



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso r.g.n. 5184/2010, proposto dal:  
comune di San Clemente, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso  
dall'avv. Valeria Mancinelli, con domicilio eletto presso lo studio Gian Marco  
Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

***contro***

G.Paoli Elettroimpianti s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica,  
rappresentata e difesa dagli avv. Annalisa Lauteri e Leonardo Limberti, con  
domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Panama, 58;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, I, n. 00460/2010, resa  
tra le parti e concernente *la gestione diretta del servizio d'illuminazione votiva nei cimiteri  
comunali.*

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della G.Paoli Elettroimpianti s.r.l.;

visti tutti gli atti e documenti di causa;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2010, il Consigliere di Stato Aldo SCOLA eD uditi, per le parti, gli avv.ti Mancinelli e Lauteri;

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

## FATTO

A) - Con ricorso notificato il 18.12.09 e depositato il 23.12.09 la società originaria ricorrente *impugnava* la delib. G.c. n. 123 del 16 settembre 2009, avente ad oggetto "Indirizzo agli uffici per la gestione diretta del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri comunali" e relativi atti allegati, pubblicata all'albo pretorio il successivo 3 novembre 2009, con cui era stato deciso di esercitare nella forma dell'amministrazione diretta la gestione e la manutenzione delle lampade votive all'interno dei cimiteri comunali, censurando il tutto per violazione dell'art. 113, t.u.e.l., e dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112\2008, oltre che per difetto di motivazione e violazione dei principi del giusto procedimento e del buon andamento della p.a..

La gestione dell'illuminazione votiva cimiteriale dovrebbe considerarsi come un servizio pubblico a rilevanza economica: ai sensi dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112\2008, la modalità ordinaria di gestione dovrebbe essere quella dell'affidamento mediante procedure competitive ad evidenza pubblica o, in via eccezionale, quella dell'affidamento a società *in house*, ma giammai mediante la gestione diretta, forse ammissibile in casi straordinari ma previa attenta e scrupolosa motivazione, sulla base di un'analisi di mercato, dando adeguata pubblicità alla scelta e chiedendo un parere all'Autorità garante della concorrenza.

Il comune di San Clemente non si costituiva in giudizio e la vertenza passava in decisione sulle sole conclusioni dell'impresa ricorrente, all'esito della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, avendo i primi giudici ritenuto di dover *accogliere il ricorso con sentenza breve*.

B) - L'art. 113, t.u.e.l., nella sua attuale formulazione, vigente nella parte non in contrasto con l'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, non prevederebbe l'affidamento diretto come modalità di gestione di un servizio pubblico a rilevanza economica, come quello in esame (cfr. C.S., dec. n.1600/2008 e dec. 6049/2008).

Di fronte ad un chiaro dettato normativo, giustificato dalla necessità di applicare la disciplina comunitaria ai servizi pubblici locali a rilevanza economica, la scelta operata dal comune di San Clemente appariva illegittima, con conseguente annullamento della deliberazione impugnata, mediante pronuncia prontamente *gravata* dal comune soccombente in prime cure per travisamento, data la differenza riscontrabile tra gestione diretta (del comune) ed affidamento diretto (ad altri soggetti), che il T.a.r. di Bologna non avrebbe colto, e per violazione dell'art. 113, t.u.e.l., e del cit. art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, conv. legge n. 133/2008, non essendo l'ente locale obbligato a conferire a soggetti esterni il servizio in questione (come pure tutti quelli istituzionali a rilevanza economica, come illuminazione pubblica, assistenza, asili nido, mense scolastiche, scuola-*bus*, biblioteche, impianti sportivi, ecc.: cfr. C.S., sezione V, dec. n. 1600/2008), salvo che voglia farlo mediante procedure ad evidenza pubblica e salva, in subordine, la possibile incostituzionalità della richiamata normativa per contrasto con gli artt. 97, 112 e 114, Cost. (concernenti il buon andamento della p.a., la gestione dei pubblici servizi locali e l'autonomia organizzativa dei comuni), ove diversamente interpretata.

C) - La Paoli Elettroimpianti appellata si costituiva in giudizio ed *eccepiva* (ferma la possibilità di un affidamento diretto a società di capitali interamente pubbliche e partecipate dall'ente locale) l'equipollenza dei termini *affidamento diretto e gestione diretta* (in economia); il pregiudizio prospettabile per il mercato dei servizi pubblici a rilevanza economica (v. delib. Autorità garante per la concorrenza ed il mercato 16 ottobre 2008); l'infondatezza della dedotta questione di costituzionalità (cfr.

Corte cost., sentenza n. 272/2004, pur dichiarante l'incostituzionalità dell'art. 113-*bis*, t.u.e.l.),

All'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione.

## DIRITTO

I) - L'appello è *fondato* e va *accolto*, avendo i primi giudici ignorato la distinzione tra gestione diretta (sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario, come nella specie: poche migliaia di euro all'anno) ed affidamento diretto, postulante la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno del comune interessato, il che non può accadere se non mediante gara ad evidenza pubblica.

Infatti, nessuna norma obbliga i comuni ad affidare all'esterno determinati servizi (illuminazione pubblica, centri assistenziali, case di accoglienza, case di riposo, case famiglia, assistenza domiciliare per anziani ed handicappati, asili nido, mense scolastiche, scuola-*bus*, biblioteche, impianti sportivi: tutti servizi che, notoriamente, gran parte dei comuni italiani gestiscono direttamente, senza appaltarli a privati), ove preferiscano amministrarli in via diretta e magari in economia, mentre, nel caso di una differente scelta, il discusso conferimento a terzi deve avvenire tramite gara rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza. Né si vede per quali motivi un ente locale debba rintracciare un'esplicita norma positiva per poter fornire direttamente ai propri cittadini un servizio tipicamente appartenente al novero di quelli per cui esso viene istituito; nella specie, la disciplina legislativa sopra richiamata non contiene alcun divieto esplicito né implicito in tal senso.

II) - Il cit. art. 23-*bis* recita, ai commi 2 e 3: "Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del

Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house* e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.”.

III) - Appartiene, in realtà, 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 sarebbe notoriamente ben maggiore solo per potersi procedere a tutte le formalità necessarie per la regolare indizione di una gara pubblica: il che basta ad avanza per togliere fondamento all'impugnata pronuncia semplificata (come pure alle dedotte questioni di costituzionalità, pertinenti proprio al buon andamento della p.a., alla

gestione dei pubblici servizi locali ed all'autonomia organizzativa dei comuni: esigenze pienamente soddisfatte dall'interpretazione qui favorita ed armonicamente inquadrabile pure in una prospettiva comunitaria), che va dunque *riformata, respingendo* il ricorso di primo grado, con *salvezza* degli atti ivi impugnati ed a spese ed onorari del doppio grado di giudizio interamente *compensati* per giusti motivi tra le parti in causa, tenuto anche conto delle alterne vicende processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione V, *accoglie l'appello e, in riforma dell'impugnata sentenza breve, respinge il ricorso di prima istanza, a spese ed onorari del doppio grado di giudizio integralmente compensati* tra le parti in causa.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2010, con l'intervento dei giudici:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2011

IL SEGRETARIO

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