

AS1240 - MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE PUBBLICA COMUNALE

Roma, 16 dicembre 2015

Associazione Nazionale dei Comuni Italiani
(ANCI)

Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC

Con la presente segnalazione, a fronte di numerose richieste di intervento pervenute in materia di affidamento del servizio pubblico locale di illuminazione pubblica, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/1990, intende svolgere le seguenti considerazioni in merito al più corretto atteggiarsi, sotto il profilo concorrenziale, dell'azione amministrativa degli enti locali nella gestione di detto servizio.

Il servizio di illuminazione delle strade comunali, per consolidata giurisprudenza amministrativa, rientra tra i servizi pubblici locali (SPL)¹.

Esso quindi, da ultimo alla luce della decisione della Corte Costituzionale n. 199/2012², deve essere affidato in conformità all'ordinamento europeo, potendosi cioè ricorrere in via alternativa alle seguenti tre modalità: (i) rivolgendosi al mercato, mediante indizione di una gara pubblica per la scelta dell'affidatario – anche aderendo alla relativa Convenzione Consip; (ii) mediante una società mista con selezione competitiva del socio privato operativo (cd. gara a doppio oggetto) o (iii) ricorrendo all'affidamento diretto secondo il modello organizzativo del cd. *in house providing*, nei casi in cui si riscontrino le cumulative condizioni di legittimità così come definite dalla giurisprudenza europea³ e poi, da ultimo, recepite e codificate dalle nuove direttive sugli appalti pubblici⁴.

La scelta della modalità di gestione del servizio di illuminazione deve, inoltre, essere proceduta dalla pubblicazione, da parte dei comuni, della relazione di cui all'art. 34, comma 20, D.L. n.

¹ Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 8232/2010.

² Sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità dell'art. 4, D.L. n. 138/2011.

³ A partire dalla sent. CGUE cd. *Teckal*, del 18 novembre 1999, causa C-107/98.

⁴ La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 2014/23/UE, "sull'aggiudicazione dei contratti di concessione"; la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/24/UE, del 26 febbraio 2014 "sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE" e la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, "sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE". Il recepimento da parte degli Stati membri delle predette direttive è fissato entro la data del 18 aprile 2016.

179/2012 diretta in primo luogo a dare “*conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta*”.⁵

A fronte di questo quadro generale, comune a tutti i servizi pubblici locali, numerose segnalazioni pervenute all’Autorità hanno rilevato come le attività amministrative relative all’affidamento della gestione e manutenzione del servizio di illuminazione pubblica, in molti comuni italiani, si devono tuttavia confrontare con due specifiche problematiche, più volte poste all’attenzione dell’Autorità e, precisamente: (a) la prima riguardante la perdurante validità, alla luce della normativa vigente in materia di SPL, degli affidamenti diretti in favore della società Enel Sole S.r.l. (di seguito ES) sulla base di apposite Convenzioni stipulate con i comuni, (b) la seconda, nei casi di nuovo affidamento del servizio, concernente la necessità, da parte delle amministrazioni comunali, di acquisire preventivamente la proprietà dell’intera rete di illuminazione pubblica, posto che in molti comuni, soprattutto nell’area centro occidentale dell’Italia, una parte - spesso maggioritaria - degli impianti è di proprietà di terzi e, segnatamente, della società ES⁶.

Con riguardo a queste due tematiche, e in ragione del fatto che esse interessano un numero assai rilevante dei comuni italiani, l’Autorità intende quindi svolgere le considerazioni che seguono, finalizzate a fornire agli enti locali interessati utili indicazioni per conformare la relativa azione amministrativa a principi di legittimità e promozione della concorrenza, anche al fine di eliminare i presupposti per un eventuale esercizio dei poteri di cui all’art. 21-*bis* della legge n. 287/90.

a) La conformità al quadro normativo vigente delle Convenzioni di affidamento diretto in favore di ES della gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica

Con attenzione alla problematica in oggetto l’Autorità osserva che essa deve essere valutata alla luce delle seguenti disposizioni normative applicabili:

(i) l’art. 34, comma 21, del D.L. n. 179/2012⁷ in forza del quale gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del D.L. stesso (*i.e.* 20 ottobre 2010) e non conformi all’ordinamento europeo “*devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013, pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20*”. *Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente a inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell’affidamento*”. La sanzione per il mancato

⁵ Decreto Legge n. 18 ottobre 2012, n. 179, recante “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*”, convertito con modificazioni 17 dicembre 2012, n. 221.

⁶ L’esistenza di Convenzioni in essere tra ES e molti comuni italiani, come pure anche l’assetto proprietario misto degli impianti di illuminazione pubblica per cui parte di essi risultano essere, in più di 3000 comuni, di proprietà di ES, sono conseguenza del trasferimento a quest’ultima di tutti i beni e rapporti giuridici destinati all’attività di illuminazione pubblica in precedenza in capo all’Ente Nazionale Energia Elettrica (Enel). Enel, a sua volta, era proprietaria di questi impianti, in quanto dalla stessa acquistati a seguito della nazionalizzazione del settore elettrico. In attuazione, infatti, della legge n. 1643/1962 sono state trasferite in proprietà a Enel le imprese private e quelle appartenenti agli enti locali attive, nel territorio nazionale, nel settore elettrico, alcune delle quali erano anche proprietarie di impianti di illuminazione pubblica. ES è poi subentrata nella titolarità di questi cespiti come anche nella titolarità delle Convenzioni stipulate tra Enel e i comuni per la gestione e manutenzione del servizio in questione, a seguito della trasformazione di Enel in società per azioni (Art. 15, Decreto-Legge n. 333 dell’11 luglio 1992, recante “*Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*”, convertito in legge, 8 agosto 1992, n. 359) e della successiva liberalizzazione del settore elettrico, di cui al Decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, recante “*Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica*”.

⁷ Decreto-Legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*”, convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221.

adeguamento entro i termini previsti è “la cessazione dell’affidamento alla data del 31 dicembre 2013”, scadenza poi prorogata al 31 dicembre 2014 ma per i soli casi in cui siano già state avviate le procedure di affidamento e al solo fine di garantire la continuità del servizio;⁸

(ii) l’art. 34, comma 22, dello stesso D.L. n. 179/2012 che prevede una disciplina *ad hoc* per “gli affidamenti diretti assentiti a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati a tale data e a quelle da esse controllate [...] alla medesima data”. In questi casi tali affidamenti “cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, il 31 dicembre 2020”.

In particolare, la disposizione da ultimo richiamata risulta, in effetti, applicabile a ES, in quanto nel 2004 essa era già interamente controllata da Enel S.p.A., a sua volta società a partecipazione pubblica quotata in borsa.

Alla luce del quadro normativo di riferimento occorre, pertanto, che il comune distingua tra le Convenzioni di affidamento diretto a ES della gestione e manutenzione del servizio di illuminazione pubblica stipulate entro il 31 dicembre 2004 e quelle concluse dopo tale scadenza e ancora in vigore alla data di entrata in vigore del D.L. n. 179/2012.

Le prime, sebbene non conformi alla normativa europea, restano in vigore sino alla loro scadenza naturale o, in mancanza di una scadenza, entro il 31 dicembre 2020⁹; ogni eventuale proroga, espressa o tacita, deve ritenersi illegittima *ope legis*.

Con riguardo agli affidamenti diretti assentiti dai comuni a ES a partire dal 1° gennaio 2005 e ancora in essere alla data di entrata in vigore del D.L. n. 179/2012, questi dovevano invece essere resi conformi all’ordinamento europeo entro il 31 dicembre 2013 (o, nei casi consentiti, entro il 31 dicembre 2014), pena la loro cessazione.

Questo obbligo impone quindi ai comuni di revocare l’eventuale affidamento non conforme e procedere, previa pubblicazione della relazione *ex art. 34, comma 20, D.L. n. 179/2012*, alla sua riassegnazione o tramite gara pubblica (anche a doppio oggetto), o adesione alla relativa Convenzione Consip o ricorrendo alla gestione *in house providing*.

b) La proprietà mista degli impianti di illuminazione pubblica comunale e le corrette modalità di acquisizione degli impianti da parte degli Enti locali

Ai fini dell’affidamento della gestione e manutenzione dei servizi di illuminazione pubblica nei modi consentiti dall’ordinamento è, tuttavia, necessario che la totalità dei relativi impianti sia di proprietà del comune.

I comuni che non hanno la proprietà di tutti gli impianti devono quindi procedere, in primo luogo, al loro acquisto integrale; l’iter da seguire in questi casi, così come previsto dalla normativa vigente, consiste sostanzialmente nell’acquisto bonario o nel riscatto degli impianti in proprietà di terzi.

⁸ Cfr. art. 13, Decreto-Legge. 30 dicembre 2013, n. 150, recante “Proroga di termini previsti da disposizioni legislativi”, convertito con modificazioni dalla legge 27 febbraio 2014, n. 15.

⁹ Vd. Consiglio di Stato, sentenza n. 168/2014.

Risulta invece all’Autorità, a seguito di numerose segnalazioni, che molti comuni hanno deliberato o sarebbero in procinto di deliberare l’acquisto degli impianti di proprietà privata previo affidamento alla stessa società proprietaria (molto spesso, per le circostanze richiamate, ES) dei lavori di ammodernamento/riqualificazione illuminotecnica di tutti o di parte dei punti luce di sua proprietà, ai sensi dell’art. 57, comma 2, lettera *b*), del D.Lgs. n. 163/2006, cod. app.¹⁰

La circostanza richiamata rileva, ai fini di tutela della concorrenza, sotto almeno due aspetti. In primo luogo, e come sarà più ampiamente illustrato nel seguito, siffatte scelte amministrative sono sindacabili in quanto suscettibili di alterare, alla scadenza delle convenzioni in essere, il corretto confronto competitivo in sede di gara per l’attribuzione del servizio.

In secondo luogo, si ricorda che l’Autorità ha già avuto occasione di esprimersi criticamente su questa modalità di acquisizione degli impianti da parte dei comuni, valutando come illegittimo il ricorso alla trattativa privata per i lavori di ammodernamento/riqualificazione illuminotecnica senza previa pubblicazione del bando di gara, in quanto non ricorrerebbero i presupposti legali di applicazione dell’art. 57, comma 2, lettera *b*), del D.Lgs. n. 163/2006, cod. app.¹¹.

Si ricorda, infatti, che l’istituto richiamato può trovare applicazione solo nei casi espressamente tipizzati: “1. *Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.* 2. *Nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura è consentita: [...] b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente a un operatore economico determinato [...]*”. La stazione appaltante deve inoltre procedere, “ove possibile” nel rispetto della procedura selettiva e comparativa di cui al successivo comma 6, art. 57, cod. app.

Nel caso dell’affidamento dei lavori di ammodernamento illuminotecnico, l’Autorità osserva che nessuno dei tassativi requisiti applicativi dell’art. 57, comma 2, lettera *b*), cod. app., sembra ricorrere perché, diversamente da quanto tipicamente ritenuto nelle delibere di Giunta comunale per giustificare il ricorso alla richiamata procedura di aggiudicazione, non ricorrono in linea generale “*ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi*” in quanto, di norma, la tecnologia utilizzata dalla società affidataria per la realizzazione dei lavori di ammodernamento/riqualificazione illuminotecnica degli impianti non è la sola presente sul mercato; non appare in tal senso rilevante, ai fini della corretta applicazione della norma in esame, la circostanza per cui gli impianti oggetto dei lavori di ammodernamento/riqualificazione siano di proprietà dell’affidataria stessa: sebbene, infatti, tale circostanza rappresenti effettivamente una difficoltà organizzativa e gestionale che l’amministrazione comunale deve affrontare, essa non può e non deve costituire un impedimento tecnico ostativo all’applicazione delle regole che presiedono agli affidamenti di servizi e lavori pubblici e all’affidamento dei servizi pubblici locali (SPL).

Neppure può ritenersi elemento idoneo a giustificare il ricorso all’istituto di cui è questione la circostanza per cui molti degli impianti di proprietà siano caratterizzati da loro cd. utilizzo promiscuo, in quanto parte anche della rete di distribuzione dell’elettricità. Questo aspetto tecnico,

¹⁰ Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n.163, recante “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. in attuazione delle direttive 2004/17/ce e 2004/18/CE*”.

¹¹ AS1194 e AS1224 - *Comune di Seveso (MB) - Impianti di illuminazione pubblica di proprietà Enel Sole Srl*, in Bollettino n. 21/2015.

infatti, deve trovare necessaria regolamentazione in un'apposita convenzione tra il soggetto proprietario della rete di distribuzione elettrica e quello proprietario dei punti luce dove si verifica la promiscuità meccanica o elettrica. Il Comune, infatti, acquistando o riscattando la proprietà degli impianti interessati, subentrerà nella relativa convenzione con il soggetto distributore elettrico locale o ne sottoscriverà una *ad hoc* a cui subentrerà, a sua volta, l'affidatario del servizio di gestione e manutenzione dell'illuminazione pubblica comunale, selezionato in conformità alle modalità consentite dall'ordinamento¹².

Non rientrano, altresì, tra i criteri applicativi dell'art. 57, comma 2, lettera *b*), cod. app., valutazioni comparative in ordine alla convenienza tra il ricorso a questo istituto, al fine di acquisire la proprietà degli impianti di terzi, piuttosto che alla procedura di riscatto, considerate le difficoltà di pervenire, in tempi ragionevolmente brevi, a un accordo con la controparte in merito allo stato di consistenza degli impianti e all'indennizzo da corrispondere ai sensi dell'art. 24, R.D. n. 2578/1925.¹³ Quanto rappresentato, infatti, è parte della riscontrata difficoltà organizzativa e gestionale che il Comune deve affrontare ogni qualvolta parte degli impianti di illuminazione pubblica sia di proprietà terza, e, quindi, di per sé non è ragione che possa impedire l'applicazione delle regole a presidio della concorrenza.¹⁴ Valutazioni in merito alla pretesa convenienza economica dell'offerta per l'ammodernamento/riqualificazione degli impianti di proprietà privata potranno, comunque, manifestarsi in sede di gara per l'affidamento del servizio e la riqualificazione degli impianti stessi.

Non rientra, infine, tra le cause che legittimano il ricorso all'aggiudicazione *ex art. 57, comma 2, lettera b*), cod. app., neppure il fatto che tra il comune e la società aggiudicataria sia ancora in vigore una Convenzione per la gestione del servizio di illuminazione pubblica e manutenzione dei relativi impianti. Questa circostanza non osta affatto né all'acquisto bonario né al riscatto degli impianti ma soltanto, qualora la Convenzione sia legittimamente in vigore (vd. *supra*), alla possibilità per il comune di procedere all'affidamento della gestione e manutenzione del servizio prima della scadenza della Convenzione stessa.

In conclusione, la scelta di molti comuni di acquistare gli impianti di illuminazione pubblica attualmente di proprietà privata subordinatamente all'affidamento diretto, allo stesso soggetto proprietario, dei lavori per il loro ammodernamento/riqualificazione illuminotecnica, affidategli *ex art. 57, comma 2, lettera b*), cod. app., non può rappresentare una modalità alternativa a quelle previste dall'ordinamento, perché non ricorrono i presupposti legali del suo fondamento normativo.

¹² Del resto, il soggetto proprietario della rete di distribuzione non potrebbe, senza incorrere nella violazione delle norme a tutela della concorrenza, rifiutarsi di dare accesso all'infrastruttura stessa impedendo, al gestore e manutentore del servizio di illuminazione pubblica, il corretto e sicuro funzionamento del sistema di illuminazione pubblica.

¹³ Regio Decreto. 15 ottobre 1925, n. 2578, recante "Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie". Si rammenta, altresì, che i Comuni vantano nei confronti del gestore uscente del servizio di illuminazione pubblica precisi obblighi informativi sia quando questi intendano procedere al riscatto degli impianti eventualmente di proprietà del gestore sia quando intendano mettere a gara il servizio stesso (art. 25, comma 6, D.L. n. 1/2012).

¹⁴ A questo proposito, la Giustizia amministrativa ha, peraltro, chiarito che: "l'esercizio del riscatto non è in alcun modo subordinato al previo raggiungimento di un accordo tra le parti sullo stato di consistenza o sulla quantificazione dell'indennizzo, dovendo sia altrimenti giungere alla irragionevole conclusione che la parte privata avrebbe la possibilità di impedire in fatto il riscatto non accordandosi con l'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 3607/2011).

Inoltre, come già rilevato in precedenti pareri espressi da questa Autorità¹⁵, questa scelta appare suscettibile di determinare importanti ostacoli, in una parte non marginale del territorio nazionale, allo sviluppo di una effettiva concorrenza per il mercato nella gestione dei servizi di illuminazione pubblica, in quanto non solo “*sottrae una parte dell’offerta al confronto competitivo e conferisce all’operatore che ne beneficia una posizioni di vantaggio competitivo anche negli altri mercati di commesse pubbliche e private per la vendita di sistemi di riqualificazione ed efficientamento energetico, alterando la par condicio tra gli operatori*”¹⁶ ma è, nei casi che ci occupano, altresì idonea ad avvantaggiare ingiustamente l’impresa precedentemente affidataria diretta nelle successive gare per l’assegnazione del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica, compresa l’aggiudicazione dei lotti della relativa gara Consip “Luce”.

Infatti il gestore uscente si troverebbe, in conseguenza di una scelta amministrativa illegittima, nella condizione di poter sommare all’inevitabile vantaggio proprio dell’incumbent storico, quello di essere il soggetto proprietario della tecnologia utilizzata per l’ammodernamento degli impianti del servizio a gara; circostanza che gli consentirebbe, verosimilmente, di competere nell’offerta dei servizi di gestione e manutenzione in modo difficilmente replicabile da parte di altri soggetti.

L’Autorità intende in conclusione riaffermare il principio secondo il quale una corretta azione amministrativa sotto il profilo concorrenziale, con riguardo alle modalità di affidamento dei servizi di pubblica illuminazione, richiede che i Comuni procedano preliminarmente all’acquisto dei punti luce di proprietà di terzi mediante acquisto bonario o tramite procedura di riscatto¹⁷ e solo successivamente procedano ad affidare, secondo le modalità consentite dall’ordinamento giuridico, il servizio di gestione e manutenzione, eventualmente comprensivo dei necessari lavori di adeguamento illuminotecnico.

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

¹⁵ AS/1194 e AS/1224, cit.

¹⁶ AS1194 - *Comune di Seveso (MB) - Impianti di illuminazione pubblica di proprietà Enel Sole Srl*, cit..

¹⁷ La giurisprudenza amministrativa ha, peraltro, chiarito che nel periodo intercorrente tra il riscatto degli impianti e il successivo affidamento del servizio, “*i comuni, che esercitano la facoltà del riscatto, debbono sostituirsi nei contratti attivi e passivi del concessionario in corso coi terzi per l’esecuzione dell’industria o del servizio e col personale addetto al servizio stesso*” ai sensi dell’art. 24, comma 8, R.D. 2578/1925.