

NR. 17 ANNO 2018

Venerdì 27 aprile



Prometheus

Settimanale "Prometheus"

Rubrica di aggiornamento normativo

IN QUESTO NUMERO

1. I contributi CONAI riscossi dal gestore *in house* per la raccolta differenziata non si trasferiscono al Comune
2. Il revisore dei conti del Comune non può occuparsi della trasmissione dei modelli IVA e IRAP dell'Ente
3. La Corte dei conti chiarisce quando il Comune può utilizzare la transazione
4. Il pagamento tardivo del contributo ANAC non comporta necessariamente l'esclusione dalla gara di appalto

1. I contributi CONAI riscossi dal gestore *in house* per la raccolta differenziata non si trasferiscono al Comune

Se il Comune affida ad un gestore *in house* la raccolta differenziata per conto del CONAI e dei relativi consorzi non si viene a configurare un mandato senza rappresentanza e, di conseguenza, i contributi CONAI riscossi dal gestore non danno luogo ad un trasferimento a favore del Comune: è quanto affermato dall' Agenzia delle Entrate, Divisione contribuenti, in risposta ad un interpello (n. 954-1539/2017) presentato da una società *in house* che si occupa del servizio di gestione dei rifiuti urbani per conto di alcuni Comuni del Friuli Venezia Giulia.

Nel caso specifico, la società *in house* aveva sottoscritto con i consorzi di filiera i contratti aventi ad oggetto la raccolta differenziata degli imballaggi. A fronte del conferimento, la società incassava i contributi CONAI e fatturava mensilmente al Comune il corrispettivo del servizio, determinato al netto dei contributi suddetti.

Nella richiesta di interpello la società avanzava il dubbio che la figura del gestore potesse essere inquadrata come quella del mandatario senza rappresentanza, per conto del Comune, con conseguente applicabilità dell'art. 3, comma 3 del DPR n. 633/1972 in materia di IVA, secondo cui *"Le prestazioni di servizi rese o ricevute dai mandatarî senza rappresentanza sono considerate prestazioni di servizi anche nei rapporti tra il mandante e il mandatario"*. Ne sarebbero derivati l'obbligo del gestore di ritrasferire i contributi al Comune e l'obbligo dell'ente locale di fatturare al gestore con IVA i suddetti contributi.

Secondo gli esperti dell' Agenzia, nel caso specifico è corretto che la società *in house* emetta una fattura a favore del Comune con un importo al netto dell'ammontare del contributo CONAI: afferma, infatti, la risposta all'interpello che *"si ritiene che la relativa fatturazione ai fini dell'IVA si esaurisca con l'emissione da parte [...] di una fattura il cui importo sia pari al compenso stabilito dai Comuni per la gestione della raccolta dei*

rifiuti, al netto dell'ammontare di quanto lo stesso gestore riscuote dai consorzi di filiera".

2. Il revisore dei conti del Comune non può occuparsi della trasmissione dei modelli IVA e IRAP dell'Ente

È illegittima la delibera del Consiglio Comunale nella parte in cui prevede, a carico del nominando revisore dei conti, il compito di provvedere (anche) alla "redazione e trasmissione per via telematica dei modelli Iva e Irap": è quanto affermato recentemente dal TAR Marche, sez. I, nella sent. 16 marzo 2018 n. 186.

Come noto, le funzioni dell'organo di revisione sono elencate nell'art. 239 del TUEL (Decreto Legislativo n. 267/2000); egli, in sostanza, svolge compiti di vigilanza e controllo in posizione di assoluta indipendenza e imparzialità rispetto all'ente locale controllato. In particolare, il comma 1, lettera c), della citata disposizione del TUEL, dispone che il revisore dei conti svolge funzioni di "vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione relativamente all'acquisizione delle entrate, all'effettuazione delle spese, all'attività contrattuale, all'amministrazione dei beni, alla completezza della documentazione, agli adempimenti fiscali ed alla tenuta della contabilità...anche con tecniche motivate di campionamento".

È la stessa legge ad escludere, quindi, che il revisore possa effettuare direttamente gli adempimenti fiscali, dal momento che egli è chiamato a svolgere compiti di vigilanza e controllo sulla correttezza di tali adempimenti, necessariamente demandati ad altri uffici dell'ente locale (ad esempio, l'Ufficio Ragioneria), pena l'inammissibile commistione tra attività di controllo e attività controllata; non a caso la norma prevede la possibilità che l'organo di revisione svolga attività di indirizzo in collaborazione con l'organo consiliare dell'ente, ma non anche con gli organi esecutivi e gestionali di esso, ai quali ultimi è invece destinata l'attività di vigilanza e controllo.

A ciò aggiungasi che, con specifico riferimento al versamento dell'IVA da parte delle Pubbliche Amministrazioni, il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 25 gennaio 2015 stabilisce, all'art. 6, comma 3, che *"nell'ambito delle proprie competenze istituzionali, gli organi interni di revisione e di controllo vigilano, in particolare, sulla corretta esecuzione dei versamenti dell'imposta da parte delle pubbliche amministrazioni"*: tale norma, con ogni evidenza, conferma il compito di mero controllo e non anche esecutivo che il revisore dei conti è chiamato a svolgere nello svolgimento della funzione.

3. La Corte dei conti chiarisce quando il Comune può utilizzare la transazione

La possibilità di utilizzare lo strumento della transazione da parte del Comune per chiudere una controversia con un privato è stata oggetto di un recente parere della Corte dei conti, sez. reg. controllo per la Lombardia che, con la deliberazione n. 108 del 14 aprile 2018, ha fornito una serie di indicazioni pratiche, utile ad evitare che tale strumento possa produrre forme di responsabilità in capo ai responsabili degli uffici che vi fanno ricorso.

Secondo i giudici, in particolare, la scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'Amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali non è soggetta a sindacato giurisdizionale, se non nei limiti della rispondenza delle stesse a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. Uno degli elementi che l'ente deve considerare è sicuramente la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio, intesa quest'ultima in senso relativo, da valutarsi in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa e ad eventuali orientamenti giurisprudenziali.

Ovviamente, ai fini dell'ammissibilità della transazione è necessaria l'esistenza di una controversia giuridica (e non di un semplice conflitto economico), che sussiste o può

sorgere quando si contrappongono pretese confliggenti di cui non sia possibile a priori stabilire quale sia giuridicamente fondata. Di conseguenza, il contrasto tra l'affermazione di due posizioni giuridiche è la base della transazione, in quanto serve per individuare le reciproche concessioni, elemento collegato alla contrapposizione delle pretese che ciascuna parte ha in relazione all'oggetto della controversia. Si tratta di un elemento che caratterizza la transazione rispetto ad altri modi di definizione della lite;

In ossequio alle regole codicistiche (cfr. l'art. 1966 comma 2 c.c.), inoltre, la transazione è valida solo se ha ad oggetto diritti disponibili e cioè, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, quando le parti hanno il potere di estinguere il diritto in forma negoziale. È nulla, infatti, la transazione nel caso in cui i diritti che formano oggetto della lite siano sottratti alla disponibilità delle parti per loro natura o per espressa disposizione di legge. In particolare, il potere sanzionatorio dell'amministrazione e le misure afflittive che ne sono l'espressione possono farsi rientrare nel novero delle potestà e dei diritti indisponibili, in merito ai quali è escluso che possano concludersi accordi transattivi con la parte privata destinataria degli interventi sanzionatori (cfr. Sez. Lombardia n. 1116/2009).

Infine, i giudici hanno evidenziato che il Comune che intende stipulare la transazione in base alla quale dovrà eseguire il pagamento di una somma di denaro, deve comunque accertarsi, prima di aderire all'accordo, che la prestazione sia stata effettivamente ricevuta dall'Ente e perciò che l'Ente sia il soggetto legittimato a concludere il contratto di transazione e che non siano, invece, altri i soggetti tenuti all'adempimento.

4. Il pagamento tardivo del contributo ANAC non comporta necessariamente l'esclusione dalla gara di appalto

Se il concorrente si è registrato nei termini presso la piattaforma AVCpass e la normativa di gara non prevede l'allegazione del versamento del contributo ANAC a

pena di esclusione, è illegittima l'esclusione dalla gara del concorrente che ha effettuato in ritardo il pagamento di quest'ultimo: lo ha chiarito il Consiglio di Stato, sez. V, nella sent. 19 aprile 2018 n. 2386, confermato il principio già espresso dal TAR Lazio, Roma, sez. III bis, nella sent. 6 novembre 2007, n. 11031.

Secondo i giudici, ricorrendo le due circostanze evidenziate, il mancato pagamento del contributo nei termini può essere oggetto di soccorso istruttorio (ai sensi dell'art. 83 comma 9 del Codice dei contratti pubblici – Decreto Legislativo n. 50/2016), dal momento che tale adempimento non inerte «*all'offerta economica e all'offerta tecnica*».

Laddove, invece, la registrazione sulla piattaforma AVCpass non avviene prima della scadenza del termine per partecipare alla gara, non si ravvisano margini per procedere al soccorso istruttorio, perché non si tratta più di integrare o regolarizzare ex post una dichiarazione ma, viceversa, di adempiere tardivamente ad un obbligo di legge (cfr. TAR Sicilia, Palermo, sent. 15 gennaio 2016, n. 150): in tal caso, perciò, è legittima l'esclusione.

Di conseguenza, quanto affermato dai giudici di Palazzo Spada conferma che nel rapporto fra il principio di massima partecipazione e la *par condicio* dei concorrenti ormai tende ad essere ritenuto prevalente il primo.

SETTIMANALE DI AGGIORNAMENTO NORMATIVO – NR. 17/2018

CHIEDI INFORMAZIONI SUL SERVIZIO “PROMETHEUS” CHIAMANDO AL NUMERO 0965.28125

INTERDATA CUZZOLA SRL - VIA DEL GELSOMINO 37, 89128 REGGIO CALABRIA – E-MAIL:
SEGRETERIA@CUZZOLA.IT - WWW.CUZZOLA.IT