

N. 02614/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01287/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1287 del 2011, proposto da:
Gosaf S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Corrado, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, al viale A. Gramsci, 19;

contro

Comune di Afragola, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Bonelli, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, alla via Suarez, 21;

per l'annullamento

della determinazione n.1867 del 29.12.2010 del Comune di Afragola con la quale è stata disposta la revoca della concessione del servizio di accertamento e riscossione dell'**imposta comunale** sulla **pubblicità** e dei diritti sulle pubbliche affissioni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2014 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato il 23 febbraio 2011 e depositato il 7 marzo seguente, la Gosaf S.p.A. ha premesso di essere concessionaria del servizio di accertamento e riscossione dell'**imposta comunale** sulla **pubblicità** e dei diritti sulle pubbliche affissioni nonché di installazione di nuovi impianti pubblicitari e di rimozione di quelli vecchi o abusivi presso il

Comune di Afragola, in virtù della determina dirigenziale del 16.10.2002 di aggiudicazione della gara indetta dall'ente locale, del contratto stipulato con lo stesso il 5.3.2003 e del relativo capitolato d'oneri.

La società ricorrente ha esposto che il dirigente **comunale** del Settore finanziario, dopo averle inviato la comunicazione di avvio del procedimento in data 23.11.2010, con cui le ha contestato varie, presunte irregolarità nella gestione del servizio, nonostante le controdeduzioni fornite, ha reputato di *revocare* la concessione del predetto servizio con determinazione n. 1867 del 29.12.2010.

Avverso quest'ultimo provvedimento la Gosaf ha proposto il ricorso in epigrafe con cui ha chiesto l'annullamento dell'atto lesivo sulla base dei seguenti motivi: violazione e falsa applicazione del contratto stipulato il 5.3.2003 e del capitolato d'oneri in esso richiamato, degli artt. 1453 e ss. c.c. nonché della L. n. 241 del 1990 – eccesso di potere per carenza assoluta dei presupposti in fatto e diritto, difetto di motivazione, perplessità e sviamento.

Ha resistito in giudizio il Comune di Afragola.

Alla camera di consiglio del 6 aprile 2011 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia del gravato provvedimento.

Le parti hanno depositato memorie e documenti insistendo nelle rispettive domande.

Alla pubblica udienza del 9 aprile 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie, il Collegio ritiene di dover precisare che l'affidamento delle attività di accertamento e riscossione dell'**imposta comunale** sulla **pubblicità** e dei diritti sulle pubbliche affissioni nonché di installazione e rimozione di impianti pubblicitari si configura come concessione di servizio pubblico locale e non come appalto di servizi. Non può dubitarsi infatti che l'attività in questione è svolta dall'operatore – che si assume in proprio i rischi economici della gestione e la cui remunerazione avviene attraverso la riscossione di un aggio percentuale calcolato sull'ammontare delle somme corrisposte – non solo nell'interesse dell'amministrazione ma anche degli utenti (cfr., in generale, sul criterio distintivo tra le due ipotesi, Consiglio di Stato, Sezione VI, 4 settembre 2012 n.4682; Sezione V, 19 settembre 2008 n.4520), instaurandosi un rapporto trilaterale tra amministrazione concedente, concessionario ed utenti, nel quale il secondo agisce in luogo dell'ente pubblico.

Inoltre, al di là del *nomen iuris* utilizzato, il provvedimento impugnato, piuttosto che come revoca va più correttamente qualificato come decadenza, atteso che con lo stesso il Comune di Afragola ha inteso sanzionare una serie di violazioni agli obblighi assunti con la concessione-contratto, secondo quanto disposto dagli artt. 11 e 15 del capitolato d'oneri, rubricati rispettivamente *obblighi del concessionario* e *decadenza della concessione*.

2. Così precisata la natura della controversia all'esame, non v'è dubbio, anzitutto, che la stessa rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Campania, sez. I, 3.5.2012, n. 2921). Le Sezioni unite della Cassazione hanno infatti ripetutamente affermato che sulle concessioni amministrative il giudice ordinario è dotato di giurisdizione esclusivamente nelle controversie concernenti il corrispettivo dovuto al concessionario, nelle quali non venga in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici dell'autorità concedente, e, dall'altro lato, che rientrano invece nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (già ai sensi dell'art. 5 l. n. 1034/1971, ora sostituito dall'art. 133, comma 1, lett. c, cod. proc. amm.) tutte le controversie che in qualche modo attengano al rapporto concessorio, incidendo sulla durata o sull'esistenza stessa, nonché sulla sua rinnovazione. In particolare, la Corte regolatrice della giurisdizione, nell'includere le controversie relative ai casi di decadenza nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha osservato che ciò che viene posto in discussione in tali casi è "*il rapporto stesso nel suo aspetto genetico e funzionale e ciò anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento della autorità pubblica e indipendentemente dalla natura delle posizioni giuridiche dedotte alla fonte*" (Cassazione, Sez. Un., 20 novembre 2007, n. 24012). Nella pronuncia ora citata, la Suprema Corte ha quindi ribadito il proprio indirizzo, a mente del quale rientrano nella giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi "*tutte le controversie in cui si discute sulla asserita violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio*", confinando per contro quella del giudice ordinario sulle sole questioni concernenti la determinazione delle "*indennità, canoni ed altri corrispettivi*" spettanti al concessionario, sempre che, in conformità al criterio di riparto generale fondato sulla consistenza delle posizioni giuridiche soggettive, la determinazione di tali remunerazioni non sia condizionata da atti autoritativi dell'amministrazione concedente. Dal suddetto indirizzo può cogliersi infatti l'essenza dell'istituto concessorio, il quale costituisce in ogni caso uno strumento volto al perseguimento delle finalità di carattere generale demandate alla pubblica amministrazione. In particolare, nei servizi pubblici esso costituisce una delle forme di organizzazione cui l'amministrazione può ricorrere per lo svolgimento di attività di interesse generale, in alternativa alla gestione diretta, interponendo il concessionario privato tra sé e la collettività. Inoltre, a differenza dell'appalto, l'amministrazione concedente conserva un indubbio interesse circa le modalità con le quali il servizio viene gestito dal concessionario in propria sostituzione, poiché esso, anche quando affidato a privati, non perde la caratteristica fondamentale della sua finalizzazione a bisogni collettivi (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12.11.2013, n.

3. Venendo al merito della controversia, le considerazioni appena svolte in punto di giurisdizione consentono di confutare anche il primo motivo dedotto – con cui si lamenta il mancato esperimento da parte del Comune di Afragola degli ordinari rimedi in caso di inadempimento previsti dal codice civile agli artt. 1453 e ss. – dovendo ribadirsi che, in relazione agli aspetti del rapporto che non involgono esclusivamente aspetti patrimoniali, come accaduto nel caso in esame, va riconosciuta all'autorità amministrativa la generale potestà di autotutela, esercitata nella specie attraverso l'impugnato atto di revoca/decadenza in relazione al riscontrato, reiterato inadempimento di vari obblighi riguardanti lo svolgimento del servizio, dei quali si dirà oltre.

4. Non merita accoglimento neanche il successivo motivo con cui la ricorrente si duole della violazione dell'art. 16 del capitolato d'onori, rubricato *Arbitrato*, il cui primo comma così testualmente recita: "*Le controversie che dovessero insorgere fra il comune e la ditta concessionaria, sia durante il periodo di concessione che al termine del medesimo, saranno decise da un collegio di tre arbitri che funge da amichevole compositore*".

Il Collegio rileva, in primo luogo, che una siffatta argomentazione, in quanto introdotta dalla stessa parte ricorrente e non in via di eccezione dalla parte resistente, si palesa come inammissibile per carenza d'interesse in quanto deve reputarsi che con la proposizione della presente domanda giudiziale la stessa abbia manifestato la volontà di rinunciare ad avvalersi della suddetta clausola negoziale.

Inoltre, posto che la funzione di "*amichevole compositore*" di eventuali liti affidata al collegio arbitrale dalla evocata clausola compromissoria induce chiaramente a qualificare la fattispecie in termini di arbitrato irrituale (cfr. sul criterio distintivo con l'arbitrato rituale, Cassazione civ. sez. I, 1.4.2011, n. 7574), non v'è dubbio che una siffatta clausola non è comunque in grado di escludere la giurisdizione esclusiva del g. a. sulla presente controversia. Invero, già l'art. 6, comma 2, della legge 21 luglio 2000, n. 205, vigente al momento della stipulazione della convenzione (in data 5.3.2003), prevedeva che "*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*". La previsione risulta sostanzialmente riprodotta dall'art. 12 c.p.a., che – nel testo aggiornato con le modifiche introdotte dall'art. 1 del D. Lgs. 15 novembre 2011, n. 195 – così recita: "*Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile*".

Dunque, come hanno già avuto modo di chiarire le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la compromettibilità ad arbitrato di questioni deferite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è possibile solo allorché vengano in considerazione questioni afferenti diritti soggettivi e sempre che la soluzione della controversia venga rimessa ad arbitrato rituale di diritto, dovendosi ritenere preclusa dalla norma la possibilità di deferire ad arbitri il potere di decidere secondo equità e con arbitrato irrituale (Cass. Civile SS.UU. sentenze n. 28043 del 25 novembre 2008, n. 8987 del 16 aprile 2009, n. 9952 del 29 aprile 2009, n. 25508 del 30 novembre 2006), ostandovi la natura pubblica degli interessi tutelati, la cui cura non può essere affidata a meccanismi non preventivamente definiti dalla legge ed a soggetti individuati in difetto di qualsiasi procedimento legalmente predeterminato e, perciò, senza adeguate garanzie di trasparenza e **pubblicità** della scelta (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12.3.2010, n. 621; T.A.R. Piemonte, sez. I, 23.5.2013, n. 659).

5. Parimenti infondato è il terzo motivo di gravame, con cui la ricorrente affronta i profili sostanziali della controversia, atteso che le plurime e reiterate irregolarità, specificamente contestate dall'amministrazione (da ultimo, con atto datato 23.11.2010 recante avvio del procedimento di secondo grado), non risultano smentite dalle generiche deduzioni attoree.

Infatti, è rimasta incontestata la violazione degli artt. 9 e 11, comma 1, lettere a), d) e g), e comma 2, del capitolato d'onori, atteso che:

- la nota esibita dall'interessata (prot. n. 277 del 15.6.2010) conferma la mancata nomina del "responsabile" per il tributo e la conseguente omessa trasmissione sia della relazione annuale sull'attività svolta che dei dati semestrali sugli estremi identificativi dei soggetti sottoposti all'imposizione;
- la ricorrente non ha dimostrato di aver assunto nel proprio organico il personale indicato (sia quanto al numero che alle qualifiche) nella convenzione;
- non è stata contraddetta la contestazione riferita alla mancata dotazione del vestiario necessario agli operai (basata peraltro su verbale d'ispezione del 14.1.2010, corredato da documentazione fotografica);
- non risulta giustificata la mancata rimozione dei tabelloni pubblicitari abusivi e l'affissione di manifesti al di fuori degli spazi consentiti;
- hanno trovato conferma pure le segnalate carenze nelle attrezzature e nelle dotazioni di mezzi (cfr. in particolare il

verbale di sequestro del 30.6.2010 dell'autovettura usata in quanto priva di assicurazione).

6. In conclusione, la determinazione adottata risulta legittimamente emessa sulla base delle riscontrate, plurime violazioni ai principali obblighi facenti capo al concessionario del servizio.

In relazione alla natura della controversia sussistono peraltro giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Il contributo unificato resta a carico della parte soccombente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 9 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Rosalba Giansante, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2014

IL SEGRETARIO

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