



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**24 ottobre
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ L'istituto del ravvedimento operoso non è applicabile all'ipotesi di mancato versamento dell'imposta comunale di soggiorno
- ❖ Un Comune può lecitamente locare un immobile di cui detiene la disponibilità di fatto
- ❖ Gli atti di gara devono commisurare il valore di una concessione al possibile fatturato generato e non ai canoni concessori
- ❖ Si applica già oggi il principio di rotazione per gli appalti sotto soglia previsto dal nuovo codice

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

L'istituto del ravvedimento operoso non è applicabile all'ipotesi di mancato versamento dell'imposta comunale di soggiorno

Molti comuni, specie quelli a forte vocazione turistica, si trovano sempre più frequentemente a dover fare i conti con l'omesso, tardivo o parziale riversamento, da parte dei gestori delle strutture ricettive, dell'imposta di soggiorno di cui all'art. 4, comma 1, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23.

E' in siffatto contesto che il Sindaco di un Comune ha formulato alla Corte dei conti dell'Emilia Romagna una richiesta di parere avente ad oggetto l'applicabilità dell'istituto del ravvedimento cd. "operoso" di cui all'art. 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, ai casi di omesso, tardivo o parziale riversamento dell'imposta di soggiorno e, in caso negativo, se il Comune abbia facoltà di introdurre l'istituto medesimo con propria norma regolamentare.

Ritenendo la questione rilevante, la Sezione di Controllo ha fornito con il proprio parere n. 96/2016 un quadro esaustivo della disciplina vigente in materia di imposta di soggiorno ricordando che, ad oggi, il regolamento previsto dall' art. 4, comma 2, del d.lgs. n.23/2011, con cui doveva essere dettata la disciplina generale di attuazione dell'imposta di soggiorno, non è stato ancora emanato, con la conseguenza che la suddetta imposta trova attualmente disciplina nelle scarse disposizioni della disposizione di legge citata e nei regolamenti adottati dai comuni che hanno concretamente istituito l'imposta stessa.

Nulla viene detto esplicitamente riguardo alla posizione e agli adempimenti demandati ai gestori delle strutture ricettive, il cui apporto risulta comunque imprescindibile per la gestione e la percezione del tributo da parte del comune beneficiario.

Per questa ragione la Corte dei conti ha avuto modo di intervenire più volte in materia, (ex multis, Sezione regionale di controllo per il Veneto, delibera n. 19/2013/PAR) ritenendo di dover ricondurre la posizione dei gestori delle strutture ricettive alla figura dell'agente contabile di fatto.

Diverse Sezioni regionali giurisdizionali della Corte dei conti hanno poi confermato la sussistenza dell'obbligo di presentazione del conto giudiziale da parte dei gestori delle strutture ricettive (tra le altre si segnalano Sezione Toscana, decreti n. 22/3013 e n. 36/2014 e sentenza n. 95/2016; Sezione Emilia-Romagna, sentenza-ordinanza n. 12/2015).

In particolare, la Sezione giurisdizionale per l'Emilia-Romagna, con la sentenza-ordinanza n. 98-2015, ha affermato che "il gestore di una struttura alberghiera o ricettizia di flusso turistico può essere inquadrato nella figura del contabile secondario, come previsto dall'art. 192, primo comma, R.D. n. 827/1924, cui spetta l'obbligo di rendere conto del proprio maneggio di denaro pubblico, ad un contabile principale che, per razionalità gestionale, può e deve essere individuato nella struttura amministrativa dell'ente che beneficia dell'imposizione fiscale.

Facendo propria questa interpretazione, vari comuni hanno adeguato il proprio regolamento che disciplina il tributo di soggiorno, introducendo una specifica previsione in merito alla presentazione del conto giudiziale all'agente contabile da parte del gestore della struttura ricettiva, quale subagente contabile di fatto.

Recentemente la problematica è stata organicamente ed approfonditamente affrontata dalle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte che, con sentenza n. 22/2016 depositata il 22 settembre 2016, hanno confermato che i soggetti operanti presso le strutture ricettive, ove incaricati – sulla base dei regolamenti

comunali previsti dall'art. 4, comma 3, del d.lgs n. 23/2011 – della riscossione e poi del riversamento nelle casse comunali dell'imposta di soggiorno corrisposta da coloro che alloggiano in dette strutture, assumono la funzione di agenti contabili, tenuti conseguentemente alla resa del conto giudiziale della gestione svolta.

Così stando le cose, e tornando al quesito posto dal Comune, viene evidenziato come il rapporto che si instaura tra il gestore della struttura ricettiva e l'ente destinatario dell'imposta di soggiorno non sia qualificabile quale rapporto di carattere tributario, ma quale rapporto di natura contabile.

Da ciò ne consegue la non riconducibilità al novero delle violazioni tributarie delle omissioni e dei ritardi nel versamento del tributo ascrivibili al soggetto gestore, ma la loro sanzionabilità ex art. 7-bis del Tuel, che consente ai regolamenti comunali di fissare sanzioni amministrative pecuniarie (le cui misure edittali minime e massime, considerato anche quanto prevede in via generale l'art. 16, secondo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, devono essere ricomprese tra 25 e 500 euro) e fatta salva l'eventuale responsabilità penale del trasgressore.

Quanto, invece, alla possibilità di disciplinare autonomamente l'istituto del ravvedimento operoso per le violazioni compiute dal gestore della struttura, tale possibilità non si ritiene possa trovare supporto nel rinvio alla previsione dell'art. 13 del d.lgs. n. 472/1997, trattandosi di disposizione che opera solo per le violazioni di carattere tributario e, come tale, deve considerarsi inapplicabile agli adempimenti che si collocano al di fuori del rapporto tributario, quale quello che grava sui gestori delle strutture ricettive.

Va, peraltro, segnalato come il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti del gestore della struttura debba essere svolto secondo le disposizioni di cui alla citata legge n. 689/1981 che prevede,

al primo comma dell'art. 1, una specifica modalità di definizione dopo la contestazione della violazione. Nulla prevede la legge in ordine alla possibilità per il trasgressore di definire spontaneamente le violazioni non ancora contestate nelle quali sia incorso.

In via di principio, e fatta salva ogni valutazione sull'effettiva razionalità della disciplina eventualmente adottata, non viene pertanto escluso che una modalità definitoria preventiva di violazioni amministrative compiute dal gestore della struttura ricettiva, astrattamente riconducibile allo schema del ravvedimento tributario, venga autonomamente disciplinata dall'ente locale nell'ambito della generale previsione di cui all'art. 52, comma 1, del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, secondo la quale "Le province ed i comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo per quanto attiene alla individuazione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e dell'aliquota massima dei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti".

Un Comune può lecitamente locare un immobile di cui detiene la disponibilità di fatto

La sentenza della Corte di Cassazione numero 20387/16, recentemente depositata, ha chiarito che il Comune può concedere in locazione un immobile di cui abbia la disponibilità di fatto, acquisita in maniera lecita, eliminando qualsiasi dubbio sul fatto che possa esservi un'eccezione a questo principio quando la parte locatrice sia una pubblica amministrazione.

La questione nasce dall'applicazione della legge 833/1978 che ha soppresso gli enti

ospedalieri, costituendo il Servizio sanitario nazionale, prevedendo che i beni di questi enti fossero trasferiti ai Comuni con il vincolo di destinare parte di questi alle nuove unità sanitarie locali per lo svolgimento delle attività sanitarie, altri invece sarebbero dovuti restare nella diretta disponibilità dei Comuni per realizzare delle rendite. Nel caso oggetto della controversia, il ricorrente aveva contestato la mancata acquisizione della proprietà da parte del Comune, che quindi non avrebbe potuto trasferirla all'azienda sanitaria, che ora chiedeva al privato il rilascio dell'immobile inizialmente locato dall'ente locale. Per il conduttore a cui era stato intimato lo sfratto, il contratto originario sarebbe quindi stato nullo, in quanto la Regione non avrebbe adottato gli atti amministrativi necessari a perfezionare il trasferimento di proprietà.

La Corte di Cassazione però ha respinto il ricorso argomentando che la Regione se avesse emesso quegli atti, sarebbero comunque stati atti meramente ricognitivi dell'attribuzione dei beni al Comune con il vincolo di destinazione all'Usl, come sancito dalla legge nazionale. Il privato quindi non aveva alcuna ragione da opporre all'azienda ospedaliera, che una volta entrata nella disponibilità del bene, inizialmente locato dal Comune, ha chiesto al conduttore di rilasciare l'immobile alla scadenza del contratto.

Viene quindi sancita l'applicabilità anche alla Pubblica Amministrazione del principio di diritto privato secondo cui la locazione stipulata con chi ha la disponibilità del bene immobile è legittima. La Cassazione precisa infatti che il rapporto che il locatore instaura col conduttore è di natura personale, quindi il contratto di locazione può essere concluso da chiunque detenga la disponibilità di fatto del bene immobile in base ad un titolo non contrario a norme di ordine pubblico. Per i magistrati della Corte d'Appello e della Cassazione, quando ad agire nell'esercizio di un'attività negoziale privatistica è un soggetto pubblico, la

natura del rapporto non cambia a causa della natura pubblicistica di uno dei contraenti. L'unico onere obbligatorio prescritto dalla legge è quello della forma scritta per il contratto di locazione, solo in mancanza di questa condizione che è prescritta ad substantiam, non sarebbe possibile desumere la volontà del Comune. Stessa cosa vale, ovviamente, anche per il rinnovo tacito che non sarebbe configurabile nei confronti della PA. Nella vicenda in esame però, sia la forma scritta del contratto di locazione che la consegna dell'immobile al conduttore sono indici della disponibilità di fatto in capo al Comune dell'immobile locato, cioè sono la prova esatta di ciò che invece il conduttore contestava mancare nei motivi del suo ricorso.

Gli atti di gara devono commisurare il valore di una concessione al possibile fatturato generato e non ai canoni concessori

Una stima corretta e precisa del valore degli appalti e delle concessioni è indispensabile affinché gli operatori economici siano posti in condizione di competere concretamente alla formulazione della migliore offerta economica e, quindi, affinché la P.A. possa così conseguire un beneficio economico.

Il principio è stato chiaramente affermato dalla sentenza n. 4343 del Consiglio di Stato, con cui è stata annullata una procedura aperta indetta per l'affidamento della concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici, impugnata da una società che, dopo aver chiesto chiarimenti in merito alle modalità relative al calcolo del valore della concessione senza ottenere risposta, aveva ritenuto di non essere in condizione di poter presentare l'offerta.

Dinnanzi al Giudice di primo grado

L'Amministrazione aveva cercato di fornire alcune precisazioni, chiarendo che il valore della concessione era stato calcolato e parametrato esclusivamente al canone concessorio e non al fatturato, e ciò in quanto nessun committente - pubblico o privato che sia - sarebbe in grado di definire tale valore, posto che nei contratti di vending gli incassi dei distributori automatici non rappresentano un dato nella sua disponibilità.

Inoltre l'indicazione del potenziale fatturato generato sarebbe stato ipotizzabile da parte dei concorrenti in base ai dati informativi relativi alla determinazione del bacino potenziale di utenza, alla descrizione del servizio, nonché al numero dei distributori e all'ubicazione degli stessi.

Sulla scorta di tali argomentazioni, il TAR aveva ritenuto di poter fare salvi gli atti della Stazione Appaltante.

Al contrario, invece, il Consiglio di Stato li ritiene viziati, proprio sotto il profilo della mancata determinazione dell'esatto valore di concessione.

Ed in effetti l'AVCP era già intervenuta sull'argomento con propria delibera n. 9/2010 rilevando che, sebbene sia difficoltoso per le stazioni appaltanti stimare i proventi del servizio poiché provengono interamente dagli utenti e non da chi bandisce la gara, nondimeno l'esatta determinazione del valore dell'affidamento assume rilievo sotto molteplici aspetti: è essenziale per poter fornire una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio, serve ad individuare con esattezza la forma di pubblicità idonea, è necessaria per determinare l'entità delle cauzioni e del contributo dovuto all'Autorità.

Come è noto, ai sensi dell'art. 29 dell'ormai abrogato D. Lgs. 163/2006 il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo

massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto. Per le concessioni in particolare, nella nozione di "importo totale pagabile" è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Infatti, così come nella stessa nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'"importo totale pagabile"; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione.

Tali criteri hanno trovato puntuale trasposizione nell'art. 8, c. 3 della direttiva 2014/23/UE (poi recepito nell'art. 167 D. Lgs. 50/2016), con cui è stato stabilito che il valore della concessione deve essere calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione, indicando poi gli stessi elementi di valutazione, consentendo alle imprese di poter verificare anche i criteri utilizzati dalla stazione appaltante per la sua commisurazione.

In conclusione, il valore della concessione non può essere ancorato ad un parametro - quello del canone di concessione - non rispondente alla previsione normativa recata dall'art. 29 del D.Lgs. 163/06 (nonché dal vigente Codice dei Contratti), né può ritenersi che la stima del fatturato possa essere demandata al concorrente anziché all'amministrazione.

Si applica già oggi il principio di rotazione per gli appalti sotto soglia previsto dal nuovo codice

Secondo la sentenza del Tar Friuli Venezia Giulia numero 419/216, il principio previsto dal nuovo codice dei contratti in merito alla rotazione per gli affidamenti di appalti sotto la soglia di valore comunitaria è contenuto in una norma speciale, che per natura prevale sulla normativa generale delle gare e può anche essere applicato all'operatore economico che ha ricevuto in affidamento un servizio nell'anno precedente.

La Sezione I del Tar, con la sentenza del 4 ottobre scorso ha per la prima volta affrontato le disposizioni che disciplinano questo principio nell'ambito dell'articolo 36 del Decreto legislativo numero 50/2016, affrontando la discussione di un ricorso presentato da un'impresa a cui era stato affidato per un anno l'allestimento dei palchi, cioè un servizio strumentale all'organizzazione di eventi culturali, ma che lamentava che nell'anno successivo non era stata invitata alla procedura sul Mepa per l'affidamento per un ulteriore anno. L'amministrazione affidataria infatti aveva infatti ristretto l'invito alla selezione con richiesta di offerta ad un certo numero di operatori, individuati nelle aree regionali vicine, utilizzando come presupposto la mancanza di contestazioni precedenti e fra questi non aveva incluso l'impresa che aveva ricevuto nell'anno precedente l'affidamento, operante nelle stesse aree geografiche coinvolte dalla selezione e che aveva svolto correttamente il servizio in precedenza, in virtù del principio di rotazione come esplicitato nella lettera di invito.

L'impresa affidataria aveva richiesto di essere invitata, ma non aveva ottenuto alcuna risposta.

In virtù di quanto esplicitato nelle disposizioni del codice dei contratti pubblici, secondo il Tar Friuli proprio il

fatto di aver svolto nell'anno precedente il servizio oggetto dell'affidamento è l'elemento che giustifica il mancato invito, come previsto dall'articolo 36, comma 1, del Decreto legislativo numero 50/2016 che espressamente stabilisce il principio di rotazione.

Questa sentenza mette in evidenza come la normativa speciale, cioè quella contenuta nel Decreto legislativo 50/2016 che prevede il principio di rotazione, in materia di gare pubbliche sotto soglia prevalga sulla normativa generale sulle gare.

Le funzioni principali del principio di rotazione ci vengono spiegate dalla giurisprudenza, che definiscono lo stesso come uno strumento di riequilibrio. Le procedure semplificate infatti, o negoziate, per l'affidamento di un appalto di lavori, forniture o servizi non consente l'apertura massima al mercato che diversamente si avrebbe attraverso una procedura ordinaria vista la pubblicità prevista per legge ed il numero estremamente maggiore di operatori economici che potrebbero partecipare. Lo stesso principio trova conferma ed è anzi rafforzato proprio dall'articolo 36, che lascia in capo alla stazione appaltante la facoltà di scegliere se utilizzare la procedura semplificata oppure ricorrere a quelle ordinarie.

La nuova normativa del nuovo codice dei contratti pubblici in merito agli affidamenti sotto soglia ha lo scopo di favorire la possibilità uguale per tutti gli operatori di partecipare ai bandi pubblici, impedendo, in caso di affidamento diretto, a chi ha svolto il servizio di poterselo vedere nuovamente assegnato.

La sentenza del Tar segue questa impostazione, in quanto affermando la legittimità del principio di rotazione nelle gare per gli affidamenti sotto soglia, sancisce che il mancato invito del ricorrente precedentemente affidatario è pienamente legittimo e conforme alle leggi sulle gare.

Questa interpretazione però, confligge con quella portata avanti dall'Anac nella

propria proposta di linee guida, ma è invece conforme ai rilievi mossi dal Consiglio di Stato proprio riguardo alle modalità di applicazione del principio di rotazione. La possibile soluzione di questo conflitto sta nei poteri delle stazioni appaltanti, che con proprie disposizioni regolamentari potranno precisare le regole per la rotazione ed eventuali deroghe, fra cui ad esempio l'estrema urgenza e la salvaguardia del principio di economicità dell'acquisto, nel caso in cui la scelta di un operatore economico diverso da quello precedentemente affidatario comporti un'allungamento non tollerabile dei tempi oppure un aggravio spropositato dei costi.