



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**12 aprile
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ La quota del 10% del ricavato delle alienazioni immobiliari non può essere destinato dagli enti locali agli investimenti
- ❖ Gli oneri di urbanizzazione sono dovuti solo in presenza di un aumento del carico urbanistico
- ❖ Nuove limitazioni agli affidamenti in house e ruolo di vigilanza dell'Antitrust
- ❖ Responsabilità per danno erariale del sindaco in presenza di un affidamento illegittimo

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

La quota del 10% del ricavato delle alienazioni immobiliari non può essere destinato dagli enti locali agli investimenti

La delibera 85/2016 della Corte dei Conti, sezione di Controllo per la Lombardia, chiarisce quali sono i limiti della disponibilità dei proventi derivanti da alienazioni di patrimonio immobiliare per gli enti locali.

La discrezionalità non c'è, in quanto l'ente locale deve destinare il 10% dei proventi di cui stiamo trattando per l'estinzione anticipata dei propri mutui, non potendo destinare altrimenti queste somme. Questa è l'interpretazione data dai giudici contabili dell'articolo 7, comma 5 del Dl 78/2015, che rispondono ad un interrogativo che è molto diffuso fra gli amministratori locali, cioè se sia possibile destinare quelle somme anche per finanziare nuovi investimenti invece che solo per ridurre il debito.

Il caso da cui è scaturita questa delibera riguarda un Comune che intende ristrutturare un immobile per farne il nuovo municipio che chiede alla Corte dei Conti se può destinare il 10% delle somme incassate nel 2015 dalle alienazioni patrimoniali per finanziare i lavori evitando così di accendere un nuovo mutuo. Il motivo della richiesta sta nel fatto che utilizzare quella somma per ridurre l'indebitamento pregresso comporterebbe una spesa aggiuntiva data dall'estinzione anticipata di mutuo, che risulterebbe parecchio elevata, con in più un nuovo indebitamento aggiuntivo che scaturirebbe dal nuovo mutuo da attivare per i lavori di restauro. Secondo il Comune richiedente quindi, seguire alla lettera le procedure porterebbe ad una spesa maggiore per l'ente andando contro alla logica della normativa che ha lo scopo di ridurre le spese della PA attraverso il progressivo rientro dai vari debiti, non garantendo una gestione efficiente del

bilancio.

Per i magistrati la norma nega qualsiasi discrezionalità all'ente, in quanto prevede nella formulazione attuale dell'articolo 56-bis, comma 11 del Dl 69/2013 che il 10% del ricavato delle alienazioni immobiliari sia destinata prioritariamente all'estinzione anticipata dei mutui e per la restante quota come stabilito dal comma 443 della legge 228/2012. Quest'ultima norma prevede che la parte disponibile dei fondi ricavati dalle alienazioni immobiliari possa essere utilizzata solo per spese di investimento o, in mancanza di queste, per contribuire anche lei a ridurre il debito dell'ente.

Nella loro pronuncia i giudici illustrano e spiegano la sentenza di illegittimità costituzionale, la numero 63/2013 relativa alla formulazione originaria della disposizione che imponeva ai Comuni di utilizzare una quota dei proventi derivanti dalle alienazioni di propri beni per la riduzione del debito pubblico dello Stato. Con l'articolo 7, comma 5 del Dl 78/2015, oltre a sostituire la parola "Comuni" con "enti locali" ampliando la portata della disposizione, la norma non è toccata dalla pronuncia di incostituzionalità. Per i giudici al contrario, la nuova norma in vigore è in linea con i principi contenuti nella sentenza della Corte Costituzionale dato che persegue l'obiettivo di ridurre il debito pubblico complessivo attraverso la riduzione quota parte del debito dei vari enti locali attraverso le dismissioni del proprio patrimonio immobiliare.

Per queste motivazioni, non è mai possibile utilizzare la quota del 10% del ricavato dalle alienazioni patrimoniali per finanziare investimenti al posto che per estinguere o ridurre mutui.

Gli oneri di urbanizzazione sono dovuti solo in presenza di un aumento del carico urbanistico

La sentenza n. 1769/2016 della VIII^a Sezione del TAR Campania offre alcuni utili spunti per comprendere quando, in presenza di una ristrutturazione, siano dovuti gli oneri di urbanizzazione.

La pronuncia trae origine da un ricorso proposto da una Società proprietaria di un centro commerciale ove, con una certa frequenza, vengono eseguiti all'interno dei singoli negozi lavori di nuovo allestimento al fine di adattare le unità immobiliari alle esigenze dei conduttori che di volta in volta stipulano i contratti di affitto.

Tali lavori – realizzati dalla proprietà – consistono, essenzialmente, nella demolizione di tramezzature divisorie, nella realizzazione di pareti divisorie in cartongesso, nel rifacimento del pavimento e del controsoffitto e nell'adeguamento degli impianti.

Il tutto, ovviamente, previo inoltro al Comune di S.C.I.A. o C.I.L. per manutenzione straordinaria e/o ordinaria.

Senonché, in riferimento a tali interventi (effettuati per l'appunto con S.C.I.A. o C.I.L.), il Comune ha poi richiesto il pagamento del contributo di costruzione.

La Società ricorrente, nonostante abbia ritenuto sin dall'origine non dovuti tali importi, è stata tuttavia indotta a pagare dalla circostanza che il mancato versamento del contributo avrebbe pregiudicato l'esecuzione dei lavori, con gravi ripercussioni a livello commerciale.

Per tale ragione la Società ha quindi ricorso al TAR per vedersi rimborsare gli oneri corrisposti per poter eseguire i descritti interventi.

Il Collegio puntualizza, anzitutto, di trovarsi in una ipotesi di giurisdizione esclusiva, vertendosi in materia di diritti soggettivi, di cui all'art. 133, lett. f), del

c.p.a..

Quanto al merito del ricorso, poi ritenuto fondato, il TAR adito precisa che presupposto per la debenza del costo di costruzione è che l'intervento rientri nell'ambito di quelli per i quali l'art. 10 del D.P.R. n. 380/2001 prevede il titolo abilitativo del permesso di costruire.

Vi sono, infatti, interventi di ristrutturazione edilizia soggetti al pagamento dell'onere, ma ciò avviene – a norma dell'art. 16, c. 10 T.U. Edilizia – solamente qualora le opere medesime richiedano il titolo abilitativo del permesso di costruire, e ciò in conformità a quanto previsto dall'art. 10, comma 1, lett. c) del D.P.R. n. 380/2001, ovverosia per quelle opere di ristrutturazione “che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42”, mentre il costo di costruzione non deve essere corrisposto per gli interventi di ristrutturazione realizzabili con d.i.a

Conferma indiretta della bontà di tale interpretazione viene data dall'art. 22, c. 5 del D.P.R. n. 380/2001, che assoggetta al pagamento del costo di costruzione gli interventi effettuati con d.i.a. solo nel caso in cui questa sia sostitutiva del permesso di costruire.

Inoltre il Collegio ribadisce come un consolidato indirizzo giurisprudenziale ritenga che per le opere di ristrutturazione edilizia (soggette al regime del permesso di costruire), il pagamento degli oneri è dovuto solo nel caso in cui l'intervento abbia determinato un aumento del carico urbanistico (Cons. Stato Sez. IV, 29-10-2015, n. 4950; Cons. di Stato, Sez. IV, 29 aprile 2004, n. 2611).

Ciò, a ben vedere, in quanto “il fondamento del contributo di urbanizzazione, invero, non consiste nel titolo edilizio in sé, ma nella necessità di ridistribuire i costi sociali delle opere di urbanizzazione, facendoli gravare su quanti beneficiano delle utilità derivanti dalla presenza delle medesime, secondo modalità eque per la comunità”.

Per tale ragione, anche nel caso di modificazione della destinazione d'uso, cui si correli un maggiore carico urbanistico, è integrato il presupposto che giustifica l'imposizione del pagamento della differenza tra gli oneri di urbanizzazione dovuti per la destinazione originaria e quelli, se più elevati, dovuti per la nuova destinazione impressa; il mutamento, pertanto, è rilevante quando sussiste un passaggio tra due categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico, qualificate sotto il profilo della differenza del regime contributivo in ragione di diversi carichi urbanistici (Cons. Stato Sez. V, 30-08-2013, n. 4326; Consiglio Stato, sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4014).

Dati questi presupposti, nel caso oggetto di giudizio il Giudice ritiene che gli interventi realizzati – anche a voler ammettere, come sostiene il Comune, che potessero rientrare nelle opere di ristrutturazione – non sarebbero comunque da ricomprendere tra quegli interventi che, ai sensi dell'art. 10, comma 1, lettera c), D.P.R. n. 380/2001, richiedevano il permesso di costruire o, in alternativa, la d.i.a. cosiddetta sostitutiva, mancando infatti la configurazione di un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente con “modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti” o “mutamenti della destinazione d'uso” (peraltro rilevanti solo se relativi a immobili compresi nelle zone omogenee A) o “modificazioni della sagoma” (peraltro solo sugli immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42).

Anzi le opere poste in essere appaiono addirittura rientrare nell'ambito della manutenzione straordinaria di cui art. 3,

comma 1, lett.b) del D.P.R. n. 380/2001 e, comunque, non hanno comportato per loro natura alcuna variazione del carico urbanistico, né tale aspetto è stato sollevato dal Comune, trattandosi di mere opere di rifacimento interno, senza cambi di destinazione.

In conclusione, quindi, gli oneri concessori richiesti non risultavano pertanto dovuti per due distinte ragioni, ciascuna delle quali autonomamente sufficiente; ovverosia perché le opere poste in essere non rientrano nel regime abilitativo del permesso di costruire e in quanto le stesse non hanno comportato l'aumento del carico urbanistico.

Nuove limitazioni agli affidamenti in house e ruolo di vigilanza dell'Antitrust

Se il decreto legislativo sui servizi pubblici locali di interesse generale, facente parte della serie di provvedimenti attuativi della riforma Madia, fosse approvato come è attualmente steso in bozza, vi sarebbe un ruolo centrale e di primo piano in materia dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Gli enti locali che volessero procedere all'affidamento in house, dovranno preventivamente inviare all'Autorità lo schema di delibera per una valutazione preventiva di competenza, da esprimersi entro trenta giorni, con la possibilità di interrompere solo una volta questo termine con la richiesta di chiarimenti. Questa procedura è prevista dall'articolo 7, comma 5, del testo unico, che ha nel complesso lo scopo di porre al centro l'Autorità garante della concorrenza nei rapporti con gli enti locali per limitare quanto più possibile gli affidamenti in house incentivando a rivolgersi al mercato per l'erogazione dei servizi pubblici.

Il comma 3 dello stesso articolo 7 definisce

quali siano i presupposti per poter effettuare da parte dell'ente locale un affidamento in house, sancendo che il provvedimento dell'ente debba dare *“specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi standard di cui al comma 2 dell'articolo 15 (ossia i costi individuati dalla competente Autorità di settore), nonché i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta”*. Nel caso in cui fosse accertata la non esistenza di concorrenza nel mercato per la gestione di un determinato servizio, il provvedimento dovrebbe dar conto del perché non sia possibile suddividere l'appalto in lotti per consentire così: *“l'attività di più imprese nella prestazione del servizio e favorire forme di concorrenza comparativa”*.

Un ruolo di questo tipo per l'Antitrust non è una novità nel nostro sistema giuridico, in quanto l'attività di “sentinella” richiama i compiti di vigilanza e di controllo assegnati dalla prima riforma della disciplina sui servizi pubblici locali con l'articolo 23-is del Dl 25 giugno 2008 n. 112, convertito con la legge 133/2008, poi abrogato nel giugno 2011 da referendum.

La giurisprudenza nell'attuale quadro normativo che non prevede un obbligo esplicito di mettere a gara i servizi pubblici locali, si è consolidata su posizioni favorevoli per l'autoproduzione di servizi da parte delle amministrazioni, senza porre particolari limiti alla potestà discrezionale degli enti locali in materia. Ad esempio il Consiglio di Stato, Sezione VI, con la sentenza numero 762/2013 ha espresso che considerando l'abrogazione per via referendaria dell'articolo 23 bis del Dl 112/2008 e la dichiarata incostituzionalità dell'articolo 4 del Dl 138/2011 *“è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”*. In linea con questa pronuncia vi è quella del Tar Liguria, più recente, la numero 120

dell'8 febbraio 2016, che ha evidenziato come l'affidamento in house, non rappresenta un'ipotesi eccezionale o marginale nella gestione dei servizi pubblici, ma *“costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà, ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 257/2015)”*.

E' chiaro quindi che con l'entrata in vigore del nuovo Testo Unico che prevede l'affidamento in house come eccezione delimitata alle regole e nelle situazioni specifiche che abbiamo illustrato prima, si avrà un radicale cambio di situazione, cercando nuovamente di portare gli enti locali verso la scelta di affidarsi al mercato per l'erogazione dei servizi ai cittadini, con lo scopo di ridurre i costi in virtù della concorrenza fra privati ed anche attraverso la liquidazione di enti ed organismi partecipati o strumentali della Pubblica Amministrazione.

Responsabilità per danno erariale del sindaco in presenza di un affidamento illegittimo

La Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Toscana ha condannato, con la sentenza n. 91/2016, il Sindaco di un Comune – unitamente ad altri soggetti – per il danno erariale cagionato a seguito di un illegittimo affidamento di servizi.

In sintesi il Comune aveva conferito in carenza dei presupposti di legge un contratto di servizio ad una società mista (a capitale pubblico e privato), risultata poi controllata di fatto da una sola persona.

Questa Società, a sua volta, aveva infatti trasferito dopo pochi giorni il servizio ad altra Società, lucrando a seguito della differenza tra l'ammontare dei corrispettivi liquidati dal Comune e l'ammontare dei corrispettivi liquidati a quest'ultima che, materialmente, aveva provveduto alla svolgimento delle prestazioni.

Dopo alcuni anni il Comune provvedeva, con proprie delibere del Consiglio Comunale, ad annullare la precedente con cui erano stati affidati i servizi in questione ponendo la stessa Società in liquidazione.

Ambedue le delibere consiliari superavano il vaglio di legittimità del giudice amministrativo in fase cautelare, in primo e secondo grado (rispettivamente TAR Toscana ord. n. 1531/2009 e Cons. Stato, Sez. V, ord. n. 9375/2009).

Sulla scorta della vicenda presuntivamente causativa di danno erariale la Procura contabile emetteva invito a dedurre anche nei confronti del sindaco pro tempore del Comune, presente nella sessione straordinaria del Consiglio nel corso della quale era stata adottata la delibera di affidamento del servizio alla Società mista.

A riguardo della sua specifica posizione, il Collegio ha innanzitutto affrontato l'eccezione sollevata in ordine alla asserita insindacabilità delle scelte discrezionali, ritenendola infondata.

Infatti la Corte di Cassazione (cfr., ex multis SS.UU. n. 14488 del 2003) ha avuto modo di chiarire che, se è indubitabile che l'esercizio, in concreto, del potere discrezionale dei pubblici amministratori costituisce espressione di una sfera di autonomia che il legislatore ha inteso salvaguardare dal sindacato della Corte dei conti, il limite in questione va posto in correlazione con l'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990 il quale stabilisce, in via generale, che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi a criteri di economicità ed efficacia.

Ne deriva che la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può

prescindere dalla valutazione tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti, ed il magistrato contabile ha, comunque, il potere – dovere di verificare la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità (in questi termini Corte conti Sez. II Centr. 24 settembre 2010 n. 367).

Analogamente Sez. III Centr. 20 settembre 2010 ha statuito che la cognizione della Corte dei conti riguarda, in linea di massima, anche le scelte discrezionali dell'Amministrazione, per verificare se esse siano coerenti con i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, ovvero comportino l'adozione di scelte arbitrarie e diseconomiche, ed in tal senso il magistrato contabile con giudizio ex ante può verificare se la scelta operata corrispondesse a criteri di logica e ragionevolezza (cfr. Sez. III Centr. 20 settembre 2010 n. 570).

Ed infatti la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e costi sostenuti; e la violazione di tali criteri può assumere rilievo anche nel giudizio di responsabilità, dal momento che l'antigiuridicità dell'atto amministrativo costituisce un presupposto necessario (anche se non sufficiente) della colpevolezza di chi lo ha posto in essere (cfr. Cass. (cfr. C. Cass. SS.UU. n. 14488/2003, n. 7024/2006 e 8096/2007).

Ne deriva che la Corte dei conti può verificare la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità (cfr. Cass. SS.UU. n. 18757 del 2008).

Viene, infine, ritenuta infondata anche l'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto, in quanto la cessazione dalle funzioni di sindaco non esclude la responsabilità dello stesso anche per il

periodo successivo; né gli amministratori succeduti a questi avevano l'obbligo di verificare la legittimità della delibera che ha determinato il danno in mancanza di riscontrabili elementi soggettivi ed oggettivi: cfr. Sez. II Centr. 5 settembre 2014 n. 533.

Sotto il profilo oggettivo, l'illegittimità dell'affidamento è stata acclarata dalla successiva delibera di annullamento ed è parimenti evidente che la omessa valutazione concorsuale di un adeguato numero di potenziali contraenti ha determinato maggiori costi per l'Amministrazione.

Sussiste, al contempo, l'elemento soggettivo del dolo o quantomeno della colpa grave dato che il Sindaco, al pari di tutti gli altri agenti, anche ove non abbia inteso direttamente realizzare il danno erariale, si è rappresentato lo stesso come possibile o probabile conseguenza della condotta (in termini Sezione giurisdizionale Regione Marche 5 febbraio 2010 n. 16).

Così stando le cose, il Sindaco è stato condannato al risarcimento del 20% del danno erariale procurato all'Ente.