

COMM. TRIB. PROVINCIALE BRESCIA - 61/01/2012

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E CONCLUSIONI

La società SIA- SOCIETA' ITALIANA AUTOSERVIZI SPA con sede in Brescia ha proposto ricorso avverso il silenzio rifiuto dell'Agenzia delle Entrate di Brescia sull'istanza di rimborso della somma di € 169.404,00 per Irap versata per l'anno 2008, non dovuta , secondo la stessa, in applicazione dei benefici fiscali stabiliti con la L. n.296/06 (cuneo fiscale) e di seguito con il D.lgs n.446/97.

Parte ricorrente ampiamente motiva di avere stipulato con la Provincia di Brescia e con il Comune di Brescia contratti di servizio per l'esercizio del servizio pubblico di trasporto nelle località ivi previste contratti, contratti che non hanno natura di concessione traslativa e nei quali non è previsto un sistema di remunerazione a tariffa, la simultanea concomitanza dei quali elementi è concordemente ritenuta causa di esclusione dal beneficio come anche precisato dal Governo Italiano con circolare 61/E del 2007 e ulteriormente precisato alla Commissione Europea ,con particolare riferimento alla tariffa la quale, per l'esclusione, deve costituire un'attribuzione patrimoniale al concessionario. La Commissione Europea con nota 4133/07 ha valutato legittima la norma.

L'Agenzia delle Entrate con successive circolari avrebbe snaturato il contesto normativo dilatando il concetto di concessione e quello di tariffa.

Parte ricorrente ha quindi concluso con la richiesta di dichiarazione di non debenza dell'Irap versata in eccedenza e la condanna dell'AF al rimborso della somma di € 169.404,00 oltre gli interessi e delle spese di lite.

Si è costituita in giudizio l'Agenzia delle Entrate che ha eccepito la mancanza di prova della correttezza degli importi chiesti a rimborso, l'infondatezza del ricorso con riferimento a quanto espresso dall'A.F con sue circolari, particolarmente alle circolari del 2008, affermando che sostanzialmente il rapporto tra ente pubblico affidante e società privata ha sempre natura concessoria a prescindere dal *nomen iuris* e visto anche il sistema di controlli relativo al rapporto, che è trilaterale (amministrazione - concessionario - utenti), che si tratta di un prezzo regolamentato in assenza di libero mercato il cui scopo è quello di conseguire l'equilibrio economico di bilancio.

Ha quindi concluso con le richieste di rigetto del ricorso e di pagamento delle spese di lite.

Parte ricorrente ha presentato memoria.

La Commissione in data 20 aprile 2012 ha sciolto la riserva formulata all'udienza del 30 marzo 2012 ed ha deciso il ricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La Commissione deve giudicare - scrutinando motivi del ricorso e motivi delle controdeduzioni - se nella fattispecie sottoposta al suo esame, tenuto conto dell'oggetto della domanda e in relazione ai documenti depositati si tratti di una concessione traslativa e/o sia applicabile il sistema di "remunerazione a tariffa.

L'esclusione dell'agevolazione prevista dall'art. 11 1^a co. 1^{ett.} a) n. 2 D.lgs n. 466/97 e art.1 266^a co L. n. 296/2006 avviene solo nella presenza concomitante dei due elementi sopra scritti secondo il tenore letterale della norma concordemente accettato dalle parti mentre l'eventuale presenza anche di uno solo degli elementi predetti dà diritto all'agevolazione.

La Commissione ritiene che la parte ricorrente abbia diritto all'agevolazione normativamente prevista per mancanza di entrambi gli elementi della concessione e del sistema "remuneratorio" a tariffa.

La Commissione infatti osserva in rapporto alle norme di riferimento e all'ermeneusi delle stesse:

A) Dalla lettura della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE preceduta dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12-4-2000 si ricava che si è in presenza di una concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi connessi alla realizzazione e gestione del servizio e trae la sua remunerazione dall'utilizzatore, segnatamente tramite la riscossione di un diritto e che le concessioni sono caratterizzate dal trasferimento di una responsabilità di gestione.

Il CdS di seguito, nella sentenza su ricorso RG 4693/2010, così ha scritto: *"... la giurisprudenza di questo Consiglio ha già avuto modo di precisare che le concessioni nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali) né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato"*

citando (CdS n. 2634/2002 VI Sez.) e, ancora, che "quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, percepisce il corrispettivo dall'utente mediante riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa si ha concessione."

La conclusione cui perviene il CdS è che è la modalità di remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi e, ribadendo concessi già prima espressi, afferma conclusivamente che "si avrà concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione."

La giurisprudenza "domestica" (oltre quella citata anche particolarmente CdS sez. 5^a n. 2294/2002 si svolge d'accordo con la giurisprudenza comunitaria citata dallo stesso CdS (Corte Giustizia CEE sez.III 15-10-2009 nella causa C-196/08 e sez.III 10/9/2009 nella causa C-206/08.

B) I contratti prodotti e di cui si discute sono contratti di servizio da definire come contratti pubblici con cui un ente pubblico assegna ad un ente affidatario lo svolgimento di determinati servizi pubblici, la cui previsione si rinviene principalmente negli art. 113 TUEL - 113 bis TUEL e art. 35 L.n.448/2001.

La loro lettura fa emergere prioritariamente il seguente elemento che (alla luce delle giurisprudenze citate li esclude dalla categoria "concessioni" e li include nella categoria "appalti di pubblici servizi" che consiste nell'attribuzione al Gestore della titolarità del corrispettivo esplicitamente definito nei contratti di servizio con la Provincia di Brescia **controprestazione** per l'erogazione dei servizi e l'adempimento degli obblighi assunti con il presente contratto, modificabili nel rispetto delle condizioni ivi previste, definito anche **corrispettivo annuo**" di cui sono stabiliti modalità e tempi di erogazione e *che compensa tutti gli obblighi di servizio e tutte le prestazioni del gestore per la corretta esecuzione dei servizi nel rispetto degli standard e obiettivi previsti nel contratto*. Sono inoltre previsti conguagli del corrispettivo calcolati sulla base di un corrispettivo chilometrico unitario nei casi previsti di modifiche del programma di esercizio su richiesta dell'ente affidante o del

gestore o di uno scostamento tra percorrenze previste e preventivate e per scioperi ed eventi straordinari e imprevedibili e revisione del corrispettivo con riferimento particolareggiato al tasso d'inflazione.

Prestazione e corrispettivo si pongono in rapporto di sinallagma proprio dei contratti d'appalto - rapporto bilaterale - la cui particolarità è la presenza di una parte pubblica e la stazione appaltante corrisponde un corrispettivo all'ente affidatario per il servizio reso allo stesso o alla comunità che rappresenta (Tar Catania sez.II n. 461/2007) e manca la trilateralità del rapporto (stazione appaltante - affidatario - utente) espressione secondo l'ufficio di provvedimento concessorio.

Il riferimento è all'art. 1655 cc e quindi organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio.

I controlli poi, cui fa riferimento l'ufficio convenuto per sostenere la natura concessoria dei predetti contratti sono riconducibili nell'alveo dell'art. 1666 C.C. e quindi dell'appalto in ragione della continuità e ripetitività dei servizi stessi.

La previsione di attribuzione di ricavi derivanti dalla vendita di titoli di viaggio è additiva rispetto al Corrispettivo e non fa ricadere il contratto nell'alveo della concessione poiché nel contesto normativo contrattuale e previsione rivolta a vantaggio dell'utenza e non corrispettivo (tariffa) di servizio pagato dall'utenza ed esaustivo dello stesso.

Ulteriori elementi - comunque - che fanno escludere l'esistenza di una concessione sono: a) la mancanza di un atto unilaterale dell'affidamento che caratterizza la concessione che si contrappone alla natura bilatera dei contratti prodotti; b) l'impegno dell'ente affidante a non autorizzare servizi di trasporto che possano risultare in concorrenza con quelli aggiudicati; C) la previsione di penali, premi e cause di decadenza e revoca dall'affidamento e di un tentativo di composizione amichevole del contrasto e poi di seguito, all'esito negativo, per i giudizi relativi all'interpretazione ed esecuzione del contratto la competenza del Foro di Brescia oppure il ricorso ad un collegio arbitrale (contratto con il Comune di Brescia); d) il rinvio alla normativa vigente e in particolare alle norme del codice civile e alla legislazione in materia di trasporti ; e) la precisazione del Governo Italiano fatta nella circolare n. 61/E del 10/11/07 che l'esclusione riguarda le concessioni traslative e la valutazione di compatibilità della Commissione Europea effettuata con nota 4133/07, documenti non depositati e tuttavia non contestati dall'ufficio.

La conclusione finale di questa Commissione è che tutti gli elementi sopra riportati fanno ritenere che la società ricorrente non può essere esclusa dal beneficio della riduzione del cuneo fiscale esclusione che è riferita alla presenza cumulativa (come concordemente dedotto) dei requisiti della presenza di concessione traslativa e di sistema a tariffa.

Nella fattispecie il *nomen iuris* degli atti stipulati tra la società ricorrenti e gli enti pubblici non mistifica la realtà di fatto ma la descrive e rispecchia.

C) L'eccezione dell'ufficio di mancata prova della correttezza dell'importo richiesto è infondata alla luce della documentazione prodotta tra cui quietanze, conteggi e modello unico per l'anno d'imposta in contestazione in relazione ai quali l'amministrazione è stata messa in condizione di muovere contestazioni specifiche e puntuali circa la validità dei conteggi.

Il ricorso è dunque fondato e deve essere accolto.

Le spese vanno compensate in ragione della particolare complessità della materia trattata.

P.Q.M

A scioglimento della riserva, la Commissione , in accoglimento del ricorso, condanna l'Agenzia delle Entrate convenute al pagamento in favore della parte ricorrente della somma di € 169.404,00 per Irap versata e non dovuta relativa all'anno d'imposta 2008, oltre gli interessi di legge. Spese compensate.