

Il Consiglio di Stato ha chiarito che il servizio di manutenzione dell'illuminazione votiva ha natura di servizio pubblico secondo quanto previsto dall'art. 1, punto 18, del Dm 31 dicembre 1983

Ha natura di servizio pubblico la manutenzione delle luci votive

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, DEC. N. 1790 DEL 29 MARZO 2010

Manutenzione lampade votive - Affidamento a terzi - Concessione di servizio pubblico - Affidamento diretto - Cessazione automatica ex art. 113, comma 15-bis, Dlgs. n. 267/2000 - Necessità di affidamento tramite gara - Sussiste
Il servizio di manutenzione dell'illuminazione votiva ha natura di servizio pubblico. Il comune che si avvale dell'opera di un privato, per le attività connesse all'illuminazione votiva cimiteriale, pone in essere una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica, per cui tale concessione è assoggettata alle disposizioni che impongono la cessazione delle concessioni di servizi pubblici locali non affidate mediante gara, ex art. 113, comma 15-bis, Dlgs. n. 267/2000 (oggi art. 23-bis, comma 8, Dl n. 112/2008).

Servizio luci votive - Affidamento a terzi della manutenzione e gestione - Appalto di lavori - Realizzazione di opera pubblica - Illegittimo
Il Dm 31 dicembre 1983 classifica in modo espresso, come servizio pubblico locale, l'illuminazione votiva per cui, nel caso in cui il comune lo affidi direttamente a terzi pone in essere una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica.

di **Federica Caponi**

Consulente di enti pubblici e società partecipate

Il servizio di manutenzione dell'illuminazione votiva ha natura di servizio pubblico e il comune che si avvale dell'opera di un privato, per le attività connesse all'illuminazione votiva cimiteriale, pone in essere una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica, per cui tale concessione è assoggettata alle disposizioni che impongono la cessazione delle concessioni di servizi pubblici locali non affidate mediante gara.

Sull'applicabilità, al servizio di illuminazione votiva cimiteriale,

dell'art. 113, comma 15-bis, del Tuel [oggi sostanzialmente strafuso nell'art. 23-bis, comma 8, del Dl n. 112/2008] che stabiliva la scadenza automatica delle concessioni di servizi pubblici locali affidate senza gara al 31 dicembre 2006, e la necessità per gli enti locali di procedere all'affidamento tramite procedure a evidenza pubblica non sussistono incertezze.

Tale servizio ha infatti natura di servizio pubblico stante quanto previsto dal Dm 31 dicembre 1983 (art. 1, punto 18)

@ Il testo della sentenza sul sito
www.dpa.ilsole24ore.com

che classifica tale attività in modo espresso come servizio pubblico locale.

Questo l'importante principio ribadito dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1790 del 29 marzo 2010, con la quale ha respinto il ricorso presentato da una società avverso la sentenza del Tar che aveva dichiarato legittimo il provvedimento con cui il comune, prendendo atto della cessazione automatica al 31 dicembre 2006 della concessione del servizio affidata direttamente alla stessa, ai sensi dell'art. 113, comma 15-bis del Tuel, aveva disposto l'espletamento di una gara a evidenza pubblica per l'individuazione del nuovo concessionario.

Nel caso di specie, un comune aveva affidato direttamente ad una società una concessione di costruzione e gestione di un impianto elettrico votivo per 15 anni. Alla scadenza l'affidatario aveva proposto al comune di prorogare il rapporto per altri vent'anni e il comune aveva acconsentito, chiedendo un ampliamento dell'impianto.

Successivamente, l'ente aveva chiesto ancora un nuovo ampliamento (in termini di estensione e sistemazione), mentre la società aveva proposto in cambio un aggiornato tariffario per poter far fronte alla richiesta.

Nel 1998 con delibera il comune aveva prorogato la scadenza al 31 dicembre 2035, sottoscrivendo un apposito contratto di proroga concessoria.

Infine, l'ente nel 2007 aveva dichiarato l'affidatario decaduto dalla concessione al 31 dicembre 2006 e aveva indetto una procedura a evidenza pubblica, in quanto ai sensi dell'art. 113, co. 15-bis, del Tuel, tutte le concessioni di servizi pubblici locali non attribuite mediante gara cessavano per legge alla data indicata e dovevano essere riattribuite con lo strumento della pubblica evidenza.

La società affidataria ha impugnato la delibera, sostenendo che l'attività affidata dal comune sarebbe stata riconducibile non già a una concessione di servizio pubblico, quanto a una concessione di costruzione e gestione, considerato che essa avrebbe, in primo luogo, costruito e solo in seguito gestito l'impianto elettrico, ovvero un'opera pubblica.

La questione di fondo

La problematica presentata ai giudici amministrativi attiene alla verifica sulla natura del servizio di manutenzione dell'illuminazione votiva, se lo stesso possa essere qualificato come servizio pubblico e o se sia da considerarsi prevalente l'attività di costruzione di opera pubblica.

La società ricorrente ha sostenuto si trattasse di concessione di costruzione e gestione (a proprio rischio) o di lavori pubblici per la realizzazione di un impianto elettrico votivo, non previo contratto d'appalto, ma

in regime concessorio, con conseguente diritto alla gestione (mediante supervisione e manutenzione) dell'impianto stesso (destinato a rimanere di proprietà della stessa affidataria per tutta la durata del rapporto, per poi divenire di proprietà comunale) e delle opere realizzate, grazie al pagamento di un canone di allacciamento, da parte degli utenti, stabilito dal comune. I giudici amministrativi hanno chiarito che il servizio di illuminazione votiva ha natura di servizio pubblico locale e, pertanto, l'affidamento dello stesso è assoggettato alla disciplina dell'art. 113 del Tuel (oggi art. 23-bis del Dl n. 112/2008).

L'approfondimento

Il Consiglio di Stato ha chiarito che il servizio di "illuminazione votiva dei cimiteri comunali in altro non può consistere che in un servizio pubblico, in quanto assunto dal comune e mirante a soddisfare il sentimento religioso e la pietas di coloro che frequentano il cimitero, consentendo pertanto al comune stesso di realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo civile della comunità locale ai sensi di quanto stabilito dall'art. 112 del Dlgs n. 267/2000" (Cass., sez. un., sent. n. 294/2000; Cons. Stato, sez. VI, dec. n. 1893/2006).

Più precisamente, si tratta di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica, perché richiede che il concessionario impieghi capitali, mezzi e personale da destinare a un'attività economicamente rilevante in quanto suscettibile, quanto meno potenzialmente, di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore.

Per costante giurisprudenza, il comune che si avvalga dell'opera di un privato, per le attività connesse all'illuminazione votiva cimiteriale, "pone di regola in essere una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica", poiché normalmente detto impianto costituisce un semplice strumento rispetto all'esigenza prioritaria di consentire il culto dei defunti, anche attraverso la gestione del servizio di illuminazione (Cons. Stato, sez. V, dec. n. 6049/2008).

Le opere destinate a rendere possibile l'illuminazione (in sostanza, la posa di una serie di cavi elettrici del tutto analoghi a quelli usati per l'illuminazione civile e il loro collegamento a un punto luce per ciascuna sepoltura) sono solo quelle ordinariamente necessarie a svolgere il servizio medesimo, senza assunzione di un particolare rilievo o impegno economico.

Inoltre, il Dm 31 dicembre 1983 "classifica in modo espresso, come servizio pubblico locale, l'illuminazione votiva nel proprio articolo unico, al punto 18, ultima parte", assoggettandolo pertanto alle disposizioni vigenti in materia di gestione di servizi pubblici, tra cui l'art. 113, co. 15-bis del Tuel che prevedeva la scadenza delle concessioni non affidate me-

dante gara al 31 dicembre 2006, non attribuendo alcun rilievo alle ragioni per le quali la gara a suo tempo non era stata realizzata.

Il Dm 31 dicembre 1983 ricomprende tra i così detti servizi pubblici a domanda individuale proprio quello di illuminazione votiva e tale qualificazione è confermata dalla norma generale sancita dall'art. 172, co. 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, nonché i tassi di copertura in percentuale del costo di gestione dei servizi stessi.

Da tali fattispecie emerge il tratto distintivo della concessione di pubblico servizio (rispetto all'appalto) che è costituito:

- dall'assunzione del rischio legato alla gestione del servizio, quale modalità di remunerazione dell'attività del prestatore (Corte Giustizia CE, 18 luglio 2007, C-382/05). In quest'ottica, esaltando la funzione dell'assunzione di rischio, si ritiene addirittura irrilevante che il servizio pubblico sia indivisibile e che sia remunerato attraverso il pagamento di un prezzo da parte dell'amministrazione, anziché mediante un corrispettivo a carico degli utenti (Cons. Stato, sez. V, dec. n. 36/2008; Cons. Stato, sez. V, dec. n. 2865/2008, in tema di illuminazione di strade comunali, dove si è affermato essere indifferente che i cittadini usufruiscano del servizio *uti singuli* o come componenti della collettività);
- dalla circostanza che il corrispettivo non sia versato dall'amministrazione, come nei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, ma sia dalla stessa incassato [canone versato dal concessionario (Cons. Stato, sez. VI, dec. n. 3333/2006)];
- dalla diversità dell'oggetto del rapporto, che nella concessione di servizi è trilaterale (coinvolgendo l'amministrazione, il gestore e gli utenti), mentre nell'appalto è bilaterale (ente appaltante - appaltatore).

La distinzione è stata codificata anche dalla Direttiva 31 marzo 2004/18/CE e recepita nel nostro ordinamento dall'art. 3, co. 12, del Codice dei contratti, che definisce la concessione di servizi come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, a eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

Anche la giurisprudenza nazionale ha precisato che si avrà concessione di lavori pubblici ovvero di pubblici servizi a seconda che risulti strumentale il servizio rispetto alla costruzione dell'opera o viceversa (Cass., sez. un., sent. n. 3518/2008; Cons. Stato, sez. IV, dec. n. 2804/2005).

Nel caso dell'illuminazione votiva risulta prevalente l'affidamento della gestione del servizio, in quanto la costruzione o la manutenzione dell'impianto elettrico ha funzione meramente accessoria (Cons. Stato, dec. n. 6049/2008).

Dal punto di vista funzionale, l'impianto elettrico è un semplice strumento rispetto all'esigenza prioritaria di assicurare il culto dei defunti anche attraverso la gestione del servizio di illuminazione e questo a prescindere dalla diversa incidenza dei costi delle opere e del servizio rispetto al valore complessivo della concessione.

Anche il Tar Toscana, nella sent. n. 1430/2009 ha recentemente ribadito che il servizio di illuminazione votiva è un servizio pubblico a rilevanza economica e, come tale, è assoggettato ai vincoli di cui all'art. 113 del Tuel e all'art. 23-bis del Dl n. 112/2008. In tale fattispecie, i giudici amministrativi hanno chiarito che nel caso in cui l'ente intenda affidare direttamente il servizio, debba rispettare quanto previsto per gli affidamenti in deroga dall'art. 23-bis, co. 3, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

Il comune dovrà quindi, tra l'altro, presentare una richiesta di parere, corredata dalle informazioni e dai

documenti rilevanti, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, prima di adottare la Deliberazione di affidamento del servizio e, in ogni caso, in tempo utile per il rilascio del prescritto parere.

In particolare, l'ente locale dovrà fornire all'Antitrust una relazione contenente gli esiti delle indagini di mercato, da cui risulti la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura a evidenza pubblica, informazioni circa le modalità con le quali sono stati resi pubblici tali elementi e tutte le indicazioni soggettive relativa all'impresa interessata e "l'ente locale deve tener conto del parere rilasciato" (Tar Toscana, sent. n. 1430/2009).

Conclusioni

Il Consiglio di Stato ha chiarito che il servizio di illuminazione votiva ha natura di servizio pubblico locale e anche quando sia affidata non solo l'attività

Nel servizio di illuminazione

votiva quando è affidata

non solo l'attività di gestione,

ma anche quella di costruzione

o manutenzione dell'impianto

elettrico, risulta prevalente

la gestione del servizio

di gestione, ma anche quella di costruzione o manutenzione dell'impianto elettrico, risulta prevalente la gestione del servizio, in quanto la costruzione o la manutenzione dell'impianto elettrico ha funzione meramente accessoria (Cons. Stato, dec. n. 6049/2008). L'impianto costituisce infatti un semplice strumento rispetto all'esigenza prioritaria di assicurare il culto dei defunti anche attraverso la gestione del servizio di illuminazione e questo a prescindere dalla diversa incidenza dei costi delle opere e del servizio rispetto al valore complessivo della concessione.

L'affidamento di tale servizio è quindi assoggettato alle disposizioni in materia di servizi pubblici e quindi anche all'art. 113, co. 15-*bis* del Tuel che stabiliva che le concessioni, affidate senza espletamento di procedure a evidenza pubblica, dovevano cessare automaticamente al 31 dicembre 2006.

I Giudici hanno quindi ritenuto legittimo l'atto con cui il comune ha dichiarato la cessazione automatica della concessione affidata direttamente a una società e l'indizione di una gara per l'individuazione del soggetto gestore ●



IN SINTESI

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V,
DEC. N. 1790 DEL 29 MARZO 2010

Il fatto

Un ente locale aveva affidato direttamente a una società una concessione di costruzione e gestione di un impianto elettrico votivo per 15 anni. Nel 1998 con delibera il comune aveva prorogato la scadenza al 31 dicembre 2035, sottoscrivendo un apposito contratto di proroga. Infine, l'ente nel 2007 aveva dichiarato l'affidatario decaduto dalla concessione al 31 dicembre 2006 e aveva stabilito di espletare una procedura a evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 113, co. 15-*bis*, Tuel, secondo cui tutte le concessioni di servizi pubblici locali, non attribuite mediante gara, cessavano per legge alla data indicata e dovevano essere riattribuite con lo strumento della pubblica evidenza. La società affidataria ha impugnato la delibera, sostenendo che l'attività affidatale dal comune sarebbe stata riconducibile non già a una concessione di servizio pubblico, ma piuttosto a una concessione di costruzione e gestione, in quanto essa avrebbe, in primo luogo,

costruito e solo in seguito gestito l'impianto elettrico, ovvero un'opera pubblica.

Il Tar in primo grado ha respinto il ricorso e la società ha impugnato la decisione di fronte al Consiglio di Stato.

La decisione

Il Consiglio di Stato ha chiarito che il servizio di manutenzione dell'illuminazione votiva ha natura di servizio pubblico e il comune che si avvale dell'opera di un privato, per le attività connesse all'illuminazione votiva cimiteriale, pone in essere una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica, per cui tale concessione è assoggettata alle disposizioni che impongono la cessazione delle concessioni di servizi pubblici locali non affidate mediante gara. Tale servizio ha infatti natura di servizio pubblico stante quanto previsto dal Dm 31 dicembre 1983 (art. 1, punto 18) che classifica tale attività in modo espresso come servizio pubblico locale. I Giudici amministrativi hanno così ritenuto legittimo l'atto con cui il comune ha dichiarato la cessazione automatica del concessionario e l'indizione di una gara per l'individuazione del nuovo

gestore, ai sensi dell'art. 113, comma 15-*bis* del Tuel.

I precedenti

Il Consiglio di Stato ha seguito l'orientamento ormai pacifico della giurisprudenza, che sostiene che il comune che si avvalga dell'opera di un privato, per le attività connesse all'illuminazione votiva cimiteriale, pone in essere una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica, poiché normalmente l'impianto costituisce un semplice strumento rispetto all'esigenza prioritaria di consentire il culto dei defunti, anche attraverso la gestione del servizio di illuminazione (Cass., sez. un., sent. n. 294/2000; Cons. Stato, sez. VI, dec. n. 1893/2006, Tar Toscana, sent. n. 1430/2009). Ciò vale anche nel caso di specie, in cui le opere destinate a rendere possibile l'illuminazione (in sostanza, la posa di una serie di cavi elettrici del tutto analoghi a quelli usati per l'illuminazione civile e il loro collegamento a un punto luce per ciascuna sepoltura) erano solo quelle ordinariamente necessarie a svolgere il servizio medesimo, senza assunzione di un particolare rilievo o impegno economico ●