

SECRETARIA DEL SINDACO	
trasmessa a	Ass. FILIPPI
per	Competenza
DATA DI TRASMISSIONE	SIGLA
26/2/2024	LB



Comune di Modena
Consiglio Comunale
Gruppo Indipendente per Modena

PROTOCOLLO GENERALE n° 72790 del 23/02/2024

Modena, li 23 febbraio 2024

Alla c.a. del Presidente del Consiglio comunale di Modena

Al Sindaco

INTERROGAZIONE A RISPOSTA SCRITTA

OGGETTO: Giudizio di ottemperanza R.G. n° 888/2023 TAR Emilia-Romagna promosso da Edison Next Government S.r.l. (già Citelum Italia S.r.l.) contro il Comune di Modena

PREMESSO CHE

- il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, con la sentenza n. 18/2023 pubblicata in data 18/1/2023, a seguito del ricorso promosso dalle società Citelum Italia S.r.l. e City Green Light S.r.l. ha annullato la Deliberazione n. 25/2022 approvata dal Consiglio comunale avente ad oggetto il "contratto di servizio per la gestione del servizio di illuminazione pubblica 2015-2023 – approvazione appendice contrattuale per la riqualificazione della rete di illuminazione pubblica finalizzata al risparmio energetico e prolungamento al 31.12.2027";
- nella Deliberazione n. 25/2022 si dava atto che il Consiglio comunale di Modena, con Deliberazione n. 96 del 18/12/2014, aveva approvato il Contratto di Servizio per la gestione del servizio di illuminazione pubblica tra il Comune di Modena e Hera S.p.a. con validità dall'1/1/2015 al 31/12/2023: pertanto, sulla base della convenzione per l'affidamento del servizio di gestione delle reti di illuminazione pubblica sottoscritta tra il Comune di Modena e META S.p.a. (ora HERA S.p.a.) in data 30/12/1997, con scadenza al 31/12/2027, la durata del suddetto contratto di servizio veniva prolungata di ulteriori 4 anni, facendo coincidere il suo termine di scadenza con quello della convenzione (la convenzione difatti rinviava espressamente, in ordine alla ulteriore e compiuta definizione degli elementi economici, finanziari, gestionali ed operativi relativi all'esercizio del servizio, ad un successivo atto negoziale, da stipularsi tra le parti, definito appunto "contratto di servizio");
- a fronte del corrispettivo per il contratto di servizio di illuminazione pubblica, pari a € 6.400.000,00 annui + IVA, Hera Luce si impegnava altresì – nell'ambito del progetto denominato "Modena full

led” – a completare la riqualificazione energetica degli impianti di illuminazione in tutto il territorio del Comune di Modena *“per avere più qualità, risparmio e benefici ambientali, in linea con gli obiettivi fissati nel Piano d’azione per l’energia sostenibile e il clima (Paesc) del Comune di Modena”* (vedi premessa schema di appendice contrattuale);

- nella premessa della Deliberazione si dava altresì atto della documentazione presentata da AESS il 14/4/2022 (Agenzia per l’Energia e lo Sviluppo Sostenibile – ente in house del Comune di Modena), che includeva un parere legale in virtù del quale l’esecuzione degli interventi di riqualificazione doveva *“necessariamente essere ricondotta all’ambito di applicazione della Convenzione del 30.12.1997”*, ai sensi della quale Hera Luce sarebbe stato *“soggetto affidatario in via esclusiva del servizio di illuminazione pubblica del Comune di Modena fino al 31.12.2027”*;
- il TAR ha disatteso tale assunto e ha accolto gli argomenti dei ricorrenti, i quali come si legge nella motivazione della sentenza hanno richiamato i principi di libera concorrenza, massima partecipazione, non discriminazione, imparzialità, trasparenza e correttezza: principi sanciti sia dalla normativa nazionale (in particolare dall’articolo 34, commi 22 e 22-bis D.L. 179/2012) che da svariate direttive dell’Unione Europea, nella parte in cui prevedono l’obbligo per le pubbliche amministrazioni di affidare l’esecuzione di lavori, servizi e forniture tramite procedure ad evidenza pubblica o gara e non tramite affidamento diretto, essendo quest’ultimo previsto solo per le società *“in house”*, nelle quali cioè l’ente pubblico (nel caso specifico il Comune di Modena) eserciti un’influenza dominante (e tale non è il caso né di Hera S.p.a., di cui il Comune di Modena detiene il 6,5% del capitale sociale, né della società del gruppo Hera Luce S.r.l., subentrata nel contratto di Hera S.p.a. nel 2018 e controllata al 100% dalla AcegasApsAmga S.p.a., società a socio unico a propria volta soggetta alla direzione e coordinamento di Hera S.p.a.);
- pertanto il TAR ha stabilito che *“in mancanza di procedure conformi ai principi europolitani, nessun affidamento diretto del servizio in questione avrebbe potuto essere disposto né nei confronti di Hera S.p.a. né, tanto meno, nei confronti di Hera Luce, non trattandosi – diversamente da M.E.T.A. S.p.a. – di società in house del Comune di Modena”*: invero l’affidamento diretto si basa sulla considerazione che *“la società in house non è un soggetto terzo rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa”*;
- il TAR Emilia-Romagna pertanto non solo ha annullato la delibera n. 25/2022 del Consiglio comunale di Modena, ma ha dichiarato la *“cessazione ex lege”* dell’efficacia del contratto Rep. 84860 dell’11/3/2015 stipulato tra il Comune di Modena ed Hera S.p.a., ordinando che la sentenza sia *“eseguita dall’autorità amministrativa”*;
- il TAR oltre a condannare il Comune di Modena al pagamento delle spese lite per un importo pari a € 4.000 oltre ad accessori di legge ha sottolineato il *“comportamento processuale”* dell’ente pubblico, non avendo il Comune a seguito di specifica richiesta di controparte né esibito il parere dello studio legale *“Valeriani & Partners”* reso ad AESS (parere a detta del Tribunale *“inaffidabile”* e *“scontato”* nelle conclusioni essendo il compenso di AESS, pari a € 285.000,00, stato posto nel contratto di

servizio a carico di Hera Luce), né avendone poi illustrato il contenuto specifico al Tribunale nel corso del giudizio;

- il suddetto parere legale non veniva neppure esibito e/o illustrato nei suoi passaggi nel corso delle (due) commissioni consiliari (SETA) tenutesi a ridosso della seduta consiliare del 28/4/2022 e nel corso dell'illustrazione della Deliberazione n. 25/2022 (di cui veniva dato un parere favorevole in merito alla regolarità tecnica da parte del Dirigente del Settore Ambiente, Edilizia Privata e Attività Produttive) veniva asserito che l'affidamento esclusivo in essere con Hera Luce S.r.l. era legittimo e conforme alla normativa di settore;

PREMESSO ALTRESÌ CHE

- il Consiglio di Stato, con sentenza n° 7079/2023 pubblicata in data 19/7/2023 ha respinto il ricorso in appello promosso dal Comune di Modena e da Hera Luce s.r.l. (con l'intervento adesivo di AESS – Agenzia per l'energia e lo sviluppo sostenibile) avverso la sentenza del TAR Emilia-Romagna, condannando gli appellanti in solido tra loro al pagamento in favore delle società City Green Light e Edison Next Government S.r.l. (già Citelum Italia S.r.l.) per la somma di € 8.000 oltre ad accessori di legge ciascuno;
- il Comune di Modena per l'assistenza dei legali che lo hanno assistito nei due gradi di giudizio ha impegnato rispettivamente le somme di € 15.000 (vedi Determina dirigenziale n° 1290 del 7/7/2022) ed € 32.500 per il secondo grado di giudizio, tra cui spiccano gli € 26.500 in favore del Prof. Avv. Giuseppe Caia (vedi Determina n° 253 del 13/2/2023);

PREMESSO INFINE CHE

- il Comune di Modena con comunicato stampa del 10/11/2023 (titolo: “illuminazione pubblica, verso la gara per la gestione”) rendeva nota l'approvazione, su proposta dell'Assessora all'Ambiente Alessandra Filippi, di una Delibera della Giunta Comunale con cui, benché il Consiglio di Stato avesse confermato la sentenza n° 18/2023 del TAR Emilia-Romagna, era stato dato mandato *“agli uffici competenti di definire uno specifico atto contrattuale provvisorio con Hera Luce S.r.l., unico soggetto in grado di garantire la continuità del servizio, anche in quanto proprietario di buona parte degli impianti e delle dotazioni essenziali”* (nello stesso comunicato si evidenziava peraltro che per la definizione di una gara, ritenuta una procedura di evidenza pubblica “particolarmente complessa”, era richiesta anche la *“consulenza di advisor specializzati per gli aspetti tecnici, economici e giuridici”*, con la conseguenza che i tempi ipotizzati sarebbero stati “lunghi” e *“non compatibili con l'esigenza di garantire, già nell'immediato, la necessaria continuità di espletamento del servizio”*;
- con atto unilaterale, poi allegato alla Determina dirigenziale n° 501849 del 29/12/2023, Hera Luce S.r.l. si è quindi impegnata per l'anno 2024, a fronte di un corrispettivo annuale pari a € 5.594.511,59 + IVA, a fornire al Comune di Modena (che pertanto ha accettato tale “impegno unilaterale”) le prestazioni di fornitura di energia elettrica, nonché di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di illuminazione;

- lo scrivente a seguito di richiesta di informazioni ex art. 9 Reg. Consiglio Comunale e/o accesso agli atti Prot. n° 40895/2024, a cui a seguito di differimento è stata data risposta in data 15/2/2024, ha appreso che Edison Next Government S.r.l. ha impugnato sempre davanti al TAR Emilia-Romagna la Deliberazione della Giunta Comunale n° 601/2023 (approvata nella seduta del 7/11/2023) e con motivi aggiunti la suddetta determina per “*violazione o elusione del giudicato*” e nel contempo ha promosso un giudizio di ottemperanza chiedendo la nomina di un “*commissario ad acta con il compito di dare esecuzione alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 7079 del 19.7.2023*”;
- nei motivi di ricorso (di cui l’interrogante ha avuto copia) la suddetta società lamenta, in sintesi, sulla scorta di richiami normativi e giurisprudenziali: 1) che il Comune di Modena avrebbe dovuto attivarsi per adottare una legittima forma di gestione del servizio di pubblica illuminazione già a seguito della pubblicazione della sentenza del TAR, avvenuta il 18/1/2023 ed immediatamente esecutiva (ovvero non sospesa neppure a seguito della proposizione del ricorso in appello) e che al dicembre 2023 il Comune non aveva ancora adottato alcun provvedimento per dare esecuzione alla sentenza (irrevocabile in quanto non impugnata nei termini di legge) del Consiglio di Stato; 2) che al contrario aveva “*incredibilmente*” affidato nuovamente - con affidamento diretto - il servizio di illuminazione pubblica ad Hera Luce S.r.l., giungendo sostanzialmente allo stesso risultato ritenuto illegittimo nel contenzioso definito dopo due gradi di giudizio (senza quindi che si possa configurare una cosiddetta “*proroga tecnica*”); 3) che il Comune avrebbe dovuto riscattare già da tempo (e comunque entro il limite massimo del 30/6/2021 fissato dal D.L. 31/12/2020 n. 183) gli impianti di proprietà di Hera Luce S.r.l. (esercitando un potere pubblicistico di riscatto e riconoscendo al concessionario un indennizzo) e che in ogni caso le difficoltà organizzative e gestionali del Comune non possono giustificare la mancata indizione della gara; 4) che il Comune di Modena ha violato i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.) riconoscendo nel corso degli anni ad Hera Luce notevoli importi (€ 1.335.680 annui) che non troverebbero giustificazione in relazione alle prestazioni eseguite, essendo col contratto di servizio stipulato con Hera Luce l’11/3/2015 stato previsto un corrispettivo di € 44,70 per punto luce (in aggiunta all’importo di € 116,73 annuo per punto luce previsto per la manutenzione ordinaria, straordinaria e per la fornitura di energia) a titolo della “*remunerazione e deperimento del capitale investito nella realizzazione e manutenzione straordinaria degli impianti*”;
- con Determinazione dirigenziale n° 225/2024 del 6/2/2024 il Comune di Modena ha affidato a Nomisma S.p.a., a fronte del corrispettivo di complessivi € 140.000 oltre IVA (totale € 170.800), i seguenti servizi: 1) la valutazione delle consistenze degli impianti di illuminazione pubblica ai sensi del R.D. n° 2578 del 15/10/2025 e valutazione tecnico-economica della rete di illuminazione pubblica della città di Modena, costituita approssimativamente da 32.000 punti luce; 2) la individuazione dei criteri di valutazione a base di gara per i potenziali soggetti gestori dell’infrastruttura di illuminazione pubblica; 3) il supporto nella scelta tra gli Accordi Quadro Consip e la procedura ad evidenza pubblica che verrà bandita dal Comune di Modena per l’appalto del servizio di gestione;

CONSIDERATO CHE

- la decisione di incaricare un “advisor” è stata in effetti tutt’altro che tempestiva (oltre un anno dalla pubblicazione della sentenza del TAR Emilia-Romagna) ed è comunque avvenuta solo dopo la notifica del ricorso per ottemperanza (12/12/2023) e in vista dell’udienza prevista davanti al Tribunale Amministrativo per il giudizio di ottemperanza R.G. n° 888/2023 (29 febbraio 2024, come risulta consultando il sito www.giustizia-amministrativa.it);
- la richiesta della nomina di un “commissario ad acta” (art. 21 c.p.a.) - ovvero di un funzionario pubblico nominato dal giudice amministrativo come proprio ausiliario nell'ambito del giudizio di ottemperanza al fine di emanare i provvedimenti che avrebbero dovuto essere emessi dall'Amministrazione – qualora fosse accolta dal TAR sarebbe un fatto estremamente grave per la credibilità dell’azione amministrativa comunale, a tacere del resto;
- il Comune rischia di essere condannato alle spese del giudizio di ottemperanza, che andrebbero ad aggiungersi a quelle già anticipate ai legali incaricati per i due gradi del giudizio di merito e a quelle liquidate a favore delle controparti;
- l’interrogante non conosce quali siano stati gli argomenti difensivi del Comune di Modena o di Hera Luce, avendo ricevuto in copia solo il ricorso di Edison Next Government S.r.l. e i motivi aggiunti benché sul sito del TAR risultino essere stati depositati nel giudizio di ottemperanza RG n° 888/2023 ulteriori atti e documenti dalle parti in causa;

CONSIDERATO INOLTRE CHE

- non è dato sapere in base a quali criteri sia stato stabilito il corrispettivo di € 140.000 + IVA in favore di Nomisma S.p.a. e in ogni caso in base all’art. 50 lett. e) del nuovo codice degli appalti di cui al (D. lgs. 36/2023) l’affidamento di servizi e forniture, ivi compresi “*i servizi di ingegneria e architettura e l’attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all’articolo 14*”, dovrebbe avvenire con “*procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*” ;

Per quanto sopra

INTERROGA

Il Sindaco e la Giunta per sapere:

- se quanto sopra esposto corrisponda al vero;
- se il Comune di Modena abbia intenzione di resistere nel giudizio di ottemperanza e con quali argomenti difensivi o viceversa intenda effettivamente “ottemperare” alla sentenza n° 7079/2023 del Consiglio di Stato (scongiurando così il rischio della nomina di un “commissario ad acta”) o giungere a un accordo con la controparte (pertanto sarebbe quanto mai opportuno che l’interrogante e gli altri consiglieri venissero con urgenza informati sull’esito dell’udienza del 29 febbraio p.v.);
- se oltre agli importi indicati in premessa siano state impegnate e/o corrisposte altre somme a titolo di spese di assistenza legale e/o tecnica, tenuto conto che come sopra evidenziato nello “schema di

appendice contrattuale” allegato alla proposta di delibera approvata dal Consiglio comunale nella seduta del 28/4/2022 le spese per l’incarico ad AESS (e quindi anche il parere legale) erano stati posti, nell’ “economia” dell’intera operazione, a carico di Hera Luce;

- con quali criteri è stato stabilito il corrispettivo in favore di Nomisma S.p.a. e se, al di là dell’applicazione o meno della norma sopra richiamata (art. 50 lett. e Codice degli Appalti), il Comune abbia interpellato o chiesto un preventivo ad altri “advisors” specializzati.

Il Consigliere firmatario

Antonio Baldini

Si autorizza la diffusione a mezzo stampa