

AS1585 – COMUNE DI IMPERIA – MANUTENZIONE ORDINARIA E STRAORDINARIA DEGLI IMPIANTI DI ILLUMINAZIONE PUBBLICA

Roma, 11 marzo 2019

Comune di Imperia
Giunta Municipale

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 7 marzo 2019, ha deliberato di esprimere il proprio parere ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n° 287, relativamente al contenuto della Delibera n° 404, assunta dalla Giunta municipale di Imperia il 28 dicembre 2018 e avente a oggetto "*Impianti di illuminazione pubblica: servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria con contestuale acquisizione della proprietà al Comune di Imperia - Atto di indirizzo*".

La rete di illuminazione pubblica del Comune di Imperia, in forza di una Convenzione conclusa il 1° ottobre 2006, scaduta il 31 settembre 2012 e da allora ripetutamente prorogata è attualmente gestita e mantenuta dalla società Enel Sole S.r.l., la quale risulta proprietaria di 2.291 punti luce dei 5.000 che compongono la rete.

Con il richiamato provvedimento la Giunta del Comune di Imperia ha deliberato di aderire alla proposta, presentata dalla società Enel Sole S.r.l. su richiesta dello stesso Comune, di prestare, per la durata di nove anni e per la porzione della rete di illuminazione pubblica comunale di proprietà di Enel Sole S.r.l., i seguenti servizi: *(i)* manutenzione ordinaria di tutti i punti luce di proprietà della società proponente (come ricordato, pari a 2.291 su un totale di 5.000), per un costo annuo complessivo di 83.346,72 euro; *(ii)* manutenzione straordinaria di 1.004 dei 2.291 punti luce di proprietà di Enel Sole S.r.l.; *(iii)* lavori di efficientamento energetico, mediante sostituzione delle obsolete lampade a vapore di mercurio con altre a tecnologia LED proprietaria, di 882 dei rimanenti 1.287 punti luce di proprietà di Enel Sole, per una spesa media annua quantificata in complessivi 61.027 euro e acquisto della relativa proprietà da parte del Comune a completamento dei lavori; *(iv)* lavori di efficientamento energetico, mediante sostituzione delle obsolete lampade a vapore di mercurio con altre a tecnologia LED proprietaria, di 405 dei predetti 1.287 punti luminosi, con spesa a carico di Enel Sole S.r.l., che ne rimarrà proprietaria. Il Comune ritiene che gli indicati costi saranno interamente coperti dai risparmi attesi dalla drastica riduzione dei consumi energetici ingenerata dall'ammmodernamento illuminotecnico dei predetti 1.287 punti luce e stimata in 103.466,03 euro all'anno.

Con riguardo, infine, ai punti luce già di proprietà del Comune (pari a 2.709) e per i punti luce di proprietà di Enel Sole S.r.l. non interessati dai lavori di ammodernamento illuminotecnico (pari a 1.004), la Delibera in oggetto prevede che continui a trovare applicazione il contratto di servizio concluso tra Enel Sole S.r.l. e l'Amministrazione nell'ambito della predetta Convenzione del 1° dicembre 2006, scaduta il 31 settembre 2012 e, come detto, ripetutamente prorogata.

A fondamento di questa scelta di affidamento diretto senza gara la Delibera richiama l'applicabilità al caso di specie dell'articolo 63, comma 2, lettera *b*), comma 2, lettera *c*), e comma 3, lettera *b*), del D.lgs. n° 50/2016 (c.d. Codice dei contratti pubblici¹), vale a dire la possibilità di derogare al principio dell'affidamento con gara a evidenza pubblica in caso di infungibilità del fornitore determinata o dallo scopo dell'appalto (creazione o acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica), o dall'assenza di concorrenza per motivi tecnici o dalla tutela di diritti esclusivi inclusi i diritti di proprietà industriale o, nella misura strettamente necessaria, quando per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dell'amministrazione aggiudicatrice i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati o, infine, nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture i impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate.

L'Autorità, in merito a tale Delibera, intende svolgere le seguenti considerazioni.

In primo luogo, con riguardo alla porzione di punti luce che saranno al contempo oggetto di manutenzione ordinaria, straordinaria, di lavori di efficientamento illuminotecnico da parte di Enel Sole S.r.l. e di successivo passaggio in proprietà del Comune di Imperia (882 impianti), si osserva, come già rappresentato in analoghi precedenti, che la

¹ [Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n° 50, recante "Attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relative a lavori, servizi e forniture", in G.U.R.I. 19 aprile 2016, n° 91, S.O..]

decisione di affidare direttamente a Enel Sole S.r.l., senza procedura competitiva, l'insieme dei servizi e lavori previsti costituisce un mezzo per eludere l'applicazione delle regole in materia sia di contratti pubblici che di affidamento dei servizi pubblici locali.

In merito, infatti, non appare condivisibile l'argomentazione fondata sull'applicabilità dell'articolo 63, comma 2, lettera b), comma 2, lettera c), e comma 3, lettera b), del D.lgs. n° 50/2016.

Sul punto la Delibera appare viziata da un primo evidente grave difetto di motivazione nella parte in cui non individua chiaramente a quale delle indicate ipotesi in cui è consentito, ex articolo 63, D.lgs. n° 50/2016, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, sia riconducibile il caso di specie. Tale difetto appare, peraltro, tanto più grave se si considera che le fattispecie elencate nella richiamata disposizione sono di stretta interpretazione, in quanto derogatorie del principio generale del ricorso alla procedura a evidenza pubblica.

In ogni caso, a voler individuare per esclusione la fattispecie specifica a cui l'Ente locale intende riferirsi in quella tipizzata dall'articolo 63, comma 2, lettera b), del D.lgs. n° 50/2016, vale a dire "[all'] assenza di concorrenza per motivi tecnici" dovuta alla circostanza - riportata nella Delibera - per cui Enel Sole S.r.l. è proprietaria degli impianti in questione, con conseguente preclusione di interventi diretti da parte del Comune sugli stessi, l'argomentazione non appare fondata.

Infatti, come già osservato in passato dall'Autorità², la proprietà terza di parte della rete di illuminazione pubblica non è di per sé circostanza che vale a escludere l'applicazione delle regole concorrenziali nei relativi affidamenti di relativi appalti o servizi. Al contrario, in detta circostanza è previsto che il Comune proceda in primo luogo all'acquisto (bonario o tramite la procedura di riscatto) di tutti gli impianti di illuminazione pubblica³ per poi procedere, alla scadenza dell'eventuale Convenzione legittimamente in essere con Enel Sole S.r.l. per la gestione del servizio, all'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e ammodernamento illuminotecnico ricorrendo a una delle modalità consentite dall'ordinamento (gara pubblica, gara a c.d. doppio oggetto, adesione alla Convenzione Consip, *in house providing*)⁴.

Né d'altra parte può ritenersi ostativa a tale percorso la pretesa sussistenza di una maggior convenienza economica della soluzione prescelta nella Delibera, vale a dire l'acquisto di tale porzione di rete attraverso l'accordo che ne preveda il preventivo adeguamento illuminotecnico da parte dell'attuale società proprietaria. Sul punto, infatti, la Delibera non appare motivare in modo adeguato e specifico la razionalità economica della scelta compiuta dall'Ente locale rispetto all'alternativa di procedere al riscatto dell'insieme dei punti luce di attuale proprietà di Enel Sole S.r.l., limitandosi, in particolare, a generici riferimenti al presunto costo di riscatto del singolo impianto contenuto in non meglio precisate perizie depositate dalla stessa Enel Sole S.r.l. nell'ambito di contenziosi insorti con altri Comuni per la quantificazione del riscatto di impianti di illuminazione pubblica.

Riguardo poi all'argomento relativo ai maggiori costi e tempi dovuti a un eventuale contenzioso con Enel Sole S.r.l., si osserva che molte Amministrazioni comunali si sono efficacemente attivate - in coerenza anche con le indicazioni fornite dall'Autorità e dall'ANAC⁵ - per ottenere la proprietà degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà terza procedendo, poi, al corretto affidamento del relativo servizio di gestione, manutenzione ed ammodernamento illuminotecnico.

Del pari, non costituisce ostacolo al riscatto o all'acquisto bonario degli impianti di illuminazione pubblica neppure l'eventuale legittima vigenza tra un comune ed Enel Sole S.r.l. di una Convenzione per la gestione del servizio di illuminazione pubblica e manutenzione dei relativi impianti. Tale circostanza, infatti, osta solo alla possibilità per il Comune di procedere all'affidamento della gestione e manutenzione del servizio prima della scadenza della Convenzione in vigore. Nel caso di specie, peraltro, la Delibera in esame appare censurabile anche in considerazione del fatto che l'accordo con Enel Sole S.r.l. comporta il più generale effetto di confermare, prorogandola di fatto per altri nove anni, la vigenza della Convenzione in essere tra il Comune e le Società per la gestione e manutenzione degli impianti esclusi dai lavori di ammodernamento illuminotecnico.

Infine, non può rilevare, come motivo di pretesa infungibilità dei servizi prestati da Enel Sole S.r.l., la c.d. promiscuità elettrica o meccanica degli impianti di sua attuale proprietà e a cui pure la Delibera intende riferirsi. Questo aspetto tecnico è, infatti, obbligatoriamente disciplinato da apposito regolamento tra il distributore locale di energia elettrica e il proprietario del punto luce interessato dalla promiscuità e, quindi, il Comune, acquistando o riscattando gli impianti di Enel Sole S.r.l., subentrerà a quest'ultima nel suddetto regolamento con il distributore⁶.

² [Vd. AS/1194-Comune di Seveso (MB)impianti di illuminazione pubblica di proprietà di Enel Sole Srl; AS/1224-Comune di Seveso (MB)impianti di illuminazione pubblica di proprietà di Enel Sole Srl-II Parere; AS/1240-Modalità di affidamento del servizio di illuminazione pubblica comunale; AS1440-Comune di San Colombiano al Lambro (MI) gestione impianti di illuminazione pubblica.]

³ [TAR Lombardia Brescia, Sez. II, sent. 27 maggio 2010, n. 2165, CdS, sez. V, sent. 28 settembre 2011, n. 5403.]

⁴ [Vd. *ibidem.*]

⁵ [Vd. AS/1240-Modalità di affidamento del servizio di illuminazione pubblica comunale, cit.; AS/1194- Comune di Seveso (MB)impianti di illuminazione pubblica di proprietà di Enel Sole Srl; AS/1224-Comune di Seveso (MB)impianti di illuminazione pubblica di proprietà di Enel Sole Srl-II Parere; AS1440-Comune di San Colombiano al Lambro (MI) gestione impianti di illuminazione pubblica.]

⁶ [Sul punto vd., in particolare, AS/1240-Modalità di affidamento del servizio di illuminazione pubblica comunale, cit..]

L'Autorità ritiene quindi, conformemente al proprio consolidato indirizzo, che la violazione delle regole in materia di procedure di appalto costituisce di per sé un *vulnus* alla concorrenza, in quanto, in ogni caso, sottrae una parte dell'offerta al confronto competitivo.

Peraltro, si osserva che detti motivi di illegittimità potrebbero pregiudicare anche il corretto svolgimento sia della futura gara per l'affidamento della gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione comunale, sia di quella per l'affidamento dei lavori di riqualificazione ed efficientamento energetico della porzione della rete che non rientra nei lavori attualmente aggiudicati.

Sul punto si deve infatti osservare che Enel Sole S.r.l., al momento della gara per l'affidamento della gestione e manutenzione degli impianti non solo si troverà nella posizione di vantaggio tipica dell'operatore uscente ma sarà anche ulteriormente favorita dalla circostanza di aver proceduto all'ammodernamento di parte della rete di illuminazione pubblica comunale e, quindi, dalla conoscenza dettagliata delle caratteristiche tecniche e delle necessità di manutenzione degli impianti del Comune di Imperia.

La stessa Società si troverà, del pari, in una posizione di vantaggio anche in caso di svolgimento della gara per la riqualificazione illuminotecnica della parte restante degli impianti comunali, perché potrà presentare un piano di riqualificazione che omogeneizza la tecnologia già in utilizzo che sarà impiegata per i lavori di efficientamento energetico previsti dalla Delibera in oggetto.

La descritta situazione appare, nel caso di specie, ulteriormente aggravata dalla previsione contrattuale - riportata nella Delibera in contestazione - per cui 405 degli attuali 1.287 centri luminosi di proprietà di Enel Sole S.r.l. rimarranno nella proprietà della società⁷, la quale ne sosterrà le spese di ammodernamento.

La Delibera in contestazione risulta anche per tali motivi idonea ad avvantaggiare Enel Sole S.r.l. rispetto ai suoi possibili concorrenti in quanto rafforzerebbe per il futuro la dipendenza del Comune da Enel Sole S.r.l. per la gestione/manutenzione dell'intero servizio: la Società, infatti, resterà proprietaria sia di una parte dei punti luce oggetto di ammodernamento illuminotecnico (405) sia dei propri punti luce esclusi dall'attuale accordo (pari a 1.004) e che questa circostanza, alla scadenza del già lungo periodo di nove anni di durata del contratto di cui alla Delibera in esame, potrà pregiudicare o, comunque, rendere ancor più onerose le future decisioni del Comune in ordine alla gestione del servizio di illuminazione pubblica e all'eventuale necessità di ammodernamento degli impianti già di sua proprietà e dei 1.004 impianti di Enel Sole S.r.l. esclusi dall'attuale contratto. Nel caso di specie, pertanto, la scelta del Comune d'Imperia potrebbe determinare per il futuro un'infungibilità di fatto dei servizi di gestione e manutenzione dell'illuminazione pubblica comunale offerti da Enel Sole S.r.l. che sarebbe riconducibile non già alle caratteristiche tecniche intrinseche degli stessi (come previsto dall'articolo 63, comma 2, lettera b), n° 2, del D.Lgs. n° 50/2016) ma a decisioni della stessa Amministrazione comunale che hanno assecondato comportamenti strategici della controparte economica (c.d. *lock-in*⁸).

In conclusione, la Delibera in oggetto, nel ratificare l'accordo raggiunto tra il Comune di Imperia ed Enel Sole S.r.l. appare non sufficientemente motivata sotto il profilo dell'effettivo ricorrere dei presupposti che consentono, nelle sole ipotesi di stretta interpretazione di cui all'articolo 63 del D.Lgs. n° 50/2016, di derogare al principio dell'affidamento con gara.

L'Autorità ritiene, quindi, che la Deliberazione della Giunta Municipale di Imperia n° 404, prorogando per ulteriori nove anni la Convenzione con Enel Sole S.r.l. e affidando direttamente a detta Società, ai sensi dell'articolo 63 del D.Lgs. n° 50/2016, la gestione ordinaria di tutti i punti luce di proprietà della stessa società nonché la manutenzione straordinaria e l'efficientamento illuminotecnico di parte di impianti, senza che ricorrano gli invocati presupposti, determini, per le ragioni esposte, una violazione del principio di libera concorrenza che, insieme a quelli necessariamente correlati di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità economicità e pubblicità, deve informare le procedure di affidamento e l'esecuzione di opere, lavori pubblici, servizi e forniture.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n° 287/1990, il Comune di Imperia dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

⁷ [Peraltro, con specifico riguardo ai predetti 405 centri luminosi la Delibera - trascurando di considerare l'attuale elevato grado di loro obsolescenza e usura- non risulta aver valutato adeguatamente, sotto il profilo della completezza della giustificazione economica delle sue scelte, il conseguente abbattimento del reale valore di riscatto.]

⁸ [Fenomeno già segnalato criticamente dall'Autorità nel proprio parere, ex articolo 22, legge n° 287/1990, AS/1334 - ANAC Linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili; vd. le stesse linee guida dell'ANAC "Linee guida n° 8 ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili".]

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di Imperia al parere espresso dall'Autorità, ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, in merito alla Delibera di Giunta n° 404, del 28 dicembre 2018, recante: "Impianti di illuminazione pubblica: servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria con contestuale acquisizione della proprietà al Comune di Imperia - Atto di indirizzo".

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 22 maggio 2019, ha deciso di impugnare davanti al TAR territorialmente competente la Delibera di Giunta n° 404/2018, trasmessa ai sensi dell'articolo 5, comma 3, D.lgs n. 175/2016 e s.m.i., con cui il Comune di Imperia ha deciso di affidare alla società Enel Sole S.r.l., ai sensi dell'articolo 63, D.lgs n° 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) la manutenzione ordinaria di tutti i punti luce di proprietà della stessa società nonché la manutenzione straordinaria e i lavori di efficientamento illuminotecnico di un sottoinsieme di tali impianti che, in parte, passeranno in proprietà del Comune a conclusione dei lavori di efficientamento.

L'Autorità, in relazione a tale Delibera, aveva infatti deciso, nella riunione del 7 marzo 2019, l'invio al predetto Comune di un parere motivato, ex articolo 21-bis, legge n° 287/1990, per contrasto non solo con l'articolo 63 del Codice dei contratti pubblici di cui non si rinvergono, nel caso di specie, i presupposti applicativi ma anche con i principi che disciplinano l'affidamento dei servizi pubblici locali con conseguente grave *vulnus* della c.d. concorrenza per il mercato e possibile pregiudizio anche per le future gare per l'affidamento della manutenzione ordinaria, straordinaria e lavori di efficientamento energetico della rete comunale di illuminazione pubblica.

Il Comune di Imperia, a seguito del ricevimento del parere motivato, non ha, entro il termine legale di sessanta giorni, comunicato all'Autorità le iniziative adottate per rimuovere la violazione concorrenziale censurata.

L'Autorità, pertanto, preso atto del mancato adeguamento da parte del Comune d'Imperia al predetto parere motivato, ha deliberato di impugnare la Delibera in oggetto davanti al TAR territorialmente competente.