

Parere n. 212 del 02/12/2010

PREC 127/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione della controversia ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Sarida s.r.l. - Affidamento del servizio di illuminazione votiva del cimitero - Importo a base di gara: offerta percentuale sul canone pagato dall'utenza di € 13,00 annui per ogni punto luce oltre IVA - S.A.: Comune di Ruino (PV).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 novembre 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Sarida s.r.l. ha lamentato l'illegittimità della procedura di gara per l'affidamento del servizio in oggetto e dell'aggiudicazione provvisoria che ne è derivata in favore della controinteressata ZANETTI s.r.l., rappresentando l'esigenza, di cui non si sarebbe tenuto conto, che quest'ultima fosse in possesso dell'iscrizione all'Albo di cui all'art. 53 del D.Lgs. n. 446/1997, istitutivo dei soggetti abilitati alla riscossione delle entrate degli enti locali, e la mancata presentazione - a suo dire - della dichiarazione prevista dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota del 25 settembre 2009, hanno svolto le deduzioni di rispettiva spettanza, tanto il Comune di Ruino, con memoria pervenuta in data 6 ottobre 2009, quanto la controinteressata ZANETTI s.r.l., con memoria acquisita in pari data.

Entrambi i deducenti hanno posto in rilievo la natura non tributaria dell'entrata in questione (canoni annui e di allacciamento delle utenze di illuminazione votiva), in quanto riscossa a titolo di corrispettivo del servizio erogato all'utenza, ed hanno altresì smentito il fatto che non sia stata prestata la dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Ritenuto in diritto

Le questioni controverse sottoposte a questa Autorità con l'istanza di parere indicata in epigrafe investono due distinti profili: a) la legittimità della mancata previsione nella *lex specialis* di gara, tra i requisiti di partecipazione, dell'iscrizione all'Albo di cui all'art. 53 del D.Lgs. n. 446/1997, che dispone l'iscrizione all'albo ivi previsto dei soggetti che eseguono attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi e di tutte le altre entrate degli enti locali; b) il regolare svolgimento della procedura di gara per quanto concerne l'asserita mancanza della dichiarazione di essere in regola con i requisiti di ordine generale, previsti dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, da parte dell'impresa aggiudicataria provvisoria Zanetti s.r.l..

Al fine di definire la prima problematica rappresentata dall'istante Sarida s.r.l., occorre procedere all'esatta qualificazione giuridica del contratto oggetto di affidamento.

Al riguardo, dagli atti di gara risulta che si tratta di " *concessione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale, sub specie di concessione relativa all'installazione degli impianti elettrici, ivi compresa la fornitura e la messa in opera di lampade e relativi porta lampade, la gestione del servizio, la fornitura di energia elettrica, la manutenzione ordinaria e straordinaria della rete di erogazione dell'energia all'interno del cimitero e degli impianti votivi nella cappelle...nonché la riscossione dei canoni annui e di allacciamento delle utenze* ". Lo spettro delle attività sopra richiamate, che formano oggetto dell'affidamento, è chiaramente riconducibile alla definizione della " *concessione di servizi* " di cui al punto 12 dell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui " *la concessione di servizi è 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, in conformità all'art. 30* " che, a sua volta, per quanto ne occupa, dispone al secondo comma che " *nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio...* ".

E' bene, inoltre, precisare che, nell'ambito delle diverse tipologie di concessione, l'esatta qualificazione discende direttamente dall'oggetto del servizio stesso, costituito, nella fattispecie, dall'illuminazione votiva del cimitero comunale, il quale 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 pertanto al Comune stesso 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, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2008 n. 1600; Sez. VI, 7 aprile 2006 n. 1893; si confronti anche Cass., sez. un., 27 aprile 2000 n. 294).

La differenza tra concessione di servizio pubblico, quale quella in esame, e concessione di lavori pubblici discende dal tipo di nesso di accessorietà che lega la gestione del servizio alla realizzazione dell'opera; si avrà perciò concessione di costruzione ed esercizio se la gestione del servizio è

strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto diretta a consentire il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione; mentre si versa in tema di concessione di servizi pubblici, come nel caso di specie, quando l'espletamento dei lavori è strumentale, sotto i profili della manutenzione, del restauro e dell'implementazione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente. In particolare, tanto è stato affermato proprio con riguardo al servizio pubblico di illuminazione cimiteriale, ravvisandosi per esso la seconda ipotesi nella considerazione che i lavori affidati al concessionario nell'ambito della gestione del servizio stesso afferiscono non ad un'opera nuova, ma alla manutenzione ed implementazione degli impianti esistenti (cfr. Cons. St. 11 settembre 2000 n. 4795).

Peraltro, nella fattispecie in esame emerge con chiarezza 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; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049; Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36; Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2865); 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).

Tanto premesso sul piano dei principi, emerge *per tabulas* che, nel caso di specie, l'amministrazione ha inteso, in primo luogo, affidare la gestione del servizio di illuminazione votiva e prevedere in chiave meramente accessoria i lavori e le forniture a ciò necessari, come è altrettanto evidente, dal punto di vista funzionale, il fatto che dalla gestione l'impresa ricavi l' *utile versum* mediante l'instaurazione di sottostanti contratti di somministrazione con l'utenza. Pertanto, l'attività di riscossione in questione è l'indefettibile corrispettivo economico della gestione del servizio di illuminazione votiva, consistendo in tale sinallagma funzionale la causa del contratto posto in essere a seguito della gara.

Invece, dalla lettura dell'art. 53 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 si evince che l'iscrizione all'Albo da detta norma previsto è piuttosto condizione necessaria per l'esercizio dell'attività pubblicistica di riscossione - poiché la sua funzione è quella di garantire l'affidabilità di quei soggetti privati che siano incaricati di ingerirsi in modo rilevante nelle attività amministrative e contabili degli enti locali dedicate al reperimento delle entrate - il cui trasferimento a soggetti terzi costituisce la funzione amministrativa tipica del relativo provvedimento concessorio.

E' evidente, allora, che è solo in questo diverso contesto giuspubblicistico che la previsione normativa del requisito dell'iscrizione all'Albo Speciale integra un vero e proprio obbligo per le stazioni appaltanti di limitare la partecipazione alle gare di evidenza pubblica per la scelta del concessionario solo a quelle imprese in possesso di tale requisito (T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 20 maggio 2004, n. 8867; T.A.R. Lombardia Brescia, 17 ottobre 2005, n. 986).

Pertanto, diversamente da tale ipotesi, nel caso di specie deve concludersi per la legittimità della non previsione da parte della *lex specialis* di gara del possesso dell'iscrizione all'Albo predetto.

A medesime conclusioni, favorevoli al riconoscimento della regolarità della procedura di gara di cui trattasi, si perviene *per tabulas* anche per quanto concerne l'asserita mancanza della dichiarazione di essere in regola con i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, da parte dell'impresa aggiudicataria provvisoria Zanetti s.r.l.. Invero, dalla documentazione versata in atti emerge che l'aggiudicataria provvisoria ha regolarmente presentato, in un unico contesto, tutte le dichiarazioni previste dal bando, concernenti il possesso dei requisiti predetti.

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;
- l'aggiudicataria provvisoria Zanetti s.r.l. abbia regolarmente presentato, in un unico contesto, la richiesta dichiarazione di essere in regola con i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

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