

Publicato il 11/08/2025

N. 00757/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00173/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 173 del 2025, proposto da Epis Felice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG N.D., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco De Marini, Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Scanzorosciate, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Bergamo Servizi Cimiteriali S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione a contrarre «ed aggiudicazione appalto sperimentale per la gestione dei cimiteri comunali per il periodo dal 01/01/2025 al 31/12/2026 – Ditta Bergamo Servizi Cimiteriali S.r.l.» n. 4/155/751 Registro Generale del 27/12/2024 con la quale il Comune di Scanzorosciate ha affidato direttamente alla società Bergamo Servizi Cimiteriali S.r.l. il servizio di gestione dei cimiteri comunali;

- di ogni altro provvedimento presupposto, consequenziale e/o connesso ed in particolare, laddove occorrer possa, degli eventuali provvedimenti -non noti - di assunzione materiale e di apprensione dei beni di proprietà della ricorrente;

nonché

per la declaratoria di nullità, annullamento e/o per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio.

e per la condanna

dell'Ente resistente e della società controinteressata al risarcimento in forma specifica ovvero, in via subordinata, per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Scanzorosciate;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2025 la dott.ssa Beatrice Rizzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Epis Felice s.r.l. è una società operante nel settore dell'illuminazione votiva, nell'ambito della quale svolge attività di installazione di impianti elettrici e di distribuzione di energia elettrica per lampade votive, nonché di gestione dei servizi affini.

2. Con contratto rep. N. 246 del 5.6.1975, successivamente prorogato, con contratto rep. n. 156 del 22.11.1983, sino al 31/03/2023, il Comune di Scanzorosciate ha affidato alla Epis Felice S.r.l. la concessione del servizio di illuminazione votiva presso i cimiteri di Scanzorosciate e delle frazioni di Gavarno e Tribulina.

3. Nel corso del rapporto concessorio la Epis Felice ha realizzato consistenti lavori di ampliamento degli impianti, a suo dire non ammortizzati, né ammortizzabili.

4. Con separato contratto rep. N. 291 del 14.06.2011 il Comune, dato atto che la Epis Felice era già concessionaria del servizio di illuminazione votiva dei cimiteri cittadini, ha affidato alla società anche l'installazione e la conduzione di pannelli fotovoltaici presso il Cimitero di Scanzo.

5. Con tale ultimo contratto le parti hanno previsto che la durata di siffatta concessione avrebbe dovuto essere pari ad anni 20 (dunque sino al 14.06.2031), corrispondente al periodo di ammortamento dell'investimento da effettuarsi a cura della concessionaria per l'installazione dell'impianto fotovoltaico, e che, nondimeno, il rapporto concessorio sarebbe cessato alla scadenza della correlata concessione relativa al servizio di illuminazione votiva (ovvero al 31.3.2023), prevedendo altresì *“l'accollo al subentrante del valore residuo non*

ammortizzato e dell'indennità di riscatto come previsto dall'art. 10 comma 2 del DPR 168/2010; al subentrante incorrerà l'onere di manutenzione e conduzione dell'intero impianto fotovoltaico e del solaio di supporto, oltre al versamento del canone annuo, per i restanti 7 anni fino alla conclusione del rapporto ventennale”.

6. In prossimità della scadenza delle concessioni, la società ha trasmesso all'Ente il calcolo, corredato dalla relativa documentazione, della quota dell'investimento non ammortizzato sia con riferimento alla concessione del servizio di illuminazione votiva, sia con riguardo alla concessione di costruzione, manutenzione e conduzione dell'impianto fotovoltaico.

7. Con Deliberazione di Giunta n. 51 del 30/03/2023, il Comune ha prorogato la concessione del servizio di illuminazione votiva, nonché la concessione della manutenzione e conduzione dell'impianto fotovoltaico sino al 31.12.2024.

8. Con comunicazione del 13.5.2023, Epis Felice s.r.l. ha acconsentito alla prosecuzione delle concessioni, preannunciando che entro il termine del 31.12.2024 avrebbe trasmesso all'Ente la contabilità inerente ai lavori di ampliamento degli impianti ed ai lavori di carattere straordinario eseguiti nel corso della gestione, oltre che la contabilità relativa alla gestione dell'impianto fotovoltaico, evidenziando altresì che le somme dovute avrebbero dovuto essere corrisposte *“dal Comune e comunque dal subentrante prima della devoluzione della concessione, con obbligo del Comune di inserire detto indennizzo nella documentazione di gara redigenda a cura di codesta Amministrazione”*

9. In data 28.10.2024, la società ha predisposto il calcolo aggiornato delle somme non ammortizzate, pari ad euro 39.613,24 per i lavori di ampliamento svolti nell'ambito della concessione di illuminazione votiva e ad euro 119.344,78 per l'installazione dell'impianto fotovoltaico, da porre a carico dell'eventuale soggetto subentrante.

10. Con determinazione n. 155 del 27.12.2024 avente ad oggetto *“Determinazione a contrarre ed aggiudicazione appalto sperimentale per la gestione dei cimiteri comunali per il periodo dal 01/01/2025 al 31/12/2026 - ditta bergamo servizi cimiteriali srl.”*, il Comune di Scanzorosciate ha disposto l'affidamento diretto alla Bergamo Servizi Cimiteriali S.r.l. del servizio di gestione dei cimiteri comunali dei servizi cimiteriali, compreso il servizio di illuminazione votiva per l'importo complessivo di € 92.000,00 (IVA inclusa) per il periodo dal 01/01/2025 al 31/12/2026.

11. Con ricorso notificato il 27.1.2025, successivamente depositato, Epis Felice s.r.l. ha impugnato la determinazione comunale n. 155/2024 chiedendone l'annullamento, instando per la dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato nonché per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica ed in via subordinata per equivalente economico.

12. Il gravame è affidato ai seguenti motivi.

Con il primo motivo la ricorrente deduce vizi di violazione di legge (art. 24 R.D. n. 2578/1925; art. 10 D.P.R. 168/2010; art. 19 D.Lgs. 201/2022; art. 191 D.Lgs. 36/2023; artt. 832 c.c.; artt. 41

e 42 Cost.); travisamento e carenza dei presupposti; eccesso di potere per sviamento; carenza di istruttoria ed omessa motivazione. Lamenta l'illegittimità del provvedimento impugnato per non aver preventivamente quantificato l'importo degli investimenti non ammortizzati e per non averli riportati nella determina di affidamento del nuovo servizio alla Bergamo Servizi Cimiteriali.

In ragione dei lavori effettuati su richiesta dell'Ente nel corso del rapporto concessorio, la società avrebbe maturato il diritto all'indennizzo del valore degli impianti non ammortizzato (corrispondente ad un importo di euro 39.613,24); sarebbe illegittima la pretesa dell'Ente di acquisire i predetti impianti e devolverli a terzi in assenza di un formale provvedimento che riconosca il diritto a tale indennizzo e lo ponga a carico del soggetto terzo subentrante. Con riferimento ai lavori svolti in esecuzione della concessione del 2011, l'illegittimità del provvedimento deriverebbe, oltre che dalla violazione delle disposizioni normative sopra indicate, anche dalla violazione delle pattuizioni contrattuali.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta vizi di violazione dell'art. 187 D. Lgs. 36/2023, eccesso di potere per difetto dei presupposti; difetto di istruttoria; sviamento: ove l'affidamento fosse qualificato come concessione di servizio pubblico, lo stesso non poteva essere disposto tramite affidamento diretto, ma avrebbe richiesto la pubblicazione del bando o la procedura negoziata con almeno dieci operatori economici.

Con il terzo motivo la ricorrente deduce l'illegittimità della determina per violazione e falsa applicazione dell'art. 42 del D. Lgs. n. 267/2000 (TUEL), eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di potere ed incompetenza: qualora l'affidamento dovesse qualificarsi come appalto di servizi, il provvedimento impugnato sarebbe viziato per incompetenza, in quanto il passaggio dal modello concessorio sinora adottato dal Comune per l'affidamento del servizio al modello di affidamento tramite appalto avrebbe richiesto una preventiva delibera del Consiglio Comunale ai sensi dell'art. 42, comma secondo, lett. e), del TUEL.

13. Il Comune di Scanzorosciate si è costituito in giudizio depositando una memoria con la quale ha insistito per il rigetto del ricorso, ed ha depositato il capitolato speciale d'appalto per l'affidamento del servizio, sostenendone la qualificazione come contratto di appalto, o al più come contratto misto di appalto e concessione, ma non certo come concessione di servizi.

Ad avviso del Comune, dalla qualificazione del contratto come appalto e non come concessione discenderebbe l'infondatezza del secondo motivo di ricorso inerente alla violazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici che vietano l'affidamento diretto per le concessioni di servizi pubblici locali. In ogni caso, anche volendo qualificare l'affidamento in questione come appalto di servizi, non sarebbe stata necessaria una previa delibera consiliare, richiesta solo qualora venisse mutato il modello di affidamento (ad esempio dal ricorso al mercato all'autoorganizzazione mediante affidamento in house) ma non anche ove venga mutato solo lo strumento di affidamento (appalto in luogo di concessione).

14. In prossimità dell'udienza pubblica di trattazione del ricorso le parti hanno depositato le memorie ex art. 73 c.p.a..

15. Con la memoria del 30.6.2024 il Comune Scanzorosciate ha eccepito l'incompetenza del TAR a decidere sulla controversia, operando nella fattispecie la clausola arbitrale prevista dal contratto di concessione del 1975.

16. Epis Felice s.r.l. ha eccepito la tardività della memoria, in quanto depositata oltre le ore 12 dell'ultimo giorno utile ed ha espressamente dichiarato di non accettare il contraddittorio su tale questione.

17. All'udienza pubblica del 16 luglio 2023 la causa è passata in decisione.

18. Reputa il Collegio che le questioni oggetto di controversia debbano essere esaminate secondo il seguente ordine.

19. In primo luogo, occorre stabilire se la memoria del Comune resistente sia o meno tardiva: ove infatti la memoria fosse tempestiva, andrebbe esaminata l'eccezione di incompetenza di questo TAR per la dedotta operatività della clausola arbitrale.

20. In secondo luogo, è necessario verificare se il contestato affidamento del servizio di illuminazione votiva e di gestione dell'impianto fotovoltaico sia qualificabile alla stregua di una concessione o piuttosto di un appalto di servizi. Nella seconda ipotesi, occorrerebbe esaminare con priorità la questione di incompetenza dedotta con il terzo motivo di ricorso, secondo i principi posti da AP n. 5/2015.

21. Con riferimento alla prima questione, va evidenziato che il comma 4 dell'art. 4 dell'all.to 2 al d.lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.), come modificato dall'art. 7, d.l. 31 agosto 2016, n. 168, ha previsto che *“È assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24:00 dell'ultimo giorno consentito. Il deposito è tempestivo se entro le ore 24:00 del giorno di scadenza è generata la ricevuta di avvenuta accettazione, ove il deposito risulti, anche successivamente, andato a buon fine. Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12:00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo”*.

21.1. Al riguardo, il Collegio ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale *“tale norma va interpretata nel senso che il deposito con il processo amministrativo telematico (Pat) è possibile fino alle ore 24.00 ma se effettuato l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dal comma 1 dell'art. 73 c.p.a., ove avvenga oltre le ore 12 (id est, l'orario previsto per i depositi prima dell'entrata in vigore del Pat), si considera – limitatamente ai fini della garanzia dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche – effettuato il giorno successivo, ed è dunque tardivo. In altri termini, il termine ultimo di deposito alle ore 12 permane, anche all'indomani dell'entrata in vigore del Pat, come termine di garanzia del contraddittorio tra le parti e della corretta organizzazione del lavoro del Collegio giudicante”*

(cfr. Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2018, n. 3136, Cons. Stato, sez. IV, 13 dicembre 2020, n. 1137).

21.2. Facendo applicazione di tali principi, va dato atto del deposito tardivo della memoria da parte del Comune di Scanzorosciate, in quanto effettuato il 30.6.2025, ultimo giorno utile, alle ore 21.25, dunque oltre il termine delle ore 12.00.

21.3. La memoria va pertanto espunta dal fascicolo, il che esclude la possibilità di esaminare l'eccezione di incompetenza di questo Tribunale, attesa peraltro la non rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di compromesso (cfr. Cass. Civ., ord., 28/02/2019 n. 15300 che richiama Cass. 06/11/2015, n. 22748, secondo cui *“l'eccezione di compromesso ha carattere processuale ed integra una questione di competenza, che deve essere eccepita dalla parte interessata, a pena di decadenza e conseguente radicamento presso il giudice adito del potere di decidere in ordine alla domanda proposta, nella comparsa di risposta e nel termine fissato dall'art. 166 c.p.c. Nè la competenza arbitrale, quanto meno in questioni incidenti su diritti indisponibili, può essere assimilata alla competenza funzionale, così da giustificare il rilievo officioso ex art. 38 c.p.c., comma 3, atteso che essa si fonda unicamente sulla volontà delle parti, le quali sono libere di scegliere se affidare la controversia agli arbitri e, quindi, anche di adottare condotte processuali tacitamente convergenti verso l'esclusione della competenza di questi ultimi, con l'introduzione di un giudizio ordinario, da un lato, e la mancata proposizione dell'eccezione di arbitrato, dall'altro”*).

22. Quanto alla seconda delle questioni sopra delineate, il Collegio reputa che l'affidamento oggetto di controversia debba essere qualificato come appalto di servizi e non come concessione.

23. Appare opportuno riepilogare sinteticamente il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

23.1. Partendo dal dato normativo, l'art. 2 lett. b) dell'allegato 1.1. al d.lgs. n. 36/2023 dispone che per “contratti di appalto o «appalti pubblici», si intendono *“i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi”*. Lo stesso art. 2, alla lett. c) definisce i «contratti di concessione» o «concessioni», *“i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*.

23.2. Secondo la costante elaborazione giurisprudenziale che si è occupata di dettare i criteri per distinguere le due tipologie negoziali, un contratto di concessione è generalmente caratterizzato dalla presenza dei seguenti elementi: a) assunzione da parte del concessionario del rischio operativo, caratterizzato dalla traslazione al gestore dell'incertezza sull'utilità economica dell'erogazione del servizio; b) somministrazione del servizio a favore della

generalità dell'utenza e non solo della p.a.; c) il corrispettivo coincide unicamente con il diritto di sfruttare economicamente il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

In altri termini, *“la caratteristica principale della concessione, ossia l'autorizzazione a gestire o sfruttare un'opera o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati ed i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi”, rischio dal quale il concessionario si garantisce “rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa (così, in motivazione, Cass. Sez. 5, ord. n. 16889 del 2020, cit.; analogamente Cass. sez. 6-3, ord. n. 9139 del 2015, cit.)”* (Cass. Civ., sez. III, 11 aprile 2024, n. 9818).

Tale aspetto è confermato dall'art. 177 del nuovo codice dei contratti pubblici, il quale prevede che *“L'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi”*.

In conclusione, la *“linea di demarcazione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi (per il resto accomunati sia dall'identica qualificazione in termini di «contratti» che dall'omologia dell'oggetto materiale dell'affidamento) è netta, poiché l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione di servizi, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, ed infine non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario (così, nuovamente, Cass. Sez. 6-3, ord. n. 9139 del 2015, cit., che richiama le conclusioni raggiunte, nel medesimo senso dalla giurisprudenza dell'Unione Europea, in particolare CGUE, sent. 13 ottobre 2005, Parking Brixen GmbH, in C-458/03; in senso conforme si veda anche CUGE, sent. 13 novembre 2008, Commissione c. Repubblica Italiana in C-437/07)* (Cass. Civ., n. 9818/2024, cit.).

24. Tanto premesso in ordine al quadro normativo di rilievo, occorre a questo punto esaminare i contenuti dell'affidamento rinvenibili nel capitolato speciale di appalto.

24.1. L'art. 1 del capitolato rubricato “oggetto dell'appalto” stabilisce che *“Il presente appalto ha per oggetto tutte le prestazioni necessarie per la manutenzione e la conduzione dei cimiteri civici: Capoluogo (Scanzo), fraz. Tribulina, fraz. Gavarno Capitolato d'appalto per la gestione dei cimiteri e loro pertinenze nello stato in cui si trovano, come identificati nella planimetria allegata, compresi i lavori, le forniture e la gestione di tutti i rifiuti urbani cimiteriali, nonché dei rifiuti biodegradabili e non-biodegradabili conferiti nei cassonetti posizionati all'interno del cimitero e da conferire al centro di raccolta comunale posto in via Don Pezzotta. Sono compresi anche la gestione completa della lampada votiva e l'assistenza amministrativa presso gli uffici comunali...”*.

24.2. L'affidamento comprende dunque tre servizi: la manutenzione ordinaria, la gestione (sia esecutiva che amministrativa) e l'illuminazione votiva.

24.3. Per quanto di interesse, le prestazioni inerenti alla gestione e all'esercizio dell'impianto di illuminazione votiva sono specificate all'art. 27, in base al quale sono poste a carico dell'impresa la conservazione e la manutenzione ordinaria dell'impianto, le spese per il consumo dell'energia elettrica e la fornitura di lampadine e porta lampade.

24.4. Quanto alla remunerazione dell'affidamento, l'art. 29 "Importo dell'appalto" stabilisce che *"Il Comune corrisponderà alla ditta appaltatrice l'importo annuo di € 46.000,00= (quarantaseimila), IVA compresa, decurtato del ribasso offerto in sede di gara"*.

24.5. In base alle previsioni negoziali, pertanto, risulta che le prestazioni poste in capo all'affidataria e costituenti oggetto del contratto (tra le quali è esplicitamente menzionata "la gestione completa della lampada votiva") vengono rese in favore dell'Amministrazione e sono remunerate da quest'ultima, senza alcun trasferimento in capo alla società del rischio operativo o del rischio di gestione.

24.6. Ciò consente di escludere, nella fattispecie, la ricorrenza degli elementi tipici della concessione, e di inquadrare l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione del cimitero e del servizio di illuminazione votiva disposto con la determina impugnata nel modello dell'appalto di servizi.

25. Una volta ricondotto l'affidamento del servizio in discussione nel modello dell'appalto di servizi, deve procedersi all'esame del terzo motivo di ricorso con il quale si deduce l'incompetenza del dirigente all'adozione della determina di affidamento in mancanza di una preventiva deliberazione consiliare.

26. Il motivo è fondato.

27. A norma dell'art. 42, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 267 del 2000, il Consiglio comunale ha competenza, tra gli altri atti fondamentali, in relazione all' *"organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione"*.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, il servizio di gestione di illuminazione votiva rientra nell'ambito dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (cfr. ex multis Consiglio di Stato., sez. V, 11 agosto 2010 n. 5620; T.A.R. Napoli, sez. I, 3 febbraio 2015, n. 809).

Al riguardo, l'art. 14 del d.lgs. n. 201/2022 di *"Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"*, stabilisce che *"l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione: a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;.."*.

28. Nell'individuare l'ambito delle competenze riservate all'organo consiliare in materia di servizi pubblici locali, la giurisprudenza amministrativa ha attribuito rilievo al contenuto della convenzione di affidamento del servizio pubblico, evidenziando che *“Se l'atto fondamentale attraverso il quale viene veicolato l'indirizzo politico del Consiglio risulta già adottato, gli adempimenti consequenziali anche di carattere negoziale rimangono nella competenza della Giunta; se, invece, la convenzione attraverso la quale si è originariamente affidato un servizio pubblico subisce modifiche rilevanti, tali da incidere sulle clausole preesistenti ovvero sull'aspetto finanziario della stessa, configurandosi una novazione oggettiva del rapporto contrattuale, la competenza rimane in capo all'organo consiliare”* (T.A.R. Molise, 18 luglio 2018, n. 461; cfr. C.d.S., sez. V, 27 ottobre 2014 n. 5284; Id. n. 338 del 2012; Id. n. 6982 del 2010; Id., sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6358; Id., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 383; Id., sez. V n. 5136 del 2009).

È stato precisato, inoltre, che *“quando non vi sia novazione oggettiva del contenuto della convenzione, la Giunta comunale può deliberare la proroga o il rinnovo della convenzione-concessione di servizio pubblico; viceversa, in caso di novazione oggettiva, la competenza resta in capo al Consiglio comunale”* (TAR Umbria, 9 novembre 2021 n. 920 che richiama T.A.R. Molise, 31 luglio 2020, n. 222; Id., n. 461 del 2018 cit.; C.d.S., sez. III, 15 aprile 2016, n. 1532).

29. Nella fattispecie in esame la variazione del modello di affidamento e il passaggio dalla precedente concessione all'appalto di servizi ha determinato una sostanziale alterazione del rapporto negoziale, integrante una novazione oggettiva dello stesso: oltre ad essere mutata la causa del negozio, l'affidamento del servizio mediante lo schema dell'appalto ha anche in concreto inciso sugli aspetti finanziari della precedente convenzione.

Il precedente contratto di concessione stipulato con la società ricorrente, infatti, non prevedeva alcun esborso a carico del Comune, posto che i costi per l'erogazione del servizio erano remunerati dall'utenza, secondo quanto previsto dagli artt. 5 e 6 del capitolato allegato al contratto di concessione del 5.6.1975 (cfr. doc. n. 2 Comune). Al contrario, il nuovo affidamento comporta per l'ente l'obbligo di corresponsione di un corrispettivo.

Nella disciplina dei servizi pubblici locali, peraltro, viene in rilievo l'art. 15 del d.lgs. 201/2022, richiamato dall'art. 14, secondo cui, nell'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica gli enti locali e gli altri enti competenti affidano il servizio *“secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo, ove possibile in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore”*.

È evidente dunque che, in relazione ai servizi pubblici locali, i due modelli di affidamento (concessione o appalto) non si pongano su un piano di parità, attesa la preferenza legislativa per la concessione, il che induce a ritenere che la scelta di variare lo strumento di affidamento (dalla concessione all'appalto), costituendo una novazione del rapporto che comporta un radicale mutamento del modello organizzativo del servizio, rientra nelle competenze dell'organo consiliare non potendo essere ricompresa tra le funzioni dirigenziali.

30. In conclusione, la scelta di affidare a terzi il servizio di illuminazione votiva tramite appalto, in sostituzione della precedente convenzione di concessione, risalente peraltro al 1975 e prorogata sino al dicembre 2024, si appalesa illegittima in quanto effettuata con determina dirigenziale, in violazione dell'art. 42 co. 2 lett. e) d.lgs. n. 267/2000.

31. Va pertanto accolto il terzo motivo di ricorso, cui, secondo i principi espressi da A.P. n. 5/2015, consegue l'assorbimento delle ulteriori censure.

32. Deve dunque disporsi l'annullamento dell'impugnata determina dirigenziale n. 155 del 27.12.2024, nella parte in cui dispone l'affidamento diretto in favore di Bergamo Servizi Cimiteriali s.r.l. del servizio di illuminazione votiva, ciò conformemente all'interesse della ricorrente, in capo alla quale non sussiste alcun interesse all'annullamento dell'atto nella parte in cui dispone l'affidamento dei restanti servizi di manutenzione e di gestione esecutiva ed amministrativa del cimitero.

33. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono poste a carico del Comune resistente nella misura fissata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla in parte qua il provvedimento impugnato, nei sensi e nei termini precisati in motivazione.

Condanna il Comune di Scanzorosciate a rifondere in favore della ricorrente le spese di lite, che si liquidano in € 4.000,00 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Alessandro Fede, Referendario

Beatrice Rizzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Beatrice Rizzo

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci