



## Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

16 aprile 2019

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCE E DEI COMUNI DEL NORD

### IN QUESTO NUMERO

- ◆ Condizioni necessarie per ricapitalizzare una società partecipata da enti locali alla luce del t.u.e.l. e del t.u.s.p..
- ◆ Approvate le Linee Guida ANAC n. 14 recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato".
- ◆ Legittima la revoca dell'aggiudicazione in caso di indebite influenze nella procedura.
- ◆ SCIA e controinteressato: il Comune deve motivare adeguatamente il provvedimento con cui rigetta la richiesta di esercitare i propri poteri inibitori – repressivi.

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)

**Condizioni necessarie per ricapitalizzare una società partecipata da enti locali alla luce del t.u.e.l. e del t.u.s.p..**

Un Sindaco si rivolge alla Corte dei conti campana per avere delucidazioni circa l'eventuale ricapitalizzazione di una società a totale partecipazione pubblica.

Segnatamente il primo cittadino domanda, anzitutto, se gli eventuali oneri possano essere considerati quali passività pregresse o se debba applicarsi la disciplina dei debiti fuori bilancio di cui all'art. 194 del Dlgs. n. 267/00.

In seconda battuta viene poi domandato se tale intervento si ponga in linea con quanto previsto dal Testo Unico delle Società Partecipate in tema di crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica. Viene in particolare evidenziato che l'assemblea dei soci ha approvato un Piano di ristrutturazione aziendale ex art. 14 del D.Lgs. 175/2016 con il quale veniva stabilito di soddisfare il fabbisogno finanziario della società (pari a circa 50 milioni di euro) mediante un aumento di capitale da corrispondere in due tranches (una nell'esercizio finanziario 2019/2021 e l'altra nel 2022/2024), con un primo aumento oneroso di € 25.000.000,00 di capitale sociale, da offrirsi in opzione ai soci ai sensi dell'art. 2441 c.c.

La Sezione di controllo per la regione Campania della Corte dei conti fornisce così l'interessante parere n. 20.2019.

Quanto al primo punto, viene precisata la distinzione fra passività pregresse e debiti fuori bilancio ( sul tema si veda anche Corte dei conti, sez. Lombardia 41/2014/PAR).

Nell'ambito del procedimento di spesa delineato dall'art. 183 TUEL può verificarsi, pur in presenza di un regolare impegno assunto dall'ente, un fatto imprevedibile che dia luogo ad un debito non assistito da adeguata e/o sufficiente copertura. In questo caso, la somma costituirà un residuo passivo ex art. 190 TUEL e l'ente locale ovviamente dovrà ricorrere agli strumenti ex art. 193 TUEL per mantenere gli equilibri di bilancio.

In caso invece di obbligazione non assunta in virtù del previo impegno di spesa, il legislatore ha previsto la figura del debito fuori bilancio ex artt. 193 comma 2, lett. c), e 194 TUEL. Come espressamente previsto dai principi contabili "Il debito fuori bilancio rappresenta un'obbligazione verso terzi per il pagamento di una determinata somma di denaro, assunta in violazione delle norme giuscontabili che regolano i procedimenti di spesa degli enti locali".

Nelle ipotesi indicate dall'art. 194 TUEL possono essere riconosciuti i suddetti debiti attraverso uno specifico procedimento, ivi disciplinato. Si tratta dei casi di debiti che derivino da:

- a) sentenze esecutive;
- b) copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del

bilancio di cui all'articolo 114 ed il disavanzo derivi da fatti di gestione;

c) ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali;

d) procedure espropriative o di occupazione d'urgenza per opere di pubblica utilità;

e) acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 191, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza (art. 194, comma 1, lett. a) - e), TUEL).

Quanto al caso portato all'attenzione della Sezione campana vi è dunque un espresso riferimento normativo nella lettera c) dell'art. 194 TUEL, cit..

Al riguardo, poi, i principi contabili specificano che "Il debito riconoscibile di cui alla lettera c) dell'art. 194 comma 1, del TUEL è quello derivante da ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, delle sole società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali. Il termine ricapitalizzazione identifica un'azione specifica, di ricostituzione del capitale deliberato dai soci per la costituzione della società, normativamente disciplinata e non è suscettibile di interpretazione estensiva ad altre fattispecie di ripianamento di perdite d'esercizio.

La posizione debitoria non è riconoscibile nel caso di società di capitali non costituite per l'esercizio di servizi pubblici.

La formulazione della lettera c) dell'art. 194 del TUEL comporta che può essere riconosciuta la tipologia di debito fuori bilancio ivi prevista soltanto laddove la reintegrazione del capitale sociale della società di cui l'Ente possiede una quota avvenga nelle forme e nei limiti della disciplina di cui al codice civile o di altre norme speciali cui il legislatore fa espresso rinvio (...)" ( cfr. principio contabile n. 2 per gli enti locali Gestione nel sistema del bilancio, capoversi 106 e 107, Testo approvato dall'Osservatorio il 18 novembre 2008).

Sciolto il primo quesito, la Corte passa ad analizzare la questione dal punto di vista della ricapitalizzazione e del ripiano delle perdite alla luce di "una disposizione di fondamentale importanza", ossia l'art. 14, comma 4, del d.lsgl. 175/2016 (cd. T.U.S.P. ).

La citata disposizione recita testualmente che "Non costituisce provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2, la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di

recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2, anche in deroga al comma 5.”

È evidente che il legislatore abbia voluto con tale disposizione delineare una logica analoga a quella del ripiano e della copertura di disavanzi di consorzi, aziende speciali e istituzioni ex art. 194, lett. b) TUEL che impone di assicurare l'equilibrio di bilancio, ex art. 114, comma 4, TUEL ( su tale ultima questione vd. Corte dei conti, sez. reg. controllo per la Campania, n. 162/2018/PAR).

Quindi, alla luce dell'impianto normativo delineato è da ritenere possibile la ricapitalizzazione da parte dell'ente locale mediante la procedura del riconoscimento del debito fuori bilancio, solo qualora sussistano i seguenti presupposti:

che il bilancio di previsione dell'esercizio in corso sia stato già approvato e per tale motivo debba porsi in essere la procedura dei debiti fuori bilancio, pena la violazione degli artt. 183 ss. TUEL circa l'ordinaria procedura prevista per gli impegni di spesa;

che si tratti di società di capitali;

che la ricapitalizzazione avvenga nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali;

che si sia in presenza di una società che eserciti un servizio pubblico locale;

che si debba porre in essere una ricostituzione del capitale sociale per ripianamento per perdite di esercizio, pena la violazione del cd. “divieto di soccorso finanziario” (su cui vd ad

esempio Corte dei conti. Sez. Lombardia, 96/2014/PAR);

che il ripiano societario sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, che assicuri prospettive di recupero dell'equilibrio ex art. 14, comma 4, TUSP.

Alla luce di tale disciplina, pertanto, la Sezione adita rammenta in conclusione che, stante il divieto di ingerenza e di cogestione della cosa pubblica da parte della magistratura contabile, spetterà ovviamente all'ente richiedente verificare se nel caso concreto sussistano tutte le citate condizioni previste dal legislatore.

**Approvate le Linee Guida ANAC n. 14 recanti “Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato”.**

L'Autorità ha approvato con delibera n. 161/2019 le Linee Guida non vincolanti in materia di consultazioni preliminari di mercato, ossia quel particolare istituto che consente alle Stazioni Appaltanti, prima dell'avvio di una procedura selettiva, di consultare il mercato al fine di predisporre gli atti di gara, nonché a fornire informazioni agli operatori circa le procedure programmate e i requisiti relativi alle stesse.

Ovviamente la consultazione si svolge dopo la programmazione interna dell'Amministrazione e prima dell'avvio del procedimento per la selezione del contraente: non è infatti consentito lo

svolgimento di consultazioni in merito a procedure selettive già avviate, anche se sospese.

Del pari non è consentito l'uso delle consultazioni per finalità meramente divulgative.

Non è invece esclusa la possibilità di effettuare una consultazione parziale, limitatamente agli aspetti da chiarire di un determinato contratto.

Inoltre, in linea di principio, le consultazioni di mercato vanno preferite quando l'appalto presenta carattere di novità mentre sono da escludersi nei casi di appalti di routine e appalti relativi a prestazioni standard.

Le consultazioni preliminari di mercato possono perseguire, altresì, lo scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e realizzare economie di mezzi e risorse, anche in relazione all'assetto del mercato, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati.

Quanto all'ambito di applicazione le consultazioni preliminari di mercato possono essere svolte per la predisposizione di appalti di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'articolo 66, del Codice, indipendentemente dal valore della commessa, nonché delle concessioni, in considerazione del richiamo operato dall'articolo 164 del Codice. La disciplina si applica anche agli appalti da affidare nei settori speciali, in forza del rinvio contenuto nell'articolo 122 del Codice.

Le stazioni appaltanti devono curare, in particolare, che le consultazioni preliminari di mercato siano tenute

distinte dal dialogo competitivo che – al contrario – consiste in una vera e propria procedura di scelta del contraente, con cui la stazione appaltante instaura un dialogo con i partecipanti al fine di individuare e definire i mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità.

Allo stesso modo le consultazioni preliminari di mercato devono essere tenute distinte dalle indagini di mercato, quali ad esempio quelle preliminari allo svolgimento delle procedure negoziate, nei casi previsti all'articolo 63, comma 6, ovvero all'articolo 36 del Codice, che costituiscono procedimenti finalizzati a selezionare gli operatori economici da invitare al procedimento di gara. Diversamente dalle procedure menzionate, la consultazione preliminare di mercato non può costituire condizione di accesso alla successiva gara.

Quanto, poi, al procedimento di consultazione, la procedura si deve svolgere nel rispetto degli articoli 66 e 67, nonché dei principi di non discriminazione e trasparenza.

Le stazioni appaltanti pubblicano un avviso, denominato atto o avviso di consultazione preliminare di mercato, con il quale rendono manifesto al mercato l'avvio del procedimento di consultazione.

L'avviso di consultazione è pubblicato nel profilo di committente, nella sezione amministrazione trasparente, ferma restando la possibilità di disporre ulteriori forme di pubblicità, secondo un criterio di proporzionalità.

L'avviso contiene la corretta e adeguata esplicitazione dei presupposti e delle

finalità che, in concreto, giustificano il ricorso alla consultazione preliminare.

Gli avvisi o le lettere di consultazione, comunque denominati, specificano le esigenze informative e conoscitive della stazione appaltante procedente, le tipologie di contributi richiesti, la forma di contributo ammissibile, i tempi previsti per la presentazione dei contributi e, ove possibile, quelli per la pubblicazione della procedura selettiva e per lo svolgimento del contratto, nonché gli effetti di incompatibilità determinati dalla partecipazione alla consultazione e le modalità di svolgimento della procedura.

Gli atti di consultazione, comunque denominati, chiariscono, in ogni caso, che il contributo è prestato gratuitamente, senza diritto a rimborsi spese.

Possono prendere parte alla consultazione preliminare, ai sensi dell'articolo 66, comma 2, del Codice, tutti i soggetti in grado di fornire le informazioni richieste, inclusi i portatori di interessi collettivi e diffusi.

Per la partecipazione alla consultazione, la stazione appaltante non richiede il possesso dei requisiti di cui agli articoli 80 e 83 del Codice, né procede alla relativa verifica.

I soggetti che partecipano alla consultazione sono tenuti ad indicare se i contributi forniti contengono informazioni, dati o documenti protetti da diritti di privativa.

La stazione appaltante deve adottare misure idonee ad evitare che le

informazioni, a qualunque titolo e in qualunque forma fornite in consultazione, comportino una lesione dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione.

A tal fine costituiscono misure adeguate minime, ai sensi dell'articolo 67, comma 1, del Codice: la comunicazione da parte del RUP agli altri candidati o offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura, nonché la fissazione di termini adeguati per la presentazione delle offerte.

Vi sono, poi, alcune ipotesi in cui l'operatore economico che ha partecipato alla procedura selettiva potrebbe essere escluso dalla successiva gara.

Ciò potrà avvenire solo nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento.

Così l'esclusione potrà avvenire, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 80, comma 5, lettera e) del Codice, laddove le misure minime adottate dalla stazione appaltante non siano state in grado di eliminare il vantaggio competitivo derivante dalla partecipazione del concorrente alla consultazione preliminare.

**Legittima la revoca dell'aggiudicazione in caso di indebite influenze nella procedura.**

I fatti di causa traggono origine dalla revoca dell'aggiudicazione di un project financing disposta dall'Amministrazione in quanto, proprio in relazione alla suddetta procedura selettiva, veniva notificato un avviso di conclusione delle indagini preliminari sia agli amministratori della società affidataria della concessione sia ai membri della commissione di gara ed al R.U.P..

I legali rappresentanti della società affidataria erano infatti stati accusati di avere realizzato una serie di irregolarità, comprese diverse attestazioni false, che avrebbero compromesso l'intera procedura.

L'azione di autotutela posta in essere dall'Amministrazione viene ritenuta legittima dal Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 2123 del 1.4.2019, ribadisce l'assoluta necessità di intervenire sulle gare esperite anche con un provvedimento di secondo grado laddove sia necessario perseguire il preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa.

Interesse per cui occorrerà svolgere i dovuti approfondimenti qualora le circostanze, risultanti dalle indagini penali, riguardino specificamente una gara il cui esito potrebbe essere stato indebitamente influenzato.

In particolare, ricordano i Giudici di Palazzo Spada, l'esito può essere indebitamente influenzato da due tipologie azioni, prese in considerazione dall'art. 80 comma 5 lett. c) del Codice

Appalti ai fini dell'esclusione dai futuri appalti per gravi illeciti professionali:

- la fornitura di informazioni che siano false, fuorvianti o comunque oggettivamente suscettibili di indirizzare le decisioni sull'aggiudicazione;
- l'omissione delle necessarie dovute informazioni ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

In tali ipotesi, qualora ricorra un quadro di elementi precisi, diretti e concordanti, la stazione appaltante, al fine di addivenire al giudizio finale, può e deve far riferimento al complesso delle circostanze emergenti dalla fattispecie, senza che occorra necessariamente attendere sempre l'esito del giudizio penale al fine di affermare l'inaffidabilità, l'incongruità o la mancanza di integrità della procedura di gara.

In sostanza l'Amministrazione può legittimamente revocare una gara in presenza di soli indizi, purchè precisi e concordanti, di un'indebita influenza dell'operatore economico nei processi decisionali dell'amministrazione.

Al contrario, ovviamente, la valutazione in ordine alla rilevanza inquinante sul procedimento di specifici comportamenti è rimessa a valutazioni discrezionali di competenza esclusiva della stazione appaltante che, come tale, non potrà avere un'automatica e necessitata ricaduta delle indagini penali.

**SCIA e controinteressato: il Comune deve motivare adeguatamente il provvedimento con cui rigetta la richiesta di esercitare i propri poteri inibitori – repressivi.**

I comproprietari di una porzione di un fabbricato chiedono l'annullamento del provvedimento con cui un Comune ha ritenuto insussistenti i presupposti per l'annullamento d'ufficio della scia in sanatoria presentata ai sensi dell'art. 37, d.P.R. n. 380/2001 da un vicino di casa.

Il TAR Torino ricorda anzitutto, con la sentenza n. 424 del 9.4.2019, che la c.d. "vicinitas", cioè la situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento edilizio assentito, sia sufficiente a radicare la legittimazione a ricorrere dei confinanti, non essendo necessario che la parte ricorrente alleghi e provi anche di subire uno specifico pregiudizio per effetto dell'attività edificatoria intrapresa sul suolo limitrofo, atteso che la realizzazione di interventi edificatori, che comportino contra legem l'alterazione del preesistente assetto urbanistico ed edilizio, deve ritenersi pregiudizievole in re ipsa (cfr., tra le tante, Cons. Stato sez. IV 12 marzo 2015 n. 1315; Cons. Stato sez. IV 09 settembre 2014 n. 4547): non è pertanto necessaria la prova di un danno specifico, in quanto il danno a tutti i membri di quella collettività è insito nella violazione edilizia (cfr. Cons. Stato sez. VI 11/09/2013 n. 4493; Cons. Stato Sez. IV 4/6/2013 n. 3055).

Quanto alla dedotta illegittimità della scia presentata dal confinante, i ricorrenti ritengono che gli interventi posti in essere siano soggetti a permesso di costruire, avendo ad oggetto un intervento di ristrutturazione edilizia che comporta modifiche della sagoma, dei prospetti o mutamento delle destinazioni d'uso. Il prospetto e la sagoma sarebbero cambiati: anteriormente ai lavori assentiti con il permesso di costruire il tetto era piano; la destinazione, ad autorimessa sarebbe variata come dimostrerebbe la realizzazione di una scala a chiocciola, posta al centro della pavimentazione, e di una botola, la posa di un nuovo portone, in sostituzione di una serranda basculante, tipico di un locale adibito ad abitazione e la circostanza che le auto sarebbero parcheggiate nella parte antistante il portone.

Il Tribunale ritiene di poter condividere le tesi dei ricorrenti.

Non risulta invero che l'amministrazione abbia compiuto una puntuale attività istruttoria per verificare l'attualità della destinazione d'uso dopo la modifica della copertura e la realizzazione di opere che, per le loro caratteristiche, non appaiono proprie di un'autorimessa.

Non solo ma anche la documentazione depositata in giudizio dal controinteressato - in violazione del principio di prossimità della prova - non consente di dissipare i dubbi instillati dai ricorrenti, suffragati dall'anomalia delle modifiche apportate all'autorimessa nel corso degli anni.



Il provvedimento impugnato, con cui era stata negato l'annullamento d'ufficio, viene quindi ritenuto illegittimo laddove si limita ad affermare che “non è richiesto alcun cambio di destinazione d'uso né incrementi dei parametri edilizi”.