

RELAZIONE SULL’AFFIDAMENTO E SULLA GESTIONE DEL SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE VOTIVA (AI SENSI DELL’ART. 34, CC. 20 E 21 DEL D.L. N. 179/2012 CONVERTITO IN LEGGE 221/2012)

PREMESSE

Al fine di ottemperare a quanto previsto dall’art. 34, cc. 20 e 21 del d.l 18 ottobre 2012, recante «*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*» (pubblicato in G.U.R.I. n. 245 del 19 ottobre 2012, Suppl. Ord. n. 194 - in vigore dal 20 ottobre 2012), convertito con modificazioni in l. 17 dicembre 2012, n. 221, ove è previsto, rispettivamente, che «*Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l’affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*» e che «*Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell’affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell’affidamento alla data del 31 dicembre 2013*», si rappresenta quanto segue.

LA SITUAZIONE IN ESSERE ALL’INTERNO DEL CIMITERO COMUNALE

Il numero complessivo in tutto il cimitero comunale è di circa 1000 lampade votive di proprietà della Soc. Epis Felice Srl. La realizzazione degli impianti è stata realizzata negli anni dalla suddetta Società senza alcun compenso da parte dell’Amministrazione, ma bensì in cambio di una proroga del contratto di gestione e manutenzione.

L’affidamento alla Soc. Epis Felice Srl della realizzazione, gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione votiva presso il cimitero comunale, trae origine da un affidamento diretto ai sensi del R.D. 2578/1925, per il periodo 01/06/1969 – 31/05/1984 - prima proroga di anni 20 disposta nel 1980 con scadenza 31/05/2000 - seconda proroga di anni 20 disposta nel 1986 con scadenza 31/05/2020 - terza proroga di anni 10 disposta nel 1999 con scadenza 31/05/2030.

In tale prospettiva, va rilevato che, in base a quanto unanimemente sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa – tesi, questa, condivisa dal Comune - il servizio in questione rappresenta un servizio pubblico locale a rilevanza economica (cfr. *ex multis* Cons. Stato sent. n. 1893/2006; Cons. Stato sent. n. 1600/2008; Cons. Stato sent. n. 5409 del 2012; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 11.2.2011, n. 450; T.A.R. Lombardia, Milano, 31.5.2012 n. 1499). Di conseguenza, come disposto dal comma 26 dell’articolo 34 del decreto-legge n. 179/2012, c.d. decreto sviluppo II, convertito con modificazioni dalla legge n. 221/2012 esso soggiace alle regole comunitarie e nazionali in materia di affidamenti di servizi pubblici locali di rilevanza economica ed essendo tale servizio espunto dal decreto ministeriale 31 dicembre 1983, che definiva i servizi pubblici locali a domanda individuale, si rinviene nella "concessione di pubblico servizio" (art 30 del D.lgs. 163/2006 smi) e qualora ne ricorrano le condizioni "lavori, servizi e forniture in economia" (art 125 del D.lgs. 163/2006 smi) la corretta modalità di affidamento dell’attività di illuminazione votiva di aree

cimiteriali con la conseguenza che il Comune è tenuto alla redazione della presente relazione anche con riferimento al servizio di cui trattasi.

IL CONTESTO NORMATIVO DI RIFERIMENTO E LA NON CONFORMITA' DELL'AFFIDAMENTO ATTUALMENTE IN ESSERE RISPETTO AI REQUISITI PREVISTI DALL'ORDINAMENTO EUROPEO

L'art. 34 (*«Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni»*), c. 20 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, recante *«Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese»*, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, prescrive come detto agli enti locali interessati alla gestione di un servizio pubblico locale di far sì che l'affidamento del predetto servizio sia effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito *internet* dell'ente affidante, che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste, mentre il successivo c. 21 della medesima disposizione normativa stabilisce che *«Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20»*.

In ragione di quanto stabilito dalla previsione normativa da ultimo richiamata, pertanto, il Comune di Bottanuco risulta tenuto a verificare se l'affidamento in questione sia o non conforme ai principi desumibili dall'ordinamento comunitario, essendo obbligato l'ente locale, in ipotesi di mancata conformità dello stesso, a ricondurre a legalità la relativa gestione eventualmente contraria ai principi desumibili dal predetto ordinamento comunitario.

In tale prospettiva, va segnalato che, in base alla normativa di settore, la gestione in essere nel cimitero del Comune (assentita come detto senza gara e, da ultimo, con atto di rinnovo del 1999) viene allo stato assicurata in regime di fatto e in assenza di un valido titolo giuridico, e ciò alla luce della circostanza che, come detto, l'affidamento in parola risulta esser stato assentito senza gara ed ad una Società non a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, non potendo pertanto lo stesso beneficiare della più favorevole disciplina (in materia di perdurante efficacia degli affidamenti diretti) recata dal c. 22 dell'art. 34 cit., laddove è stabilito che *«Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020»*.

In forza di quanto sopra rilevato, posto che la gestione in essere all'interno del cimitero Comunale risulta assicurata in regime di mero fatto e in assenza di un valido titolo giuridico, considerato altresì che la stessa – in quanto assentita in via diretta in favore di un soggetto che non soddisfa alle condizioni prescritte neppure ai fini del ricorso all'*in house providing* – non risulta conforme ai principi desumibili dall'ordinamento comunitario, il Comune risulta *ex lege* tenuto ad adottare ogni e più opportuna determinazione al fine di ricondurre a legalità l'attività gestionale di cui trattasi, e ciò in considerazione del fatto che **la gestione in essere nel cimitero del Comune di Bottanuco non risulta conforme rispetto ai principi desumibili dall'ordinamento comunitario in materia di modalità di assegnazione (e gestione) di un servizio pubblico locale.**

Le considerazioni sopra sviluppate determinano, all'evidenza, non solo la contrarietà dell'affidamento di cui trattasi rispetto ai principi desumibili dall'ordinamento comunitario in materia di assegnazione di un servizio pubblico locale, ma anche il fatto che la gestione in parola **risulta destinata a perdere efficacia entro il corrente anno 2013**, e ciò alla luce di quanto

stabilito dal predetto d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 221/2012, il quale all'art. 34, c. 21 stabilisce che «*Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. [...] Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013*».

LA NECESSITA' DI UN NUOVO AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE VOTIVA, DA OPERARE CONFORMEMENTE AI PRINCIPI DESUMIBILI DALL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

Una volta verificata la mancata conformità dell'affidamento del servizio di illuminazione votiva esistente all'interno del cimitero comunale rispetto ai principi desumibili dall'ordinamento comunitario, nonché appurata la circostanza che, a termini di legge, tale affidamento risulta destinato a cessare di avere qualsivoglia efficacia giuridica a far data dal 31 dicembre 2013, deriva la necessità, per il Comune di Bottanuco, di procedere ad una nuova assegnazione del servizio in questione, da operare nel rispetto di quanto stabilito dalla normativa di settore.

A tal proposito, va evidenziato che la norma (comma 26 dell'art. 34), così come formulata, e data anche la sua premessa, non può che comportare l'applicazione - al servizio di illuminazione votiva - dell'intera disciplina fissata per gli appalti pubblici di servizi e, in particolare, delle procedure di gara di cui al d.lgs. n. 163/2006.

Si osserva infine come prima dell'indizione di una nuova gara pubblica sarà necessario il passaggio di proprietà in favore del Comune dell'impianto di illuminazione votiva. Giova ricordare la sentenza del Consiglio di Stato, sent. n. 3604 del 14.06.2011 "*l'effettiva consegna degli impianti non può che precedere il successivo affidamento del servizio e come si tecnicamente arduo, se non impossibile, immaginare l'indizione di una gara contestualmente al provvedimento di riscatto, senza avere sui tempi di esecuzione del provvedimento, sulla consistenza dei beni e, quindi, su elementi in base ai quali vanno redatti gli atti della gara*".

Bottanuco, giovedì 19 dicembre 2013

IL RESPONSABILE DEL SETTORE TECNICO
(PAGANELLI Geom. Moris)