



Città di Santa Maria Capua Vetere
Provincia di Caserta
POLIZIA MUNICIPALE



DETERMINAZIONE n° 264 del 14.12.2016

Registro generale n° 2419 del 14.12.2016

Oggetto : ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DEL BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO AD UN OPERATORE ECONOMICO PER MESI 6 DEI SERVIZI DI GESTIONE E MANUTENZIONE DELL'IMPIANTO ELETTRICO DI DISTRIBUZIONE ENERGIA ELETTRICA PER L'ILLUMINAZIONE DELLE LAMPADE VOTIVE NEL CIMITERO COMUNALE, APPROVATO CON DETERMINA N 249 DEL 04/12/2016. CIG Z141C57607

IL DIRIGENTE

Premesso

che con Determina n 249 del 04/12/2016 è stato approvato e pubblicato con scadenza 20/12/2016, il bando di gara per l'affidamento ad un operatore economico per mesi 6 dei servizi di gestione e manutenzione dell'impianto elettrico di distribuzione energia elettrica per l'illuminazione delle lampade votive nel Cimitero Comunale cittadino;

Considerato

che in data 14/09/2016 è stato pubblicato il comunicato del Presidente dell'ANAC ove si esplicitava che le Amministrazioni Comunali procedano all'affidamento in genere dei servizi elettrici mediante utilizzo della rete di impianto elettrico in concessione, con procedure ad evidenza pubblica previa determinazione del valore degli impianti elettrici con acquisizione del titolo di proprietà mediante riscatto degli impianti stessi e/o far subentrare il nuovo gestore nella fruizione dell'impianto previa corresponsione del canone al titolare della rete per la durata della concessione (All 1);

che ai sensi della Legge 124/2015 gli impianti di rete elettrica sono vincolati all'uso pubblico e conseguentemente ne deve essere garantita la disponibilità al fine della gestione del servizio;

che gli stessi concessionari sono tenuti a fornire agli Enti competenti a bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati concernenti le caratteristiche tecniche delle reti elettriche, degli impianti, e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio ed ogni altra informazione necessaria per definire i bandi;

Tenuto conto che la rete energizzante del Cimitero Comunale, e le infrastrutture ivi stanziali sono di proprietà della Ditta EREDI CIRILLO srl , come comunicato per le vie brevi dall'Ufficio Tecnico Comunale;

Tenuto conto altresì che alla Ditta EREDI CIRILLO srl, è stato chiesto di conoscere il valore residuo di cessione dell'intero impianto di rete di elettrificazione del Cimitero Comunale al Comune o in alternativa l'eventuale canone annuale di affitto della rete comprensivo del diritto di gestione, anche ai fini di comunicare i dati all'Ufficio Finanziario- Patrimonio;

Rilevato che per risulta necessario integrare di tutti questi elementi il bando di gara de quo per maggiore trasparenza ed economicità della procedura da pubblicare;

Dato atto della regolarità tecnico-amministrativa dell'intervento e del procedimento;

DETERMINA

- 1) **Di annullare** in autotutela il bando di gara per l'affidamento ad un operatore economico per mesi 6 dei servizi di gestione e manutenzione dell'impianto elettrico di distribuzione energia elettrica per l'illuminazione delle lampade votive nel cimitero comunale, approvato con determina n 249 del 04/12/2016 per tutti i motivi di cui in premessa;
- 2) **Di pubblicare** un nuovo bando di gara non appena la Ditta EREDI CIRILLO srl comunicherà il valore residuo di cessione dell'intero impianto di rete di elettrificazione del Cimitero al Comune o in alternativa l'eventuale canone annuale di affitto della rete comprensivo del diritto di gestione come indicato nel citato comunicato ANAC del 14/09/2016;
- 3) **Di procedere** alla pubblicazione del presente atto all'Albo pretorio e sul sito internet dell'Ente mediante trasmissione al CED Comunale;
- 4) **Di dare** immediata esecutività al presente atto.

IL DIRIGENTE
Dott. Salvatore SCHIAVONE



ALL. 1

Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Comunicato del Presidente del 14 settembre 2016

Oggetto: Indicazioni operative anche alla luce del nuovo codice degli appalti e concessioni (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) per l'affidamento del cd. "servizio luce" e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni, compreso l'efficientamento e l'adeguamento degli impianti di illuminazione pubblica.

L'Autorità ha ricevuto numerose segnalazioni in merito all'affidamento del servizio di efficientamento ed adeguamento normativo degli impianti di pubblica illuminazione, da parte di Amministrazioni comunali, con modalità non rispondenti al dettato normativo.

In particolare, è stato segnalato che, nonostante l'orientamento espresso sulla questione dall'Autorità con la Delibera n. 110 del 19 dicembre 2012, diverse Amministrazioni comunali hanno proceduto, ovvero stanno procedendo, all'affidamento ad Enel Sole S.r.l. (di seguito Enel Sole e/o ES) del servizio di efficientamento e adeguamento normativo degli impianti di pubblica illuminazione ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b) del d.lgs. 163/06 (odierno art. 63, comma 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016), nell'ambito di accordi bonari volti al riscatto degli impianti di proprietà della stessa ES.

Inoltre, si registra un ampio ricorso, da parte dei Comuni, alla procedura di *Project Financing* per l'affidamento del servizio predetto spesso non conforme alla disciplina in materia.

L'illuminazione pubblica rappresenta un servizio pubblico locale¹ avente rilevanza economica e come tale il suo affidamento è soggetto alla disciplina comunitaria, mediante procedure ad evidenza pubblica (cd. esternalizzazione), attraverso l'appalto di lavori e/o servizi, la concessione di servizi con la componente lavori, il *project financing* ovvero il finanziamento tramite terzi (FTT).

Resta salvo l'affidamento ad una società mista pubblico-privata², nonché l'affidamento diretto a società a totale capitale pubblico corrispondente al modello cd. *in house providing*³.

Inoltre, la scelta sulla gestione del servizio di pubblica illuminazione deve essere preceduta dalla pubblicazione della relazione di cui all'art. 34, comma 20, del D.L. 179/2012, da cui risultino le ragioni della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta.

1. Questione Enel Sole

Come rilevato nel corso di un'indagine conoscitiva, ES gestisce, mediante proroghe di fatto⁴, il servizio di pubblica illuminazione in molti Enti locali, per le difficoltà delle Amministrazioni comunali a gestire l'acquisizione degli impianti, che risultano in buona parte ancora di proprietà della stessa Enel Sole.

¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 10 settembre 2010, n. 6529.

² Cfr. parere del Consiglio di Stato del 18 aprile 2007, n. 456 e Comunicazione della Commissione UE del 5 febbraio 2008 (C/2007/661).

³ Cfr. art. 113 del d.lgs. 267/2000.

⁴ Sull'improprio e sistematico uso delle proroghe contrattuali si richiama il Comunicato del 4 novembre 2015. Il reiterato ricorso a tale istituto, utilizzabile solo in via eccezionale, costituisce una violazione dei principi di cui all'art. 2 del d.lgs. 163/06, odierno art. 30 del d.lgs. 163/06, e, in particolare, della libera concorrenza, parità

Sul punto necessita ribadire, così come già espresso con la deliberazione dell’Autorità n. 110 citata, che *“Tali procedure negoziate senza bando, [nella vigenza del d.lgs. 163/06 così come nel nuovo codice degli appalti e concessioni D.lgs. 50/2016] assumono carattere eccezionale e sono ammesse nei soli casi tassativamente previsti dalle vigenti disposizioni legislative in materia; [...]”* e che permane *“l’obbligo in generale di porre in gara la gestione del servizio di pubblica illuminazione alla cessazione della Convenzione”*.

Le circostanze che ES sia proprietaria di parte degli impianti e che si configuri un potenziale risparmio economico nell’adesione alle proposte della stessa Enel Sole – i.e. cessione degli impianti previo ammodernamento e adeguamento degli stessi e per l’assenza di spese a carico del Comune per onorari legali, perizie, dismissione degli impianti, progettazione e direzione lavori da affidare all’esterno - non possono giustificare tale modalità di affidamento diretto del servizio.

Anche l’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato con l’Atto di Segnalazione n. 1240 del 16 dicembre 2015 ha ribadito che la: *“.. riscontrata difficoltà organizzativa e gestionale del Comune ogni qualvolta parte degli impianti di illuminazione pubblica sia di proprietà terza, [...] di per sé non è ragione che possa impedire l’applicazione delle regole a presidio della concorrenza. Valutazioni in merito alla pretesa convenienza economica dell’offerta [di Enel Sole] per l’ammodernamento/riqualificazione degli impianti di proprietà privata potranno [concretamente] manifestarsi in sede di gara per l’affidamento del servizio e la riqualificazione degli impianti stessi”*.

Pertanto, sono illegittimi sia gli affidamenti diretti in seno alle procedure di riscatto degli impianti di pubblica illuminazione, sia le proroghe tacite e/o i rinnovi degli affidamenti in corso.

Tali affidamenti illegittimi peraltro spesso sfuggono alla tracciabilità dei flussi finanziari, ai sensi degli artt. 3 e 6 della legge 136/2010, stante che - dalla consultazione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici presso l’Autorità e delle banche dati presso il Ministero dell’Economia e Finanze e presso la Guardia di Finanza - non risulta una corrispondenza tra le commesse dei Comuni per “servizi energetici” e le acquisizioni, da parte degli stessi, dei CIG (Codici di Identificazione Gara).

Anomalia, quest’ultima, che sarà oggetto di specifica e complementare indagine.

In conclusione, per le gestioni in essere occorre che le Amministrazioni comunali procedano all’affidamento del servizio di pubblica illuminazione mediante procedure ad evidenza pubblica, previa determinazione del valore degli impianti e acquisizione del titolo di proprietà in capo alle rispettive Amministrazioni mediante riscatto degli impianti di pubblica illuminazione (disciplinata, ad oggi, dagli artt. 1, 24 e 25 del R.D. 2578/1925 e dagli artt. 8 e segg. del D.P.R. 902/1986); ciò anche al fine di scongiurare il mantenimento di posizioni di mercato anticoncorrenziali che potrebbero discendere dall’impiego, nel servizio di ammodernamento, di apparecchiature brevettate (i.e. “Archilede”) che possono successivamente incidere sulle gare di manutenzione degli stessi impianti.

Il mancato accordo con ES sulla quantificazione del “valore residuo”, che i Comuni dovrebbero riconoscere a quest’ultima, non impedisce di affidare il servizio ad un nuovo gestore; in quanto non esiste alcun diritto di ritenzione in capo a ES e, dunque, in caso di disaccordo sul valore dell’impianto, è comunque possibile procedere al trasferimento della proprietà degli impianti e conseguentemente all’indizione della gara ed all’affidamento del servizio al nuovo gestore.⁵

di trattamento, non discriminazione e trasparenza. 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 di legge in conformità alla normativa comunitaria, una volta scaduto il contratto, deve essere effettuata una nuova gara.

⁵ Cfr. Cons. Stato, sez V, sent. 28 settembre 2011, n. 5403; TAR Lombardia BS, Sez. II, sent. 27 maggio 2010, n. 2165).

Per il futuro prossimo, si richiamano le Amministrazioni comunali a tenere in considerazione l'art. 19 della legge 124/2015⁶ e l'art. 10 dello schema di decreto delegato⁷ (Testo Unico sui servizi pubblici locali di rilevanza economica), approvato in prima stesura dal Consiglio dei Ministri, che contempla la proprietà privata della rete e gli obblighi incombenti sul concessionario.

In particolare al comma 2 dell'art. 10 citato viene in rilievo che, indipendentemente dalla titolarità della proprietà, i predetti impianti sono vincolati all'uso pubblico e ne deve essere garantita la disponibilità al fine della gestione del servizio. Ed ancora al comma 8 si prevede che i concessionari sono tenuti a fornire agli enti competenti a bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati concernenti le caratteristiche tecniche delle reti, 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; prevedendo l'irrogazione di una sanzione pecuniaria da parte del Prefetto per ritardata comunicazione ovvero comunicazione di informazioni false.

Inoltre all'art. 11, comma 1, dello schema di decreto predetto si contempla che: *“Alla scadenza del periodo di affidamento e in esito al nuovo affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali per la prosecuzione del servizio, come individuati ai sensi dell'articolo 9, comma 1, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, sono assegnati al nuovo gestore [...]”*.

Le norme in questione rispondono all'obiettivo di promuovere l'accesso alle reti indipendentemente dalla proprietà della stessa.

Pertanto con tale disciplina si delinea un'opzione per l'Amministrazione, ossia procedere al riscatto acquisendo la proprietà, stante il fatto che – secondo lo schema di decreto in discussione – l'art. 24 del predetto R.D. 2578/1925 non è stato abrogato, ovvero far subentrare il nuovo gestore nella fruizione dell'impianto previa corresponsione di canone, come individuato dall'Autorità regolatoria competente, al titolare della rete per la durata della concessione.

2. Affidamenti mediante “project financing”

Dall'indagine conoscitiva è emerso, inoltre, un utilizzo improprio dei contratti di partenariato pubblico privato (PPP), in particolare della Finanza di Progetto, soprattutto da parte degli enti locali che adotterebbero lo schema concessorio - pur non ricorrendone i presupposti – per i vantaggi della relativa disciplina giuridica (elusione del “patto di stabilità”; traslazione nel futuro dell'onere finanziario dell'operazione).

Ciò ricorrerebbe, in particolare, con previsioni contrattuali che spesso non determinano un'effettiva traslazione del rischio economico in capo al gestore (concessionario).

A tal fine si rileva che un contratto di appalto si distingue da quello di concessione proprio per la ripartizione del rischio economico-finanziario tra concedente e concessionario, con allocazione di quest'ultimo principalmente a carico del privato, posto che, ai fini della corretta qualificazione giuridica, il contratto di concessione differisce dall'appalto perché il concessionario, a differenza dell'appaltatore, **assume su di sé il rischio di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e a coprire i costi sostenuti per erogare i servizi oggetto del contratto in condizioni operative normali** [cfr. art. 5 della direttiva 2014/23/UE mutuata nell'odierno art. 3, lett. *uu*) del D.lgs. 50/2016].

⁶ L'art. 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124, (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale) al comma 1. lett. m) contempla: *“revisione della disciplina dei regimi di proprietà e gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni, nonché di cessione dei beni in caso di subentro, in base a principi di tutela e valorizzazione della proprietà pubblica, di efficienza, di promozione della concorrenza, di contenimento dei costi di gestione, di semplificazione”*

⁷ <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-03-2016/dlgs-servizi-pubblici-locali>

Occorre osservare, altresì, che il PPP nel servizio di pubblica illuminazione implica l'assenza del rischio di domanda poiché la P.A. è l'unico "payer"; pertanto le Stazioni appaltanti devono porre la massima attenzione nella redazione degli atti di gara e negli atti contrattuali affinché si versi in una effettiva operazione di partenariato (*Project Financing*), prevedendo che il canone di "disponibilità" sia retributivo della effettiva funzionalità del servizio e non dovuto in caso di totale disservizio (cfr. comma 4 dell'art. 180 del D.lgs. 50/2016) ovvero sottoposto a penali automatiche che implicino un rischio operativo "rilevante e/o significativo"⁸.

Relativamente al rischio di costruzione si rimanda a quanto indicato nella determina Anac n. 10 del 23 settembre 2015, prestando particolare attenzione sull'allocazione dei rischi progettuali e dei connessi rischi ambientali, ovvero dei rischi che richiedono pagamenti a favore di terzi (risarcimenti danni).

3. Affidamenti intervenuti nel periodo transitorio di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016

Le disposizioni del nuovo codice degli appalti e concessioni (D.lgs. 50/2016) si applicano a tutti gli avvisi di gara indetti a partire dal 20.04.2016, salva l'applicazione del d.lgs. 163/06 agli affidamenti ricadenti nel periodo transitorio di cui al punto 1) del precedente Comunicato dell'11 maggio 2016. Tuttavia, anche per questa fase transitoria, è opportuno contemplare, laddove possibile, nei documenti contrattuali le specifiche dei "criteri ambientali minimi" (C.A.M.)⁹ di cui al D.M. del Ministero dell'Ambiente del 23 dicembre 2013, emanato in attuazione del "Piano d'Azione Nazionale per il Green Public Procurement" (PAN GPP; Green Public Procurement: appalti pubblici verdi) in considerazione della enorme incidenza del predetto servizio sui consumi energetici degli Enti Locali.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2016

Il Segretario, Maria Esposito

⁸ cfr. Corte di giustizia, sentenza 27 ottobre 2005, causa C-234/03, sentenza 18 luglio 2007, causa C-382/05, sentenza 11 giugno 2009, causa C-300/07, sentenza del 10 settembre 2009, n. C-206/2008 e, in particolare, Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 2011, in C-348/2010), per cui: "[...] costituisce un «appalto» un contratto con cui il prestatore, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali che disciplinano la fornitura di tali servizi, non assume in misura significativa il rischio in cui l'amministrazione aggiudicatrice incorre [...]".

⁹ C.A.M. peraltro obbligatori ai sensi dell'art. 34 del nuovo codice degli appalti e concessioni per tutti gli affidamenti connessi agli usi finali di energia banditi sotto la vigenza del d.lgs. 50/2016.