Parere n. 214 del 02/12/2010

PREC 155/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Sarida S.r.l. – Concessione del servizio di illuminazione votiva nel cimitero comunale – Importo presunto €70.000,00 – S.A.: Comune di Rifreddo (CN).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 dicembre 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Sarida S.r.l. ha esposto di aver partecipato alla procedura di gara per l'affidamento della concessione in oggetto e ha contestato la disposta aggiudicazione provvisoria in favore dell'impresa Luxom S.r.l., in quanto tale società ha ommesso di dichiarare di essere iscritta anche all'albo dei soggetti abilitati ad effettuare attività di riscossione delle entrate comunali ex art. 53 del D.Lgs. n. 446/97. Tale dichiarazione – non prevista dalla *lex specialis* – secondo l'istante è da ritenersi necessaria a fronte della seconda parte di attività oggetto di concessione, cioè la riscossione dei canoni annui di illuminazione votiva e di allacciamento delle utenze, ovvero di un'entrata patrimoniale del Comune e da questi appositamente disciplinata.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante e la società aggiudicataria hanno ribadito l'assenza della necessità di tale requisito, sia a fronte dell'espresso contenuto del bando di gara, che non lo prevedeva tra i requisiti di partecipazione, sia in ragione della natura del servizio in oggetto che, in quanto "*servizio pubblico locale di illuminazione votiva costituisce un servizio in alcun modo riconducibile nell'ambito dell'attività di riscossione delle entrate comunali e di quelle ad essa propedeutiche, connesse e complementari*" (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 14 aprile 2003, n. 997).

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto concerne la necessità o meno, per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nel cimitero comunale – avente ad oggetto l'installazione, la manutenzione e la gestione degli impianti elettrici votivi accompagnate dalla riscossione dei canoni annui di illuminazione votiva e di allacciamento delle utenze – dell'iscrizione anche all'albo dei soggetti abilitati ad effettuare attività di riscossione delle entrate comunali ex art. 53 del D.Lgs. n. 446/97.

In generale, appare corretta la qualificazione giuridica del contratto oggetto di affidamento prospettata dal Comune di Rifreddo, atteso che l'attività di illuminazione votiva nei cimiteri rientra nella categoria delle concessioni di pubblico servizio e non di lavori pubblici, avendo quest'ultima eventuale componente natura accessoria.

In tale contesto, il servizio costituito dall'illuminazione votiva del cimitero comunale si risolve 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 di realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo civile della comunità locale ai sensi dell'art. 112 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e s.m.. La qualificazione dell'attività in questione è stata oggetto di approfondimento anche a livello giurisprudenziale, dove si è condivisibilmente statuito che l'illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali da parte del privato costituisce oggetto di concessione di servizio pubblico locale a

rilevanza economica e fruizione individuale perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi e 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 (cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 05 dicembre 2008, n. 6049).

La qualificazione emergeva in precedenza dal d.m. 31 dicembre 1983, che ricomprendeva tra i c.d. servizi pubblici a domanda individuale proprio quello di illuminazione votiva, e risulta oggi confermata dalla norma generale sancita dall' art. 172, co. 1, lett. e), t.u. enti locali che impone di allegare al bilancio di previsione, fra gli altri documenti, le deliberazioni con le quali sono determinati 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.

In questi casi emerge il tratto distintivo della concessione di pubblico servizio che è dato: a) dall'assunzione del rischio legato alla gestione del servizio quale modalità di remunerazione dell'attività del prestatore (cfr., da ultimo, Corte di Giustizia CE, 18 luglio 2007, C-382/05); b) dalla circostanza che il corrispettivo non sia versato dall'amministrazione, come nei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture la quale, anzi, percepisce un canone da parte del concessionario (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333); c) 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 (stazione appaltante - appaltatore).

In seguito la distinzione è stata codificata dalla direttiva 31 marzo 2004/18/CE e quindi recepita nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 12, del Codice dei contratti pubblici, che definisce la concessione di servizi come *“un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad 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”*.

Conseguentemente, la contestata attività di riscossione concerne il corrispettivo della gestione del servizio da inquadrare nel predetto ambito concessorio, non la gestione del diverso ambito di attività di riscossione di tributi comunali, cui si riferisce l'invocato art. 53 del D.Lgs. n. 446/1997, a tenore del quale *“Presso il Ministero delle finanze è istituito l'albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni”*.

Invero, come evidenziato correttamente dal Comune di Rifreddo, la funzione dell'albo di cui al citato art. 53 del D.Lgs. n. 446/1997 appare tesa a garantire l'affidabilità di soggetti privati incaricati di ingerirsi in modo rilevante nelle attività amministrative e contabili degli enti locali dedicate al reperimento delle entrate, e pertanto l'iscrizione può essere considerata necessaria solo se sono attribuite a soggetti terzi potestà tipicamente pubblicistiche, quali la determinazione dell'ammontare del credito, la verifica dei presupposti per la riscossione e l'utilizzo della procedura di riscossione coattiva (in tal senso cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 14 ottobre 2005, n. 986).

Diversamente, nel caso di cui trattasi l'attività di riscossione concerne la mera gestione e non la determinazione del corrispettivo per la gestione del servizio, da inquadrare nel predetto contesto concessorio.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la mancata previsione nella *lex specialis* del requisito di iscrizione all'albo di cui all'art. 53 del D.Lgs. n. 446/1997 sia conforme alla normativa vigente di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 dicembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito