

Dopo la modifica introdotta dal Dl n. 179/2012 il servizio di lampade votive è stato sottratto alla disciplina dei servizi a domanda individuale

Illuminazione votiva: è servizio pubblico locale

di FEDERICA CAPONI

Consulente di enti pubblici e società partecipate

L'illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali da parte del privato costituisce oggetto di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare a un'attività economicamente rilevante, in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore.

Tale interpretazione è confermata anche dal Dm n. 15400/1983, che ricomprende tra i c.d. servizi pubblici a domanda individuale proprio quello di illuminazione votiva, e risulta oggi confermato dall'articolo 172, comma 1, lett. e), del Tuel che impone di allegare al bilancio di previsione, fra gli altri documenti, le deliberazioni con le quali sono determinate le tariffe per i servizi locali, nonché (per quelli a domanda individuale) i tassi di copertura in percentuale del costo di gestione dei servizi stessi.

Anche nel caso in cui l'ente imponga al concessionario la realizzazione dell'impianto, l'affidamento ha sempre a oggetto una concessione di servizio pubblico, in quanto la costruzione della rete ha carattere strumentale rispetto alla primaria esigenza perseguita, che è quella di consentire il culto dei defunti.

Questo il principio ribadito dal Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 435/2013 in commento, con la quale ha respinto il ricorso presentato da una società avverso l'atto del comune di indire una nuova gara per l'affidamento della gestione del servizio di lampade votive.

Il fatto

Un comune nel 1971 aveva indetto una gara per l'affidamento dell'esercizio "con la costruzione dei relativi impianti, del servizio di illuminazione elettrica votiva nei quattro cimiteri comunali" per nove anni. La gara era stata aggiudicata a una società e l'ente,

successivamente con ulteriori e numerosi contratti, aveva posticipato la scadenza della concessione con contestuale rideterminazione delle condizioni economiche per quasi quarant'anni. Nel 2010 il comune ha disposto la cessazione del servizio e ha indetto una nuova procedura di gara, richiamando la disciplina contenuta nell'articolo 113 del Tuel e nell'articolo 23-bis del Dl n. 112/2008.

La società concessionaria ha proposto ricorso avverso tale delibera, sostenendo che l'affidamento non avrebbe avuto a oggetto una concessione di servizio pubblico, ma una concessione di costruzione e gestione e pertanto disciplinata esclusivamente dal codice dei contratti. A tal fine, risulterebbe irrilevante il "nomen iuris" utilizzato dal comune ai fini della corretta qualificazione del rapporto, che deve essere effettuata con riferimento ai contenuti sostanziali dello stesso.

Il Consiglio di Stato ha ricordato che secondo la Commissione europea nella comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, la linea di demarcazione tra la concessione di costruzione e gestione e quella di servizio deve essere individuata considerando il nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio e l'esecuzione dei lavori.

Nel caso in cui la gestione dell'opera sia strumentale alla sua costruzione, in quanto consenta il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione, è configurabile la concessione di costruzione e gestione, mentre nel caso inverso è configurabile la gestione di servizi.

In caso di prestazioni eterogenee vanno individuate quali prestazioni siano prevalenti e quale sia il nesso direzionale che regola il rapporto di strumentalità tra le diverse componenti, stabilendo se la gestione delle opere e degli impianti sia funzionale e strumentale alla loro realizzazione o alla gestione del servizio.

Il Consiglio di Stato ha ricordato che l'orientamen-

Consiglio di Stato, sentenza n. 435/2013**Aree cimiteriali - Illuminazione votiva - Da parte del privato - Natura - Concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica**

L'illuminazione elettrica di aree cimiteriali da parte del privato costituisce oggetto di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare a un'attività economicamente rilevante, in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore. Anche nel caso in cui l'ente imponga al concessionario la realizzazione dell'impianto, l'affidamento ha sempre a oggetto una concessione di servizio pubblico, in quanto la costruzione della rete ha carattere strumentale rispetto alla primaria esigenza perseguita, che è quella di consentire il culto dei defunti.

to maggioritario della giurisprudenza riconosce al servizio d'illuminazione votiva natura di servizio pubblico, differenziandolo nettamente dall'ipotesi di concessione e gestione di opera pubblica.

L'approfondimento

La natura del servizio di illuminazione votiva è stata oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, anche a seguito delle numerose modifiche introdotte in materia di servizi pubblici negli ultimi anni.

Di recente, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia, disponendo al comma 26 dell'articolo 34 del Dl n. 179/2012 che, al fine di aumentare la concorrenza nell'ambito delle procedure di affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva, i comuni potranno affidare la gestione di tale servizio seguendo la disciplina contenuta nell'articolo 30 del Dlgs n. 163/2006 e, qualora ne ricorrano le condizioni, secondo l'articolo 125 del Dlgs n. 163/2006.

Tale ultima modifica legislativa ha di fatto sottratto l'affidamento a terzi del servizio di lampade votive dalla disciplina dei servizi pubblici, imponendo agli enti titolari di tale servizio di individuare l'affidatario tramite il codice degli appalti, concessione di servizi o appalto di servizi in economia.

L'articolo 34 ha modificato il Dm 31 dicembre 1983, escludendo il servizio di lampade votive dai servizi a domanda individuale.

La questione sottoposta al giudice amministrativo risulta quindi di particolare rilevanza, al fine di individuare il quadro legislativo cui devono far riferimento gli enti locali titolari del servizio.

Inoltre, altra problematica di rilievo per quanto riguarda il servizio di lampade votive attiene alla verifica della possibilità o meno per gli enti locali titolari di poter gestire in economia tale attività o se vi sia un obbligo di esternalizzazione a terzi,

questione che era già stata posta in passato per tutti i servizi locali aventi rilevanza economica.

Il Consiglio di Stato nel caso di specie ha preliminarmente evidenziato che gli artt. 23-bis del Dl n. 112/2008 e 113 del Dlgs n. 267/2000 sono stati abrogati o dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla Corte costituzionale, ma in quanto norme "in vigore all'epoca dei fatti, le successive abrogazioni sono inidonee a influire sulla legittimità dei provvedimenti adottati in base a essi".

Secondo i magistrati amministrativi la realizzazione dei nuovi impianti e la manutenzione di quelli esistenti non assume una rilevanza accessoria rispetto al servizio di illuminazione erogato, in quanto lo scopo principale della stipula del contratto tra società e comune è rappresentato dall'esigenza di assicurare all'utenza la possibilità di esercitare il culto dei defunti anche mediante la fruizione del servizio di illuminazione votiva.

Per consentire tale servizio è necessaria la costruzione dell'impianto e nel caso in cui l'ente locale affidi tale costruzione a terzi, la costruzione stessa ha rilevanza accessoria e strumentale rispetto all'erogazione del servizio.

Il comune quindi deve riconoscere all'affidataria un corrispettivo per l'erogazione del servizio e non per la costruzione della rete elettrica di illuminazione.

Quest'ultima è compresa tra i costi ammortizzabili con percezione dei corrispettivi per la gestione del servizio durante il corso dell'affidamento.

Il Consiglio di Stato ha ricordato che all'epoca dei fatti il Dm n. 15400 del 31 dicembre 1983, comprendeva tra i servizi pubblici a domanda individuale proprio quello di illuminazione votiva.

Pertanto, lo svolgimento di un servizio a domanda individuale ha rilevanza economica, atteso che il corrispettivo percepito dall'affidatario del servizio

SERVIZI PUBBLICI

LA SENTENZA

è di entità tale da consentire il recupero delle spese effettuate per gli investimenti, consistenti nella realizzazione dell'impianto di illuminazione e delle spese di gestione, nonché di conseguire un utile di impresa.

La questione però sollevata dalla ricorrente, dopo la modifica introdotta dal Dl n. 179/2012 è tornata di estrema attualità in quanto il servizio di lampade votive, come in precedenza accennato, è stato sottratto alla disciplina dei servizi a domanda individuale e l'affidamento di tale attività è stata riservata dal legislatore alla disciplina del codice dei contratti, che al contrario non si applica ai servizi pubblici locali, in quanto assoggettati alla disciplina speciale oggi contenuta nell'articolo 34 del Dl n. 179/2012. Alla luce del quadro legislativo attuale, quindi, l'affidamento a terzi della gestione del servizio di lampade votive non è regolato dalle specifiche norme riguardanti l'affidamento dei servizi pubblici locali, ma dalla disciplina delle concessioni di servizi o dell'appalto dei servizi in economia.

Le attività afferenti al servizio di lampade votive oggi costituiscono secondo il legislatore in via "preferenziale", ai fini della disciplina che ne regola l'affidamento, servizi, e il terzo affidatario deve essere individuato secondo la disciplina dell'articolo 30 del Dlgs n. 163/2006.

L'affidamento a terzi del servizio è assoggettato ordinariamente alla concessione di servizio, ove viene trasferita al concessionario l'alea della gestione economica dell'attività affidata, a differenza dell'appalto in cui l'alea rimane in capo al committente. L'affidamento dell'attività di illuminazione votiva a un soggetto che si assume l'alea della gestione del servizio a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 34, comma 26, del Dl n. 179/2012 è regolato esclusivamente dalla disciplina delle concessioni di servizi e non dalle specifiche regole riguardanti l'affidamento dei servizi pubblici locali.

Per quanto riguarda la questione relativa alla possibilità o meno per un ente locale di poter gestire in economia il servizio di lampade votive, è necessario evidenziare che la modifica legislativa ha l'intento espresso di favorire la concorrenza nel caso di affidamento a terzi del servizio, considerandone il rilievo economico, ma non ha precluso ai comuni titolari di poterlo gestire in economia.

A tal proposito, è necessario evidenziare che non sussiste l'equipollenza dei termini "affidamento diretto" e "gestione diretta in economia".

Tale ultima fattispecie appare sempre praticabile dall'ente locale, mentre l'affidamento diretto postu-

la la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno, a un terzo affidatario, il che non può accadere se non mediante gara a evidenza pubblica o, per i servizi pubblici, nel rispetto delle condizioni del modello *dell'in house providing* e del Dl n. 179/2012.

Per quanto riguarda il servizio di lampade votive dal 21 dicembre 2012 non è più ammesso l'affidamento in house, in quanto il legislatore ha imposto il rispetto delle norme contenute negli articoli 30 e 125 del codice dei contratti.

Al contempo però, non è stata introdotta alcuna norma che obblighi i comuni ad affidare all'esterno determinati servizi, tra cui l'illuminazione votiva.

I comuni, infatti, possono continuare a erogare ordinariamente i servizi di cui sono titolari con proprio personale.

Gli enti locali devono garantire ai propri cittadini determinati servizi e solo nel caso in cui non possano garantire tali attività direttamente con risorse strumentali, finanziarie e umane proprie, devono individuare l'affidatario secondo procedure a evidenza pubblica.

La legittimazione alla gestione diretta di servizi tipicamente appartenenti al novero di quelli per cui il comune è istituito è garantita ex se, non deve essere rintracciata in un'esplicita norma positiva (Cons. Stato, sent. n. 552/2011).

È necessario comunque segnalare che la Corte costituzionale aveva ritenuto equipollenti i termini "gestione diretta" e "affidamento diretto" nella pronuncia n. 325/2010 con cui aveva dichiarato la legittimità costituzionale dell'articolo 23-bis del Dl n. 112/2008.

La Consulta aveva ritenuto che la normativa comunitaria consente (ma non impone) agli Stati membri di prevedere la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, mentre lo Stato italiano, "facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei servizi pubblici locali", regolamentandola nell'ormai abrogato art. 23-bis.

Tale posizione sembrerebbe oggi aver perso importanza, considerando il nuovo assetto legislativo sia per i servizi pubblici che per il servizio di lampade votive.

La gestione diretta appare quindi legittima, anche considerando l'esigenza prioritaria di riduzione della spesa pubblica, non sembrando corretto sostenere che un comune (magari di piccole dimensioni) non possa gestire direttamente un servizio, come

quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, soprattutto quando tale gestione necessiti di pochi dipendenti e la spesa annua sia contenuta, "laddove l'esborso sarebbe notoriamente ben maggiore solo per potersi procedere a tutte le formalità necessarie per la regolare indizione di una gara pubblica" (Cons. Stato, sent. n. 552/2011).

Conclusioni

L'illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali da parte del privato costituisce oggetto di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare a un'attività economicamente rilevante, in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore.

Dopo la modifica introdotta dal DI n. 179/2012 il servizio di lampade votive è stato però sot-

tratto alla disciplina dei servizi a domanda individuale e l'affidamento dello stesso è stata riservata dal legislatore alla disciplina del codice dei contratti.

Alla luce del quadro legislativo attuale, quindi, l'affidamento a terzi della gestione del servizio di lampade votive non è regolato dalle specifiche norme riguardanti l'affidamento dei servizi pubblici locali, ma dalla disciplina delle concessioni di servizi o dell'appalto dei servizi in economia.

Le attività afferenti al servizio di lampade votive oggi costituiscono secondo il legislatore in via "preferenziale" servizi, ai fini della disciplina che ne regola l'affidamento, e il terzo affidatario deve essere individuato secondo la disciplina dell'articolo 30 o dell'articolo 125 del Dlgs n. 163/2006.

Al contempo però, non è stata introdotta alcuna norma che obblighi i comuni ad affidare all'esterno tale servizio, che può quindi essere ancora gestito in via diretta dall'ente locale titolare.

NOVITÀ



IL MANAGER DELLA FORMAZIONE

a cura di A. Pizzicaroli

L'opera si propone di fornire informazioni e competenze utili a coloro i quali hanno intenzione di operare, o già operino, nel settore della formazione.

In particolare si rivolge ai laureati nelle discipline umanistiche, funzionari, quadri e dirigenti che hanno in animo di attivare dei corsi di formazione nell'ufficio in cui lavorano permettendo loro di muoversi in maniera dinamica nel settore e fornendo strumenti utili ed efficaci.

È quindi un manuale pratico anche per coloro i quali intendono divenire imprenditori dando vita ad una società di formazione, oppure liberi professionisti costruendo la propria professione e divenendo formatori.

Pagg. 192 – € 24,00

www.librerie.ilsole24ore.com

GRUPPO **24ORE**