

Il servizio di teleriscaldamento non costituisce di per sé un servizio pubblico locale

T.A.R. Milano (Lombardia), sez. I, sentenza 9 maggio 2014, n. 1217

Comune – Servizio Pubblico Locale – Teleriscaldamento – Rapporti

Comune – Servizio Pubblico Locale – Privativa – Rapporti

Comune – Atto amministrativo – Autorizzazione alla “manomissione di suolo pubblico” – Concessione – Assimilabilità – Procedura ad evidenza pubblica – Necessità

Comune – Posa rete di teleriscaldamento – Autorizzazione alla “manomissione di suolo pubblico” – Sufficienza – Esclusione

Il servizio di teleriscaldamento non costituisce di per sé un servizio pubblico locale, né sotto un profilo ontologico né da un punto di vista della qualificazione normativa, laddove non venga assunto dal comune quale servizio pubblico "facoltativo".

Non vi è necessaria coincidenza tra servizio pubblico e privativa, poiché l'assunzione da parte dell'ente locale di un servizio di interesse economico generale svolto a favore della collettività di riferimento può senz'altro coesistere, secondo il diritto comunitario, con la possibilità che altre imprese svolgano la stessa attività in regime di concorrenza, fatta salva l'attribuzione di diritti speciali e di esclusiva al soggetto incaricato, qualora il rispetto dei principi del trattato ostacoli la missione allo stesso affidata.

L'autorizzazione alla "manomissione" di suolo pubblico per la posa di una dorsale di teleriscaldamento, data la condizione di monopolio naturale della rete da costruire, risulta assimilabile alla concessione di un bene demaniale suscettibile di sfruttamento economico, e deve essere pertanto preceduta da una procedura competitiva per la scelta del concessionario.

Il comune non può consentire la posa di una dorsale di teleriscaldamento tramite la mera autorizzazione alla "manomissione" di suolo pubblico, poiché la consapevolezza dell'inefficienza economica generata dalla duplicazione della rete impone all'ente locale di rispettare i principi comunitari in materia di concorrenza, altrimenti si attribuirebbe ingiustificatamente un diritto di natura esclusiva (costruzione e gestione di una rete non duplicabile) ad una società che opera in un regime di libero mercato.

(Massime a cura di Andrea C. Romano – Riproduzione riservata)

Fatto

La ricorrente è una società per azioni interamente partecipata da soci privati e avente per oggetto, tra l'altro, la costruzione, la progettazione, l'installazione e la gestione di impianti per la produzione e trasporto di acqua, energia elettrica e gas.

Tale società ha acquistato in data 5 giugno 2008 da Milanofiori 2000 S.r.l. (altra persona giuridica a connotazione interamente privatistica) il diritto di superficie per la durata di anni 50 su di un'area sita nel comune di Assago al fine di realizzare, gestire e mantenere sulla predetta area una centrale di teleriscaldamento e di cogenerazione avente una potenza massima di 50 Mw, da destinare al servizio dei fabbricati di cui al piano particolareggiato relativo al Comparto D4.

La realizzazione e la gestione di tale centrale sono state disciplinate dalla convenzione stipulata in data 14 maggio 2008 tra la dante causa Milanofiori 2000 S.r.l e il comune di Assago. Si riportano i punti salienti di tale convenzione:

- in premessa, Milanofiori 2000 S.r.l. veniva individuata quale soggetto attuatore degli interventi da realizzare sulle aree limitrofe ad un appezzamento di terreno di sua proprietà in forza della convenzione annessa al piano particolareggiato e stipulata con il comune di Assago in data 18 aprile 2005;
- sempre in premessa, sul predetto terreno, coerentemente alla destinazione urbanistica di area destinata a standard al servizio della produzione con la possibilità di realizzare impianti tecnologici d'interesse pubblico generale, Milanofiori S.r.l. dava atto di volere realizzare una centrale di cogenerazione a servizio degli edifici da realizzare nel comparto D4;
- tale centrale poteva essere gratuitamente collegata alla rete esistente, già dotata del fabbisogno energetico sufficiente al corretto funzionamento della centrale stessa, in forza della convenzione stipulata tra il comune di Assago e l'ENEL Gas in data 19 febbraio 2008;
- Milanofiori 2000 S.r.l. cedeva, pertanto, all'amministrazione locale la proprietà dell'area su cui costruire la centrale e contestualmente ne acquistava il diritto di superficie per la durata di anni 50 al fine di realizzarvi, a propria cura e spese, la centrale di cogenerazione in discorso, da utilizzare per una potenza non superiore a 50 Mw;
- il comune di Assago si impegnava a costituire nel sottosuolo delle aree pubbliche di interesse una servitù gratuita e perpetua per il passaggio delle reti di collegamento fra l'area ove sarebbe stata realizzata la centrale e il comparto D4;
- quale corrispettivo per il mantenimento del diritto di superficie, Milanofiori 2000 S.r.l. si impegnava a versare, per i primi otto anni, l'importo fisso di € 30.000,00 per ogni anno, e, per il successivo periodo, il 6% degli utili derivanti dalla gestione della centrale di cogenerazione;
- veniva, altresì, stabilito che, allo scadere dei 50 anni dalla data di rilascio del permesso di costruire, il diritto di superficie si sarebbe estinto, con estensione, senza il versamento di ulteriori corrispettivi, del diritto di proprietà del comune anche alla struttura edile e all'impianto;

- Milanofiori si impegnava, da un lato, a garantire la fornitura di energia e calore all'intero comparto D4, evitando sospensioni o disservizi all'utenza anche nel caso di opere di potenziamento o di adeguamento tecnologico dell'impianto, dall'altro, a mantenere, a sue cure e spese, l'impianto stesso in buono stato di manutenzione e di consegnarlo al comune, alla scadenza del diritto di superficie, in ottime condizioni di funzionalità;
- l'ulteriore potenziamento della capacità della centrale di cogenerazione avrebbe dovuto ottenere la previa autorizzazione esplicita da parte del comune;
- qualora la gestione della centrale fosse diventata non più economicamente sostenibile, l'ente locale e la società di gestione avrebbero di comune accordo individuato un altro impianto di interesse per la collettività e per l'operatore privato in sostituzione della centrale di cogenerazione;
- il comune si impegnava a mantenere l'impianto in esercizio e a garantire agli utenti le stesse condizioni economiche già contrattate con la società di gestione, alla scadenza del termine del diritto di superficie, e sempre che la centrale fosse ancora funzionante e il comune avesse interesse a mantenere la struttura;
- veniva, infine, previsto che, in caso di ritardo nel pagamento del corrispettivo pattuito per il mantenimento del diritto di superficie, il comune avrebbe applicato una maggiorazione del 15% sulle somme dovute per ogni mese di ritardo, salva la facoltà, in caso di mancato pagamento, mancato esercizio della centrale o gravi e reiterati disservizi protrattisi per più di sei mesi, di estinguere anticipatamente il diritto di superficie.

Nel febbraio del 2013, Milanofiori Energia S.p.A., attuale gestore della centrale di cogenerazione nel frattempo realizzata, chiedeva l'autorizzazione ad effettuare i lavori di realizzazione della dorsale di teleriscaldamento a servizio del comprensorio di Milanofiori (comprensorio esterno al comparto D4 di cui alla convenzione su citata).

A fronte di tale istanza, formalmente qualificata come "richiesta di manomissione del suolo pubblico", il comune di Assago, con il provvedimento impugnato nell'odierna causa, evidenziava, da un lato, che non vi erano motivi ostativi nella convenzione in essere con Enel Rete Gas all'affidamento ad altro soggetto del servizio di teleriscaldamento, dall'altro, che, trattandosi di un servizio pubblico, lo stesso avrebbe dovuto essere obbligatoriamente affidato mediante una gara ad evidenza pubblica.

Nello specifico, l'ente locale motivava il suo diniego alla richiesta di autorizzazione presentata da Milanofiori Energia S.p.A. riportandosi integralmente al parere, anch'esso impugnato, del suo consulente, dott. De Lucia di Delegas S.r.l.

In tale parere, Delegas ha qualificato l'istanza di Milanofiori alla stregua di una richiesta di concessione di un pubblico servizio per il trasporto di un'energia alternativa al gas naturale, in quanto era ad essa sottesa l'attribuzione della facoltà di estendere la rete del teleriscaldamento ad utenze poste al di fuori del comparto D4 di cui alla convenzione stipulata

in data 14 maggio 2008 tra la dante causa Milanofiori 2000 S.r.l e il comune di Assago.

Sotto un primo profilo veniva dunque superata in senso favorevole all'istante la problematica relativa alla compatibilità tra l'autorizzazione richiesta e la vigente concessione in esclusiva ad Enel Rete Gas del servizio di distribuzione di gas metano, od eventualmente di altro gas, in tutto il territorio comunale; la posa di condotte di teleriscaldamento (che il D.lgs. n. 28/2011 definisce come la distribuzione di energia termica in forma di vapore o acqua calda da una o più fonti di produzione verso una pluralità di edifici o siti tramite una rete, per il riscaldamento di spazi, per processi di lavorazione e per la fornitura di acqua calda sanitaria) si inserirebbe, infatti, in un contesto di "interfuel competition", con la produzione e la distribuzione di una fonte di energia alternativa al gas, così come già avviene per la corrente elettrica.

Delegas affrontava, poi, la seguente questione, da essa ritenuta dirimente per la decisione in ordine alla richiesta di autorizzazione avanzata da Milanofiori Energia: se l'attività di posa e gestione di una rete di teleriscaldamento nell'ambito comunale potesse essere considerata alla stregua di un servizio pubblico o se dovesse essere invece considerata una libera attività commerciale esercitabile in regime di concorrenza.

Al posto interrogativo il consulente del comune propendeva per la prima soluzione, pur dando atto del vivace dibattito esistente in dottrina, prendendo spunto dalla vicenda relativa all'affidamento diretto da parte dei comuni di Sondalo e Tirano alla Società TCVVV S.p.A. della gestione dell'impianto di teleriscaldamento e distribuzione di energia termica ai comuni stessi e ad utenti privati, e rifacendosi alle conclusioni raggiunte nel caso di specie dal Tar Lombardia (sent. n. 1457 del 2012) e dal Consiglio di Stato (sent. n. 2396/13).

I Giudici amministrativi, con riferimento alla citata vicenda, avevano qualificato come pubblico servizio locale l'attività di teleriscaldamento svolta dalla TCVVV S.p.A., sulla scorta di una serie di considerazioni svolte in ordine al profilo oggettivo e soggettivo dell'attività svolta.

Nel suo parere, Delegas evidenziava, rifacendosi alle motivazioni salienti addotte da questo Tribunale in ordine alla vicenda su citata, che gli indici sintomatici dello svolgimento di un servizio pubblico locale sarebbero stati i seguenti:

- la gestione da parte della TCVVV S.p.A. - società mista pubblico-privata
- non si correlava ad una iniziativa meramente privatistica di natura imprenditoriale, ma a determinazioni amministrative afferenti alla costruzione e gestione dell'impianto di teleriscaldamento, connesse a riconosciute esigenze di interventi per la realizzazione di centrali energetiche alimentate a biomassa legnosa;
- il servizio di teleriscaldamento conseguiva ad una specifica deliberazione del consiglio comunale di Sondalo, esplicitamente diretta a disciplinare i rapporti tra l'ente pubblico e la società;
- sulla società gravava anche l'onere di corrispondere un canone all'ente locale;

- il servizio era erogato direttamente agli utenti della società, che percepiva le tariffe derivanti dalla gestione del servizio.

Delegas concludeva dunque il suo parere, sostenendo che il comune di Assago non si sarebbe potuto limitare, nel caso di specie, a rilasciare una mera autorizzazione alla "manomissione del suolo pubblico", ma avrebbe dovuto bandire una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di teleriscaldamento, specularmente a quanto previsto per il servizio di distribuzione del gas, al fine di salvaguardare il confronto concorrenziale.

1. Il nostro ordinamento non contempla una definizione legislativa della nozione di pubblico servizio, o quanto meno dei suoi contenuti tipici, nonostante dalla qualificazione di un'attività come servizio pubblico derivino una serie non irrilevante di conseguenze giuridiche.

Soltanto il codice penale, nel delineare la qualifica che deve possedere l'intraneus in alcuni specifici reati contro la pubblica amministrazione, formula una definizione di servizio pubblico, avente peraltro contenuto negativo e applicabilità limitata al solo ordinamento penale.

Nello specifico, l'art. 358 c.p. stabilisce che per pubblico servizio debba intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, caratterizzata però dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

Quali siano, poi, questi poteri tipici, è lo stesso codice penale a chiarirlo (art. 357): è pubblica la funzione amministrativa caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della p.a. o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi.

Due altri contributi definitivi alla ricostruzione del concetto di servizio pubblico sono contenuti nella L. n. 146 del 1990 e nel codice del processo amministrativo.

La prima, nel disciplinare l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, individua una serie di beni giuridici di cui l'ordinamento si fa garante (vita, salute, libertà personale, di circolazione e di comunicazione, sicurezza, istruzione, assistenza e previdenza sociale); il secondo, nel delineare le materie di giurisdizione esclusiva, include tra queste la materia dei pubblici servizi, con particolare riferimento a concessioni e affidamenti di essi, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità, oltre che alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare.

Resta però sfuggente l'inquadramento legislativo del contenuto tipico del servizio pubblico, che si è andato invece definendo in via pretoria in correlazione con il passaggio dalla concezione soggettiva a quella oggettiva di esso e all'analisi degli elementi organizzativi e del rapporto con i destinatari del servizio.

Il modello originario di organizzazione dei servizi pubblici aveva due caratteristiche.

La prima era costituita dall'istituzione per legge di un regime di "riserva originaria" dell'attività a favore dello Stato, tale da escludere lo svolgimento di detti servizi da parte dei privati in regime di concorrenza; la seconda era costituita dalla gestione del servizio in forma diretta, ossia tramite aziende speciali interne allo Stato o al Comune, e in forma indiretta, ossia per mezzo di enti pubblici economici.

In questa dimensione, la nozione di servizio pubblico era determinata in base a un criterio residuale: ogni attività svolta dalle amministrazioni, che non fosse pubblica funzione, era pubblico servizio. L'elemento comune di queste attività, spesso tra di loro molto diverse, era l'elemento soggettivo, nel senso che esse venivano attribuite all'ente pubblico, che ne assumeva, correlativamente, la titolarità esclusiva.

Successivamente, la pubblicità del servizio è stata identificata con l'imputabilità di esso alla p.a., ossia nella titolarità del servizio in capo al pubblico potere, escludendo invece la necessità che il servizio stesso fosse gestito in via diretta ed esclusiva dall'amministrazione ed ammettendo la partecipazione a detta gestione anche di soggetti privati, tramite l'emanazione di un provvedimento di natura concessoria.

La dimensione solo soggettiva del servizio pubblico non soddisfaceva, peraltro, l'esigenza di coordinare la sua organizzazione con la finalità concreta di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento e con la necessità di selezionare previamente i settori della vita sociale in cui le aspettative dei destinatari/utenti assumessero un rilievo giuridicamente rilevante.

Il passaggio dalla concessione soggettiva alla concezione oggettiva del servizio pubblico, oggi prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, è derivato anche da una rilettura dell'art. 43 Cost., il quale - nel prevedere che, ai fini di utilità generale, la legge possa riservare o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad Enti pubblici o a comunità di lavoratori e di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali - ammette sia che imprese esercenti servizi pubblici siano di pertinenza privata e dai privati trasferite allo Stato o ad altri Enti pubblici, sia che i destinatari di detto trasferimento siano comunità di lavoratori o di utenti, ossia soggetti a loro volta privati.

D'altra parte, la concezione oggettiva del servizio pubblico costituisce il naturale corollario del principio di sussidiarietà orizzontale, volto a favorire il coinvolgimento dei privati nello svolgimento di attività di interesse generale (articolo 118, ultimo comma della Costituzione).

La conseguenza più rilevante della concezione oggettiva è che il soddisfacimento dell'interesse pubblico può essere assicurato anche solamente da privati, senza che l'Ente pubblico assuma ruoli di prestazione diretta, conservando semplicemente poteri di regolazione delle attività private svolte ed esercitate in concorrenza tra loro.

L'intervento statale e degli altri enti territoriali, in questo caso, si limita ad un'attività di regolazione delle attività private, attraverso vari strumenti correttivi delle energie del mercato (come, ad es., obblighi di servizio pubblico, contratti di servizio, poteri di approvazione tariffaria o di determinazione di tariffe più basse di quelle derivanti dal confronto concorrenziale, carte di servizio).

La nozione di servizio pubblico in senso oggettivo ha dato così copertura dogmatica anche ai processi di liberalizzazione delle attività economiche in precedenza svolte in monopolio, resi possibili dalla distinzione concettuale tra la gestione del servizio e la regolazione da parte di soggetti pubblici.

A tale riguardo, occorre ricordare che i servizi aventi rilevanza economica (ad es.: trasporti, energia elettrica, telecomunicazioni) sono suscettibili di essere esercitati in forma imprenditoriale e si prestano ad essere gestiti da soggetti privati in regime di concorrenza, mentre i servizi non economici (es.: scuola, sanità, assistenza sociale) vengono direttamente gestiti dalle pubbliche amministrazioni con oneri a carico della fiscalità generale, e in ogni caso il coinvolgimento dei privati è possibile solo se ai gestori vengono erogati finanziamenti pubblici.

I servizi pubblici del primo tipo sono stati direttamente coinvolti nel processo di liberalizzazione delle attività economiche perseguito dal legislatore comunitario e, di riflesso, dai singoli Stati membri, con l'introduzione di meccanismi di apertura di mercati prima riservati interamente al soggetto pubblico gestore. Si è così passati, ove possibile, dalla gestione in monopolio a servizi prestati in concorrenza da imprese pubbliche e private abilitate a svolgere l'attività sulla base di semplici autorizzazioni.

D'altra parte, in ambito comunitario non viene utilizzata l'espressione servizio pubblico, ma è presente, invece, la nozione di servizio di interesse economico generale. L'art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare, riconosce a questi servizi un'importanza fondamentale per i valori comuni dell'Unione europea, nonché un ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale, attribuendo all'Unione e agli Stati membri la competenza a provvedere affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Le disposizioni dei Trattati, peraltro, lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse economico generale il più possibile vicini alle esigenze degli utenti (si veda, a tale riguardo, il protocollo n. 26 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, anche in relazione alla "diversità tra i vari servizi di interesse economico generale" e alle "differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse").

Sulla base delle interpretazioni elaborate sul tema dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26

settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge che la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica, hanno "contenuto omologo" (cfr. Corte cost., sentenza n. 325 del 2010).

Tali nozioni, infatti, fanno riferimento a un servizio che è reso mediante attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa quale attività di offerta di beni e servizi sul mercato, e fornisce prestazioni considerate necessarie, dirette cioè a realizzare fini sociali, nei confronti di una generalità indifferenziata di soggetti.

Il servizio pubblico locale e quello di interesse economico generale assolvono, inoltre, l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica. Il Trattato, in particolare, prescrive che i servizi di interesse economico generale, in linea di principio, siano assicurati da imprese pubbliche e/o private in concorrenza fra di loro. Tuttavia, il principio di concorrenza può essere derogato se la sua applicazione rischia di compromettere la "missione di interesse generale" affidata ai soggetti pubblici, di modo che, in tal caso, lo Stato membro è legittimato a riconoscere diritti speciali ed esclusivi ad un'impresa pubblica, in deroga all'ordinaria regola della concorrenza (si veda al riguardo l'art. 106 TFUE).

Il Trattato legittima l'intervento pubblico, pertanto, laddove le energie concorrenziali non assicurino un'adeguata tutela dei fini di interesse generale che il servizio è diretto a soddisfare, consentendo agli Stati membri di istituire enti pubblici o imprese pubbliche nazionali, cui sono attribuiti diritti speciali ed esclusivi, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. La deroga all'ordinario regime di concorrenza, giustificata da esigenze di interesse generale individuate dallo Stato membro, deve avvenire, peraltro, mediante una misura proporzionata alla tutela di quelle stesse esigenze.

Sotto altro profilo, il diritto comunitario mostra un'indifferenza di principio circa la possibilità che l'Ente pubblico svolga il servizio di interesse economico generale direttamente, ovvero ne affidi la gestione all'esterno della sua organizzazione, purché ciò avvenga in favore di soggetti selezionati tramite procedure competitive, che garantiscano eque condizioni di accesso per tutti gli operatori economici potenzialmente in grado di prestare il servizio.

Dal diritto europeo deriva anche il concetto di "concorrenza nel mercato" e "concorrenza per il mercato". La prima nozione riguarda i servizi per i quali la fornitura del servizio medesimo può essere svolta da una pluralità di operatori in concorrenza tra di loro, sulla base di un semplice provvedimento di autorizzazione non discrezionale (c.d. autorizzazioni generali), teso a verificare il possesso dei requisiti tecnici ed economici minimi necessari per intraprendere il servizio (si pensi ai trasporti aerei e a quelli ferroviari).

La seconda nozione riguarda quelle situazioni in cui il servizio pubblico si presta ad essere svolto in modo efficiente da un unico gestore e l'attribuzione del servizio avviene sulla base di una procedura competitiva di affidamento della concessione alla quale possono partecipare su un piano di parità tutti i potenziali interessati. Si crea in questo modo un mercato artificiale, in quanto limitato alla sola fase di scelta del gestore che acquista un diritto speciale e/o di esclusiva, secondo le condizioni tecniche ed economiche poste a base della gara (si pensi alla distribuzione dell'energia elettrica a livello locale, o della gestione delle grandi reti come le infrastrutture ferroviarie e le autostrade).

1.1. La nozione di servizio pubblico locale può essere dunque quasi integralmente assimilata a quella di servizio pubblico o di interesse generale, limitandosi a rappresentare un particolare ambito (quello locale, appunto) di svolgimento del servizio stesso.

Storicamente, il primo testo organico in materia di servizi pubblici locali fu approvato con la legge n. 103 del 29 marzo 1903, che nasceva, da un lato, da sollecitazioni di natura sociale, al fine di fronteggiare il crescente numero di bisogni collettivi, e, dall'altro, intendeva frenare la tendenza dei comuni a concedere indiscriminatamente gli impianti e l'esercizio dei servizi municipali a imprenditori privati, con inevitabile traslazione del costo del servizio sull'utenza.

La legge n. 103 aveva tuttavia un ulteriore obiettivo politico da perseguire, ovvero il controllo statale del fenomeno della municipalizzazione, in quanto un numero crescente di amministrazioni comunali, richiamando disposizioni legislative che per alcuni settori espressamente indicati consentivano l'assunzione diretta del servizio, avevano di fatto attuato un sistema occulto di municipalizzazione.

Alla legge n. 103 del 1903 fece seguito il r.d. n. 2578 del 1925, contenente il testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, il quale per decenni ha costituito la disciplina fondamentale della materia.

L'assunzione da parte dell'amministrazione comunale di determinate attività di prestazione, il cui esercizio era giudicato di interesse pubblico, era libera qualora il servizio dovesse essere condotto in regime concorrenziale con le imprese private; limitata, invece, se doveva svolgersi in regime di monopolio. In questo caso, la possibilità di assumere il servizio con diritto di privativa, comportando una compressione dei diritti privati, doveva avvenire per legge; in particolare, per gli enti pubblici minori (comuni e province) l'assunzione in monopolio poteva avvenire per deliberazione degli organi dell'ente soltanto per quei servizi per i quali la legge formale espressamente prevedeva questa possibilità.

Come l'art. 1 della L. n. 103 del 1903, così il r.d. 2578 del 1925 confermava il carattere meramente esemplificativo dell'indicazione dei servizi pubblici dei quali i comuni potevano assumere la gestione diretta, il che persiste tutt'oggi, mancando un'elencazione tassativa delle attività che il legislatore ha qualificato come servizi pubblici locali.

L'art. 112 del testo unico degli Enti locali (D lgs. n. 267 del 2000), che ha recepito e assorbito la legge n. 142 del 1990 e le successive modificazioni e integrazioni, stabilisce che gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolti a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Successivamente, il legislatore è intervenuto sulla disciplina dei servizi pubblici locali, introducendo, con l'art. 35 della legge n. 448 del 2001, il principio di separazione tra le strutture e il servizio.

Per le prime, l'art. 35 stabiliva che la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, se degli Enti locali, fosse ad essi riservata e potesse essere ceduta solamente a società di capitali, con partecipazione di maggioranza (incedibile) degli Enti locali (art. 113, comma 13). Se detta proprietà non fosse stata invece degli Enti locali, i proprietari avrebbero potuto essere autorizzati a gestire direttamente i servizi. Per la gestione del servizio, il legislatore introduceva un'importante distinzione tra servizi pubblici locali "di rilevanza industriale" e "servizi privi di rilevanza industriale".

In seguito, il legislatore è intervenuto nuovamente nella materia con il d.l. n. 269 del 2003, convertito nella legge n. 326 del 2003, e con la legge n. 350 del 2003.

Con detta sopravvenuta legislazione è stata, in primo luogo sostituita la distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale, con quella tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica.

In secondo luogo, nella prospettiva della piena realizzazione del principio della concorrenza, il legislatore ha fissato il principio generale della separazione tra proprietà della rete, gestione della stessa ed erogazione del servizio, assicurando in ogni caso l'accesso alla rete ai soggetti legittimati all'erogazione del servizio.

Tralasciando le vicende che hanno portato, a seguito del referendum abrogativo e dei plurimi interventi della Corte Costituzionale, all'applicazione immediata, nell'ordinamento italiano, della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica, soccorrono, dal punto di vista definitorio e di delineazione dei contenuti tipici di questi ultimi, tre significative pronunce del Consiglio di Stato.

Nella sentenza n. 4870 del 2012 è stato chiarito che, "per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una previsione legislativa che, alternativamente, ne preveda l'istituzione e la relativa disciplina, oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione.

Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che tali attività presentino carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)".

Nella sentenza n. 7369 del 2006 il Consiglio Stato ha precisato che, ai fini della qualificazione di un'attività come servizio pubblico locale o meno, occorre considerare l'art. 112 del D.lgs. 267 del 2000 (testo unico degli enti locali), che afferma che alla gestione dei servizi pubblici di competenza locale provvedono gli enti territoriali di riferimento; appartengono a questa categoria d'intervento i "servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

L'indicazione è molto ampia, tale da includere qualsiasi attività svolta dal comune o dagli altri enti locali, ma secondo il Consiglio di Stato la genericità della disposizione si spiega con la circostanza che gli enti locali sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 TUEL), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni e di servizi debbano essere assunte come doverose, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 TUEL).

Quel che rileva è, perciò, la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di prendere in carico il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della comunità.

Nel solco di questa stessa impostazione, la sentenza n. 2396/2013 del Consiglio di Stato - già citata in precedenza, in quanto pronunciata proprio in materia di teleriscaldamento - ha ricordato che, difettando una espressa definizione del servizio pubblico locale, la giurisprudenza ha univocamente riconosciuto tale qualifica a "quelle attività caratterizzate sul piano oggettivo dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico. La qualifica di servizio pubblico locale (in contrapposizione a quella di appalto di servizi) è stata pertanto riconosciuta a quelle attività destinate a rendere una utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante il pagamento di un'apposita tariffa, così che requisito essenziale della nozione di servizio pubblico locale è la circostanza che il singolo o la collettività ricevano un vantaggio diretto, e non mediato, da un certo servizio".

In conclusione, dunque, è possibile dire, in conformità con la giurisprudenza appena richiamata, cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, che per la configurabilità di un servizio pubblico locale occorre che il medesimo abbia una sua soggettiva ed oggettiva qualificazione, la quale deve garantire la realizzazione di prevalenti fini sociali, oltre che la promozione dello sviluppo economico e civile delle relative comunità. Non è invece qualificabile come servizio pubblico locale l'attività alla quale non corrisponda una specifica pretesa degli utenti, come avviene per la gestione di un'opera pubblica o anche per i servizi resi all'amministrazione, così come non è servizio pubblico locale l'attività avente rilevanza economica per la quale manchi una effettiva ed inequivoca manifestazione di volontà dell'amministrazione locale interessata di assumerla (e/o quanto meno di considerarla) come tale.

1.2. La qualificazione giuridica del servizio di teleriscaldamento (servizio pubblico locale o attività di libero mercato) risulta molto dibattuta, sia in dottrina che in giurisprudenza, per quanto non vi siano state molte occasioni di approfondimento.

Nel glossario dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas, il teleriscaldamento viene definito come un "sistema di riscaldamento a distanza di un quartiere o di una città che utilizza il calore prodotto da una centrale termica, da un impianto di cogenerazione o da una sorgente geotermica. In un sistema di teleriscaldamento, il calore viene distribuito agli edifici tramite una rete di tubazioni in cui fluisce l'acqua calda o il vapore".

Tale sistema di riscaldamento rappresenta, pertanto, una soluzione alternativa, rispettosa dell'ambiente, sicura ed economica per la produzione di acqua igienicosanitaria e il riscaldamento degli edifici residenziali, terziari e commerciali.

La sua diffusione è partita da New York, dove nel 1876 venne costruito il primo impianto di teleriscaldamento urbano; successivamente divenne molto diffuso anche in Europa centro-settentrionale, in America del nord, in Giappone, in Cina e nei paesi dell'Est Europa.

In Italia, fatta eccezione per i casi peculiari di Modena e Mantova, la prima città ad adottare il servizio di teleriscaldamento con un progetto di successo internazionale è stata Brescia nel 1972.

I vantaggi che il teleriscaldamento può essenzialmente offrire, rispetto alle forme tradizionali di produzione di energia termica, possono essere ricondotti:

- in relazione a benefici collettivi, ad un risparmio energetico e a benefici ambientali;
- sotto il profilo dei benefici individuali, a vantaggi economici e semplicità d'uso per gli utenti.

Le potenzialità offerte dal TLR come mezzo per utilizzare calore che verrebbe altrimenti disperso hanno reso il teleriscaldamento / teleraffrescamento efficiente l'opzione preferita per il risparmio energetico nella nuova direttiva 27/2012 sull'efficienza energetica, che fa

dei sistemi efficienti di riscaldamento e raffrescamento uno dei cardini della politica energetica dell'Unione Europea, fondamentale per raggiungere gli obiettivi di risparmio energetico fissati per il 2020.

Da un punto di vista normativo, la prima definizione di teleriscaldamento è rinvenibile nel D.M. del 24 ottobre 2005 (recante le Direttive per la regolarizzazione dell'emissione dei certificati verdi). L'art. 2 di tale Decreto afferma, in particolare che "la rete di teleriscaldamento deve soddisfare contestualmente le seguenti condizioni:

- alimentare tipicamente, mediante una rete di trasporto dell'energia termica, una pluralità di edifici o ambienti;
- essere un sistema aperto ovvero, nei limiti di capacità del sistema, consentire l'allacciamento alla rete di ogni potenziale cliente secondo principi di non discriminazione".

In ambito comunitario, è stata introdotta una normativa di favore sulla disciplina degli aiuti di Stato per la tutela ambientale, partendo dal presupposto che il teleriscaldamento è caratterizzato da un minor inquinamento e da una maggiore efficienza energetica in fase di generazione e di distribuzione di calore, ma che comporta costi più elevati rispetto al riscaldamento individuale.

Sempre in ambito comunitario, la Corte di Giustizia (sentenza del 10 aprile 2008, n. C-393/06), ha approfondito incidentalmente la tematica dell'assunzione del servizio di teleriscaldamento da parte di un'autorità locale a mezzo di una società dalla stessa controllata, con riferimento ai profili di monopolio di fatto e di sostituibilità ex post del sistema di teleriscaldamento con altre forme di distribuzione di energia.

Il legislatore, di recente (e più precisamente nel D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28), si è limitato a definire, ai fini della concessione degli incentivi all'energia da fonti rinnovabili, come "teleriscaldamento" la distribuzione di energia termica in forma di vapore o acqua calda da una o più fonti di produzione verso una pluralità di edifici o siti tramite una rete, per il riscaldamento di spazi, per processi di lavorazione e per la fornitura di acqua calda sanitaria (così, l'art. 2), ma non ha risolto il dubbio sulla qualificazione giuridica del servizio di teleriscaldamento.

La differenza fra le due prospettazioni (servizio pubblico locale o attività di libero mercato) è di non poco momento: aderendo, infatti, alla tesi volta a qualificare il teleriscaldamento come servizio pubblico locale, verrebbe attribuita all'ente locale territorialmente competente la facoltà, qualora non vi sia gestione in house, di individuare un soggetto esterno incaricato di erogare l'attività di cui trattasi all'interno del proprio perimetro di riferimento, con modalità di affidamento di tale servizio assoggettate alla disciplina comunitaria in materia di concorrenza.

Nella diversa ipotesi (configurazione del servizio de quo quale attività di libero mercato) non sarebbe al contrario consentito all'ente locale di operare alcuna verifica di sorta, essendo lo stesso unicamente legittimato ad autorizzare o meno lo svolgimento del servizio in questione a seguito di semplice richiesta formulata da operatori interessati alla prestazione delle citate attività energetiche.

La giurisprudenza amministrativa ha affrontato la peculiare tematica con pronunce non univoche, o comunque non risolutive del problema di fondo della qualificazione giuridica del servizio di teleriscaldamento.

Vengono innanzitutto in rilievo le due sentenze con cui il Tar Liguria (n. 1748/2004) e, in sede di appello, il Consiglio di Stato (n. 6690/2007), hanno accolto l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalle società convenute.

Nella specifica vicenda, afferente alla lamentata, mancata indizione di una gara pubblica per l'affidamento di un appalto di fornitura di combustibili liquidi, e riguardante l'attività di gestione di un impianto di cogenerazione asservito alla rete di TLR di Genova Sampierdarena operante sul mercato liberalizzato dell'energia elettrica, è stato negato che l'attività di teleriscaldamento costituisse un servizio pubblico locale, affermando che tale "attività risulta eseguita secondo logiche di impresa di carattere industriale e commerciale, in regime di concorrenza e non finalizzata al soddisfacimento di interessi generali, non potendo l'attività svolta considerarsi come alimentazione di una rete fissa pubblica, posto che non sussiste alcun obbligo di allaccio o di fornitura".

(contra) Successivamente, peraltro, il Consiglio di Stato ha assunto una diversa posizione a favore della qualificazione del servizio di TLR come "servizio pubblico locale", respingendo l'impugnativa proposta da TCVVV S.p.A. - gestore del servizio di TLR a Sondalo e Tirano (SO) - contro la sentenza del TAR Lombardia, Milano, del 28 maggio 2012, che aveva dichiarato illegittime le deliberazioni dei Comuni di Sondalo e Tirano e della Conferenza dei Sindaci di tali città, con cui erano stati approvati i prezzi del servizio del TLR per il biennio 2009-2010 (previsti in aumento del 12,53% rispetto al 2008).

Nel caso di specie, le censure di rilievo erano due: la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo, non essendo l'attività svolta da TCVVV un servizio pubblico locale; la conseguente inconferenza del richiamo operato dai primi giudici all'art. 117 del D.gs. 17 agosto 2000, n. 267 per la pretesa carenza di motivazione e per il difetto di istruttoria da cui sarebbe stata inficiata la determinazione delle nuove tariffe del servizio.

Il Consiglio di Stato ha respinto le anzidette censure, ricordando che, in difetto di una definizione di SPL, la giurisprudenza ha univocamente riconosciuto la qualifica di "servizio pubblico locale" a quelle attività caratterizzate:

- sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico;
- sul piano soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico.

Entrambi i requisiti sarebbero stati soddisfatti nel caso del servizio di TLR svolto da TCVVV.

Sotto il profilo oggettivo, l'attività della società, come risultante dallo Statuto - riassumentesi nella produzione e/o distribuzione di energia da biomassa per scopi di riscaldamento e generazione di elettricità allo scopo di "valorizzare le risorse locali e diminuire la dipendenza energetica dall'esterno mediante utilizzo di fonti rinnovabili di energia e conseguente risparmio energetico, con diminuzione dell'inquinamento dell'aria e incentivazione alla cura e manutenzione dei boschi" - costituirebbe infatti per il Consiglio di Stato una tipica attività rivolta "a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

Sotto il profilo soggettivo, il Consiglio di Stato ha osservato che, pur essendo TCVVV nata nel 1997 a seguito di un'iniziativa esclusivamente privata, sia il Comune di Sondalo (nel 1998) che quello di Tirano (nel 1999) avevano acquisito una partecipazione nella società, nell'ambito di delibere nelle quali vi era piena consapevolezza del loro ruolo come "enti convenzionanti", soci e utenti.

Nella vista sentenza è stato, inoltre, ritenuto che esistessero ulteriori indizi che confermavano tale conclusione:

- le stesse ammissioni di TCVVV sugli scopi sociali e di sviluppo della società civile locale perseguiti e sull'affermata riferibilità delle scelte aziendali anche alla volontà agli enti locali;
- il ruolo della Conferenza dei Sindaci di "controllo" (politico) sulla determinazione della tariffa da applicare al servizio di TLR;
- il fatto che il canone versato ai Comuni fosse collegato al servizio di TLR ed ulteriore rispetto alla tassa di occupazione del suolo pubblico;
- il contenuto della Convenzione tra TCVVV e i Comuni.

Le due vicende appena esaminate hanno, tuttavia, contenuto sensibilmente diverso da quello dell'odierna causa, mentre appare ad essa riconducibile la fattispecie presa in considerazione dal Tar Piemonte nell'ordinanza n. 777 del 2008.

In tal caso, i Giudici si sono espressi negativamente sull'istanza di sospensione incidentale della deliberazione della Giunta comunale del comune di Ivrea, avente ad oggetto l'approvazione della convenzione tra il comune di Ivrea ed Ecotermica Eporediese S.r.l. per la realizzazione nel centro abitato di una rete impiantistica per il teleriscaldamento e della relativa convenzione stipulata tra il comune e la detta società, "atteso che la realizzazione della rete di teleriscaldamento, nel caso di specie, non appare qualificabile né come contratto d'appalto, né come concessione, bensì come mera occupazione di suolo pubblico, al di fuori, pertanto, del campo di applicazione del Codice dei contratti pubblici".

Come è agevolmente constatabile si tratta, peraltro, di pronunce del tutto legate alle specifiche vicende prese in esame, e che non hanno affrontato o comunque dato rilievo alla problematica della natura giuridica, in termini generali e astratti, del servizio di teleriscaldamento.

La materia è stata, invece, di recente interessata da due provvedimenti emanati, rispettivamente, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Con deliberazione n. 101 del 10 novembre 2011, avente a oggetto "Servizio di Teleriscaldamento nei Comuni di Sondalo e Tirano (SO). Affidamento diretto alla Società (TCVVV) S.p.A., della gestione dell'impianto di teleriscaldamento e distribuzione di energia termica ai Comuni e ad utenti privati", l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, preso atto delle caratteristiche proprie della fattispecie concreta oggetto di valutazione, ha affermato che "si rappresenta che la natura del servizio svolto appare essere quella di un servizio pubblico locale. In tal senso, appare condivisibile quanto affermato sulla fattispecie in esame, nell'ordinanza del TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n. 354/2009: "(...) dalla documentazione prodotta risulta che il servizio di teleriscaldamento ha natura di servizio pubblico, atteso che la relativa gestione da parte della TCVVV S.p.A. - società mista pubblico - privato - non si correla ad una iniziativa meramente privatistica di natura imprenditoriale, ma a determinazioni amministrative afferenti alla costruzione e gestione dell'impianto di teleriscaldamento, correlate a riconosciute esigenze di interventi per la realizzazione di centrali energetiche alimentate a biomassa legnosa, sicché consegue ad una apposita deliberazione del Consiglio Comunale di Sondalo, n. 16 del 12.04.1999, esplicitamente diretta a disciplinare i rapporti tra l'ente pubblico e lo società, sulla quale grava anche l'onere di corrispondere un canone all'ente locale (...). Del resto dalla documentazione acquisita, risulta che il servizio è erogato direttamente agli utenti dalla società, che percepisce le tariffe derivanti dalla gestione del servizio...".

In altre parole, nel caso di specie, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è pervenuta alla predetta conclusione in considerazione del fatto che l'intera iniziativa relativa alla realizzazione di una rete di teleriscaldamento era stata avviata ed attuata in base a specifici indirizzi e "determinazioni" dell'ente locale territorialmente competente, il che, ad avviso della medesima Autorità, portava ad escludere la sussistenza di una vera e propria iniziativa imprenditoriale, configurando al contrario la sussistenza di un servizio pubblico volto a "realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali" (caratteristiche, queste ultime, che consentono di configurare un servizio pubblico locale, e ciò secondo la definizione fornita dall'art. 112 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

Dopo un solo mese dalla data di emanazione della predetta deliberazione, il settore in questione è stato interessato da un'altra rilevante determinazione, emessa questa volta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che, con proprio provvedimento n. 23184 in data 21 dicembre 2011, pubblicato sul Bollettino n. 52/2011 del 16 gennaio 2012, ha ritenuto opportuno avviare "un'indagine conoscitiva riguardante il settore del teleriscaldamento", mettendo così in dubbio propri precedenti provvedimenti presupponenti la qualificazione del teleriscaldamento alla stregua di attività di libero mercato (si veda, sul punto, ad esempio, il provvedimento n. 20166 del 29 luglio 2009, posizione SP110, in cui era stato affermato che "l'attività di teleriscaldamento nasce prevalentemente come sottoprodotto della cogenerazione di elettricità e calore: attraverso di essa il calore generato da una centrale elettrica, come residuo dell'attività di produzione di energia elettrica, viene instradato per mezzo di tubazioni preisolate, poste

nel sottosuolo delle vie cittadine, e distribuito agli utenti, che possono servirsene per il riscaldamento degli ambienti domestici, per la produzione di acqua calda, nonché per la produzione di aria fredda attraverso gli impianti di condizionamento. In ciascun edificio l'installazione del teleriscaldamento comporta la sostituzione della caldaia con uno scambiatore di calore a mezzo del quale l'energia termica è ceduta all'impianto di distribuzione interno dell'edificio che rimane inalterato. L'attività di teleriscaldamento non è sottoposta a regolazione né con riguardo all'accesso all'esercizio dell'attività né alle condizioni di fornitura del servizio").

L'indagine conoscitiva era stata deliberata al fine di verificare l'esistenza di criticità concorrenziali nel settore del teleriscaldamento, con riguardo alle modalità di determinazione del prezzo del calore, alle incentivazioni concesse, alle facilitazioni dell'allacciamento alla rete di TLR e alle difficoltà di disconnessione; con riferimento a questi aspetti lo scopo dell'indagine era di valutare l'opportunità di prevedere interventi antitrust tesi a ristabilire condizioni concorrenziali. Più in generale, l'indagine aveva anche il fine di inquadrare il servizio di teleriscaldamento sotto un puntuale profilo giuridico ed, eventualmente, suggerire interventi di carattere normativo e/o regolatorio finalizzati ad una sua più corretta sistematizzazione.

Con atto del 5 marzo 2014, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha comunicato gli esiti della sua indagine conoscitiva, che si profila come uno studio complesso ed esaustivo, in grado di fornire non pochi parametri anche per la risoluzione del caso che ci occupa.

Da un punto di vista della qualificazione giuridica del servizio di teleriscaldamento, l'Authority ha premesso che, storicamente, l'affidamento del servizio di TLR è avvenuto in un contesto di inclusione "di fatto" di tale servizio tra i "servizi pubblici locali".

Tale inclusione - a parte alcuni casi isolati di esplicito riferimento ai pregi ambientali del teleriscaldamento - non sarebbe avvenuta però sulla base di una dettagliata qualificazione delle motivazioni per le quali il servizio di TLR meritava la qualificazione di "servizio pubblico locale", quanto, piuttosto, partendo dal fatto che, dal momento che il servizio di distribuzione e vendita del gas e di gestione della relativa rete svolto dalla municipalizzata era considerato un SPL, questa qualifica era stata estesa anche al TLR: la distribuzione del calore condivide con la distribuzione del gas (e dell'elettricità), in effetti, sia l'impiego di una rete che l'uso finale (acqua calda sanitaria e riscaldamento).

Invero, laddove non vi sia stata integrazione tra distribuzione del gas e gestione del TLR, lo sviluppo della rete di teleriscaldamento ha apportato alle attività del distributore del gas (metano) un'effettiva concorrenza, con necessità di coordinare lo sviluppo delle due reti e la fornitura di tali servizi, tra loro sostituibili ai fini della fornitura di calore agli utenti.

In tutti questi casi, quindi, i rapporti tra l'ente locale - il Comune - e il gestore del servizio di TLR sono stati regolati da "convenzioni" o da "contratti di servizio", con i quali il Comune ha affidato in esclusiva la

gestione del TLR in ambito comunale, in cambio di un canone, con rischio sopportato dall'affidatario, che si finanzia con i proventi della vendita del servizio di TLR.

In nessun caso, secondo l'Autorità, è stata espletata una gara, ma si è sempre trattato, al contrario, di affidamento diretto.

Tali convenzioni, inoltre, hanno comportato l'emergere di una regolamentazione più o meno ampia dell'attività di TLR a livello locale.

Peraltro, l'intervento pubblico nelle reti più recenti è stato limitato, in particolare nelle zone montane. In molte occasioni soggetti privati - talvolta attraverso la formazione di società cooperative, come a Dobbiaco - hanno promosso la realizzazione del servizio e della rete di TLR, sfruttando finanziamenti regionali per sostenere parte dell'onere di costruzione della rete.

L'intervento dell'ente locale ha così visto crescere una varietà di forme, che in alcuni casi sembrerebbero allontanarsi dalla figura della concessione del servizio pubblico locale.

In qualche circostanza - come ad esempio a Tirano e Sondalo, caso preso in esame anche dalla giurisprudenza su richiamata -, il Comune è azionista di minoranza della società (a controllo privato) che ha costruito e gestisce la rete di TLR e detiene poteri di controllo sulle tariffe applicabili, sulla base di un "Disciplinare di Convenzione" che tuttavia non contiene alcun affidamento del servizio pubblico locale da parte dei Comuni all'ente gestore.

In Alto Adige, in diversi casi, il Comune ha costituito una società veicolo per la realizzazione della rete e la gestione del servizio, senza caratterizzarne l'attività come servizio pubblico locale e quindi senza una convenzione di affidamento di esso.

Anche il Comune di Borgomanero, in provincia di Novara, ha optato per una soluzione che non prevede la concessione di pubblico servizio, ma soltanto la concessione dell'uso del suolo pubblico necessario alla posa della rete di TLR.

Una situazione del tutto peculiare è invece quella di Roma. Qui la rete di TLR a servizio di alcuni nuovi insediamenti abitativi è stata realizzata da ACEA S.p.A. a seguito di un accordo diretto con i rappresentanti delle società che avevano realizzato l'insediamento. Il piano degli interventi, che ha sfruttato la contemporanea realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria da parte di ACEA stessa, è stato approvato poi dal Comune di Roma.

L'Authority, dopo avere preso atto dei discordanti precedenti giurisprudenziali in materia, ha sottolineato che la sentenza del Consiglio di Stato n. 2396/2013, pur facendo perno sui dati specifici del caso di specie, fonda la verifica dei requisiti oggettivi per l'individuazione del

TLR come SPL in larga misura sui vantaggi ambientali che il TLR garantisce.

Il teleriscaldamento è, infatti, soltanto una delle tecnologie che permettono di soddisfare il bisogno primario di riscaldare gli ambienti e fornire acqua calda rispetto ad altre tecnologie concorrenti (e in particolare quelle tradizionali a combustibili fossili); tuttavia, esso può permettere di soddisfare tale bisogno in maniera più efficiente dal punto di vista energetico (recupero del calore altrimenti disperso) e ambientale (riduzione delle emissioni totali di CO₂ e altri inquinanti). Sotto questo profilo, esiste certamente, secondo l'Autorità garante, un interesse pubblico a garantire l'accesso a tale tecnologia a tutti i cittadini potenzialmente interessati, nei limiti tecnici ed economici della capacità delle reti di TLR, a condizioni ragionevoli e ai livelli di qualità ritenuti pubblicamente desiderabili.

In Italia, sempre secondo l'Antitrust, tale esigenza è stata soddisfatta utilizzando due diverse configurazioni giuridiche per il servizio di TLR: le concessioni di servizio pubblico diffuse nei centri urbani metanizzati - eredità dell'epoca dell'intervento delle municipalizzate nel settore e disciplinanti il servizio in maniera più blanda di quanto previsto dal Testo Unico degli Enti Locali - e forme di autorizzazione diverse dalla concessione di servizio pubblico diffuse nelle aree montane - dove il servizio di TLR è sorto a seguito di iniziative di privati ed è da essi gestito (a volte persino da cooperative di utenti), in un contesto largamente deregolamentato.

L'Autorità garante del commercio e del mercato conclude dunque la sua indagine, con riferimento allo specifico punto in esame, affermando che non appare opportuna una generalizzazione della qualificazione del servizio di teleriscaldamento come servizio pubblico locale, in quanto, da un lato, le caratteristiche economiche che contraddistinguono la fornitura del servizio di TLR in Italia sono tali da far sì che il mercato sia in parte in grado di garantire da solo la fornitura del servizio alle condizioni di universalità, continuità, sicurezza, qualità, accessibilità dei prezzi e protezione degli utenti desiderate, dall'altro, l'indagine effettuata ha rilevato una grande varietà di situazioni presenti sul territorio.

L'eterogeneità delle situazioni richiederebbe dunque un intervento pubblico differenziato, limitato tuttavia agli obblighi di servizio pubblico ritenuti necessari a livello locale per raggiungere i livelli delle prestazioni desiderate, in quanto i meccanismi di mercato operanti nel settore, supportati da un'appropriata regolamentazione, sarebbero già di per sé idonei ad assicurare il soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accesso a prezzi ragionevoli e trasparenti ad un servizio di TLR offerto secondo standard elevati di qualità, continuità e sicurezza.

Nello specifico, l'Autorità ha rilevato che esistono potenziali aspetti critici sul piano della concorrenza nel settore del TLR, che traggono origine dal fatto che il servizio è generalmente fornito con modalità integrate da un soggetto che gode ex-post di un monopolio sugli utenti allacciati alla sua rete, a causa degli elevati switching costs, che gli stessi devono sostenere per cambiare sistema di riscaldamento (si era espressa in tali termini

anche la Corte di Giustizia, nella sentenza del 10 aprile 2008, n. C-393/06, su citata). L'Authority ha anche rimarcato che, in concreto, l'esercizio del potere di mercato ex-post è limitato sia dalla concorrenza ex-ante tra sistemi di riscaldamento (in particolare, nelle aree non metanizzate), sia dalla regolamentazione locale contenuta nelle concessioni di servizio pubblico rilasciate nei Comuni metanizzati dell'Italia settentrionale. La concorrenza ex-ante e la regolamentazione locale (ed in alcuni casi la autoregolamentazione delle imprese) avrebbero dunque operato in modo che il servizio di TLR in Italia venisse generalmente offerto senza discriminazioni, con buoni livelli qualitativi e a livelli di prezzo in media non eccessivi.

In definitiva, l'Autorità Garante giunge alla conclusione che le caratteristiche oggettive dell'attività di teleriscaldamento non si prestano a sottoporla automaticamente al regime tipico del servizio pubblico locale, e che diviene fondamentale a tali fini la concreta verifica del contesto territoriale in cui tale servizio deve essere effettuato.

Il Collegio condivide, sotto un profilo prettamente giuridico, le conclusioni tecniche raggiunte dall'Autorità garante del commercio e del mercato, tenendo in considerazione il fatto che esse si pongono in linea con quanto rappresentato dalla Commissione dell'Unione europea, la quale, nella Comunicazione dell'11 gennaio 2012, al punto 49, ha esplicitamente affermato che, a seconda della capacità del mercato di fornire il servizio alle condizioni desiderate, in alcune zone un servizio può essere considerato un servizio di interesse economico generale (ovvero, un servizio pubblico locale, secondo i parametri nazionali) e in altre invece non lo sarebbe.

In tale ampio quadro di riferimento occorre, peraltro, precisare che, in assenza di una disposizione legislativa che ne preveda specificamente l'istituzione e la relativa disciplina, oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione (cfr. sentenza n. 4870/2012, su citata), il servizio di teleriscaldamento può genericamente ricondursi ai servizi pubblici locali "facoltativi" di cui all'art. 112 del D.lgs. n. 267/2000, e deve dunque essere assunto dall'ente locale tramite un'inequivoca scelta politico-amministrativa.

Sotto questo profilo, l'art. 33-bis della L.r. n. 26/2003 non determina, quindi, ex se una qualificazione giuridica del servizio di teleriscaldamento quale servizio pubblico locale, quanto meno nei termini di attività che necessiti di una previa gara pubblica per il suo esercizio, anche perché, in caso contrario, andrebbe arbitrariamente ad incidere su una competenza esclusiva dello Stato (limitando i profili concorrenziali dell'attività svolta dai privati); invero, tale norma appare introdurre soltanto alcuni obblighi funzionali legati al riscaldamento di singoli comparti urbani (non discriminazione e universalità dell'accesso), condizionandoli, peraltro, ai limiti di capacità del sistema; tali obblighi appaiono comunque astrattamente compatibili anche con un'attività svolta sull'intero territorio comunale in forma imprenditoriale e in regime di libera concorrenza.

Ne consegue che l'attività di teleriscaldamento non è a priori configurabile giuridicamente alla stregua di un servizio pubblico locale, se non nei casi in cui le caratteristiche del mercato territoriale di riferimento, per strutturali limitazioni alla concorrenza ex ante, rischino di determinare un'offerta di carattere non universale e discriminatorio.

Qualora tale pericolo sussistesse, l'ente locale potrebbe prendere in carico il servizio di teleriscaldamento, se del caso anche concedendo diritti speciali e di esclusiva, nell'ambito del perseguimento degli scopi sociali e di sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento, tramite una scelta politico-amministrativa volta a soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della comunità.

Occorre dunque verificare ora, ai fini della risoluzione della questione in esame, e prima ancora di accertare la compatibilità dell'assunzione di un servizio pubblico con la struttura del mercato territoriale di riferimento, se la scelta di assunzione di tale servizio sia univocamente rinvenibile nella delibera, con cui il comune di Assago ha approvato lo schema di convenzione stipulata in data 14 maggio 2008 con la dante causa di Milanofiori Energia (Milanofiori 2000 S.r.l.).

2. Nel parere di Delegas S.r.l. allegato alla deliberazione del consiglio comunale n. 11 del 19.2.2008, con la quale è stato approvato l'unito schema di convenzione per la realizzazione della centrale di cogenerazione con annessa rete di teleriscaldamento, sono testualmente riportate le seguenti considerazioni: "nel mese di luglio del 2007 la scrivente è stata contattata dal comune al fine di partecipare ad un incontro con la società Milanofiori 2000 finalizzato a definire gli aspetti dell'atto in oggetto. In quella sede si ipotizzava la definizione di un atto concessorio di più ampio respiro in quanto si ipotizzava la definizione di una concessione per la gestione del servizio di teleriscaldamento sull'intero ambito territoriale del comune di Assago. Successivamente tale ipotesi veniva abbandonata, ipotizzando semplicemente la definizione di una convenzione per la costruzione di una centrale di cogenerazione a servizio esclusivo del comparto D4 su un terreno esterno al comparto da cedere poi in proprietà al comune in base alle vigenti normative urbanistiche e sulla scorta degli accordi specifici contenuti nella concessione stessa".

La successiva delibera del comune di Assago, a sua volta, pur dando atto dei generici benefici che l'impianto di cogenerazione avrebbe comportato rispetto agli impianti di riscaldamento tradizionali (rientrando lo stesso "tra gli impianti tecnologici che contribuiscono a ridurre il fabbisogno energetico nazionale con benefici per l'intera collettività") non fa alcun cenno ad una ipotetica volontà dell'ente pubblico di assumere il servizio di teleriscaldamento quale servizio pubblico locale, ed anzi riconosce espressamente che era stata la società Milanofiori 2000 S.r.l., su una zona di sua proprietà limitrofa all'area interessata dal piano particolareggiato della zona "D4", a proporre la realizzazione di una centrale di cogenerazione per l'utilizzo di una potenza non superiore a 50 Mw a servizio degli edifici da realizzare in tale comparto (D4).

Il soggetto attuatore è stato dunque una società di diritto privato del tutto libero da influenze pubbliche nel suo capitale o nei suoi meccanismi aziendali e inizialmente proprietario del terreno su cui aveva proposto di costruire l'impianto tecnologico.

L'iniziativa in esame è, quindi, da classificarsi come una tipica iniziativa di natura imprenditoriale, che scontava però l'applicazione di alcuni oneri di natura pubblicistica in relazione alla classificazione dell'area interessata dall'intervento, che il PRG del comune di Assago destinava a standard al servizio della produzione, e come tale "riservata ad attrezzature pubbliche o assoggettate a servitù di uso pubblico, realizzate dall'Amministrazione comunale o dai privati", prescrivendo che le aree in questione avrebbero dovuto essere "di proprietà pubblica ovvero (...) concesse in diritto di superficie convenzionando l'uso pubblico delle attrezzature".

Questo passaggio appare al Collegio fondamentale ai fini del decidere, posto che gli obblighi funzionali e i diritti speciali garantiti al privato attuatore traggono le loro origini dalla destinazione urbanistica impressa sull'area su cui realizzare la centrale e non dalla volontà politico-amministrativa del comune di Assago di assumere il servizio di teleriscaldamento quale servizio pubblico locale.

Si spiegano così, da un lato, il diritto del comune al corrispettivo per il (solo) mantenimento del diritto di superficie in capo alla società e il correlato obbligo di garantire il funzionamento senza soluzione di continuità dell'impianto tecnologico (cui sono ricollegate delle "sanzioni" tipicamente civilistiche) e, dall'altro, la totale libertà di determinazione delle tariffe da praticare agli utenti da parte del gestore.

È, anzi, paradossalmente, il comune di Assago ad impegnarsi (non si comprende nei confronti di chi, data la natura bilaterale della convenzione) a mantenere in esercizio l'impianto tecnologico, una volta estinto il diritto di superficie concesso al gestore, e a garantire nei confronti degli utenti le stesse condizioni economiche praticate in precedenza dal soggetto privato.

D'altra parte, che l'ente locale, lungi dall'assumere un servizio locale pubblico, avesse attuato un investimento condizionato alla sua sostenibilità finanziaria, nell'ambito di una precedente destinazione urbanistica dell'area, e non una scelta di campo a favore della collettività di riferimento, si intuisce da altre tre disposizioni della convenzione:

- la possibilità che, alla scadenza del diritto di superficie, il comune, in caso di disinteresse al mantenimento dell'impianto, possa obbligare il soggetto privato a rimuovere tutti i manufatti;
- la fungibilità dell'impianto e dell'attività nel caso in cui la gestione della centrale di cogenerazione non risulti più economicamente sostenibile;
- l'ancoraggio, a decorrere dal nono anno dalla messa in esercizio dell'impianto, del corrispettivo da corrispondere per il mantenimento del diritto di superficie ad una percentuale degli utili netti derivanti dalla gestione del servizio di teleriscaldamento.

Ha scarso rilievo sulla specifica questione, per contro, il collegamento gratuito alla rete pubblica per la fornitura di gas alla centrale di cogenerazione, anche perché, per il resto, era previsto che il soggetto attuatore sopportasse per intero gli oneri per l'allacciamento dell'impianto alla rete di adduzione principale e agli edifici ricadenti nel comparto D4.

2.1. Ad ogni modo, se anche si volesse trarre dalla convenzione la volontà implicita da parte del comune di assumere un servizio di interesse generale avente rilevanza economica, l'ambito effettivo di tale convenzione (e volontà) era stato esplicitamente circoscritto al solo comparto D4.

La stessa convenzione, peraltro, aveva fissato il limite di utilizzo della capacità della centrale di cogenerazione ad un massimo di 50 Mw, lasciando libero, di conseguenza, il soggetto privato di fornire il servizio fino a tale limite, e quindi, potenzialmente, anche oltre il comparto D4, non esistendo al riguardo alcun esplicito divieto.

Invero, la peculiarità del caso concreto sta proprio nel fatto che Milanofiori intenderebbe sfruttare la centrale realizzata in regime di convenzione per erogare il servizio in un comparto diverso da quello ivi previsto.

Anche sotto questo profilo, poiché la convenzione dispiega i suoi effetti limitatamente al comparto D4, la volontà da parte del comune di erigere a servizio pubblico il servizio di teleriscaldamento tout court esorbiterebbe dall'oggetto della convenzione stessa, che era, appunto, la dotazione di un impianto di interesse generale al servizio di un determinato comprensorio.

Non essendo, come visto, l'attività di teleriscaldamento classificata ex lege come servizio pubblico, essa può divenire tale solo se e nella misura in cui un ente locale la assuma direttamente fra i suoi compiti, vincolandosi ad erogare il servizio secondo determinati standard qualitativi e di prezzo. Dal fatto che, nell'ambito dell'urbanizzazione di un determinato comparto, si sia voluto dotare l'insediamento di una centrale di teleriscaldamento, non si può, invero, arguire che il Comune di Assago intendesse nel contempo assicurare a tutta la cittadinanza tale servizio.

Peraltro, laddove (in ipotesi) fosse stato deliberato un programma di servizio pubblico per fornire il teleriscaldamento al di fuori del comparto D4, ciò implicherebbe solo l'obbligo del Comune di Assago di bandire una gara per l'affidamento della fornitura alle condizioni dallo stesso prestabilite, ma non comporterebbe anche il potere di vietare ad altri operatori economici di erogare il medesimo servizio in regime di libero mercato.

È pacifico, infatti, che servizio pubblico e privativa sono due concetti completamente diversi, che possono talora coesistere, ma che non sono affatto implicati l'uno dall'altro.

Ai sensi dell'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come già detto, le imprese incaricate di servizi di interesse economico generale devono operare in un regime di libera concorrenza, salvo che ciò osti al perseguimento della missione ad esse affidata. Quindi la privativa può essere prevista (peraltro solo dalla legge, vista la riserva dell'art. 41 Cost.) unicamente qualora si dimostri che gli obiettivi di servizio pubblico non potrebbero essere realizzati in regime di concorrenza.

Quanto all'esclusività del diritto concesso a Milanofiori, la convenzione 14 maggio 2008 limita espressamente questa esclusività, peraltro concessa senza il previo esperimento di una gara pubblica, con riferimento alla fornitura di energia e di calore al solo comparto D4.

Risulta, pertanto, di per sé infondato l'assunto del comune secondo cui, con l'eventuale rilascio dell'autorizzazione alla "manomissione di suolo pubblico", Milanofiori Energia si troverebbe ad esercitare il servizio di teleriscaldamento in esclusiva su di una porzione rilevante del territorio comunale.

In termini fattuali tale affermazione appare, infatti, largamente ridimensionata dalla circostanza - da ritenersi pacifica tra le parti, in quanto non contestata dall'amministrazione - secondo cui la potenza residua utilizzabile da Milanofiori Energia per servire comparti esterni al D4 (in base alla convenzione del 14 maggio 2008) è di soli 15.5 Mw, sui 50 totali autorizzati.

Occorre, inoltre, considerare che, dal verbale di riunione tra il comune di Assago, Enel Rete Gas S.p.A. e Milanofiori Energia del 27 marzo 2013, emerge che la zona del Comprensorio di Milanofiori (cui il gestore del servizio di teleriscaldamento vorrebbe estendere la propria fornitura di energia) è una zona non metanizzata, ma che attendibilmente riceve da altri operatori quanto necessario per il servizio di riscaldamento di spazi e di approvvigionamento di acqua calda sanitaria.

A ciò si aggiunga che la convenzione di natura privatistica del 19 giugno 2013, in base alla quale la società ricorrente e Ama Rozzano S.p.A. hanno stipulato con il Comprensorio di Milanofiori la concessione per l'utilizzo del suolo e del sottosuolo comprensoriale per l'istallazione e la gestione, in forma di esclusiva, di una rete di teleriscaldamento, condiziona la costruzione e il collegamento ai singoli edifici della rete di distribuzione alla successiva richiesta degli utenti (cfr. documento n. 9 ritualmente versato in atti dalla difesa della ricorrente).

Di conseguenza, Milanofiori Energia entrerebbe in un mercato (già) aperto alla concorrenza senza avere alcun diritto di esclusiva e senza che gli utenti del nuovo comprensorio abbiano l'obbligo di stipulare con il nuovo operatore i relativi contratti di somministrazione.

2.2. Il Collegio ritiene, in definitiva, che la motivazione opposta dagli uffici tecnici del comune di Assago all'istanza di manomissione del suolo pubblico presentata dalla ricorrente sia insufficiente o comunque incongrua.

L'autorizzazione richiesta non poteva essere respinta sul presupposto che il servizio di teleriscaldamento sarebbe tout court da considerarsi un servizio pubblico, perché, da un lato, così non è, né sotto un profilo ontologico né da un punto di vista della qualificazione normativa, dall'altro, il comune di Assago, tramite la delibera di approvazione dello schema di convenzione del 14 maggio 2008, non lo ha assunto neppure quale servizio pubblico "facoltativo".

D'altra parte, risulta egualmente errata anche l'altra parte della motivazione del provvedimento di diniego, secondo cui, in quanto servizio pubblico, il servizio di teleriscaldamento dovrebbe essere "eventualmente e obbligatoriamente affidato nelle forme di legge mediante una gara ad evidenza pubblica".

Tale affermazione implica una necessaria coincidenza tra servizio pubblico e privata, mentre l'assunzione da parte dell'ente locale di un servizio di interesse economico generale svolto a favore della collettività di riferimento può senz'altro coesistere, secondo il diritto comunitario, con la possibilità che altre imprese svolgano la stessa attività in regime di concorrenza, fatta salva l'attribuzione di diritti speciali e di esclusiva al soggetto incaricato, qualora il rispetto dei principi del trattato ostacoli la missione allo stesso affidata.

3. Da quanto sopra esposto deriva che l'affermazione secondo cui l'accoglimento dell'istanza di autorizzazione negata con il provvedimento impugnato sottrarrebbe "di fatto" nel territorio comunale al libero mercato il residuo servizio di riscaldamento e di raffrescamento degli edifici è destituita di fondamento, così come argomentata.

Invero, da un punto di vista fattuale, la residua capacità di utilizzo dell'impianto di cogenerazione, da una parte non consentirebbe la copertura di ulteriori significative parti del territorio comunale (e forse neppure quella dell'intero Comprensorio di Milanofiori), mentre, dall'altra, l'iniziativa del privato non porterebbe con sé diritti di esclusiva e non precluderebbe astrattamente la concorrenza né ad operatori che forniscano altre forme di energia né a quelli che volessero distribuire energia tramite il servizio di teleriscaldamento.

Al contrario, un diniego assoluto, come quello opposto (la gara per l'affidamento del servizio è stata, infatti, qualificata come solo "eventuale"), compromette ingiustificatamente la libertà d'impresa della società ricorrente.

Come peraltro osservato anche dall'Antitrust all'esito della sua indagine conoscitiva, il servizio di teleriscaldamento presenta aspetti critici sotto il profilo della concorrenza nel mercato, specialmente ex post (in virtù degli elevati switching costs), cui occorre intervenire garantendo l'efficacia della concorrenza ex ante tra TLR e altri sistemi di riscaldamento; tale efficacia è direttamente collegata alla capacità dei consumatori di effettuare, in maniera autonoma e con tempi congrui, tutte le valutazioni e i confronti ritenuti necessari al fine di effettuare la scelta della migliore modalità di riscaldamento individuale.

Laddove l'utente non abbia tali facoltà, si può prospettare come necessaria una gara per l'affidamento del servizio che garantisca una concorrenza "per" il mercato o una regolamentazione che limiti il potere del gestore di falsare il mercato ex post.

Con riferimento specifico, poi, alla concorrenza tra più gestori che vogliono distribuire energia tramite il servizio di teleriscaldamento, l'Antitrust ha evidenziato che, in astratto, non vi sarebbero impedimenti fisici alla posa di due reti di TLR separate in tutte le strade aventi una larghezza della carreggiata di circa 5 metri, ma, che, per ciò che concerne invece la replicabilità economica della rete, la densità termica influenza sensibilmente l'incidenza del costo della rete di distribuzione sul costo complessivo della rete stessa.

Ne deriva che la concorrenza tra due reti che insistano sul medesimo territorio (che sia soltanto un quartiere o un'intera città) si rivela inefficiente, in quanto le reti di distribuzione saranno caratterizzate da una densità termica non superiore a quella di una sola rete che copra il territorio suddetto, con un aggravio di costo più che proporzionale.

In altri termini, secondo l'Autorità, una sola rete di distribuzione permette un minore costo di distribuzione del calore e, quindi, la rete di distribuzione del calore destinato al TLR può essere qualificata quale monopolio naturale.

Tale conclusione è peraltro coerente con il fatto che il costo di costruzione della rete di TLR è più elevato di quello della rete per la distribuzione del gas naturale, comunemente considerata un monopolio naturale.

Sotto questo profilo, pertanto, il comune non può consentire la posa di una dorsale di teleriscaldamento, tramite la mera autorizzazione alla "manomissione" di suolo pubblico.

La consapevolezza dell'inefficienza economica generata dalla duplicazione della rete impone, invero, all'ente locale di rispettare i principi comunitari in materia di concorrenza, perché, in caso contrario, attribuirebbe ingiustificatamente un diritto di natura esclusiva (costruzione e gestione di una rete non duplicabile) ad una società che opera in un regime di libero mercato.

Sotto altro, concorrente profilo, l'autorizzazione richiesta, data la condizione di monopolio naturale della rete da costruire, risulta assimilabile alla concessione di un bene demaniale suscettibile di sfruttamento economico, e deve essere pertanto preceduta da una procedura competitiva per la scelta del concessionario, al fine di non introdurre una barriera all'ingresso nel mercato di riferimento, con conseguente lesione della parità di trattamento, del principio di non discriminazione e di trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei vincoli comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento (cfr., al riguardo, tra le altre, Cons. di Stato, sent. n. 3250/2011).

Ad avviso del Collegio, il rispetto di tutte le esigenze appena rappresentate può avvenire in due modi tra di loro concorrenti: tramite la

prescrizione di alcuni obblighi di servizio volti a tutelare il consumatore finale dall'esercizio di un monopolio di fatto ex post (a causa degli elevati costi da sostenere per passare da un sistema di riscaldamento ad un altro), e a mezzo di una selezione che assicuri la concorrenza "per" il mercato, nei termini e con le modalità suggerite dall'Autorità garante del commercio e del mercato ad esito della sua indagine conoscitiva.

Non sembra invece attagliarsi al caso di specie l'art. 8 della L. n. 287/1990 (con l'imposizione dei relativi obblighi di "unbundling societario"), in quanto Milanofiori Energia non è un'impresa che, per disposizioni di legge, eserciti la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operi in regime di monopolio sul mercato.

3.1. Tirando le fila delle svolte argomentazioni, il Collegio ritiene che il servizio di teleriscaldamento non costituisca di per sé un servizio pubblico locale, e che la delibera di approvazione dello schema di convenzione stipulata tra il comune di Assago e Milanofiori 2000 s.r.l. non abbia determinato l'assunzione di detto servizio da parte dell'ente locale.

Si è già osservato, d'altra parte, che gli effetti della predetta convenzione sono comunque limitati alla fornitura di teleriscaldamento al solo comparto D4, non potendosi dedurre che il comune di Assago abbia inteso assicurare a tutta la cittadinanza tale servizio dal fatto che, nell'ambito dell'urbanizzazione di un determinato comparto, i relativi insediamenti siano stati dotati di una centrale di cogenerazione.

Ritiene, altresì, il Collegio che l'amministrazione resistente, prima di confermare con delibera del Consiglio comunale di volere assumere o comunque considerare, quale scelta strategica di natura amministrativa, l'attività di teleriscaldamento svolta nel suo ambito territoriale di riferimento alla stregua di un servizio pubblico locale, debba accertare, anche ai fini del regime giuridico da adottare, l'insussistenza in concreto di un sistema di concorrenza ex ante, tale cioè da garantire agli utenti, senza l'imposizione di ulteriori obblighi rispetto a quelli derivanti dall'applicazione della normativa regionale, un'erogazione del servizio non discriminatoria.

Si precisa ad ogni buon conto che, poiché la rete di distribuzione del calore destinato al teleriscaldamento può essere qualificata quale monopolio naturale, il comune, anche qualora volesse non considerare il TLR quale servizio pubblico locale, dovrebbe subordinare la richiesta autorizzazione alla "manomissione del suolo pubblico" ad una regolamentazione, anche a mezzo di attivazione di una procedura concorsuale, volta a garantire che la costruzione e la gestione della rete sia contendibile ed effettuata da un soggetto che s'impegni ad erogare il servizio in termini di concorrenzialità e non discriminazione, con possibilità di accesso all'impianto di cogenerazione anche per operatori diversi dalla società ricorrente.

Seppure nei limiti appena rappresentati, la domanda di annullamento va dunque accolta, con obbligo dell'amministrazione di riesaminare l'istanza della ricorrente alla luce delle considerazioni sopra esposte.

Quanto alla richiesta di risarcimento del danno per equivalente, essa deve essere invece respinta, dal momento che l'annullamento dei provvedimenti impugnati non comporta di per sé l'acquisizione del bene della vita preteso (autorizzazione alla posa della dorsale di teleriscaldamento), e dunque non vi è, allo stato, un danno concretamente risarcibile, quanto meno nei termini invocati dalla ricorrente.

Milanofiori Energia ha chiesto, infatti, il risarcimento del danno subito per il mancato ricavo annuo derivante dalla impossibilità di vendita di energia termica agli edifici del Comprensorio Milanofiori, o, in subordine, il conseguente mancato profitto. Ha chiesto, altresì, il ristoro delle spese legali sostenute per la stipula della convenzione stipulata con il suddetto Comprensorio e per la relativa consulenza stragiudiziale.

È evidente però che la causa dei danni lamentati non deriva, allo stato, da un diniego illegittimo ma, da un lato, da una strutturale difficoltà tecnica (rete non duplicabile), con relativa inadeguatezza della domanda di autorizzazione formulata rispetto alla complessità dell'istruttoria amministrativa da compiere, dall'altro, da un'iniziativa autonoma di Milanofiori (stipula della convenzione privata) che scontava l'incertezza dell'esito della pratica burocratica.

Qualora, peraltro, il comune non dovesse dare immediata esecuzione al disposto dell'odierna sentenza, tramite un riesame dei presupposti di fatto e di diritto dell'istanza avanzata dal privato, con conseguente sollecito esperimento di una gara pubblica finalizzata a conseguire gli obiettivi concorrenziali precisati dal Collegio, Milanofiori Energia potrebbe avanzare una pretesa risarcitoria legata al danno da essa subito a causa del ritardo procedimentale, quanto meno nei termini della perdita parziale o definitiva di una concreta chance di poter utilizzare le residue capacità dell'impianto da essa gestito.

Sussistono gravi ragioni, in relazione alla particolare complessità e novità della questione esaminata, per compensare le spese del giudizio tra le parti.