



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1043 del 5 ottobre 2016

Rif. fasc. n. 1222/2016

Oggetto: Procedura aperta di *Project financing* per l'affidamento del servizio integrato inerente la gestione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria, straordinaria e programmata degli impianti di pubblica illuminazione, luminarie natalizie e degli impianti semaforici, ivi compresa la fornitura di energia elettrica, nonché la progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento normativo ristrutturazione, riqualificazione ed efficienza energetica degli impianti – CIG: 5360381655.

Stazione appaltante: Comune di Mazara del Vallo.

Esponente: Eurotel Srl.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 5 ottobre 2016;

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 l'art. 213 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Vista la Comunicazione Risultanze Istruttorie inviata con nota 103075 del 4.7.2016, al Sindaco del Comune di Mazara del Vallo, al RUP del Comune di Mazara del Vallo e alla società Eurotel s.r.l. riscontrate con note acquisite al protocollo ai nn. 115003 del 29.7.2016 e 130304 del 8.9.2016;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori;

Sentiti in audizione i rappresentanti dell'Amministrazione comunale e della società Eurotel s.r.l. nella adunanza del Consiglio dell'Autorità del 21.9.2016;

Considerato in fatto

La società Eurotel s.r.l., tramite il proprio legale, con esposto acquisto al prot. ANAC n. 11422 del 22.1.2016, ha richiesto all'Autorità di verificare la regolarità o meno dello svolgimento della procedura di affidamento in oggetto al fine di garantire l'osservanza dei principi sanciti dall'articolo 2 del Codice dei contratti pubblici, segnatamente, il rispetto dei principi di efficacia, di trasparenza, tempestività e correttezza nonché di valutare profili di illegittimità nella condotta tenuta dal Comune di Mazara del Vallo nell'espletamento della gara stessa, in relazione alla mancata prosecuzione delle operazioni di gara



Autorità Nazionale Anticorruzione

ovvero alla mancata conclusione della procedura di gara, per violazione della vigente disciplina legislativa e regolamentare in materia di Contratti pubblici con particolare riguardo allo svolgimento delle procedure di scelta del contraente.

L'Ufficio UVLA, con nota prot. 40087 del 10.3.2016, ha comunicato l'avvio dell'istruttoria nei confronti dell'Amministrazione comunale di Mazara del Vallo e della società Eurotel s.r.l. per la verifica della procedura di affidamento del *project financing* in oggetto e degli atti presupposti e conseguenti nonché per l'accertamento di eventuale pregiudizio per il pubblico erario in relazione ai comportamenti tenuti dalla Stazione appaltante nell'espletamento della propria attività amministrativa.

In riscontro all'avvio istruttorio, la Stazione appaltante con nota del 23.3.2016, acquisita al protocollo Anac n. 48722 del 24.3.2016, ha comunicato *“preliminarmente che la procedura di affidamento in oggetto è stata sostanzialmente interrotta, per come meglio si evince dagli atti elencati ed allegati alla presente, nelle more della revoca definitiva decisa dall'Amministrazione Comunale di Mazara del Vallo per l'impossibilità finanziaria a garantire nei prossimi anni la copertura di spesa prevista in progetto per il servizio integrato di che trattasi e stante che il bando ed il disciplinare di gara prevedevano espressamente la facoltà di revoca della procedura di appalto in oggetto senza alcun diritto dei concorrenti al rimborso spese o quant'altro” (punto VI 3.3 del bando e punto 31 del disciplinare di gara)* ed ha allegato la documentazione a supporto, dall'analisi della quale risulta quanto di seguito riportato.

Il Sindaco del Comune di Mazara del Vallo con nota del 16.4.2012 prot. 23335 indirizzata al Dirigente del 3° Settore LL.PP., riteneva che *“Premesso che da oltre 20 anni la manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione è assicurata da impresa individuale tramite asta pubblica ed al fine di economizzare i costi sostenuti dall'Ente e migliorare la qualità dei servizi offerti ai cittadini, con la presente si dispone l'esecuzione di uno studio preliminare relativo alla possibilità di poter affidare il servizio integrato inerente la gestione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria programmata e straordinaria degli impianti di pubblica illuminazione stradale e degli impianti semaforici, ivi compresa la fornitura di energia elettrica, nonché la progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento normativo, ristrutturazione, riqualificazione ed efficienza energetica degli impianti mediante lo strumento della finanza di progetto (Project Financing) per come previsto dall'art. 153, commi 1 -14, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.”*.

Con Determina del Dirigente del III Settore n.344 del 14.6.2012 veniva nominato il Responsabile unico del procedimento per le fasi della progettazione, affidamento ed esecuzione del servizio integrato in parola; allo stesso veniva conferito l'incarico per la redazione dello studio di fattibilità del servizio integrato come sopra descritto.

Lo Studio di fattibilità richiesto dal Sindaco veniva redatto dal RUP incaricato e, dall'esame dello stesso, per quanto di interesse nella presente istruttoria, si riscontra quanto segue:



Autorità Nazionale Anticorruzione

La consistenza degli impianti di pubblica illuminazione di proprietà del Comune di Mazara del Vallo è pari a circa 7800 corpi illuminanti e circa 90 lanterne semaforiche (gestiti da O.E. individuati con gara pubblica) nonché 500 corpi illuminanti di proprietà Enel (gestiti dalla consociata Enel Sole, a seguito di convenzione). Gli impianti presentano in alcuni tratti delle carenze funzionali, non rispondono alle prescrizioni normative vigenti, per cui si rendono necessari un insieme di interventi atti a salvaguardare la pubblica e privata incolumità e a garantire l'efficienza operativa.

Gli impianti di proprietà comunale sono abbastanza eterogenei poiché realizzati in epoche differenti; alcuni impianti, di recente realizzazione, impiegano armature e lampade con alta efficienza energetica, altri impianti più vetusti presentano armature inadeguate o danneggiate, sostegni con evidenti tracce di ammaloramento per corrosione e anomalie nelle linee di alimentazione e nei quadri di comando e controllo.

Gli esistenti impianti di proprietà Enel, principalmente localizzati nelle zone del centro storico, sono impianti più vetusti per i quali l'amministrazione intende prevedere il completo rifacimento, previa dismissione dei vecchi impianti e cessazione della convenzione per la loro gestione con Enel Sole (consociata Enel).

Lo Studio di fattibilità prevedeva, quindi, interventi di messa in sicurezza, riqualificazione ed efficientamento energetico sugli impianti di pubblica illuminazione, con l'obiettivo di rilevare le possibilità di ottenere, ricorrendo alla formula della finanza di progetto, una proposta da parte di un partner privato il quale sostenga i costi di investimento necessari per la realizzazione degli interventi sinteticamente sopra esposti e, ottimizzando i consumi di energia e i costi manutentivi, riesca a remunerare il proprio investimento senza onere aggiuntivo per l'Amministrazione. La valutazione economica ha posto il suo fondamento considerando i costi storici di gestione, manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché i costi di fornitura di energia sostenuti dall'Amministrazione nell'anno 2010.

Con Delibera di Giunta Municipale n. 96 del 27.7.2012 veniva approvato lo studio di fattibilità redatto dal RUP e veniva dato mandato al Responsabile del procedimento ed al Dirigente del III Settore di provvedere a tutti gli adempimenti di competenza.

Dalla predetta deliberazione emerge che la Giunta con l'approvazione dell'atto intendeva risolvere compiutamente le esigenze di pubblico interesse che ne hanno determinato la redazione. Infatti, nelle motivazioni poste a supporto della delibera, si evidenzia quanto segue:

- da circa 20 anni il servizio di manutenzione degli impianti elettrici di pubblica illuminazione, semaforici ed edifici comunali erano assicurati da imprese aggiudicatrici soltanto tramite l'espletamento di pubblici incanti;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- L'amministrazione comunale al fine risolve compiutamente le esigenze di pubblico interesse economizzando i costi e migliorando la qualità del servizio prestato dalle imprese aggiudicatrici, con direttiva sindacale prot. gen. 23335 del 16.4.2012, aveva disposto la redazione di uno studio di fattibilità al fine di utilizzare lo strumento della finanza di progetto (*project financing*) per come previsto dall'art.153, commi 1-14 del D.lgs. 163/2006 e s.m.i., per la manutenzione e gestione degli impianti di pubblica illuminazione e semaforici.

Con Deliberazione del Consiglio Comunale n. 122 del 12.11.2012 veniva approvato il Programma triennale delle opere pubbliche 2012-2014 e l'elenco dei lavori da realizzare nell'anno 2012; nel Programma triennale è stato inserito l'intervento di *project financing* in parola al n. 74 – tipologia 7.

Con Deliberazione del Consiglio Comunale n. 124 del 14.11.2012 veniva approvato il Bilancio pluriennale 2012-2014 che prevedeva la copertura finanziaria del servizio di che trattasi.

Con Deliberazione di G.M. n. 49 del 27.3.2013 veniva adottato il programma triennale delle opere pubbliche 2013/2015 che confermava l'inserimento del *project financing* e l'elenco annuale dei lavori da realizzare nell'anno 2013.

Con Determina del Dirigente del III Settore n. 783 del 18.11.2013 - Determina a contrarre – veniva approvato il Bando di gara, il disciplinare di gara ed i rispettivi allegati, veniva disposto di indire il pubblico incanto mediante procedura aperta di cui all'art. 153 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. con criterio di scelta del contraente all'offerta economicamente più vantaggiosa; nelle premesse della citata determina veniva dato atto che la spesa annua da impegnare per il *project financing* di che trattasi ammontava ad € 1.360.000,00 annui [differentemente rispetto a quanto indicato nello Studio di fattibilità che aveva indicato in € 1.330.000,00 il fabbisogno finanziario] con imputazione ai capitoli 4161 e 4162 dell'esercizio finanziario 2013 e che l'impegno della copertura del *project financing* doveva essere prevista nei bilanci pluriennali successivi attesa la previsione della durata trentennale della concessione.

Con nota del 19.2.2014 prot.11998 veniva comunicato dall'ufficio gare ed appalti del Comune la trasmissione del bando di gara in parola per la sua pubblicazione sul sito comunale fino al giorno 5.5.2014, termine di scadenza per la presentazione delle offerte, nonché sulla G.U.R.I e sulla G.U.U.E..

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. in data 28 febbraio 2014, il Comune di Mazara del Vallo indicava la procedura aperta di *project financing* per l'affidamento del servizio in parola.

La società Eurotel s.r.l. presentava la propria offerta entro il termine previsto, non venivano presentate ulteriori offerte.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Con nota del 13.5.2014 prot. n.32601 il RUP richiedeva al Dirigente del III Settore LL.PP. la nomina del Presidente della Commissione di gara nonché di richiedere all'UREGA di Trapani il sorteggio della nomina dei due componenti per la predetta Commissione di gara.

Con Determina Sindacale n. 96 del 16.5.2014 veniva nominato il Presidente della Commissione di gara, Dirigente del III Settore del Comune.

Con nota a firma del Sindaco del 17.5.2014 prot. n. 33482 veniva richiesto all'UREGA di Trapani ai sensi dell'art.12 del DPRS n. 13/2012 di procedere al sorteggio ai fini della designazione di un esperto in materia giuridica (Sezione A) ed un esperto nel settore ingegneria elettrotecnica (Sezione I.A.03) di cui all'allegato "Z1" del DM n.143 del 31.10.2013.

Con nota del 22.5.2014 l'UREGA di Trapani richiedeva al Sindaco ed al RUP chiarimenti in merito all'esatta individuazione della Sezione dell'esperto in ingegneria elettrotecnica occorrente di cui all'Albo regionale approvato con DDG n. 2877 del 22.10.2012 da sorteggiare quale componente nella Commissione di gara ex art.8 L.R. n.12/2011 comma 6.

Con nota del 20.6.2014 prot. n. 40558 il RUP sollecitava il Presidente di gara nominato a riscontrare la nota dell'UREGA in merito ai chiarimenti richiesti.

Con nota del 1.7.2014 prot. 43325 il Presidente della Commissione di gara riscontrava la nota dell'UREGA fornendo i chiarimenti richiesti.

Con nota del 14.7.2014 prot. 121513 l'UREGA di Trapani comunicava al Presidente di gara i nominativi estratti con sorteggio in seduta pubblica dei due componenti esperti da inserire nella Commissione in adempimento al comma 6 dell'art.8 della L.R. n.12/2011.

Dagli atti acquisiti alcuna attività risulta essere stata espletata dalla Commissione di gara e dall'Amministrazione comunale.

Con nota del 12.11.2015 prot. 69774 il Presidente di gara richiedeva al neo Dirigente del III Settore, informando anche il Sindaco, l'Assessore ai LL.PP., il Segretario Generale ed il RUP, di avere una formale direttiva circa le sorti della gara, attese le disposizioni verbali di soprassedere alla stessa, per evitare eventuali responsabilità derivanti dall'inerzia dell'Ufficio; alla predetta nota non veniva fornito riscontro.

Con istanza del 18.1.2016 il legale della Eurotel S.r.l. diffidava il Comune di Mazara del Vallo nelle persone del RUP e del Sindaco p.t. a porre in essere senza alcun ulteriore indugio tutti gli atti e le attività correlate all'espletamento delle procedure di gara.

Con nota del 21.1.2016 il legale della Eurotel S.r.l. comunicava all'Amministrazione comunale di aver presentato segnalazione/esposto all'Autorità Nazionale Anticorruzione relativamente alla mancata prosecuzione delle operazioni di gara di che trattasi.



Autorità Nazionale Anticorruzione

A seguito della diffida e della segnalazione all'ANAC, con nota del 21.1.2016 prot. n. 4072 il Presidente di gara comunicava al Sindaco, all'Assessore ai LL.PP., al Dirigente del III Settore del Comune, al RUP, al Segretario Generale e all'Ufficio Avvocatura comunale che “...atteso che, per notizie informalmente assunte, è intendimento dell'Amministrazione Comunale soprassedere all'espletamento della gara stante l'impossibilità a dare copertura di spesa all'importo di € 1.360.000,00, oltre IVA, quale canone annuo per un periodo di trenta anni per il servizio di che trattasi; considerato che il Dirigente di questo Settore ha verbalmente disposto allo scrivente di non procedere all'espletamento della gara in quanto, da una riunione avutasi presso il Gabinetto del Sindaco, si è addivenuti alla decisione di annullare la gara in quanto l'Amm.ne Com.le non aveva la possibilità di dare attuazione all'affidamento del servizio integrato di che trattasi; dato atto che questa funzione, con nota prot. n. 69774 del 12.11.2015, ha sollecitato la Dirigenza in indirizzo a formalizzare con propria disposizione l'annullamento della gara al fine di definire la sorte della procedura ed evitare eventuali responsabilità derivanti dall'inerzia dell'ufficio; per quanto sopra esposto, il sottoscritto attende direttive al riguardo onde dare idonea risposta alla diffida assegnatagli”.

Con nota del 23.1.2016 prot. 4654 il RUP invitava il Presidente di gara a porre in essere gli urgenti adempimenti conseguenziali a riscontrare la diffida della società Eurotel s.r.l..

Con nota prot. n. 4941 del 25.1.2016 il Sindaco comunicava al Presidente di gara e per conoscenza al Dirigente III Settore e al R.U.P. che “con riferimento alle Sue note prot. n. 69774 del 12.11.2015 e prot n. 4072 del 21.1.2016 ed alla diffida pervenuta via pec da parte della ditta Eurotel S.r.l, si porta a conoscenza della S.V. che già da tempo, a seguito di una specifica riunione tenutasi presso l'Ufficio di Gabinetto con il Dirigente del III Settore e con il R.U.P. in indirizzo, questa Amministrazione, dopo oggettive valutazioni, per motivi di opportunità e, soprattutto, per l'impossibilità finanziaria a garantire nei prossimi anni la copertura di spesa prevista in progetto per il servizio integrato di che trattasi, è giunta alla determinazione di non dare attuazione all'affidamento del servizio indicato in oggetto. Per quanto sopra la S.V. può ritenersi sollevata dall'incarico di cui alla determina sindacale n.96 del 31.1.2014.

Il R.U.P. predisporrà gli atti che il Dirigente del III Settore andrà a proporre alla G.M. per il conseguente atto di annullamento della gara in oggetto. Successivamente il R.U.P. avrà cura di dare notizia della delibera di annullamento della gara all'U.RE.G.A. di Trapani ed ai componenti esterni da quest'ultimo designati per gli adempimenti conseguenti nonché dare riscontro alla diffida presentata dalla Eurotel S.r.l.”.

Con nota del 26.1.2016 prot. n. 5127 l'ufficio Avvocatura richiedeva al RUP una dettagliata relazione in merito alle determinazioni già adottate inerenti la gara in questione.

Con nota del 27.1.2016 prot. n. 5645 il Segretario Generale, associandosi alla richiesta dell'ufficio Avvocatura, richiedeva al RUP una dettagliata relazione in merito alle determinazioni già adottate inerenti la gara in questione.

Con nota del 11.2.2016 prot. n. 8976 il RUP inviava le relazioni richieste al Segretario Generale, all'ufficio Avvocatura, al Dirigente del III Settore e per conoscenza al Sindaco facendo presente di aver



Autorità Nazionale Anticorruzione

già provveduto in ottemperanza alle disposizioni impartite dal Sindaco a trasmettere la documentazione al Settore LL.PP. onde consentire la predisposizione della proposta alla G.M. per l'annullamento della gara.

Con atto deliberativo della Giunta Comunale n. 22 del 3.3.2016 è stato approvato l'atto di indirizzo per la revoca della procedura di gara di che trattasi proposto dal RUP con il quale si incarica il Presidente di gara di procedere alla revoca della gara di che trattasi, di comunicare la suddetta decisione all'UREGA ed agli esperti nominati, di dare notizia dell'avvenuta revoca della gara mediante pubblicazione all'albo pretorio on line sul sito del Comune, nonché di comunicare ai sensi dell'art. 79 comma 5b-bis del D.Lgs. 163/2006 la revoca della gara del servizio in argomento alla ditta Eurotel s.r.l.; l'atto deliberativo di cui sopra veniva, quindi, pubblicato sul sito del Comune ed impugnato innanzi al TAR Palermo dal legale della società Eurotel s.r.l.. Dal corpo della delibera possono rilevarsi quali motivazioni poste a base della decisione quelle riportate nella nota del Sindaco prot. 4941 del 25.1.2016 ovvero "motivi di opportunità" e soprattutto "l'impossibilità finanziaria a garantire nei prossimi anni la copertura di spesa prevista in progetto" nella considerazione che i "provvedimenti comportanti una spesa siano adottati soltanto in presenza di una copertura finanziaria". Detto atto è stato ritenuto legittimo nell'esercizio del generale potere, riconosciuto all'Amministrazione dall'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990, di revocare un proprio precedente provvedimento amministrativo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, oppure nel caso di un mutamento della situazione di fatto, o infine di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario nonchè in linea con la recente sentenza del Consiglio di Stato Sez. III 13 aprile 2011 n. 2291, secondo la quale, con riguardo alle procedure ad evidenza pubblica, "*... E' legittimo il provvedimento della stazione appaltante che procede, in autotutela, alla revoca dell'intera procedura di gara ritenendo motivatamente, in una fase non ancora definita della procedura di gara, ancora prima del consolidarsi delle posizioni delle parti e quanto il contratto non era stato ancora concluso, che assumesse prevalenza l'interesse economico dell'Amministrazione, tale da giustificare la revoca della gara*".

Con nota del 19.3.2016 prot. n. 18527 il Presidente di gara, riferendosi alla Deliberazione di G.M. n. 22 del 3.3.2016, comunicava al Sindaco, al Segretario Generale, all'Assessore LL.PP., al Dirigente del III Settore e per conoscenza all'ufficio Avvocatura ed al RUP che "*Con riferimento all'atto di Deliberazione della Giunta Municipale n. 22 del 3.3.2016 avente ad oggetto la revoca della procedura di gara per l'appalto in questione – Atto di Indirizzo, il sottoscritto, destinatario dell'atto di indirizzo de quo, manifesta qualche perplessità in proposito in quanto non ritiene che possa rientrare nelle competenze del Presidente di gara la facoltà di revocare la gara di che trattasi per le motivazioni riportate nell'atto di GM, stante che tale decisione esula dalle funzioni specifiche del Presidente nell'ambito della procedura di gara.*



Autorità Nazionale Anticorruzione

La revoca della gara potrebbe trovare fondamento, a parere dello scrivente, nell'annullamento in autotutela da parte della Giunta Municipale della deliberazione n. 96 del 27.7.2012 (approvazione studio di fattibilità) come anticipato dallo stesso Segretario Generale e, a seguire, in nuova determina dirigenziale che annulla la precedente determina dirigenziale n. 783 del 18.11.2013 (determina a contrarre).

Nel caso in cui la S.V. intendesse approfondire la questione al fine di fugare ogni dubbio in proposito e stabilire quale sarebbe il corretto procedimento da seguire, si coglie l'occasione per chiedere alla S.V. l'indizione di una riunione con tutti i Soggetti in indirizzo, incluso lo scrivente, per un costruttivo confronto nel merito”.

L'Ufficio UVLA, preso atto degli intendimenti dell'Amministrazione comunale con riferimento ai quali, tuttavia, non erano pervenuti ulteriori atti amministrativi, con nota dell'8.4.2016 prot. n. 56963 richiedeva ai soggetti interessati del Comune di Mazara del Vallo di conoscere i provvedimenti adottati in relazione alla procedura in oggetto ai fini dell'istruttoria in corso.

Con istanza acquisita al prot. ANAC n. 57347 dell'11.4.2016, il legale rappresentante della società Eurotel s.r.l., nel comunicare di aver presentato ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale di Palermo per l'annullamento dell'atto di indirizzo di cui alla Deliberazione di G.M. n. 22 del 3.3.2016, richiedeva all'ufficio UVLA un'audizione, ai sensi dell'art. 13 del “Regolamento di vigilanza e accertamenti ispettivi nel settore dei contratti pubblici”. L'audizione si teneva in data 20.4.2016 presso l'Ufficio vigilanza lavori previa convocazione della parte con nota prot. n. 59221 del 13.4.2016. Nel corso dell'audizione il legale rappresentante della società, nel contestare le motivazioni addotte nell'atto di indirizzo per la revoca della procedura di gara di che trattasi di cui alla delibera di Giunta Comunale n. 22 del 3.3.2016 rappresentava, allegando documentazione a supporto delle dichiarazioni rese nel corso dell'audizione, che:

- il Comune di Mazara del Vallo è dotato delle risorse economiche necessarie per far fronte all'affidamento oggetto della gara, sia in ragione degli stanziamenti a suo tempo messi in bilancio e quali considerati nel piano triennale, sulla scorta del costo storico di gestione manutenzione ordinaria e straordinaria e fornitura di energia sostenuti negli anni pregressi, e sia perché negli anni 2014 e 2015 ha comunque proceduto ad analoghi affidamenti, anche diretti, oltre all'approvvigionamento di energia elettrica nei confronti dell'ente erogatore siciliano;
- a fine dell'anno 2014, il Comune di Mazara del Vallo ha indetto una gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire sugli impianti semaforici e di illuminazione pubblica di proprietà comunale per un importo sotto soglia pari ad € 42.672,55; parimenti, ha indetto altra procedura per l'affidamento di analoghi lavori ordinari e straordinari, sempre nell'anno 2014, per un importo a base d'asta di € 116.532,13;
- nell'anno 2015, il medesimo Comune ha indetto altra analoga gara;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- nell'anno 2016 con determinazione del dirigente del III Settore - Servizi alla città e alle imprese n. 95 del 16.2.2016, il Comune ha nominato un RUP al fine di procedere ad un nuovo affidamento di lavori per le opere di urbanizzazione, lavori tra i quali rientrano anche gli impianti elettrici con evidenziazione che la copertura finanziaria può essere assicurata con residui mutui stipulati con la Cassa Depositi e Prestiti con un totale esposto di € 1.201.418,97;
- è sospetta la tempistica degli atti amministrativi adottati dall'Amministrazione comunale atteso che il Comune di Mazara del Vallo aveva adottato la delibera di "atto di indirizzo" n. 22 del 3.3.2016 (revoca della procedura di gara) subito dopo che l'impresa Eurotel s.r.l. – unica partecipante alla procedura di gara di *Project financing* - aveva diffidato il RUP e il Sindaco del Comune (dopo il lungo lasso di tempo trascorso) a concludere la procedura concorsuale ed aveva comunicato alla medesima Amministrazione comunale di aver presentato esposto all'ANAC per la verifica del corretto svolgimento della procedura di gara in questione.

Al fine di concludere il procedimento istruttorio in oggetto, sulla base di quanto emerso nel corso dell'audizione nonché degli ulteriori elementi emersi dall'esame dello studio di fattibilità posto a base della procedura di gara in parola, l'Ufficio UVLA, con nota prot. 68527 del 29.4.2016, richiedeva al Comune di Mazara del Vallo di fornire ulteriori informazioni al riguardo e la seguente documentazione:

- gli atti di affidamento disposti nell'anno 2014, 2015 e 2016, avvenuti in pendenza dello svolgimento della procedura di *Project financing* in questione;
- il contratto in essere con la società Enel Sole;
- i bilanci di fine esercizio e i documenti fiscali ovvero fatture afferenti la fornitura di energia elettrica sempre del periodo 2014/2016.

In riscontro alla nota dell'Ufficio UVLA prot. 56963 del 8.4.2016, il Comune di Mazara del Vallo con nota sottoscritta dal Sindaco e dal Vice Sindaco, acquisita al prot. ANAC n. 64744 del 22.4.2016 rappresentava quanto segue:

- la volontà dell'Amministrazione comunale di non dare attuazione all'affidamento del servizio in questione, a seguito di oggettive valutazioni, per le motivazioni meglio specificate nel prosieguo;
- come stabilito dal Bando di gara parte VI.3) Informazioni complementari, al punto 3) la Stazione appaltante si era già riservata sia la facoltà di differire, spostare e revocare il presente procedimento di gara, senza alcun diritto dei concorrenti a rimborso spese o quant'altro; al successivo punto 4) l'Amministrazione, per motivi di pubblico interesse, si era riservata la facoltà di revocare la presente gara di appalto senza che le imprese



Autorità Nazionale Anticorruzione

partecipanti potessero accampare diritti di sorta e senza alcun rimborso per eventuale spesa sostenuta; il Disciplinare di gara ha previsto che tra i documenti da allegare all'istanza di partecipazione, a pena di esclusione, ci fosse anche la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà contenente - tra l'altro - la dichiarazione di accettare senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e le disposizioni contenute nel bando di gara (v. pag.11 lett. p);

- l'Amministrazione ha formalizzato tale volontà sia con la direttiva Sindacale prot. n. 491 del 25.01.2016, sia con la Deliberazione della Giunta Municipale n. 22 del 3.3.2016;
- alla luce della nota a firma del Presidente di gara prot. n 18527 del 19.3.2016, l'Amministrazione ha approfondito la questione sotto i diversi profili, rilevando alcuni vizi di legittimità che si ritiene debbano prontamente essere sanati, regolarizzando di tal guisa l'azione amministrativa. Ha pertanto già dato incarico al RUP di curare l'istruttoria per l'adozione dei seguenti provvedimenti, avvalendosi del conforto tecnico-giuridico del Segretario generale e dell'avvocatura comunale:

- a) proposta di deliberazione da sottoporre urgentemente alla Giunta municipale per la Revoca/Annullamento, in autotutela, della deliberazione G.M. n. 96/2012 (approvazione Studio di Fattibilità), sia per "*motivi opportunità*" sia per "*ragioni di legittimità*". L'Amministrazione comunale, infatti, legittimamente ha rivisto la precedente volontà di affidare il servizio in questione per una durata trentennale e ciò sulla base di una diversa e ponderata valutazione circa l'opportunità di vincolare il comune per un considerevole lasso di tempo (30 anni) con l'obbligo di affrontare un'ingente spesa della quale non avrebbe potuto assicurare la copertura finanziaria, stante lo scenario economico-finanziario in cui versano gli Enti locali. Tale spesa ad un primo esame dello studio di fattibilità (redatto sui dati dell'ultimo quinquennio 2007/2011), appariva nell'immediato conveniente, ma la stessa nel tempo si è rivelata onerosa, tenuto conto anche delle riduzioni dei costi conseguenti al progresso tecnologico che, con molta probabilità, sarebbe approdato a tecniche innovative più economiche nella gestione del servizio. L'esperienza nel campo delle tecnologie, in costante mutamento, fa presumere con ragionevole certezza che ciò possa concretamente avverarsi e rendere estremamente pregiudizievole e rischioso per la comunità mantenere in vita un servizio così oneroso, a danno dell'intera collettività amministrata. Da qui la riflessione politica, legittima e sollecitata da più parti, di rivedere la precedente volontà di vincolarsi per trent'anni, impegnando il bilancio dell'ente per oltre 40 milioni di euro.

L'approvazione della giunta municipale di detta proposta, comporterà conseguentemente la decadenza di tutti i provvedimenti amministrativi alla stessa connessi e segnatamente: DD



Autorità Nazionale Anticorruzione

III settore n. 344/2012 di nomina del RUP - DD III settore n. 783/2013 Determinazione a contrarre, Approvazione bando, disciplinare di gara, allegati ed indizione pubblico incanto - DS n.94/2014 di nomina del Presidente di gara.

- b) proposta di deliberazione da sottoporre urgentemente alla Giunta municipale per l'annullamento, in autotutela, della deliberazione G.M. n. 22 del 3.3.2016, per vizi di legittimità (nella fattispecie "incompetenza relativa"), non potendo invero la Giunta Municipale, con un mero atto di indirizzo politico, incaricare il Presidente di gara di adottare atti e provvedimenti che esulavano dalla sua sfera di competenza. Si ribadisce infatti che la commissione di gara non si è mai insediata e che il procedimento di gara non è mai stato avviato.

Rispetto alla documentazione richiesta non venivano inviati dall'Amministrazione comunale i bilanci consuntivi di fine esercizio e i documenti fiscali ovvero fatture afferenti la fornitura di energia elettrica per gli anni 2015/2016.

In riferimento al dato per l'anno 2015, il Dirigente del II Settore ha precisato che la Società fornitrice (ENI S.p.A.) non ha fatto pervenire all'Ente comunale la fatturazione dei consumi di energia elettrica riferita all'anno 2015. Per l'anno 2016 hanno fornito dati parziali.

Con successiva nota, acquisita al protocollo ANAC n.75378 del 11.5.2016, la Stazione appaltante inviava:

- l'atto deliberativo di G.M. n. 70 del 10.5.2016 concernente revoca/annullamento in autotutela della Delibera di G.M. n. 96 del 27.7.2012 recante "approvazione studio di fattibilità del servizio integrato in oggetto" con il quale viene dato atto che il provvedimento comportava anche la decadenza di tutti gli atti conseguenti alla deliberazione di G.M. 96/2012 essendo, lo stesso, atto di indirizzo per gli atti connessi; inoltre, viene demandata al Dirigente del III Settore la revoca della Determinazione Dirigenziale a contrarre n. 783/2013. Le motivazioni poste a fondamento dell'atto deliberativo n. 70 del 10.5.2016 ripercorrono quelle dell'atto di indirizzo di cui alla delibera n. 22 del 3.3.2016 ulteriormente specificate come di seguito:
- 1) avere un servizio migliore e finanziariamente sostenibile, una visione di sistema dell'illuminazione pubblica, affiancare alle tecnologie più efficienti la gestione intelligente dell'impianto che permetta risparmi significativi per la collettività;
 - 2) nuove tecnologie in materia di illuminazione pubblica e di risparmio energetico nonché nuovi sistemi di illuminazione, tendenti a garantire la massima efficienza energetica, nonché l'applicazione di modalità più economiche nella gestione del servizio in questione;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- 3) l'impossibilità a poter assicurare la copertura finanziaria al servizio in questione, in relazione alle difficoltà economiche in cui versano gli enti locali, ha portato l'Amministrazione ad una diversa e ponderata valutazione circa la opportunità di vincolare il Comune per una durata trentennale con una incidenza di una ingente spesa;
- 4) il potere riconosciuto dall'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 alle amministrazioni di revocare un proprio precedente provvedimento amministrativo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, oppure nel caso di un mutamento della situazione di fatto, o infine di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

- l'atto deliberativo di G.M. n. 73 del 10.5.2016 avente ad oggetto "Approvazione progetto tecnico esecutivo dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire sugli impianti semaforici e di illuminazione pubblica di proprietà comunale" sulla scorta di un progetto tecnico esecutivo redatto dal RUP incaricato anche della progettazione e direzione lavori con Determina Dirigenziale del III Settore n. 126 del 2.3.2016 al fine di risolvere compiutamente le esigenze di pubblico interesse che ne hanno determinato la sua redazione.

Con altre note, acquisite al protocollo ANAC n.74497 del 10.5.2016, n. 77269 del 13.5.2016, n. 81253 del 20.5.2016 e n. 81251 del 20.5.2016 il RUP riscontrava ulteriormente quanto richiesto dall'Ufficio UVLA con nota prot. 68527 del 29.4.2016 e sollecitato per le vie brevi.

Con l'ultima nota, in particolare, la Stazione appaltante inviava l'atto deliberativo n. 76 del 13.5.2016 avente ad oggetto l'annullamento in autotutela dell'atto di indirizzo, adottato in precedenza, di cui alla Deliberazione di G.M. n. 22 del 3.3.2016 concernente la revoca della procedura di gara in parola; la motivazione addotta per l'annullamento dell'atto sopra indicato attiene ai rilevati "vizi di illegittimità (nella fattispecie incompetenza relativa)" ed all'intervenuta impugnativa innanzi al TAR Sicilia proposta dal legale della società Eurotel s.r.l.

Con nota prot. n. 103075 del 4.7.2016 venivano comunicate al Sindaco del Comune di Mazara del Vallo, al RUP del Comune di Mazara del Vallo e alla società Eurotel s.r.l. le risultanze istruttorie disposte dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 28.6.2016.

Con la citata comunicazione sono state contestate le seguenti fattispecie:

- 1) la procedura di affidamento in oggetto si è protratta per 24 mesi e il comportamento tenuto dall'amministrazione comunale è apparso in contrasto con il principio di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché con i principi di efficacia, di trasparenza, tempestività e correttezza sanciti dall'articolo 2 del Codice dei contratti pubblici. Infatti solo a seguito della diffida e/o esposto all'Autorità, l'Amministrazione ha adottato atti tendenti alla revoca



Autorità Nazionale Anticorruzione

della procedura di gara, esponendo l'Amministrazione comunale ad un contenzioso tuttora pendente;

- 2) gli appalti aggiudicati dal Comune di Mazara del Vallo mediante procedure negoziate e somme urgenze per un totale di € 988.751,42, dal febbraio 2014 al maggio 2016, non appaiono coerenti con l'esigenza manifestata dall'Amministrazione di conseguire una "visione di sistema" dell'illuminazione pubblica e degli impianti semaforici finalizzata al risparmio per la collettività;
- 3) con la revoca del *project financing*, il Comune di Mazara del Vallo manterrebbe in vita la convenzione con Enel Sole, prorogata automaticamente anno per anno su accordi sottoscritti ben 41 anni fa (marzo 1975), che non è in linea con le previsioni di cui alla delibera ex AVCP n. 110/2012 e non risolve il problema della dismissione e del rifacimento dei vecchi impianti di proprietà Enel.

Con nota prot. ANAC n. 115003 del 29.7.2016 il Sindaco del Comune di Mazara del Vallo ha controdedotto sulle contestazioni formulate comunicando quanto segue:

- 1) *"Il protrarsi di circa 24 mesi della procedura di affidamento è derivato dal fatto che essendo pervenuta una sola offerta, l'Amministrazione comunale ha avuto non poche perplessità sulla opportunità di vincolarsi per 30 anni e di proseguire le procedure di gara, benchè il bando prevedeva la possibilità anche in presenza di una sola offerta la gara fosse valida. Da una più attenta riflessione, sollecitata da più parti politiche ci si è interrogati come mai fosse pervenuta una sola offerta per una gara così economicamente rilevante aperta anche a livello europeo, la cui cospicuità faceva presumere una ampia partecipazione. Non può non sottolinearsi che l'Amministrazione Comunale tali perplessità le ha manifestate alla stessa impresa nel corso di un incontro tenutosi al Palazzo Comunale di Mazara del Vallo tra il Sindaco e i rappresentanti legali dell'impresa. Nel corso di tale incontro nello specifico il Sindaco ha rappresentato che nell'arco di 30 anni l'investimento sarebbe divenuto eccessivamente oneroso e pertanto antieconomico e ciò in ragione dei presumibili riduzione dei costi conseguenti al progresso tecnologico, che con molta probabilità sarebbe approdato a tecniche innovative più economiche della gestione del servizio. Ciò a distanza di poco tempo è effettivamente avvenuto con la diffusione in commercio della tecnologia LED. Da qui nasce la reale riflessione politica che ha portato l'Amministrazione Comunale a rivedere la propria precedente determinazione. Giova aggiungere che nel corso dell'incontro il Sindaco ha prospettato all'impresa la possibilità di ridurre il vincolo della durata della convenzione a nove anni, previa indizione di una nuova gara, con conseguente, annullamento di quella indetta. L'Amministrazione Comunale, dunque, non ha fatto altro che avvalersi della facoltà di recesso prevista al punto 4 sez. 6 punto 3 del bando di gara, che ad ogni buon fine in stralcio si allega che così recita "La stazione appaltante si riserva di differire, spostare o revocare il presente procedimento di gara, senza alcun diritto dei concorrenti a rimborso spese o quant'altro, nonché di verificare la legittimità delle operazioni di gara e di approvarne le risultanze". Tali argomentazioni che verranno ulteriormente chiarite dal Sindaco, in sede di audizione, apparivano quindi congrue motivazioni nel sostenere la opportunità di rivedere la precedente determinazione di esperire una gara*



Autorità Nazionale Anticorruzione

per l'affidamento di un servizio per la durata di anni 30. In buona sostanza la revoca adottata soddisfa l'interesse pubblico perseguito dalla pubblica amministrazione la quale ha ritenuto di vincolarsi per un tempo così durevole l'Ente;

- 2) Contrariamente alla censura di anti economicità degli appalti affidati mediante procedura negoziata per un totale di € 988.751,42 le aggiudicazioni hanno comportato delle spese inferiori a quelle previste nello studio di fattibilità, oggetto del project financing;*
- 3) L'Amministrazione Comunale è consapevole che dovrà procedere alla revoca della convenzione con Enel Sole, tuttavia deve rilevarsi che ciò non è stato ancora fatto perché gli impianti oggetto della convenzione sono di proprietà della stessa Enel Sole.*

Tanto a giustificazione della legittimità e della comunque opportunità della intervenuta revoca della gara in quanto corrispondente al prevalente interesse pubblico”.

Con nota prot. ANAC n. 130304 del 8.9.2016 la società Eurotel s.r.l., tramite il proprio legale, ha comunicato quanto segue:

“Solo in sede di comunicazione delle risultanze istruttorie, la Società Eurotel è venuta a conoscenza della delibera di giunta n. 76 del 13.5.2016 con la quale il Comune di Mazara del Vallo avrebbe disposto l'annullamento in autotutela della deliberazione di G.M. n. 22 del 3.3.2016 (per il che, si è vista costretta a proporre ulteriore atto di motivi aggiunti avanti il Tar per la Sicilia).

Poiché tale delibera (così come pure quella n. 73 del 10 maggio 2016) non è stata mai comunicata alla impresa interessata e poiché tutte le delibere tese al ritiro degli atti in autotutela (revoca/ annullamento d'ufficio) - peraltro adottate soltanto a seguito dell'esposto presentato dalla sottoscritta Impresa Eurotel - rivelano scelte imposte dall'organo politico, con un inammissibile straripamento di potere e comunque conseguente illegittimità per violazione dei principi generali che dovrebbero presiedere lo svolgimento delle gare di evidenza pubblica e delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di contratti pubblici, oltre a dare atto di elementi di fatto non rispondenti alle realtà così come emerge dalle stesse risultanze istruttorie raggiunte dal competente Ufficio Vigilanza Lavori. Nel rammentare che trattasi di procedimento concorsuale con unica partecipante (la S.r.l. Eurotel) rimasto in una situazione di paralisi per oltre due anni dalla data di sua indizione, senza che la Commissione giudicatrice abbia dato inizio ai propri lavori ovvero proceduto allo spoglio della (unica) offerta in ragione delle interferenze poste in essere dal Sindaco laddove ha palesato la propria arbitraria volontà di non procedere più all'affidamento in questione, preme dunque ribadire che gli atti della gara che hanno formato oggetto di revoca/ annullamento d'ufficio soltanto a seguito ed in dipendenza dell'iniziativa intraprese dalla Società Eurotel sia in sede stragiudiziale, mediante la notifica di apposita diffida alla prosecuzione e completamento del procedimento selettivo, sia in sede giurisdizionale con la presentazione del ricorso avanti il Tar per la Sicilia - Palermo ed ancora sia in sede di verifica avanti l'Autorità Nazionale Anticorruzione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Dunque, l'offerta dell'unico concorrente non è stata scrutinata esclusivamente per mero volere dell'organo politico, che solo dopo aver assistito alle iniziative intraprese dalla impresa Eurotel (la quale ha consolidato il proprio legittimo affidamento in ordine al persistente interesse della medesima Amministrazione alla prosecuzione ed allo svolgimento della procedura concorsuale per essere stata mantenuta in vita per oltre un biennio), ha dato impulso ad una serie di atti di ritiro della procedura di gara. Significativa, in tal senso, è la circostanza (ben evidenziata nella nota dell' Autorità Nazionale Anticorruzione di comunicazione delle proprie risultanze istruttorie, all'esito di un approfondito esame della documentazione prodotta dalla stessa Amministrazione) che gli atti di ritiro in autotutela sono stati adottati a partire dal 3 marzo 2016, e cioè a distanza di oltre un mese dalla lettera (del 18 gennaio 2016) con la quale la s.r.l. Eurotel ha sollecitato la conclusione della procedura concorsuale e dalla lettera (del 20 gennaio 2016) con cui la medesima Impresa ha comunicato di avere presentato apposita segnalazione all'Autorità per l'esercizio delle proprie attività di verifica ed eventuale potere sanzionatorio.

Le risultanze istruttorie per come emergono dalla nota di codesta Autorità in data 4 luglio 2016 rivelano una non corretta conduzione del procedimento di gara, ancor più grave ed evidente ove si considerino i numerosi appalti, anche frazionati, frattanto disposti dalla stessa Amministrazione comunale per l'affidamento di appalti di oggetto pressoché analogo a quello dell'intervento programmato e posto a base della procedura aperta di project financing della gara poi revocata, così come peraltro anche allegato e comprovato da essa stessa Amministrazione nell'ambito della presente procedura; affidamenti, questi, cui ha fatto fronte con proprie risorse economiche quali previste e stanziare nei Piani annuali e triennali approvati dalla Giunta, sicché la non veridicità di quanto asserito, ed anzi la dimostrazione del proprio intendimento di voler orientare la presente gara, annullandola, nella chiara consapevolezza che unicamente l'operatore economico Eurotel s.r.l. ha presentato offerta”.

In riscontro alle richieste avanzate dalla Stazione appaltante e dall'Esponente, il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 21.9.2016 ha sentito in audizione i rappresentanti dell'Amministrazione comunale e della società Eurotel s.r.l..

Il Sindaco del Comune e il proprio legale, nel riportarsi alle controdeduzioni in atti hanno ribadito che “*la ragione per la quale non si è proseguito nell'iter della gara era l'esistenza di una sola offerta e la durata particolarmente lunga del contratto, che non consentiva alcuna valutazione di tipo qualitativo. Nel tempo trascorso fino alla revoca, l'Amministrazione ha incontrato il Responsabile della ditta offerente per provare a verificare se si potesse trovare una soluzione, atteso che il Comune, per ragioni di trasparenza, non riteneva che in una gara di tale importo si potesse assegnare l'appalto in presenza di un'unica offerta. Evidenzia che il bando, al punto 3, consentiva all'Amministrazione di spostare e prorogare l'aggiudicazione della gara”.*

L'esponente, nel riportarsi alle memorie depositate in atti, ha evidenziato che “*in una sola occasione vi è stato un incontro con il Sindaco e che nel corso di quell'incontro non si discusse di alcun tentativo di trovare una soluzione ma si chiesero informazioni sul contenuto dell'offerta, informazioni che non vennero date. La revoca è intervenuta solo a*



Autorità Nazionale Anticorruzione

seguito di un atto di messa in mora e di un esposto all'Autorità". Il legale della società ha depositato, altresì, documentazione riferita a n. 11 bandi di gara, pubblicati nel medesimo periodo preso a riferimento, relativi a procedure aperte per l'affidamento in concessione del medesimo servizio della procedura *de quo*, numero di partecipanti e relativi esiti, a dimostrazione che l'aggiudicazione è avvenuta anche in presenza di una sola offerta.

Considerato in diritto

Per quanto attiene alla verifica della regolarità o meno dello svolgimento della procedura di affidamento in oggetto deve riscontrarsi un prolungamento del procedimento oltre i limiti della ragionevole durata. Difatti, sono intercorsi circa 24 mesi tra la data di pubblicazione del bando (28.2.2014) e il primo atto con il quale l'operatore economico è stato informato circa l'indirizzo di revoca da parte dell'Amministrazione comunale (delibera di G.M. n. 22 del 3.3.2016) della procedura a cui aveva partecipato.

Occorre ricordare che il bando richiedeva ai concorrenti di vincolarsi alla propria offerta per un periodo minimo di 180 giorni. Nonostante la *ratio* di una clausola siffatta sia evidentemente quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara e non quella di limitare nel tempo la validità (o meglio l'efficacia) dell'offerta (CdS sent. n. 9 del 7/01/2009) – non v'è dubbio che il termine indicato rappresenta il tempo entro il quale è ragionevole ritenere che la procedura sia portata a conclusione. Tale termine è stato superato di ben 4 volte.

Nel suddetto arco temporale che di fatto può essere interpretato quale una sospensione di fatto del procedimento di selezione dell'operatore economico, senza che tuttavia alcuna formale comunicazione fosse stata resa nota dalla stazione appaltante, da quanto emerso dagli atti fin qui acquisiti risulta che la commissione di gara, istituita in data 14.7.2014 in adempimento al comma 6 dell'art.8 della L.R. n.12/2011 nella sua completa composizione - il Presidente della commissione veniva designato dal Sindaco (determina sindacale n. 96 del 16.05.2014) ed i due componenti esperti venivano designati dall'UREGA di Trapani (nota UREGA di Trapani prot. 121513 del 14.7.2014) - non ha posto in essere alcuna attività amministrativa finalizzata all'espletamento della procedura di gara.

Risulta, infatti, che solo in data 12.11.2015 con nota prot. 69774 (dopo circa 16 mesi) il Presidente della commissione designato formulava richiesta al Dirigente del III Settore del Comune, informando anche il Sindaco, l'Assessore ai LL.PP., il Segretario Generale ed il RUP che *"A seguito dell'incarico di Presidente della Commissione di Gara per l'espletamento della procedura aperta di cui all'oggetto conferito a questa funzione con determina sindacale n. 96 del 16.05.2014 ai sensi dell'art.12, comma 2, del Decreto del Presidente della*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Regione Sicilia n.13 del 31/01/2012, atteso che dalla S.V. è stato verbalmente disposto allo scrivente di soprassedere all'espletamento della gara stante che, per quanto riferito, da una riunione avutasi tra Codesta Dirigenza, il R.U.P., l'Assessore ai LL.PP. e il Sindaco, è emerso che dovevasi annullare la gara in quanto l'Amm.ne Com.le non aveva più intenzione di dare attuazione all'affidamento del servizio integrato di che trattasi, considerato che l'U.RE.G.A. di Trapani aveva già proceduto alla nomina dei componenti esterni della commissione di gara ed uno di questi è intervenuto più volte presso lo scrivente e presso l'U.RE.G.A. di Trapani per avere chiarimenti sull'ingiustificato ritardo dell'avvio della gara e per sollecitare l'immediato espletamento della medesima, dato atto che ad oggi non è pervenuta alcuna disposizione al riguardo, il sottoscritto, su sollecito dello stesso R.U.P., onde definire la sorte della procedura ed evitare eventuali responsabilità derivanti dall'inerzia dell'ufficio, chiede di avere da parte di Codesta Dirigenza una formale direttiva con la quale si disponga l'annullamento della gara deciso nella predetta riunione e si possa in tal senso giustificare il protrarsi di tali indugi. Per quanto sopra si resta in attesa di Sue disposizioni in assenza delle quali questa funzione si vedrà obbligata, a norma di legge, a dare corso alla gara secondo il mandato assegnatogli?.

Tuttavia, nonostante la predetta sollecitazione e le preoccupazioni paventate sia dal Presidente di gara e sia da un componente della commissione circa i rischi connessi ad eventuali responsabilità per le omissioni e per il protrarsi della procedura di gara, non risulta essere stato dato corso ad alcuna attività sia da parte della medesima commissione designata sia da parte della stessa Amministrazione comunale. Solo nel mese di marzo 2016, a valle della diffida formulata dal legale della società Eurotel s.r.l. (in data 18.1.2016) e della segnalazione formulata dallo stesso legale a questa Autorità (in data 20.1.2016), seguiva la nota del Presidente della commissione di gara datata 21.1.2016 prot. n. 4072 con la quale lo stesso Presidente richiedeva al Sindaco, all'Assessore ai LL.PP., al Dirigente del III Settore del Comune, al RUP, al Segretario Generale e all'Ufficio Avvocatura comunale direttive per predisporre idonea risposta alla diffida Eurotel s.r.l. Alla richiesta di direttive da parte del Presidente della commissione di gara il RUP, inusualmente, con una nota datata 23.1.2016 prot. 4654, invitava il Presidente stesso a porre in essere gli urgenti adempimenti consequenziali a riscontrare la diffida della società Eurotel s.r.l.; mentre il Sindaco, anche a riscontro della nota datata 12.11.2015 (fin qui priva di riscontro), con nota in data 25.1.2016 prot. n.4941, comunicava al Presidente della commissione di gara, informando anche il Dirigente III Settore ed il R.U.P., di ritenere lo stesso sollevato dall'incarico di cui alla determina sindacale n. 96 del 31.1.2014 (Presidente della commissione di gara). Il Sindaco, nel corpo della nota sopra richiamata conferma, tra l'altro, quanto riferito dal Presidente della commissione di gara ovvero che “già da tempo, a seguito di una specifica riunione tenutasi presso l'Ufficio di Gabinetto con il Dirigente del III Settore e con il R.U.P. in indirizzo, questa Amministrazione, dopo oggettive valutazioni, per motivi di opportunità e, soprattutto, per l'impossibilità finanziaria a garantire nei prossimi anni la copertura di spesa prevista in progetto per il servizio integrato di che trattasi, è giunta alla determinazione di non dare attuazione all'affidamento del servizio indicato



Autorità Nazionale Anticorruzione

in oggetto. Il R.U.P. predisporrà gli atti che il Dirigente del III Settore andrà a proporre alla G.M. per il conseguente atto di annullamento della gara in oggetto. Successivamente il R.U.P. avrà cura di dare notizia della delibera di annullamento della gara all'U.RE.G.A. di Trapani ed ai componenti esterni da quest'ultimo designati per gli adempimenti conseguenti nonché dare riscontro alla diffida presentata dalla Eurotel S.r.l.?.

Pertanto, sembrerebbe acclarato che “già da tempo” l'Amministrazione non intendesse procedere all'affidamento del contratto; non appare quindi coerente la sospensione unilaterale della procedura senza formulare alcuna comunicazione all'operatore economico che aveva partecipato alla gara, in violazione, peraltro, dell'art. 79 comma 5b-bis del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.. L'iter della procedura, invece, ha trovato uno sbocco solo nel mese di marzo 2016 (dopo la diffida della società e l'avvio del procedimento da parte dell'Autorità) con l'atto deliberativo di G.M. n. 22 del 3.3.2016 con cui è stato approvato l'atto di indirizzo per la revoca della procedura di gara di che trattasi proposto dal RUP. Le motivazioni poste a base dell'atto deliberativo approvato attengono a “motivi di opportunità” ed a “impossibilità finanziaria a garantire la copertura di spesa prevista in progetto”. Inoltre, con il medesimo atto si dava incarico, inusualmente, al Presidente della commissione di gara a procedere alla revoca della gara di che trattasi, a comunicare la suddetta decisione all'UREGA ed agli esperti nominati, a dare notizia dell'avvenuta revoca della gara mediante pubblicazione all'albo pretorio on line sul sito del Comune, nonché a comunicare ai sensi dell'art. 79 comma 5b-bis del D.Lgs. 163/2006 la revoca della gara del servizio in argomento alla ditta Eurotel s.r.l.. L'atto deliberativo di cui sopra veniva pubblicato sul sito del Comune, ma non risulta essere stato comunicato alla società Eurotel s.r.l.; lo stesso è stato impugnato innanzi al TAR Palermo dal legale della società Eurotel s.r.l..

Non può non evidenziarsi l'incongruenza che se da un lato il Sindaco, con nota prot. n.4941 del 25.1.2016, aveva sollevato dall'incarico il Presidente della Commissione di gara, dall'altro la G.M., con la delibera n. 22 del 3.3.2016, nel formulare atto di indirizzo di revoca, incaricava lo stesso Presidente della Commissione di gara ad adottare tutti gli atti amministrativi conseguenti all'indirizzo espresso dall'Amministrazione.

Inoltre, tale atto, atteso l'indirizzo in esso espresso di incaricare il Presidente della commissione di gara nell'adozione degli atti per la revoca della procedura stessa, non appare coerente con l'esigenza che detta revoca deve essere adottata dal medesimo organo amministrativo competente che ha disposto l'indizione della gara.

L'atto di indirizzo di cui alla delibera di G.M. n. 22 del 3.3.2016 non ha comunque trovato attuazione. Risulta, infatti, che il Presidente di gara, con nota del 19.3.2016 prot. n.18527, avanzava rilievi, in qualità di Presidente della Commissione di gara, alla delibera di G.M. n. 22 del 3.3.2016.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Le criticità della procedura amministrativa, evidenziate dal Presidente di gara, inducevano, quindi, l'Amministrazione comunale ad effettuare ulteriore attività istruttoria a seguito della quale veniva adottata la delibera di G.M. n. 76 del 13.5.2016, con la quale veniva disposto l'annullamento in autotutela della deliberazione di G.M. n. 22 del 3.3.2016 per vizi di legittimità e, nella fattispecie, incompetenza relativa.

Nel contempo, con riferimento al procedimento di gara, l'Amministrazione comunale ha adottato la delibera di G.M. n. 70 del 10.5.2016, con la quale è stata disposta la revoca/annullamento in autotutela della Delibera di G.M. n. 96 del 27.7.2012 recante "approvazione studio di fattibilità del servizio integrato in oggetto" ed è stato dato mandato al Dirigente del III Settore di revocare la determina dirigenziale a contrarre n. 783 del 18/11/2013.

Per quanto sopra, è da ritenersi che la condotta posta in essere dalla stazione appaltante sia stata in contrasto con il principio di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché con i principi di efficacia, di trasparenza, tempestività e correttezza sanciti dall'articolo 2 del Codice dei contratti pubblici.

In relazione alla delibera di G.M. 70/2016, appare poi opportuno effettuare un'analisi ed un approfondimento circa le motivazioni che risultano essere state poste a fondamento della revoca dello Studio di fattibilità.

Preliminarmente deve essere precisato che l'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 certamente consente un ripensamento da parte dell'amministrazione, laddove questa ritenga di operare motivatamente una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. La possibilità che in materia di appalti pubblici la stazione appaltante possa mutare avviso, in funzione del pubblico interesse, deve essere ricondotta all'ordinarietà dell'esercizio stesso del potere esperibile anche dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente per ragioni di pubblico interesse preesistenti o sopravvenute o per vizi di merito e di legittimità.

La revoca della gara pubblica può dunque ritenersi legittimamente disposta dalla stazione appaltante in presenza di documentate e obiettive esigenze di interesse pubblico (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2009 n. 2882), che siano opportunamente e debitamente esplicitate, che rendano evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa, in difetto delle quali la stessa deve ritenersi illegittimamente disposta (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013 n.165; Consiglio di Stato, sez. II, 11 luglio 2012 n.4116; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2011 n.5002; Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2009 n.2882; Tar Lazio, sez.II, 20 gennaio 2010 n.5913; Tar Puglia – Sede di Bari, sez. I, 22 settembre 2011 n.1375).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Nel caso in esame le motivazioni poste a base della revoca dello studio di fattibilità (delibera 70/2016), sono le seguenti:

- 1) avere un servizio migliore e finanziariamente sostenibile, una visione di sistema dell'illuminazione pubblica, affiancare alle tecnologie più efficienti la gestione intelligente dell'impianto che permette risparmi significativi per la collettività;
- 2) nuove tecnologie in materia di illuminazione pubblica e di risparmio energetico nonché nuovi sistemi di illuminazione, tendenti a garantire la massima efficienza energetica, nonché all'applicazione di modalità più economiche nella gestione del servizio in questione;
- 3) l'impossibilità a poter assicurare la copertura finanziaria al servizio in questione, in relazione alle difficoltà economiche in cui versano gli enti locali, ha portato l'Amministrazione ad una diversa e ponderata valutazione circa la opportunità di vincolare il Comune per una durata trentennale con una incidenza di una ingente spesa;
- 4) il potere riconosciuto dall'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 alle amministrazioni di revocare un proprio precedente provvedimento amministrativo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, oppure nel caso di un mutamento della situazione di fatto, o infine di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Al riguardo, dagli elementi forniti dall'Amministrazione comunale di Mazara del Vallo, con nota acquisita al prot. ANAC n.85605 del 30.6.2016, si rileva che la stessa in epoca antecedente all'avvio della procedura oggetto della presente istruttoria, per la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elettrici di pubblica illuminazione e degli impianti semaforici di propria proprietà, ha proceduto mediante un affidamento triennale (contratto sottoscritto in data 18.3.2003 – importo a base d'asta € 1.394.433,62) e un affidamento quinquennale (contratto sottoscritto in data 29.8.2006 successivamente rescisso a seguito di sentenza TAR Sicilia e risottoscritto in data 22.9.2008 – importo a base d'asta € 3.148.191,04) ad operatori economici individuati mediante asta pubblica; inoltre, per gli impianti di pubblica illuminazione di proprietà della società ENEL, la manutenzione degli stessi è risulta essere stata affidata dal Comune alla società Enel Sole (consorzata di ENEL) in forza di una convenzione datata marzo 1975 ed automaticamente prorogata di anno in anno fino alla data odierna.

Al fine di economizzare i costi sostenuti dall'Ente e migliorare la qualità dei servizi offerti ai cittadini, l'Amministrazione comunale indicava quindi la procedura *project financing* in oggetto, poi sospesa e revocata come sopra detto. Tuttavia, se da un lato l'Amministrazione comunale sospendeva di fatto la procedura per l'affidamento del *project financing*, senza alcuna comunicazione all'operatore economico che aveva partecipato, nel medesimo arco temporale, per garantire la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti semaforici e di illuminazione pubblica di proprietà comunale (in parte già



Autorità Nazionale Anticorruzione

oggetto del *project financing*), procedeva ad indire/aggiudicare, dal febbraio 2014 al maggio 2016, appalti che appaiono riconducibili a esigenze analoghe, mediante l'espletamento di procedure negoziate e somme urgenze per un totale di € 988.751,42, come da tabella sottostante:

Anno	Deliberazione G.M.	Oggetto	Importo complessivo
2014	n° 26 del 15.2.2014	Approvazione progetto tecnico esecutivo dei lavori manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire impianti semaforici e di illuminazione pubblica di proprietà comunale	€ 170.000,00
2014	n° 151 del 30.10.2014	Approvazione progetto tecnico esecutivo dei lavori manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire impianti semaforici e di illuminazione pubblica di proprietà comunale	€ 57.000,00
2014	n° 954 del 11.12.2014	Affidamento servizio noleggio, installazione, montaggio, smontaggio e manutenzione dell'illuminazione artistica natale 2014	€ 17.817,28
2015	n° 11 del 30.1.2015	Approvazione perizia di variante e suppletiva lavori manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire impianti semaforici e di illuminazione pubblica di proprietà comunale	€ 12.330,01
2015	n° 323 del 24.4.2015	Regolarizzazione verbale di somma urgenza per il ripristino condizioni di sicurezza in alcuni impianti di pubblica illuminazione e semaforici	€ 23.382,48
2015	n° 80 del 19.5.2015	Approvazione progetto tecnico esecutivo dei lavori manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire sugli impianti semaforici e di illuminazione pubblica di proprietà comunale	€ 345.000,00
2015	n° 436 del 3.6.2015	Regolarizzazione verbale di somma urgenza per il ripristino funzionalità impianti di pubblica illuminazione e semaforici	€ 6.107,56
2015	n° 887 del 9.12.2015	Affidamento servizio per la fornitura, realizzazione ed installazione di addobbi natalizi	€ 18.214,09
2016	n° 280 del 26.4.2016	Sicurezza stradale. Ripristino funzionalità impianti di illuminazione pubblica e la sostituzione delle lampade spente segnalate dai cittadini e impianti semaforici mediante intervento di somma urgenza	€ 28.900,00
2016	n° 73 del 10.5.2016	Approvazione progetto tecnico esecutivo dei lavori manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire sugli impianti semaforici e di ill. pub. proprietà comunale	€ 310.000,00
Totale			€ 988.751,42



Autorità Nazionale Anticorruzione

In quasi tutte le Deliberazioni di Giunta Municipale relative ai predetti affidamenti, ad eccezione di quelle relative ad impegni di spesa per addobbi natalizi, l'Amministrazione comunale ha indicato nelle premesse e/o nei rilevato che *“allo stato attuale pervengono numerose segnalazioni da parte dei cittadini e da parte del Comando dei vigili urbani in merito al mancato funzionamento degli impianti pubblica illuminazione e degli impianti semaforici non funzionanti che procurano gravi pericoli per l'incolumità dei cittadini che sono costretti a percorrere strade prive di illuminazione, sia alla sostenuta circolazione veicolare non disciplinata dai semafori e quindi evitare ulteriori gravi danni patrimoniali all'ente”*.

Dette circostanze erano ben note e poste a base della procedura di *project financing*.

Pertanto, a fronte di una sospensione di fatto della procedura di gara, il frazionamento degli affidamenti operato negli ultimi tempi, non appare in linea con le esigenze manifestate dall'Amministrazione, tra cui quelle di conseguire una *“visione di sistema”* dell'illuminazione pubblica finalizzata al risparmio per la collettività.

Nel caso di specie, quindi, non può non evidenziarsi l'esigenza che l'attività posta in essere dalla stazione appaltante debba essere coerente con le motivazioni addotte ai fini dell'annullamento della procedura di *project financing* in argomento, sia per evitare possibili riflessi negativi nel contenzioso instaurato dalla ditta Eurotel innanzi al Giudice amministrativo, sia soprattutto, per assicurare l'efficacia ed economicità all'azione amministrativa.

Orbene, nel periodo preso a riferimento risultano essere stati effettuati affidamenti omogenei all'oggetto del *project financing* per un ammontare pari a circa 1mln di euro.

In particolare si evidenzia come, con deliberazione della G.M. n. 80 del 19.5.2015 e n. 73 del 10.5.2016, siano stati approvati *“progetti di manutenzione ordinaria e straordinaria da eseguire sugli impianti semaforici e di illuminazione pubblica di proprietà comunale”*, rispettivamente di importo pari a € 345.000,00 e a € 310.000,00.

Pur tenendo conto dell'esigenza, nel periodo in esame, di mantenere in efficienza gli impianti, tali ripetuti affidamenti comprendenti lavori di manutenzione straordinaria, ove non integrati in un progetto unitario e finalizzati a risolvere in modo definitivo le criticità che avevano inizialmente indotto l'Amministrazione a ricorrere al *project financing*, si concretizzerebbero in un frazionamento degli interventi, con conseguente protrazione delle situazioni di criticità, contrariamente alla *“visione di insieme”* che l'Amministrazione comunale si è proposta.

Peraltro, quanto sopra contrasta con la motivazione addotta nell'atto di revoca di non poter assicurare la copertura finanziaria al servizio in questione, adducendo difficoltà economiche in cui versano gli enti locali, se si considerano le previsioni economiche annuali e pluriennali adottate, gli impegni di spesa



Autorità Nazionale Anticorruzione

sostenuti dall'Amministrazione nel periodo preso a riferimento nonchè quanto da ultimo riferito in sede di audizione dall'Amministrazione comunale circa l'ottenimento di un cospicuo finanziamento.

Deve inoltre considerarsi, con riferimento alla pubblica illuminazione non di proprietà dell'Amministrazione (circa 500 punti luce), l'incidenza economica del contratto con la società Enel Sole che risulta tuttora attivo.

A tal proposito, occorre precisare che il *project financing* prevedeva la dismissione e il rifacimento dei vecchi impianti di proprietà Enel e la cessazione della convenzione per la loro gestione con Enel Sole; pertanto, con la revoca del *project financing*, il Comune di Mazara del Vallo manterrebbe in vita la convenzione con Enel Sole. Detta convenzione, prorogata automaticamente anno per anno su accordi sottoscritti ben 41 anni fa (marzo 1975), oltre a non garantire quell'efficienza invocata dal Comune per la vetustà degli accordi, non è in linea con le previsioni di cui alla delibera ex AVCP n. 110/2012, che ha censurato le concessioni come quelle in parola ancora in corso, in quanto in contrasto ai principi comunitari e nazionali di libera concorrenza. Infatti, *“il servizio di pubblica illuminazione è un servizio pubblico locale e in quanto tale soggiace alle regole previste per essi e la sua gestione deve essere affidata con procedure ad evidenza pubblica conformi al diritto comunitario e al Codice dei contratti pubblici; sono da escludere tutte le forme di proroga o di tacito rinnovo degli affidamenti in corso, se non per lo stretto tempo necessario all'espletamento di procedure ad evidenza pubblica; per le gestioni in essere, occorre, previa determinazione del valore degli impianti per l'acquisizione al patrimonio comunale e l'assunzione effettiva del titolo di proprietà in capo ai Comuni, procedere all'espletamento delle procedure di evidenza pubblica (ovvero agli affidamenti in conformità alla normativa europea), evitando il mantenimento di situazioni monopolistiche, sulla base della relazione di cui al comma 13 dell'art. 34 D.L. 179/2012, da pubblicarsi entro la data del 31/12/2013; i concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio, i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi (ex art. 25, comma 6, D.L. 1/2012, convertito in l. 27/2012). Pertanto, deve essere fornita all'ente locale una dettagliata descrizione degli impianti esistenti, della relativa funzionalità o della necessità di interventi di messa a norma, al fine di mettere in condizione gli stessi di predisporre bandi atti a consentire un'offerta tecnico-economica consapevole ed affidabile da parte degli operatori; l'ammissione della società Enel Sole s.r.l. alla gara indetta da CONSIP in data 8.10.2009 nonché l'aggiudicazione in favore della stessa di n. 3 lotti è avvenuta in aperta violazione dell'art. 23-bis, comma 9, decreto-legge 112/2008 (convertito in L. 133/2008) nel testo all'epoca vigente, ove sussisteva ed era pienamente vigente il divieto di partecipazione alle gare anche per le società partecipate da società quotate in mercati regolamentati”*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- la procedura di affidamento in oggetto si è protratta per 24 mesi e il comportamento tenuto dall'Amministrazione comunale è in contrasto con il principio di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché con i principi di efficacia, di trasparenza, tempestività e correttezza sanciti dall'articolo 2 del Codice dei contratti pubblici; infatti solo a seguito della diffida e/o esposto all'Autorità l'Amministrazione ha adottato atti tendenti alla revoca della procedura di gara, esponendo l'Amministrazione comunale ad un contenzioso tuttora pendente;
- gli appalti aggiudicati dal Comune di Mazara del Vallo mediante procedure negoziate e somme urgenze per un totale di € 988.751,42, dal febbraio 2014 al maggio 2016, non sono coerenti con l'esigenza manifestata dall'Amministrazione di conseguire una "visione di sistema" dell'illuminazione pubblica e degli impianti semaforici finalizzata al risparmio per la collettività;
- la convenzione con Enel Sole, prorogata automaticamente anno per anno su accordi sottoscritti ben 41 anni fa (marzo 1975) è in contrasto con i principi comunitari e nazionali di libera concorrenza, come indicato nella delibera ex AVCP n. 110/2012;
- il comportamento tenuto dall'Amministrazione comunale per le mancate comunicazioni all'operatore economico della procedura gara, è in contrasto con l'art. 79 comma 5b-bis del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.;
- dispone l'invio da parte dell'Ufficio Vigilanza Lavori della presente deliberazione alla S.A, ed all'esponente;
- invita, infine, l'Amministrazione a pubblicare la presente deliberazione sul proprio sito istituzionale nella sezione trasparenza.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 ottobre 2016
Il Segretario, Maria Esposito