

APPALTI: Appalti di servizi - Servizio di illuminazione votiva del cimitero comunale - Gestione diretta - Da parte del Comune - Possibilità - Sussiste - Ragioni.

Tar Calabria - Catanzaro, Sez. I, 27 settembre 2022, n. 1572

“[...] 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) [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Comune di Cerisano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica di smaltimento del giorno 16 settembre 2022 il dott. Domenico Gaglioti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1- Con atto ritualmente notificato il 18.10.2017 e depositato il 4.11.2017, la ricorrente I.L.V.C.

“IMPIANTI ELETTRICI” S.R.L, operante nel settore dell’illuminazione votiva, ha esposto:

-) di essere affidataria della concessione per la costruzione e gestione dell’impianto di illuminazione elettrica votiva nel civico cimitero di Cerisano sulla base del capitolato speciale di appalto di cui alla deliberazione del Consiglio Comunale di Cerisano n. 11 del 17.2.1975;

-) che il rapporto con il suddetto Comune si svolgeva regolarmente fino al finire dell’anno 2016, allorquando Comune le richiedeva i dati relativi all’elenco delle utenze del servizio di illuminazione votiva volendo procedere alla “gestione diretta” dello stesso rivendicando in capo a sé la proprietà di tutti gli impianti di illuminazione votiva;

-) che la ricorrente, ritenendosi proprietaria degli impianti, richiedeva il pagamento del corrispettivo per l’acquisizione degli stessi, ai sensi della normativa in materia, artt. 24 e 25 R.D. n. 2578/1925 e

artt. 8 e ss. D.P.R. n. 902/1986, proponendo mediazione civile obbligatoria ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 ss. mm. ii., cui il Comune ha dichiarato di non voler aderire, per cui la ricorrente ha ritenuto necessario adire il competente Tribunale ordinario, con la proposizione di una causa civile;

-) che, a seguito di accesso agli atti adottati dal Comune per la gestione del servizio richiesto il 3.7.2017 nelle more dell'avvio del contenzioso, ha appreso che l'Ente, senza alcuna istruttoria e senza acquisire la proprietà degli impianti, in via di fatto ha volturato il contatore dell'energia elettrica e cominciando ad incassare somme dall'utenza del servizio assumendone la gestione diretta.

2- Ritenendo illegittime le suesposte determinazioni, viene spiegato ricorso della deliberazione del Consiglio comunale di Cerisano n. 32 del 6.12.2016 e dell'allegato regolamento per l'erogazione del servizio di illuminazione lampade votive nel cimitero comunale, conosciuti il 20.7.2017, per i seguenti motivi di diritto:

I) Violazione art. 3 L. n. 241/90. Difetto di motivazione. Carezza di istruttoria. Violazione dei principi in materia di autotutela e di concessioni amministrative. Violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Viene contestata l'assenza di motivazione, ritenuta imprescindibile per procedere alla gestione diretta in materia di pubblici servizi e a sostegno della relativa scelta, come pure di una qualunque propedeutica istruttoria finalizzata all'assunzione delle relative determinazioni.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8 e 9 della legge n. 241/90 e ss.mm ed ii. Omessa comunicazione di atto di avvio procedimento. Violazione dei principi garantistici del procedimento. Sviamento di potere. Violazione dei principi di buon andamento, efficienza, imparzialità dell'azione amministrativa. Difetto di istruttoria.

Viene contestata la mancata comunicazione dell'inizio del relativo procedimento alla ricorrente quale ditta concessionaria, avente un interesse qualificato e differenziato in quanto gestore uscente.

III) Violazione e falsa applicazione della normativa e dei principi europei per la gestione dei servizi pubblici: artt. 16 e 86 Trattato CE; Libro Verde sui servizi di interesse economico generale (COM (2003) 270); Libro bianco COM(2004) 374; art. 14 del TFUE; Direttiva 97/33/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997, art. 2 c. 1 lettera g); art. 36 del TFUE; articolo 106 del TFUE; violazione e falsa applicazione degli artt. 113 D.lgs n. 267/2000 ed art. 34, comma 26 della Legge n. 221/2012.

Viene contestato il mancato espletamento della gara, necessaria per l'affidamento dei pubblici servizi a meno di condizioni, non esplicitate, che non rendono percorribile o conveniente il ricorso alla stessa.

Inoltre, osserva la ricorrente che il d.lgs. n. 50/2016 non regola le procedure in economia, come il previgente art 125 del D.lgs n. 163/2006, dunque, per le forniture ed i servizi, ragion per cui il Comune di Cerisano richiama normative non più vigenti.

IV) Violazione dell'art. 34 del D.L. n. 179/2012 nonché dell'art. 3-bis, comma 2-bis del D.L. n. 138/2011 . Eccesso di potere sotto il profilo della carenza d'istruttoria, del travisamento e della contraddittorietà. Violazione art. 13 comma 25-bis del DL 145/2013.

Viene contestata la mancata pubblicazione, obbligatoria ai sensi dell'art. 34, comma 20, del D.L. 179/2012, convertito con L. 221/2012, della relazione che dia conto “*delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 1900/2016) e del piano economico-finanziario, asseverato da un soggetto abilitato, con la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento (aggiornata a cadenza triennale), dei costi e dei ricavi, nonché degli investimenti e dei relativi finanziamenti, al fine di motivare la scelta della modalità di affidamento, dimostrare la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico.

V) Violazione e falsa applicazione art. 14, comma 28 della Legge n. 122/2010 e ss.mm. ed ii. Sviamento di potere. Violazione dei principi di buon andamento, efficienza, imparzialità dell'azione amministrativa. Difetto di istruttoria.

La ricorrente rileva che al Comune di Cerisano non può esercitare singolarmente l'organizzazione dei servizi pubblici disposti con la deliberazione impugnata, dovendo invece organizzarli in forma associata, ricadendo nel campo di applicazione dell'art. 14, comma 28 della Legge n. 122/2010.

VI) Violazione art. 3-bis della Legge n. 148/2011, di conversione del D.L. n. 138/2011. Violazione dei principi garantistici del procedimento. Sviamento di potere. Violazione dei principi di buon andamento, efficienza, imparzialità dell'azione amministrativa. Difetto di istruttoria.

Presupponendo l'illuminazione votiva come un servizio c.d. “*a rete*”, il ricorrente si evidenzia la violazione dell'art. 25, comma 1, legge n. 27 del 2012, che prevede l'organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei “*comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio*”.

VII) Violazione e falsa applicazione della deliberazione del consiglio comunale n. 11 del 17/02/1975. Violazione art. 832 c.c. Violazione dell'art. 25 del R.D. n. 2578 del 1925, degli artt. 8 e

ss. del D.P.R. n. 902 del 1986, eccesso di potere per travisamento e carenza dei presupposti. Sviamento.

L'impresa ricorrente contesta gli atti impugnati in quanto carenti di esame della questione della proprietà privata della rete di illuminazione cimiteriale, attraverso una perizia di stima o comunque una valutazione degli impianti, nonostante la proprietà della totalità degli impianti sia il presupposto non solo per mettere in gara il servizio o per gestire direttamente lo stesso e non sussistendo ipotesi di acquisizione coattiva degli stessi.

VIII) Violazione di Legge: Testo Unico Legge sull'assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei comuni e delle province, R.D. n. 2578 del 15/10/1925; D.P.R. n. 902/1986; T.U.E.L. D.Lgs n. 267/2000. Omissione delle procedure per la gestione diretta del servizio. Violazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa. Difetto di motivazione di istruttoria.

L'impresa ricorrente contesta la violazione delle disposizioni procedurali in materia di esercizio dell'assunzione diretta dei pubblici servizi, in particolare del preavviso di un anno, successivo alla deliberazione di presa in carico, come pure l'assenza dei necessari elementi di natura tecnica ed economico-finanziaria, coordinati e sviluppati in apposito progetto di massima, indicante le opere d'impianto, il loro costo presunto, i mezzi di finanziamento, la previsione dei costi e dei ricavi d'esercizio per almeno un triennio ed il conseguente attendibile risultato economico che deve presentarsi in equilibrio, tenuto conto degli eventuali contributi in conto esercizio previsti dalle leggi, le linee generali dell'ordinamento tecnico ed amministrativo del servizio.

3- Con atto depositato il 28.12.2017 si è costituito il Comune di Cerisano per resistere al ricorso.

Il Comune resistente ha eccepito:

- tardività del ricorso, per essere la ricorrente da tempo a conoscenza della volontà del Comune di Cerisano di gestire in proprio gli impianti elettrici in argomento, come si evincerebbe dal sopralluogo richiesto per effettuare una “*ricognizione e quantificazione*” degli impianti, fissandolo per il 16.3.2017 e dal fatto che già il 18.10.2016 essa era stata sicuramente edotta di tale volontà, ed inoltre che, ai fini del decorso del termine per impugnare, non fosse affatto necessaria la materiale consegna della delibera consiliare n.32 del 6.12.2016, peraltro pubblicata sull'albo pretorio web del Comune di Cerisano dal 15 al 30.12.2016;
- inammissibilità per carenza di interesse ad agire, non essendo specificato il pregiudizio subito dalla I.L.V.C. s.r.l. in virtù della delibera impugnata;

– difetto di giurisdizione, relativamente alle censure sollevate dal ricorrente, inerenti la mancata quantificazione dell'indennizzo dovuto al gestore dell'impianto di illuminazione votiva, che esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo;

-infondatezza nel merito, in quanto: a) non è necessaria la comunicazione di avvio del procedimento per l'adozione del regolamento comunale approvato con la delibera impugnata; infondatezza delle ulteriori censure, rientrando nei poteri del Comune la decisione di gestire in proprio l'impianto di pubblica illuminazione votiva.

4- In data 5.9.2022 il Comune resistente ha depositato istanza di passaggio in decisione della causa senza discussione, con rinvio agli scritti difensivi già depositati.

5- In data 6.9.2022 il ricorrente ha depositato istanza di passaggio in decisione senza discussione.

6- All'udienza pubblica di smaltimento del 16.9.2022 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

7- Si prescinde dalla disamina delle eccezioni di rito formulate dall'Amministrazione resistente, essendo il ricorso infondato nel merito.

8- Viene anzitutto esaminato il motivo II).

8.1- Il motivo è infondato, sia in considerazione dell'oggetto della delibera, riguardante una determinazione organizzativa dell'amministrazione in ordine alle modalità di gestione del servizio pubblico di illuminazione cimiteriale sia in quanto la ricorrente, in quanto non più gestore di diritto del servizio (per essere esso scaduto dall'anno 2013 a seguito di recesso del Comune, a nulla valendo in contrario l'eventuale prosecuzione in via di fatto) difetta di un interesse differenziato che la renda doverosamente destinataria della comunicazione di avvio del procedimento.

9- Viene quindi scrutinato il motivo VII).

9.1- Il motivo è inammissibile, trattando di questione relativa alla restituzione degli impianti a seguito della cessazione del contratto e dunque attratto alla giurisdizione del G.O., e comunque infondato, non costituendo i rilevati oneri un presupposto di legittimità del provvedimento impugnato.

10- Vengono quindi scrutinati congiuntamente gli ulteriori profili di censura (motivi I, III, IV, V, VI e VIII) tra loro interconnessi.

10.1- I motivi sono infondati.

10.2- Il Collegio ritiene opportuno e sufficiente rifarsi alle acquisizioni giurisprudenziali in materia per cui:

– “ (...) *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)" (Consiglio di Stato sez. V, 26/01/2011, n.552, in riforma della pronuncia di prime cure; v. anche T.A.R. Emilia-Romagna, Parma , sez. I , 11/04/2012 , n. 159);

– *“Il servizio di illuminazione votiva cimiteriale richiede, di regola, l'impegno periodico di una persona (o al massimo due) e una spesa annua non rilevante. In un tale contesto, oltre tutto, il procedimento di indizione di una gara pubblica finirebbe per comportare un costo, in termini di impiego di risorse umane e strumentali, ben maggiore rispetto a quello conseguente alla gestione diretta del servizio”* (T.A.R. Lazio, Roma , sez. II , 04/02/2011 , n. 1077);

– *“La Giunta municipale può legittimamente assumere la decisione di gestire direttamente il servizio delle lampade votive all'interno del cimitero comunale, dal momento che la disciplina normativa vigente consente alle amministrazioni pubbliche la gestione in economia (diretta o con cottimo fiduciario) a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione (cfr. art. 6 bis d.lg. 30 marzo 2001 n. 165) e qualora ne ricorrano le condizioni ai sensi dell'art. 125, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163; né può in radice escludersi detta possibilità in capo all'amministrazione, posto che il principio della concorrenza non può prevalere sui principi di efficienza ed economicità e buon andamento dell'attività amministrativa, laddove una ragionevole valutazione induca a ritenere preferibili soluzioni interne all'amministrazione interessata e dunque non competitive “(T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 13.11.2014, n. 801).*

10.3- Nella fattispecie, per un verso le dimensioni notoriamente limitate del Comune resistente da un lato e, per altro verso, l'assenza di specifiche e significative argomentazioni idonee ad inficiare la ragionevolezza intrinseca delle scelte effettuate dal Comune resistente ovvero l'esistenza dei relativi presupposti, sia fattuali che giuridico-normativi, rendono di per sé immune il provvedimento impugnato – esercizio di un potere dai connotati ampiamente discrezionali – dalle censure prospettate dal ricorrente stesso.

12- In conclusione, il ricorso è infondato.

13- La peculiarità della controversia giustifica la soccombenza delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 16 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO