



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

Newsletter

24 maggio 2019

IN QUESTO NUMERO

- ◆ Incarichi a soggetti in quiescenza nelle società pubbliche: sempre gratuite, a meno che non siano quotate.
- ◆ Ai segretari comunali in convenzione spetta sempre il rimborso spese previsto dal CCNL.
- ◆ L'accesso all'offerta tecnica può essere limitato solo in presenza di un comprovato segreto commerciale.

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

Incarichi a soggetti in quiescenza nelle società pubbliche: sempre gratuite, a meno che non siano quotate.

Il Ministero dell'Interno ha formulato, ai sensi dell'art. 154, comma 2 del TUEL, un atto di indirizzo al fine di chiarire la corretta interpretazione dell'art. 11, comma 1, del TUSP nella parte in cui, richiamando il D.L. 95/2012, prevede la conferibilità della carica di componente di organo amministrativo o di controllo in società a controllo pubblico a soggetti già collocati in quiescenza esclusivamente a titolo gratuito.

Il citato art. 11 prevede infatti che per “i componenti degli organi amministrativi e di controllo di società a controllo pubblico [...] Resta fermo quanto disposto [...] dall’articolo 5 comma 9, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135”.

A sua volta la disposizione richiamata stabilisce che “è fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, nonché alle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall’Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell’articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché alle autorità indipendenti ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) di attribuire incarichi di studio e di consulenza a

soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Alle suddette amministrazioni è altresì fatto divieto di conferire ai medesimi soggetti incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in “cariche in organi di governo delle [...] società da esse controllate” a “soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza”, se non “a titolo gratuito”. La disciplina così tracciata pone, però, almeno due evidenti dubbi interpretativi che il Ministero cerca di sciogliere.

Il primo è se, quanto alla perimetrazione dei destinatari sotto il profilo passivo, dato che il comma 9, dell’art. 5, del D.L. 95/2012 fa riferimento a “soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza”, se tra i soggetti colpiti dalla limitazione vadano inclusi anche i lavoratori autonomi oltre ai lavoratori dipendenti.

La seconda incertezza è, invece, legata all'applicabilità del citato divieto anche alle società a controllo pubblico “quotate”, come definite all’art. 2, comma 1, lett. p), del TUSP, vale a dire quelle “che emettono azioni quotate in mercati regolamentati”.

Quanto al primo profilo il Ministero conferma, in sostanza, l'orientamento già espresso in sede giudiziale secondo cui il divieto in questione vale anche nei confronti degli ex lavoratori autonomi.

Viene così relegato in una posizione ancor più minoritaria l'orientamento del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione che, con circolare n. 6/2014 del 4 dicembre 2014 aveva affermato, al paragrafo 3, che “Il divieto si estende a qualsiasi lavoratore

dipendente collocato in quiescenza indipendentemente dalla natura del precedente datore di lavoro e del soggetto che corrisponde al trattamento di quiescenza”; e che, con circolare 4/2015 del 10 novembre 2015, aveva ancor più chiaramente puntualizzato che – ai fini dell’individuazione dei destinatari del suddetto divieto – “per “lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza” si intendono esclusivamente i lavoratori dipendenti e non quelli autonomi”.

Il Ministero dell’Interno fa quindi proprio l’opposto orientamento già espresso dalla Corte dei conti del Piemonte (del 60/2018/SRCPIE/PAR), che fa leva sulla formulazione letterale della norma “che utilizza il termine “lavoratore” e non dipendente, proprio al fine di comprendere tutti i lavoratori, sia dipendenti che autonomi, a prescindere dall’attività lavorativa svolta prima di essere collocati in quiescenza, in coerenza, peraltro, con la ratio della disposizione di conseguire risparmi di spesa”; nonché la Corte dei conti della Puglia (del. 193/2014/PAR), la quale ha ritenuto che “il divieto abbraccia non solo gli ex dipendenti dell’ente, ma tutti i lavoratori (dipendenti, lavoratori autonomi) privati o pubblici (quindi, a prescindere dalla natura dell’ex datore di lavoro) in quiescenza”.

A detta del Ministero la ratio della disposizione – evidenziata anche dalla Corte costituzionale con sentenza 124/2017 – sarebbe infatti imperniata sulla constatazione del carattere limitato delle risorse pubbliche e sulla connessa

esigenza di una predeterminazione complessiva (modellata su un parametro prevedibile e certo) delle risorse che l’amministrazione può corrispondere a titolo di retribuzioni e pensioni; esigenza che prevale sull’interesse pubblico al ricorrere a professionalità particolarmente qualificate che già fruiscono di un trattamento pensionistico e che sussiste indipendentemente dalla natura del pregresso rapporto lavorativo (dipendente o autonomo) del soggetto collocato in quiescenza.

Quanto, poi, al secondo problema prospettato il Ministero ritiene, sul piano sistematico, di privilegiare, quale canone interpretativo, il principio per cui la disciplina delle società a partecipazione pubblica, al cui genus appartengono le società a controllo pubblico, è rinvenibile – quanto ai suoi caratteri di specialità – esclusivamente nel Testo unico, operando per il resto “le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”; assumendo, pertanto, che la nuova disciplina prevalga su quelle precedenti, anche speciali.

Da tale assunto deriva che la normativa del Testo unico è senz’altro prevalente rispetto a disposizioni di legge – a maggior ragione se anteriori – riferite alle società a partecipazione pubblica, ivi incluso, quindi, l’articolo 5, comma 9 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, il quale può trovare applicazione alle società a partecipazione pubblica solo in quanto, e nei limiti in cui, è richiamato dal Testo unico.

Sulla base di tali premesse, viene evidenziato che:

- l'articolo 11, comma 1 del Testo unico mantiene fermo quanto previsto dall'articolo 5, comma 9 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, è riferito – come chiarito dalla relativa titolazione – agli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico;

- l'articolo 1, comma 5 del Testo unico stabilisce che le disposizioni del Testo unico si applicano alle società quotate – come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse controllate - “solo se espressamente previsto”;

l'articolo 11, comma 1 del Testo unico non contiene siffatta espressa previsione;

pertanto l'articolo 11, comma 1 del Testo unico non si applica – ivi incluso il richiamo in esso contenuto all'articolo 5, comma 9 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 - alle società quotate e alle società da esse controllate.

Ai segretari comunali in convenzione spetta sempre il rimborso spese previsto dal CCNL.

Un Comune domanda se al Segretario reggente possa essere riconosciuto il rimborso delle spese sostenute per l'uso del mezzo proprio per i tragitti dal Comune qualificato capofila della Segreteria Convenzionata di cui sia titolare e il Comune dove sia stato incaricato, appunto, di svolgere i compiti

connessi con la specifica professionalità posseduta e, in caso affermativo, quali siano i criteri da utilizzare ai fini della quantificazione del rimborso delle spese di viaggio.

La Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Basilicata, nel rendere il parere n. 27/2019 premette come il rimborso delle “spese di viaggio” a favore dei dipendenti pubblici – e tale è da considerare il Segretario comunale – sia stato introdotto nel nostro Ordinamento nell'ambito della legislazione, avente carattere di assoluta generalità, riguardante l'istituto della c.d. “missione” risultando ancorato il ricorso ad essa, da un lato, alla disciplina della “sede di servizio” e, dall'altro, all'obbligo che al dipendente pubblico risultava imposto, di risiedervi, cioè, a norma del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

Il vigente quadro normativo che regola il trattamento economico di missione dei dipendenti pubblici si fonda sulla legge 29 giugno 1951, n. 489, sulla legge 15 aprile 1961, n. 291, sulla legge 18 dicembre 1973, n. 1973, n. 836, sulla legge 26 luglio 1978, n. 417.

La citata normativa prevedeva una disciplina organica caratterizzata da diversi istituti volti a rimborsare forfettariamente, mediante indennità, le spese di vitto e di alloggio e quelle per l'uso del mezzo proprio, sostenute dal dipendente in trasferta, ovvero in alternativa, a rimborsare le spese di albergo e le spese effettivamente sostenute per il viaggio su mezzi di

trasporto di linea, riducendo la relativa indennità giornaliera del 30% o del 50%.

Detto quadro ha comunque subito una progressiva evoluzione, da ultimo con il decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

Infatti, con la soppressione di alcuni istituti riconosciuti dalla previgente normativa, è stato introdotto un sistema di trattamento economico di missione che si dimostra molto più versatile e rivolto, più che altro, alle mutate esigenze delle Pubbliche amministrazioni, la cui ratio è il contenimento della spesa per le missioni; contenimento della spesa che il Legislatore aveva ritenuto di dover introdurre nell'ordinamento nazionale già da tempo con la legge n. 266/2005 (art. 1, c. 214 e 216).

La disciplina riguardante le missioni ritrova ben fissati, quindi, nella legislazione statale i principi e i criteri cui le diverse istituzioni sono tenute a conformare le loro scelte decisionali in sede di autodeterminazione quale risulta prevista dall'art. 26 della legge 18 dicembre 1973, n. 836.

Ciò premesso, quanto alla specifica problematica del rimborso spese di viaggio dei Segretari comunali titolari di sedi convenzionate, già con la deliberazione della Corte dei conti a Sezioni Riunite n. 21/CONTR/20112 è stato chiarito che l'art. 45, comma 2 del CCNL del 16 maggio 2001 per i Segretari Comunali e Provinciali non è stato reso inefficace dall'entrata in vigore dell'art. 6,

comma 12 della legge n. 122 del 2010 stante la diversità della fattispecie.

Se è vero che l'art. 6 della legge n. 122 del 2010 ha ritenuto di dover limitare le spese connesse al trattamento di missione, ossia ai trasferimenti effettuati per conto dell'amministrazione di appartenenza per l'espletamento di funzioni ed attività da compiere fuori dalla sede, il rimborso previsto dall'art. 45 comma 2 del CCNL ha, invece, inteso sollevare il segretario comunale o provinciale dalle spese sostenute per gli spostamenti fra le varie sedi istituzionali ove il medesimo è chiamato ad espletare le funzioni.

In definitiva, l'art. 45, comma 3, ripartendo la spesa per suddetti trasferimenti tra "i diversi enti interessati secondo le modalità stabilite nella convenzione" dimostra come tale onere assuma carattere negoziale e non possa ricondursi all'interno del trattamento di missione tout court.

Viene quindi confermata la tesi secondo cui le limitazioni al trattamento di missione introdotte dall'art.6 della legge n. 122 del 2010 non comportino l'inefficacia dell'art. 45, comma 2 del CCNL del 16 maggio 2001 per i Segretari Comunale e Provinciali inerente il rimborso delle spese sostenute dal segretario titolare di sede di segreteria convenzionata.

Siffatto orientamento risulta essere stato condiviso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze; il M.E.F. (nota prot. nr. 54055 del 21.4.2011), nel richiamare il suddetto parere delle Sezioni Riunite, ha chiarito che l'uso del mezzo proprio, da

parte di un segretario titolare di una segreteria convenzionata, non rappresenta «un'esigenza estemporanea ed episodica, quanto piuttosto una modalità operativa e organizzativa connaturata alle caratteristiche proprie dell'istituto in esame».

Inoltre, si è osservato come «l'esigenza di assicurare la necessaria flessibilità al Segretario comunale per suddividere la sua prestazione professionale tra più enti appare legata alla possibilità di continuare a utilizzare il mezzo proprio». Infine, si è concluso nel senso che «le caratteristiche proprie dell'attività del Segretario, legata ai tempi e alle esigenze della "politica" (si pensi alla partecipazione a giunte e consigli comunali che si svolgono in orari anche notturni) rendono la stessa difficilmente conciliabile con l'uso dei mezzi pubblici o di auto di proprietà di enti».

La Sezione evidenzia tuttavia come sia necessario fissare una disciplina in un provvedimento che assuma le connotazioni di un atto regolamentare, che può tenere conto delle indicazioni contenute nella legge 26 luglio 1978, n. 417.

Infine, in ordine alla specifica posizione della "reggenza", viene richiamata la delibera n. 294/2017 della Sezione Regionale di controllo lombarda, ove è stato chiarito come nell'espletamento della "reggenza", sotto un profilo funzionale, la posizione del "reggente" deve essere necessariamente equiparata a quella del "titolare" ogni qual volta tale equiparazione risulti funzionale al corretto espletamento dell'attività

dell'ufficio a cui il reggente viene preposto. In altre parole, sotto il profilo della gestione, vi è piena equiparazione funzionale fra "reggente chiamato a garantire la continuità dell'azione amministrativa, e "titolare", la cui posizione si differenzia da quella del primo solo sotto il profilo genetico della modalità di preposizione.

Accertata, quindi, la perdurante ammissibilità del rimborso delle spese di viaggio sostenute dal titolare di segreteria convenzionata negli spostamenti tra comune capofila e comune convenzionato, si è fatto rilevare che la stessa ragione (cioè che si mira a sollevare il segretario comunale o provinciale dalle spese sostenute per gli spostamenti fra le varie sedi istituzionali ove il medesimo è chiamato ad espletare le proprie funzioni) va ravvisata anche con riferimento al rimborso delle spese sostenute dal segretario "reggente" di sede di segreteria convenzionata, sussistendone le condizioni.

In tale contesto, il ricorso all'uso del mezzo proprio deve essere sempre autorizzato; con tale autorizzazione, che va motivata, il Sindaco ne attesta, sia pure indirettamente, la necessità.

Infatti, risponde ad un principio di buon andamento che, per tale via, il Segretario "reggente" si ritrovi libero da qualsiasi condizionamento esterno che, spesso, viene a intaccare la sfera individuale e il suo diritto ad avere assicurato un adeguato livello (standard) di benessere organizzativo (rapporto tempo lavorato / tempo dedicato al percorso ufficio-abitazione).

L'accesso all'offerta tecnica può essere limitato solo in presenza di un comprovato segreto commerciale.

Stante la necessità di rifunzionalizzare alcuni impianti sportivi un comune indice una procedura aperta per l'affidamento di lavori da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nell'ambito dei criteri di valutazione dell'offerta economica l'art. 14 del disciplinare prevedeva l'attribuzione di 10 punti in relazione ai "numeri di campi da calcio realizzati omologati negli ultimi tre anni", da indicare in apposita tabella.

A seguito dell'aggiudicazione dell'appalto, l'operatore economico qualificatosi secondo chiede al Comune l'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria la quale, però, si oppone all'accesso della documentazione relativa "ai dati tecnici dei manti in erba artificiale" contenuti nelle schede tecniche e nei certificati di laboratorio, trattandosi "di prodotti di nuova progettazione e concezione", rivestendo "carattere di segretezza industriale". Parimenti, la controinteressata, si oppone alla comunicazione dei dati relativi ai committenti privati (società sportive, parrocchie, oratori, ecc.) dei campi dalla stessa realizzati, "in quanto trattasi di dati di patrimonio aziendale, destinatari di attività e opportunità commerciali riservate, continuative e nuove delle nostre aziende".

A sua volta il Comune, ritenendo meritevoli di tutela gli interessi dell'aggiudicataria, consente solo un parziale accesso alla documentazione richiesta.

La seconda classificata ricorre così al TAR Lombardia-Milano che, con la sentenza n. 1121/2019, accerta il suo diritto ad accedere alla documentazione richiesta.

Anzitutto il Giudice ritiene che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amministrazione, l'istanza della ricorrente consentisse esattamente l'individuazione dei documenti richiesti, essendo pertanto sufficientemente determinata.

Per giurisprudenza pacifica, la necessità di coniugare il diritto alla trasparenza con l'esigenza di non pregiudicare, attraverso un improprio esercizio del diritto di accesso, il buon andamento dell'Amministrazione, è infatti soddisfatto laddove, come ha avuto luogo nel caso di specie, nell'istanza siano individuati gli atti in modo sufficientemente preciso e circoscritto, in modo da evitare che quest'ultima sia costretta a compiere un'attività di ricerca e di elaborazione (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 26.9.2018, n. 2151).

Nel merito, poi, il TAR osserva che la lettera a) del quinto comma dell'art. 53 D.Lgs. n. 50/2016, analogamente a quanto previsto dal previgente art. 13 del D.Lgs. 163/2006, esclude dall'esercizio del diritto di accesso le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e

comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

In particolare, ciò che viene sottratto dall'accesso, non è l'offerta nel suo complesso, quanto invece, la sola parte che contiene informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali (T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 5.6.2017, n. 34).

Inoltre, mentre chi si oppone all'accesso può sempre evidenziare le ragioni per cui ritiene che le informazioni contenute nell'offerta siano segreti tecnici o commerciali, chi richiede invece l'ostensione dei documenti, può trovarsi invece in una situazione di estrema difficoltà, ignorandone solitamente il contenuto (T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 26.2.2015, n. 194).

Ecco che, nel caso in questione, il Collegio ritiene che le affermazioni della controinteressata, volte a comprovare la sussistenza di "segreti tecnici o commerciali" che dovrebbero prevalere sul diritto alla difesa in giudizio della ricorrente, sono infatti apodittiche, generiche, e pertanto, non minimamente motivate, laddove invece, l'esclusione dall'accesso "presuppone la puntuale dimostrazione che le informazioni richieste siano coperte dal segreto" (T.A.R. Sardegna, Sez. II, 26.10.2015, n. 1081).

Analogamente, in caso di diniego su un'istanza di accesso, l'Amministrazione ha l'onere di rappresentare quali sono le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale custodito negli atti di gara, in riferimento a precisi dati tecnici (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III,

30.8.2016, n. 2192), con la conseguenza che, nel caso di specie, il diniego opposto dal Comune, con cui sono state recepite acriticamente le richieste della controinteressata, viene dichiarato illegittimo.