



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

Newsletter

10 settembre 2018

IN QUESTO NUMERO

- ◆ Nel centro di cottura dato in avvalimento possono operare sia l'impresa ausiliata che l'impresa ausiliaria.
- ◆ Il Fondo Rotativo attivato presso la CDP costituisce una forma di indebitamento.
- ◆ L'accesso agli atti amministrativi è consentito anche in caso di indagini penali in corso.
- ◆ Il Comune che ha agito come soggetto passivo può detrarre l'Iva pagata sull'immobile.

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

Nel centro di cottura dato in avvalimento possono operare sia l'impresa ausiliata che l'impresa ausiliaria.

Con la recente sentenza 24.8.2018 n. 5047 il Consiglio di Stato ha fornito utili indicazioni circa gli effetti che possono discendere, in termini di disponibilità ed utilizzabilità, di una determinata risorsa concessa in avvalimento.

Per la precisione nel caso sottoposto all'attenzione del Giudice era necessario comprendere se, qualora venga concesso un centro di cottura in avvalimento, la messa a disposizione di detta risorsa pregiudichi, di fatto, qualsiasi suo eventuale utilizzo da parte dell'impresa ausiliaria.

In primo grado il TAR Lombardia si era espresso negativamente poiché non sarebbe "ragionevole ritenere che due imprese possono coesistere in seno ad un unico centro di cottura. In specie laddove, come nel caso di specie, quello messo a disposizione sia il centro di cottura in cui la Be. svolge in via principale la propria attività", dovendosi fare applicazione dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016 (richiamato nel disciplinare di gara), il quale impone che l'ausiliaria si assuma l'obbligo dell'esecuzione in proprio della prestazione oggetto dell'avvalimento.

La sentenza del TAR viene però impugnata dalla società interessata la quale eccepisce, al riguardo, l'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 89 cit. e comunque il fatto che la lex

specialis di gara richiedesse solamente la "disponibilità" del centro cottura (nelle more della conclusione dei lavori di adeguamento di quello della committente), senza a rigore altresì esigere che ivi dovesse poi necessariamente operare il personale dell'ausiliata.

Il Consiglio di Stato ritiene di dover accogliere l'appello, partendo anzitutto dal presupposto per cui il Capitolato tecnico prevedesse, quanto alle modalità di esecuzione del servizio (cd. "specifiche della fornitura"), che i concorrenti dovessero dimostrare semplicemente la "disponibilità" di un centro di cottura ove preparare i pasti: non si trattava però di un requisito di ammissione alla gara, bensì di "esecuzione" del contratto.

Ecco che allora il Collegio ritiene che il contratto di avvalimento (prodotto in atti) fosse idoneo a comprovare tale disponibilità, intesa come possibilità di utilizzare il centro cottura, sia sotto il profilo giuridico che nella realtà dei fatti: con esso infatti l'impresa ausiliaria si impegnava espressamente a mettere a disposizione dell'avvalente il centro di cottura e le risorse necessarie, "per l'intera durata delle obbligazioni contrattuali assunte dalla ditta avvalente".

Ma per il Consiglio di Stato vi sono ulteriori motivazioni per cui la sentenza merita di essere riformata.

Ed infatti il giudizio espresso dal TAR non solo risulta svolto sulla base di argomentazioni ipotetiche ed astratte, ma neppure prende in considerazione, per confutarne la rilevanza nel caso di

specie, che la struttura di cui trattasi avrebbe notevole superficie, per di più suddivisa in diverse aree tra cui spogliatoi e servizi, stoccaggio, celle frigorifere, locale di preparazione, locale di cottura, zona diete speciali, area confezionamento spedizione.

Pertanto, a fronte di tali circostanze obiettive, è perlomeno dubbio che la struttura oggetto del contratto di avvalimento non fosse idonea a consentire, per di più per un periodo di tempo limitato, un aumento di presenze in loco.

Si tratta, a ben vedere, di una pronuncia che si pone a pieno titolo nel solco di quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in tema di avvalimento, è necessario e sufficiente porre a disposizione della concorrente le risorse di cui essa è carente in base ad un canone di effettività, senza che ciò comporti l'instaurazione di un sostanziale rapporto di esclusiva, ovvero la necessaria deprivazione dell'ausiliaria della possibilità di dedicare ad altri utilizzi la propria capacità imprenditoriale non immediatamente dedicabile al concordato avvalimento (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 23/2016).

Il Fondo Rotativo attivato presso la CDP costituisce una forma di indebitamento.

Chiamata ad esprimersi da un Comune sulla corretta interpretazione dell'art. 32, comma 12 del d.l. n. 269/2003, la Sezione campana della Corte dei conti ha ribadito che l'attivazione del fondo rotativo presso la cassa depositi e Prestiti al fine di garantire copertura e spesa alle demolizioni giudiziali (R.E.S.A.) e amministrative deve essere qualificato come forma di indebitamento.

A nulla sono valse le prospettazioni dell'Ente istante, la cui tesi era quella di qualificare il Fondo Rotativo quale "partita di giro" non rientrante, in quanto tale, tra le forme di indebitamento previste, con conseguente sua irrilevanza sugli equilibri finanziari ed economici presenti e futuri del comune.

A suffragio della propria ricostruzione, il Comune ha evidenziato come le risorse che provengono dal "Fondo per le demolizioni delle opere abusive" non possano essere considerate alla stregua di trasferimenti di capitale da altri enti del settore pubblico, poiché le stesse danno luogo a un finanziamento avente una specifica destinazione, con obbligo irrevocabile di restituzione, la cui copertura non è garantita essendo il recupero delle somme dal condannato-esecutato incerto ed occasionale, condizionato dalla sua concreta solvibilità.

Inoltre la stessa Cassa depositi e prestiti, nella della disciplina contrattuale alla quale subordina l'accesso al fondo, prevede espressamente il rilascio da parte degli Enti locali della Delegazione di Pagamento irrevocabile e pro solvendo a valere sulle entrate afferenti ai primi tre titoli del bilancio annuale, prevista dall'art. 206 del citato T.U. quale garanzia del pagamento delle rate di ammortamento dei mutui e dei prestiti.

Infine, viene evidenziato come ad analoghe conclusioni sulla natura del trasferimento in questione sia pervenuta la Commissione ARCONET (Armonizzazione contabile degli Enti territoriali) nel suo parere del 13 aprile 2016 reso ai sensi dell'art. 3-bis del decreto legislativo n. 118 del 2011 corretto e integrato dal decreto legislativo n. 126 del 2014.

Nonostante ciò la Sezione adita ritiene di non poter condividere la prospettazione del comune rogante che reputa che l'istituto in esame sia soltanto una partita di giro che non incide sugli equilibri presenti e futuri di bilancio, aderendo invece all'interpretazione già prospettata in precedenza dalla stessa Corte dei conti che lo colloca all'interno della categoria dell'indebitamento, sottoposta a tutti i relativi limiti di legge, inclusi quelli preclusivi per gli enti in dissesto.

Ciò in quanto il Fondo rappresenta uno strumento di finanziamento per le Amministrazioni locali che sono tenute alla restituzione di quanto ricevuto dalla Cassa depositi e prestiti S.p.A. indipendentemente dalla circostanza che abbiano recuperato o meno le somme

necessarie per la demolizione dell'opera abusiva.

Qualora non provvedano direttamente, il Ministero dell'Interno deve effettuare il versamento alla Cassa depositi e prestiti S.p.A. e, successivamente, trattenere l'importo, comprensivo delle spese, da ogni trasferimento di pertinenza degli Enti locali inadempienti (cfr. deliberazione Sezione controllo per il Piemonte, n. 76/2013).

Pertanto la natura di anticipazione e l'obbligo di restituzione, sia pure in assenza di interessi, implica che le somme del "Fondo per le demolizioni delle opere abusive" erogate dalla Cassa depositi e prestiti S.p.A. rientrino fra le forme di indebitamento alle quali possono ricorrere gli Enti locali ai sensi dell'art. 202 del TUEL.

Conclusione a cui, peraltro, è giunta anche la Cassa depositi e prestiti S.p.A. che nell'ambito della disciplina contrattuale alla quale subordina l'accesso al fondo prevede il rilascio da parte degli Enti locali della Delegazione di Pagamento irrevocabile e pro solvendo a valere sulle entrate afferenti ai primi tre titoli del bilancio annuale, prevista dall'art. 206 del TUEL, quale garanzia del pagamento delle rate di ammortamento dei mutui e dei prestiti.

Conseguentemente le risorse provenienti dal "Fondo per le demolizioni delle opere abusive" devono essere allocate quindi al Titolo V dell'entrata e in relazione al loro utilizzo si applicano tutte le disposizioni in materia di indebitamento e di Patto di stabilità

interno attualmente previste” (cfr. deliberazione cit. n.76/2013).

L'accesso agli atti amministrativi è consentito anche in caso di indagini penali in corso.

Così si è espresso il Tar di Catania che, con Sentenza n. 1737/2018, ha ribadito che l'esistenza di un'indagine penale non implica, di per sé, la non ostensibilità di tutti gli atti o provvedimenti che in qualsiasi modo possano risultare connessi con i fatti oggetto di indagine.

Cenni sul fatto.

Il ricorrente, da alcuni anni già sottoposto a misure di protezione, dopo la pubblicazione di notizie di stampa secondo cui un noto boss mafioso aveva rivolto gravissime minacce nei suoi confronti, era stato sottoposto in via d'urgenza a più severe misure di protezione dal Prefetto di Catania. Quest'ultimo, infatti, nell'attesa si riunisse e si esprimesse il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza, aveva assegnato al ricorrente due unità di personale del servizio scorte e un'autovettura h24.

Il Comitato anzidetto, però, aveva disposto la revoca della tutela accordata in via d'urgenza.

Il ricorrente, non avendo ricevuto alcuna comunicazione al riguardo, aveva presentato un'istanza di accesso agli atti riguardanti il riesame delle misure di protezione personali alla Prefettura di Catania. Il Prefetto, sulla base dell'argomentazione per cui, trattandosi

di atti di carattere riservato in base al Dpcm 6 novembre 2015 n. 5 (Disposizioni per la tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate a diffusione esclusiva) e di conseguenza atti sottratti all'accesso, aveva rigettato l'istanza.

La decisione del Tar.

I giudici amministrativi, con Sentenza n. 1737/2018, hanno invece accolto il ricorso ribadendo che, come anzidetto, l'esistenza di un'indagine penale non implica, di per sé, la non ostensibilità di tutti gli atti o provvedimenti che in qualsiasi modo possano risultare connessi con i fatti oggetto di indagine: solo gli atti per i quali è stato disposto il sequestro e quelli coperti da segreto possono risultare sottratti al diritto di accesso.

Soltanto gli atti di indagine compiuta dal Pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dall'obbligo di segreto nei procedimenti penali in base all'articolo 329 del codice di procedura penale in maniera che gli atti posti in essere da una pubblica amministrazione nell'ambito della sua attività istituzionale sono atti amministrativi, anche se riguardanti lo svolgimento di attività di vigilanza, controllo e di accertamento di illeciti e rimangono tali pur dopo l'inoltro di una denuncia all'autorità giudiziaria; questi atti, dunque, restano nella disponibilità dell'amministrazione fintanto che non intervenga uno specifico provvedimento di sequestro da parte dell'Autorità giudiziaria, cosicché non può legittimamente impedirsi, nei loro

confronti, l'accesso garantito all'interessato dall'articolo 22 della legge 241/1990 non ricorrendo alcuna delle ipotesi previste dall'articolo 24.

Il Comune che ha agito come soggetto passivo può detrarre l'Iva pagata sull'immobile.

Con la Sentenza C-142/17 del 2018 la Corte di Giustizia UE ha risolto un'importante controversia relativa al meccanismo di rettifica della detrazione Iva di un ente pubblico, in relazione alla costruzione / acquisto di un immobile e al suo successivo utilizzo.

La Corte ha chiarito che, ai fini della detrazione Iva, quello che conta è il ruolo rivestito dal Comune al momento della costruzione / acquisto e cioè se ha agito come soggetto passivo o autorità pubblica, rimandando l'accertamento su quest'ultimo aspetto al giudice del rinvio.

Il principio sancito dalla Corte è che l'ente pubblico che costruisce / acquista un immobile, potenzialmente utilizzabile sia per attività imponibili sia per attività non imponibili, che non ha espressamente dichiarato l'intenzione di volerlo utilizzare per attività imponibili ma nemmeno lo ha escluso, anche se inizialmente usa l'immobile per attività non imponibili, può godere del diritto alla rettifica delle detrazioni Iva se viene accertato dal giudice del rinvio che, al momento della costruzione / acquisto, ha agito come soggetto passivo.

Cenni sul fatto.

La questione risale all'anno 2005, anno in cui un Comune si registrava come soggetto passivo ai fini dell'Iva. Nel corso del 2009 - 2010 lo stesso Comune faceva costruire una casa della cultura, pagando l'Iva sui beni e i suoi servizi serviti per la costruzione stessa.

Nel 2010 il Municipio affidava a titolo gratuito la gestione della struttura a un centro culturale, per poi esprimere l'intenzione, nel 2014, di assumerne direttamente la gestione, trasferendo l'immobile nel proprio patrimonio.

Successivamente, utilizzava la struttura sia a titolo gratuito, per le esigenze della collettività comunale, sia a titolo oneroso, affittando l'immobile a scopi commerciali.

Per quanto riguarda l'uso a pagamento dell'immobile, il Comune espressamente dichiarava la sua intenzione di emettere fatture comprensive di Iva. A oggi, il Municipio non ha ancora effettuato la detrazione dell'Iva assolta per la realizzazione dell'immobile. Dopo una lunga controversia nazionale la questione della detraibilità Iva è approdata alla Corte di Giustizia Ue.

La decisione della Corte di Giustizia Ue.

I giudici comunitari evidenziano che, quando un ente pubblico al momento dell'acquisto di un bene d'investimento, agisce come pubblica autorità, in base dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2006/112, e, di conseguenza, non in qualità di soggetto passivo, non gode, in linea di principio, di alcun diritto alla rettifica delle detrazioni Iva

relativamente al bene, anche qualora, successivamente, quest'ultimo sia adibito a un'attività imponibile.

Secondo costante giurisprudenza della Corte, la questione se, all'atto della cessione di un bene al soggetto passivo, quest'ultimo abbia agito in quanto soggetto passivo, ossia ai fini di un'attività economica, costituisce una questione di fatto che spetta al giudice del rinvio esaminare alla luce dell'insieme dei dati del caso, tra i quali figurano la natura dei beni considerati e il periodo di tempo intercorso tra l'acquisto dei beni e il loro impiego ai fini delle attività economiche del soggetto passivo.

I giudici comunitari evidenziano che non ci sono motivi ostativi a che un ente di diritto pubblico abbia diritto alla rettifica delle detrazioni dell'Iva assolta in relazione a un bene d'investimento immobiliare in una fattispecie in cui, al «momento dell'acquisto di tale bene, da un lato, quest'ultimo, per sua natura, poteva essere utilizzato sia per attività imponibili che per quelle non imponibili ma è stato utilizzato, in un primo tempo, per attività non imponibili e, dall'altro, tale ente pubblico non aveva espressamente dichiarato di avere l'intenzione di destinare il suddetto bene a un'attività imponibile ma non aveva neppure escluso un utilizzo a tal fine, purché risulti dall'esame di tutte le circostanze di fatto, esame che spetta al giudice nazionale effettuare, che è soddisfatta la condizione prevista dall'articolo 168 della direttiva 2006/112,

in base alla quale il soggetto passivo deve aver agito in qualità di soggetto passivo nel momento in cui ha effettuato detto acquisto».