



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 108 del 29 gennaio 2020

Fascicolo UVCS 1456/17

Oggetto: Attività ispettiva espletata presso il Comune di Calatabiano (CT) in data 6.9.2017 - 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. 98094 del 3.8.2017, il Nucleo Speciale Anticorruzione della GdF è stato incaricato di espletare accertamenti ispettivi presso il Comune di Calatabiano (CT), avvalendosi del supporto di un funzionario dell'Autorità designato dall'Ufficio UVCS e autorizzato dal Presidente con nota del 29.8.2017.

Le risultanze ispettive sono confluite nella relazione GdF pervenuta al prot. n. 110430 del 25.9.2017 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 Calatabiano 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 dalla Enel Sole in forza di una Convenzione stipulata nel mese di febbraio del 2001 dal Comune di Calatabiano e So.l.e. Società Luce Elettrica S.p.A. avente durata di anni 25.

Tra le prestazioni del fornitore elencate in convenzione rientrano non solo la manutenzione e gestione degli impianti di pubblica illuminazione ma anche la somministrazione di energia elettrica, a fronte di un corrispettivo fisso a cadenza annuale suscettibile di aggiornamenti.

L'art. 29 della convenzione prevede la cessione gratuita, alla sua naturale scadenza, in favore del Comune, della proprietà degli impianti di pubblica illuminazione (impianti in condizioni di perfetta efficienza e di completa rispondenza alle norme tecniche e di legge vigenti).

Al riguardo, i dirigenti del Comune di Calatabiano hanno evidenziato agli ispettori che proprio in relazione al predetto art. 29 non hanno mai ritenuto opportuno avviare una procedura di riscatto degli impianti di illuminazione pubblica non di proprietà del Comune.

Stando alle risultanze ispettive del 6.9.2017, sin dall'insediamento della nuova Giunta comunale (luglio 2017), tuttavia, l'ente si sarebbe preoccupato di procurarsi una valutazione del reale valore dei beni da riscattare, al fine di valutare la fattibilità, anche economica, dell'operazione così da avviare la procedura di riscatto laddove essa dovesse risultare economicamente vantaggiosa per l'amministrazione.

Dal carteggio in atti, e specificatamente dalla documentazione contabile (fatture e mandati di pagamento), è poi emerso che l'ente ha proceduto al pagamento delle fatture in assenza di CIG, avendo acquisito tuttavia tanti Smart-CIG quante sono le fatture liquidate.

La mancanza del CIG, ad avviso della parte e degli intervenuti, è imputabile sia alla circostanza che al tempo di stipula della convenzione (1.2.2001) non era ancora in vigore la normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari (L. n. 136/2010 e ss.), entrata in vigore nel 2010, sia alla ulteriore circostanza che il contratto contempla tra le prestazioni anche la somministrazione di energia elettrica (oltre alla gestione e manutenzione degli impianti) che, stando alle indicazioni dell'AVCP ed ora dell'ANAC, risulta sottratta all'obbligo della tracciabilità, e quindi di acquisizione del CIG.

Infine, con riferimento alla mancanza di un CIG unico relativo all'affidamento, l'ente ha evidenziato in sede ispettiva che il sistema informatico concernente la BDNCP gestita dall'Autorità non permette l'inserimento e quindi il conseguente rilascio del CIG senza l'implementazione di tutti i dati afferenti l'affidamento, peraltro avvenuto in tempi pregressi (2001). Quindi nel caso di specie per ovviare alla "anomalia" informatica è stata eseguita una puntuale richiesta di Smart-CIG in occasione di ogni singolo pagamento.

Con nota prot. n. 74991 dell'11.9.2019, trasmessa al Comune di Calatabiano 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 prot. n. 110430 del 25.9.2017 e alla luce delle risultanze dei verbali di ispezione del 6.9.2017 e della documentazione acquisita, era emerso che nell'arco temporale oggetto di verifica (2010-2016) l'ente, in forza di una convenzione stipulata nel 2001 avente durata di 25 anni, ha acquisito dalla Soc. Enel Sole il servizio luce misto a fornitura di energia elettrica senza mai dotarsi di un CIG unico riferito all'approvvigionamento in argomento, il cui valore supera la soglia oltre la quale è prescritto tale adempimento.

Il Comune di Calatabiano avrebbe dovuto, invece, procedere alla acquisizione del CIG, ancorché tardivamente, in modalità "*ora per allora*", indicando in fase di perfezionamento, quale riferimento temporale, le effettive date dei periodi in cui l'affidamento ad Enel Sole si è concretizzato.

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), nonché della tracciabilità dei flussi finanziari ex art. 3 d.lgs. n. 136/2010.

In ordine all'eccezione sollevata dall'ente pubblico in fase di ispezione, secondo cui le prestazioni inerenti l'approvvigionamento in argomento sarebbero sottratte all'obbligo della tracciabilità, e quindi di

acquisizione del CIG, in ragione del fatto che la convenzione contempla, oltre alla manutenzione degli impianti, anche la somministrazione di energia elettrica, si è ritenuto di disattendere tale assunto.

Per i pagamenti di utenze da parte della pubblica amministrazione, infatti, vige la tracciabilità cd. attenuata (par. 6.2 della Determinazione n. 4/2011 aggiornata con Delibera n. 556/2017 e FAQ A33), che consiste in una forma semplificata di tracciabilità per casi specifici, in cui le movimentazioni finanziarie possono essere sì effettuate avvalendosi del RID senza indicare i codici CIG nel singolo pagamento, in analogia a quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 3 della legge n. 136/2010, ma il CIG va comunque registrato nella delega a monte. Inoltre, il servizio luce, ricompreso nella convenzione, è pienamente assoggettato agli obblighi informativi e di identificazione della gara senza deroga alcuna.

Ne è derivato che, nei rapporti contrattualizzati con Enel Sole S.r.l., per l'assenza del CIG sono state contestate 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.

In ordine, invece, alla durata ultraventennale della convenzione, è stato evidenziato in CRI che ai sensi dell'art. 34, comma 21, della L. 17.12.2012 n. 221, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 18.10.2012 n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, nella versione modificata dall'art. 8, comma 1, della L. n. 115 del 2015, *"gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto [ottobre 2012] 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. [...omissis...]. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.*

Il comma 20 del citato art. 34 prevede che *"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 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.*

Per quanto sin qui illustrato, la casistica in esame è stata inquadrata nella fattispecie di cui al citato comma 21, in quanto l'affidamento del cd. servizio luce in favore di Enel Sole è risultato attivo alla data di vigenza del D.L. n. 179/2012 e non conforme ai requisiti previsti dalla normativa europea, né alle disposizioni all'epoca vigenti in materia di appalti pubblici dettate dal d.lgs. n. 163/2006.

Il Comune di Calatabiano avrebbe, quindi, dovuto procedere, stando alle prime risultanze istruttorie, ai sensi del comma 20 del medesimo art. 34, provvedendo a stilare una relazione esplicativa, dandone pubblicazione nel sito internet della stazione appaltante, motivando adeguatamente le ragioni e la 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.

Nulla di tutto ciò risultava in atti alla data dell'ispezione.

Inoltre, è stato contestato al Comune anche il mancato riscatto degli impianti di illuminazione pubblica nonostante la convenzione prevedesse, all'art. 29, la cessione gratuita in favore dello stesso, alla sua naturale scadenza (2025), in quanto si tratta con tutta evidenza di una clausola negoziale destinata a recedere di fronte a precetti normativi posti dall'ordinamento europeo e nazionale a tutela della concorrenza e della *par condicio* tra gli operatori economici, considerato anche quanto già espresso dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato con l'Atto di Segnalazione n. 1240 del 16 dicembre 2015.

Nell'occasione l'AGCM ha ribadito testualmente che “...la riscontrata difficoltà organizzativa e gestionale del Comune ogni qualvolta parte degli impianti di illuminazione pubblica sia di proprietà terza, [...] di per sé non è ragione che possa impedire l'applicazione delle regole a presidio della concorrenza”.

Pertanto, nella prima fase istruttoria, i rilievi summenzionati hanno condotto l'Autorità a ritenere configurabili nel caso di specie, sin dalla data di entrata in vigore del D.L. n. 179/2012, 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 alla concorrenza nel settore dei servizi di pubblica illuminazione, in quanto l'ente appaltante ha avuto sin dal 2001 quale unico fornitore Enel Sole in assenza di una corretta selettiva di scelta del contraente;
- 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 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 e degli altri adempimenti previsti dalle disposizioni vigenti, ha prorogato/rinnovato illegittimamente contratti Enel Sole scaduti sulla base di decisioni dirigenziali prive di adeguato supporto normativo;
- 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 Calatabiano con prot. n. 74991 dell'11.9.2018 sono state contestate le anomalie sopra rilevate.

In riscontro alla CRI il Comune di Calatabiano ha trasmesso memoria al prot. n. 91277 del 7.11.2018, nella quale l'ente ha fornito le proprie giustificazioni.

In particolare, in ordine al pagamento di fatture in assenza di CIG l'Ente ha escluso la violazione contestata adducendo che nel caso di specie non possa configurarsi l'assenza di CIG, bensì “l'utilizzo di una modalità di CIG erronea...” con la conseguenza che non sarebbe neppure configurabile la violazione

delle norme di tracciabilità dei flussi finanziari. L'Ente, infatti, ha acquisito tanti "Smart-CIG" quante sono le fatture liquidate.

Per quanto riguarda la durata ultraventennale della convenzione e l'applicabilità ad essa dell'art. 34, comma 21, della L. 17.12.2012 n. 221, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 18.10.2012 n. 179, l'Ente eccepisce che la casistica di specie ricade non nel comma 21, come sostenuto dall'Autorità in CRI, bensì in quella del comma 22, ai sensi del quale *"Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 31 dicembre 2004 a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile alla medesima data, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto"*.

In merito al riscatto degli impianti il Comune ribadisce il mancato avvio degli incombenenti a tal fine necessari, confermando allo stato l'iniziativa comunale della Giunta insediatasi nel luglio del 2017 di *"procurarsi una valutazione del reale valore dei beni al fine di valutare la fattibilità anche economica di un possibile ma non obbligato riscatto"*.

Ritenuto in diritto

A parere dell'Autorità l'esame delle controdeduzioni pervenute consente di archiviare solo uno dei rilievi contenuti nella CRI prot. n. 74991/20198, e segnatamente l'inquadramento dell'affidamento *de quo*, ai fini della durata del contratto, nella fattispecie di cui al comma 21 dell'art. 34, della L. n. 221/2012, anziché in quella prevista dal comma 22.

Nel contratto in argomento, infatti, ricorrono entrambe le condizioni di cui al richiamato comma 22, in quanto la casistica riguarda un affidamento già esistente alla data del 31.12.2014, in quanto avente decorrenza dal 1.2.2001. In secondo luogo l'affidamento a tale data sussisteva nei confronti di Enel Sole, controllata da società a partecipazione pubblica già quotata in mercati regolamentati.

Gli altri rilievi devono invece essere tutti confermati in questa sede.

Nello specifico, relativamente ai rilievi sulla omessa acquisizione del CIG deve rilevarsi che l'assunto dell'Amministrazione secondo cui ai fini del rispetto delle norme sulla tracciabilità, sarebbe fungibile l'utilizzo dello Smart-CIG rispetto al prescritto CIG, non può essere accolta.

Le modalità di acquisizione dello Smart-CIG non implicano anche l'indicazione dell'affidatario ma si limitano a richiedere l'oggetto della prestazione e l'importo dell'affidamento. Ne deriva che nessuna fungibilità sussiste tra CIG e Smart-CIG sia con riferimento agli obblighi informativi verso l'Autorità, sia relativamente agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

In altri termini, lo strumento dello Smart-CIG non offre le stesse informazioni che offre il CIG e, pertanto, esso non può a quest'ultimo sostituirsi.

Tutto quanto sopra ritenuto e considerato,

DELIBERA

▪ di confermare i rilievi e le criticità contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 74991 dell'11.9.2019 e segnatamente le seguenti:

- a) omessa acquisizione di un CIG unico riferito ai servizi contrattualizzati con la Soc. Enel indicati 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;
- 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*