



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 109 del 29 gennaio 2020

Fascicolo UVCS 1456/17

Oggetto: Attività ispettiva espletata presso il Desenzano del Garda (BS) in data 4.10.2017 - Affidamento del servizio luce e di connessi servizi di efficientamento ed adeguamento normativo degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà Enel Sole S.r.l.

Il Consiglio

nell'adunanza del 29 gennaio 2020

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;
Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;
Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi;

Considerato in fatto

Con delega a firma del Presidente dell'Autorità prot. n. 98092 del 3.8.2017, il Nucleo Speciale Anticorruzione della GdF è stato incaricato di espletare accertamenti ispettivi presso il Comune di Desenzano del Garda (BS), avvalendosi del supporto di un funzionario dell'Autorità designato dall'Ufficio UVCS e incaricato dal Presidente con provvedimento prot. n. 111622 del 27.9.2017.

Le risultanze ispettive sono confluite nella relazione GdF pervenuta al prot. n. 124906 dell'8.11.2017 a valle di una attenta analisi e valutazione da parte del Nucleo.

Gli accertamenti sono stati incentrati principalmente sulle prassi e sulle procedure poste in essere dal Comune di Desenzano del Garda per l'affidamento ed il rinnovo/proroga del servizio luce in favore dell'o.e. Enel Sole S.r.l., nonché sulle modalità di riscatto degli impianti non di proprietà dell'ente.

La GdF ha riferito nella citata nota che la disamina degli atti ha rivelato che nel periodo di interesse (1.1.2010-31.12.2016) i servizi di pubblica illuminazione e, segnatamente, quelli di gestione e manutenzione degli impianti, sono stati erogati dalla Enel Sole in forza di una Convenzione stipulata in data 1.11.1993 con scadenza 31.10.1995.

La convenzione in questione, tra le altre cose, prevedeva all'art. 2 la proroga tacita di durata biennale ove il contratto non fosse stato espressamente disdettato almeno due mesi prima della scadenza.

Avvalendosi di tale clausola il Comune di Desenzano del Garda ha provveduto a formalizzare la disdetta della convenzione con decorrenza 31.10.2003, otto anni dopo la scadenza naturale del contratto, mediante comunicazione prot. n. 13723 del 9.5.2003.

Tuttavia, è emerso che il rapporto contrattuale è proseguito tra le parti anche successivamente alla disdetta del 2003, atteso che sul piano amministrativo e contabile esso si è concluso alla data del pagamento dell'ultima fattura n. 8827 del 6.12.2010 concernente il conguaglio per la manutenzione dell'anno 2010.

Il Comune, infatti, ha disposto la sospensione del pagamento di tutte le fatture relative ai canoni del 2011, come precisato anche da nota comunale prot. n. 21393/06/05 del 27.6.2011, in atti (note n. 8724 del 15.3.2011, n. 14381 del 4.5.2015, n. 16088 del 17.5.2011 e n. 16621 del 20.5.2011).

Di fatto il rapporto tra Comune ed Enel Sole si è poi ulteriormente protratto sino alla materiale consegna degli impianti in data 20.7.2011, come attestato da apposito verbale, in ottemperanza a quanto disposto con ordinanza/ingiunzione per la consegna degli impianti e dei beni del servizio di pubblica illuminazione (prot. n. 22458 cat. 1 cl. 4 del 4.7.2011 – n. 114/20 – Reg. ord.).

Dalla scadenza naturale della convenzione in esame, intervenuta il 31.10.1995, alla effettiva riconsegna degli impianti, avvenuta il 20.7.2011 nonostante disdetta a decorrere dal 31.10.2003, sono quindi passati circa 16 anni.

Il Comune di Desenzano del Garda ha avviato l'iter burocratico ed amministrativo per il riscatto degli impianti di pubblica illuminazione mediante delibera C.C. n. 75 del 10.06.2010.

In data 10.12.2010, con nota n. 41841, l'amministrazione comunale informava Enel Sole che l'assenza di riscontro circa la manifestata disponibilità dell'ente stesso per giungere ad un accordo finalizzato al riscatto, come indicato dal D.P.R. 168/2010, non avrebbe comunque impedito il proseguimento dell'iter procedurale per l'acquisizione degli impianti, previa loro valutazione economica.

Con nota n. 61615 del 18.12.2010 inviata al Comune di Desenzano del Garda, Enel Sole sottolineava che l'affidamento del servizio luce era da riconsiderare in virtù del comma 8, lettera d), della L. n. 133/2010¹; di conseguenza, vista la partecipazione pubblica in Enel S.p.a., la scadenza della stessa era da intendersi fissata al 31.12.2015 e che, in merito al richiamato D.P.R. n. 168/2010², il disposto di cui all'art. 10 non era applicabile al caso di specie, in quanto tale disciplina era rivolta al gestore del servizio e non al titolare degli impianti necessari per l'erogazione del servizio.

Di contro, il Comune di Desenzano del Garda nel fornire precisazioni (nota n. 43748 del 27.12.2010) in ordine alle diverse interpretazioni delle disposizioni e richiamando quanto disposto dalla L. n. 62/2005 faceva presente che la convenzione, avendo durata biennale e soggetta a tacita proroga, non poteva più ritenersi valida e/o efficace.

Quindi, richiamando l'attenzione sia sul parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, come da richiesta di interpretazione sul decreto Ronchi prot. n. 67436 del 9.12.2010, sia sulla decisione del Consiglio di Stato n. 7964/2010, l'amministrazione palesava l'eventualità di una verifica

¹ Comma 8, lettera d), Art. 23 bis della Legge n. 133/2008 (articolo abrogato dal D.P.R. 1 B luglio 2011 t n. 113): "gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1 ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improvvisamente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015".

² DPR 7 settembre 2010. n. 168 Art. 10. Cessione dei beni in caso di subentro. 1. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, lettera f), dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami. 2. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento, nonché restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente regolamento. 3. L'importo di cui al comma 2 è indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in ordine all'atteggiamento posto in essere da Enel Sole sotto il profilo dell'ipotesi di abuso di posizione dominante.

In ordine, alla protrazione del rapporto di fatto tra Enel Sole S.r.l. e Comune di Desenzano del Garda ben oltre la scadenza naturale del contratto (31.10.1995), e più precisamente fino al 6.12.2010, l'ente ha evidenziato che la prosecuzione dello stesso non doveva essere intesa quale nuova convenzione ma semplicemente come una *modalità operativa per la gestione del servizio* nei tempi necessari sino al passaggio di proprietà degli impianti al Comune.

In altri termini, ad avviso del Comune, i pagamenti effettuati per la fornitura del servizio dal 1995 a tutto il 2010, ancorché privi di copertura contrattuale, avrebbero trovato fondamento non a titolo di rinnovo tacito o di novazione del rapporto, bensì come *modus operandi* dell'ente finalizzato a garantire continuità al servizio di illuminazione pubblica. Per tale motivi l'amministrazione comunale non ha saldato n. 14 fatture relative all'anno 2011 per un totale di euro 115.525,77, per le quali Enel Sole ha trasferito il relativo credito alla Unicredit Factoring S.p.A. di Milano, che a sua volta ha richiesto al Comune il pagamento dell'importo a saldo.

In merito alla suddetta cessione del credito il Comune ha palesato la contrarietà alla cessione medesima dandone comunicazione all'operatore economico cedente mediante nota del 31.1.2012 prot. n. 3682, nonché formulando espressa contestazione notificata all'Istituto di credito summenzionato con nota prot. n. 9987/06/05 del 16.3.2012.

Con la delibera di G.C. n. 35 dell'1.03.2011 veniva approvata la perizia di parte a firma del professionista all'uopo incaricato contenente la stima del valore industriale degli impianti di proprietà di Enel Sole S.r.l., quantificato in complessivi € 437.049,175 e, poiché l'amministrazione comunale vantava un credito da Enel Sole pari a € 1.208.044,34 derivante dalla mancata manutenzione e realizzazione a norma di legge da parte del gestore, che ne aveva l'obbligo, degli impianti obsoleti, non più rispondenti alle vigenti normative in materia, per una semplice questione di compensazione, veniva definito un saldo positivo a favore dell'ente pubblico stimato in complessivi € 770.995,165 (indennizzo negativo).

Rilevata la resistenza del fornitore ad addivenire alla stipula di un accordo bonario, il Comune si è quindi determinato per " ... *riacquistare in autotutela la disponibilità degli impianti di illuminazione pubblica ai sensi dell'articolo 826 ultimo comma del codice civile, detenuti dall'Enel Sole S.r.l.* " dichiarando " ... *la proprietà Comunale degli impianti* ... " (delibera G.C. n. 132 del 14.6.2011).

Veniva pertanto notificata ad ES apposita ordinanza-ingiunzione per la consegna degli impianti e dei beni del servizio di pubblica illuminazione (nota n. 22.346/06/05 del 04.7.2011), cui faceva seguito il relativo verbale di consegna del 20.7.2011.

Acquisiti gli impianti di i.p., l'ente ha ritenuto di individuare un nuovo fornitore del servizio luce in via d'urgenza per sopperire alla estromissione di ES.

A tal fine l'ente, preso atto della titolarità in capo alla Soc. Elettrolinee S.r.l. del contratto gestione precedentemente affidatogli da Enel Sole (contratto d'appalto 8400014605 del 4.7.2010), società già accreditata da ENEL Distribuzione S.p.A., disponeva di affidare in via transitoria, nelle more di svolgimento della gara per il nuovo affidamento, la gestione del servizio di manutenzione alla menzionata Elettrolinee S.r.l. (delibera G.C. n. 151 del 26.7.2011; determina n. 199 del 28.7.2011).

Per il detto affidamento in economia veniva richiesto apposito CIG n. 30841007D3, quantificando il corrispettivo in € 107.232,00 IVA compresa, reiterandone l'affidamento alla scadenza dell'annualità contrattualizzata, previa rinegoziazione del corrispettivo in € 117.945,96 (determina n. 208 del 5.7.2012).

Il dato normativo di riferimento per i suddetti affidamenti veniva individuato dal committente nell'art. 24, comma 8, del R.D.15.10.1925 n. 2578, ai sensi del quale "*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, purché i contratti siano stati stipulati ed il personale sia stato assunto*

prima del preavviso di cui al terzo alinea del presente articolo. Tuttavia degli oneri derivanti dai detti contratti sarà tenuto conto nella determinazione dell'indennità di riscatto”.

In data 23.10.2013 (seconda scadenza annuale) con determina dirigenziale n. 849, veniva avviata una procedura negoziata (CIG n. 5393733945), per l'affidamento di lavori ordinari e straordinari di manutenzione degli impianti per un importo a base d'asta pari ad € 96.000,00 al netto dell'IVA, poi aggiudicata con determina n. 25 del 16.01.2014 nuovamente all'impresa Elettrolinee S.r.l. per un importo contrattuale di € 93.120,00 oltre IVA, della durata di mesi 12.

Nel mese di luglio 2014, nella fase di esecuzione del contratto, per garantire il servizio di pubblica illuminazione, l'amministrazione comunale decideva di ricorrere ad una procedura di *project financing*.

Quindi, con delibera G.C. n. 191 del 31.7.2014, affidava in concessione il servizio energia e la gestione elettrica e termica degli edifici, degli impianti e della rete di i.p. del Comune, con riqualificazione energetica e comprensivo della somministrazione di energia elettrica e di gas, alla società YOUSAVE S.p.A. per un valore complessivo del contratto di € 31.770.650,00 oltre IVA per la durata di anni venti (20) con decorrenza 1.4.2015 *giusta* atto pubblico stipulato il 31.3.2015 rep. n. 10125.

A seguito della perizia di parte per il riscatto degli impianti con indennizzo negativo presentata dal Comune di Desenzano del Garda, il gestore ENEL SOLE instaurava un contenzioso dinanzi al Tribunale Civile di Brescia (RG. 4716/2014) per la determinazione dell'equa indennità, con contestuale istanza di nomina del CTU.

A tal proposito il CTU si esprimeva depositando la relazione tecnica definendo la quantificazione degli impianti di i.p. in € 178.404,00.

Con nota prot. n. 74998 dell'11.9.2019, trasmessa al Comune di Desenzano del Garda e p.c. ad Enel Sole S.r.l., in attuazione del deliberato consiliare reso nella seduta del 5.9.2018, sono state comunicate le risultanze istruttorie (nel prosieguo per brevità CRI) al fine di acquisire eventuali controdeduzioni a discarico da parte dell'ente.

Nella CRI venivano riepilogati i termini dell'indagine e le criticità rilevate in ordine alla gestione amministrativa e contrattuale dei servizi in oggetto nel periodo di interesse (1.1.2010 – 31.12.2016), come di seguito esposte in sintesi.

In particolare, preso atto di quanto riferito nella nota GdF pervenuta con prot. n. 124906 dell'8.11.2017 e alla luce delle risultanze dei verbali di ispezione del 4.10.2017 e della documentazione acquisita, risultava che nell'arco temporale oggetto di verifica (2010-2016) l'ente, in forza di una convenzione stipulata il 1.11.1993 avente durata biennale, quindi con scadenza al 31.10.1995, ha usufruito delle prestazioni (cd. servizio luce) della Soc. Enel Sole, in via di fatto, dalla stipula della convenzione sino a tutto il 2010.

Il pagamento dell'ultima fattura n. 8827 del 6.12.2010 riguardava, infatti, il conguaglio per la manutenzione dell'anno 2010, mentre l'effettiva riconsegna degli impianti è avvenuta il 20.7.2011 in ottemperanza all'ingiunzione del Comune del 4.7.2011 (prot. 22458/2011).

Stando alle prime risultanze istruttorie, nella annualità del 2010 il servizio luce è stato erogato da Enel Sole S.r.l. in assenza di un valido titolo contrattuale, essendo la convenzione di riferimento scaduta il 31.10.1995 e comunque espressamente disdettata dall'ente con decorrenza 31.10.2003.

Inoltre, dal carteggio esibito non è stato possibile evincere alcun CIG riferito ai servizi resi da Enel Sole S.r.l. nel periodo di interesse.

Tutti gli affidamenti successivi al 20 febbraio 2006, data di entrata in vigore della delibera AVCP del 26.1.2006 (art. 3), sono soggetti all'obbligo di acquisire il CIG, anche ai fini dell'assolvimento degli obblighi informativi verso l'Autorità (art. 7, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile al caso di specie), nonché della tracciabilità dei flussi finanziari ex art. 3 d.lgs. n. 136/2010.

Ne deriva che, nei rapporti contrattualizzati con Enel Sole S.r.l., nella prima fase istruttoria l'assenza del CIG è idonea a configurare le seguenti irregolarità:

- a) violazione delle disposizioni vigenti in materia di tracciabilità dei flussi finanziari (legge n. 136/2010 e s.m.i.), anche alla luce della citata Delibera Anac n. 1 del 11.1.2017 avente ad oggetto *“Indicazioni operative per un corretto perfezionamento del CIG”*, con conseguente esposizione del dirigente responsabile alle sanzioni pecuniarie prefettizie previste dalla legge;
- b) violazione degli obblighi informativi nei confronti dell’AVCP, ora ANAC, previsti dall’art. 7, comma 8, e art. 6, comma 11, e del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile ai casi oggetto di indagine, con conseguente applicabilità delle sanzioni pecuniarie previste dal citato art. 6, comma 11, nonché delle connesse responsabilità disciplinari previste dal successivo comma 12;
- c) omissione contributiva nei confronti dell’Autorità, derivante dalla mancata acquisizione del CIG (ove previsto in ragione dell’importo pari o superiore a 40.000 euro) ovvero di CIG non perfezionati in presenza di rapporti contrattualizzati (formalmente o in via di fatto) tra Enel Sole S.r.l. e il Comune interessato.

Altra anomalia rilevata *per tabulas* si rintraccia nella circostanza che il rapporto contrattuale tra Enel Sole e Comune di Desenzano del Garda si è protratto per anni in regime di proroga sin dalla scadenza della convenzione originaria intervenuta il 31.10.1995, in applicazione della clausola di cui all’art. 2 della stessa, palesemente illegittima secondo cui *“La presente convenzione decorre dal 1.11.1993, scade il 31.10.1995 e si intende tacitamente prorogata di biennio in biennio qualora una delle parti non ne dia disdetta con lettera raccomandata almeno due mesi prima di ogni scadenza”*.

La prosecuzione del rapporto contrattuale così concepita è risultata priva di fondamento normativo, in quanto basata 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 (cfr. delib. AVCP n. 110 del 19 dicembre 2012).

Già nel 2012, pertanto, l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture ebbe modo di evidenziare l’illegittimità di gestioni del servizio di illuminazione pubblica esercitate mediante proroghe tacite, principio poi ribadito nel Comunicato del Presidente dell’Autorità del 14 settembre 2016.

Nel 2010, peraltro, l’art. 57, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, sulla scia dell’art. 23 della L. n. 62/2005 (legge comunitaria 2004), vietava espressamente il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi e lavori, comminando la nullità dei contratti rinnovati tacitamente.

Ciò posto, in CRI è stato inoltre precisato che l’affidamento *de quo* è sottratto all’ambito di applicazione dell’art. 34 D.L. n. 179/2012, essendo la convenzione stipulata tra il Comune di Desenzano del Garda e l’allora Enel S.p.A. formalmente scaduta il 31.10.1995.

Nessuna delle ipotesi normative riferite al citato art. 34 risulta praticabile nel caso che occupa, in quanto la prosecuzione del rapporto tra Enel Sole e Comune di Desenzano del Garda, oltre la data di scadenza naturale della convenzione (1995), è avvenuta in via di fatto, come è dato evincere *per tabulas*, senza che possa individuarsi un valido titolo contrattuale che copra il periodo oggetto della presente indagine, ancorché circoscritto all’anno 2010.

Tale affidamento, protratto per anni in assenza di procedure di evidenza pubblica e/o di istituti alternativi azionabili (ad es. ordinativi di fornitura emessi in base a Convenzioni Consip, approvvigionamenti di servizi analoghi, ecc.), nella prima fase istruttoria è stato pertanto ritenuto fonte delle seguenti ulteriori violazioni:

- a) ipotesi di danno alla concorrenza nel settore dei servizi di pubblica illuminazione, per aver sottratto al mercato appalti cui avrebbero potuto concorrere, ove il Comune avesse proceduto all’affidamento con gara, altri operatori economici, anche europei, in violazione delle procedure di scelta del contraente previste dal Codice *ratione temporis* applicabile (artt. 54 e ss. d.lgs. n. 163/2006);

- b) possibile danno erariale ove le prassi seguite per affidare e/o rinnovare/prorogare i servizi di pubblica illuminazione rivelassero esborsi aggiuntivi a carico del Comune, ad es. per effetto di procedimenti monitori (decreti ingiuntivi) attivati da creditori subentrati ad Enel Sole a seguito della cessione del credito (acquisito di fatture non pagate), risultante in atti;
- c) possibile danno erariale derivante dal mancato espletamento delle procedure di fissazione del prezzo contrattuale che sarebbe potuto scaturire dal confronto competitivo di più operatori economici in gara ovvero dall'attivazione di convenzioni Consip mediante ordinativi di fornitura dei servizi in argomento, a garanzia del miglior rapporto qualità/prezzo;
- d) possibile violazione delle verifiche di rito sul possesso dei requisiti di ordine generale, nei casi in cui l'affidamento diretto in favore di Enel Sole non sia stato preceduto dagli adempimenti volti all'accertamento dei requisiti di cui all'allora vigente art. 38 d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 80 d.lgs. n. 50/2016), requisiti di affidabilità morale, professionale ed economica (regolarità contributiva/DURC; regolarità fiscale; posizione penale dei legali rappresentanti; ecc.), né dagli accertamenti antimafia;
- e) maggiore esposizione ai rischi di corruzione derivanti dal consolidarsi di prassi *contra legem* all'interno dell'ente comunale che, in assenza di gare, ha prorogato/rinnovato illegittimamente contratti Enel Sole scaduti sulla base di decisioni dirigenziali prive di adeguato supporto normativo;
- f) violazione del divieto di rinnovo tacito di contratti di appalto previsto dall'allora vigente art. 57, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, con conseguente nullità dei rinnovi stessi.

Infine, ulteriori perplessità sono emerse con riferimento al subentro del nuovo operatore economico Elettrolinee S.r.l., già accreditato da Enel S.p.A., nella gestione e manutenzione del servizio di illuminazione pubblica (delibera G.C. n. 151 del 26.7.2011; determina n. 199 del 28.7.2011) in forza della dichiarazione di titolarità del contratto di appalto stipulato tra Enel Sole S.r.l. e Elettrolinee S.r.l. del 22.7.2011.

Il dato normativo di riferimento a fondamento del subentro dell'o.e. Elettrolinee nella commessa pubblica, rinvenuto dal Comune nell'art. 24, comma 8, del R.D.15.10.1925 n. 2578³, si è ritenuto superato dalla normativa nazionale e comunitaria *medio tempore* intervenuta in materia.

Nell'arco temporale in esame, infatti, non solo, la contrattualizzazione di commesse pubbliche non poteva sottrarsi alle procedure di scelta del contraente previste dagli artt. 54 e ss. d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabili nel caso di specie, ma anche ogni altra forma di ingresso in un contratto di lavori, servizi e forniture (subappalto e vicende soggettive dell'esecutore del contratto) era soggetta a specifiche discipline a tutela sia della concorrenza sia di esigenze di ordine pubblico.

L'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 105 d.lgs. n. 50/2016) dettava, infatti, una disciplina specifica in materia di subappalto, individuandone presupposti ed iter procedurali, mentre l'art. 116 del medesimo codice (ora art. 106 d.lgs. n. 50/2016) disciplinava le vicende soggettive dell'esecutore del contratto.

Sul punto, si è ritenuto che il subentro di Elettrolinee S.r.l. nel servizio di p.i., motivato dalla circostanza che tale ditta era a suo tempo appaltatrice di Enel Sole S.r.l. per la medesima prestazione, non costituisse un valido titolo giuridico legittimante l'ingresso nei rapporti contrattuali con l'ente pubblico.

³ Art. 24, comma 8, del R.D.15.10.1925 n. 2578: "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, purché i contratti siano stati stipulati ed il personale sia stato assunto prima del preavviso di cui al terzo alinea del presente articolo. Tuttavia degli oneri derivanti dai detti contratti sarà tenuto conto nella determinazione dell'indennità di riscatto".

Il Comune, infatti, per la prosecuzione del servizio di i.p., dopo l'estromissione di Enel Sole ed acquisizione coattiva degli impianti, avrebbe dovuto attivare una delle procedure di scelta del contraente contemplate dal citato d.lgs. n. 163/2006.

A margine di quanto sopra, si è opportunamente evidenziato che il comportamento posto in essere da Enel Sole S.r.l. in occasione del rapporto instauratosi con Elettrolinee S.r.l. (in forza del contratto d'appalto n. 8400014605 del 4.7.2010) integrasse una ipotesi di subappalto non autorizzato o comunque non in linea con l'iter di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006.

Conseguentemente, con comunicazione di risultanze istruttorie (CRI) inviata al Comune di Desenzano del Garda con prot. n. 74998 dell'11.9.2018, sono state contestate le anomalie sopra rilevate.

In riscontro alla CRI è pervenuta in data 2.10.2018 istanza di audizione da parte di un consulente legale incaricato da Enel Sole per discutere di aspetti relativi alle indagini avviate nei confronti di alcuni Comuni, tra i quali Desenzano del Garda, tutte riconducibili alla medesima istruttoria. L'audizione è stata espletata in data 26.11.2018, *giusta* verbale prot. n. 102466 del 12.12.2018, con la partecipazione del responsabile Business to Government Sales di Enel Sole e di altri consulenti e responsabili legali della detta Società. Successivamente anche il Comune di Desenzano del Garda ha trasmesso proprie controdeduzioni al prot. n. 83432 del 10.10.2018, cui ha fatto seguito una seconda memoria dei suddetti legali, sottoscritta anche dall'Amministratore Unico p.t. della Società, acquisita al prot. n. 102038 dell'11.12.2018, con la quale sono state formulate ulteriori controdeduzioni alle comunicazioni di risultanze istruttorie.

In sede di audizione ed in termini generali i rappresentanti di Enel Sole hanno evidenziato che l'indagine è stata incentrata sulla gestione di un servizio pubblico relativo ad impianti che sono di proprietà della Società, assumendo che essi avrebbero un considerevole valore economico, con la conseguenza che le stazioni appaltanti, al fine di affidare tale servizio previo espletamento di una gara ad evidenza pubblica, dovrebbero prima procedere all'acquisto degli impianti in argomento così da poterne disporre.

La gara presupporrebbe, pertanto, il previo acquisto della proprietà degli impianti da parte dei Comuni, anche eventualmente ricorrendo al procedimento di riscatto ex R.D. n. 2578/1925. Tale disposizione prevede tuttavia il pagamento di un equo indennizzo a fronte del riscatto del bene e, conseguentemente, presuppone che i Comuni abbiano la disponibilità di risorse finanziarie da destinare a tal fine.

La procedura di riscatto, o altra analoga procedura che implica la cessione dei beni, diverrebbe quindi presupposto indefetibile per avanzare un nuovo affidamento con procedura di gara.

Secondo i legali, a prescindere dal valore industriale dei beni, si tratta di reti non duplicabili, come tali non suscettibili di consistenti variazioni economiche rispetto al valore reale.

Inoltre, atteso che Enel Sole è una società quotata in borsa e che gli impianti costituiscono *assets* che impattano in bilancio, ne sarebbe esclusa la loro cessione a titolo gratuito.

Dopo aver delineato il contesto normativo di riferimento e i tratti comuni a più enti locali, soprattutto riferiti alla genesi dei rapporti contrattuali, la memoria acquisita al prot. n. 102038 dell'11.12.2018 si sofferma preliminarmente sulla constatazione che *"il servizio espletato da Enel Sole, in base alle convenzioni sottoscritte alla fine degli anni '70 e prorogate in virtù della clausola ivi presente, non integrava e non integra a tutt'oggi alcuna violazione delle regole dettate in materia di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture"*. Sarebbe quindi errato ritenere che l'affidamento del servizio di cui si tratta dovesse essere accompagnato dalla acquisizione del CIG ed in ogni caso non è addebitabile ad Enel Sole alcuna responsabilità per l'omessa acquisizione o per asserite violazioni alle norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari, trattandosi di incumbenti che competono alle stazioni appaltanti e non agli operatori economici.

A difesa della piena conformità del servizio espletato alla normativa vigente, nella citata memoria prot. n. 102038/2018 viene ribadito che in considerazione della proprietà degli impianti in capo ad Enel Sole deve escludersi l'obbligo di espletare pubbliche gare per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica, almeno fino a quando tali beni resteranno di proprietà del gestore.

Stando ai contenuti della memoria di controdeduzioni, la condizione indispensabile all'espletamento delle gare di evidenza pubblica è costituita dalla acquisizione della proprietà degli impianti da parte dei Comuni mediante contratto di acquisto o mediante procedura di riscatto, fermo restando che, anche in caso di mancato accordo sul *quantum* dell'indennità, Enel Sole è comunque tenuta alla consegna degli stessi. Nessun addebito potrebbe quindi essere mosso alla Società E.S. per mancata ovvero tardiva acquisizione degli impianti da parte degli enti locali, cui è rimessa ogni iniziativa in merito.

Stando alla citata memoria difensiva prodotta da E.S. (prot. n. 102038/2018), per l'affidamento alla Società del servizio su impianti di sua proprietà gli enti appaltanti avrebbero potuto fare ricorso alla procedura di cui all'art. 57, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006. Inoltre, il gestore E.S. assumerebbe nelle convenzioni in argomento la veste di concessionario titolare di un diritto esclusivo (la proprietà degli impianti).

Ed ancora, stando alle prospettazioni di parte, gli affidamenti di cui si discute in questa sede sarebbero assistiti dall'art. 34, comma 22, del D.L. n. 179/2012, trattandosi di affidamenti assentiti fra il 1976 ed il 1979 ed ancora validamente in essere alla data considerata dalla norma in questione (31.10.2004), in forza dell'esercizio della facoltà di rinnovo tacito delle convenzioni, ivi espressamente prevista, nonché in ragione di precedenti norme che avrebbero comunque legittimato dei veri e propri affidamenti diretti.

Tale conclusione, peraltro, viene estesa a tutte le convenzioni oggetto di indagine, rispetto alle quali pertanto i legali assumono la legittimità quanto meno sino alla data del 2020.

Relativamente all'applicabilità agli affidamenti in esame delle disposizioni in materia di CIG e di obblighi informativi (art. 7, comma 8, d.lgs. n. 163/2006) e contributivi nei confronti dell'Autorità, la difesa prot. n. 102038/2018 assume l'inesistenza per essi sia dell'obbligo di acquisire il CIG, sia di rendere le prescritte informazioni e versare le contribuzioni ad ANAC, trattandosi di affidamenti che non ricadrebbero nell'ambito di applicabilità del d.lgs. n. 163/2006.

Relativamente ad altre contestazioni contenute in CRI, la difesa in argomento tende a precisare che la violazione di obblighi e adempimenti imposti alle stazioni appaltanti non può in alcun modo implicare dirette responsabilità della Soc. Enel Sole, essendo essa estranea al campo di applicazione della normativa in questione.

Il Comune di Desenzano del Garda ha trasmesso memoria al prot. n. 83432 del 10.10.2018, nella quale l'ente ha riepilogato la genesi dei rapporti contrattuali con ENEL Sole, fornendo precisazioni altresì sulla fornitura di ulteriori servizi da parte della Soc. Elettrolinee.

La nota di riscontro, acquisita al citato prot. n. 83432/2018, evidenzia che negli anni a cavallo tra il 2010 e il 2011, in assenza della consegna degli impianti e della piena disponibilità tecnica delle strutture, sarebbe stato impossibile, anche volendolo, avviare una procedura di gara. Solo nell'anno 2013 l'amministrazione si è adoperata affinché venisse indetta la procedura di gara (determina n.849 del 23.10.2013).

La memoria difensiva acquisita al prot. n. 102038 dell'11.12.2018, nella parte specificatamente riferita a Desenzano del Garda (pag. 31), ribadisce come il rapporto convenzionale tra Comune e Soc. E.S. si sia concluso con la consegna degli impianti in data 20.7.2011. Successivamente l'ente ha contrattualizzato l'affidamento con la Soc. Elettrolinee S.r.l. Il contratto è stato stipulato il 4.7.2010. Nella difesa si assume che, diversamente da quanto rilevato in CRI, nel caso di specie non sarebbe

configurabile alcun subappalto non autorizzato in quanto il servizio di p.i. affidato ad E.S. sarebbe sottratto al regime normativo di cui al d.lgs. n. 163/2006.

Ritenuto in diritto

A parere dell'Autorità l'esame delle controdeduzioni pervenute non offre sufficienti elementi a discarico delle originarie contestazioni contenute in CRI prot. n. 74998 dell'11.9.2018, che pertanto devono essere confermate in questa sede.

Infatti, pur prendendo atto delle giustificazioni fornite dall'ente con prot. n. 83432/2018, permangono le criticità rilevate in CRI, ancorché rispetto ad esse devono riconoscersi oggettive attenuanti per il ridotto periodo di gestione E.S. rilevabile nell'arco temporale di indagine, in ragione dell'interruzione dei rapporti contrattuali con decorrenza dal 20.7.2011.

Parimenti permangono perplessità, non adeguatamente confutate dalla difesa in atti, in merito al comportamento posto in essere da Enel Sole S.r.l. in occasione del rapporto instauratosi con Elettrolinee S.r.l. (in forza del contratto d'appalto n. 8400014605 del 4.7.2010), non potendosi escludere che tale operazione possa integrare una ipotesi di subappalto non autorizzato o comunque non in linea con l'iter di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006.

Nella memoria acquisita al prot. n. 102038/2018, infatti, il legale si limita a dedurre che il servizio di p.i. prestato da E.S. non sarebbe soggetto al regime normativo del d.lgs. n. 163/2006, evidentemente perché contrattualizzato in data anteriore. Tuttavia, tale assunto non può trovare accoglimento in quanto, a prescindere dalla data di contrattualizzazione del servizio di pubblica illuminazione tra Comune e Soc. E.S., resta fermo che l'affidamento in favore di Elettrolinee S.r.l. è stato disposto in piena vigenza del citato d.lgs. n. 163/2006 e, pertanto, per la prosecuzione del servizio a seguito di estromissione di Enel Sole, l'ente avrebbe dovuto attivare una delle procedure di scelta del contraente contemplate dal citato d.lgs. n. 163/2006.

Tutto quanto sopra ritenuto e considerato,

DELIBERA

▪ di confermare i rilievi e le criticità contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 74998 dell'11.9.2019 e segnatamente le seguenti:

- a) mancata acquisizione del CIG nel periodo di indagine (2010-2016) riferito ai rapporti contrattuali con la Soc. Enel Sole per i servizi in oggetto, con conseguente omissione contributiva nei confronti dell'Autorità;
- b) violazione delle disposizioni vigenti in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, anche alla luce della citata Delibera Anac n. 1 del 11.1.2017 avente ad oggetto *"Indicazioni operative per un corretto perfezionamento del CIG"*;
- c) violazione degli obblighi informativi nei confronti dell'AVCP, ora ANAC, previsti dall'art. 7, comma 8, e art. 6, comma 11, e del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile ai casi oggetto di indagine;
- d) prosecuzione in via di fatto del rapporto contrattuale tra Enel Sole e Comune di Desenzano del Garda per un limitato arco temporale ricompreso nel periodo di indagine, atteso che la scadenza naturale della convenzione in esame è intervenuta il 31.10.1995, mentre l'effettiva riconsegna degli impianti è avvenuta il 20.7.2011;
- e) riscontrata ipotesi di subappalto non autorizzato o comunque non in linea con l'iter di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 relativamente al rapporto instauratosi con Elettrolinee S.r.l.;

- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera:
- all'amministrazione comunale e alla Soc. Enel Sole S.r.l.;
- alla competente Prefettura per le eventuali iniziative previste dalla normativa in materia di tracciabilità dei flussi finanziari;
- all'Ufficio sanzioni contratti pubblici dell'Autorità per l'avvio delle consequenziali iniziative in relazione alle violazioni accertate eventualmente rilevanti a fini sanzionatori;
- al Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 febbraio 2020

Il Segretario *Maria Esposito*