

Deliberazione n. 110 Adunanza del 19 dicembre 2012

Fascicoli: nn. 1377/12; 1228/12; 1222/12; 1214/12; 1295/12; 795/12; 1212/12; 1216/12; 2357/11; 1891/12; 1480/12; 1492/12; 1487/12; 1221/12; 1890/12; 1438/12; 1213/12; 1224/12; 1287/12; 1215/12; 1288/12; 1931/12; 1296/12; 1958/12; 1293/12; 1809/12; 2453/11; 1377/11; VISF 3784/10; VISF 7498/10; VISF 79407/10; VISF 97394/10; VISF 1809/11; VISF 3441/11; VISF 3963/11; VISF 4280/11 ; VISF 4037/11; VISF 7198/11; VISF 7197/11; VISF 7991/11; VISF 8798/11; VISF11262/11; VISF 16053/11; VISF 26508/11; VISF 4694/11; 3374/2011; 2004/2012

Oggetto: Gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica in Comuni prevalentemente della Lombardia

Riferimenti normativi: Art. 23-bis D.L. 112/2008, convertito L. 133/2008; D.L. 70/2011, convertito in L. 106/2011; D.P.R. 113/2011; art. 4 D.L. 138/2011 convertito L. 148/2011; art. 25 D.L. 1/2012, convertito in L. 27/2012; art. 53 D.L. 83/2012, convertito L. 134/2012; art. 34 D.L. 179/2012; art. 2 D.lgs. 163/2006; art. 23 L. 62/2005.

Il Consiglio

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza lavori servizi e forniture

Premesse

La tematica rappresentata riguarda l'affidamento, senza previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica, del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione da parte di numerose Amministrazioni comunali prevalentemente della Lombardia attraverso la stipula o il rinnovo, ai sensi dell'art. 113 T.U.E.L., approvato con il d.lgs.267/2000 così come successivamente modificato, di Convenzioni per la gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica insistenti sul territorio comunale in favore della Società Enel Sole, precedente gestore e, in taluni casi, proprietaria di tutti o di parte degli impianti.

Le segnalazioni al riguardo pervenute, sia da parte di numerosi Comuni sia da singoli operatori economici e associazioni di categoria, vertono sull'ipotesi che in tal modo sia stata sottratta al mercato e alla concorrenzialità una quota-parte consistente di servizi pubblici locali e che sia stata di fatto ostacolata la libera competizione degli operatori del settore.

FATTO

Qualificazione del servizio

La valutazione del caso non può prescindere dall'esatta individuazione della natura del servizio in argomento.

Sotto il profilo della sua qualificazione giuridica, e come chiarito anche dalla giurisprudenza amministrativa, il servizio di illuminazione delle strade comunali ha carattere di servizio pubblico locale.

Infatti la qualificazione di servizio pubblico locale spetta a quelle attività caratterizzate sul piano oggettivo dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionate in base a scelte di carattere eminentemente politico quanto alla destinazione delle risorse economicamente disponibili ed all'ambito di intervento e su quello soggettivo della riconduzione diretta o indiretta ad una figura soggettiva di rilievo pubblico.

Assetto normativo in materia di SPL dal Referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011 alla sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012

Sotto il profilo della ricostruzione del quadro normativo, va rilevato che il Referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011 ha abrogato l'intero art.23-bis del d.l. 112/2008, convertito in legge n.133/08, che racchiudeva la disciplina dei servizi pubblici locali; tale abrogazione comportava, secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale (sent. n.24/2011) da un lato, la non reviviscenza delle norme abrogate dall'art. 23-bis, espressamente o tacitamente, dall'altro l'immediata applicazione nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria, ergo l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica per gli affidamenti in questione e la riemessa necessità di contemperare la vigente disciplina comunitaria, relativa alle regole concorrenziali minime, con una "nuova" disciplina nazionale, destinata ad integrare la prima in quanto pro-concorrenziale.

Il vuoto normativo determinatosi in seguito all'abrogazione referendaria, veniva colmato con un primo provvedimento che, all'art. 4 (rubricato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea") del decreto-legge 13 agosto 2011, n.138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n.148, noto anche come decreto-legge "manovra di ferragosto", racchiudeva la disciplina generale in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali.

Ad esso sono seguiti numerosi interventi normativi di modifica e integrazione della disciplina, in appresso chiariti.

Il processo di liberalizzazione nel settore di cui trattasi, voluto dalla legge di stabilità 2012, rispondeva in definitiva all'intendimento manifestato dal Governo nella lettera dell'Italia all'Unione Europea del 27 ottobre 2011, nella quale, con riguardo al detto settore, veniva detto che si intende varare disposizioni al fine di rafforzare "il processo di liberalizzazione e privatizzazione prevedendo che non è possibile attribuire diritti di esclusiva nelle ipotesi in cui l'ente locale affidante non proceda alla previa verifica della realizzabilità di un sistema di concorrenza nel mercato, ossia di un sistema completamente liberalizzato" e di prevedere "un ampliamento delle competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché un sistema di benchmarking al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni".

Ciò nella convinzione, di derivazione europea, che la tutela della libera concorrenza produce effetti benefici non solo per il mercato, e quindi per le imprese di settore che vi operano, ma per gli stessi utenti, destinatari dei servizi, cui dovrebbe derivarne l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dei servizi, nell'interesse di tutti i protagonisti del settore: enti pubblici affidanti, soggetti gestori e utenti. Quindi, la liberalizzazione non è fine a se stessa ma costituisce modalità per il raggiungimento di un risultato.

Successivamente, in data 20 luglio 2012, è intervenuta la sentenza n. 199 della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sia nel testo originario, sia nel testo risultante dalle successive modificazioni.

Da ultimo, è stato emanato il D.L. 22 giugno 2012 n. 83 ("Misure urgenti per la crescita del Paese"), convertito dalla legge 7 agosto 2012 n. 134 che ha ulteriormente modificato la

disciplina dei servizi pubblici di rilevanza locale con le disposizioni recate dall'art. 53, il cui comma 1, lett. b) è stato poi espressamente abrogato dall'art. 34, comma 17, D.L. n. 179 del 18/10/2012.

Il legislatore è intervenuto, infatti, sulla materia con l'art. 34 del D.L. 179/2012 (rubricato "Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti, i servizi pubblici locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni"), con cui ha dettato una prima disciplina degli affidamenti dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'art. 4 D.L. 138/2011 (operata dalla già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012).

Tale norma stabilisce, al comma 15, che gli affidamenti diretti in essere alla data del 1° ottobre 2003, affidati a società a partecipazione pubblica, quotate in borsa a tale data, e alle società da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 C.C., cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio ovvero alla data del 31 dicembre 2020, nel caso in cui una scadenza non sia prevista, "improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante".

DIRITTO

Gestioni dirette da parte di Enel Sole

Esaminando i servizi oggetto di esame, viene in rilievo da un lato che Enel è società a partecipazione pubblica, quotata in borsa alla data del 01/10/2003 e che Enel Sole è una sua controllata; dall'altro che nella prevalenza dei casi in cui Enel Sole gestisce (attualmente) i servizi in argomento, essa li gestiva già alla data del 1° ottobre 2003 in virtù di affidamenti diretti, non preceduti da gara, disciplinati da contratti di servizio (o da altri atti diversamente denominati che disciplinavano il rapporto). Pertanto, gli affidamenti diretti in favore di Enel Sole dei servizi di pubblica illuminazione costituiscono una fattispecie che può rientrare in quella descritta dal comma 15 dell'art. 34 D.L. 179/2012, sopra menzionato.

In virtù del disposto del comma 15 essi continuano a produrre effetti sino alla data della loro scadenza naturale e, nel caso in cui non prevedano alcuna scadenza, continuano a produrre effetti sino alla data del 31/12/2020, data in cui cessano improrogabilmente e senza necessità di deliberazione alcuna.

Occorre rilevare che tale ultima previsione, sebbene abbia il pregio di delimitare tali affidamenti ad una data certa, non ulteriormente prorogabile, suscita perplessità sotto il profilo della conformità al diritto comunitario e ai noti principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità poiché introduce, di fatto, un regime transitorio ingiustificatamente favorevole solo per alcuni specifici operatori, caratterizzati dalla partecipazione pubblica e che si avvalgono, dunque, di un vantaggio concorrenziale sul mercato. Tale previsione crea ulteriori perplessità se comparata con quella di cui al comma 14 del medesimo articolo che prevede una diversa scadenza, il 31/12/2013, per quegli affidamenti in corso alla data del 20/10/2002 (senza specificazione se affidati con o senza gara), privi di una scadenza iniziale e per i quali l'ente affidante non abbia provveduto ad inserire una scadenza certa nel contratto di servizio, contestualmente alla pubblicazione della citata relazione di cui allo stesso comma 14. E' evidente la disparità di trattamento anche sotto tale profilo con gli altri operatori economici, anch'essi attuali gestori di servizi pubblici locali, affidatari di contratti privi di scadenza, disparità che permane anche se valutata alla luce del fine perseguito dal legislatore, per le società quotate in mercati regolamentati, di tutelare il valore delle società e dei risparmiatori che in esse hanno investito.

Esistono poi casistiche più recenti, riguardanti Amministrazioni comunali che, oltre ad aver attivato con Enel Sole Convenzioni nel 2009, della durata di sedici/venti anni per la gestione degli impianti, hanno altresì affidato alla stessa Enel Sole, con procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara ex art. 57, comma 2, lett. b) del d.lgs. 163/06, anche i lavori di riqualificazione, a fini di sicurezza e di risparmio energetico, degli impianti di illuminazione pubblica. Tra questi si rilevano diversi casi di affidamenti di gestione di servizi di

pubblica illuminazione in ragione di interventi di contenimento dei consumi energetici coperti da privativa industriale o sulla base di situazioni di urgenza.

Tali procedure negoziate senza bando, nell'attuale impostazione del Codice dei contratti pubblici, assumono carattere eccezionale e sono ammesse nei soli casi tassativamente previsti dalle vigenti disposizioni legislative in materia; i pareri e le sentenze (Corte di giustizia 15/45) resi sulla stessa, confermano l'obbligo in generale di porre in gara la gestione del servizio di pubblica illuminazione alla cessazione della Convenzione.

Le circostanze che:

- Enel Sole sia proprietaria di parte degli impianti e che corrispondentemente vi sarebbe carenza di legittimazione da parte dell'ente locale in ordine ad interventi da parte di terzi sugli impianti stessi;

- sussistono motivazioni di risparmio economico legate alle nuove tecnologie utilizzate da Enel e all'assenza di spese a carico del Comune per consulenze peritali, dismissione degli impianti, progettazione e direzione lavori da affidare all'esterno, non possono far assurgere a canone di ordinarietà un sistema di affidamento che si pone fuori dalle dinamiche concorrenziali in modo, come detto, usuale e tutt'altro che temporaneo e straordinario. Né può essere condiviso, come si dirà innanzi, quanto sostenuto da Enel Sole nel corso dell'istruttoria - a sostegno dell'ammissibilità di forme di affidamento diverse dalla gara - circa l'ammissibilità della proroga automatica e del tacito rinnovo pattuita ab origine nella Convenzione, in assenza di disdetta.

In proposito la stessa giurisprudenza citata da Enel in corso di istruttoria esclude una distinzione concettuale tra i due istituti della proroga e del tacito rinnovo, che in sostanza definiscono in entrambi i casi il fenomeno del mantenimento nel tempo e oltre la scadenza pattuita, di un rapporto sinallagmatico a esecuzione continuata e periodica, in difetto di una disdetta, con un meccanismo che può astrattamente reiterarsi per un numero indeterminato di volte, con la volontà tacita dei contraenti.

In ogni caso la prosecuzione del rapporto contrattuale così concepita non trova fondamento normativo, in quanto fondata su una presunta legittimità dei rinnovi automatici, notoriamente vietata alle P.A. e ammessa, come confermato dalla giurisprudenza, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica.

Al fine di evitare la permanenza di gestioni da parte di soggetti che non sono stati scelti ad esito di una procedura competitiva, anche l'Antitrust, nell'AS 864 del 26 agosto 2011, osservava che i casi di cui alla lettera d) del comma 32 (poi 33) dell'art. 4 D.L. 138/2011, oggi dichiarato incostituzionale, non potevano ricomprendere anche affidamenti in essere in base a rinnovi o proroghe tacite, già definiti dal giudice amministrativo quali gestioni di fatto, in quanto esercitati sulla base di un titolo illegittimo.

Sull'improprio sistematico uso delle proroghe contrattuali è utile richiamare altresì la Delibera n. 34 del 2011 con cui questa Autorità si è ampiamente espressa. Si osserva, infatti, che il reiterato ricorso a tale istituto, utilizzabile solo in via eccezionale, oltre a violare il disposto dell'art. 23 della L. n. 62/2005, costituisce una violazione dei principi di cui all'art. 2 del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Invero, è pacifico che, in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto, non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Le proroghe in questione, quindi, contraddicono il generale principio dell'evidenza pubblica, il cui rispetto è imposto anche dal dovere di preservare il diritto alla libera concorrenza, garantito a livello comunitario in materia di appalti pubblici. Trattandosi di contratti pubblici di servizi, o di appalti misti, affidati direttamente e senza gara, al momento della

cessazione del contratto gli enti affidanti avrebbero dovuto quindi indire nuove gare per la selezione nel mercato di idonei operatori economici, nel rispetto dei principi del Trattato UE nonché del d.lgs. 163/2006. Gli affidamenti diretti costituiscono un'eccezione a tale regola, ammissibili solo nei casi espressamente previsti dalla normativa comunitaria (ad es. affidamenti in house providing) e dal Codice dei contratti. Al di fuori di tali specifiche eccezioni, gli affidamenti in argomento non rispondono ai canoni della legittimità e della concorrenzialità. E' evidente, infatti, come, alla luce della filosofia che ispira l'intero intervento normativo, gli affidamenti di che trattasi, avvenuti al di fuori di ogni logica concorrenziale, siano in assoluta "controtendenza" e, in quanto affidamenti diretti non preceduti da gare pubbliche, presentino profili di evidente anomalia. Queste considerazioni valgono a maggior ragione oggi, alla luce non solo della pronuncia della Consulta ma anche della recente normativa dettata dal D.L. 179/2012 in cui è ribadita l'esigenza del rispetto della disciplina europea e dei principi comunitari di par condicio, economicità trasparenza e pubblicità.

Molte delle gestioni attualmente in essere, pur essendo affidamenti diretti, non risultano assentite alla data del 1° ottobre 2003 bensì successivamente (molti sono databili al biennio 2009-2011) e come tali non possono essere ascritti alle fattispecie di cui al comma 15 dell'art. 34 del D.L. 179/2012.

Inoltre, si ritiene che valgano, nei casi in esame, anche considerazioni di carattere più generale riconducibili alla situazione di indebito privilegio di cui possono trovarsi a godere taluni operatori nel mercato di riferimento. Difatti Enel Sole è società che opera nel libero mercato ed è al contempo affidataria diretta di gestioni in corso; tale condizione, fintanto che perdura l'affidamento diretto, dovrebbe comportare la preclusione per la Società stessa alla partecipazione a gare di appalto. Infatti, in forza di contratti ottenuti senza una regolare procedura ad evidenza pubblica, le società titolari di affidamenti diretti ottengono un indebito vantaggio rispetto a tutti gli altri operatori economici operanti sul mercato e non titolari di affidamenti diretti. Enel Sole, quindi, per quanto in atti, continua, da un lato, a beneficiare di una posizione di fatto esclusiva nel rapporto con gli enti locali, dovuta al mantenimento di un regime di esclusiva dei servizi di pubblica illuminazione, e, contestualmente, procede a vendere i propri servizi a terzi, anche mediante la partecipazione a gare pubbliche, con effetti distorsivi a carico del mercato di riferimento.

Ciò rende concreto il rischio che si creino situazioni di particolare privilegio non solo per quelle imprese che possono usufruire di "aiuti di Stato" (quali, a titolo esemplificativo, contributi, sussidi ed agevolazioni) ma anche per quelle imprese (Enel Sole, nel caso di specie) che possono fruire in concreto di posizioni di evidente vantaggio nell'acquisizione di taluni contratti, fattori che possono consentire una partecipazione nel libero mercato con offerte innaturalmente basse e quindi alterare la par condicio tra gli operatori economici.

A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa ha sviluppato importanti argomentazioni sulla turbativa della concorrenza, elaborando anche il concetto di "minimo garantito" che ritiene di per sé idoneo, ove sussistente, a turbare il regolare funzionamento della concorrenza. Secondo tale orientamento giurisprudenziale "Il privilegio economico non necessariamente si concretizza nel contributo o sussidio o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese", che si può realizzare anche "garantendo ad un'impresa una partecipazione certa al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali; in sintesi: un minimo garantito"; si aggiunga poi che non è necessario che tale privilegio si sostanzi in un profitto, ma è sufficiente che dai contratti garantiti l'impresa ottenga quanto sufficiente a coprire i costi generali di mantenimento dell'apparato aziendale. In tali condizioni, infatti, l'impresa al fine di acquisire nuove commesse, potrà offrire condizioni concorrenziali perché sui futuri contratti graveranno solo i costi diretti di produzione (dato che l'ammortamento delle spese generali risulta già coperto, come sopra); ciò consentirà all'impresa stessa di realizzare un maggiore profitto in riferimento alla

normale economia aziendale del settore ovvero di offrire prezzi innaturalmente più bassi: “Nell’uno o nell’altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L’impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorto di una semplice elusione del sistema delle gare”. Appare fuor di dubbio, alla luce di quanto sin qui detto che, nell’interpretazione legislativa e giurisprudenziale, tanto comunitaria che nazionale, si verte su affidamenti che devono essere ricondotti, in una logica concorrenziale, a sistemi di affidamento ad evidenza pubblica, strumento privilegiato per la scelta del gestore del servizio .

Partecipazione di Enel Sole s.r.l. alle gare indette da Consip

Le considerazioni appena svolte trovano concreta evidenza relativamente alla gara “per il Servizio Luce 2” per la pubblica illuminazione dei Comuni italiani che comprende la gestione integrata di impianti di illuminazione pubblica, la fornitura di energia elettrica, i lavori per gli interventi di adeguamento normativo, tecnologico e di riqualificazione energetica e la gestione degli impianti semaforici, indetta da Consip nel 2009. In questo caso specifico la posizione avvantaggiata di Enel Sole nel mercato di riferimento è risultata palese nel momento in cui essa ha partecipato alla menzionata gara Consip pur sussistendo il divieto di partecipazione a gare indette da enti pubblici per le società partecipate da società quotate in mercati regolamentati (Enel Sole nella fattispecie in esame), divieto dal quale il legislatore ha in seguito esonerato detto tipo di società, in tal modo determinando, come si diceva, situazioni di scarsa apertura al mercato ed effetti anticoncorrenziali nel settore dei servizi pubblici locali.

Tralasciando in questa sede di esaminare gli aspetti connessi alla possibilità per Consip di espletare gare per conto di enti locali, va sottolineato che alla data della gara (pubblicazione G.U.U.E, del 8.10.2009), la società Enel Sole s.r.l. (controllata e partecipata da Enel S.p.A.) risultava affidataria diretta di Servizi di Pubblica Illuminazione senza preliminarmente gara pubblica in vigore dell’art. 23-bis, comma 9, del decreto-legge 112/2008, convertito in l. 133/2008. La norma richiamata poneva il divieto della partecipazione a gare indette da enti pubblici, per società, loro controllate, controllanti e controllate da una medesima società che godevano o avessero goduto di assegnazioni dirette di gestione di reti e servizi, mentre l’esonero da tale divieto valeva solo per le società quotate in mercati regolamentati, in funzione del fine perseguito dal legislatore di tutelare il valore delle società e dei risparmiatori che in esse hanno investito, quindi Enel Sole non avrebbe potuto partecipare a gare indette da enti locali in quanto società non quotata e titolare di affidamenti diretti.

Tale formulazione della norma è anteriore alle modifiche ad essa introdotte dal decreto-legge 70/2011 (convertito in l. 106/2011) che, a decorrere dal 14 maggio 2011, ha espressamente esonerato dal suddetto divieto anche le "società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile (...)". Motivo per cui il divieto di partecipazione alle gare per le società partecipate dalle società quotate in mercati regolamentati è stato vigente sino al maggio 2011.

Ma in più, il suddetto art. 23-bis, comma 9, del decreto-legge 112/2008, è stato abrogato a far data dal 21 luglio 2011 con d.P.R. 113/2011 ed è stato sostituito dall’art. 4, comma 33, del decreto-legge 138/2011, convertito in l. 148/2011 (come modificato dall’art. 9, comma 2, della legge n.183 del 2011), che sostanzialmente ne riproduceva il testo e che, tra l’altro, recita “Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12 e alle società a partecipazione mista pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma”.

Quindi, dal tenore letterale della norma nel testo vigente al momento dell’indizione della gara (nonché per tutta la durata della stessa), nonché in via sistematica, tenuto anche

conto dell'evoluzione normativa sopra illustrata, si evince chiaramente che al momento dell'indizione della gara da parte di CONSIP sussisteva ed era pienamente vigente il divieto di partecipazione alle gare anche per le società partecipate da società quotate in mercati regolamentati (Enel Sole nella fattispecie in esame).

Tutto quanto sopra premesso, si deve concludere per l'illegittimità dell'ammissione della società Enel Sole s.r.l. alla gara in esame, operata da CONSIP, e dell'aggiudicazione in favore della stessa di n. 3 lotti poiché in aperta violazione dell'art. 23-bis, comma 9, decreto-legge 112/2008 (convertito in l. 133/2008) nel testo all'epoca vigente.

Adeguatezza delle informazioni da fornire da parte del gestore uscente all'Ente locale ai fini della predisposizione dei bandi di gara

Nel caso di riaffidamenti con gara sono stati rilevati aspetti critici legati alle informazioni fornite dalla Stazione Appaltante agli operatori economici. Talvolta si chiede agli offerenti di effettuare un'analisi accurata dello stato effettivo dell'impianto, segnalando all'Amministrazione tutte le situazioni critiche che rendano necessari interventi immediati di ripristino e/o sostituzione, analisi che non sempre i concorrenti sono in grado di effettuare a causa della mancata conoscenza dell'impianto, il cui stato effettivo è invece ben noto solo al gestore uscente.

Riguardo al problema, Enel Sole fa presente che, in forza di quanto disposto dall'art. 25, comma 6, della legge 27/2012, disposizione tuttora vigente e non toccata dalla sentenza n.199/2012 della Corte Costituzionale, essa è tenuta a fornire esclusivamente "i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture", mentre dati ulteriori sono dipendenti dalle prescrizioni di gara che ogni Comune ritiene di dover indicare nel capitolato tecnico e rispondono ad attività necessarie per verificare lo stato dei centri luminosi che ciascun concorrente riterrà di dover effettuare per soddisfare le richieste della SA e per formulare l'offerta tecnica.

Viene lamentato, con riferimento a tali dati, che Enel Sole ha invece inviato in taluni casi il mero censimento delle consistenze e non abbia indicato il VRI richiesto fornendo dati generici e non giustificati da specifici riscontri contabili sul patrimonio impiantistico, costituiti dal solo valore contabile calcolato ad inizio esercizio (valore contabile iscritto a bilancio alla data di installazione ovvero alla data di presa in carico da parte di Enel: 1999) con indicazione degli ammortamenti e rivalutazioni intercorse sino alla data odierna.

Si ritiene che l'Amministrazione dovrebbe essere messa in grado di conoscere puntualmente lo stato degli impianti. Il disposto normativo dell'art. 25 (commi 4 e 5) della legge 27/2012, prevede l'obbligo da parte del gestore uscente di fornire i dati relativi alle "caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi" entro 60 giorni dalla richiesta e sanzionando l'eventuale inadempimento con il ricorso al Prefetto che può altresì comminare anche sanzioni pecuniarie per il persistente inadempimento. Sulla base dei dati forniti dal gestore, dovrebbe essere possibile redigere uno studio descrittivo completo dell'esistente tale da consentire agli operatori economici di redigere un'offerta economica consapevole, precisa e puntuale, fondata su dati attendibili.

La mancanza di tale studio potrebbe infatti risultare cruciale per gli operatori economici potenzialmente interessati all'affidamento. Una dettagliata descrizione degli impianti esistenti, della relativa funzionalità o della necessità di interventi di messa a norma, nonché precise indicazioni sull'oggetto dell'appalto sono infatti necessarie per la predisposizione di un'offerta tecnico-economica consapevole ed affidabile da parte degli operatori.

Senza considerare, peraltro, che la spesa di pubblico denaro da parte dei Comuni impedisce di stabilire valori forfettari o generici ed obbliga ad acquisire elementi di conoscenza specifici per verificare la congruità dei costi.

La restrittiva interpretazione dell'obbligo informativo posto dalla legge a carico del gestore uscente, così come operata da Enel, non appare quindi in linea con lo scopo perseguito dal legislatore.

Ne consegue che ENEL dovrà adoperarsi nel fornire alle amministrazioni appaltanti, oltre ai dati che individuano rigidamente le caratteristiche tecniche degli impianti, anche quelle ulteriori informazioni sull'esistente che possano consentire alle S.A. la predisposizione della documentazione di gara sufficiente a consentire la formulazione di offerte ragionate.

Determinazione del valore degli impianti

Il passaggio dal vecchio regime a quello basato sull'affidamento con procedure ad evidenza pubblica, implicando la titolarità della proprietà dell'impianto in capo all'ente appaltante, comporta delicati problemi connessi in primo luogo alla determinazione del loro valore, onde remunerare l'ente gestore uscente, nonché ricadute di ordine pratico riferite all'esatta conoscenza degli impianti stessi, elemento di notevole impatto anche ai fini della determinazione dell'importo da porre a base d'asta.

Il decreto-legge n. 1/2012, convertito nella legge n.27/2012, al comma 6 dell'art. 25, ha precisato che i concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio, i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi.

Altro dato saliente si rinveniva nel testo dell'art. 4, comma 32-ter introdotto con l'ultima riforma, il quale recitava:

“32-ter. Fermo restando quanto previsto dal comma 32 ed al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo attività di gestione dei servizi pubblici locali assicurano l'integrale e regolare prosecuzione delle attività medesime anche oltre le scadenze ivi previste, ed in particolare il rispetto degli obblighi di servizio pubblico e degli standard minimi del servizio pubblico locale, alle condizioni di cui ai rispettivi contratti di servizio e dagli altri atti che regolano il rapporto, fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all'apertura del mercato alla concorrenza. Nessun indennizzo o compenso aggiuntivo può essere ad alcun titolo preteso in relazione a quanto previsto nel presente articolo” (comma introdotto dall'art. 25, comma 1, lettera 8), numero 7, della legge n.27 del 2012 e, successivamente, così modificato dall'art. 53, comma 1, lett. b), n. 5, D.L. 22 giugno 2012, n. 83).

Detta disposizione costituiva uno degli strumenti che consentivano di gestire il periodo transitorio, durante il quale i Comuni spesso avevano attivato le procedure per l'acquisizione della proprietà degli impianti o mediante riscatto (ex art. R.D. 2578/1925) o mediante i sistemi indicati dalla normativa in materia di servizi pubblici locali (ex art. 4, commi 29, 30 e 31 della legge 27/2012). Con specifico riguardo allo strumento del riscatto, il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 3607 del 14.06.2011, ha confermato la legittimità dell'esercizio del riscatto affermando l'importante principio che la determinazione dell'indennità di riscatto non costituisce necessario presupposto per l'esercizio di tale diritto né per l'indizione di una gara per l'affidamento del servizio stesso e non è condizionata al preventivo accordo tra le parti.

In altre parole la verifica della legittimità del riscatto prescinde dalle decisioni che l'Amministrazione deve assumere per la successiva gestione del servizio, ponendosi su un piano logico e temporale in un momento antecedente ad esse, anche se, come rilevato dal TAR nella sentenza appellata innanzi al Consiglio di Stato "il riscatto e l'effettiva consegna degli impianti non può che precedere il successivo affidamento del servizio e (...) sia tecnicamente arduo, se non impossibile, immaginare l'indizione di una gara contestualmente al provvedimento di riscatto, senza avere certezze sui tempi di esecuzione del provvedimento, sulla consistenza dei beni e, quindi, su elementi in base ai quali vanno redatti gli atti di gara."

Non va sottaciuto che nella maggior parte dei casi i punti luce di proprietà Enel sono obsoleti e fuori norma, talora, a parere dei Comuni, anche per carenze manutentive determinate da parte di Enel nel corso degli anni.

Risulta inoltre che già nel 2007 la Regione Lombardia nel suo piano energetico (PER), invitava gli enti locali a riscattare i punti luce e ad intraprendere un percorso di risparmio energetico.

Nel periodo antecedente alla pronuncia della Corte Costituzionale, gli enti locali potevano scegliere due differenti procedure per la determinazione del valore degli impianti da acquisire in proprietà, da calcolare, a seconda della procedura prescelta, secondo criteri che:

-nel riscatto ex RD 2578/1925, sono quelli (valore industriale dell'impianto, anticipazioni o sussidi dati dai Comuni, profitto che al concessionario viene a mancare a causa del riscatto) che contribuiscono a determinare l'indennità spettante al cedente (il cui ammontare può essere determinato anche d'accordo tra le parti con l'approvazione della giunta provinciale amministrativa);

-nella procedura ex lege 148/2011, come modificata, erano quelli indicati ai commi 29, 30 e 31 dell'articolo 4 (valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici riferibili ai beni stessi, salvi diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge). Oggi tali ultime indicazioni non costituiscono normativa di riferimento.

Giova sottolineare che, considerata la durata prevista delle Convenzioni, spesso molto varia e frequentemente di entità rilevante (talvolta di 20/30 anni), assumono notevole rilievo i parametri utilizzati per valutare la redditività di tali affidamenti in ragione del tempo e delle altre variabili incidenti su tale valutazione quali il prezzo, specialmente con riguardo ai possibili interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria e di efficientamento energetico effettuato ai sensi del d.lgs. 115/2008.

Il principio della scadenza anticipata dei contratti di lunga durata, enunciato in vigore della preesistente disciplina transitoria dettata dall'art. 4, comma 32, D.L. 138/2011, può comportare conseguenze penalizzanti sul piano della redditività.

In linea generale, riferisce Enel, la redditività delle Convenzioni varia a seconda dell'articolazione dei servizi offerti, mentre il prezzo dei servizi è calcolato a partire dai costi unitari dei servizi stessi, adeguato ai parametri ISTAT. Per quanto concerne gli interventi di manutenzione straordinaria e di efficientamento energetico, laddove non ricompresi nei canoni, essi vengono offerti da Enel in base a specifici preventivi di dettaglio od elenchi prezzi unitari.

Nei casi di anticipazioni di capitali per la realizzazione di interventi iniziali di manutenzione straordinaria e/o di efficientamento energetico, il prezzo del servizio sconta l'orizzonte temporale di recupero del capitale anticipato.

A fronte di tali precisazioni, va considerato che i parametri economici utilizzati richiederebbero l'ancoraggio ad elementi oggettivi e non unilaterali, basati su indagini di mercato e prezzi medi nonché la definizione di canoni sottoposti a verifiche di congruità.

In base a tutto quanto sopra considerato, sia con specifico riferimento alle Convenzioni con Enel Sole s.r.l., sia con riferimento a tutte le gestioni in corso derivanti da affidamenti diretti condotte da diversi gestori

Il Consiglio

esprime le seguenti considerazioni:

- il servizio di pubblica illuminazione è un servizio pubblico locale e in quanto tale soggiace alle regole previste per essi e la sua gestione deve essere affidata con procedure ad evidenza pubblica conformi al diritto comunitario e al Codice dei contratti pubblici;

- sono da escludere tutte le forme di proroga o di tacito rinnovo degli affidamenti in corso, se non per lo stretto tempo necessario all'espletamento di procedure ad evidenza pubblica;
- per le gestioni in essere, occorre, previa determinazione del valore degli impianti per l'acquisizione al patrimonio comunale e l'assunzione effettiva del titolo di proprietà in capo ai Comuni, procedere all'espletamento delle procedure di evidenza pubblica (ovvero agli affidamenti in conformità alla normativa europea), evitando il mantenimento di situazioni monopolistiche, sulla base della relazione di cui al comma 13 dell'art. 34 D.L. 179/2012, da pubblicarsi entro la data del 31/12/2013;
- i concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio, i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi (ex art. 25, comma 6, D.L. 1/2012, convertito in l. 27/2012). Pertanto, deve essere fornita all'ente locale una dettagliata descrizione degli impianti esistenti, della relativa funzionalità o della necessità di interventi di messa a norma, al fine di mettere in condizione gli stessi di predisporre bandi atti a consentire un'offerta tecnico-economica consapevole ed affidabile da parte degli operatori;
- l'ammissione della società Enel Sole s.r.l. alla gara indetta da CONSIP in data 8.10.2009 nonché l'aggiudicazione in favore della stessa di n. 3 lotti è avvenuta in aperta violazione dell'art. 23-bis, comma 9, decreto-legge 112/2008 (convertito in L. 133/2008) nel testo all'epoca vigente, ove sussisteva ed era pienamente vigente il divieto di partecipazione alle gare anche per le società partecipate da società quotate in mercati regolamentati;

Manda alla Direzione vigilanza lavori, servizi e forniture affinché invii la presente deliberazione alla Società Enel Sole, alla Consip, e ai Sindaci dei Comuni interessati con l'invito rivolto a questi ultimi a porre in essere gli atti necessari per uniformare le gestioni anomale ancora in corso ai principi comunitari e nazionali di libera concorrenza;
 dispone l'invio, a cura della Direzione sopra menzionata, della presente deliberazione anche all'esponente e all'AGESI.

Il Consigliere Relatore : Piero Calandra

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 gennaio 2013

Il Segretario
Maria Esposito