; Cass. 21477/2013; Cass. 1606/2007; Cass. 22537/2007).

Tale principio esclude la possibilità di ritenere ammissibile il perfezionamento dell'accordo sulla base di una manifestazione di volontà implicita o di comportamenti concludenti o meramente attuativi (cfr. Cass. 22994/2015; Cass., 12323/2005).

Peraltro, il requisito di forma scritta è richiesto non soltanto la conclusione del contratto, ma anche per le eventuali modificazioni successive, le quali devono rivestire, a pena di nullità, la medesima forma del contratto originario, non potendo essere introdotte in via di mero fatto mediante l'adozione di contenuti e pratiche difformi da quelle precedentemente convenute, ancorché protrattisi nel tempo e rispondenti ad un accordo tacitamente intervenuto tra le parti in epoca successiva o – comunque – mediante comportamenti concludenti, venendo altrimenti eluso il suddetto vincolo di forma (cfr. Cass. 8539/2011; Cass. 8621/2006; Cass. 5448/1999).

Non è inoltre invocabile nemmeno l'art. 17, del R.D. 2440/1923, poiché la norma non introduce alcuna deroga al requisito della forma scritta, ma si limita a consentire, a date condizioni, il perfezionamento dei contratti pubblici non mediante dichiarazioni formali contestuali, contenute in un documento unico, ma tramite lo scambio di corrispondenza a distanza, secondo gli usi commerciali (Cass. 6555/2014; Cass. 8000/2010; Cass. 7297/2009; Cass. 1752/2007), non essendo comunque sufficiente che dagli scritti risultino comportamenti attuativi di un accordo solo verbale (Cass. 5263/2015).

**Il Garante per la protezione dei dati personali dice no all'accesso civico generalizzato su pratiche SCIA e CILA.**

Il Garante per la privacy afferma senza mezzi termini che l'accesso civico generalizzato non può essere ammesso in relazione ai dati personali completi contenuti nei titoli abilitativi edilizi (SCIA e CILA).

La pronuncia trae origine dalla decisione di un Comune di respingere parzialmente una richiesta di accesso civico alle Segnalazioni Certificate di Inizio Attività (SCIA) e alle Comunicazioni Inizio Attività Asseverata (CILA) presentata da una impresa privata.

La richiesta di copia completa delle pratiche edilizie era stata presentata una prima volta al Comune, che aveva però risposto fornendo solamente una sintesi con dati aggregati, depurati di quelli personali, al fine di non arrecare un possibile pregiudizio alla privacy delle persone interessate. L'impresa, supportata dal Difensore civico regionale dell'Emilia-Romagna, aveva contestato la decisione e chiesto il riesame della pratica. Il Garante privacy aveva invece sostenuto la correttezza della scelta dell'amministrazione cittadina. L'impresa aveva poi ripresentato la domanda, ma il Garante è nuovamente intervenuto sulla vicenda, anche al fine di evitare pericolosi precedenti che

incoraggino possibili trattamenti illeciti di dati personali.

Nel proprio parere, l'Autorità ha innanzitutto chiarito che, diversamente da quanto indicato per altre pratiche edilizie, come i permessi a costruire, la normativa non prevede lo stesso regime di conoscibilità per la CILA e la SCIA, come per quelle utilizzate nel caso di opere di manutenzione straordinaria, di restauro o di risanamento conservativo.

Il Garante ha quindi sottolineato che la generale conoscenza delle informazioni riportate nelle SCIA e nelle CILA, considerando la quantità e qualità dei dati personali contenuti - come data e luogo di nascita, codici fiscali, residenza, e-mail, pec, numeri di telefono fisso e cellulare, documentazione tecnica sugli interventi - avrebbe potuto determinare un'interferenza ingiustificata e sproporzionata nei diritti e libertà dei soggetti controinteressati. Tutto ciò, in violazione anche del principio di minimizzazione previsto dal Regolamento europeo sulla privacy (Gdpr), con possibili ripercussioni negative sul piano relazionale, professionale, personale e sociale.

Nel corso dell'istruttoria, il Garante ha inoltre rilevato che l'impresa richiedente - che ha tra le sue attività quella di conduzione di campagne di marketing e web marketing, nonché la fornitura di servizi di gestione dei programmi di fidelizzazione e affiliazione commerciale - aveva presentato la stessa domanda in maniera sistematica, per più periodi, a diversi enti locali. L'accoglimento della

richiesta di accesso civico avrebbe tra l'altro potuto esporre al pericolo di duplicazione di banche dati di soggetti pubblici da parte di soggetti privati, in assenza del consenso dei soggetti interessati o degli altri presupposti di liceità del trattamento.

L'Autorità, ha così confermato, anche alla luce della normativa e delle stesse linee guida Anac, la correttezza dell'operato del Comune, nel valutare l'esistenza di un possibile pregiudizio concreto alla protezione dei dati delle persone interessate - ad esempio i proprietari, gli usufruttuari e tecnici incaricati - e fornendo di conseguenza solo una sintesi delle pratiche richieste. Ha comunque rimarcato che tale decisione sull' "accesso civico generalizzato" non impedisce di accedere ai documenti amministrativi completi a chi dimostri di avere un interesse qualificato.