



## Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

9 aprile 2019

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

### IN QUESTO NUMERO

- ◆ Solo per le alienazioni successive al 2017 i proventi possono essere destinati a finanziare la quota capitale dei mutui.
- ◆ Centrali di committenza: in mancanza della disciplina attuativa ciascun Comune può provvedere autonomamente.
- ◆ Annullamento in autotutela: se il vizio è grave l'obbligo di motivazione sia affievolisce.
- ◆ Condizioni necessarie per consentire la monetizzazione delle ferie del pubblico dipendente.

**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)

**Solo per le alienazioni successive al 2017 i proventi possono essere destinati a finanziare la quota capitale dei mutui.**

Con l'art. 1, comma 866, della L. 205/2017 è stata introdotta la possibilità, per gli enti locali, di utilizzare i proventi da alienazioni patrimoniali per il finanziamento delle quote capitale di mutui e prestiti obbligazionari.

A fronte di siffatta norma un ente locale domanda quindi alla Corte dei conti se sia possibile utilizzare, ai fini della formazione del bilancio di previsione 2019, i proventi di alcune alienazioni realizzate negli anni 2011-2013 e confluite nell'avanzo di amministrazione, per finanziare la quota capitale di mutui e prestiti obbligazionari.

Per la Sezione regionale di controllo per il Piemonte (parere del 19.3.2019, n. 23) tuttavia tale ipotesi è esclusa dal dettato normativo.

Anzitutto la sezione di controllo evidenzia come le «Preleggi» prevedano che la legge non possa che disporre per l'avvenire, con la conseguenza che la legge non ha effetto retroattivo, offrendo così un significativo criterio interpretativo.

Peraltro tale principio, non avendo rilevanza costituzionale, può essere derogato in modo espresso ed esplicito dal legislatore che, ove non dia conto di

voler esercitare tale potere, condurrà a ritenere irretroattiva la disposizione.

Nel caso in questione, in particolare, osservando la norma *de qua*, non si rinviene alcun elemento sul quale fondare ragionevolmente una deroga al principio di irretroattività.

Inoltre si tratta di disposizione eccezionale, dato che così facendo è stata introdotta una rilevante deroga alla regola generale sull'equilibrio di bilancio corrente degli enti locali posto che consente (con una disposizione che originariamente era temporalmente limitata) di destinare entrate della parte in conto capitale al finanziamento di spese di afferiscono alla gestione corrente.

La disposizione in analisi permette, infatti, di destinare i proventi, derivanti per esempio dalle cessioni di immobili e/o di altri cespiti patrimoniali, al finanziamento delle spese iscritte nel titolo IV, relative al rimborso dei mutui e dei prestiti obbligazionari. E consente non solo di finanziare la quota capitale di competenza dell'anno in base al piano di ammortamento, ma anche di anticipare il pagamento delle quote in scadenza negli anni successivi.

Le entrate in questione sono tra l'altro caratterizzate da vincoli di destinazione, di modo che per i medesimi non residua in capo all'Ente alcun margine di discrezionalità – e tanto meno riconducibile alle coperture contemplate dal legislatore del 2017 – né alcuna possibilità di disporre in maniera

differente rispetto alla rigorosa finalizzazione.

Per queste ragioni la Corte piemontese giunge alla conclusione per cui la norma di riferimento non solo non possiede natura retroattiva ma risulta espressamente rivestire carattere eccezionale, posto che consente l'utilizzo delle risorse derivanti da alienazioni patrimoniali, anche in presenza di spese di investimento, per finanziare la quota capitale di mutui e prestiti obbligazionari, fino al 2017 facenti parte dell'equilibrio corrente, in scadenza nell'anno o negli esercizi futuri.

**Centrali di committenza: in mancanza della disciplina attuativa ciascun Comune può provvedere autonomamente.**

Tutto trae origine da una procedura negoziata sottosoglia ex art. 36, c. 2, lett. b) del D.lgs. 50/2016 bandita da un Comune per la concessione trentennale della gestione della farmacia comunale di nuova istituzione.

Un'altra farmacia privata con sede nel territorio comunale ricorre innanzi al TAR Brescia contro l'aggiudicazione e tutti gli atti di gara contestando in particolare che l'Ente avrebbe ricorso illegittimamente ad una procedura negoziata in quanto non avrebbe dovuto prendere quale valore della concessione non il valore annuo di € 154.000 (IVA esclusa), ma il valore trentennale della concessione, calcolato in base all'art. 167

comma 1 del D.lgs. 50/2016, e pertanto superiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 35 comma 1, lett. a) del Codice dei Contratti.

Conseguentemente viene contestato anche il mancato ricorso ad una centrale di committenza o di un'aggregazione ex art. 37 comma 3 del D.lgs. 50/2016 sul presupposto che, in relazione al valore della gara, il Comune dovrebbe essere considerato una stazione appaltante priva dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 38 del D.lgs. 50/2016

Quanto al primo aspetto, il TAR precisa con la sentenza n. 266/2019 che l'art. 167 comma 1 del D.lgs. 50/2016 definisce il valore di una concessione come il fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice quale corrispettivo dei servizi oggetto della concessione.

Nella realtà, la stima del fatturato di una concessione trentennale per un servizio di nuova istituzione, e quindi privo di avviamento e di dati storici, è estremamente complessa, e soggetta a un elevato rischio di imprecisione. Addirittura si può ragionevolmente ipotizzare che la rendita diminuisca nel tempo con l'aumento della concorrenza, particolarmente, nel caso delle farmacie, per le attività complementari.

Anche il fatturato dei concorrenti storicamente insediati nello stesso territorio (come la farmacia che ha proposto ricorso) può costituire un riferimento ma, in ogni caso, è sempre

necessaria una valutazione complessiva, come l'ubicazione della nuova farmacia, la concorrenza delle parafarmacie, le difficoltà ad aprire nuovi spazi per una rapida espansione del fatturato. Pertanto, il valore stimato dal Comune viene ritenuto congruo.

In merito, invece, alla questione relativa alla qualificazione della stazione appaltante, per quanto riguarda i requisiti di qualificazione di cui all'art. 38 del D. lgs. 50/2016, ad avviso del Tar, finché non sarà approvata la disciplina attuativa di tale norma non vi sono i presupposti per formulare un giudizio di inadeguatezza della stazione appaltante.

Di conseguenza, nel periodo transitorio ogni ente locale, previa iscrizione nell'anagrafe unica dell'ANAC, può bandire e gestire come autonoma stazione appaltante tutte le procedure di gara a cui sia interessato, senza che questo possa mettere a rischio l'aggiudicazione.

Infatti, la violazione del principio di aggregazione e centralizzazione delle committenze, anche nei casi previsti dall'art. 37 comma 4 del D.lgs. 50/2016, non è sanzionabile con l'annullamento dell'intera procedura di gara in mancanza di parametri precostituiti che consentano di misurare la sproporzione tra la complessità della procedura e le competenze tecniche della stazione appaltante. Questi parametri potranno essere forniti solo dal decreto che individuerà i requisiti tecnico-organizzativi di cui all'art. 38 comma 2 del D.lgs. 50/2016 per l'iscrizione

nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate.

**Annullamento in autotutela: se il vizio è grave l'obbligo di motivazione sia affievolisce.**

Con l'introduzione del Capo IV-bis della legge n. 241/1990 ad opera della legge n. 15/2005, nella specie con l'art. 21 nonies, il legislatore ha dettato per la prima volta norme in tema di autotutela amministrativa, recependo i principi giurisprudenziali e la prassi amministrativa formati in assenza di una disciplina normativa.

La disciplina ivi prevista ha poi conosciuto un'importante evoluzione per effetto di ulteriori riforme introdotte dal legislatore – da ultima la L. n. 124/2015 – attraverso cui sono state meglio definite le condizioni in presenza delle quali l'Amministrazione ha la facoltà (e non l'obbligo) di ricorrere all'annullamento in autotutela di un proprio provvedimento.

I presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sono infatti costituiti dalla chiara e conclamata illegittimità del provvedimento, dall'esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione, nonché dalla sua conseguente ponderazione rispetto alle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari.

E' in questo quadro che si innesta l'interessante sentenza del TAR Sicilia-Palermo 20 marzo 2019, n. 810.

Il Giudice Amministrativo, ribadito come l'annullamento in autotutela presupponga che l'atto da annullare sia illegittimo e che vi sia un interesse pubblico alla sua rimozione, coglie l'occasione per precisare che l'obbligo di motivazione circa il citato interesse pubblico tenderà ad affievolirsi a fronte della crescente gravità dei vizi che affliggono il provvedimento da annullare.

Ed infatti "quando il vizio che inficia l'atto amministrativo è significativamente grave, in quanto implica la violazione di regole e principi posti a presidio di beni di particolare rilevanza, il potere di autotutela, pur non assumendo natura meramente vincolata, si caratterizza per una più intensa considerazione dell'interesse pubblico al ritiro rispetto a quello al mantenimento in vita del provvedimento di primo grado con la conseguenza che il giudizio di prevalenza del primo sul secondo richiede una motivazione meno pregnante"(Cons Stato, Sez. V, 11/6/2018, n. 3588).

Addirittura l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati "al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che

depongano nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi* "(Cons. Stato, A.P. 17/10/2017, n. 8)".

Così stando le cose il Tar Sicilia afferma che l'obbligo motivazionale per l'esercizio del potere di autotutela ex art. 21-nonies L. 241/1990 risulta particolarmente affievolito in materia ambientale ove l'onere motivazionale è adeguatamente assolto attraverso il riferimento a tutte le circostanze di fatto da cui ha originato la decisione di procedere in autotutela e al richiamo ai costi per la collettività che dalla compromissione di detto interesse.

Infine, quanto ai tempi entro i quali è stato adottato il provvedimento di annullamento in autotutela, il TAR chiarisce che se l'annullamento è intervenuto prima di 18 mesi dall'adozione dell'atto, spetta al ricorrente la dimostrazione, che l'esercizio del potere di autotutela fosse possibile in tempi più ristretti.

In altre parole, anche se non è detto che un annullamento in autotutela entro i 18 mesi sia di per sé ragionevole, vi è comunque una presunzione di ragionevolezza, a meno di prova contraria: non esiste pertanto un obbligo di motivazione sulla ragionevolezza del termine.

**Condizioni necessarie per consentire la monetizzazione delle ferie del pubblico dipendente.**

Con la recente sentenza n. 211 il TAR Sardegna ha colto l'occasione per fare il punto sulla disciplina vigente in tema di monetizzazione delle ferie, anche alla luce del divieto introdotto con l'art. 5, comma 8, D.L. 6 luglio 2012, n. 95.

Il caso portato all'attenzione del Giudice Amministrativo riguarda la possibilità, o meno, di monetizzare le ferie non godute laddove il mancato godimento sia dipeso da infermità o malattia del lavoratore.

In materia di ferie, ricordata anzitutto il Tribunale, l'intervento della Corte costituzionale è stato ripetuto e sempre molto incisivo nel riservare una tutela particolarmente intensa al diritto al riposo feriale, attraverso un consolidato filone giurisprudenziale che parte dal 1963 (con la celebre sentenza n. 66) per arrivare alla storica sentenza n. 158 del 2001 che ha affermato che la garanzia costituzionale del riposo annuale, espressamente sancita nel 3 comma dell'art. 36 della Costituzione, non consente deroghe e va per ciò assicurata ad ogni lavoratore senza distinzione di sorta.

Del pari, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha sancito, al paragrafo 2 dell'art. 31, il diritto del lavoratore a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite, utilizzando una formula che riprende quasi letteralmente quella contenuta nelle Costituzioni italiana e portoghese.

E' nell'ambito di siffatto diritto costituzionalmente garantito che si innesta ogni valutazione relativa non solo al godimento delle ferie ma anche alla loro eventuale monetizzazione.

Se, da una parte, la regola è quella di consentire – anzi di agevolare – il godimento di tale periodo di riposo, proprio in ragione della sua elevata valenza fisica, psicologica, morale e sociale per il lavoratore, dall'altra occorre ammettere che, nel caso in cui non sia stato possibile godere di tali ferie, anche in mancanza di una norma espressa che preveda la loro monetizzazione, tale diritto può essere fatto discendere direttamente dall'art. 36 Cost., e ciò quando sia certo che il mancato godimento non sia dipeso dalla volontà del lavoratore e non sia a lui comunque imputabile. Ciò in quanto il carattere indisponibile del diritto alle ferie non esclude l'obbligo della stessa Amministrazione di corrispondere il predetto compenso per le prestazioni effettivamente rese, non essendo logico far discendere da una violazione imputabile all'Amministrazione il venir meno del diritto all'equivalente pecuniario della prestazione effettuata (Consiglio di Stato sez. IV, 13 marzo 2018, n.1580).

In definitiva, il mancato godimento delle ferie, non imputabile all'interessato, non preclude di suo l'insorgenza del diritto alla percezione del compenso sostitutivo. Si tratta, infatti, di un diritto che per sua natura prescinde dal sinallagma prestazione lavorativa-retribuzione che

governa il rapporto di lavoro subordinato e non riceve, quindi, compressione in presenza di altra causa esonerativa dall'effettività del servizio.

Da tale carattere di indisponibilità e irrinunciabilità discende il diritto al compenso sostitutivo, ogni qual volta la fruibilità del congedo stesso sia oggettivamente esclusa per causa indipendente dalla volontà del lavoratore o per fatto specifico della P.A. datrice di lavoro (in materia, T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 25 giugno 2015, Tar Sardegna 13 febbraio 2013 n. 116; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 3 maggio 2011 n. 598; Consiglio di Stato, sez. IV, 24 febbraio 2009 n. 1084).

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di pronunciarsi anche sulla portata del divieto di monetizzazione delle ferie di cui all'art. 5, comma 8, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 7 agosto 2012, n. 135.

Esso va interpretato nel senso che tale disciplina non pregiudica il diritto alle ferie ove prevede che non si possano corrispondere in nessun caso trattamenti economici sostitutivi, giacché correla il contestato divieto a fattispecie in cui la cessazione del rapporto di lavoro è riconducibile a una scelta o a un comportamento del lavoratore (dimissioni, risoluzione) o ad eventi (mobilità, pensionamento, raggiungimento dei limiti di età), che comunque consentono di pianificare per tempo la fruizione delle ferie e di attuare il necessario contemperamento delle

scelte organizzative del datore di lavoro con le preferenze manifestate dal lavoratore in merito ai periodi di riposo, sicché la norma in parola va interpretata come diretta a reprimere il ricorso incontrollato alla monetizzazione delle ferie non godute, contrastandone gli abusi, e a riaffermare la preminenza del godimento effettivo delle ferie, per incentivare una razionale programmazione del periodo feriale e favorire comportamenti virtuosi delle parti nel rapporto di lavoro, senza arrecare pregiudizio al lavoratore incolpevole (T.a.r. Emilia-Romagna, Parma sez. I, 17 gennaio 2017, n.14).

Venendo quindi allo specifico quesito posto, il TAR Sardegna ricorda, alla luce dei precetti testè riportati, quella giurisprudenza del giudice del lavoro che afferma il diritto di vedersi monetizzare le ferie non fruite quando il lavoratore abbia provato di essere lavoratore in malattia. Difatti, l'art. 5, comma 8, D.L. n. 95 del 2012 deve essere interpretato nel senso che il divieto di monetizzazione delle ferie residue non si applica nel caso in cui il dipendente non sia stato nella possibilità di fruire delle stesse a causa di malattia (ex multis, Tribunale Torino sezione lavoro, 22 dicembre 2016, n. 1861).