



La gara per l'affidamento del servizio (pubblico locale) di illuminazione pubblica

Alberto Barbiero

Workshop sull'illuminazione pubblica – Lumezzane (BS) – 16 dicembre 2014

L'illuminazione pubblica come servizio pubblico locale (con rilevanza economica)

- L'attività di illuminazione pubblica di un comune è un 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, selezionate in base a scelte di carattere eminentemente politico quanto alla destinazione delle risorse economicamente disponibili ed all'ambito di intervento e su quello soggettivo dalla riconduzione diretta o indiretta ad una figura soggettiva di rilievo pubblico". Nel caso di specie, il comune ha assunto come servizi pubblici locali quelli di manutenzione delle strade, degli impianti di illuminazione pubblica e del verde pubblico ... Tanto è sufficiente per concludere che si tratta senz'altro di servizi pubblici locali ricadenti nel campo di applicazione del titolo V del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – Tuel (Tar Sardegna, sez. I, sentenza n. 966 del 11 giugno 2009).

Le ragioni della qualificazione dell'i.p. come servizio pubblico locale

- In forza delle nozioni di mero servizio e servizio pubblico 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 (Tar Lombardia-Brescia, sez. II, sent, n. 1373 del 27 dicembre 2007 e sent. n. 30 del 15 gennaio 2013).
- Il servizio di illuminazione pubblica è individuabile come servizio pubblico locale (Cons. St., sent. n. 4339 del 2 settembre 2013) ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000, in ragione della qualificabilità dei servizi di cui i cittadini usufruiscono uti singuli e come componenti della collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali (Cons. St., Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2537; Id., 29 febbraio 2012, n. 1173; Id., 25 novembre 2010, n. 9231, ove si puntualizza che la subordinazione al pagamento di un corrispettivo, rilevante ai fini della distinzione tra la figura dell'appalto e quella della concessione in seno al codice dei contratti pubblici, non incide sulla qualifica di servizio pubblico locale ai fini dell'applicazione della disciplina di cui al T.U. degli enti locali).

Il sistema di remunerazione del SPL «Illuminazione pubblica»

- Il sistema di remunerazione del servizio di illuminazione pubblica non incide sulla sua qualificazione come servizio pubblico locale.
- Tale sistema si configura secondo lo schema del corrispettivo delle prestazioni rese dal gestore (schema tipico dell'appalto).
- Qualora tuttavia l'affidamento della gestione del servizio consenta all'operatore economico lo sfruttamento dei diritti di gestione del servizio stesso (ad es. mediante la produzione di energia reimmessa in rete), si delinea una configurazione del rapporto nello schema della c.d. «concessione impura», in cui parte della remunerazione deriva dallo sfruttamento «autonomo» delle attività affidate e parte dal sistema a corrispettivo.
- Si rileva in tal caso la corrispondenza con la definizione comunitaria della concessione (art. 3, comma 14 del d.lgs. n. 163/2006): il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (...).

La possibile configurazione del rapporto con il gestore del servizio di i.p. come concessione.

- ▶ L'evoluzione dei modelli di gestione del servizio di illuminazione pubblica ed i margini, per il soggetto gestore, di ottenere parte della remunerazione dallo sfruttamento di attività comprese nel servizio ne delinea le caratteristiche di rapporto concessorio.
- ▶ In tale quadro, l'affidamento del servizio può essere ricondotto al modello semplificato previsto dall'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, adottato anche da alcune discipline settoriali (es. gare per servizio distribuzione gas naturale), in base al quale la procedura di individuazione del gestore è regolata dai principi dell'ordinamento comunitario (integrati da alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici).
- ▶ Tale quadro è rafforzato dall'utilizzo dei moduli proposti dal d.lgs. n. 115/2008 (efficientamento energetico).
- ▶ Il modello concessorio è inoltre caratterizzato dall'evoluzione del quadro normativo in materia, segnata dalla Direttiva 23/2014/UE (c.d. direttiva concessioni).

La rilevanza economica del servizio (pubblico locale) di illuminazione pubblica

- Il servizio pubblico locale di illuminazione pubblica è qualificabile come servizio con rilevanza economica in base al principio relativistico, delineato dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 6529 del 10 settembre 2010.
- Il riferimento ai principi comunitari impone di individuare i servizi a rilevanza economica, tenendo conto:
 - a) della natura degli interessi o bisogni collettivi che si intendono soddisfare;
 - b) delle modalità di erogazione;
 - c) dell'impatto che l'attività può avere sul mercato della concorrenza e sui suoi caratteri di redditività.
- In quest'ottica deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato, anche se siano previste forme di intervento finanziario pubblico dell'attività, com'è il caso dell'illuminazione pubblica.

Le ragioni della scelta della gara per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica.

- La qualificazione del servizio di illuminazione pubblica come servizio pubblico locale con rilevanza economica ne determina l'assoggettamento agli obblighi previsti dall'art. 34, commi 20-21 del d.l. n. 197/2012 conv. in l. n. 221/2012.
- Nella relazione illustrativa della sussistenza dei requisiti dell'ordinamento comunitario per il modello prescelto devono essere evidenziati gli elementi a supporto dell'affidamento in house o della scelta del partenariato pubblico-privato (es. società mista) o della gara.
- Qualora il Comune non possa affidare in house (assenza di una società sottoposta a controllo analogo e con attività prevalente svolta a favore dell'ente) o ricorrere al partenariato pubblico-privato, l'opzione necessaria è il ricorso al confronto concorrenziale (gara), con una procedura ad evidenza pubblica (necessità di rispondere al principio comunitario dell'adeguata pubblicità).

Perché il servizio non può essere affidato direttamente a operatori nel settore della vendita dell'energia elettrica.

- L'affidamento diretto del servizio di illuminazione pubblica ad operatori economici presenti nel mercato della vendita dell'energia elettrica (anche se con posizione dominante, ma non monopolistica) non è consentito dal quadro di riferimento comunitario, in quanto tali soggetti non hanno i requisiti per risultare affidatari secondo il modello «in house», peraltro ora codificati dall'art. 17 della Direttiva 23/2014/UE (c.d. Direttiva Concessioni).
- Non sono consentiti nemmeno rinnovi di rapporti scaduti o «proroghe improprie» (ossia proroghe non finalizzate a consentire lo svolgimento della procedura per il nuovo affidamento).
- Le criticità di tali affidamenti sono state evidenziate dall'AVCP con la deliberazione n. 110 del 19 dicembre 2012.

Come incide il riscatto degli impianti sulla gara.

- ▶ L'art. 24 del r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578, secondo cui il potere di riscatto deve essere esercitato con il preavviso di un anno, trova applicazione per le concessioni di servizi già affidati ai privati che vengono a risolversi prima della naturale scadenza contrattuale (Consiglio Stato, sez. V, 10 maggio 1994, n. 451).
- ▶ L'assenza di una valida proroga della convenzione e il proseguimento del rapporto in via di mero fatto impediscono l'applicabilità dell'art. 24 nella parte in cui garantisce le concessioni in corso con la previsione di un termine annuale che deve precedere l'esercizio del diritto di riscatto.
- ▶ Pertanto l'esercizio, da parte del Comune, del riscatto degli impianti realizzati dal gestore uscente può avvenire:
- ▶ A) ai sensi dell'art. 24 del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, con il preavviso di 1 anno, nelle fattispecie di interruzione anticipata del rapporto contrattuale, prima della naturale scadenza;
- ▶ B) senza applicazione del preavviso (di un anno), nei casi di rapporti contrattuali già scaduti al momento dell'esercizio del riscatto, che proseguono in via di mero fatto.

Il riscatto degli impianti in relazione alla gara per il servizio di illuminazione pubblica.

- ▶ Le condizioni del Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 5403 del 28 settembre 2011 >
- ▶ L'esercizio del diritto di riscatto non è in alcun modo subordinato al previo raggiungimento di un accordo tra le parti sullo stato di consistenza o sulla quantificazione dell'indennizzo, in quanto la mancata definizione consensuale della questione patrimoniale, senza paralizzare l'esercizio del potere pubblicistico di disporre il riscatto, implica la rimessione della controversia economica ad un apposito collegio arbitrale.
- ▶ Il riscatto e l'effettiva consegna degli impianti devono precedere, sul piano tecnico, l'indizione della gara ed il successivo affidamento del servizio.
- ▶ Esigenze di continuità del servizio impongono al Comune di entrare in possesso degli impianti, subentrando – ai sensi dell'art. 24, comma 9, del r.d. n. 2578/1925 – nei contratti in essere fino all'indizione e positiva conclusione di una nuova gara per l'affidamento del servizio.

Le informazioni che il gestore uscente deve fornire al Comune in relazione alla procedura per il nuovo affidamento.

- Il Comune deve essere messo in grado di conoscere puntualmente lo stato degli impianti di illuminazione pubblica.
- Il disposto normativo dell'art. 25 (commi 4 e 5) della legge 27/2012, prevede l'obbligo da parte del gestore uscente di fornire i dati relativi alle "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" entro 60 giorni dalla richiesta e sanzionando l'eventuale inadempimento con il ricorso al Prefetto che può altresì comminare anche sanzioni pecuniarie per il persistente inadempimento.
- Sulla base dei dati forniti dal gestore, dovrebbe essere possibile redigere uno studio descrittivo completo dell'esistente tale da consentire agli operatori economici di redigere un'offerta economica consapevole, precisa e puntuale, fondata su dati attendibili.
- La mancanza di tale studio potrebbe infatti risultare cruciale per gli operatori economici potenzialmente interessati all'affidamento. Una dettagliata descrizione degli impianti esistenti, della relativa funzionalità o della necessità di interventi di messa a norma, nonché precise indicazioni sull'oggetto dell'appalto sono infatti necessarie per la predisposizione di un'offerta tecnico-economica consapevole ed affidabile da parte degli operatori (AVCP del. 110/2012).

Il quadro di presupposto per la gara per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica.

- L'affidamento del servizio di illuminazione pubblica deve tener conto di un quadro di presupposto significativo, che comprende:
- A) le «regole» per l'uso razionale dell'energia, dettate dalla legge n. 10/1991 e dai provvedimenti attuativi della stessa, che delineano il quadro della pianificazione, tradotto in ambito urbano dal P.R.I.C.;
- B) la funzionalizzazione principale dell'illuminazione, relativa a garantire la piena fruibilità degli spazi pubblici e della rete viaria, come delineato dal d.lgs. n. 285/1992 (Codice della Strada);
- C) le soluzioni per l'efficientamento energetico, come prefigurate dal d.lgs. n. 115/2008 (particolarmente dagli articoli 14 e 15);
- D) le «regole tecniche» per gli impianti, in relazione alla loro compatibilità con gli standard UE.

Elementi particolari incidenti sulla procedura di gara.

- ▶ L'art. 15 del d.lgs. n. 115/2008 individua l'offerta economicamente più vantaggiosa come il macro-criterio di valutazione delle offerte nelle gare per l'affidamento della gestione di servizi energetici.
- ▶ Con Decreto 23 dicembre 2013 (Supplemento ordinario alla G.U. n. 18 del 23 gennaio 2014) sono stati adottati i "Criteri Ambientali Minimi" per l'acquisto di lampade a scarica ad alta intensità e moduli led per illuminazione pubblica, per l'acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e per l'affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica - aggiornamento 2013 (c.d. CAM).
- ▶ Qualora la gara sia riferita ad un modello concessorio e comprenda investimenti per gli impianti, l'ordinamento comunitario (v. Direttiva 23/2014/UE) prefigura la possibilità di estendere la durata in relazione al periodo di ammortamento, partendo dallo standard temporale di cinque anni.

Elementi regolatori del futuro rapporto con il gestore del servizio di illuminazione pubblica.

- ▶ Nella procedura di affidamento del servizio di illuminazione pubblica devono essere considerati alcuni elementi che assumono particolare rilievo nel futuro rapporto tra il Comune e il soggetto gestore, quali:
- ▶ A) il piano degli investimenti relativi agli impianti e alla rete, nonché il correlato sistema di remunerazione e la regolamentazione del trasferimento degli impianti nella prospettiva del nuovo affidamento;
- ▶ B) il piano economico-finanziario connesso agli investimenti e alle linee di efficientamento energetico sviluppabili nell'ambito della gestione del servizio di illuminazione pubblica;
- ▶ C) le linee di regolazione del servizio di illuminazione pubblica in relazione all'utilizzo razionale dell'energia e alla riduzione dell'inquinamento luminoso.

Incidenza delle convenzioni Consip sulla procedura di affidamento del servizio di illuminazione pubblica.

- Il servizio di illuminazione pubblica comprende un elemento – la fornitura di energia elettrica – per il quale il Comune è assoggettato all'obbligo di acquisto in base all'art. 1, comma 7 del d.l. n. 95/2012 conv. in l. n. 135/2012.
- Tale disposizione, tuttavia, ammette come possibile deroga per il ricorso alla convenzione lo svolgimento di una gara, con procedura ad evidenza pubblica nella quale i parametri qualità/prezzo siano quelli della stessa convenzione Consip (il fine è ottenere prezzi più vantaggiosi).
- Consip ha recentemente aggiudicato tre lotti della gara Servizio Luce 3: nella convenzione si propone un complesso di servizi e di forniture relativi alla gestione degli impianti di illuminazione pubblica.
- In base all'art. 1, comma 449 della legge n. 296/2006 il Comune, qualora voglia affidare in appalto tali servizi deve procedere ad una gara nella quale i parametri qualità-prezzo devono essere quelli della convenzione Consip.

Differenze tra il modello gestionale individuato dal Comune e i servizi offerti dalla convenzione Consip.

- Qualora il Comune abbia deciso di impostare il modello di relazione con il soggetto gestore del servizio di illuminazione pubblica sullo schema concessorio, il quadro dei servizi offerto dalla convenzione Consip (Servizio Luce 3) non è perfettamente comparabile.
- Qualora, ad esempio, il Comune ipotizzi un meccanismo di riduzione progressiva del corrispettivo parziale a fronte dell'aumento della redditività della gestione degli impianti per il gestore, questo sistema non è confrontabile con quello di remunerazione previsto dalla Convenzione Consip.
- Qualora il Comune decida di riportare al rischio del gestore la remunerazione degli interventi di investimento sugli impianti o di parte di essi), ipotizzando la stessa come garantita dai moduli ex d.lgs. n. 115/2008, questo sistema non è confrontabile con quello previsto dalla convenzione Consip, che stabilisce per molte tipologie di interventi di investimento una remunerazione a corrispettivo (sulla base dell'elenco prezzi).

Criteri possibili per la valutazione delle offerte (parte tecnico-qualitativa).

- La valutazione della parte tecnico-qualitativa delle offerte può essere sviluppata utilizzando criteri per:
 - A) il rafforzamento di alcuni standard tecnici prefigurati;
 - B) il miglioramento dei profili di efficientamento energetico, mediante proposizione di soluzioni innovative (costituiscono varianti progettuali, che devono essere assoggettate a valutazione sulla base di specifiche linee-guida elaborate dal Comune e rese note in sede di gara);
 - C) il miglioramento degli standard di controllo sui consumi energetici (razionalizzazione);
 - D) il rafforzamento degli standard qualitativi del servizio a garanzia dei fruitori (cittadini, imprese), con riferimento (es.) alla garanzia di continuità dell'illuminazione, ai piani di gestione delle criticità da black-out, ecc.

Criteri possibili per la valutazione delle offerte (parte economica).

- ▶ La valutazione della parte economica delle offerte può essere sviluppata utilizzando criteri inerenti:
- ▶ A) la riduzione del corrispettivo del servizio (potendo considerare anche una riduzione consistente nell'arco della concessione, se «compensata» dai maggiori margini di redditività della gestione «autonoma» degli impianti);
- ▶ B) i miglioramenti dei margini di redditività potenziale degli impianti che consentono al gestore l'ottenimento di risorse in modo diretto o indiretto (es. per cessione energia alla rete e autoproduzione);
- ▶ C) il potenziamento del piano degli investimenti.

Elementi rilevanti nella gestione della procedura di affidamento del servizio di illuminazione pubblica.

- ▶ La procedura di affidamento deve evidenziare la situazione degli impianti e deve precisare il macro-criterio regolativo in ordine agli impianti che verranno realizzati dal soggetto gestore e che saranno trasferiti al nuovo gestore a seguito della futura procedura per il nuovo affidamento.
- ▶ Nel bando di gara deve essere indicato il macro-criterio per definire il valore dell'indennizzo che verrà corrisposto al gestore uscente per gli impianti non ancora interamente ammortizzati.
- ▶ Il bando può anche prevedere una clausola regolativa del riscatto, coerente con la normativa vigente, qualora l'Amministrazione intenda avvalersene per rientrare in piena proprietà della rete.
- ▶ In tal caso devono essere comunque considerate le rilevanti implicazioni fiscali.

Alberto Barbiero
Consulenza amministrativo-gestionale
Appalti, contrattualistica, servizi pubblici locali e società partecipate

e-mail: alberto.barbiero1@tin.it

tel.cel.: 338-2261291

<http://www.albertobarbiero.net>