



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2993 del 2013, proposto da Rag. Luigi e Girolamo Colombo di Rag. Luigi Colombo & C. srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Gaetano Scoca, Alessandro Gigli, e Fabio Todarello, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, piazza Velasca, 4;

contro

il Comune di Gambolò, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, via Larga, 23;

per l'annullamento

- della delibera della Giunta comunale di Gambolò n. 154 del 29 novembre 2013 avente ad oggetto "Presenza d'atto della cessazione di tutti gli affidamenti in essere con la Soc. Rag. Luigi e Gerolamo Colombo di Rag. Luigi Colombo e C. S.r.l. alla data di entrata in

vigore della legge 6 agosto 2013 n. 97. Nuovo affidamento in concessione del servizio di accertamento e riscossione della TOSAP e dell'imposta sulla pubblicità e sulle pubbliche affissioni”;

- della proposta di delibera alla medesima allegata;

- della nota del 3 dicembre 2013 con cui la delibera è stata comunicata alla società ricorrente;

nonché per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Gambolò;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2014 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente impugna gli atti in epigrafe con ricorso depositato il 12 dicembre 2013, affidato ai seguenti motivi.

1. Violazione e falsa applicazione della legge 6 agosto 2013 n. 97, commi 1 e 2; eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e difetto di motivazione. Non ricorrerebbero i presupposti per l'applicazione della legge n. 97/2013, perché gli affidamenti effettuati ai sensi della legge n. 448/2001 sarebbero cessati per effetto dell'adozione, in data 21 dicembre 2011, della delibera n. 164, con cui tali affidamenti

sarebbero stati rinegoziati, determinando così una novazione del rapporto obbligatorio con l'estinzione dell'obbligazione originaria e la costituzione di una nuova obbligazione avente fonte normativa diversa (art. 1, comma 7-*bis*, del DL n. 93/2008), relativamente a cui nessuna disposizione legislativa prevedrebbe la cessazione. Né potrebbe valere l'affermazione contenuta nella delibera impugnata secondo cui il citato comma 7-*bis* sarebbe già stato abrogato all'epoca della stipula dei contratti di cui si tratta, atteso che, all'epoca dell'adozione della delibera n. 164 del 21 dicembre 2011, tale norma era ancora in vigore.

2. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, difetto di presupposti ed ingiustizia manifesta, difetto di motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art.21-*nonies* della legge 241/1990. La delibera impugnata, sia che si ritenesse avere natura di annullamento di ufficio degli atti con i quali era stato disposto l'affidamento del servizio alla ricorrente, sia che si ritenesse avere natura di accertamento dichiarativo dell'intervenuta norma statale che avrebbe inciso sugli affidamenti in parola, risulterebbe viziata per difetto di motivazione sotto il profilo della verifica del percorso logico e motivazionale idoneo a sorreggere il provvedimento stesso nonché per la mancanza dei presupposti di cui all'art.21-*nonies* della legge 241/1990.

3. Incostituzionalità dell'art. 10 della legge 6 agosto 2013 n. 97 per contrasto con gli articoli 2, 3 e 97 della Costituzione italiana; violazione e falsa applicazione dei principi giuridici del diritto

comunitario di certezza del diritto, buona fede, tutela del legittimo affidamento; violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 2, della legge 97/2013 anche in relazione all'art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Parte ricorrente lamenta, in via subordinata, per l'ipotesi in cui l'art. 10 della legge 97/2013 fosse ritenuto applicabile al caso di specie: a) il suo contrasto con i principi comunitari della certezza del diritto e del legittimo affidamento, chiedendo il rinvio della relativa questione alla Corte di Giustizia; b) la sua illegittimità costituzionale per violazione dei medesimi principi, nonché per disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta, chiedendo di ritenere la questione sollevata rilevante e non manifestamente infondata e, per questo, di sollevare questione di legittimità costituzionale. Secondo parte ricorrente «...*La dichiarazione di cessazione dei contratti non fa altro che rendere retroattiva l'efficacia dell'abrogazione in quanto è come se si abrogasse retroattivamente la facoltà di rinegoziare i rapporti sulla base dell'abrogato art. 10 della Finanziaria 2002...*» (ricorso, pag. 25).

Con decreto monocratico 12 dicembre 2013, n. 1383, è stata respinta la domanda cautelare *ex art. 56 cpa*.

Si è costituito il Comune di Gambolò, spiegando difese nel merito.

Con ordinanza 17 gennaio 2014, n. 766, questa Sezione III ha accolto la domanda cautelare, per l'effetto sospendendo l'impugnata delibera e fissando per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 18 novembre 2014.

All'udienza pubblica del 18 novembre 2014 la causa è stata trattata e

trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Per una migliore intelligenza delle questioni devolute alla cognizione del Collegio, giova ricostruire succintamente la vicenda sulla quale si è innestato il presente giudizio.

La società ricorrente ha stipulato con il Comune resistente i contratti rep. n. 4636 del 12 febbraio 2004, rep. n. 4643 del 6 maggio 2004, e rep. n. 4662 del 19 gennaio 2005, relativi a servizi attinenti i tributi comunali affidati alla società ricorrente.

Con delibera n. 164 del 21 dicembre 2011, la Giunta comunale ha deciso, in base al disposto dell'art. 1 del DL 93/2008, di rinegoziare tali contratti.

Per effetto della rinegoziazione sono stati stipulati in data 25 gennaio 2012 i contratti: a) rep. n. 4809, avente ad oggetto la concessione del servizio di accertamento e riscossione della TOSAP, dell'imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni; b) rep. n. 4810, avente ad oggetto l'affidamento della attività di collaborazione e consulenza per il controllo delle dichiarazioni ICI e per la predisposizione degli atti propedeutici al recupero della evasione e della elusione della stessa imposta; c) rep. n. 4811, avente ad oggetto l'attività di collaborazione tributaria.

Con nota prot. n. 25802 del 20 dicembre 2012 il Comune resistente ha informato la società ricorrente che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (da ora innanzi: AVCP), all'esito di apposito procedimento ispettivo, aveva adottato, in ordine alla vicenda, la

delibera n. 98 del 21 novembre 2012.

Con nota prot. n. 3651 in data 11 gennaio 2013, l'AVCP ha respinto la richiesta, avanzata dalla società ricorrente, di partecipazione al procedimento e di riesame.

Con delibera n. 44 del 20 marzo 2013, il Comune resistente ha quindi annullato d'ufficio la citata delibera 164/2011.

La società ricorrente ha quindi impugnato gli atti dell'AVCP e la delibera n. 44/2013 di fronte al TAR Lazio – Roma, nel giudizio registrato al n. 959/2013 Reg. ric., riguardo al quale tale TAR, con ordinanza 6 giugno 2013, n. 5718, si è dichiarato territorialmente incompetente.

Parte ricorrente ha quindi riassunto di fronte a questo TAR Lombardia - Milano tale giudizio, che ha preso il n. 1554/2013 Reg. ric.

Successivamente, il Comune resistente, con delibera della Giunta comunale n. 154 del 29 novembre 2013, ha deciso la presa d'atto della cessazione di tutti gli affidamenti in essere con la società ricorrente alla data del 31 dicembre 2013 per effetto dell'art. 10 della legge 6 agosto 2013 n. 97.

La società ricorrente ha impugnato tale provvedimento con il ricorso oggetto del presente giudizio.

Il Comune resistente ha quindi, con delibera della Giunta comunale n. 44 del 26 marzo 2014, disposto l'annullamento d'ufficio della citata delibera n. 164/2011; la società ricorrente ha impugnato tale delibera con ricorso per motivi aggiunti nell'ambito del citato giudizio

registrato al n. 1554/2013 Reg. ric. di questo TAR.

Tanto premesso, il presente ricorso è infondato e deve essere rigettato.

La tesi di fondo su cui esso si regge è che l'art. 10 della legge 97/2013 non sarebbe applicabile alla vicenda di cui si tratta perché la delibera 164/2011 avrebbe provveduto a rinegoziare i contratti in base al disposto di cui all'art. 1, comma 7-*bis*, del DL 93/2008, cosicché sarebbe venuto in esistenza «...*un nuovo ed autonomo rapporto, in maniera tale che non si possa in alcuna maniera ritenere sussistente ad oggi un affidamento effettuato ai sensi della legge n. 448/2001...*» (memoria depositata il 18 ottobre 2014, pag. 29).

Tale tesi non è condivisibile.

Il Collegio è consapevole della circostanza che, in fase cautelare, è stata accolta, con la citata ordinanza 766/2014, la domanda di sospensione della delibera impugnata, sul presupposto della inapplicabilità dell'art. 10 della legge 97/2013; ritiene, tuttavia di doversi discostare dalle conclusioni cui s'era pervenuti in quella sede sulla base di una delibazione necessariamente sommaria propria della fase cautelare.

Il primo motivo deve essere rigettato sul presupposto che la delibera 164/2011, su cui parte ricorrente fonda la rinegoziazione dei contratti di cui si tratta, e la conseguente novazione dei relativi rapporti intercorrenti con il Comune resistente, è stata annullata d'ufficio con la citata delibera 44/2014, impugnata con ricorso per motivi aggiunti nell'ambito del giudizio registrato al n. 1554/2011 Reg. ric. di questo

TAR, chiamato alla pubblica udienza del 18 novembre 2014 per una trattazione congiunta con il presente giudizio.

Il ricorso avverso la delibera 44/2014 è stato rigettato con sentenza 7 gennaio 2015, n. 1, ciò che rende, allo stato, intangibile il provvedimento di annullamento della delibera 164/2011.

In ogni caso, ed indipendentemente da tale pronuncia, mancherebbe comunque, in capo alla società ricorrente, il presupposto richiesto dall'art. 1, comma 7-*bis*, del DL 93/2008 per la rinegoziazione, non essendo essa concessionaria del servizio di accertamento e riscossione ICI del Comune resistente.

l'art. 1 del DL 27 maggio 2008, n. 93 recita infatti, al comma 7-*bis*: *«I comuni che abbiano in corso di esecuzione rapporti di concessione del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sugli immobili possono rinegoziare i contratti in essere, ai fini dell'accertamento e della riscossione di altre entrate, compatibilmente con la disciplina comunitaria in materia di prestazione di servizi».*

Sul punto, la citata delibera 164/2011 (allegata *sub* 6 al ricorso), annullata dalla delibera 44/2014, indica i rapporti in essere con la società ricorrente fra i quali risultano, per quanto di interesse ai fini della presente vicenda: 1) *«...il servizio di attività di collaborazione e consulenza per il controllo delle dichiarazioni ICI e per la predisposizione degli atti propedeutici al recupero dell'evasione ed elusione della stessa imposta in virtù di contratto Rep. 4363 del 6 maggio 2004 integrato con contratto Rep. 4696 del 05 febbraio 2007...»*; 2) *«...in regime di concessione il servizio di riscossione e accertamento dell'imposta comunale sulla pubblicità e diritti sulle pubbliche*

affissioni e la TOSAP (Tassa Occupazione Spazi Aree Pubbliche...).

Quindi, sotto un profilo letterale, la stessa delibera 164/2011 distingue fra il rapporto di concessione TOSAP ed altri rapporti, fra cui quello relativo all'ICI, che non viene qualificato come concessione.

Sotto altro profilo, l'oggetto del servizio affidato alla società ricorrente relativamente all'ICI come desumibile, oltre che dal riportato passo dell'annullata delibera 164/2011, anche dal contratto Rep. 4810 (allegato *sub* 8 al ricorso), consisteva in «...attività di collaborazione e consulenza per il controllo delle dichiarazioni ICI e per la predisposizione degli atti propedeutici al recupero dell'evasione ed elusione della stessa imposta...»; tale oggetto non risulta integrare il rapporto concessorio contemplato dal citato comma 7-bis, attesa la stabile giurisprudenza della Corte di cassazione secondo cui «...qualora il Comune, in applicazione del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, art. 52 che regola la potestà regolamentare generale - affidi (ritenendo ciò "più conveniente sotto il profilo economico o funzionale") il servizio di accertamento e riscossione delle imposte locali, mediante apposita convenzione, ai soggetti terzi indicati nelle norme suddette, il potere di accertamento del tributo spetta al soggetto concessionario e non al Comune (cfr., tra le tante, Cass. civ. sent. n. 15079 del 2004)...» (Cass. civ., Sez. tributaria, 19 marzo 2010, n. 6772).

Nel caso di specie, infatti, la società ricorrente non risulta, né a tenore della delibera 164/2011, né a tenore dell'oggetto del contratto Rep. 4810 citato, avere tale potere di accertamento, né, peraltro, quello di riscossione.

Sotto altro profilo, l'art. 1, comma 7-*bis*, del DL 93/2008 era, alla data di stipula dei nuovi contratti rinegoziati, già stato abrogato dall'art. 13, comma 14, lett. *a*), del DL 6 dicembre 2011, n. 201, nel testo originario del decreto legge.

Infatti, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente (ricorso, pag. 19, e memoria depositata il 18 ottobre 2014, pag. 33), con l'art. 4, comma 5 (e non 2 come ivi indicato), il citato comma 7-*bis* è stato abrogato già dal testo originario del DL 201/2011; con il DL 2 marzo 2012, n. 16, si interviene sul comma 14, lett. *a*), dell'art. 13 del DL 201/2011, per ripristinare la vigenza del comma 4 dell'art. 1 del DL 93/2008, diverso dunque dal comma 7-*bis* di cui si tratta (peraltro con un *modus operandi* di dubbia costituzionalità, essendo alla data del DL 16/2012 la disposizione relativa già abrogata), relativamente alle Regioni a Statuto speciale ed alle Province autonome di Trento e Bolzano.

E, se è pur vero che il citato comma 7-*bis* era ancora in vigore alla data di adozione della delibera 164/2011, i relativi contratti sono stati stipulati in data 25 gennaio 2012, ben dopo la cessazione della vigenza della norma.

Pari sorte deve seguire il secondo motivo, con cui parte ricorrente lamenta la mancanza del rispetto dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della legge 241/1990, quanto meno sotto il profilo del difetto di motivazione.

Premesso che, a tenore del disposto dell'art. 10, comma 2, della legge 448/2001 («...*Gli affidamenti (...) cessano l'ultimo giorno del terzo mese*

*successivo alla data di entrata in vigore della presente legge...»), gli effetti derivano direttamente dalla disposizione in parola, il Collegio non vede motivo, nel silenzio della legge e, peraltro, in mancanza di argomentazioni giuridiche della parte a supporto della tesi dell'applicabilità, di ritenere che alla previsione di cui all'art. 10, comma 2, della legge 448/2001, si debbano applicare i presupposti di cui all'art. 21-*nomies* della legge 241/1990.*

Anche il terzo motivo è infondato.

Si legge nella relazione illustrativa del disegno di legge AS 588 – XVII legislatura, poi sfociato nella legge 97/2013, in relazione alla abrogazione dell'art. 10, comma 2, della legge 448/2001: «...*L'articolo 11 abroga la norma, prevista dal comma 2 dell'articolo 10 della legge n. 448 del 2001, che accorda ai comuni la possibilità di ampliare l'oggetto dei contratti di affidamento del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni, in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge n. 448 del 2001, affidando ai medesimi concessionari anche la riscossione di altre entrate comunali, senza necessità di indire nuove gare, ma semplicemente con una nuova rinegoziazione dei medesimi contratti in essere. L'abrogazione si rende necessaria a seguito di una specifica richiesta di informazioni da parte della Commissione europea, nell'ambito del caso EU Pilot 3452/12/MARKT, la quale ha sostenuto che tale fattispecie di affidamento diretto non rispetta il principio di libera concorrenza e può dare origine a violazioni concrete del diritto europeo sui contratti pubblici. Per gli affidamenti in essere effettuati ai sensi dell'articolo 10, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, i servizi della Commissione si sono dimostrati disponibili ad accettare un*

periodo transitorio ragionevole per consentire agli enti locali di organizzare le procedure ad evidenza pubblica per gli affidamenti delle attività di riscossione che non erano oggetto dei contratti originari con le società concessionarie. A tal fine, il secondo comma dello stesso articolo 11 introduce il termine dell'ultimo giorno del terzo mese successivo alla data di entrata in vigore della legge, per la cessazione degli affidamenti in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa...».

Tale passaggio evidenzia come il legislatore, coerentemente a quanto ritenuto dalla Commissione europea, abbia ritenuto prevalente, rispetto ad altri principi, quello di concorrenza (e, conseguentemente, di parità di condizioni fra le imprese per l'accesso al mercato degli appalti pubblici).

La Corte costituzionale ha, con riferimento ai mutamenti intervenuti sui rapporti di durata, avuto modo di affermare che «...nella giurisprudenza di questa Corte il valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ma, in base a principi da essa costantemente ribaditi, non già in termini assoluti e inderogabili. Da un lato, infatti, la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio dev'essere consolidata, dall'altro, l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato. Con la conseguenza che «non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti», unica condizione essendo «che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello

Stato di diritto (sentenze n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009)» (ordinanza n. 31 del 2011)...» (sentenza 27 giugno 2012, n. 166).

Nel caso di specie, non appare irrazionale né in contrasto con la regolamentazione comunitaria che il legislatore abbia ritenuto prevalente l'esigenza di tutela del principio di concorrenza e di parità di condizioni fra le imprese per l'accesso al mercato degli appalti pubblici, rispetto ad esigenze di tutela dell'affidamento di imprese assegnatarie dirette dei servizi.

Ciò consente di rigettare sia la domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, sia la domanda di promovimento della questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte costituzionale, per essere la questione da un lato manifestamente infondata e dall'altro irrilevante.

Sotto tale secondo profilo, in particolare, è noto come nella deliberazione della rilevanza della questione di legittimità costituzionale il giudice *a quo* debba – a pena di inammissibilità della questione rimessa alla Corte costituzionale – vagliare la possibilità di pervenire ad una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata e tale da determinare il superamento dei dubbi di costituzionalità: «...*Per costante giurisprudenza di questa Corte, l'omessa motivazione sulla possibilità di giungere ad una interpretazione della norma impugnata conforme a Costituzione rende inammissibile la sollevata questione di legittimità costituzionale (ex plurimis, ordinanze nn. 341, 268, 226, 205, 193 del 2008)...» (Corte cost., sentenza 9 luglio 2009, n. 208).*

Per esprimersi con le parole della stessa Corte costituzionale «...*le leggi*

non si dichiarano costituzionalmente illegittime perchè è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perchè è impossibile darne interpretazioni costituzionali...» (Corte cost., sentenza 22 ottobre 1996, n. 356), e *«...una disposizione non può essere ritenuta costituzionalmente illegittima perché può essere interpretata in un senso che la ponga in contrasto con parametri costituzionali, ma soltanto se ne è impossibile una interpretazione conforme alla Costituzione (si vedano, da ultimo, la sentenza n. 379 del 2007 e le ordinanze n. 448 e n. 464 del 2007)...»* (Corte cost., sentenza 16 maggio 2008, n. 147).

Nel caso di specie, la prevalenza delle esigenze di tutela del principio di concorrenza e di parità di condizioni fra le imprese per l'accesso al mercato degli appalti pubblici, rispetto ad esigenze di tutela dell'affidamento di imprese assegnatarie dirette dei servizi, configura un'interpretazione non irragionevole della norma di cui si tratta, conforme a Costituzione, ciò che esclude la possibilità di sollevare – sotto tale profilo – questione di legittimità costituzionale da parte di questo Giudice.

Dal rigetto della domanda annullatoria del ricorso discende la legittimità del provvedimento impugnato e, conseguentemente, il rigetto della domanda risarcitoria (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 829; Cons. Stato, AP, 20 maggio 2013, n. 14).

Le spese seguono la soccombenza, venendo liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione III), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente al pagamento, nei confronti del Comune resistente, delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida, in via equitativa, in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Antonio De Vita, Primo Referendario

Diego Spampinato, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)