

Con il patrocinio di



Illuminazione pubblica quale infrastruttura per lo sviluppo della smart city

Inquadramento giuridico della pubblica illuminazione

Avv. Pasquale Cristiano
M2M Forum 2014 – Milano
c/o Centro Congressi Milanofiori

20 maggio 2014



La normativa per la pubblica illuminazione...



... quale...????

Manca una disciplina organica della materia che definisca, ad esempio:

- la natura giuridica del servizio;
- le modalità di organizzazione e di affidamento;
- il regime proprietario degli impianti;
- le modalità di quantificazione dei corrispettivi.

Tale vuoto normativo ha prodotto due risultati, entrambi certamente negativi:

- da un lato, ha generato situazioni di empasse/inerzia;
- dall'altro lato, ha indotto lo svolgimento procedure rivelatesi illegittime e/o inefficaci e/o diseconomiche per le Amministrazioni.

Nella prassi, ad esempio, assistiamo all'utilizzo – in modo spesso errato o, comunque, inefficace o non economico – di modelli procedurali diversi ed eterogenei, quali:

- appalti;
- concessioni di servizi;
- concessioni di costruzione e gestione;
- project financing;
- affidamenti diretti;



Questa confusione finisce col limitare fortemente la possibilità di diffusione e sviluppo dei modelli innovativi messi a disposizione dal sistema e si traduce in una vera e propria «*perdita di chance*» sia per le P.A. che per gli operatori del settore, un «*freno allo sviluppo*» dell'intero sistema.

È noto che tra le cause individuate come ostacolo agli investimenti nel nostro Paese, ai primi posti figurano le criticità connesse al sistema regolatorio (inteso come incertezza normativa, eccessiva variabilità delle regole, eccessiva burocraticità della macchina amministrativa, lentezza ed incertezza del sistema giudiziario).

La certezza delle regole è condizione di sviluppo

Pertanto – nelle more di un auspicato intervento legislativo nel settore – è necessario compiere uno sforzo ricostruttivo che definisca i contorni di un possibile quadro normativo di riferimento.

Questo sforzo può anche costituire la piattaforma per un possibile intervento legislativo.

Il punto di partenza di questo percorso è certamente la ricostruzione dell'inquadramento giuridico della pubblica illuminazione:

- Cos'è la pubblica illuminazione?
- Come si qualifica, dal punto di vista giuridico, il servizio di pubblica illuminazione?



IL SERVIZIO DI PUBBLICA ILLUMINAZIONE

Secondo l'art. 1 del R.D. 2578/1925, l'impianto e l'esercizio dell'illuminazione pubblica rientrano tra i "pubblici servizi", al pari dell'igiene urbana o del trasporto pubblico.

Tale qualificazione è stata, successivamente, messa in dubbio, anche alla luce di ricostruzioni teoriche non del tutto convincenti, agevolate molto spesso dall'incertezza o dal silenzio dello stesso Legislatore.

La Giurisprudenza è dovuta intervenire sul punto per affermare che *"il servizio di illuminazione delle strade comunali ha carattere di servizio pubblico locale."* (cfr. Consiglio di Stato n. 8231/2010).

IL SERVIZIO DI PUBBLICA ILLUMINAZIONE

Le II LINEE GUIDA dell'ENEA hanno finalmente preso posizione sull'argomento affermando chiaramente che **la pubblica illuminazione è servizio pubblico**.

Tale impostazione è stata successivamente confermata:

- dalle LINEE GUIDA dell'ANCI;
- dalla deliberazione n.110 del 19.12.2012 dell'AVCP.

Fino al più recente passato le difficoltà di ricostruzione della qualificazione giuridica del servizio di illuminazione era stata una delle principali cause dell'incertezza normativa del settore.

Oggi l'approdo ad una qualificazione giuridica certa – servizio pubblico – non risolve le problematiche di individuazione del quadro normativo di riferimento atteso che l'intera disciplina generale dei servizi pubblici locali è stata abrogata per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n.199 del 20 luglio 2012.

La Corte ha pronunciato l'illegittimità costituzionale dell'art.4 del D.L. n. 138/2011 – convertito in Legge n. 148/2011 e successivamente modificato prima dalla Legge n. 183/2011 (cd. Legge di Stabilità 2012), poi dal D.L. n. 1/2012 (cd. Cresci-Italia), convertito in Legge n. 27/2012 ed, in ultimo, dal D.L. n. 83/2012 – in quanto “viola il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, desumibile dall'art.75 Cost.”.

La sentenza della Corte:

- ha azzerato la disciplina generale in materia di spl;
- ha reso necessario – e a mio avviso urgente – un intervento legislativo organico;
- ha reso immediatamente applicabile nel nostro ordinamento – nelle more dell’auspicato intervento legislativo – la disciplina di origine comunitaria.

La strada è ancora in salita!!!!



MODELLI DI AFFIDAMENTO

Occorre distinguere due diverse forme di gestione del servizio di pubblica illuminazione da parte delle P.A.:

1. una gestione diretta da parte dell'Ente/internalizzata;
2. una gestione esternalizzata/mediante soggetti terzi

FORME DI GESTIONE DIRETTA DEL SERVIZIO

Nel caso di gestione diretta del servizio da parte dell'Ente, quest'ultimo procederà all'esecuzione dei vari interventi secondo le modalità previste dal Codice dei Contratti Pubblici:

1. appalti di lavori, servizi, forniture;
2. affidamenti in economia;

FORME DI ESTERNALIZZAZIONE

Quali sono – alla luce della disciplina comunitaria di riferimento – i modelli di affidamento ammissibili?

1. Esternalizzazione del servizio a terzi mediante gara ad evidenza pubblica;
2. Affidamento a società mista mediante gara cd. a doppio oggetto;
3. Affidamento *in house providing* a società a totale capitale pubblico sottoposte a controllo analogo dell'Ente.

ESTERNALIZZAZIONE

L'esternalizzazione del servizio può essere declinata, in concreto, attraverso le forme previste dal Codice dei Contratti Pubblici.

E' del tutto evidente che, in concreto, la forma procedurale adottata dalla P.A. dipende dal contenuto della procedura stessa ovvero dal fatto che la medesima riguardi la sola gestione dell'impianto di pubblica illuminazione o anche l'eventuale adeguamento/implementazione infrastrutturale.

La pubblica illuminazione consente l'applicazione delle forme di partenariato pubblico privato e/o di finanziamento tramite terzi, che si declinano nei seguenti modelli procedurali astrattamente utilizzabili:

- affidamento/concessione del servizio a terzi;
- concessione di costruzione e gestione;
- project financing.

SOCIETA' MISTA/IN HOUSE

Pur essendo certamente ammissibili – sul piano normativo – ne deve essere verificata la praticabilità in concreto, soprattutto alla luce del principio di economicità.

Si ritiene che tali forme gestionali siano ammissibili solo in realtà e contesti territoriali di dimensioni significative suscettibili di giustificare e rendere economicamente sostenibile il ricorso a tali modelli organizzativi.

LA PROPRIETA' DEGLI IMPIANTI

Nella prassi è frequente che gli impianti di pubblica illuminazione siano stati realizzati da soggetti privati nell'ambito di rapporti concessori in virtù dei quali, alla scadenza della concessione, detti impianti debbano essere trasferiti alla proprietà pubblica a titolo oneroso.

E' altresì frequente che le "vecchie" convenzioni rinviino, per quanto attiene alla determinazione del valore della rete, ai criteri di stima industriale di cui all'art. 24 del R.D. 2578/1925.

Occorre dunque procedere alla quantificazione del valore di «riscatto» degli impianti da corrispondere a favore del gestore uscente: a tal fine è necessario che il Comune proceda all'accertamento dello stato di consistenza degli impianti e alla quantificazione del valore di riscatto.

LA PROPRIETA' DEGLI IMPIANTI

Il riscatto può avvenire:

- in via bonaria;
- in via forzosa/contenziosa;

Occorre precisare – con riferimento a tale ultimo caso – che non esiste alcun diritto di ritenzione in capo ai gestori uscenti e che dunque, in caso di disaccordo tra Ente locale e gestore in ordine al valore dell'impianto, è comunque possibile procedere all'espletamento della gara ed all'affidamento del servizio al nuovo gestore.

IL “RISCATTO” DELLA RETE

Opzioni possibili:

1. il Comune può decidere – una volta definito il valore del “riscatto” della rete – di porre i relativi oneri a carico del gestore subentrante ovvero dell’impresa aggiudicataria della successiva gara per l’affidamento del servizio, indicando tale aspetto nel Bando di gara;
2. il Comune può invece decidere di esercitare direttamente il “riscatto”, assumendone in proprio l’onere economico, finanziandolo nei modi ritenuti opportuni (ad esempio, l’accensione di un mutuo) e recuperando (in tutto o in parte) le risorse necessarie per farvi fronte nell’ambito della successiva procedura di esternalizzazione (attraverso i risparmi energetici ottenuti).

STEP PROCEDURALI

1. Redazione Audit Energetico;

2. Deliberazione di Consiglio Comunale:

- scelta del modello gestionale (gestione diretta/esternalizzazione);
- scelta della forma di gestione (esternalizz./soc.mista/in house);
- individuazione dell'oggetto della procedura (solo gestione oppure lavori di adeguamento + gestione del servizio);
- indicazione dei criteri di gara;
- manifestazione di volontà di riscatto degli impianti dal precedente gestore previa ricognizione dello stato di consistenza e del valore residuo degli impianti;
- nomina del RUP;

STEP PROCEDURALI

3. Pubblicazione Relazione Istruttoria;

L'art. 34, comma 13 del D.L. n. 179 del 18.10.2012 – convertito con L. n.221/2012 – prevede che *“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 da 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”*.

STEP PROCEDURALI

4. **Comunicazione di avvio del procedimento al gestore uscente;**
5. **Avvio del sub-procedimento di ricognizione dello stato di consistenza e di quantificazione del valore residuo degli impianti;**
6. **Approvazione della perizia;**
7. **Conclusione della procedura di riscatto mediante accordo bonario o, in caso di disaccordo, notifica della perizia e offerta reale;**

STEP PROCEDURALI

8. Espletamento della gara mediante procedura ristretta:

- pubblicazione bando di gara;
- domande di partecipazione;
- prequalifica;
- invio lettere d'invito;
- nomina commissione giudicatrice;
- valutazione offerte;
- aggiudicazione provvisoria;
- verifica autodichiarazioni;
- verifica eventuali offerte anomale;
- aggiudicazione definitiva;
- stipula del contratto di servizio.

STEP PROCEDURALI

9. Avvio dell'esecuzione del servizio.



Grazie a tutti per la cortese attenzione.

Avv. Pasquale Cristiano

MM&A STUDIO LEGALE
Via Savoia, 78 – 00198 Roma
Tel. 06.4746042 – 349,6006801
Fax 06.46661000
cristiano@mmea.it

