



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Corso Unione Sovietica, 218/bis
10134 TORINO
tel. 011-6706124 - fax 011-6706122

Torino, 31 marzo 2006

Spett.le
Comune di Venaria Reale
P.zza Martiri della Libertà, 1
10078 Venaria Reale – TO

Quesito: Convenzione con la So.L.E. S.p.a. per la gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà comunale e convenzione con ENEL Distribuzione S.p.a. per la somministrazione dell'energia elettrica per l'alimentazione degli impianti di illuminazione pubblica e risoluzione *ex lege*. Parere

1. Premessa

Il quesito posto riguarda la qualificazione giuridica delle convenzioni stipulate per la manutenzione delle reti di illuminazione pubblica e la fornitura di energia elettrica per la loro alimentazione stipulate senza previo esperimento di una procedura di gara ed il relativo regime giuridico ad esse applicabili. Il quesito riguarda altresì l'applicazione della disciplina giuridica che prevede la risoluzione *ex lege* delle concessioni di servizio pubblico affidate direttamente senza gara.



2. Le Convenzioni stipulate come contratti di appalto di servizi e di fornitura.

Con due distinte convenzioni il Comune di Venaria Reale ha affidato per nove anni, senza previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica (Deliberazione Giunta comunale n. 55 del 17 febbraio 2000), la gestione e la manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà comunale alla So.l.e. Società luce elettrica S.p.A. Gruppo ENEL – d'ora in poi ENEL So.l.e. S.p.A. – (rep. 9138 del 14 aprile 2000) nonché la fornitura di energia elettrica per l'alimentazione degli impianti di illuminazione pubblica siti sul territorio comunale alla ENEL Distribuzione S.p.A. (rep. 9146 del 10 maggio 2000).

Preliminarmente si pone la questione della qualificazione giuridica delle convenzioni indicate.

La gestione e la manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà comunale è attività distinta dalla fornitura di energia elettrica per l'alimentazione degli impianti stessi sotto il profilo della disciplina giuridica applicabile e correttamente si è proceduto a stipulare due distinte Convenzioni (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2003, n. 2588; Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 1999, n. 594).

La convenzione per la gestione e la manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica (rep. 9138 del 14 aprile 2000) disciplina il rapporto giuridico tra il Comune ed ENEL So.l.e. S.p.A. con prestazioni sinallagmatiche: ENEL So.l.e. S.p.A. si impegna ad eseguire le prestazioni di manutenzione degli impianti, di accensione, spegnimento e ricambio delle lampade (Convenzione 14



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

aprile 2000, art. 4-5) ed il Comune si impegna a pagare un corrispettivo per i servizi prestati da ENEL So.I.e. S.p.A. determinato in misura fissa, come canone annuo per singolo impianto di illuminazione, salve variazioni imposte dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, per la durata del contratto (Convenzione 14 aprile 2000, art. 5-6).

L'attività di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica non è «riconducibile alla nozione di servizio pubblico» e la relativa Convenzione non è qualificabile come concessione di servizio pubblico, poiché difetta un rapporto giuridico diretto del prestatore del servizio con il cittadino utente e l'assunzione di un rischio economico del prestatore del servizio che è remunerato da un prezzo predeterminato in misura fissa, come canone annuo per impianto (Convenzione 14 aprile 2000, rep. 9138, art. 5-6; direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, art. 1, § 4; T.a.r. Campania, sez. I, 28 novembre 2001, n. 1501 esclude che la gestione e manutenzione degli impianti dietro pagamento di un canone annuale sia concessione di servizio pubblico; C. giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*; C. giust. CE, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*; T.a.r. Piemonte, sez. II, 13 febbraio 2006, n. 896; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 4 settembre 2004 n. 3242; T.a.r. Puglia, sez. I, 20 marzo 2000, n. 1067; T.a.r. Sicilia, sez. Catania, 7 febbraio 1996, n. 122).

Di conseguenza non trova applicazione la disciplina giuridica relativa ai c.d. settori esclusi, ove rileva «la messa a disposizione o la gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico per quanto riguarda la produzione, il



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

trasporto o la distribuzione di [...] energia elettrica» (d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, *Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi*, art. 3, co. 1°).

Le prestazioni dedotte nella Convenzione sono oggetto di un appalto pubblico di servizi sottoposto alla disciplina di cui al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, *Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*: i lavori sono infatti accessori e meramente eventuali rispetto all'oggetto principale del contratto (d.lgs. n. 157/1995, art. 3, co. 3°; Convenzione 14 aprile 2000, rep. 9138, art. 3, e art. 4, ult. comma; Deliberazione G.C. 17 febbraio 2000, n. 55).

La seconda Convenzione, avente ad oggetto la somministrazione di energia elettrica per l'alimentazione degli impianti di illuminazione pubblica (rep. 9146 del 10 maggio 2000), disciplina il rapporto giuridico sinallagmatico tra il Comune ed ENEL Distribuzione S.p.A. imponendo prestazioni ad entrambe le parti: ENEL Distribuzione S.p.A. si impegna a fornire energia elettrica in conformità alle specifiche tecniche e nelle quantità concordate a fronte del pagamento di un prezzo che anche in tal caso è determinato in misura fissa in applicazione delle tariffe concordate per la durata del contratto (Convenzione 10 maggio 2000, art. 4-8, 10-11, 17, 19).

La somministrazione di energia elettrica per l'alimentazione degli impianti di illuminazione pubblica non può considerarsi servizio pubblico, né la relativa Convenzione può qualificarsi come concessione di servizio pubblico per le medesime ragioni esposte con riferimento alla precedente Convenzione relativa



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

alla gestione e manutenzione degli impianti: il rapporto giuridico intercorre esclusivamente tra fornitore e Comune, rimanendone estranea l'utenza, ed il fornitore non si assume il rischio della prestazione, il cui corrispettivo è predeterminato in misura certa.

Il *nomen juris* attribuito dalle parti contraenti all'accordo («Convenzione per la somministrazione») richiama un contratto nominato (art. 1559 ss. cod. civ.) compreso nella definizione nazionale ed europea di appalto di forniture (Convenzione 10 maggio 2000, art. 5; d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358, *Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE*, art. 2-3; direttiva CE n. 2004/18/CE, art. 1, § 2, lett. c).

La Convenzione per la somministrazione di energia elettrica è pertanto un appalto pubblico di fornitura sottoposto agli obblighi di gara e alle relative eccezioni disciplinate dal d.lgs. n. 158/1995 (*infra* § 4).

3. La risoluzione *ex lege* delle convenzioni.

Le Convenzioni stipulate dal Comune con ENEL So.l.e. S.p.A. e con ENEL Distribuzione S.p.A., qualificate rispettivamente come contratto di appalto pubblico di servizi e contratto di appalto pubblico di fornitura, sono soggette alla relativa disciplina giuridica nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici.

Alle Convenzioni in oggetto non pare pertanto applicabile la disposizione che prevede la risoluzione *ex lege* delle «concessioni rilasciate con procedure



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

diverse dall'evidenza pubblica entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante» (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, art. 113, co. 15-bis).

L'affidamento diretto senza gara degli appalti aventi ad oggetto il servizio di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica e la fornitura di energia elettrica per la loro alimentazione può legittimare il Comune affidante all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ove ne sussistano i presupposti (*infra* § 4), ma non consente un'estensione analogica della disciplina giuridica delle concessioni di servizio pubblico alle Convenzioni stipulate.

L'inadempimento volontario degli obblighi definiti in convenzione da parte del Comune potrebbe determinare l'esercizio della facoltà del creditore di agire per ottenere l'adempimento coattivo o la risoluzione del contratto (art. 1453 cod. civ.), ovvero di avvalersi della clausola risolutiva espressa (Convenzione 10 maggio 2000, art. 19; art. 1456 cod. civ.), con obbligo della parte inadempiente di risarcire il danno causato.

4. Il potere di autotutela dell'amministrazione aggiudicatrice.

Il Comune può esercitare il potere di annullamento d'ufficio, ove sussistano due presupposti: a) l'illegittimità degli atti della procedura di affidamento diretto senza gara del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica e di fornitura di energia elettrica per l'alimentazione degli stessi; b) le ragioni di pubblico interesse all'annullamento,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

che comportano la valutazione del periodo di tempo trascorso dall'emanazione degli atti da annullare, che non deve essere eccessivamente lungo («ragionevole»), nonché «degli interessi dei destinatari» (l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, art. 21-*nonies*; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2002, n. 6113; Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2002, n. 5133; Cons. Stato, sez. VI, 12 agosto 2002, n. 4159; Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2000, n. 2648; Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2000, n. 3805; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1997, n. 346; Cons. giust. amm., sez. giur., 29 novembre 1999, n. 620; T.a.r. Sicilia, sez. Catania, 4 maggio 1999, n. 861 e 28 novembre 1998, n. 2071; Cons. giust. amm., sez. cons., 12 marzo 2004, n. 383/03).

Entrambe le Convenzioni sono state affidate senza esperimento di procedura di gara, ritenendo ENEL So.l.e. S.p.A. ed ENEL Distribuzione S.p.A. amministrazioni aggiudicatrici titolari di diritti speciali ed esclusivi fondati su disposizioni normative o amministrative compatibili con il Trattato CE (d.lgs. n. 157/1995, art. 5, co. 2°, lett. g); d.lgs. n. 158/1995, art. 8, co. 2°, lett. a); Deliberazione Giunta comunale n. 55 del 17 febbraio 2000).

L'affidamento diretto risulta legittimo ove la titolarità di «diritti esclusivi» abbia ad oggetto le prestazioni dedotte nella Convenzione e affidate senza gara e operi nei confronti dell'amministrazione committente Comune di Venaria Reale.

ENEL So.l.e. S.p.A. non pare vantare un diritto speciale od esclusivo nei confronti del Comune avente ad oggetto il servizio di gestione e manutenzione di impianti di illuminazione pubblica, con inapplicabilità della menzionata



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

eccezione alle regole di gara e conseguente invalidità dell'affidamento diretto e della relativa Convenzione 14 aprile 2000 (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2003, n. 2588; Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2001, n. 2551; Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 1999, n. 594; T.a.r. Lazio, sez. II, 11 gennaio 2001, n. 179).

Analogamente, ENEL Distribuzione S.p.A. non pare potesse considerarsi titolare di un diritto speciale ed esclusivo per la distribuzione dell'energia elettrica al Comune di Venaria Reale ove, al momento della stipulazione della Convenzione relativa alla fornitura di energia elettrica per alimentare gli impianti di illuminazione pubblica, questo fosse qualificato «cliente idoneo» – cioè dotato della capacità di stipulare contratti di fornitura di energia elettrica con qualsiasi produttore, distributore o grossista – ai sensi del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, art. 2, co. 6°, 14, co. 3° (come da elenco tenuto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, di cui v. Deliberazione 30 giugno 1999, n. 91/99).

In tal caso, ENEL Distribuzione S.p.A. non pare risultasse unico fornitore (d.lgs. n. 358/1992, art. 9, co. 4°, lett. c), con conseguente impossibilità di ricorrere alla trattativa privata ed invalidità dell'affidamento diretto e della relativa Convenzione 10 maggio 2000.

La Convenzione 10 maggio 2000 vieta infatti al Comune ma non all'ENEL Distribuzione S.p.A. «di cedere il contratto ad impresa autorizzata a distribuire l'energia elettrica» (art. 12).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

L'illegittimità degli affidamenti diretti del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica e della fornitura di energia elettrica per la loro alimentazione consente al Comune l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse all'annullamento, da bilanciare con la valutazione degli interessi delle società affidatarie e del periodo di tempo trascorso dalla stipulazione delle convenzioni rispetto anche al termine finale di efficacia delle stesse.

5. Conclusioni.

Per le considerazioni che precedono le Convenzioni stipulate dal Comune di Venaria Reale con ENEL So.l.e. S.p.A. per la gestione e la manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà comunale (rep. 9138 del 14 aprile 2000) e con ENEL Distribuzione S.p.A. per la fornitura di energia elettrica per l'alimentazione degli impianti di illuminazione pubblica siti sul territorio comunale (rep. 9146 del 10 maggio 2000) paiono doversi qualificare come contratti di appalto, rispettivamente di servizi e di fornitura.

Non pare dunque applicabile alle Convenzioni in oggetto la risoluzione *ex lege* di cui al d.lgs. n. 267/2000, art. 113, co. 15-bis che concerne esclusivamente le concessioni di servizio pubblico affidate direttamente senza previo esperimento di una procedura di gara.

Il Comune di Venaria Reale può procedere all'annullamento d'ufficio degli atti di affidamento diretto del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà comunale nonché della fornitura



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

di energia elettrica per l'alimentazione degli impianti stessi illegittimi per violazione dell'obbligo di gara, previa valutazione delle ragioni di interesse pubblico che giustificano l'annullamento di atti compiuti nel 2000 e degli interessi delle società attualmente affidatarie, *ex l. n. 241/1990, art. 21-nonies*.

In alternativa, il Comune può attendere la scadenza delle due Convenzioni e procedere al nuovo affidamento del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà comunale e della fornitura di energia elettrica per l'alimentazione degli impianti previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica.

Riteniamo con quanto detto di avere esaurito le questioni poste. Rimaniamo comunque a disposizione per ogni chiarimento, integrazione o approfondimento e cogliamo l'occasione per porgere i migliori saluti.