



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

Newsletter

19 luglio 2019

IN QUESTO NUMERO

- ◆ ANAC - approvate le Linee Guida n. 15 concernenti le ipotesi di conflitto di interesse nelle procedure di gara.
- ◆ L'ordinanza sindacale di rimozione amianto presuppone sempre un'adeguata istruttoria tecnica e, tendenzialmente, anche la comunicazione di avvio del procedimento.
- ◆ “Decreto sicurezza”: no al potere sostitutivo dei prefetti in presenza di condotte illecite gravi e reiterate perché troppo discrezionale e lesivo dell'autonomia degli enti locali.

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

ANAC - approvate le Linee Guida n. 15 concernenti le ipotesi di conflitto di interesse nelle procedure di gara.

Con Delibera n. 494/2019 l'ANAC ha approvato le Linee Guida n. 15 recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici».

Con le citate Linee Guida l'Autorità intende fornire un quadro, piuttosto dettagliato, circa le casistiche in cui potrebbe profilarsi un potenziale conflitto di interesse in capo ai soggetti che, a vario titolo, sono chiamati a prendere parte delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni pubbliche.

Ferme restando ovviamente le disposizioni di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013 n. 39 in materia di incompatibilità e inconfiribilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, l'articolo 42 del codice dei contratti pubblici disciplina l'ipotesi particolare in cui il conflitto di interesse insorga nell'ambito di una procedura di gara.

L'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico, si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico.

Oltre alle situazioni richiamate dall'articolo 42, il conflitto di interesse sussiste nei casi tipizzati dal legislatore

nell'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica n. 16 aprile 2013, n. 62, ivi compresa l'ipotesi residuale, già indicata, di esistenza di gravi ragioni di convenienza.

Il rischio che si intende evitare può essere, ai sensi dell'art. 6-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, soltanto potenziale e viene valutato ex ante rispetto all'azione amministrativa.

Inoltre, evidenzia l'ANAC, nel valutare l'eventuale convenienza dell'astensione va considerato anche il potenziale danno all'immagine di imparzialità dell'amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni.

D'altronde il vantaggio economico finanziario si può realizzare sia in danno della stazione appaltante che a vantaggio dell'agente o di un terzo senza compromissione dell'interesse pubblico. In tale ultimo caso, il bene danneggiato è l'immagine imparziale della pubblica amministrazione.

Tuttavia l'interesse economico finanziario non deve derivare da una posizione giuridica indifferenziata o casuale, quale quella di utente o di cittadino, ma da un collegamento personale, diretto, qualificato e specifico dell'agente con le conseguenze e con i risultati economici finanziari degli atti posti in essere.

Quanto agli obblighi dichiarativi e di comunicazione, occorre ricordare che, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, i dipendenti pubblici devono rendere la dichiarazione di cui all'articolo 6, comma 1, del decreto del Presidente della

Repubblica n. 62/2013, per quanto a loro conoscenza. Tale dichiarazione comprende anche i casi di conflitti di interessi, anche potenziali, in capo al responsabile del procedimento e ai dipendenti competenti ad adottare pareri, valutazioni tecniche, atti endoprocedimentali e il provvedimento finale. Per quanto concerne i doveri d'ufficio dei dipendenti privati, analoghe previsioni si rinvencono nei modelli di organizzazione e gestione di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, nonché nei codici etici aziendali. 5.2 La dichiarazione di cui all'articolo 6, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013 ha ad oggetto la sussistenza di potenziali conflitti di interesse che possono insorgere già nella fase dell'individuazione dei bisogni dell'amministrazione e ancor prima che siano noti i concorrenti. A titolo esemplificativo si può far riferimento all'ipotesi in cui un funzionario sia parente di un imprenditore che abbia interesse a partecipare, per la sua professionalità, alle gare che la stazione appaltante deve bandire. La dichiarazione inizialmente resa deve essere aggiornata immediatamente in caso di modifiche sopravvenute, comunicando qualsiasi situazione di conflitto di interesse insorta successivamente alla dichiarazione originaria.

Quanto, poi, alla dichiarazione sostitutiva riferita alla singola procedura di gara, i soggetti a cui fa riferimento l'art. 42 che ritengono di trovarsi in una situazione di conflitto di interessi

rispetto alla specifica procedura di gara e alle circostanze conosciute che potrebbero far insorgere detta situazione, devono rendere una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e di certificazione ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000.

La dichiarazione, resa per quanto a conoscenza del soggetto interessato, ha ad oggetto ogni situazione potenzialmente idonea a porre in dubbio la sua imparzialità e indipendenza, è rilasciata al responsabile del procedimento.

Il RUP, a sua volta, rilascia la dichiarazione sui conflitti di interesse al soggetto che lo ha nominato e/o al superiore gerarchico.

Al fine di assicurare che il conferimento degli incarichi attinenti alla procedura di gara sia effettuato in assenza di conflitti di interessi, la nomina è subordinata all'acquisizione della dichiarazione sostitutiva sull'assenza di conflitti di interesse resa dal soggetto individuato.

In caso di mancata dichiarazione si profilerà, per i dipendenti pubblici, un comportamento contrario ai doveri d'ufficio, sanzionabile ai sensi dell'articolo 16 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.

Le Linee Guida riportano poi un utile schema circa le potenziali situazioni di conflitto di interesse che potrebbero sorgere nel corso della procedura di gara.

Si rammenta, infine, che alla luce del nuovo c. 27-octies dell'art. 216 del Codice introdotto dalla L. 55/2019 "a decorrere dalla data di entrata in vigore del

regolamento cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento".

Pertanto, le previsioni delle Linee guida in esame sono destinate a mantenere la propria efficacia solo se saranno compatibili con le norme dell'emanando nuovo Regolamento unico attuativo del Codice.

L'ordinanza sindacale di rimozione amianto presuppone sempre un'adeguata istruttoria tecnica e, tendenzialmente, anche la comunicazione di avvio del procedimento.

Con ordinanza sindacale veniva imposto ad una società, proprietaria di una struttura ubicata in zona marino-costiera, di provvedere "alla bonifica completa della struttura attualmente in essere, all'interno della quale è stata accertata la presenza di amianto crisotilo, secondo modalità e criteri stabiliti dalle normative vigenti" e di comunicare conseguentemente al Comune il "piano di lavoro".

Il predetto provvedimento, poi annullato dal TAR Liguria con la sentenza n. 603/2019, veniva adottato ai sensi dell'art. 50, comma 5, d.lgs. n. 267 del 2000, in forza del quale "in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono

adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche".

Tale disposizione attribuisce al Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti tra l'altro "in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale".

In proposito, la giurisprudenza ha chiarito che la possibilità di ricorrere allo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente è legata alla sussistenza di un pericolo concreto che imponga di provvedere in via d'urgenza, con strumenti extra ordinem, per fronteggiare emergenze sanitarie o porre rimedio a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile di pericolo attuale e imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, non fronteggiabili con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento (TAR Piemonte, Sez. II, n. 903 del 2018; TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 05/11/2018, n.339).

Si è inoltre precisato che i “presupposti per l'adozione da parte del Sindaco dell'ordinanza contingibile ed urgente sono la sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento, e la provvisorietà e la temporaneità dei suoi effetti, nella proporzionalità del provvedimento; non è, quindi, legittimo adottare ordinanze contingibili ed urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità; aggiungasi che tale potere di ordinanza presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione, e in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale”(Cons. Stato, Sez. V, n. 774 del 2017).

Con riferimento, poi, alle fattispecie nelle quali viene in esame la pericolosità della presenza di “amianto” va tenuto presente che sussiste una specifica disciplina, dettata principalmente dal D.M. 6 settembre 1994 recante “normative e metodologie tecniche per la valutazione del rischio, il controllo, la

manutenzione e la bonifica di materiali contenenti amianto presenti nelle strutture edilizie”, il quale contiene una disciplina che si applica a strutture edilizie ad uso civile, commerciale o industriale aperte al pubblico o comunque di utilizzazione collettiva in cui sono in opera manufatti e/o materiali contenenti amianto dai quali può derivare una esposizione a fibre aerodisperse.

Per quanto più interessa nel caso portato all'attenzione del Giudice, il citato decreto chiarisce altresì che “la presenza di materiali contenenti amianto in un edificio non comporta di per sé un pericolo per la salute degli occupanti. Se il materiale è in buone condizioni e non viene manomesso, è estremamente improbabile che esista un pericolo apprezzabile di rilascio di fibre di amianto. Se invece il materiale viene danneggiato per interventi di manutenzione o per vandalismo, si verifica un rilascio di fibre che costituisce un rischio potenziale. Analogamente se il materiale è in cattive condizioni, o se è altamente friabile, le vibrazioni dell'edificio, i movimenti di persone o macchine, le correnti d'aria possono causare il distacco di fibre legate debolmente al resto del materiale”.

A fronte della precisa e puntuale normativa tecnica scrupolosamente richiamata dal TAR, la legittima adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente in materia di amianto presuppone quindi lo svolgimento di un'adeguata istruttoria e di una motivazione estremamente puntuale e

dettagliata che dia conto di tutti gli elementi essenziali previsti dal d.m. 6.9.1994.

A tal proposito il Giudice ritiene che la speciale competenza accordata dall'art. 12, l. n. 257 del 1992 alle USL, non faccia venire meno il potere extra ordinem riconosciuto dall'art. 50, d.lgs. n. 267 del 2000, in capo al Sindaco, essendo quest'ultimo finalizzato a operare in situazioni di pericolo dovuto ad una situazione di pericolo imprevedibile ed eccezionale, attuale ed urgente.

D'altronde, perché tale competenza eccezionale sia legittimamente esercitata occorre che nella motivazione del provvedimento sia dato conto in modo preciso e puntuale, in aggiunta a quanto già sopra rilevato, degli elementi peculiari della fattispecie che impongono un intervento contingibile ed urgente.

Nel caso in questione, però, il Comune ha ordinato la "bonifica" completa della struttura attualmente in essere nel sito, limitandosi a precisare "secondo le modalità e criteri stabiliti dalle norme vigenti".

Inoltre, in relazione alla documentazione tecnica richiamata dal provvedimento, viene rilevato come non sia stato dato conto delle modalità e della procedura di campionamento e di analisi adottata e della puntuale compatibilità con i criteri previsti dal d.m. 6.9.1994, né di una puntuale valutazione delle condizioni di rischio effettive e, in particolare, quali e quanti manufatti contenenti amianto occorra procedere a mettere in sicurezza, le dimensioni e caratteristiche degli stessi e se siano friabili o meno, e con quale

grado di friabilità, in relazione anche alla maggiore o minore predisposizione al danneggiamento da parte di terzi.

Non è stata parimenti rilevata l'eventuale gravità dell'estensione delle zone potenzialmente interessate e dei possibili fattori di pericolosità (manomissione) esterna dei manufatti in relazione alla consistenza degli stessi (ovvero se i beni interessati siano manomettibili e in che misura e con quale grado potenziale di rischio.

Così stando le cose, il TAR ritiene che l'omessa precisa e puntuale indicazione di tutti gli elementi sopra descritti non consenta di comprendere se sussista o meno l'eccezionale urgenza e l'imprevedibilità del pericolo che solo giustifica l'intervento da parte del Sindaco.

Depongono in tal senso anche altre pronunce del Giudice Amministrativo che hanno sottolineato come "è illegittimo l'ordine di rimuovere manufatti contenenti amianto che non è stato preceduto da un approfondimento tecnico-istruttorio in merito alla scelta del metodo di bonifica più opportuno tra le diverse modalità attuabili, essendo invece necessario un preventivo apprezzamento dei rischi connessi alla sua concreta attuazione" (in tal senso, T.A.R., Ancona, sez. I, 07/10/2016, n. 545; conformemente, T.A.R. Puglia, sez. dist. Lecce, sez. I, 06/02/2014, n. 337).

Ma, a detta del TAR ligure, stante la specificità della disciplina vigente vi è un ulteriore profilo di illegittimità.

La particolarità della fattispecie in materia di amianto sia in termini di

attività istruttoria che di motivazione del provvedimento, in particolare in caso di ordinanza contingibile e urgente, comporta, poi, di apprezzare diversamente la questione della "derogabilità" all'obbligo di preventiva comunicazione di avvio del procedimento.

Infatti, è vero che è affermato il principio secondo il quale "in caso di emanazione di un'ordinanza sindacale contingibile ed urgente non occorre il rispetto delle regole procedurali poste a presidio della partecipazione del privato, ex art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, essendo queste incompatibili con l'urgenza di provvedere, anche in ragione della perdurante attualità dello stato di pericolo, che può aggravarsi con il trascorrere del tempo; in sostanza, la comunicazione di avvio del procedimento nelle ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco non può che essere di pregiudizio all'urgenza di provvedere" (C. Stato, sez. V, 01/12/2014, n. 5919).

D'altronde, la complessità istruttoria, argomentativa e anche decisoria che caratterizza i provvedimenti in materia di amianto, tali da comportare anche un rilevante esercizio di discrezionalità tecnica da parte della P.A., comporta che anche nel caso di ordinanze contingibili ed urgenti, salvi casi di eccezionale urgenza e gravità adeguatamente indicati nella motivazione del provvedimento, il soggetto possibile destinatario di quest'ultimo deve essere messo nelle condizioni di contraddire e offrire anche il suo apporto tecnico alle

valutazioni che la P.A. è chiamata ad adottare.

Poiché, come sopra visto, non è stato dato conto in modo adeguato e puntuale della sussistenza di una situazione di tale eccezionale urgenza e gravità, il Comune avrebbe dovuto procedere alla comunicazione di avvio del procedimento nei confronti di parte ricorrente.

Il provvedimento viene, così, annullato dal Tribunale.

“Decreto sicurezza”: no al potere sostitutivo dei prefetti in presenza di condotte illecite gravi e reiterate perché troppo discrezionale e lesivo dell'autonomia degli enti locali.

Il potere sostitutivo del prefetto nelle attività di comuni e province è illegittimo perché lede l'autonomia degli enti locali e contrasta con il principio di tipicità e legalità dell'azione amministrativa. È invece legittima l'estensione ai presidi sanitari del cosiddetto Daspo urbano (divieto di accedere a taluni luoghi per esigenze di decoro e sicurezza pubblica) a condizione, però, che il divieto non si applichi a chi ha bisogno di cure mediche o di prestazioni terapeutiche e diagnostiche, poiché il diritto alla salute prevale sempre sulle altre esigenze.

È quanto ha stabilito la Corte costituzionale con la sentenza n. 195/2019 riguardante due aspetti del cosiddetto Decreto sicurezza (Decreto legge n. 113

del 2018): il potere sostitutivo dei prefetti, previsto dall'articolo 28, primo comma, e impugnato dalla Regione Umbria; l'estensione del Daspo urbano ai presidi sanitari prevista dal primo comma, lettera a, dell'articolo 2, e censurata dalle Regioni Emilia Romagna, Toscana e Calabria. Illegittimo il primo; legittima la seconda purché, però, la disposizione sia interpretata in modo costituzionalmente orientato. Nella motivazione della sentenza si spiega che il diritto alla salute prevale sulle esigenze di decoro dei luoghi e di contrasto alle condotte sanzionate in via amministrativa, quali lo stato di ubriachezza, gli atti contrari alla pubblica decenza, il commercio e il parcheggio abusivo (presupposti del Daspo urbano). Così interpretata, la norma è legittima: il diritto alla salute di chi ha bisogno di cure o di accertamenti sanitari rimane infatti pienamente tutelato e non vi è alcuna incidenza sull'organizzazione dei presidi sanitari, sicché non è violata la competenza regionale concorrente in materia di tutela della salute. La Corte ha invece cancellato l'articolo 28, primo comma del Dl 113/2018, che ha inserito nell'articolo 143 del Testo unico degli enti locali (Tuel) - sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti mafiosi degli amministratori locali - un nuovo sub-procedimento per l'attivazione dei poteri sostitutivi del prefetto sugli atti degli enti locali. In particolare, il decreto prevede(va) che, se dalla relazione prefettizia non emergono i presupposti

per l'esercizio del potere governativo di scioglimento dei consigli comunali e provinciali né quelli per l'adozione di provvedimenti correttivi dell'azione dell'ente o sanzionatori dei dipendenti coinvolti nelle infiltrazioni mafiose ma emerge comunque una situazione di "mala gestio" dell'ente, scatta(va)no i nuovi poteri sostitutivi dei prefetti. E secondo la norma, si ha "mala gestio" in tutte quelle situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate, tali da determinare un'alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni locali nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati. In queste situazioni il prefetto individua(va) i prioritari interventi di risanamento, indica(va) gli atti e assegna(va) un termine non superiore a 20 giorni per la loro adozione, scaduto il quale scatta(va) la sostituzione all'amministrazione inadempiente, mediante la nomina di un commissario ad acta. La Corte ha osservato che la norma, oltre a violare la complessiva autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali (riconoscimento di funzioni amministrative proprie, autonomia regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite, autonomia finanziaria), introduce un nuovo potere prefettizio fondato su presupposti generici ed eccessivamente discrezionali, violando così il principio di tipicità e legalità dell'azione amministrativa. Infine, la sentenza mette in rilievo anche che il

potere sostitutivo del prefetto, considerata la sua ampia incidenza nell'attività di comuni e province, avrebbe dovuto essere rispettoso della leale collaborazione, nel senso che la norma censurata avrebbe dovuto prevedere l'adozione della delibera del Governo o il decreto del ministro dell'Interno.