



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 241 del 2012, proposto da:

Enel Sole Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Sciaudone, con domicilio eletto presso Vincenzo Rognoni in Brescia, via Monti, 2/A;

contro

Comune di Montirone, rappresentato e difeso dall'avv. Gianpaolo Sina, con domicilio eletto presso Gianpaolo Sina in Brescia, via Diaz, 9;

nei confronti di

Cielo Sc A Rl, Fimet Spa, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- dell'ordinanza del 1 febbraio 2012 n. 2/2012, avente ad oggetto "Attuazione deliberazione della Giunta Comunale n. 7 del 1.2.2012";
- di tutti gli atti presupposti, in particolare la deliberazione della Giunta Comunale n 7 del 1 febbraio 2012 avente ad oggetto "Dichiarazione di proprietà degli impianti di illuminazione pubblica a seguito del riscatto della società Enel Sole s.r.l. ai sensi del R.D. 1925 e del D.P.R. m. 902/1986 – Atto di attuazione della deliberazione del C.C. n. 21 luglio 2011";
- di tutti gli atti conseguenti, compresa la nota del 29 febbraio 2012, n. 2945 del Comune di Montirone, di dichiarazione della decadenza della convenzione stipulata l'1 novembre 1994 da Enel ed il Comune di Montirone.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2012 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel ricorso in esame si evidenzia come il servizio di illuminazione pubblica del Comune di Montirone sia gestito da Enel sole s.r.l., in ragione di una convenzione avente efficacia dal 1 novembre 1994 e scaduta il 31 ottobre 1996 e, quindi, di una serie di proroghe tacite della validità della stessa.

La volontà di avvalersi del riscatto è stata espressa dal Consiglio comunale con deliberazione n. 21 del 19 luglio 2011, che non è stata censurata da Enel Sole s.r.l..

Con successiva deliberazione giunta 7/2012 è stata esercitata l'autotutela per riacquistare la disponibilità degli impianti, dopo il rigetto dell'indennizzo comunicato, contestualmente dichiarando la cessazione dalla gestione del servizio di Enel Sole s.r.l..

Quest'ultima società, ritenendo illegittima tale scelta del Comune, l'ha censurata, con il ricorso in esame, alla luce del quadro normativo definito dall'entrata in vigore dei commi 32 e ss. dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011, i cui contenuti, per tale profilo, sono stati chiariti dall'art. 25 del D. L. n. 1/2012. In particolare, il legislatore avrebbe previsto l'obbligo dei singoli Enti Locali di eseguire una verifica in ordine alla possibilità di realizzare una gestione concorrenziale dei servizi pubblici d'interesse economico. Fino ad allora gli Enti Locali non potrebbero assumere alcuna decisione destinata ad incidere sulla gestione di detti servizi.

In altre parole, secondo parte ricorrente, l'art. 4, comma 32 del d.l. 138/2011, disporrebbe che le gestioni in essere, anche se scadute, alla data di entrata in vigore del decreto (13 agosto 2011) debbano proseguire fino agli esiti della descritta verifica e all'adozione della delibera quadro.

Ciò - unitamente, alla natura di società controllata da altra quotata in borsa (Enel s.p.a.), propria della ricorrente - determinerebbe la prosecuzione del servizio, con conseguente sospensione degli atti preordinati ad indire una nuova gara per la gestione (cfr la lettera d) del comma 32 dell'art. 4 del d.l. 138/2011).

Parte ricorrente non contesta, dunque, la scelta di dar luogo al riscatto degli impianti e il conseguente trasferimento al Comune della proprietà degli stessi (tant'è che la relativa deliberazione del consiglio comunale non è stata impugnata), ma l'ulteriore conseguenza che il Comune fa discendere da essa, facendo venir meno il rapporto di gestione, mentre Enel Sole dovrebbe continuare a gestire il servizio anche se non più proprietaria degli impianti.

Secondo parte ricorrente, pertanto, il riscatto degli impianti potrebbe ritenersi ammissibile al fine di trasferire all'Ente Locale la proprietà degli stessi, ma non potrebbe essere utilizzato per interrompere il rapporto di gestione e sostituire il concessionario con soggetti terzi.

La deliberazione n. 7/2012 sarebbe, peraltro, illegittima (censura sub II), in quanto il Comune ha manifestato la volontà di procedere all'affidamento diretto del servizio all'impresa che attualmente lo svolge per conto di Enel Sole s.r.l. e tale modus operandi sarebbe in contrasto con l'art. 27 del D. Lgs n. 163/2006, il quale, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità dell'affidamento dei contratti pubblici, imporrebbe il confronto concorrenziale tra almeno cinque ditte, precisando se sia ammesso o meno il subappalto.

Si è costituito in giudizio il Comune di Montirone, evidenziando, in primo luogo, come il ricorso in esame non attenga al riscatto, non espressamente censurato e dalla stessa ricorrente ritenuto compatibile con il nuovo sistema di gestione dei servizi pubblici delineato dal legislatore con le norme da essa stessa invocate.

Ciò chiarito in ordine ai confini della controversia, il Comune ha affermato l'inutilità della sospensione degli effetti dell'ordinanza n. 2/2012, volta ad ottenere la consegna degli impianti, in quanto atto privo di conseguenze giuridiche sulla prosecuzione della gestione del servizio.

Per quanto attiene, invece, all'ulteriore affidamento del servizio, il Comune ha sostenuto l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 4 del d. l. 138/2011, disciplinante i soli "servizi pubblici locali", in quanto il servizio di illuminazione pubblica non potrebbe essere qualificato come servizio pubblico a richiesta individuale e rispetto ad

esso non sarebbe ipotizzabile una “liberalizzazione”. Inoltre tale disposizione non sarebbe applicabile nei Comuni con meno di 10.000 abitanti, né prima del decorso del periodo transitorio di 12 mesi.

In ogni caso la prosecuzione nella gestione del servizio da parte del gestore uscente non sarebbe un diritto, ma un obbligo, dal che ne deriverebbe la possibilità per il Comune di rinunciare a pretendere l’adempimento di tale obbligo di prosecuzione.

Il ricorso sarebbe, peraltro, inammissibile per abuso del diritto, avendo la ricorrente invocato la norma sulla liberalizzazione al fine, palesemente contrario, di conservare la posizione di gestore uscente e, comunque, il Comune non intenderebbe violare gli obblighi dell’evidenza pubblica, avendo solo rimandato ad un momento successivo l’individuazione delle precise modalità per il nuovo affidamento.

In sede cautelare sono stati ravvisati elementi di *fumus boni iuris* tali da giustificare la concessione della richiesta misura cautelare.

In vista della pubblica udienza, il Comune, richiamata la propria memoria, ha puntualizzato come l’avvenuta dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 4 del D.L. 138/11, la cui applicazione è invocata da parte ricorrente sarebbe sufficiente a determinare il rigetto del ricorso.

Parte ricorrente ha replicato sottolineando come il motivo sub 1.2 e il motivo 2 del proprio ricorso non sarebbero fondati sulle previsioni della norma dichiarata incostituzionale e, comunque, il testo di tale norma era frutto della trasposizione di principi di rilievo costituzionale posti a tutela del risparmio (in specie degli azionisti delle società quotate in borsa), della libertà di impresa e della proprietà privata dei beni delle società quotate in borsa, tant’è che il testo che prorogava le concessioni nei confronti di società quotate in borsa e loro controllate è stato tempestivamente reintrodotta con l’art. 34, comma 15 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2012 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene opportuno, preliminarmente, chiarire come la controversia in esame non tenda alla caducazione degli atti relativi al riscatto degli impianti per l’illuminazione pubblica realizzati dall’odierna ricorrente in Comune di Montirone, bensì ad affermare che, per quanto riguarda il rapporto di gestione, non poteva trovare applicazione l’art. 24 del R.D. n. 2578/1925.

La ricorrente ha essa stessa chiarito, infatti, come le illegittimità dedotte riguardino esclusivamente le modalità di gestione del servizio successivamente al riscatto degli impianti e non anche il procedimento di riscatto in sé considerato.

Gestione del servizio il cui affidamento diretto all’impresa che attualmente lo svolge su incarico di Enel Sole s.r.l. sarebbe avvenuto in contrasto con le disposizioni del comma 32 dell’art. 4 del d. lgs. 138/2011 e con l’art. 27 del D. Lgs n. 163/2006.

Più nello specifico, con la prima censura parte ricorrente sostiene che la sottrazione della gestione del servizio ad Enel Sole s.r.l., seppur non più proprietaria degli impianti per effetto del riscatto, violerebbe l’art. 4, comma 32 del d. l. 138/11, nella parte in cui impone uno specifico iter per la verifica dell’opportunità di rivolgersi al mercato per la gestione di servizi pubblici locali.

Al fine di verificare la fondatezza della tesi sostenuta da parte ricorrente, si rende, dunque, preliminarmente necessario accertare se il servizio di illuminazione pubblica possa essere considerato un servizio pubblico locale ovvero un semplice servizio di cui l’ente locale appalta la fornitura per poter espletare la propria attività.

Sul punto il Collegio ritiene di poter condividere la tesi già affermata da questo Tribunale (cfr la sentenza T.A.R. Brescia 27 dicembre 2007, n. 1373), secondo cui: “In forza di tali nozioni (cioè quelle di mero servizio e servizio

pubblico, n.d.r.) non vi è dubbio che il servizio di pubblica illuminazione debba essere considerato servizio pubblico, poiché dell'erogazione dello stesso, da parte dell'appaltatore, beneficia direttamente ed esclusivamente la collettività (o il singolo utente) senza alcuna intermediazione del Comune nello svolgimento del processo produttivo.”.

Ne consegue che, quando, alla data del 1 febbraio 2012, la Giunta del Comune di Montirone ha ritenuto di poter affidare la gestione del servizio di illuminazione pubblica direttamente all'impresa che svolgeva lo stesso per conto dell'odierna ricorrente, è incorso nella violazione dell'art. 4 del d. l. 138/2011, che espressamente disciplina l'affidamento dei servizi pubblici locali, il quale imponeva l'espletamento del procedimento puntualmente disciplinato in tale disposizione.

Né appare condivisibile la tesi di parte resistente secondo cui tale norma troverebbe applicazione nei soli confronti dei Comuni aventi popolazione superiore a diecimila abitanti: la disposizione, infatti, individua modalità diverse, ma non esclude la sua stessa applicazione per Comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti, né può essere interpretata, pur in presenza della previsione di un periodo transitorio, nel senso di consentire, sino alla sua scadenza, l'avvio di gare nuove e singole per l'affidamento del servizio.

In ogni caso, la scelta del Comune risulta essere incorsa anche nella violazione della norma di diritto transitorio di cui alla lettera d) del comma 32 dell'art. 4 del d.l. 138/2011, secondo la quale “gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione in capo a soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, ovvero quella sindacata, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015”.

La disposizione ora citata appare applicabile alla società ricorrente, in quanto Enel Sole s.r.l. è società controllata da Enel s.p.a., che, a sua volta, è società quotata in borsa.

Ne deriva che, a prescindere dalla qualificazione del servizio come “a richiesta individuale”, di cui si è già detto, il servizio di illuminazione pubblica doveva ritenersi rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina transitoria dell'art. 4 del d.l. 138/2011 ed in particolare, per quanto di interesse, della lettera d).

A tale proposito il Collegio ritiene che non fosse ravvisabile, in capo al Comune, la possibilità di rinunciare alla, normativamente prevista, prosecuzione del servizio: il dato letterale della norma non lascia spazio ad una tale interpretazione, né essa risulterebbe essere in linea con la *ratio* della disciplina che tende, contestualmente, a garantire la liberalizzazione del mercato, ma anche la tutela, pur nello spirito innovativo filo-concorrenziale, delle situazioni esistenti e degli interessi, costituzionalmente rilevanti, della tutela del risparmio (in specie degli azionisti delle società quotate in borsa) e della libertà di impresa.

Proprio in ragione di ciò la prosecuzione nella gestione del servizio non risulta integrare alcun abuso di posizione, in quanto espressamente prevista dal legislatore, nelle more dell'attuazione dei principi della liberalizzazione, come contemperamento e mediazione nel senso ora detto.

Né appare rilevante il fatto che la Corte Costituzionale, con sentenza 199/2012, abbia dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 del d. l. 138/2001, atteso che, prima della pubblicazione di tale sentenza, il contenuto della disposizione, immodificato per quanto attiene alla lettera d) del comma 32, è stato sostituito dall'art. 53 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83: ne deriva che la disposizione, in vigore al momento dell'adozione degli atti censurati

avrebbe dovuto condurre il Comune ad escludere l'affidamento diretto del servizio secondo le modalità scelte, così come lo stesso non avrebbe potuto avvenire successivamente, per la vigenza dei principi trasposti nella norma, ma anche e soprattutto per l'effetto novativo della reiterazione del testo nel giugno del 2012, prima della pronuncia di incostituzionalità della norma: norma, quest'ultima, applicabile alle situazioni non ancora consolidate, come quella in esame.

Il ricorso può, dunque, trovare accoglimento, nella misura in cui tende ad ottenere l'annullamento dei provvedimenti impugnati, ancorché nella sola parte nella quale incidono sulla futura gestione del servizio di illuminazione pubblica sottraendolo da subito ad Enel Sole s.r.l. in conseguenza del riscatto.

Fermo restando, il riscatto, dunque, la gestione del servizio da parte dell'odierna ricorrente dovrà proseguire secondo le regole e nei limiti di quanto disposto dalla lettera d) del comma 32 dell'art. 4 del d.l. 138/2011 e s.m., fatti salvi eventuali, ulteriori e diversi interventi del legislatore, se applicabili in ragione delle norme di diritto transitorio.

Le spese del giudizio possono trovare compensazione tra le parti in causa, attesa la natura prettamente interpretativa della questione dedotta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Dispone la compensazione delle spese del giudizio, fatto salvo il contributo unificato, anticipato da parte ricorrente, il quale deve essere posto a carico dell'Amministrazione resistente.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2013

IL SEGRETARIO

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