

N. 02716/2014REG.PROV.COLL.

N. 06574/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6574 del 2011, proposto da:
S.I.L.V.E. S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Annalisa Lauteri e Leonardo Limberti, con domicilio eletto presso Annalisa Lauteri in Roma, via Panama, 58;

contro

Comune di Piombino, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Renzo Grassi, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Caso in Roma, via Savoia, 72;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, SEZIONE I n. 739/2011, resa tra le parti, concernente gestione servizio **illuminazione votiva** cimiteri comunali di Piombino

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Piombino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Annalisa Lauteri e Renzo Grassi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Comune di Piombino, con deliberazione di consiglio comunale n. 48 del 9 aprile 2010, al fine di garantire una gestione efficiente e assicurare il maggior controllo, oltre che una maggiore economicità del servizio, deliberava a partire

dal 1° gennaio 2010 l'assunzione in via diretta del servizio di gestione degli impianti di **illuminazione votiva** dei cimiteri comunali (estensione della rete, manutenzione ordinaria e straordinaria della stessa, fornitura dell'energia).

Con successiva delibera di giunta (n. 314 dell'8 ottobre 2010), disponeva di avvalersi della società Piombino Patrimoniale s.r.l. ai fini della riscossione dei proventi del suddetto servizio di **illuminazione votiva** ai sensi dell'art. 52 del d. lgs. n. 446 del 1997 e approvava la convenzione da stipulare con la società Piombino Patrimoniale s.r.l.

2.- S.I.L.V.E. S.p.A. (d'ora innanzi Silve) – società che aveva gestito il servizio pubblico di **illuminazione votiva** all'interno dei cimiteri comunali del Comune di Piombino a far data dal 1° gennaio 1988, con durata ventennale fino al 31 dicembre 2008, con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana impugnava la delibera di consiglio comunale n. 48 del 2010, di cui deduceva l'illegittimità per violazione degli artt. 113 e 113 *bis* del d. lgs. n. 267 del 2000 e dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, oltre al vizio di eccesso di potere sotto diversi profili, sulla considerazione che l'assunzione in economia del servizio non fosse consentita dalla disciplina *ratione temporis* applicabile che imponeva che il servizio fosse immesso sul mercato ed affidato con procedura ad evidenza pubblica.

Con motivi aggiunti impugnava la delibera di giunta comunale n. 314 dell'8 ottobre 2010.

3.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, con sentenza n. 739 del 27 aprile 2011 respingeva il ricorso introduttivo ed accoglieva il ricorso per motivi aggiunti.

4.- La società Silve ha impugnato la sentenza del TAR in *parte qua*, assumendone la erroneità, l'illogicità e contraddittorietà alla stregua delle censure dedotte in primo grado e criticamente riproposte.

In sostanza, secondo la società appellante, il servizio di **illuminazione votiva**, qualificato come servizio pubblico a rilevanza economica dalla univoca giurisprudenza ed anche dalla sentenza impugnata, non potrebbe essere sottratto al mercato e alla libera concorrenza attraverso un'operazione di internalizzazione, che sarebbe in palese violazione della disciplina di cui all'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, al tempo vigente.

5.- Si è costituito in giudizio il Comune di Piombino che ha chiesto il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 18 marzo 2014, il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

6.- L'appello è infondato e va respinto.

7.- Il servizio di **illuminazione votiva** rientra tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica e a domanda individuale (cfr. tra tutte, Consiglio di Stato, sez. V, n. 5409 del 2012; sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; 29 marzo 2010, n. 790; 15 aprile 2004, n. 2155; 15 aprile 2004, n. 2155).

Tali sono i servizi pubblici locali che corrispondono ad attività gestite in via generale direttamente dall'ente locale (talvolta per obbligo istituzionale, tal'altra perché rientranti negli scopi che l'ente di volta in volta fa propri), che vengono utilizzate a richiesta dell'utente, che non siano state dichiarate gratuite per legge nazionale o regionale e che non siano a carattere industriale.

Il servizio offerto agli utenti è soggetto al regime delle tariffe e dei prezzi ai fini dell'assicurazione di predeterminati tassi di copertura del relativo costo di gestione, determinati, ove il servizio è svolto dal Comune, con deliberazioni annuali anteriori all'approvazione del bilancio ed a questo allegate ai sensi dell'art. 172 comma 1 lettera c) d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

Questo tipo di servizi era disciplinato dal d.m. 31 dicembre 1983 che, fino all'entrata in vigore dell'art. 34, comma 26 del d.l. n. 179 del 2012 convertito in l. n. 221 del 2012 – comprendeva anche il servizio di **illuminazione votiva**.

Invero, tale servizio, essendo strettamente collegato ai servizi cimiteriali, è stato da sempre attratto nella relativa disciplina (i cimiteri, infatti, ove appartenenti ai comuni, costituiscono demanio pubblico ai sensi dell'art. 824 comma 2 cod. civ. e la relativa costruzione, manutenzione e i servizi correlati individuano spese fisse obbligatorie dei comuni già ai sensi dell'art. 5 comma 1 lettera c) n. 14) del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175, e poi dell'art. 91 comma 1 lettera c) n. 14 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383).

Trattasi, dunque, di un particolare servizio pubblico per il quale non è mai stata posta in discussione la facoltà del Comune della gestione diretta, restando, tuttavia, inderogabile lo strumento della gara pubblica, nell'ipotesi di esternalizzazione del servizio mediante affidamento a terzi (la esternalizzazione normalmente avviene a mezzo

concessione, attesa la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti).

8.- Quanto alla disposizione dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, invocata dalla ricorrente a sostegno dell'asserita illegittima sottrazione al mercato del servizio di cui trattasi, va osservato che l'ampia previsione dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008 - recante la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, caratterizzata dal fatto che essa dettava una regola generale di settore (inerente quasi tutti i predetti servizi, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi), volta a restringere (anche rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie), le ipotesi di affidamento diretto - aveva indotto una parte della giurisprudenza, tra cui la sentenza di questa sezione n. 5409/2012 (richiamata a sostegno delle proprie tesi dalla società appellante), ad interpretazioni estremamente rigorose, che in ossequio alla tutela della concorrenza e del mercato limitavano in maniera drastica forme di gestione dei servizi locali a rilevanza economica diverse dalla esternalizzazione.

Di contrario avviso, invero, vi era altro orientamento giurisprudenziale (cfr. la sentenza di questa sezione n. 552 del 2011 richiamata dal Comune di Piombino e nella sentenza impugnata) che ammetteva la gestione in economia, pur in vigenza dell'art. 23 *bis*, in relazione alla mancanza di un'espressa previsione di divieto nel citato art. 23*bis* e alla scarsa rilevanza economica del servizio di **illuminazione votiva** nei comuni di modeste dimensioni (*"Appartiene alla dimensione dell'inverosimile immaginare che un comune di non eccessiva grandezza non possa gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, esigente solo l'impegno periodico di una persona e la spesa annua di qualche migliaio di euro, laddove l'esborso per potersi procedere a tutte le formalità necessarie per la regolare indizione di una gara pubblica potrebbe essere ben maggiore"*).

Svariate pronunce della Corte Costituzionale (cfr. sentenze n. 199 del 2012, n. 24 del 2011, n. 325 del 2010 quest'ultima con riferimento al modello dell'affidamento *in house*), hanno poi fatto chiarezza sui limiti rivenienti dalla disciplina comunitaria, evidenziandone l'indole meno stringente rispetto a quelli enucleabili dalla disciplina statale di cui all'art. 23 *bis* del d. l. n. 112 del 2008, implicitamente riconoscendo la compatibilità della gestione diretta del servizio in questione anche nella vigenza dell'art. 23 *bis*.

Quanto alla disciplina comunitaria - come rilevato dalla Corte Costituzionale nelle citate sentenze in una con la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. 9 giugno 2009, C-480-06) - mai è stato espressamente ed univocamente affermato che per i servizi pubblici locali di rilevanza economica vi sia per gli enti locali un obbligo assoluto e inderogabile di affidarli a terzi sul mercato con esclusione di ogni forma di gestione diretta (tramite internalizzazione pura e semplice ovvero con il ricorso all'*in house*).

In tale contesto deve ritenersi esente da vizi la impugnata sentenza del TAR Toscana che ha riconosciuto la legittimità della scelta del Comune di Piombino della gestione in economia del servizio di **illuminazione votiva**, pur in vigenza della disposizione di cui all'art. 23 *bis*.

9.- Allo stato, comunque, la questione della portata applicativa dell'art. 23 *bis* del d. lgs. 112 del 2008 non è più attuale.

L'art. 23 *bis*, nel testo risultante dalle modificazioni apportate dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e dall'art. 15, comma 1 *ter* del d. l. n. 135 convertito con modificazioni dalla l. n. 166 del 2009, è stato definitivamente espunto dall'ordinamento a seguito di referendum popolare del giugno 2011 e della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 del d. l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. n. 148 del 2011, che ne aveva sostanzialmente riproposto il testo.

L'abrogazione referendaria dell'art. 23 *bis* del d. l. n. 112 del 2008 (inteso come disposizione che tutela la concorrenza e non come mera disciplina dei servizi pubblici locali), ha reso puramente dialettica la diatriba sui limiti delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, sicché deve ritenersi acclarata la legittimità della internalizzazione, essendo venuto meno il principio con tali disposizioni perseguito della eccezionalità della gestione diretta o in economia per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (cfr. Cons. Stato, sezione VI, 11 febbraio 2013, n. 762).

Trova, invece, applicazione la disciplina comunitaria che, come rilevato dalla stessa Corte Costituzionale, consente agli stati membri di prevedere con determinate cautele la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale (cfr. la già menzionata sentenza n. 325 del 2010).

Parimenti la richiamata Corte di giustizia C-480/06 ha affermato che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incumbenti mediante propri strumenti senza fare ricorso ad entità esterne e che tale modalità non contrasta con la tutela della concorrenza poiché nessuna impresa viene posta in una situazione di privilegio rispetto alle altre.

In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto.

Nella novità delle questioni giuridiche sottese al gravame in trattazione e nelle oscillazioni della giurisprudenza, il Collegio ravvisa le eccezionali ragioni per compensare integralmente fra le parti costituite, a mente del combinato disposto degli artt. 26 c.p.a. e 92, c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado nella parte impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **27/05/2014**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)