**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso r.g.n. 6854/2009, proposto dalla:

Epis Felice s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Enzo Robaldo e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via del Mascherino, 72;

contro

Comune di Brembate di Sopra, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Giavazzi e Carmen Petraglia, con domicilio eletto presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lombardia, Brescia, sezione II, n. 01509/2009, resa tra le parti e concernente la determinazione delle modalità di gestione del servizio d'illuminazione votiva cimiteriale.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Brembate di Sopra;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2010, il Consigliere di Stato Aldo SCOLA ed uditi, per le parti, l'avv. Robaldo e l'avv. Paviotti, per delega dell'avv. Giavazzi;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

A) - Il comune di Brembate di Sopra, con delib. C.c. 11 aprile 2007 n. 24, prendeva atto della circostanza "che la concessione per il servizio di illuminazione votiva elettrica cimiteriale affidata all'impresa Epis Felice S.n.c. [da leggersi propriamente "Epis Felice S.r.l."...] è scaduta in data 31 dicembre 2006" e stabiliva di procedere a pubblica gara per riaffidarla ex art. 113, comma 15-bis, t.u.e.l., per cui tutte le concessioni di servizi pubblici locali non attribuite mediante gara - il che era pacifico per la concessione in esame - cessavano per legge alla data indicata e dovevano essere riattribuite con lo strumento della pubblica evidenza.

La Epis Felice, dunque, impugnava detta deliberazione per:

1) violazione dell'art. 7, legge n. 241/1990, per omesso preavviso procedimentale;

2) violazione dell'art. 113, comma 15-bis, t.u.e.l. citato, in quanto l'attività da essa disimpegnata sarebbe stata riconducibile non già ad una concessione di servizio pubblico, ma piuttosto di costruzione e gestione, in quanto essa avrebbe in primo luogo predisposto, e solo in seguito e per conseguenza gestito un'opera pubblica, ovvero l'impianto elettrico capace d'illuminare, in luogo di candele, i sepolcri su richiesta dei parenti dei defunti o di altri interessati; donde la deliberazione recante un'implicita pronuncia di decadenza, ma permeata di una presumibile volontà ritorsiva, non avendo l'amministrazione aderito ad una richiesta di adeguamento delle pertinenti tariffe;

3) ulteriore violazione dell'art. 113, citato comma 15-bis, in quanto l'attività svolta, pur volendola considerare come di pubblico servizio, non avrebbe potuto rientrare fra quelle attinenti ai pubblici

servizi locali perché tali, nell'ambito dei servizi mortuari, sarebbero solo quelli di trasporto funebre, ex r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578;

4) ancora violazione dell'art. 113, comma 15-bis citato, perché la concessione in essere, quand'anche di pubblico servizio, sarebbe stata attribuita mediante gara, in quanto all'epoca della sua assegnazione il comune avrebbe legittimamente proceduto a trattativa privata, per assenza sul mercato di altre ditte in grado di svolgere l'attività.

Con apposita memoria, la società ricorrente ribadiva le proprie ragioni.

B) - Si costituiva in giudizio l'amministrazione comunale intimata, resistendo, anche con memoria illustrativa, al ricorso, poi respinto dai primi giudici, con sentenza prontamente impugnata dalla società soccombente Epis Felice, che prospettava i seguenti accorpabili motivi, poi ribaditi pure in apposita memoria finale:

1) violazione degli artt. 1, 2, 3 e 7, legge n. 241/1990; dell'art. 97, Cost.; dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000; eccesso di potere per travisamento dei fatti, omessa istruttoria e vizio di motivazione, per l'omesso preavviso procedimentale relativo al venir meno del rapporto concessorio di costruzione e gestione di un impianto non preesistente (e non di pubblico servizio) dell'attuale valore di oltre euro 131.000,000, per il quale la parte privata aveva avviato rilevanti investimenti e mobilitato significative risorse (anche per la particolare alea di tale rapporto, concernente ogni tomba o sepolcro presente nel cimitero), senza possibilità di avvalersi dell'art. 21-octies, legge n. 241/1990 (cfr. C.S., sezione V, dec. n. 17/2009, per un caso relativo ad un aggiudicatario provvisorio di una gara pubblica);

2) violazione degli artt. 3, comma 8, 30, 142 e 143, d.lgs. n. 163/2006; degli artt. 113 e 113-bis, d.lgs. n. 267/2000; degli artt. 2 e 19, legge n. 109/1994; degli artt. 1, 2 e 3, legge n. 241/1990; degli artt. 1, 2 e 15, legge reg. n. 26/2003, non contemplante l'attività in questione; del r.d. n. 2578/1925, annoverante tra i servizi mortuari solo i trasporti funebri (con inumazione, tumulazione, esumazione, estumulazione, autopsia e cremazione), mentre quelli cimiteriali comprenderebbero pulizia, manutenzione e giardinaggio; eccesso di potere per contraddittorietà, irrazionalità, perplessità, manifesta ingiustizia, travisamento dei fatti, vizio di motivazione e difetto istruttorio, in relazione ad una fattispecie (comunque preceduta da una pubblica gara ufficiosa, in esito alla quale la Epis Felice sarebbe risultata come l'unica impresa idonea a svolgere la discussa attività) di volta in volta descritta come "appalto di lavori", "concessione di costruzione e gestione" (nella specie, locuzione asseritamente preferibile secondo la pronuncia 12 aprile 2000 della Commissione U.E., per il collegamento strumentale tra la gestione del servizio e l'esecuzione dei lavori, previo reperimento dei necessari mezzi finanziari: cfr. C.S., sezione VI, dec. n. 6838/2000), "concessione di beni", "appalto di servizi" o "concessione di servizi", ma da configurarsi comunque solo in base agli effettivi elementi costitutivi della stessa (cfr., oltre a vari contributi di dottrina: C.S., sezione IV, dec. n. 537/2005; A.n.c.i., parere 29 gennaio 2009; Autorità per la vigilanza sui pubblici contratti, determinazione 15 aprile 2008), esclusa ogni ravvisabilità dei caratteri dell'affidamento di pubblici servizi locali (come invece emergerebbe dal d.m. 31 dicembre 1983);

3) domanda cautelare (poi abbandonata) e richiesta risarcitoria per danno emergente e lucro cessante, da precisarsi in corso di causa.

C) - Il comune appellato si costituiva in giudizio ed eccepiva (pure in apposita memoria conclusiva) non essersi inviato il preavviso procedimentale, trattandosi di attività vincolata per legge (v. art. 21-octies, legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 14, legge n. 15/2005), in relazione ad una concessione di servizi d'illuminazione elettrica votiva (cfr. C.S., sezione , dec. n. 1600/2008), in cui l'opera risulterebbe strumentale (mentre si avrebbe una concessione di costruzione e gestione solo ove il servizio reso le fosse strumentale: il che esulerebbe dalla fattispecie); non essersi provato alcun danno risarcibile, neppure ex art. 2729, c.c. (cfr. C.S., sezione V, dec. n. 842/2009), sotto forma di responsabilità contrattuale, precontrattuale od extracontrattuale da fatto illecito, tanto meno in relazione al nesso di causalità ed al profilo soggettivo (dolo o colpa).

All'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione, dopo l'abbandono della connessa domanda cautelare.

DIRITTO

I) - L'appello è infondato e va respinto, dovendosi condividere quanto affermato dai primi giudici nell'impugnata pronuncia.

Va premesso che l'impresa soccombente ipotizzava trattarsi di concessione di costruzione e gestione (a proprio rischio) o di lavori pubblici, non disciplinata dall'art. 13, comma 15-bis, d.lgs. n. 267/2000, contemplante l'automatica cessazione al 31 dicembre 2006 per quelle rilasciate senza l'uso di procedure di pubblica evidenza, individuata dal comune di Brembate di Sopra per realizzare un impianto elettrico votivo (v. delib. n. 19/1969) non previo contratto d'appalto ma in regime concessorio (sorto il 20 ottobre 1969 e destinato a durare 15 anni, fino al 31 ottobre 1984), con corrispettivo diritto di gestire (mediante supervisione e manutenzione) l'impianto (destinato a rimanere di proprietà della Epis Felice per tutta la durata del rapporto concessorio, per poi divenire di proprietà comunale) e le opere realizzate, grazie al pagamento di un canone di allacciamento, da parte degli utenti, stabilito dal comune stesso che, nel 1979, chiedeva all'attuale appellante di ampliare l'impianto per l'intervenuta realizzazione di 120 nuovi loculi.

La Epis Felice proponeva al comune di prorogare il rapporto per altri vent'anni a far tempo dal 1979, con un lieve aumento del canone (cfr. delib. n. 55/1979: nuova scadenza al 30 giugno 1999).

Nel 1988 il comune chiedeva un ulteriore ampliamento alla concessionaria, che esigeva per contro una proroga di ulteriori 20 anni (cfr. delib. n. 38/1989, con aggiornamento dei canoni e scadenza al 30 giugno 2009, come da stipulazione del 6 febbraio 1991).

Nel 1997 il comune chiedeva ancora un nuovo ampliamento (in termini di estensione e sistemazione), in rapporto a 180 loculi ed 80 ossari da poco realizzati, mentre la Epis proponeva in cambio un aggiornato tariffario per poter far fronte alla richiesta: con delib. n. 16/1998 il comune prorogava la scadenza al 31 dicembre 2035 (ulteriori anni 16,5, di fronte ai 19,5, richiesti dalla concessionaria insieme a canoni adeguati), sottoscrivendo le parti un apposito contratto di proroga concessoria.

L'8 gennaio 2002 la Epis Felice chiedeva un aggiornamento dei canoni del 16%, che il comune riduceva all'8% in data 11 gennaio 2002: diatriba che si trascinava anche nel 2003 e nel 2004 (anno di affidamento di ulteriori lavori del medesimo genere alla concessionaria), come da nota dell'Epis Felice in data 9 novembre di detto ultimo anno, richiamante l'art. 19, comma 2-bis, legge n. 109/1994, tutelante l'equilibrio economico-finanziario da garantirsi al concessionario.

La situazione continuava in modo analogo pure nel 2005 e nel 2006, quando il comune chiedeva ancora una volta nuove lavorazioni per loculi fuori terra e nuovi impianti (v. delib. n. 2357/2006), che sarebbero stati pagati alla Epis Felice a presentazione di fattura: la concessionaria non accettava tale forma di pagamento, ritenendo che il rapporto concessorio esigesse una proroga (poi accordata fino al 2045 e non al 2055, come richiesto dall'impresa) od un incremento dei canoni (aggiornabili ad euro 12,50 annui + i.v.a. cadauno, come proposto dalla società, ma ridotti a 9,77 + i.v.a. e poi ricondotti a 10,53 + i.v.a. dal comune).

Infine, con delib. del comune in data 11 aprile 2007 n. 24 (conosciuta solo via internet il 10 maggio 2007, data della diffida al comune ad agire in autotutela, ripristinando la situazione pregressa), la Epis Felice veniva dichiarata decaduta dal rapporto concessorio, in applicazione del cit. art. 113, d.lgs. n. 267/2000, mentre il 10 maggio 2007 il comune notificava la citata deliberazione risolutoria, in cui anticipava che l'indennizzo spettante alla Epis sarebbe stato posto a carico del nuovo gestore, da individuarsi con le tipiche procedure di gara, nelle cui more il servizio avrebbe potuto esserle affidato in economia, comunque, previa immediata sospensione dei lavori commissionati il 16 ottobre 2006.

Il 15 maggio 2007 la concessionaria replicava di considerarsi ancora nella piena disponibilità di molte delle attrezzature in opera e di non poter permettere alcun subentro meno che regolarmente attuato.

II) - In data 22 maggio 2007 il comune ribadiva la propria posizione, ritenendo trattarsi di concessione di servizi e non di costruzione e gestione, sulla falsariga di quella giurisprudenza amministrativa (cfr. C.S., sez. V, dec. 19 febbraio 2004 n. 679) che il collegio condivide, secondo cui l'art. 113, comma 15-bis, t.u.e.l., citato, sancisce la scadenza al 31 dicembre 2006 di tutte le concessioni di servizi pubblici locali rilasciate con procedure diverse da quelle a pubblica evidenza e ciò per diretta volontà legislativa, senza necessità di alcuna deliberazione dell'ente affidante: nella specie, quindi, si era soltanto preso atto di quanto disposto legislativamente, senza alcun autonomo effetto provvedimentale, per il quale si potesse configurare la necessità di un apposito procedimento e, quindi, del relativo preavviso.

Inoltre, per costante giurisprudenza (cfr. C.S., sez. V, 5 dicembre 2008 n. 6049, pur contemplante un impianto preesistente al sorgere del rapporto concessorio tra privato ed ente pubblico, il che peraltro non modifica i sostanziali termini della questione), 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.

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 ed il loro collegamento ad un punto luce per ciascuna sepoltura) sono solo quelle ordinariamente necessarie a svolgere il servizio medesimo, senza assunzione di un particolare rilievo od impegno economico.

Per di più, il d.m. 31 dicembre 1983 classifica in modo esplicito, come servizio pubblico locale, l'illuminazione votiva nel proprio articolo unico, al punto 18, ultima parte, per cui correttamente l'ente locale aveva ritenuto la concessione in esame come sottoposta alla richiamata previsione normativa, contemplante la scadenza delle concessioni non affidate mediante gara, senza in alcun modo considerare le ragioni per le quali alla gara a suo tempo non si sarebbe fatto ricorso.

In tale condivisibile prospettiva una difforme interpretazione avrebbe vanificato l'efficacia della norma, in quanto, al di là dei casi, comunque residuali, di attribuzione illegittima, una concessione in passato attribuita senza pubblica gara, nella specie, sarebbe risultata tale nel rispetto delle norme allora vigenti, così rendendo all'epoca possibile l'impiego della trattativa privata.

Conclusivamente, l'appello va respinto, con salvezza dell'impugnata sentenza ed esclusione di ogni esaminabile pretesa risarcitoria (priva di fondamento, per la riscontrata legittimità dei provvedimenti a suo tempo impugnati), mentre le spese e gli onorari del giudizio di seconda istanza seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione V, respinge l'appello e condanna l'appellante società EPIS FELICE a rifondere al comune di Brembate di Sopra spese ed onorari del secondo grado di giudizio, liquidati in complessivi euro cinquemila/00, oltre ai dovuti accessori di legge.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2010, con l'intervento dei signori giudici:

Stefano Baccarini, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/03/2010