

N.7235/03 REG. DEC.
N. 4869 REG. RIC.
ANNO 2002

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello numero di registro generale 4869/02 proposto dalla Confederazione Italiana della Proprietà Edilizia in persona del Presidente pro tempore Avv. Corrado Sforza Fogliani e dal Dr. Scarcella Natale, rappresentati e difesi, per delega resa in calce all'atto di appello dagli Avv.ti Vittorio Angiolini e Guido Viola ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma Via N. Piccolomini, 34

contro

il Comune di Lecce, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Maria Luisa De Salvo ed elettivamente domiciliato in Roma alla via Lungotevere Flaminio n. 46 pal. IV – presso lo studio Grez.

e nei confronti

della S.r.l. A.S.E.A. (già S.r.l. Ecoigiene), in persona del legale rappresentante pro tempore, controinteressata e difesa dall'Avv. Pietro Quinto e con questi elettivamente domiciliata in Roma alla via Lungotevere Flaminio 46 presso Gian Marco Grez.

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione di Lecce, n.982/02 del 5 marzo 2002,

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Designato relatore, alla pubblica udienza dell'8 luglio 2003, il Consigliere Francesco D'OTTAVI ed uditi, altresì, gli avvocati Angiolini, Viola, Lorizio per delega dell'avv. Di Salvo e Mantero per delega dell'avv. Quinto.

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Gli appellanti ricorrevano dinanzi al T.A.R. per la Puglia, Sezione di Lecce per ottenere l'annullamento dell'ordinanza del Sindaco del Comune di Lecce n.10 del 4 gennaio 2001, inerente al "controllo dell'esercizio e manutenzione degli impianti tecnici".

I ricorrenti deducevano l'illegittimità dell'impugnato provvedimento per i seguenti motivi:

- 1) Violazione e falsa applicazione del comma 20 dell'art.11 del D.P.R. 26 agosto 1993 n.412, come modificato e integrato dall'art.15 del D.P.R. 21 novembre 1999 n.551, anche in

relazione all'art.31 comma 3 della L. 9 gennaio 1991 n.10 ed agli artt.23 e 53 della Costituzione – Difetto di motivazione – Eccesso e sviamento di potere – Illegittimità costituzionale.

- 2) Violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo 1° dicembre 1997 n.468, ed in particolare dell'art.10, nonché del Decreto Legislativo 28 febbraio 2000 n.81 anche in relazione agli artt.23 e 53 della Costituzione – Alterazione della libera concorrenza, in relazione agli artt.41 e seguenti della Costituzione ed al diritto dell'Unione Europea – Eccesso e sviamento di potere.
- 3) Violazione e falsa applicazione degli artt.42, 48 e 50 del Decreto Legislativo 18 agosto 2000 n.267 – Incompetenza.

Con la sentenza in epigrafe indicata il T.A.R. respingeva il ricorso.

Contro tale sentenza, ritenuta ingiusta ed illegittima, gli appellanti deducono i seguenti motivi:

- 1) Errore nel giudicare della sentenza appellata. Violazione e falsa applicazione del comma 20 dell'art.11 del dpr 26 agosto 1993 n.412, come modific. e integr. dall'art.15 dal dpr 21 novembre 1999 n.551, anche in relazione all'art.31, comma 3 della l. 9 gennaio 1991 n.10 ed artt.3, 23 e 53 cost.. Difetto di motivazione. Disparità di trattamento. Eccesso e sviamento di potere. Illegittimità costituzionale.
- 2) Errore nel giudicare della sentenza appellata. Violazione e falsa applicazione dell'art.117 del dlgs 18 agosto 2000 n.267.
- 3) Errore nel giudicare della sentenza appellata. Violazione e falsa applicazione del dlgs 1° dicembre 1997 n.468, ed in particolare dell'art.10, nonché del dlgs 28 febbraio 2000 n.81 anche in relazione agli artt.23 e 53 cost.. Alterazione della libera concorrenza, in relazione agli artt.41 s. cost. ed al diritto dell'Unione europea. Eccesso e sviamento di potere.
- 4) Errore nel giudicare della sentenza appellata. Carezza, insufficienza ed irrazionalità della motivazione. Violazione e falsa applicazione dell'art.3 della l. n.241 del 1990.
- 5) Errore nel giudicare della sentenza appellata. Violazione e falsa applicazione degli artt.42, 48 e 50 del dlgs 18 agosto 2000 n.267. Incompetenza.

Con le censure riportate gli appellanti svolgono (sia pur rimodellandole avverso il contenuto dell'impugnata decisione) le argomentazioni già svolte in sede di ricorso dinanzi al Tribunale, argomentazioni secondo cui la procedura di determinazione delle tariffe in questione sarebbe illegittima per riferimenti estranei alla specifica effettuazione dei controlli a campione e soprattutto per mancato rispetto della limitazione connessa alla copertura dei costi dell'attività materiale in loco degli impianti tecnici.

L'appellante conclude per l'accoglimento del gravame con ogni consequenziale statuizione di legge.

Si è costituita anche in questo grado del giudizio la resistente Amministrazione che, con analitica memoria deduce l'infondatezza dell'impugnazione concludendo per la reiezione dell'appello con vittoria di spese. Anche la controinteressata Soc. ASEA si è costituita in giudizio e ha prodotto una diffusa memoria difensiva.

Alla pubblica udienza dell'8 luglio 2003 il ricorso veniva trattenuto in decisione su conforme istanza degli avvocati delle parti.

DIRITTO

Come riportato nella narrativa che precede con l'appello in esame viene impugnata la sentenza n.982/02 del 5 marzo 2002 con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce, seconda sezione, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante Confederazione italiana

della proprietà edilizia per l'annullamento dell'Ordinanza del Sindaco del Comune di Lecce n.10 del 4 gennaio 2001 inerente al 'controllo dell'esercizio e manutenzione degli impianti termici'.

Come pure considerato in precedenza l'appellante Confederazione e il Dr. Scarcella reiterano in questa sede – sia pur rimodulandole avverso il contenuto motivazionale dell'impugnata decisione – le censure già prospettate dinanzi al Tribunale (e da questi puntualmente disattese) censure secondo cui per i vari profili sopra riportati il comportamento dell'Amministrazione deve considerarsi illegittimo e conseguentemente deve ritenersi ingiusta ed errata l'impugnata decisione.

Ritiene il Collegio in ordine logico vadano anzitutto esaminate le eccezioni di improcedibilità e di inammissibilità proposte in primo grado dall'appellata Soc. ASEA e riproposte in questa sede, con le quali viene contestata l'ammissibilità dell'originario ricorso per mancata impugnazione della delibera della Giunta Municipale n.4/02 e dei precedenti provvedimenti della G.M. medesima nn. 185/00 e 609/00, nonché per l'omessa notificazione all'Amministrazione comunale intimata della diffida di cui all'art. 3, comma 5, L. 30/7/98, n. 281, e, relativamente al Dr Natale. Scarcella, contestando la sua legittimazione a proporre impugnativa avverso la determinazione della tariffa per il controllo in loco, per mancata impugnazione dell'Ordinanza n. 401/00.

Ad avviso del Collegio le eccezioni sono infondate. Quanto alla prima, va rilevato che le citate delibere di G.M., recanti approvazione del primo dei piani d'impresa redatti dall'ASEA e dello schema di convenzione stipulata tra le parti, non appaiono di per sé produttive di alcun danno diretto ed immediato per i terzi, dal momento che tali atti di approvazione avevano rilevanza solo inter partes e vincolavano semplicemente l'Amministrazione comunale ad attivare il servizio, senza peraltro produrre effetti diretti e immediati nei confronti degli utenti del servizio medesimo: si trattava, dunque, di atti endoprocedimentali, impugnabili solo congiuntamente alle successive determinazioni direttamente e immediatamente vincolanti per gli utenti, non potendosi – ad esempio – escludere che all'esito della procedura (articolatasi in una serie di passaggi, quali una prima approvazione del piano d'impresa da parte della Giunta, seguita da una pronuncia consiliare e, quindi, da una nuova articolazione dello stesso piano d'impresa, seguita – a sua volta – da una nuova approvazione da parte della Giunta e, quindi, dalle determinazioni sindacali che hanno pubblicizzato gli oneri per l'utenza) l'Amministrazione potesse operare delle scelte ed adottare delle determinazioni diverse da quelle, in concreto, poi effettivamente adottate.

Quanto alla dedotta violazione del disposto di cui alla L. n.281/1998, la Confederazione Italiana della Proprietà Edilizia, a tacer d'altro, non rientra fra i soggetti (associazioni di consumatori o utenti) che, per promuovere le proprie azioni in sede giurisdizionale, sono tenuti ad attivare preventivamente le procedure da detta legge previste.

Quanto, infine, alla posizione del Dr. Scarcella, quale agente in proprio, appare sufficiente quanto rilevato dal giudice di prime cure circa il fatto che l'Amministrazione comunale non ha contestato la circostanza che il medesimo sia proprietario di un immobile nella Città di Lecce dotato di impianto termico con potenza nominale inferiore a 35 Kw, per cui non solo può ritenersi sussistente anche la sua legittimazione a ricorrere, ma anche nei suoi confronti debbono ritenersi valere le considerazioni precedentemente svolte circa la natura di atti endoprocedimentali dei precedenti provvedimenti; esattamente, infatti, nell'impugnata sentenza il giudice di primo grado aveva ritenuto di non poter condividere l'eccezione di inammissibilità del gravame sotto il profilo del difetto d'interesse a ricorrere – basata sulla mancata tempestiva impugnazione della precedente ordinanza sindacale n.401 del 2000, che prevedeva condizioni più gravose per gli utenti – in quanto l'impugnata ordinanza del Sindaco di Lecce non può essere considerata alla stregua di atto meramente confermativo della precedente ordinanza sindacale e, quindi, si sostituisce a quest'ultima come fonte della disciplina del rapporto. Ne consegue che le predette eccezioni sono infondate e vanno, pertanto, disattese.

Nel merito, l'appello è fondato e va accolto per le seguenti considerazioni.

Deducono gli appellanti, ribadendo le censure svolte in primo grado, che le tariffe in contestazione sarebbero del tutto ingiustificate, apodittiche e contraddittorie ed inoltre porrebbero a carico degli utenti non solo l'effettivo costo del servizio, ma anche l'onere correlato alla prevista utilizzazione di un elevato numero di lavoratori socialmente utili; vengono anche reiterate le censure volte a far valere la competenza del Consiglio comunale nella determinazione delle tariffe, in assenza di un regolamento tariffario.

Osserva, in proposito, il Collegio: a) che con la delibera n. 185 del 21 aprile 2000 la Giunta municipale ha rimesso alle "deliberazioni del Consiglio comunale l'adozione del regime di verifica in loco" degli impianti di cui alle leggi nn. 1091 e 46/90 (verifica in loco che – ad avviso della Giunta – era da privilegiare rispetto al "sistema della c.d. autocertificazione"); b) che con la stessa delibera il predetto organo ha approvato un progetto LPU per le attività di verifica anzidette, recante la previa utilizzazione di 33 lavoratori socialmente utili; c) che il piano così approvato (basato sull'esistenza di circa 34.000 impianti) prevedeva a sua volta:

- l'utilizzazione di 33 LSU (di cui 24 verificatori) e di 12 ingegneri (da utilizzarsi, questi ultimi, per le specifiche verifiche di cui alla L. n.46/90);
- una produttività, per i verificatori, di 4 verifiche giornaliere per 220 giorni lavorativi annui, con un impegno orario settimanale, per ciascun dipendente, di 20 ore;
- il controllo, ogni anno, del 50% degli impianti;
- un onere, per gli utenti, per le singole verifiche in loco, pari a lire 80.000 per gli impianti (i più numerosi) fino a 35 kw e tariffe via via superiori, fino a lire 250.000 per impianti di maggiore potenza nominale;
- un onere per gli utenti, nell'ipotesi eventuale di adozione anche del meccanismo della autocertificazione, di lire 30.000 biennali;
- prevedibili aumenti di tariffe, a partire dal quarto anno, nell'ordine del 40%, causa il venir meno di contribuzioni comunali.

Tale deliberazione è stata sottoposta al vaglio del Consiglio comunale che, in proposito, si è limitato a formulare un 'ordine del giorno' (n. 157 del 2000), con il quale invitava la Giunta a mettere in atto gli adempimenti conseguenziali nei confronti della S.r.l. Ecoigene (poi ASEA S.r.l.) "allo scopo di sottoscrivere con la medesima le convenzioni previste dall'art. 10, comma 3, del d. lgs. n. 468/97; ad attivarsi per garantire il pieno utilizzo di tutti i soggetti facenti parte dei progetti LPU in corso, così come indicato nel Piano d'impresa presentato dalla Società proponente; a ricercare con la Società proponente le soluzioni economiche meno onerose per i cittadini".

Successivamente la Giunta, dopo avere, con delibera n. 197/2000, modificato un circoscritto aspetto della propria delibera n. 185/2000, ha adottato la delibera 30 ottobre 2000, n. 609, con la quale ha approvato un nuovo e diverso Piano d'impresa sottoposto dalla predetta Società.

Tale piano di "start up" (sulla cui base è stata stipulata la convenzione con durata quinquennale, ma con impegno economico triennale, salvo l'obbligo delle parti a rimodulare i servizi e i corrispettivi a partire dalquarto anno) in particolare:

- contemplava solo le attività di verifica degli impianti termici di cui alla legge n. 10/91;
- per l'effetto, non contemplava più l'utilizzazione dei predetti 12 ingegneri (in quanto preposti alle verifiche di cui alla legge n. 46/90), ma di due soltanto, assunti alle dipendenze della Società stessa;
- era ragguagliato a 25.925 impianti fino a 35 kw, 800 fino a 116 kw e 480 oltre i 116 kw, per un totale di 27.205 impianti (si tratta di dati riportati nello stesso Piano d'impresa della Ecoigene, poi ASEA, portati a conoscenza, nell'occasione, della P.A., e sulla cui base essa è pervenuta ad adottare le proprie determinazioni);
- prevedeva l'autoverifica per gli impianti fino a 35 kw e una verifica in loco, sugli stessi pari al 5% degli autoverificati (il Piano d'impresa e la successiva convenzione parlano, rispettivamente, di "verifica in loco di almeno 5% autoverificati" e di controlli a campione che non potranno essere inferiori al "5% delle dichiarazioni pervenute", mentre nell'ordinanza sindacale n. 401/2000 si prevedono – in conformità, del resto, con il disposto

di cui all'art.11 del D.P.R. n. 412/1993 che limita i controlli a campione agli impianti autodichiarati e non a tutti gli impianti fino a 35 kw presenti sul territorio – “controlli a campione su almeno il 5% annuo degli impianti per i quali risulta pervenuta l'autodichiarazione”);

- la verifica in loco del 50% degli impianti non autoverificati e di quelli eccedenti i 35 kw,
- l'inquadramento delle predette unità di LSU per 20 ore settimanali;
- una tariffa biennale di lire 50.000 (IVA compresa) per gli impianti fino a 35 kw autocertificati;
- una tariffa di lire 240.000 (IVA compresa) per le verifiche in loco biennali di tutti gli altri impianti per i quali non fosse pervenuta l'autodichiarazione;
- tariffe di importo superiore per gli impianti di maggiore potenza.

Per l'effetto il Sindaco, con ordinanza n. 401 del 23 novembre 2000, ha reso note alla cittadinanza le tariffe menzionate.

Successivamente, con ordinanza sindacale n.10, del 4 gennaio 2001, la tariffa per l'autodichiarazione è stata ridotta a lire 40.000 essendosi ridotto di cinque unità l'organico dei LSU.

La deliberazione della Giunta che ha approvato il Piano in questione non è stata sottoposta (come pure le ordinanze sindacali anzidette) al vaglio consiliare, la convocazione urgente di un Consiglio comunale monotematico avente ad oggetto la discussione della “proposta di affidamento del servizio di controllo degli impianti termici nel Comune di Lecce” essendosi risolta con una determinazione in virtù della quale il Consiglio stesso non riteneva “necessario procedere ad ulteriore discussione” (delibera C.C. n. 10 del 29/1/2001).

Osserva il Collegio che, in questa situazione, come dedotto dagli originari ricorrenti attuali appellanti, si è verificato che: a) le tariffe definitive del servizio in parola sono state determinate dalla Giunta (mediante la delibera n. 609/2000, di approvazione del secondo Piano d'impresa), dal Sindaco (con le ordinanze nn. 401/2000 e 10/2001), mentre il Consiglio comunale si è espresso solo sul Piano d'impresa e relative tariffe approvati dalla G.M. con delibera n. 185/2000 e, per converso, non ha in alcuna occasione preso in esame le definitive determinazioni adottate dalla Giunta e dal Sindaco; b) la pronuncia dell'organo consiliare è intervenuta, inoltre, mediante semplice approvazione di un generico “ordine del giorno” recante una direttiva all'azione della Giunta stessa, ma privo di specifico carattere provvedimento, come denota, a tacer d'altro, l'assenza di ogni parere di “regolarità contabile” e della “attestazione della coesistenza finanziaria”, nonché di ogni forma di controllo (laddove la stessa Giunta aveva ritenuto necessario, nella delibera n. 185/2000, che il Consiglio comunale venisse investito della scelta tra il privilegiare il sistema delle verifiche in loco degli impianti o quello della c.d. autocertificazione).

E a tale riguardo si deve osservare che, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lettera f), del d. lgs. n. 267/2000, la “disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e dei servizi” è inderogabilmente demandata al Consiglio comunale; e poiché non risulta che nella specie fosse stata adottata dal Consiglio una disciplina di carattere generale in materia tariffaria, con specifico riferimento al peculiare e innovativo servizio di cui si tratta, ne consegue ad avviso della Sezione che le determinazioni definitive in merito alle modalità di determinazione delle tariffe in questione avrebbero dovuto essere adottate dall'organo consiliare stesso: da qui l'illegittimità del provvedimento impugnato sotto il profilo dell'incompetenza dell'autorità sindacale.

Ritiene, comunque, il Collegio che sussistano, nelle specie, ulteriori profili di illegittimità del provvedimento impugnato.

Anzitutto, non può condividersi l'assunto del Tribunale secondo cui, nella specie, si sarebbe tenuto correttamente conto, oltre che degli oneri di verifica in loco, anche degli ulteriori oneri organizzativi indispensabili per garantire un soddisfacente espletamento dei predetti controlli a

campione (catasto degli impianti termici esistenti sul territorio, gestione delle autodichiarazioni, registrazione dei dati degli utenti, ecc.). In contrario si deve rilevare che il Piano da ultimo approvato non lascia emergere alcuna concreta indicazione in tal senso; e che, per converso, gli oneri di formazione di un catasto degli impianti e di registrazione dei dati relativi agli utenti erano presenti, a ben vedere, sia nel Piano approvato con delibera n.185/2000, sia in quello successivamente approvato con delibera n. 609/2000 (relativa, peraltro, ad un numero di impianti sensibilmente inferiore rispetto a quello stimato in precedenza); e, quanto alla gestione delle autodichiarazioni, si tratta, in realtà, di una mera attività di archiviazione, agevolmente gestibile in chiave telematica anche da poco personale addetto e oggettivamente meno onerosa rispetto al concreto espletamento delle verifiche in loco, in un primo tempo ipotizzate su tutti gli impianti e stimate in un numero sensibilmente più elevato: il che ad avviso della Sezione fa ritenere fondata la censura dedotta dagli appellanti, secondo cui gli oneri tariffari imposti sarebbero il frutto di apprezzamenti incongrui, privi di una valida base logica e non sufficientemente meditati.

Neppure l'affermazione del primo giudice, secondo cui la determinazione della tariffa di £.40.000 relativa all'autodichiarazione per gli impianti termici con potenza nominale inferiore a 35 kw sarebbe stata adeguatamente motivata è, ad avviso del Collegio, fondata. In contrario va rilevato che – come ripetutamente affermato da questo Consiglio di Stato – la determinazione dell'ammontare delle tariffe per servizi resi a particolari categorie di utenti presuppone una chiara ed esauriente motivazione dell'onere sostenuto dal soggetto pubblico, che specifichi la misura dei costi trasferiti agli utenti, e ciò da una parte per verificare se effettivamente le somme pretese corrispondano al rimborso delle spese sostenute e, dall'altra, per evitare che esse si traducano in un sostanziale tributo privo dell'indispensabile supporto legislativo; laddove, nella specie, l'aver considerato motivato "per relationem" l'impugnato provvedimento con riferimento al Piano d'impresa presentato dalla Società ASEA ed approvato con la delibera giunta n. 609/2000, si risolve, in definitiva, in una petizione di principio.

Ad avviso della Sezione è ugualmente fondata la doglianza relativa alla denunciata circostanza che nella tariffa per l'effettuazione dei controlli a campione sarebbe confluito anche il costo dell'assorbimento, da parte della Società controinteressata, dei lavoratori socialmente utili, ai quali il Comune ha inteso assicurare la continuità nell'impiego, facendone carico, in base ad apposita convenzione, all'impresa assegnataria del servizio: in tal modo, le tariffe del servizio non sono state calibrate, come avrebbero dovuto ai sensi di legge (e – in particolare – dell'art. 11, comma 20, D.P.R. 26 agosto 1993, n. 412, secondo cui "in conformità al principio stabilito dal comma 3, art. 31, della L. 9 gennaio 1991, n. 10, gli oneri per la effettuazione dei controlli a campione sono posti a carico di tutti gli utenti che presentino detta dichiarazione, con opportune procedure definite da ciascun ente locale nell'ambito della propria autonomia") sugli effettivi costi del servizio stesso, bensì rapportate, di fatto (come del resto traspare dalla stessa ordinanza n. 10/2001), all'esigenza di sopperire agli oneri economici correlati alla marcata e condizionante utilizzazione del personale stesso; ciò che non appare compatibile con la volontà del legislatore di far gravare sugli utenti gli oneri effettivi del servizio (determinati sulla base dei reali e dimostrabili oneri d'impresa, in funzione del servizio concretamente assicurato) e non oneri diversi e, lato sensu, assistenziali, non coerenti con gli ordinari canoni di un equilibrato esercizio d'impresa e che dovrebbero trovare, quindi, altre fonti di copertura.

Conclusivamente l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata e in accoglimento dell'originario ricorso, deve essere annullato il provvedimento impugnato in primo grado.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in € 5.000 (eurocinquemila) per ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, accoglie l'appello e per l'effetto in riforma dell'impugnata sentenza accoglie l'originario ricorso ed annulla il provvedimento impugnato in primo grado.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in motivazione.

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

Così deciso in Roma, l'8 luglio 2003, dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, riunita in Camera di consiglio con l'intervento dei Signori Magistrati:

Alfonso Quaranta Presidente
Raffaele Carboni Consigliere
Paolo Buomvino Consigliere
Francesco D'Ottavi Consigliere estensore
Marco Lipari Consigliere

L'ESTENSORE
F.to Francesco D'Ottavi

IL PRESIDENTE
F.to Alfonso Quaranta

IL SEGRETARIO
F.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 12 Novembre 2003
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE
F.to Livia Patroni Griffi