

AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI PUBBLICA ILLUMINAZIONE

RELAZIONE ai sensi dell'art. 34, commi 20 e 21, D.L. 18.10.2012 N. 179 convertito in legge 17.12.2012 n. 221

PREMESSA

L'art. 34, ai commi 20 e 21, del D.L. n. 179/2012 dispone che:

"20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013."

NATURA DEL SERVIZIO

Sebbene nel passato la natura del servizio sia stata controversa, la giurisprudenza amministrativa ha invece chiarito in via definitiva che il servizio di pubblica illuminazione è da intendersi a tutti gli effetti come servizio pubblico locale. In particolare si richiama la sentenza Consiglio di Stato n. 8231/2010 secondo la quale *"il servizio di illuminazione delle strade comunali ha carattere di servizio pubblico locale"*. Infatti *"la qualificazione di servizio pubblico locale spetta a quelle attività caratterizzate sul piano oggettivo dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile e su quello soggettivo della riconduzione diretta o indiretta ad una figura soggettiva di rilievo pubblico"* (AVCP - Deliberazione n. 110 Adunanza del 19 dicembre 2012).

INQUADRAMENTO NORMATIVO

Il servizio di pubblica illuminazione deve essere strutturato nel rispetto della legge che, sia per quanto riguarda la proprietà degli impianti e delle reti, sia per quanto concerne la gestione, stabilisce specifiche indicazioni normative.

In merito alla **proprietà degli impianti** l'art. 113, comma 2, del TUEL (L. 18 agosto 2000, n. 267) stabilisce che : *"Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e*

delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13".

Il citato comma 13 prevede che: " *Gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile*".

Per quanto riguarda la **gestione** va rilevato che nel corso degli ultimi anni la normativa è stata oggetto di profonde e continue revisioni. Si richiamano, fra gli altri:

- l'art. 23 bis del D.L. 25 giugno 2008 n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008 n. 133, che prevedeva la decadenza di qualsiasi affidamento diretto dei servizi pubblici locali entro il 31 dicembre 2010. La norma è stata abrogata dal referendum nazionale del 12 e 13 giugno 2011;
- l'art. 4 del D.L. 138/2011, poi convertito in legge n. 148 del 14 settembre 2011, che reintroduceva la decadenza *ope legis* degli affidamenti diretti. Tale norma è stata abrogata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 199 del 20 luglio 2012.

Alla luce delle evoluzioni qui richiamate trovano oggi diretta applicazione i principi desumibili dall'ordinamento comunitario e richiamati anche dalle norme citate in premessa. In particolare si richiamano i seguenti articoli del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea:

- Art. 101 (ex art. 85 del trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), ratificato con legge 14 ottobre 1957, n. 1203, pubblicata nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 317 del 23 dicembre 1957):

"Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazione d'impresa e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;*
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;*
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;*
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;*
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.*

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto".

Art. 102 (ex art. 86).

"E' incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi di acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;*
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;*
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;*

d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

Alla luce delle succitate indicazioni risultano pienamente applicabili al servizio le seguenti disposizioni, dettate da specifiche normative nazionali.

Obbligo di regolamentazione del servizio tramite contratto

L'art. 113, comma 11, del TUEL (L. 18 agosto 2000 n. 267) sancisce che *" I rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti"*.

Divieto di rinnovo tacito e di proroga automatica dei contratti

Il divieto è sancito dall'art. 6 comma 2 della legge 24.12.1993 n. 537 come sostituito dall'art. 44 della legge 23.12.1994 n. 724.

L'articolo sancisce il divieto di rinnovi taciti e proroghe automatiche dei contratti pubblici.

Esso è stato successivamente confermato dall'art. 23, comma 2, L. 18 aprile 2005 n. 62.

Obbligo per il gestore di fornire dati e informazioni sul valore degli impianti

Il principio in oggetto è sancito dall'art. 25, comma 6, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27), il quale ha previsto che *"I concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi"*.

Obbligo per le Amministrazioni di privilegiare procedure MEPA o CONSIP

L'obbligo è stato ribadito dalla recente normativa in materia di "spending review". L'art. 1 del DL 6 luglio 2012 n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012 n. 135, prevede infatti quanto segue:

Comma 1: *"I contratti stipulati in violazione dell'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, dei detti strumenti di acquisto e quello indicato nel contratto"*.

Comma 3: *"Le amministrazioni pubbliche obbligate sulla base di specifica normativa ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 stipulate da Consip S.p.A. o dalle centrali di committenza regionali costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 possono procedere, qualora la convenzione non sia ancora disponibile e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria e sottoposti a condizione risolutiva nel caso di disponibilità della detta convenzione."*

Il citato art. 26 comma 3 L. 488/1999 prevede che: *“Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101”.*

Le indicazioni di cui sopra erano già state sancite all'art. 11, comma 6, D.L. 98/2011: *“Ove non si ricorra alle convenzioni di cui all'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, gli atti e i contratti posti in essere in violazione delle disposizioni sui parametri contenute nell'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 sono nulli e costituiscono illecito disciplinare e determinano responsabilità erariale”.*

Poteri dell'autorità antitrust in materia di distorsione della concorrenza

L'art. 35 del DL 6 dicembre 2011, n. 201 convertito in legge n. 214 del 22 dicembre 2011, ha modificato la legge 10 ottobre 1990, n. 287, aggiungendo l'art. 21 bis che prevede:

1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.

DESCRIZIONE DELL’AFFIDAMENTO IN CORSO

Il servizio di pubblica illuminazione è attualmente gestito con impianti la cui proprietà è così ripartita:

- N. 268 impianti di proprietà comunale
- N. 1.688 impianti di proprietà Enel Sole srl

Gli impianti di pubblica illuminazione del Comune di Besana in Brianza, a causa della crescita del sistema urbano e territoriale e del conseguente aumento di insediamenti e reti viarie, si presentano con manufatti e apparecchi di diversa natura installati nelle varie epoche di sviluppo della città. L'attuale patrimonio di illuminazione pubblica ha una età media di 15 anni con una differenziazione a seconda delle varie aree in cui è stato suddiviso il territorio comunale. Molte delle aree presentano zone che necessitano di una riqualificazione e ammodernamento degli impianti esistenti da sostituirsi con apparecchiature a basso consumo energetici e conformi alle vigenti normative (es. i corpi illuminanti presentano ancora sorgenti luminose a vapori di mercurio, non più conformi alle direttive europee).

L'intero servizio è gestito, per gli impianti di sua proprietà, da Enel Sole a seguito di affidamento diretto in data 31 gennaio 1977.

L'affidamento aveva durata triennale, ma è stato prorogato di triennio in triennio sino alla data odierna. Pertanto, alla luce delle disposizioni normative, con particolare riguardo a quelle relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, l'attuale contratto di servizio deve

considerarsi a tutti gli effetti come “in proroga di fatto”. Conseguentemente si pone la necessità di rinegoziare il contratto di servizio per un periodo transitorio al fine di assicurare da un lato la necessaria continuità senza interruzioni del pubblico servizio e, dall’altro, un congruo periodo di tempo necessario per la piena regolarizzazione del servizio medesimo al fine di assicurare:

- a) la piena attuazione delle norme previste dall’ordinamento europeo
- b) il superamento del rischio di intervento dell’Autorità antitrust al fine di assicurare la piena attuazione dei principi in materia di concorrenza

Al fine di dare attuazione agli obiettivi qui indicati, in data 30 aprile 2013 con delibera CC n.14, l’Amministrazione ha formalmente avviato il procedimento di acquisizione degli impianti ai sensi del DPR 902/86 con l’obiettivo di procedere alla successiva regolarizzazione dell’affidamento.

CONSIDERAZIONI GIURIDICO-AMMINISTRATIVE SULL’AFFIDAMENTO IN ATTO

Come già anticipato nel paragrafo precedente l’affidamento in corso va considerato come “proroga di fatto” e, in quanto tale, è da considerarsi come privo della effettiva validità sotto il profilo giuridico.

Va in particolare evidenziato che al servizio in atto non può essere applicato quanto stabilito all’art. 34 comma 22 del DL 179/2012. Tale norma prevede che: *“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 o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, il 31 dicembre 2020”*.

Enel Sole srl, essendo società controllata da Enel SPA (società a partecipazione pubblica quotata in borsa) rientra a pieno titolo fra le società di cui al comma 22.

E’ peraltro evidente che l’indicazione del comma 22 è da intendersi riferita ad *“affidamenti diretti assentiti alla data del 1 ottobre 2003”* con scadenze successive alla data limite individuata dal comma 21 del D.L. 179/12. In altri termini l’art. 22 riguarda solo ed esclusivamente affidamenti “assentiti” con scadenze successive al 31 dicembre 2013 legittimando la possibilità che tali affidamenti proseguano regolarmente sino alla scadenza (e fissando un limite – 31 .12.2020 – per quelli senza scadenza).

Nel caso del nostro Comune invece non è possibile non tener conto del divieto di rinnovo automatico dei contratti sancito dall’art. 6 comma 2 della legge 24.12.1993 n. 537 come sostituito dall’art. 44 della legge 23.12.1994 n. 724.

Pertanto è pienamente applicabile al nostro Comune la clausola di cui comma 21 del DL 179/2012. Scopo prioritario della presente relazione è per l’appunto quello di avviare la procedura per regolarizzare la gestione in attuazione delle disposizioni normative qui specificatamente richiamate.

PROPOSTA DI SVILUPPO DEL SERVIZIO – FORMA DI AFFIDAMENTO

In relazione a quanto sopra espresso l’Amministrazione ha ora l’esigenza di sviluppare un processo in due fasi:

- 1) TRANSITORIA: completamento dell’iter di acquisizione degli impianti e contestuale definizione di un accordo-ponte per la regolamentazione temporanea del servizio

- 2) DEFINITIVA: affidamento del pubblico servizio (manutenzione ed eventuale fornitura di energia) integrato dalla definizione del soggetto competente per i lavori straordinari di messa a norma e riqualifica energetica.

FASE TRANSITORIA

Questa fase è funzionale al completamento della procedura di acquisizione degli impianti. L'acquisizione si rende necessaria per dare attuazione alle indicazioni di cui all'art. 113 comma 2 del TUEL.

L'acquisizione degli impianti già esistenti costituisce altresì un procedimento obbligatorio in ragione del fatto che gli attuali vincoli imposti dal Patto di stabilità limitano notevolmente la capacità di indebitamento in parte straordinaria rendendo impossibile la realizzazione ex novo di propri impianti. Inoltre va ricordato che gli impianti attualmente attivi sono stati realizzati col "contributo" finanziario dell'ente locale e, pertanto, sarebbe quantomeno illogico investire risorse in impianti alternativi spreco le risorse già impiegate per la realizzazione degli impianti esistenti.

La **procedura di acquisizione** degli impianti, iniziata con la citata deliberazione 14/2013, sta esaurendo il suo iter dettato dal DPR 902/86 e giungerà a conclusione nei primi mesi del 2014, fatti salvi eventuali ricorsi della società Enel Sole.

Nelle more della conclusione del procedimento acquisitivo dovrà essere definito un **accordo-ponte** che garantisca la continuità del servizio manutentivo di cui all'art. 26 comma 3 L. 488/1999. Come sopra specificato tale articolo riferendosi alle convenzioni CONSIP stabilisce quanto segue: *"Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni ..., ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse"*.

La richiesta di definizione di un accordo-ponte, già avanzata nei confronti di Enel Sole, assumerà ancor più giustificazione a partire dal 1 gennaio 2014 stante quanto previsto dal succitato comma 21 del DL 179/2012.

La stipula dell'accordo-ponte non può naturalmente essere intesa come definitiva ma certamente consente di fornire un titolo giustificativo al rapporto sinallagmatico che, in attesa dell'acquisizione degli impianti, il Comune è obbligato ad instaurare con l'ente-proprietario e gestore degli impianti.

Diversamente il servizio di pubblica utilità verrebbe interrotto con evidenti e gravi rischi per la incolumità e la sicurezza delle persone e dei mezzi.

FASE DEFINITIVA

Lo sviluppo e il completamento della procedura di acquisizione degli impianti, nel corso della fase transitoria, fornirà elementi di conoscenza utili alla individuazione della miglior forma di gestione "definitiva" del servizio.

Tale scelta è difficilmente effettuabile in questa fase, essendo tuttora incompleto il quadro di conoscenza degli interventi necessari per la messa a norma e riqualifica degli impianti ed il loro valore complessivo

Sul piano teorico le possibili forme di gestione sono di seguito indicate:

1. gestione CONSIP ai sensi art. 1 comma 1 D.L. n. 95/2012

2. conferimento in favore di imprenditori o di società individuati mediante procedure ad evidenza pubblica (appalto o concessione);
3. affidamento a società a capitale misto pubblico privato, il cui partner privato sia individuato a seguito di gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto;
4. affidamento diretto a società a totale capitale pubblico corrispondente al modello “in house providing”.

La soluzione n. 1 (CONSIP) presuppone però che la quasi totalità degli interventi straordinari venga realizzata con mezzi propri, stante il fatto che le vigenti convenzioni si limitano a garantire i servizi di manutenzione e di fornitura di energia.

Il primo censimento sullo stato degli impianti ha peraltro evidenziato un elevato e ingente fabbisogno di interventi che difficilmente potrà essere garantito dal Comune con proprie risorse.

E' dunque ragionevole immaginare che, a seguito della “perizia” sullo stato di consistenza, la soluzione n. 1 verrà accantonata. I parametri CONSIP fungeranno peraltro da riferimento per la definizione dei valori-base per l'affidamento del servizio “ordinario”.

Le ulteriori ipotesi di gestione “definitiva” sono tutte attuabili.

OBBLIGHI, OBIETTIVI E COMPENSAZIONI

La procedura di affidamento definitiva del servizio potrà consentire di ottenere importanti benefici. In particolare:

- la possibilità di conseguire significativi risparmi energetici e la riduzione degli sprechi
- l'abbattimento dei costi manutentivi
- la riduzione dell'inquinamento luminoso
- la possibilità di ammodernare gli impianti anche sotto il profilo dei servizi correlati alle smart cities.

Nel caso di attivazione di procedure “definitive” ispirate ai principi dell'art. 3, comma 15, del codice dei contratti (parteneriato pubblico-privato) potranno essere attivate soluzioni che consentano all'Amministrazione:

- a) di assicurare una copertura parziale o totale degli oneri sostenuti per l'acquisizione degli impianti
- b) di porre a capo del partner privato il reperimento delle risorse per gli interventi straordinari.

Resta altresì inteso che la soluzione adottata dovrà in ogni caso assicurare:

- la sostituzione dei corpi illuminanti obsoleti e non più a norma con nuove armature stradali;
- l'adeguamento alle norme vigenti dei corpi illuminanti di recente installazione, ove possibile, o, alternativamente, dove ciò non fosse consentito, sostituzione integrale con nuove apparecchiature;
- l'adeguamento di tutti i quadri elettrici esistenti;
- l'installazione di adeguate apparecchiature elettroniche al fine di ottenere il risparmio energetico.

Il contratto di servizio potrà inoltre garantire:

- la manutenzione ordinaria (programmabile e non programmabile) e straordinaria degli impianti di illuminazione e degli impianti semaforici, anche conseguenti a sinistri;

- l'accensione e spegnimento degli impianti
- la numerazione progressiva dei singoli punti luce, al fine di rendere più agevole l'individuazione;
- la voltura delle utenze elettriche esistenti ed intestazione delle nuove utenze elettriche connesse alla pubblica illuminazione in capo proprio e pagamento del canone di fornitura energia elettrica;
- il presidio del territorio e attivazione, nel periodo di vigenza della concessione, un servizio di pronto intervento con disponibilità 24 h /24 h
- l'attivazione immediata dell'intervento entro 60 minuti dalla richiesta;
- la riconsegna, allo scadere del contratto, degli impianti dati in concessione e le relative pertinenze, ivi compresi eventuali interventi/opere migliorative realizzati nel corso del periodo di gestione, in perfetto stato di conservazione ed efficienza e rispondente alla normativa vigente al momento della riconsegna, senza per questo pretendere alcun corrispettivo o ulteriore beneficio.

f.to IL RESPONSABILE DELL'AREA TECNICA
(Arch. Maurizio Barella)