

RELAZIONE EX ART.34, C.20 DL 179 / 2012

1)

L'art.34, cc.20 e 21 DL 179 / 2012 convertito in Legge 221 / 2012 prevede quanto segue:

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.

2)

La presente relazione è elaborata relativamente allo svolgimento, nel territorio del Comune di Codogno, dei seguenti servizi:

- A) ciclo dei rifiuti (raccolta, trasporto, spazzamento, smaltimento);
- B) pubblica illuminazione;
- C) gestione di parcheggi a raso;
- D) trasporto scolastico;
- E) illuminazione votiva.

Appare innanzitutto necessario operare la classica distinzione tra servizio pubblico locale ed attività resa a favore dei Comuni (diverse dai servizi pubblici) al fine di le gestioni di cui sopra da A) ad E) in una delle due famiglie.

Tra molte, la sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 9/9/2011 n. 5068, Sul criterio distintivo tra concessione di servizi ed attività resa al Comune evidenzia la distinzione come segue: Le concessioni [di servizi], nel quadro del diritto comunitario, si distinguono [dalle attività] non per il titolo provvedimentale ..., né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale ..., ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato. La giurisprudenza della Corte di Giustizia CE ha ribadito che si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione [spesso con tariffa a carico degli utenti], mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta [un'attività resa al Comune].

Circa il dibattuto tema della *rilevanza economica*, va innanzitutto evidenziato quanto espresso con la sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 23/10/2012 n. 5409, la quale sintetizza gli argomenti che hanno animato la pluriennale discussione, articolatasi secondo l'evoluzione della normativa, della giurisprudenza, della dottrina e della prassi.

La distinzione tra [servizi ed] attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica (secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione. In sostanza, per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno si deve prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 Cod. civ. e, per quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica.

... La qualificazione di un servizio pubblico a rilevanza economica è correlata alla astratta potenzialità di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore

3)

La tumultuosa evoluzione normativo – giurisprudenziale degli ultimi anni, afferente le forme di gestione dei servizi pubblici locali ed il ciclo dei rifiuti, può essere riassunta come segue:

- con l'art.34, cc.20 e ss DL 179 / 2012, il legislatore torna ad interessarsi della materia dei servizi, delle attività e delle società pubbliche locali;
- la sentenza Corte Cost. 199 / 2012 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art.4 DL 138 / 2011, convertito in Legge 148 / 2011, ed anche delle modifiche ed integrazioni allo stesso apportate dall'art.9 Legge 183 / 2011, dall'art.25, c.1 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012, dall'art.53 DL 83 / 2012;
- il DPR 113 / 2011 ha abrogato l'art.23bis DL 112 / 2008 convertito in legge 133 / 2008, modificato ed integrato dall'art.15 DL 135 / 2009 convertito in Legge 166 / 2009, nonché ha abrogato il DPR 168 / 2010, regolamento di attuazione del citato art.23bis;
- l'art.12, c.1 ha abrogato l'art.113, cc. 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater DLgs 267 / 2000;

Ad oggi ed alla luce di quanto sopra descritto, in materia di servizi pubblici locali in generale non sussiste un provvedimento di guida a livello nazionale, e non si può che far riferimento ai principi di derivazione comunitaria, cosicché le alternative per l'affidamento dei servizi risulterebbero, ad oggi ed a regime, le seguenti:

- affidamento del servizio con procedura di evidenza pubblica ex art.30 DLgs 163 / 2006, nel rispetto dei principi del Trattato di funzionamento dell'Unione Europea (in via generale il TFUE si occupa del tema della concorrenza al Titolo VII [art. 101 – 109] e della disciplina del mercato unico rispettivamente negli artt. 14, 26 e 27 [*mercato interno*], 28 e 29 [*libera circolazione delle merci*], 45 – 66 – Titolo IV [*libera circolazione di persone, servizi e capitali*], 114 , 115 e 118 [*riavvicinamento delle legislazioni*]);
- affidamento del servizio a società mista con socio appaltatore (individuato con procedura di evidenza pubblica e per un periodo di tempo determinato pari agli appalti assegnati nella stessa gara per la cessione delle quote della società, da cui il termine di prassi *gara a doppio oggetto*), come da seguenti riferimenti comunitari e nazionali: punto 2.2 e nota 18 della Comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee 5/2/2008 n. C [2007] 6661 *sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*; Risoluzione del Parlamento europeo del 18 Maggio 2010 *sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici* (2009/2175(INI)), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 31.5.2011; sentenza Corte di Giustizia UE 15.10.2009 C-196/08; sentenza Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 03.03.2008, n.1 e parere 18.04.2007, n.456;
- affidamento del servizio a soggetto interamente pubblico in house, senza più alcun termine finale (alla luce dell'incostituzionalità dell'art.4, c.32, lettera a) DL 138 / 2011, che individuava il 31.12.2012 quale termine di cessazione degli affidamenti assegnati in assenza di evidenza pubblica) e senza limite di valore contrattuale (alla luce dell'incostituzionalità dell'art.4, c.13 DL 138 / 2011, che limitava il valore stesso entro i 200.000 euro / anno), purché la società disponga dei requisiti (capitale totalmente pubblico, esercizio del controllo analogo sulla società da parte degli enti soci come avviene su un proprio ufficio, più parte dell'attività svolta in relazione al territorio dei Comuni soci) individuati dalla storica sentenza Corte di Giustizia UE 18.11.1999, C-107/98, c.d. Teckal, e richiamati dall'art.113, c.5, lettera c) DLgs 267 / 2000, abrogato dall'art.12, c.1 DPR 168 / 2010, ma sempre valido quale riferimento.

Come si avrà modo di osservare nel prosieguo, nel caso del Comune di Codogno come di numerosi altri Comuni, il tumultuoso avvicinarsi delle normative di riferimento, anche in tempi precedenti a quelli da cui muove la breve sintesi sopra esposta, e lo stesso sviluppo continuo dell'attività amministrativa hanno condotto a forme di gestione non in tutti i casi direttamente riconducibili ai tre modelli di cui al capoverso precedente, ma in ogni caso fondate sul piano amministrativo ed economico.

4)

Per tutti le gestioni sopra citate, si consideri quanto segue in materia di compensazioni economiche (aiuti di Stato), come previsto si debba evidenziare alla luce dell'art.34, c.20 DL 179 / 2012.

In attuazione del pacchetto della Commissione UE di cui sopra in data 20.11.2012, è stato approvato il *Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione del 25 Aprile 2012 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore («de minimis») concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale*; quest'ultimo prevede tra l'altro che, all'art.2 (*Aiuti “de minimis”*): *1. Sono considerati non corrispondenti a tutti i criteri dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, e pertanto esenti dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato, gli aiuti concessi alle imprese per la fornitura di servizi di interesse economico generale che rispettano le condizioni stabilite ai paragrafi da 2 a 8 del*

presente articolo. 2. L'importo complessivo degli aiuti "de minimis" concessi a un'impresa che fornisce servizi di interesse economico generale non supera i 500 000 EUR nell'arco di tre esercizi finanziari.

Al di fuori dei limiti di cui sopra, l'orientamento prevalente è quello di considerare aiuto di Stato qualsiasi contributo e/o agevolazione che incida sulla concorrenza e comporti discriminazione tra imprese che operano nello stesso settore, con particolare riferimento alla composizione dell'azionariato, ed il tema risulta assai dibattuto con riguardo alle società miste o totalmente pubbliche.

Per quanto riguarda la concessione di contributi da parte della Regione o altri Enti pubblici agli affidatari attuali e prospettici delle gestioni sopra elencate da A) a C), si rileva come il contesto di riferimento sia totalmente pubblico, in quanto i soggetti interessati sono tutti pubblici.

Ai fini di intendere se, con riferimento ai contributi di cui sopra, si possa parlare di aiuti di Stato, o se si esuli da detta materia, la normativa comunitaria di cui all'art. 107 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) precisa che, ai fini di qualificare una misura o un intervento di uno Stato membro quale aiuto di Stato occorrono almeno quattro condizioni cumulative, che possono così riassumersi:

- trasferimento di risorse pubbliche;
- vantaggio economico selettivo, che conferisca all'impresa beneficiaria un vantaggio economico, a scapito di altri soggetti operanti nello stesso territorio e nello stesso settore;
- distorsione della concorrenza;
- incidenza sugli scambi tra gli Stati membri, in quanto l'aiuto crei un vantaggio ad un soggetto che esercita una attività economica, operando in un mercato in cui esistono scambi commerciali.

La mancanza anche di uno solo di questi requisiti non rende l'aiuto di Stato incompatibile.

Oltre all'art.107 TFUE, si consideri anche l'art. 106 che lo precede.

Quest'ultimo ammette che gli Stati membri possano, senza disapplicare le regole sulla concorrenza, derogare alle medesime, qualora dalle stesse derivi la compromissione dell'interesse generale, ossia dell'interesse della collettività alla tutela di un bene primario, attuandosi dunque un contemperamento tra i principi di concorrenza nel settore dei servizi e di tutela dell'interesse pubblico sempre prevalente.

Come si vedrà a seguire, i servizi in oggetto configurano un monopolio in capo ad un unico soggetto all'interno di un territorio determinato, ed in esso non esiste alcuna concorrenza, in quanto per i clienti finali, ove presenti in quanto pagatori di prezzo o tariffa, nemmeno sussiste la possibilità di scegliere un fornitore del servizio, essendo quest'ultimo individuato in esclusiva dal Comune.

Pertanto, nella fattispecie specifica, i contributi pubblici eventualmente erogati rimangono in ambito pubblico ed in un settore chiaramente escluso da dinamiche di libera concorrenza.

I principi giurisprudenziali della Corte di Giustizia UE configurano quanto segue: le distorsioni di concorrenza debbono essere di una certa importanza (non trascurabili) ed essere valutate con specifico e diretto riferimento alle dinamiche della gestione interessata; deve essere presa in considerazione non solo la concorrenza attuale, ma anche quella potenziale, purché la possibilità di un operatore privato di entrare nel mercato sia effettiva e non meramente ipotetica.

Come da punti 68 e 69 della decisione della Commissione Europea n. 2003/193/CE del 5 Giugno 2002, si tratta nel concreto di stabilire quanto incidano sugli scambi tra stati membri le eventuali misure e/o agevolazioni, in quanto esse possano danneggiare le imprese straniere partecipanti a gare per concessioni locali in Italia, in quanto le imprese interamente pubbliche o miste, beneficiarie del regime di favore, possano concorrere a prezzi più bassi rispetto ai loro concorrenti nazionali o stranieri.

Le agevolazioni alle imprese affidatarie del servizio operanti nei predetti servizi non dovrebbero configurare un aiuto di Stato, a maggior ragione quando i contributi sono

erogati in primis direttamente al Comune, in relazione alle esigenze della collettività, cui la normativa di settore si ispira.

Ai fini del presente atto, le gestioni di cui sopra da A) ad E) non risultano aver beneficiato di contributi pubblici a fondo perduto, che non configurino corrispettivi di prestazioni, da enti sovra comunali a supporto di investimenti e / o dell'esercizio, e non si rileva l'utilizzo gratuito, da parte degli affidatari dei servizi di cui sopra, di infrastrutture di proprietà pubblica a titolo gratuito (o situazioni analoghe); inoltre, dal punto di vista della gestione d'esercizio, laddove sia previsto il pagamento di un prezzo o tariffa da parte dell'utente, il tema nemmeno si pone; ma anche quando anche l'affidatario percepisca un corrispettivo dal Comune, il corrispettivo per la gestione del servizio è attinente esclusivamente a quest'ultimo (si tratta del prezzo pagato dall'ente affidante per lo svolgimento stesso del servizio), e non configura certamente aiuto di Stato.

A) Ciclo dei rifiuti

Per raccolta, trasporto, spazzamento e smaltimento dei rifiuti risultano ricorrere le caratteristiche sopra evidenziate perché il ciclo possa ben rientrare nell'alveo dei servizi pubblici, come peraltro stabilito anche dai pareri dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato ("AGCM") AS705 - AS684 - AS678 - AS612 - AS604 - AS573 - AS570 - AS564 - AS558 - AS544 - AS530 - AS526 - AS562 - AS561 - AS548 - AS594 - AS599 - AS601 - AS620 - AS627 - AS706 - AS708 - AS726 - AS727 - AS728 - AS739 - AS740 - AS742 - AS743); inoltre, il ciclo dei rifiuti è individuato esplicitamente quale *servizio*, oltre che da previgenti leggi (tra altre, l'art.23bis, c.10 DL 112 / 2008 nella sua versione originale), dall'art.200, c.1 DLgs 152 / 2006 (norma nazionale in materia di ambiente).

Si deve quindi innanzi tutto concludere che il ciclo dei rifiuti, quando oggetto di affidamento, deve essere oggetto della relazione ex art.34, c.20 DL 179 / 2012.

Come anticipato, la presente relazione sconta l'attuale situazione di transitorietà, relativamente all'individuazione dell'ente affidante il servizio (che ad oggi si può ben confermare essere il Comune), in relazione all'evoluzione normativa di seguito tratteggiata, la quale muove dai provvedimenti più lontani per tentare di meglio inquadrare l'attuale situazione.

In base all'art.198, c.1 DLgs 152 / 2006 (*Competenze dei Comuni*), ... *Sino all'inizio delle attività del soggetto [gestore individuato] dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'articolo 202, i Comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 [ora abrogato ex art.12, c.1 DPR 168 / 2010].*

L'Art.200 DLgs 152 / 2006 (*Organizzazione territoriale del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani*) prevede quanto segue.

1. La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali, di seguito anche denominati ATO, delimitati dal piano regionale di cui all'articolo 199, nel rispetto delle linee guida di cui all'articolo 195, comma 1, lettere m), n) ed o), e secondo i seguenti criteri:

a) superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti;

b) conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative;

c) adeguata valutazione del sistema stradale e ferroviario di comunicazione al fine di ottimizzare i trasporti all'interno dell'ATO;

d) valorizzazione di esigenze comuni e affinità nella produzione e gestione dei rifiuti;

e) ricognizione di impianti di gestione di rifiuti già realizzati e funzionanti;

f) considerazione delle precedenti delimitazioni affinché i nuovi ATO si discostino dai precedenti solo sulla base di motivate esigenze di efficacia, efficienza ed economicità.

2. Le regioni, sentite le province ed i comuni interessati, nell'ambito delle attività di programmazione e di pianificazione di loro competenza, entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, provvedono alla delimitazione degli ambiti territoriali ottimali, nel rispetto delle linee guida di cui all'articolo 195, comma 1, lettera m). Il provvedimento è comunicato alle province ed ai comuni interessati.

3. Le regioni interessate, d'intesa tra loro, delimitano gli ATO qualora essi siano ricompresi nel territorio di due o più regioni.

4. Le regioni disciplinano il controllo, anche in forma sostitutiva, delle operazioni di gestione dei rifiuti, della funzionalità dei relativi impianti e del rispetto dei limiti e delle prescrizioni previsti dalle relative autorizzazioni.

5. Le città o gli agglomerati di comuni, di dimensioni maggiori di quelle medie di un singolo ambito, possono essere suddivisi tenendo conto dei criteri di cui al comma 1.

6. I singoli comuni entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al comma 2 possono presentare motivate e documentate richieste di modifica all'assegnazione ad uno specifico ambito territoriale e di spostamento in un ambito territoriale diverso, limitrofo a quello di assegnazione.

7. Le regioni possono adottare modelli alternativi o in deroga al modello degli Ambiti Territoriali Ottimali laddove predispongano un piano regionale dei rifiuti che dimostri la propria adeguatezza rispetto agli obiettivi strategici previsti dalla normativa vigente, con particolare riferimento ai criteri generali e alle linee guida riservati, in materia, allo Stato ai sensi dell'articolo 195.

Già il Codice Ambientale (DLgs 152 / 2006) prevedeva quindi l'individuazione di ambiti territoriali ottimali per lo svolgimento del ciclo dei rifiuti, ma la Regione Lombardia, con comunicazione della Direzione Generale reti e Servizi prot.17129 del 06.08.2007 *Chiarimento in merito all'organizzazione territoriale di gestione dei rifiuti urbani*, espresse la propria posizione circa la non individuazione degli ambiti multi comunali, giacchè la Regione si avvale dell'opzione ex art.200, c.7 DLgs 152 / 2006 (sopra richiamato) di non individuare gli ambiti, purchè il modello adottato rispettasse i principi ispiratori (di concorrenza e liberalizzazione), e così si affermava fossero le previsioni ex LR 26 / 2003 (come modificata ed integrata dalla LR 18 / 2006 e dalla LR 1 / 2009), cosicchè era il singolo Comune a mantenere il ruolo di ente concedente / affidante, salva la facoltà dei Comuni di associarsi volontariamente ai fini di svolgimento del servizio su base territoriale più ampia.

Si anticipa sin d'ora che la Regione Lombardia non risulta aver formalmente avviato il percorso di individuazione degli ambiti territoriali ottimali, pur in presenza di ulteriori provvedimenti che obbligano o auspicano l'individuazione degli ambiti stessi, e ciò dà conto della relativa transitorietà che può essere associata alla presente relazione circa il ciclo dei rifiuti, elaborata, approvata e pubblica da parte del Comune, ma in attesa che si attui il disegno legislativo di gestione per ambiti.

Infatti, il più recente e vigente art. 3-bis, c.1 (*Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*) DL 138 / 2011, introdotto dall'art.25, c.1 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012 ... prevede quanto segue: *A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni ... organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio, entro il termine del 30 Giugno 2012. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le Regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio – economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei Comuni presentata entro il 31 Maggio 2012 previa lettera di adesione dei Sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'art.30 del testo unico degli enti locali di cui al DLgs 18 Agosto 2000, n.267. Fermo restando il primo periodo di cui al presente comma, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in sede di attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, ai sensi delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali di dimensione non inferiore a quella del presente comma. ...*

Adirittura decisivo appare quanto previsto dall'art.34, c.23 DL 179 / 2011, in base al quale viene coerentemente ripristinato quanto al precedente e poi abrogato (dalla sentenza Corte Cost 199 / 2012) art.4, c.35bis DL 138 / 2011: *Dopo il comma 1 dell'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, è inserito il seguente: «1-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo».*

Al riguardo, la scheda di lettura della Camera dei Deputati n.737 del 06.12.2012, a commento della norma parla di *una riserva esclusiva di funzioni per gli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei per servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.*

Infine, è pure da richiamare l'art.25, c.4 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012, per cui *la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'art.202 DLgs 3 Aprile 2006, n.152 [a livello d'ambito], e nel rispetto della normativa nazionale ed europea ...*

Con riferimento agli obblighi di servizio pubblico ed universale e di esclusiva in tema di ciclo dei rifiuti, si consideri quanto segue.

Gli obblighi in questione, richiamati esplicitamente dall'art.34, c.20 DL 179 / 2012 sono indiscutibilmente correlati all'impossibilità di interrompere il servizio per evidenti ragioni igienico – sanitarie e di qualità della vita nelle comunità locali.

Risulta opportuno evidenziare come da una parte sia la stessa normativa ad imporre l'obbligatorio svolgimento del servizio di igiene ambientale, e dall'altra come non trovi applicazione l'opzione di concorrenza totale nel mercato di cui alla verifica antitrust ex incostituzionale art.4, cc. da 1 a 4 DL 138 / 2011, incostituzionale ma pur sempre di riferimento in termini di valutazione tra l'alternativa della concorrenza totale nel mercato, rispetto all'approccio con attribuzione di esclusiva ad un unico affidatario.

Circa l'obbligatorietà dello svolgimento del ciclo dei rifiuti, il già sopra riportato art.200 DLgs 152 / 2006 tratta del servizio come di una gestione a svolgimento obbligatorio, a cura dell'ente d'ambito.

Del resto, sempre in ottica obbligatoria, in base allo stesso art.198, cc.2 e ss. DLgs 152 / 2006 già sopra richiamato (Competenze dei Comuni):

2. I comuni concorrono a disciplinare la gestione dei rifiuti urbani con appositi regolamenti che, nel rispetto dei principi di trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità e in coerenza con i piani d'ambito ..., stabiliscono in particolare:

a) le misure per assicurare la tutela igienico-sanitaria in tutte le fasi della gestione dei rifiuti urbani;

b) le modalità del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani;

c) le modalità del conferimento, della raccolta differenziata e del trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati al fine di garantire una distinta gestione delle diverse frazioni di rifiuti e promuovere il recupero degli stessi;

d) le norme atte a garantire una distinta ed adeguata gestione dei rifiuti urbani pericolosi e dei rifiuti da esumazione ed estumulazione ...;

e) le misure necessarie ad ottimizzare le forme di conferimento, raccolta e trasporto dei rifiuti primari di imballaggio in sinergia con altre frazioni merceologiche, fissando standard minimi da rispettare;

f) le modalità di esecuzione della pesata dei rifiuti urbani prima di inviarli al recupero e allo smaltimento;

g) l'assimilazione, per qualità e quantità, dei rifiuti speciali non pericolosi ai rifiuti urbani

3. I comuni sono tenuti a fornire alla regione, alla provincia ed alle Autorità d'ambito tutte le informazioni sulla gestione dei rifiuti urbani da esse richieste.

4. I comuni sono altresì tenuti ad esprimere il proprio parere in ordine all'approvazione dei progetti di bonifica dei siti inquinati rilasciata dalle regioni.

In tema di obbligatorietà del servizio, infine può essere richiamato l'art.59, c.2 DLgs 507 / 1993: *Fermo restando il potere di determinazione dei perimetri entro i quali è obbligatoriamente istituito il servizio dei rifiuti urbani interni ai sensi degli articoli 3 e 8 del decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915 (peraltro abrogato ex DLgs 152 / 2006), previa ricognizione dei perimetri del centro abitato, delle frazioni e dei nuclei abitati, ivi compresi i centri commerciali e produttivi integrati, i Comuni possono estendere il regime di privativa di smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni ed equiparati ad insediamenti sparsi siti oltre le zone perimetrare sopra menzionate.*

Il fatto che il ciclo dei rifiuti deve essere gestito in esclusiva (un ente pubblico affidante, un affidatario unico per territorio e periodo di tempo) e non in regime di concorrenza totale (venir meno del ruolo di affidante da parte dell'ente pubblico, libero dispiego della concorrenza tra più gestori contestualmente operanti sul territorio), a livello di singolo

Comune, soprattutto quando quest'ultimo sia di dimensioni non grandi, può derivare dalle considerazioni che seguono.

Il ciclo dei rifiuti appare caratterizzato dai seguenti aspetti, elaborati per i singoli segmenti del servizio (raccolta; spazzamento stradale; smaltimento finale; altri segmenti).

Quanto alla raccolta dei rifiuti, appare in teoria possibile che più operatori nel mercato, in contestuale concorrenza tra loro, intrattengano rapporti diretti con gli utenti finali del servizio, i quali potrebbero anche cambiare il proprio fornitore a seconda della convenienza economica e del livello del servizio reso ma, nel concreto, la questione non risulta attuabile.

Più operatori all'interno dello stesso Comune causerebbero probabilmente problemi di traffico pesante, di sovrapposizione, di necessità di identificazione del rifiuto di spettanza di ciascuno i quali non appaiono (facilmente) risolvibili, come pure risulterebbe arduo raggiungere facilmente obiettivi predeterminati di raccolta differenziata in un sistema multi - gestore che richiederebbe un non facile coordinamento.

Inoltre, dal punto di vista dello strumento stesso di relazione tra il singolo operatore e l'utente finale, la sentenza Corte Costituzionale 239 / 2009 ha ritenuto, diversamente dalla prassi sino a quel punto adottata, che la tariffa di igiene ambientale ex art.49 DLgs 22 / 1997 ed ex DLgs 152 / 2006 nelle varianti possibili (c.d. "tia 1", "tia 2", "tia 3") fosse nella maggior parte delle applicazioni da considerarsi un tributo e non una tariffa commerciale ex artt. 3 e 4 DPR 633 / 1972.

Dopo una serie di prese di posizione ondivaghe da parte dei diversi soggetti chiamati ad esprimersi a vario titolo (Agenzie delle Entrate a mezzo di circolari, commissioni tributarie, Corte di Cassazione), con soluzioni adottate nella prassi e suggerite dalla dottrina le quali non potevano che tener conto della precarietà del quadro di riferimento, solo con la sentenza della Corte di Cassazione 15.02.2012, n.3294 si è ribadita in via pressochè definitiva la natura tributaria della tariffa di igiene ambientale.

La questione di cui sopra avrebbe dovuto trovare stabile soluzione con l'introduzione, con decorrenza 01.01.2013, della TARES ex DLgs 201 / 2011, in sostituzione della tassa rifiuti ex DLgs 507 / 1993 e della tariffa di igiene ambientale nelle sue diverse versioni.

La recente evoluzione normativa al riguardo (bozze di testo della Legge di stabilità 2014), con particolare riferimento all'incertezza ad oggi relativamente al tributo in materia di rifiuti (c.d. TARI nell'ambito della c.d. IUC), non consente nemmeno di disporre di certezze circa la modalità con cui il tributo stesso dovrà essere calcolato ed applicato.

Pertanto, non risulta quindi nemmeno sussistere uno strumento che possa legittimamente correlare, dal punto di vista commerciale, più operatori e più utenti nell'ottica della concorrenza del mercato; ciò non è stato né previsto né possibile per la TIA e per la TARES corrispettivo a gestione diretta dell'affidatario del servizio; a maggior ragione, la remunerazione del gestore, che si trovi in un'ipotetica condizione di concorrenza totale nel territorio per il ciclo dei rifiuti, a mezzo dell'erogazione di un corrispettivo comunale, come è per la TARSU e la TARES tributo a gestione diretta comunale, conferma senza dubbi la necessità di gestione in esclusiva anche sotto il profilo in esame.

Quanto allo spazzamento stradale, si tratta in tutta evidenza di un segmento per il quale l'esclusiva (unico operatore per Comune per periodo di tempo determinato) non può che essere mantenuta; si tratta infatti di accedere al suolo pubblico per effettuare operazioni di pulizia, e solo l'ente proprietario del suolo può ordinatamente definire quale sia l'(unico) affidatario che si occupi del segmento specifico; la concorrenza nel mercato non appare nemmeno concepibile.

Quanto allo smaltimento finale dei rifiuti, si tratta di un segmento la cui evoluzione non può essere di competenza comunale, regionale e / o a livello d'ambito: sussistono infatti previsioni normative regionali che regolamentano il segmento, in un contesto per cui si impone la facoltà di smaltire in uno o l'altro degli impianti di smaltimento purché insistenti nel territorio regionale, con il progressivo venir meno della definizione di politiche di autosufficienza a livello provinciale; pertanto il tema risulta essere materia che sfugge alla disponibilità del singolo Comune o della stessa concorrenza totale nel mercato.

Al riguardo, in termini di relativa complessità, si consideri anche il già richiamato (per altre ragioni) art.25, c.4 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012, in base al quale *Per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'art.202 DLgs 3 Aprile 2006, n.152, e nel rispetto della normativa nazionale ed europea, le seguenti attività: a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti; b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla precedente lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani ed assimilati prodotti all'interno dell'ATO. Nel caso in cui gli impianti siano di titolarità di soggetti diversi dagli enti locali di riferimento, all'affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani devono essere garantiti l'accesso agli impianti a tariffe regolate e predeterminate e la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel piano d'ambito.*

Quanto agli altri possibili segmenti del ciclo dei rifiuti, come anche da parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 16 Maggio 2012, n. AS940, relativa ai servizi pubblici locali di rilevanza economica concernenti la filiera ambientale del Comune di Torino (AS940), a fronte della delibera di Giunta dello stesso Comune (17.04.2012, n.ord. 78 2012 01917/064), quanto segue è da considerarsi già liberalizzato (con le precisazioni di cui alla citata delibera): selezione / trattamento dei rifiuti speciali non pericolosi; trattamento dei rifiuti pericolosi prodotti da aziende; noleggio di attrezzature di raccolta e trasporto rifiuti; bonifiche di manufatti contenenti amianto; rimozione di graffiti da superfici orizzontali e verticali; analisi di laboratorio limitatamente alla composizione del rifiuto; studio dei parametri quali / quantitativi per la definizione degli indici di produzione specifica dei rifiuti da parte delle diverse categorie di produttori; raccolta e demolizione di carcasse di auto; rimozione, radiazione e rottamazione di autoveicoli; pronto intervento discariche abusive; derattizzazione e disinfestazione; asporto rifiuti in ossequio ad ordinanza di sgombero; posizionamento e pulizia di servizi igienici.

In esito alle considerazioni di cui sopra, pare potersi concludere che il ciclo dei rifiuti si caratterizzi per obblighi allo svolgimento del servizio, e ciò in forma di esclusiva da parte di un ente affidante ad un solo affidatario per territorio e periodo di tempo.

Circa la coerenza amministrativa dell'affidamento del ciclo dei rifiuti in capo ad ASM Codogno SpA, valgono le seguenti considerazioni.

Hanno luogo negli anni 2002 – 2003:

- la scissione (oggi ex art.2506 e ss. C.C.) di ASM Codogno SpA in due società: una beneficiaria di nuova costituzione, Retico SRL, di proprietà di reti, impianti, dotazioni; l'altra, l'esistente ASM Codogno SpA ("ASM"), di gestione ed erogazione dei servizi;
- la successiva parziale privatizzazione di entrambe le società, per una quota pari al 49% del capitale.

L'operazione avvenne in forza degli allora vigenti commi 13 e 12 dell'art.113 DLgs 267 / 2000, come introdotto dall'art.35, c.1 Legge 448 / 2001:

13. Gli enti locali, anche in forma associata, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società di capitali di cui detengono la maggioranza, che è incedibile.

12. L'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere.

Si può ben notare come la norma di riferimento per la parziale privatizzazione di ASM non fa riferimento:

- né all'obbligo di individuazione di un socio che sia operatore – appaltatore in una società mista pubblico – privato,
- né al fatto che detto socio debba essere individuato per un periodo di tempo determinato, al termine del quale debba essere di nuovo bandita la relativa gara, caratteristiche, le due di cui sopra che, come si è già sopra esposto, sono proprie del quadro attuale (ma non di quello dell'epoca) di riferimento normativo – giurisprudenziale in materia di costituzione di una società mista pubblico – privato.

L'attuale quadro si è formato via via nel tempo, ed in momenti chiaramente successivi a quelli in cui il Comune ha realizzato la parziale privatizzazione di ASM.

L'allora vigente art.113, c.12 DLgs 267 / 2000 richiama solo il fatto di *cedere in tutto o in parte la propria partecipazione* da parte dell'Ente Locale, e che *tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere* (ai fini del caso in esame, l'affidamento dell'igiene urbana sulla base del contratto di servizio preesistente alla gara per l'individuazione del socio privato) .

Tutto ciò, in un contesto di obbligatoria privatizzazione e liberalizzazione forzata dei servizi pubblici locali, cui il Comune di Codogno all'epoca adempie coerentemente, come da art.35, c.2 Legge 448 / 2001: *il regolamento di cui al comma 16 del presente articolo indica i termini, comunque non inferiori a tre anni e non superiori a cinque anni, di scadenza o di anticipata cessazione della concessione rilasciata con procedure diverse dall'evidenza pubblica.*

La società mista ex c.12 era dunque una coerente risposta alla cessazione degli affidamenti diretti, la quale peraltro non sarebbe mai divenuta operativa, a partire dalla mai intervenuta promulgazione del sopra citato regolamento ex art.35, c.16 Legge 448 / 2001.

Il socio di minoranza di ASM è stata individuato a mezzo di procedura di evidenza pubblica (agli atti del Comune di Codogno); difficilmente il socio di minoranza può essere configurato quale socio operatore – appaltatore in ASM, ma l'individuazione di un socio con evidenza pubblica prevalentemente finanziario e non operativo non contraddice, anzi è del tutto coerente, con la normativa all'epoca vigente.

Si può quindi concludere che, in base al noto principio per cui *tempus regit actum* (comportamento del Comune coerente con le normative allora vigenti, anche se successivamente modificate ed integrate), l'affidamento del servizio di igiene ambientale da Comune ad ASM, e quindi il contratto di servizio vigente tra il Comune di Codogno ed ASM, tra l'altro preesistente all'operazione di privatizzazione sopra tratteggiata (come da art.113, c.12 DLgs 267 / 2000), siano tuttora fondati e vigenti.

Successivamente, ma a gara per l'individuazione del socio di minoranza ormai da tempo aggiudicata ed a quote di partecipazione ormai trasferite, l'art. 14 DL 269 / 2003, convertito con modificazioni nella Legge 326 / 2003 avrebbe modificato l'art.113, c.12

DLgs 267 / 2000, integrando il testo precedentemente vigente con l'inciso tra parentesi quadra.

L'ente locale può cedere tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi [mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento]. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere.

La gara del Comune di Codogno non prevedeva un termine temporale finale alla qualifica del socio privato individuato con la gara, coerentemente con la normativa in quel momento vigente e con la coerente prassi (il socio in ASM è individuato come stabile e senza termine finale di partecipazione alla società); solo successivamente si impone l'obbligo del fatto che il socio sia tale solo a tempo determinato.

Per completezza, l'art.14 DL 269 / 2003 è il provvedimento che ha cancellato l'obbligo di privatizzazione e liberalizzazione forzata già ex art.35, c.2 Legge 448 / 2001 sopra evidenziato, reintroducendo (in senso diametralmente opposto) l'affidamento diretto *in house* alle società interamente pubbliche, senza termine finale e senza limiti di valore (per il Comune di Codogno e per ASM, società mista, il tema già allora, come oggi, non era e non è di diretto interesse).

Solo in tempi ancora successivi sarebbe stato approvato l'art.15, c.1 DL 135 / 2009 convertito in legge 166 / 2009, ad integrare l'art.23bis, c.2, lettera b) DL 112 / 2008 convertito in Legge 133 / 2008, in base al quale *Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) [con gara di affidamento del servizio]; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ... le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.*

Per completezza, l'art.23bis di cui sopra ripropone la liberalizzazione obbligatoria già propria del sopra richiamato art.113, c.12 DLgs 267 / 2000 come da art.35, c.1 Legge 448 / 2001.

Così come solo nel 2003, a gara del Comune di Codogno ormai aggiudicata, si impone l'obbligo della temporaneità del socio privato in società mista, solo nel 2009 si impone l'obbligo di costituzione di società mista con socio operatore e non finanziario.

Successivamente, il quadro normativo è tumultuosamente evoluto come già sopra ricordato al § 3; ai fini di quanto qui interessa, l'evoluzione ivi riportata non è di particolare interesse, giacché vale quanto già precedentemente esaminato sul piano storico.

E' in ogni caso opportuno evidenziare per completezza che gli ormai da tempo abrogati art.23bis, c.8, lettera b) DL 112 / 2008 ed art.4, c.32, lettera b) DL 138 / 2011 (lettera modificata dall'art.25, c.1, lettera b), numero 6 DL 1 / 2012) prevedevano che, esattamente con il medesimo testo, che *le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ...le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011 [nel caso dell'art.23bis di cui sopra] ed alla data del 31 marzo 2013 [nel caso dell'art.4 di cui sopra].*

Se non fossero stati rispettivamente abrogati dal richiamato referendum popolare (art.23bis, c.8, lettera b) DL 112 / 2008) e dalla sentenza Corte Cost 199 / 2012 (art.4, c.32, lettera b) DL 138 / 2011), i due provvedimenti, o meglio uno dei due, avrebbero potuto condurre alla cessazione anticipata dell'affidamento del ciclo dei rifiuti da Comune ad ASM; ma l'intervenuta abrogazione di entrambi conferma le conclusioni, cui si è già sopra pervenuti, circa la tuttora attuale fondatezza dell'affidamento e la vigenza del contratto di servizio igiene urbana tra Comune di Codogno ed ASM; le norme abrogate non hanno prodotto né possono produrre oggi alcun effetto pratico.

In sintesi:

- l'affidamento del ciclo dei rifiuti in Comune di Codogno può proseguire in capo alla società mista ASM sino alla scadenza del contratto di servizio;
- debbono necessariamente osservarsi con attenzione il presumibile sviluppo degli ambiti territoriali ottimali da individuarsi da parte della Regione Lombardia, e le successive determinazioni dell'ente d'ambito.

B) Pubblica illuminazione

La pubblica illuminazione è definita servizio pubblico locale in relazione alla definizione che della stessa dà il Decreto Ministero dell'Interno 28.05.1993 (*Individuazione, ai fini della non assoggettabilità ad esecuzione forzata, dei servizi locali indispensabili dei Comuni, delle province e delle comunità montane*), e tenendo conto alla giurisprudenza corrente (TAR Lombardia – Sez. Milano, 9 Gennaio 2007, n.4; TAR Lombardia, Sez. Brescia, 27 Dicembre 2007 n. 1373; Consiglio di Stato, Sez. V, 13 Dicembre 2006 n. 7369);

La competenza relativa al servizio è quindi in tutta evidenza del Comune e, nonostante la pubblica illuminazione si caratterizzi per l'assenza di un'utenza diffusa pagatrice di prezzi / tariffe (fatti salvi gli sviluppi in materia di IUC come da Legge di Stabilità 2014), ossia in relazione al fatto che la remunerazione è costituita da un corrispettivo erogato dal Comune, per essa deve essere sviluppata la relazione ex art.34, c.20 DL 179 / 2012.

Non sussistono dubbi pure circa la gestione in esclusiva; l'acquisto dell'energia elettrica non può che avvenire da uno ed un solo fornitore per periodo di tempo (in prospettiva di breve, CONSIP); l'esercizio e la manutenzione dei punti luce esistenti non può che avvenire a mezzo di un unico soggetto che, individuato dal Comune, operi sul patrimonio pubblico dell'illuminazione; i nuovi lavori ed investimenti parimenti non possono che essere svolti da uno ed un solo operatore per unità di tempo; del resto, la caratteristica operativa della pubblica illuminazione avvicina la stessa ad un'attività strumentale, essendo prevalentemente un insieme di operazioni svolte su beni patrimoniali, e non direttamente a favore di utenti finali (fermo che la cittadinanza beneficia del risultato finale in termini di comodità negli spostamenti serali e notturni, sicurezza ed estetica cittadina).

Quanto all'affidamento del servizio, è stata sottoscritta in data 23.01.2009, dal Comune di Codogno ed Enel Sole SRL, una *convenzione per la gestione degli impianti di pubblica illuminazione* di durata pari a quindici anni dalla sottoscrizione della convenzione stessa (art.21); al riguardo è rilevante evidenziare che Enel Sole SRL era ed è proprietaria di un numero assai rilevante di centri luminosi (assai più contenuto la proprietà in capo al Comune di Codogno); Enel Sole SRL, dal 01.08.1999 in forza di previgente convenzione (la cui titolarità, già in capo ad Enel, è stata poi trasferita ad Enel Sole), provvedeva e provvede alla gestione degli impianti di cui era ed è proprietaria e della gestione (prima della vigente convenzione, di una parte, ora della totalità) degli impianti di proprietà comunale; *la rete di pubblica illuminazione risultava e risulta ... parzialmente integrata con le reti di distribuzione di energia elettrica a bassa tensione di proprietà di Enel Distribuzione, altra azienda del gruppo Enel;*

nell'ambito della convenzione vigente, il Comune ha inteso *promuovere azioni volte a garantire le esigenze di sicurezza dei cittadini, migliorando la qualità della luce sul territorio comunale e valorizzando al contempo il contesto urbanistico artistico ed ambientale, nonché mettere in atto tutti gli interventi di riqualificazione ed adeguamento necessari, nel pieno rispetto della LR 17 / 2000*

L'art.113, c.14 DLgs 267 / 2000 (vigente all'epoca dell'approvazione e della sottoscrizione della convenzione, e solo successivamente abrogato dall'art.12, c.1 DPR 168 / 2010, regolamento attuativo dell'art.23bis DL 112 / 2008, successivamente abrogato dal DPR 113 / 2011 in esito al risultati del referendum del 12-13 Giugno 2011) prevede che *se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi ... sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti ...*; il Comune ha ritenuto che *l'affidamento del servizio ad unico gestore sia opportuno per motivi di economicità, razionalizzazione, continuità ed efficienza.*

In esito a tutte le considerazioni di cui sopra, si può concludere per la coerenza del modello di affidamento.

C) Gestione di parcheggi a raso

Per la gestione delle soste a pagamento risultano ricorrere le caratteristiche sopra evidenziate perché la gestione stessa possa ben rientrare nell'alveo dei servizi pubblici a rilevanza economica, come peraltro stabilito anche dai pareri dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato ("AGCM") AS542 - AS554 AS618 - AS642 - AS681). Inoltre, in base a quanto previsto dal già richiamato art.6, c.4, lettera d) Decreto Legislativo 30 aprile 1992, n. 285, è *l'ente proprietario della strada [quale nel caso di specie il Comune di Codogno] a poter vietare o limitare o subordinare al pagamento di una somma il parcheggio o la sosta dei veicoli, a fronte di un rilevato bisogno di sosta regolamentata a pagamento.*

Appare evidente che il parcheggio a pagamento su suolo pubblico (strada di proprietà pubblica) non può che essere deliberato ed organizzato dall'ente proprietario della strada, tanto che non appare nemmeno concepibile la liberalizzazione totale del servizio.

Infatti, l'ente proprietario della strada ed istitutore il servizio di parcheggio a pagamento a raso non può che attribuire il diritto di esclusiva all'affidatario della gestione (un solo affidatario per periodo di tempo e per area territoriale); l'alternativa in capo all'ente sta nell'istituire o meno il servizio di sosta a pagamento, ma una volta che sia istituito e nel caso non sia l'ente stesso a effettuare direttamente con risorse proprie la gestione, è l'ente medesimo, in qualità di concedente, ad assegnare il servizio ad un gestore ed a determinarne le relative tariffe; nemmeno da un punto di vista teorico è in effetti ipotizzabile che operatori privati si impadroniscano, senza programmazione da parte dell'ente, di porzioni del suolo di proprietà di quest'ultimo per gestire in concorrenza con altri il parcheggio a raso, sulle medesime porzioni o su altre porzioni di suolo pubblico, con l'installazione, a mero titolo esemplificativo, di parcometri di proprietà del privato; è altrettanto privo di concretezza, oltre che causa di totale inefficienza gestionale, ipotizzare di parcellizzare il servizio in più aree (per quartiere, strada o simile, sino ipoteticamente al limite inferiore del singolo stallo di parcheggio) per consentire l'accesso di più gestori.

Anche dal punto di vista pratico, essendo la gestione del servizio di parcheggio a pagamento a raso tramite parcometri un'attività caratterizzata da concrete esigenze di uniformità nella qualità e coerenza di svolgimento a livello cittadino, si impone l'esigenza e l'opportunità di effettuare la gestione del servizio stesso da parte di un unico soggetto, che possa garantire tali caratteristiche di uniformità su tutto il territorio (il che non

potrebbe avvenire nell'ottica delle alternative, peraltro peculiari, di liberalizzazione totale come sopra definite), anche in ordine ai rapporti con i cittadini (ad esempio, in tema di assistenza ai clienti), alle esigenze manutentive degli apparati ed alla segnaletica stradale, al servizio di accertamento delle violazioni in materia di sosta di cui agli art. 7, 157 e 158 DLgs 30/04/1992 n. 285 (Codice della Strada) ed al relativo interfacciamento con il Comando di Polizia Municipale competente per il conseguente processo sanzionatorio, e non ultimo alla pubblicità ed informazione istituzionale del servizio, il quale prevede contenuti e relative modalità di comunicazione correlate ed utili al servizio cittadino nel suo complesso.

Gli stessi sistemi di pagamento della sosta avvalorano questa tesi; solo un unico soggetto pubblico possiede le peculiarità, soprattutto in termini di flessibilità decisionale, gestionale e tecnico-organizzativa, atte a fornire risposte alle esigenze delle svariate tipologie di utenza, con l'obiettivo di migliorare il servizio offerto senza gravare sulle finanze dell'utilizzatore finale.

Quanto al modello di affidamento, ex art.30 DLgs 163 / 2006 sopra richiamato al § 3, il Comune di Codogno ha svolto, come da *contratto per affidamento in concessione gestione parchimetri cittadini – zone blu – periodo triennale* del 12.09.2011 (per una durata di tre anni a decorrere da quest'ultima data), *una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara*, nell'ambito del quale contratto, tra l'altro, il concessionario riconosce un aggio a favore del Comune; il modello dell'affidamento del servizio con procedura ad evidenza pubblica risulta coerente con i principi comunitari; il Consiglio Comunale conferma, anche con riferimento allo svolgimento del servizio successivamente alla scadenza del contratto di cui sopra, il modello dell'affidamento del servizio con gara.

Per completezza, segnalato che la concessione di cui sopra non ha ad oggetto la gestione in esclusiva di parcheggi in struttura (sotterranei, sopraelevati o simili), si registrano in Codogno alcuni casi, non decisivi ai fini della presente relazione, di parcheggi parzialmente ad uso pubblico (gestiti tramite iniziativa privata) realizzati in base ad una convenzione urbanistica, scomputandone il valore dagli oneri di urbanizzazione dovuti all'amministrazione comunale per l'intervento edilizio stesso.

In esito a tutte le considerazioni di cui sopra, si può concludere che il gestione delle soste a raso a pagamento si caratterizzi per lo svolgimento del servizio in esclusiva da parte di un ente affidante ad un solo affidatario per territorio e periodo di tempo; resta ferma la possibilità per soggetti privati di promuovere iniziative di sosta in struttura, ferme le competenze comunali in materia di suolo, sottosuolo, soprasuolo.

D) Trasporto scolastico

La Legge Regione Lombardia 20 Marzo 1980, n.31 (Diritto allo studio – norme di attuazione), la quale risulta tuttora vigente e che in ogni caso risulta significativa ai fini della presente relazione, all'art.3 prevede che *i Comuni ... organizzano servizi speciali di trasporto scolastico, ... in modo da garantire e razionalizzare la frequenza scolastica in ogni parte del territorio regionale.*

In capo ai Comuni è pertanto collocata la competenza all'eventuale organizzazione di servizi di trasporto scolastico; nel segue che, ove istituito il servizio, la rete e le frequenze sono individuate dal Comune e, almeno in Lombardia, non paiono sussistere opportunità per una gestione liberalizzata all'interno del mercato (più gestori, con libertà di definizione delle fermate da parte di ciascuno e di rapporti autonomi diretti con gli utenti finali del servizio); nel contesto descritto, il servizio non può che essere svolto in esclusiva (un solo gestore del trasporto scolastico per periodo di tempo in un determinato territorio).

Il trasporto scolastico è ben assimilabile, in quanto a svolgimento, al trasporto urbano ex LR 6 / 2012, ancorchè esso non vi sia formalmente compreso; esso viene svolto sul territorio a mezzo di linee individuate dal Comune; gli utenti pagano una tariffa; oltre a caratterizzarsi il trasporto scolastico per elementi tipici del servizio pubblico locale (si confronti quanto poco sopra con quanto al precedente § 2), la giurisprudenza del Consiglio di Stato lo ha spesso configurato come tale (Sezione VI, 9 Luglio – 22 Novembre 2004 n. 7636; Sezione V, 8 Marzo 2005, n.954; Sezione V, 28 Febbraio 2006, n. 874).

La gestione del servizio si impone come un'esclusiva del Comune, in quanto non pare praticabile, in particolare nelle piccole – medie dimensioni, un approccio di liberalizzazione totale, il che presupporrebbe l'abdicare, da parte del Comune, alla propria competenza ex LR 31 / 1980 sopra richiamata, per lasciare libertà ad eventuali operatori nel mercato di fissare linee, fermate, tariffe; l'ordinato svolgimento del servizio, il quale si caratterizza anche per il collegamento tra case sparse e frazioni agli edifici scolastici (quindi, anche con valenza sociale di scarso interesse per gli operatori in concorrenza), richiede certamente l'intervento di regolamentazione / gestione da parte del Comune.

Le caratteristiche e la stessa qualificazione di servizio pubblico per il trasporto scolastico risultano coerentemente ribadite ed operativamente definite nel regolamento, cui si rinvia per il dettaglio, approvato dal Consiglio Comunale con atto n. 30 del 22 Marzo 2007 (modificato dal Consiglio stesso con atti n. 22 del 24 Marzo 2010 e n. 85 del 25 Novembre 2010), cui è seguita la ripubblicazione dal 3 Gennaio 2011 al 17 Gennaio 2011, cosicchè la vigente versione risulta in vigore dal 18 Gennaio 2011.

Il Comune gestisce il servizio di trasporto scolastico in economia, ossia con risorse materiali ed umane proprie; la forma di gestione risulta del tutto coerente con quanto prevede il Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 Ottobre 2007 *relativo ai servizi pubblici di trasporto*: all'art.5, c.2 è in fatti previsto che *le autorità competenti a livello locale ... hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto ...*; la giurisprudenza del Consiglio di Stato, per il trasporto ed anche altri servizi, ha confermato la facoltà di gestione diretta del servizio pubblico locale da parte del Comune (Sez. V, 6 Febbraio 2008 n. 342; Sez. V, 26 Gennaio 2011 n. 552).

E) Illuminazione votiva

Ex art.34, c.26 DL 179 / 2012, *Al fine di aumentare la concorrenza nell'ambito delle procedure di affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva, all'articolo unico del decreto del Ministro dell'interno 31 dicembre 1983, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 16 del 17 gennaio 1984, al numero 18) sono soppresse le seguenti parole: «e illuminazioni votive». Conseguentemente i comuni, per l'affidamento del servizio di illuminazione votiva, applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, e in particolare l'articolo 30 e, qualora ne ricorrano le condizioni, l'articolo 125.*

L'evoluzione normativa configura essa stessa l'illuminazione votiva quale servizio pubblico locale, rimuove la stessa dall'elenco dei servizi a domanda individuale, impone lo svolgimento di gare a livello locale, fatta salva la gestione diretta per gestioni di dimensione ridotta (non oltre un valore di euro / anno 40.000 ex art.125, c.11 DLgs 163 / 2006), ferme le procedure con invito di almeno cinque operatori di cui allo stesso articolo e comma, oltre che all'art.30 DLgs 163 / 2006, fatte salve le procedure ad evidenza pubblica che ben si caratterizzano per una maggior apertura.

La gestione del servizio si impone come un'esclusiva del Comune, in quanto non risulta in alcun modo praticabile la gestione in libera concorrenza; il servizio si svolge infatti su e / o in

corrispondenza di manufatti cimiteriali, appartenenti al demanio comunale, l'accesso al quale non può che essere regolato dal Comune, individuando uno ed un solo gestore; anche ipotizzando in teoria che ciascun titolare di punto luce svolga autonomamente la relativa manutenzione ed il ricambio lampade, ragioni di sicurezza escludono tassativamente detta soluzione; gli interventi di manutenzione più corposa all'impianto elettrico generale, sino la vero e proprio rifacimento di quest'ultimo, impongono l'individuazione di uno ed un solo operatore da parte del Comune, così come del resto ciò non può che valere per la fase di riscossione delle tariffe dagli utenti.

La gestione ad oggi è svolta da ASM, in forza di affidamento deliberato dal Consiglio Comunale con atto 30.03.2006, n.29; il rapporto è regolato da convenzione tra Comune ed ASM sottoscritta in data 15.05.2006 (la durata della convenzione è di 20 anni a far data dal 01.07.2006); come da contratto di appalto tra ASM e proprio appaltatore del 16.02.2007, il Consiglio di Amministrazione di ASM stessa *ratificava il risultato della trattativa privata espletata per l'affidamento [appalto] del servizio di illuminazione votiva, assegnando il servizio all'impresa ..., che ha presentato migliore offerta economica, come da documentazione in atti;* tra l'altro detto contratto prevede durata sino al 19 Febbraio 2023 (art.3) e prevede quale remunerazione dell'appaltatore un corrispettivo annuo per punto luce (art.9).

In base alla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, 30 Aprile 2009 n. 2765), *l'affidatario diretto di un servizio pubblico può affidarne, anche in parte, lo svolgimento a terzi selezionati tramite gara. Non esiste nell'ordinamento ... una regola che impone al concessionario in house di un servizio pubblico di svolgerlo interamente in proprio, con il corrispondente divieto di affidarne, anche in parte, lo svolgimento a terzi (selezionati tramite gara). Anzi, risulta vigente una regola che obbliga gli organismi di diritto pubblico (categoria nella quale rientra ASM) ad osservare, per i propri affidamenti "a valle", i principi e le norme dell'evidenza pubblica (art. 3, commi 25 e 26, e 32 del D.Lgs. n. 163/2006).*

In relazione a quanto sopra esposto, si può affermare che l'assetto di gestione attuale già soddisfa la finalità concorrenziale ex art.34, c.26 DL 179 / 2012 sopra citato, giacché ASM non svolge direttamente il servizio pubblico di illuminazione votiva, ma ha esperito una procedura di assegnazione della gestione a terzi.