



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

Newsletter

30 maggio 2019

IN QUESTO NUMERO

- ◆ Anche per la Cassazione Penale le opere precarie necessitano sempre del permesso di costruire.
- ◆ Finchè non entrerà in vigore la nuova disciplina sulle commissioni di gara il presidente dovrà essere membro interno alla stazione appaltante.
- ◆ Il controllo pubblico sulla società deve essere previsto da norme di legge, statutarie o da patti parasociali.

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

Anche per la Cassazione Penale le opere precarie necessitano sempre del permesso di costruire.

Con la sentenza n. 24149 del 30 maggio 2019 le Sezioni Unite Penali della Cassazione fanno propria l'interpretazione, già consolidatasi nell'ambito della giustizia amministrativa, per cui la precarietà di un'opera dipenda non tanto dalle caratteristiche costruttive, dai materiali impiegati o dall'agevole sua amovibilità quanto, invece, dalla reale destinazione materiale ad un uso precario.

Nel caso portato all'attenzione della Suprema Corte, addirittura, il manufatto oggetto della vertenza si presentava come stabilmente infisso al suolo e dotato di pavimentazione circoscritta da un muretto di contenimento. L'opera poggiava inoltre su pilasti in ferro, a loro volta ancorati su plinti in cemento armato e, in sede di sopralluogo da parte della polizia giudiziaria, era stato anche accertato un cambiamento del livello pianovolumetrico e pianoaltimetrico del terreno su cui l'opera era stata realizzata. Avuto riguardo a tali caratteristiche costruttive, pertanto, il Giudice ritiene evidente che l'asserita precarietà dell'opera è del tutto insussistente.

Ciò anche perché, viene ricordato, l'art. 10, lett. a) del d.P.R. 380/2001 individua, tra gli interventi edilizi soggetti a permesso di costruire, quelli di nuova costruzione, la cui descrizione viene fornita dall'art. 3 dello stesso T.U. nella lettera e), ove si specifica che si intendono come tali tutti gli interventi di

trasformazione edilizia e urbanistica del territorio non rientranti nelle categorie definite alle lettere precedenti (che riguardano, lo si ricorda, gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, di restauro e di risanamento conservativo e di ristrutturazione edilizia).

La stessa disposizione specifica, poi, che sono comunque da considerarsi come interventi di nuova costruzione tutta una serie di opere singolarmente indicate in un elenco la cui natura è meramente esemplificativa e ricavata utilizzando le qualificazioni operate dalla giurisprudenza, come emerge dalla semplice lettura della relazione illustrativa al T.U.

Ai suddetti interventi vanno poi aggiunti quelli eventualmente individuati con legge dalle regioni ai sensi del comma terzo del menzionato art. 3 e che pertanto, in relazione all'incidenza sul territorio e sul carico urbanistico, sono sottoposti al preventivo rilascio del permesso di costruire.

Sono dunque soggetti a permesso di costruire, sulla base di quanto disposto dal T.U., tutti gli interventi che, indipendentemente dalla realizzazione di volumi, incidono sul tessuto urbanistico del territorio, determinando una trasformazione in via permanente del suolo inedificato (Cass. Penale, Sez. 3, sent. n. 1308 del 15/11/2016)

Tra gli interventi di nuova costruzione indicati, dall'art. 3, alla lettera e.5) sono elencati, nella attuale stesura, "l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di

qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, ad eccezione di quelli che siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee o siano ricompresi in strutture ricettive all'aperto per la sosta e il soggiorno dei turisti, previamente autorizzate sotto il profilo urbanistico, edilizio e, ove previsto, paesaggistico, in conformità alle normative regionali di settore".

L'esplicita menzione di detta tipologia di interventi nel Testo Unico ha, di fatto, codificato la figura giuridica di "costruzione" elaborata dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del TU. e nella quale rientravano tutti quei manufatti che, comportando una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale, modificavano lo stato dei luoghi, in quanto, difettando obiettivamente del carattere di assoluta precarietà, erano destinati almeno potenzialmente a perdurare nel tempo, non avendo peraltro alcun rilievo a riguardo la distinzione tra opere murarie e di altro genere, né il mezzo tecnico con cui fosse assicurata la stabilità del manufatto al suolo (o al muro perimetrale di quello esistente), in quanto la stabilità non va confusa con l'irrevocabilità della struttura o con la perpetuità della funzione ad essa assegnata dal costruttore, ma si estrinseca nell'oggettiva destinazione dell'opera a soddisfare un bisogno non temporaneo (così Sez. 3, n. 9138 del 7/7/2000, RM. in

proc. Migliorini T ed altro, Rv. 217217 ed altre prec. conf.).

Inoltre, ai fini della individuazione della nozione di costruzione urbanistica, non è determinante neppure l'incorporazione nel suolo indispensabile per identificare, a norma dell'art. 812 cod. civ., il bene immobile, essendo sufficiente la destinazione del bene ad essere utilizzato come bene immobile, con la conseguenza che l'elencazione contenuta nel menzionato art. 3, lett. e) non può considerarsi esaustiva, giacché i parametri indicati possono essere analogicamente applicati ad opere simili (Sez. 3, n. 37766 del 7/7/2005, Terrin, non massimata).

Conclusioni, per l'appunto, già tratte anche dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale i manufatti non precari, ma funzionali a soddisfare esigenze permanenti, vanno considerati come idonei ad alterare lo stato dei luoghi, con un sicuro incremento del carico urbanistico, a nulla rilevando la precarietà strutturale del manufatto, la rimovibilità della struttura e l'assenza di opere murarie, posto che il manufatto non precario (es.: gazebo o chiosco) non è deputato ad un suo uso per fini contingenti, ma è destinato ad un utilizzo destinato ad essere reiterato nel tempo in quanto stagionale (Cons. Stato Sez. VI n. 2842 del 3/6/2014).

Finchè non entrerà in vigore la nuova disciplina sulle commissioni di gara il presidente

dovrà essere membro interno alla stazione appaltante.

Il caso affrontato dal Consiglio di Stato trae le mosse dall'indizione di una procedura aperta sopra soglia ai sensi del CCP per l'affidamento di lavori per la realizzazione di un nuovo istituto penitenziario indetta dal Ministero delle Infrastrutture.

Definita l'aggiudicazione, l'operatore economico qualificatosi secondo in graduatoria impugna il provvedimento innanzi al Tar Emilia Romagna il quale, con sentenza n. 58/2019, lo accoglie in relazione all'illegittimità della composizione della commissione giudicatrice per contrarietà con l'art. 216, comma 12, d.lgs. 50/2016 e con la circolare del Ministero delle infrastrutture del 23 novembre 2016 n. 21625, contenente i criteri di nomina dei componenti delle commissioni giudicatrici, rilevando che il presidente è soggetto "esterno" alla stazione appaltante.

Infatti, sebbene questi fosse stato, in precedenza, un dirigente del Ministero delle infrastrutture, all'epoca della nomina in commissione era già stato collocato in quiescenza ed era titolare di un mero contratto di collaborazione a supporto della Direzione generale per l'edilizia statale e gli interventi speciali.

L'amministrazione e la ditta aggiudicataria si appellano al Consiglio di Stato cercando di fare leva sulla circostanza per cui il soggetto nominato quale presidente della commissione non

sarebbe "esterno" proprio perché titolare di un contratto di collaborazione con il Ministero della Giustizia-dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, ossia l'amministrazione in favore della quale deve essere resa la prestazione.

Pertanto, a detta dell'amministrazione, si dovrebbe applicare la giurisprudenza sugli appalti indetti dalle centrali di committenza, che ritiene legittima la scelta di membri della commissione che sono funzionari dell'amministrazione in favore della quale deve essere resa la prestazione.

Il Consiglio di Stato rigetta però, con la sentenza n. 3750/2019, il ricorso evidenziando come l'art. 216, comma 12, del d.lgs. 50/2016 preveda che: "Fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'albo di cui all'articolo 77, la commissione aggiudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante".

Inoltre, ai sensi della circolare n. 21625 del 23 novembre 2016 del Ministero appellante, per le procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: "il Presidente è di norma il dirigente amministrativo o altro dirigente della Stazione Appaltante".

La previsione è, quindi, più restrittiva rispetto a quanto previsto dall'art. 84, comma 3, del d.lgs n. 163 del 2006, secondo cui: "la Commissione è

presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali”, perché dispone che il dirigente amministrativo della stazione appaltante possa essere sostituito solo da un altro dirigente e non da un funzionario incaricato di funzioni apicali della stessa amministrazione.

Il collegio è quindi fermo su quel consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il Presidente deve essere interno alla stazione appaltante, e ciò in quanto la norma, che intende realizzare la duplice finalità di contenere la spesa pubblica e la trasparenza nel governo della procedura, introduce una regola che non ammette eccezioni (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2257).

Alla luce di tali coordinate, nel caso specifico risulta confermato che il soggetto nominato come presidente della commissione, all’epoca della nomina stessa, non era né dipendente del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, né rivestiva la qualifica dirigenziale, essendo un mero collaboratore esterno.

Pertanto la stazione appaltante viene condannata alla rinnovazione della procedura di gara a valle dell’ultimo segmento ritenuto legittimo, ossia a partire dal primo atto adottato dalla commissione aggiudicatrice.

Il controllo pubblico sulla società deve essere previsto da norme di

legge, statutarie o da patti parasociali.

Con la sentenza n. 16/2019 le sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti hanno chiarito quali siano le condizioni indispensabili per poter qualificare una società come “a controllo pubblico” anche al fine di prevenire interpretazioni eccessivamente estensive delle disposizioni dettate dal legislatore.

Tutto nasce dai rilievi mossi nei riguardi di una società, il cui capitale risulta posseduto in via maggioritaria da più enti locali, in cui peraltro è presente un Cda composto da 9 membri e, come tale, ritenuto in violazione dell’art. 11 del TUSP che, per contro, prevede che l’organo amministrativo delle società a controllo pubblico debba essere costituito, di norma, da un amministratore unico e che, solo in via eccezionale e previa adozione di una delibera motivata, l’Assemblea possa optare per un consiglio di amministrazione composto al massimo da 5 membri.

Ritenendo quindi violata, nel caso di specie, la sopra citata norma, la Sezione marchigiana della Corte dei conti invitava i Comuni soci, con le deliberazioni nn. 61, 62 e 68 del 2018, a sollecitare l’adeguamento dell’assetto societario.

La società interessata, però, impugna e chiede l’annullamento delle delibere del giudice contabile contestando, in particolare, la violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 11 del D. Lgs.

175/2016 per essere stata inserita erroneamente nel perimetro delle “società a controllo pubblico”, per il semplice possesso, da parte dei soci pubblici, della maggioranza delle azioni e dei voti nel Consiglio di amministrazione.

A detta della Società, infatti, la sezione regionale non avrebbe considerato gli effetti di apposito patto parasociale stipulato da uno dei comuni soci e dal socio privato di maggioranza relativa, in base al quale il voto favorevole dello stesso privato risulterebbe essenziale, ai fini della valida costituzione dell'Assemblea straordinaria e del quorum deliberativo richiesto per le modifiche dello statuto, ivi comprese quelle relative al numero dei componenti del Cda.

Il “controllo pubblico” andrebbe altresì escluso:

- a) sulla scorsa del diritto di veto riconosciuto ai 4 consiglieri espressione del capitale privato (occorrendo il voto favorevole di 8 consiglieri su 9) per le decisioni fondamentali per il funzionamento della società (quali le operazioni di acquisizioni e dismissioni di attività, il conferimento e la modifica dei poteri dell'amministratore delegato, l'approvazione del budget annuale);
- b) per via della mancanza di un coordinamento tra i soci pubblici nella gestione della società.

In presenza di siffatte condizioni le Sezioni Riunite sottolineano che l'accertamento della sussistenza dello status di “società a controllo pubblico” non può essere desunto da meri indici

costituiti dalla maggioranza di azioni e di consiglieri nel Cda ma richiede, invece, una precipua attività istruttoria volta a verificare se, nel caso concreto, sussistano o meno le condizioni richieste dall'art. 2, lett. b) del d.lgs. n. 175/2016.

Sul punto, assume rilievo decisivo lo scrutinio delle disposizioni statutarie e dei patti parasociali vigenti per verificare in che termini gli enti locali, che detengono partecipazioni azionarie, sono in grado di influire sulle “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale”.

Nel caso di specie, le Sezioni Riunite appurano quanto segue:

il capitale sociale risulta detenuto per il 46,2% da un socio privato; per il 25,3% da un unico comune, per l'8,6% dalla provincia e, per la restante parte, da partecipazioni pulviscolari detenute da un gruppo di comuni minori delle Marche;

dall'analisi dello statuto vigente emerge che la società è amministrata da un Cda composto da 9 membri, compreso il Presidente: di questi, 5 sono nominati dalle amministrazioni locali socie e 4 sono espressione del socio privato;

l'assemblea straordinaria che è richiesta per le modificazioni statutarie, delibera con una maggioranza superiore all'85% del capitale sociale rendendo necessario il voto favorevole del socio privato per qualsiasi modificazione statutaria. Ne consegue che, in assenza del voto favorevole dell'azionista privato, non possono essere modificati il numero dei componenti del Consiglio di amministrazione, l'attribuzione delle

deleghe al consigliere nominato dall'azionista privato, né il quorum di 8 consiglieri su 9 per l'adozione delle principali delibere del Cda.

Le Sezioni Riunite prendono quindi atto che un tale assetto societario esclude di per sé la concreta possibilità, per i soci pubblici, di incidere sulle "decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale" ai sensi dell'art. 2, lett. b), Tusp senza il consenso del socio privato. Risulta quindi evidente la mancanza di un controllo pubblico congiunto sulla società che non può essere presunto in presenza di "comportamenti univoci o concludenti" ma deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali che, richiedendo il consenso unanime di tutte le pubbliche amministrazioni partecipanti, siano in grado di incidere sulle decisioni fondamentali della società.

Lo stesso Tusp non utilizza mai l'espressione "controllo congiunto" ma prevede il solo "controllo analogo congiunto" che si realizza tutte le volte in cui "l'amministrazione esercita congiuntamente ad altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi": laddove il legislatore avesse voluto intendere analoga modalità di azione fra pubbliche amministrazioni avrebbe usato identica terminologia.

Inoltre, sotto il profilo normativo, nessuna disposizione stabilisce espressamente che gli enti detentori di partecipazioni debbano provvedere alla

loro gestione in modo associato e congiunto: in altri termini, l'interesse pubblico che gli stessi sono tenuti a perseguire non è necessariamente compromesso dall'adozione di differenti scelte gestionali o strategiche che ben possono far capo a ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui questo è esponente.

In ultima analisi, la società ricorrente non può essere annoverata tra le "società a controllo pubblico" dovendo invece essere qualificata quale mera società a partecipazione pubblica a cui non possono venire applicati i rigidi vincoli del Tusp.