Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 112 del 29 gennaio 2020

Fascicolo UVCS 1456/17

Oggetto: Attività ispettiva espletata presso il Comune di Pavia (PV) in data 15.11.2017 - 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. 98023 del 3.8.2017, il Nucleo Speciale Anticorruzione della GdF è stato incaricato di espletare accertamenti ispettivi presso il Comune di Pavia (PV), 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 prot. n. 166517/2017 del 19.12.2017 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 Pavia 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 disamina degli atti, alla luce della relazione conclusiva della GdF, 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 in forza di una "*Convenzione per prestazioni relative agli impianti di illuminazione pubblica*" stipulata in data 23.6.1978 dal Comune di Pavia con ENEL - Ente Nazionale Energia Elettrica, avente decorrenza 1.7.1978 e scadenza 30.6.1981.

L'art. 2. della convenzione prevedeva una proroga tacita di durata triennale, salvo espressa disdetta da una delle parti da formalizzare almeno quattro mesi prima della scadenza.

Stando alle risultanze ispettive si rileva che nel periodo in esame l'illuminazione pubblica nel territorio comunale contava n. 9.677 punti luce, di cui n. 1.255 di proprietà del Comune di Pavia e n. 8.422 di proprietà di ENEL SOLE S.r.l. (istallazione eseguita nel corso degli anni ed assistita da contributo comunale).

Deve evidenziarsi, altresì, che in assenza di formale disdetta da parte del Comune, la Soc. Enel Sole, in forza della citata convenzione, ha da sempre assicurato la gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica, anche quando nel 2013, limitatamente agli impianti di proprietà

comunale (pari circa al 10% di quelli in esercizio), il Comune di Pavia ha aderito[1] alla convenzione CONSIP - Servizio Luce 2 lotto 1 - per la Lombardia, Piemonte, Liguria e Val d'Aosta, aggiudicata alla stessa ENEL SOLE S.r.l. per la durata di anni 9.

Pertanto, dalle risultanze ispettive è emerso che anche nel 2013 la Soc. Enel Sole ha gestito la manutenzione sia degli impianti di proprietà comunale in attuazione della citata convenzione CONSIP Servizio Luce 2 lotto 1, sia degli impianti di sua proprietà in esercizio nel Comune di Pavia in forza della convenzione stipulata nel 1978.

Da precisare che l'amministrazione comunale, pur avendo già attivato le procedure di acquisto, mediante accordo bonario, della totalità degli impianti, non ha potuto avvalersi di ENEL SOLE S.r.l. in regime di convenzione CONSIP - Servizio Luce 2 - in quanto a quella data non aveva ancora acquisito la proprietà integrale degli impianti (procedura conclusa nel 2014).

Nel periodo antecedente alla duplice gestione ES dell'anno 2013 (in convenzione del 1978 e in regime Consip dal 2013 per gestione impianti i.p. di proprietà comunale), il Comune di Pavia aveva deliberato di avviare il procedimento di acquisizione degli impianti di i.p. di proprietà di ENEL SOLE dando priorità alle intese bonarie (delib. n. 40/2012 del 25.10.2012) e, in assenza di accordo bonario, di avvalersi della facoltà di riscatto di detti impianti ai sensi e per gli effetti dell'art. 9 del D.P.R. n. 902/1986, e ciò tenuto anche conto di quanto previsto dalla L. n. 62/2005 (legge comunitaria 2004), che vietava il rinnovo tacito per i contratti di fornitura e servizi delle pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, la procedura bonaria di acquisizione degli impianti ES non è stata poi espletata, essendosi il Comune orientato con delibera di G.C. n. 198 del 22.10.2013 di acquisire gli impianti stessi ai sensi dell'art. 25, comma 6, L. n. 27/2012 per un corrispettivo pari ad € 941.081,74 oltre IVA al 10% per un totale complessivo pari ad € 1.035.198,90.

L'importo stabilito, al netto dell'IVA, corrispondeva al valore contabile residuo degli impianti, come desumibile dal bilancio societario di ENEL SOLE S.r.l., tenuto conto sia del relativo fondo ammortamento, sia dei contributi versati dal Comune nonché delle rivalutazioni.

Formalmente l'acquisito degli impianti si è perfezionato il 17.2.2014, con atto di vendita che contemplava altresì la risoluzione consensuale della convenzione del 1978.

Il gruppo ispettivo ha potuto verificare che la fattura ES n. 1430005606 del 17.2.2014 è stata pagata dal Comune di Pavia in due *trance* di eguale importo (delibera di G.C. n. 198 del 22.10.2013) e contabilizzate nei mandati di pagamento n. 5951 del 20.12.2013 e n. 1726 del 26.3.2014 per un importo complessivo € 1.035.189,91, come contrattualizzato sulla base del valore iscritto a bilancio della società ENEL SOLE (missiva acquisita al prot. comunale n. 34877 del 19.10.2012).

Successivamente all'acquisto degli impianti, il Comune di Pavia ha riferito al gruppo ispettivo di essersi trovato nell'impossibilità di regolarizzare la manutenzione degli stessi avvalendosi della convenzione CONSIP - Servizio Luce 2, essendo ormai esaurito il relativo *plafond* , e parimenti nella impossibilità di aderire a tal fine alla nuova convenzione CONSIP - Servizio Luce 3 lotto 1 (Lombardia, Piemonte, Liguria e Val d'Aosta) a causa di un contenzioso giurisdizionale che ha di fatto congelato tale convenzione fino tutto l'anno 2015, poi riattivata solo a gennaio 2016.

Pertanto, dal 1.1.2014 in poi la gestione degli impianti acquisiti al patrimonio comunale è rimasta in capo ad ES previa rinegoziazione del canone, come da determinazione dirigenziale n. 156/07 del 19.7.2012.

Con nota prot. n. 75020 dell'11.9.2019, trasmessa al Comune di Pavia 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.

[1] Determina dirigenziale n. 224/07 del 17.07.2013, CIG. 0377121A15 - CIG derivato 522439397B.

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 emerso nel corso dell'ispezione, dettagliatamente descritta nel verbale GdF del 15.11.2017, ed alla luce di quanto riferito nel successivo rapporto GdF prot. n. 166517/2017 del 19.12.2017, concernente l'elaborazione dati e l'analisi documentale effettuata sul carteggio acquisito, era emerso che nell'arco temporale oggetto di verifica (2010-2016) l'ente si è avvalso delle prestazioni fornite da ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica) e, successivamente, da Enel Sole S.r.l. sin dal 1978, data di stipula della relativa convenzione, usufruendo quindi della proroga tacita prevista dall'art. 2 dell'atto anche nel periodo qui di interesse (2010-2016).

Per quanto riguarda gli adempimenti relativi all'acquisizione del CIG riferito alla gestione degli impianti di proprietà ES, risultano essere stati acquisiti n. 3 CIG, dei quali uno (61534958B5) riportato nei provvedimenti comunali inerenti gli impegni di spesa delle annualità 2015 e 2016, mentre il secondo codice (5609534DE2) è riferito in atti all'annualità del 2014.

Si tratta dei seguenti CIG:

1) 61534958B5 – Determinazione dirigenziale n. 41/07 del 5.2.2016 – Impegno di spesa per la manutenzione degli impianti affidata ad ES per € 334.400,00 compresa IVA al 22% (anno 2016);

2) 61534958B5 - Determinazione dirigenziale n. 80/07 del 3.3.2015 – Impegno di spesa per la manutenzione degli impianti affidata ad ES per € 250.819,67 oltre IVA al 22% (anno 2015);

3) 5609534DE2 - Determinazione dirigenziale n. 50/07 del 20.2.2014 – Impegno di spesa per la manutenzione degli impianti affidata ad ES per € 340.000,00 compresa IVA al 22% (anno 2014).

Non è stato rilevato alcun CIG, invece, per le annualità precedenti, quantomeno nel periodo di interesse della presente indagine (annualità 2010-2012-2013).

Dalla consultazione del SIMOG effettuata in collaborazione con l'Osservatorio Contratti Pubblici e Analisi Economiche è emerso che entrambi i CIG (61534958B5 e 5609534DE2) sono presenti nel sistema e sono stati perfezionati.

Tuttavia, a differenza di quanto riportato nelle determinazioni di spesa acquisite in sede ispettiva, non è stata rilevata traccia in SIMOG delle comunicazioni di rito inerenti l'importo erogato dal Comune ad Enel Sole S.r.l. per l'annualità 2016 (€ 334.400,00 compresa IVA al 22%).

Inoltre, per l'annualità 2015 la schermata di sistema indica l'importo relativo alla manutenzione degli impianti (€ 250.819,67), mentre per il 2014 risulta che il Comune ha comunicato non la spesa riferita alla gestione degli impianti (€ 340.000,00), bensì quella riferita alla sola fornitura di energia elettrica (€ 1.262.295,08), che peraltro non vede come fornitore Enel Sole S.r.l. ma altre ditte (Hera Comm. S.r.l., Enel Servizio Elettrico, Enel Energia).

I CIG sopra riportati, pertanto, non sono sembrati in regola con gli adempimenti di rito previsti dalle disposizioni *ratione temporis* vigenti al tempo dei suddetti affidamenti, in quanto l'ente avrebbe dovuto utilizzare un solo CIG per il servizio di gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione, comunicando di volta in volta in SIMOG gli importi corrisposti ad Enel Sole S.r.l., senza commistioni con le somme stanziate per la fornitura di energia elettrica che richiedono distinti e più attenuati adempimenti comunicativi (tracciabilità cd. "attenuata").

Peraltro, nella prima fase istruttoria, non è stato possibile evincere alcun CIG per le prestazioni rese dalla Enel Sole S.r.l. negli anni 2010-2011-2012, con ciò contravvenendo l'ente alle disposizioni vigenti in materia di obblighi informativi verso l'Autorità e a quelli in materia di tracciabilità dei flussi finanziari.

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, proprio ai fini dell'assolvimento degli

obblighi informativi verso l'Autorità (art. 7, comma 8, d.lgs. n. 163/2006), 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., l'omessa acquisizione del CIG e, nelle annualità in cui sono stati acquisiti (2015-2014), l'utilizzo di distinti CIG per il medesimo servizio è stato ritenuto idoneo a configurare nella prima fase istruttoria 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).

Altra anomalia rilevata *per tabulas* si rintraccia nella circostanza che il rapporto contrattuale tra Enel Sole e Comune di Pavia si è protratto per anni in regime di proroga sin dalla scadenza della convenzione originaria del 1978 (scaduta il 30.6.1981), in applicazione di una clausola palesemente illegittima secondo cui "*La presente convenzione decorre dal 1.7.1978, scade il 30.6.1981 e si intende tacitamente prorogata di triennio in triennio qualora una delle parti non ne dia disdetta con lettera raccomandata almeno quattro 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.

Al tempo degli affidamenti in argomento, nel periodo di interesse (2010-2016), era applicabile l'art. 57, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 che, 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 Pavia e l'allora Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (Enel) formalmente scaduta il 30.6.1981.

Nessuna delle ipotesi normative riferite al citato art. 34[2], risulta praticabile nel caso che occupa, in quanto la prosecuzione del rapporto tra Enel Sole e Comune di Pavia, oltre la data di scadenza naturale

[2] L'art. 34 della citata L. 17.12.2012 n. 221, nella versione modificata dall'art. 8, comma 1, della L. n. 115 del 2015, prevede che: a) gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020 [comma 22]; b) gli affidamenti diretti a società poste, successivamente al 31 dicembre 2004, sotto il controllo di società quotate a seguito di operazioni societarie effettuate in assenza di procedure conformi ai principi e alle disposizioni dell'Unione europea applicabili allo specifico affidamento cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2018 o alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto, se anteriori [comma 22]; c) gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea 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 ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013 [comma 21]; d) per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla

della convenzione (1981), è avvenuta in regime di proroga tacita, come tale nulla *ex lege*, senza che possa individuarsi un valido titolo contrattuale che copra il periodo oggetto della presente indagine.

La clausola del rinnovo tacito contenuta nel contratto, peraltro, non può ritenersi idonea a legittimare la prosecuzione del rapporto *sine die* trattandosi di clausola in contrasto con le disposizioni vigenti.

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 pima fase istruttoria, è stato pertanto ritenuto suscettibile di configurare le 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 derivante dal mancato espletamento delle procedure di fissazione del prezzo contrattuale che sarebbe potuto scaturire dal confronto competitivo di più operatori in gara ovvero dall'attivazione di convenzioni Consip mediante ordinativi di fornitura dei servizi in argomento, a garanzia del miglior rapporto qualità/prezzo;
c) 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;
d) 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;
e) 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;
f) mancato avvio delle procedure di riscatto degli impianti ex artt. 1, 24 e 25 del R.D. n. 2578/1925 ed artt. 8 e ss. D.P.R. n. 902/1986).

Conseguentemente, con comunicazione di risultanze istruttorie (CRI) inviata al Comune di Pavia con prot. n. 75020 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 Pavia, 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 Governement Sales di Enel Sole e di altri consulenti e responsabili legali della detta Società. Successivamente anche il Comune di Pavia ha trasmesso proprie controdeduzioni al prot. n. 83061 del 9.10.2018, 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.

---

collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste [comma 20].

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 indefettibile 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 incombenti 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 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 Pavia ha trasmesso memoria al prot. n. 83061 del 9.10.2018, nella quale l'ente ha controdedotto alla CRI prot. n. 75020 dell'11.9.2018.

Stando ai contenuti della memoria comunale, la stipula del contratto con la Soc. Enel Sole risale al 1978, cui è subentrata nel 1999 la Soc. Enel Sole S.r.l. Dopo aver riepilogato le pregresse iniziative dell'ente finalizzate a fronteggiare le criticità contestate in CRI, per lo più consistenti in attività di studio e disamina delle problematiche in occasione di incontri nelle diverse sedi istituzionali dell'ente locale, il Comune evidenzia impedimenti di natura finanziaria e la correlata impossibilità di fare investimenti per l'acquisizione degli impianti di pubblica illuminazione. Conseguentemente, date le ridotte capacità di bilancio, l'ente ha deliberato l'indirizzo di addivenire ad una intesa con Enel Sole (atto del Consiglio Comunale di Pavia n. 40 del 25.10.2012), privilegiando una soluzione di accordo bonario sulla base del valore contabile degli impianti ex art. 25 della L. n. 27/2012 e solo come ipotesi residuale la procedura di riscatto.

Tale accordo bonario è stato poi stipulato in via transattiva in data 17.2.2014. Successivamente la Giunta Comunale, con atto di indirizzo del 5.3.2013, ha deliberato l'adesione alla convenzione Consip Servizio luce 2 per gli impianti di proprietà comunale. Sino alla successiva adesione alla convenzione Consip Servizio luce 3, la Soc. E.S. si era obbligata a gestire il servizio in argomento.

Tuttavia, a causa della intervenuta sospensione della convenzione Consip Servizio luce 3 nell'ambito di contenziosi giurisdizionali, si è venuta a creare nel 2015 una situazione di stallo non imputabile all'ente, il quale ha pertanto fronteggiato tale criticità ipotizzando il ricorso ad un affidamento *in house* del servizio di p.i. alla società partecipata ASM Pavia S.p.A.

In data 28.12.2016, essendo nel frattempo stata riattivata la convenzione Servizio luce 3, l'ente ha avviato le attività tese a contrattualizzare il servizio in tal senso, mantenendo *medio tempore* la gestione degli impianti in capo a Enel Sole.

Relativamente ai rilievi concernenti il CIG e gli obblighi informativi verso l'Autorità, nonché i connessi profili di tracciabilità dei flussi finanziari, il Comune di Pavia ha escluso ogni finalità elusiva al riguardo, precisando di aver utilizzato per i pagamenti al fornitore il conto corrente all'uopo dedicato ai sensi di legge. Ha tuttavia confermato il "difetto nell'acquisizione dei CIG" relativi al servizio in questione imputabile ad una diversa interpretazione da parte dell'ente della casistica e delle specifiche ANAC/AVCP sull'argomento.

Da ultimo è pervenuta integrazione da parte del dirigente del Settore lavori pubblici e patrimonio del Comune di Pavia, acquisita al prot. n. 46284 del 10.6.2019, nella quale l'ente ha precisato che *"Alla luce del Comunicato del Presidente A.N.A.C. del 27/02/2019 la Stazione Appaltante del Comune di Pavia ha compiuto una rilevazione del valore degli affidamenti effettuati ad Enel Sole Srl nel periodo di riferimento, 01/01/2008 – 31/12/2017, cioè dall'inizio dell'obbligo informativo ad ANAC sino al momento di assegnazione del servizio di*

gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione attraverso Consip, che risulta essere stato di € 4.211.304,13, al netto dell'IVA, per un importo lordo di € 5.028.174,07 e pertanto si è provveduto ad acquisire il CIG 79343733BB -ora per allora- riferito al periodo 01/01/2008 – 31/12/2017".

Ritenuto in diritto

A parere dell'Autorità l'esame delle controdeduzioni pervenute non offre elementi ad integrale discarico delle originarie contestazioni contenute in CRI prot. n. 75020 dell'11.9.2018, che pertanto devono essere confermate in *parte qua*.

Le giustificazioni fornite dall'ente con prot. n. 83061/2018, successivamente integrate con nota prot. n. 46284 del 10.6.2019, consentono di archiviare i profili di irregolarità relativi alla omessa acquisizione del CIG per i servizi resi da Enel Sole nel periodo 1.1.2008 – 31.12.2017, in quanto l'amministrazione comunale, al fine di sanare tale irregolarità, ha acquisito e perfezionato "ora per allora" il CIG 79343733BB, indicando quale valore degli affidamenti effettuati nel detto periodo la somma di euro 5.028.174,07 (IVA compresa).

A seguito dell'intervento operoso dell'ente, ne deriva che vengono meno le violazioni originariamente contestate alle disposizioni in materia di tracciabilità dei flussi finanziari e di obblighi informativi verso l'Autorità, nonché sanata l'omissione contributiva.

Permangono, invece, le criticità rilevate in CRI relativamente all'utilizzo distorto della proroga contrattuale, ancorché rispetto ad esse devono riconoscersi oggettive attenuanti riconducibili alle asserite difficoltà finanziarie dell'ente, ostative all'acquisizione degli impianti e, quindi, all'indizione della gara di evidenza pubblica per l'individuazione del nuovo contraente.

La clausola del rinnovo/proroga tacito contenuta nel contratto, infatti, in quanto palesemente illegittima perché in contrasto con le disposizioni allora vigenti, non può assumersi come "valido titolo" per la prosecuzione del rapporto oltre la data di sua naturale scadenza. L'applicabilità del citato comma 22 dell'art. 34, infatti, presuppone che il contratto di servizio sia "in essere" alla data del 31.12.2004, quindi non formalmente scaduto, ovvero che esso continui a produrre effetti in base ad "*altri atti che regolano il rapporto"*, purché legittimi.

Tutto quanto sopra ritenuto e considerato,

DELIBERA

▪ di confermare *in parte qua* i rilievi e le criticità contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 75020 dell'11.9.2019 limitatamente alla protrazione pluriennale del rapporto contrattuale tra Enel Sole e Comune Pavia in regime di proroga sin dalla scadenza della convenzione originaria del 1978 (scaduta il 30.6.1981), in applicazione di una clausola palesemente illegittima secondo cui "*La presente convenzione decorre dal 1.7.1978, scade il 30.6.1981 e si intende tacitamente prorogata di triennio in triennio qualora una delle parti non ne dia disdetta con lettera raccomandata almeno quattro mesi prima di ogni scadenza"*;

▪ di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera:

- all'amministrazione comunale e alla Soc. Enel Sole S.r.l.;
- 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*