

Sintesi e commenti

Giurisprudenza in materia contabile

a cura di Giancarlo Astegiano
Magistrato della Corte dei conti

Servizi pubblici locali - Servizi a rilevanza economica

L'illuminazione votiva è un servizio pubblico locale: l'ente può gestirlo anche in economia

■ Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 435

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 ad 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 ad 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 anche mediante la fruizione del servizio di illuminazione votiva.

Il caso

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 435 depositata il 24 gennaio 2013, si è pronunciato su una problematica oggetto di ampia discussione, ovvero sulla natura giuridica del servizio di concessione del servizio di illuminazione votiva.

Nel caso di specie 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'art. 113 Tuel e nell'art. 23bis del D.L. n. 112/2008, disciplina vigente all'epoca dei fatti.

La società concessionaria ha proposto ricorso avverso tale delibera, sostenendo che l'affidamento non avrebbe avuto ad oggetto una concessione di servizio pubblico, ma una concessione di costruzione e gestione e pertanto disciplinata esclusivamente dal codice dei contratti.

La soluzione

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, tuttavia, ha ricordato che l'orientamento maggioritario della giurisprudenza riconosce al servizio d'illuminazione votiva natura di servizio pubblico, differenziandolo nettamente dall'ipotesi di concessione e gestione di opera pubblica.

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 D.M. 31 dicembre 1983, n. 15400 ricomprendeva 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 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.

Problemi e prospettive

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 ad 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 D.L. n. 179/2012 il servizio di lampade votive è stato però sottratto 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'art. 30 o dell'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006.

L'affidamento a terzi del servizio è assoggettata 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 ad un soggetto che si assume l'alea della gestione del servizio a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 34, c. 26 del D.L. 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 sussi-

ste l'equipollenza dei termini "affidamento diretto" e "gestione diretta in economia".

Tale ultima fattispecie appare sempre praticabile dall'ente locale, mentre l'affidamento diretto postula la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno, a un terzo affidatario, il che non può accadere se non mediante gara ad evidenza pubblica o, per i servizi pubblici, nel rispetto delle condizioni del modello dell'*in house providing* e del D.L. n. 179/2012.

Primo 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 nell'art. 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'art. 23bis, D.L. 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 spl", regolamentandola nell'ormai abrogato art. 23bis.

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. 552/2011).

Federica Caponi - Consulente enti locali