



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 68 del 30 gennaio 2019

Fascicolo n. 1506/2017

Oggetto: Fornitura del servizio energia/calore e terzo responsabile negli edifici della Provincia di Nuoro CIG 0061593C23.

Il Consiglio

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il 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;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Premesse

In data 21.3.2017 è stata assegnata all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture la nota acquisita al protocollo di questa Autorità n. 0059413 del 13.4.2016, con la quale l'Amministrazione provinciale di Nuoro, in persona del suo Amministratore Straordinario, ha rivolto un'istanza volta a valutare la legittimità e correttezza del contratto indicato in oggetto, in seguito allo svolgimento di attività di controllo da parte dell'Ufficio Controlli Interni della stessa Provincia, in cui sono emerse criticità rappresentate in una dettagliata relazione, allegata alla nota stessa.

In particolare, l'Ufficio Controlli Interni della Provincia ha espresso una serie di valutazioni che sono apparse, preliminarmente, condivisibili in ordine ai seguenti aspetti:

- l'Amministrazione, con la delibera n. 1109/2011, ha provveduto ad una prima proroga del servizio in oggetto, per il periodo dal 1.1.2013 al 31.12.2015, per un importo superiore per € 62.035 rispetto al contratto originario, per ciascuno dei tre anni di proroga, per una maggiore spesa pari ad € 223.326,00, IVA inclusa, nel triennio.
In ordine alla astratta possibilità di procedere ad una proroga, viene fatto rilevare che l'art. 57 comma 5 del d.lgs. 163/2006 sottopone la possibilità di ricorrere al rinnovo dei contratti, ammettendo la ripetizione di servizi analoghi, purché tale possibilità sia stata espressamente prevista e stimata nel bando e rientri in determinati limiti temporali, ma soprattutto, condizione inderogabile per l'affidamento diretto dei servizi successivi, è che il loro importo complessivo stimato sia stato computato, per la determinazione del valore globale del contratto iniziale, ai fini delle soglie di cui all'art. 28 del citato d.lgs. 163 e degli altri istituti e adempimenti che la normativa correla all'importo stimato dell'appalto;
- una seconda cosiddetta proroga estende il rapporto contrattuale di 10 anni, oltre i 3 anni di cui alla prima estensione. Tale ulteriore prosecuzione appare, innanzi tutto, in contrasto con la disposizione, di valenza generale di cui all'art. 12 del r.d. 2440/1923, che stabilisce un tempo (di norma) di nove anni di durata per i contratti pubblici; ma oltre a questo, si osserva che neppure

risultano congrue le motivazioni espresse negli atti a supporto di tale, peraltro molto lunga, seconda estensione temporale del contratto e che risiedono nell'assimilazione del contratto n. 6572/2008 ad un contratto servizio energia di cui al d.lgs. 30 maggio 2008 n. 115. Secondo tale normativa, al contratto originario, riqualficato contratto servizio energia, potevano essere applicate le previsioni di cui all'allegato II del d.lgs. 115/2008, punto 6, comma 2, lett. b, ai sensi del quale, qualora nel corso di vigenza di un contratto di servizio energia, le parti concordino l'esecuzione di nuove e/o ulteriori prestazioni ed attività conformi e corrispondenti ai requisiti del presente decreto, la durata del contratto potrà essere prorogata nel rispetto delle modalità definite dal presente decreto;

- la Provincia di Nuoro, in definitiva, nella fattispecie in esame, ha stipulato due atti aggiuntivi rep. n. 6795 in data 31.8.2012 e quindi rep. n. 6811 in data 29.11.2012 senza che essi siano stati preceduti dall'esperimento di alcuna procedura di gara neppure informale.

Considerato in fatto

L'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture, con nota prot. 0058202 del 24.4.2017, ha comunicato alla Provincia di Nuoro l'avvio di un procedimento istruttorio, ex art. 13 del vigente Regolamento per le attività di vigilanza, al fine di verificare la validità dell'operato posto in essere dalla stessa Stazione appaltante, in ordine alle criticità sopra rilevate.

A seguito dell'avvio del procedimento, di cui alla richiamata nota prot. 0058202/2017, la Stazione appaltante ha trasmesso la relazione illustrativa acquisita al protocollo in data 24.5.2017, al n. 0072220.

In tale documento viene relazionato in ordine ad ognuno dei punti di criticità sopra elencati.

- 1) Per quanto riguarda la determinazione n. 1109 del 2.5.2011, viene fatto rilevare che, a prescindere dalla errata dizione utilizzata nel testo della stessa determinazione, si tratta della proroga di un contratto per un servizio triennale, debitamente prevista nel bando di gara originario. Si tratta, quindi, di una proroga concessa ai sensi dell'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. 163/2006, quale ripetizione di servizi analoghi a quelli del contratto originario. Viene quindi chiarito che, ai fini dell'applicazione della norma anzidetta, erano state rispettate tutte le condizioni ivi previste. In particolare:
 - era stata prevista la durata complessiva potenziale dell'affidamento con specifica menzione del periodo di proroga;
 - il contratto originario è stato affidato previo esperimento di procedura aperta;
 - l'importo complessivo dell'appalto, comprensivo della potenziale proroga, si inserisce nella stessa fascia di rilievo economico ai fini del calcolo delle soglie indicate nell'art. 28 del d.lgs. 163/2006.

La differenza dell'importo contrattuale della proroga rispetto al contratto originario, risultata superiore di € 62.035, per ciascuno dei tre anni di proroga e per una maggiore spesa pari ad € 223.326,00, IVA inclusa, nel triennio, è dovuta in quota parte alla variazione del perimetro contrattuale intervenuto negli anni precedenti. L'elenco degli impianti interessati all'inizio del contratto, è stato incrementato degli impianti di ulteriori n. 6 nuovi edifici. Inoltre, in corso di appalto l'importo contrattuale ha subito variazioni in conseguenza della revisione dei prezzi prevista sia contrattualmente, che normativamente.

- 2) In ordine alla seconda proroga, per la quale era stata evidenziata l'eccessiva estensione del contratto, con l'assimilazione del contratto n. 6572/2008 a quelli del servizio energia di cui al d.lgs. 30.5.2008, n. 115, benché stipulato antecedentemente all'entrata in vigore del decreto stesso e in vigore del d.p.r. 412/1993, viene fatto rilevare che la *lex specialis* richiama espressamente proprio il predetto d.p.r. 412/1993, in quanto unica normativa interna vigente all'epoca dell'indizione della gara. Quindi, il d.p.r. 412/1993 e la direttiva 2006/32/CE, a prescindere da più o meno specifici richiami contenuti nella *lex specialis*, sono integralmente applicabili al bando di gara ed al contratto stipulato con l'aggiudicataria e rappresentano l'esclusivo parametro di raffronto per valutare la legittimità del contratto.

Viene chiarito che "tali principi in materia di irretroattività del diritto e tutela dell'affidamento, se ritenuti validi con riferimento alle fasi c.d. "pubblicistiche" della gara d'appalto, a fortiori devono considerarsi irrinunciabili per la fase successiva alla stipula del contratto, ove il contraente è ormai un titolare di una posizione soggettiva specifica e definita, integralmente acquisita al suo patrimonio giuridico soggettivo. Peraltro se deroghe sono talora consentite dall'ordinamento al dogma della irretroattività della norma successiva, tanto non è assolutamente possibile ove la lex superveniens preveda una disciplina più severa e/o limiti ulteriori e/o comunque disposizioni più sfavorevoli".

Viene affermato quindi che con determinazione n. 100 del 18.1.2012 non è stato riqualificato il contratto, ma si è preso atto che il contratto originario poteva essere definito di *Servizio Energia* ai sensi del d.lgs. 115/2008, sulla base di una relazione istruttoria del dirigente del settore tecnico e del parere reso da un esperto legale (allegato alla relazione illustrativa), possedendo tutti i requisiti e tutte le prestazioni di cui al paragrafo 4 dell'allegato II del d.lgs. 115/2008. In tale contesto, il limite dei dieci anni imposto dall'art. 12 del R.D. 2440/1923 è inefficace, in quanto la materia è ora regolamentata da una normativa specifica (d.lgs 115/2008, così come rinforzata dal d.lgs. 102/2014). Ai sensi dell'allegato II del d.lgs. 115/2008 il contratto di servizio energia può avere una durata compresa fra 1 e 10 anni, che può subire deroghe nella eventualità che il *fornitore del contratto servizio energia partecipi all'investimento per l'integrale rifacimento degli impianti e/o la realizzazione energetica dell'involucro edilizio per oltre il 50% della sua superficie*, così come previsto dal progetto proposto da Cofely e approvato dalla Provincia.

Con nota prot. 0017666 del 23.2.2018, l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture, al termine dell'istruttoria, ha trasmesso all'Amministrazione provinciale di Nuoro le proprie risultanze per fornire eventuali, ulteriori controdeduzioni.

Nel termine assegnato la Stazione appaltante non ha rimesso ulteriori controdeduzioni; né ha ritenuto di manifestare una volontà di conformarsi alle indicazioni contenute nella stessa comunicazione. Deve dedursi, quindi, che le criticità rilevate al termine della fase istruttoria siano confermate e ribadite come di seguito riportato.

Considerato in diritto

In ordine alla cosiddetta proroga di tre anni del contratto in oggetto, disposta con determinazione n. 1109 del 2.5.2011, secondo quanto argomentato nella propria nota a riscontro dell'avvio del procedimento, la Stazione appaltante si sarebbe avvalsa della norma contenuta nell'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. 163/2006, in tema di *ripetizione di servizi analoghi*. Giova riportare il contenuto di tale norma:

b) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28.

Questa Autorità, ha più volte trattato l'argomento, intervenendo in modo specifico con il Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015, in tema di *Utilizzo improprio delle proroghe/rinnovi di contratti pubblici - parere*. Dopo una premessa di carattere generale in cui si legge: *Sull'istituto della proroga e del rinnovo, l'Autorità è intervenuta in numerosi casi; con la deliberazione n. 34/2011, ha chiarito che la proroga - oggetto di numerose pronunce da parte della giustizia amministrativa - è un istituto assolutamente eccezionale ed, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge (art. 23, legge n. 62/2005) la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi enunciati all'art. 2 del d.lgs. 163/2006 e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (Cons. di Stato n. 3391/2008).*

Quindi, per quanto riguarda lo specifico caso in esame, viene affermato che *Tuttavia, l'Autorità ha rilevato residuali margini di applicabilità del rinnovo espresso a determinate condizioni e nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e par condicio alla base dell'evidenza pubblica. In particolare, l'art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. n. 163/2006 ripristina indirettamente la possibilità di ricorrere al rinnovo dei contratti, ammettendo la ripetizione dei servizi analoghi, purché tale possibilità sia stata espressamente prevista e stimata nel bando e rientri in determinati limiti temporali (cfr. Parere n. 242/2008; Deliberazione n. 183/2007 della ex Avcp).*

Ma, soprattutto, condizione inderogabile per l'affidamento diretto dei servizi successivi è che il loro importo complessivo stimato sia stato computato per la determinazione del valore globale del contratto iniziale, ai fini delle soglie di cui all'art. 28 del citato d.lgs. 163 e degli altri istituti e adempimenti che la normativa correla all'importo stimato dell'appalto. Si rinvia – ex plurimis - alla deliberazione n. 6 del 20.02.2013 e al parere AG 38/13 del 24.07.2013.

Quindi, secondo tale parere, peraltro confortato da autorevole giurisprudenza, gli elementi indispensabili per l'utilizzo dell'opzione di rinnovo sono: 1 – parità di condizioni del contratto iniziale; 2 - tempo predeterminato e limitato; 3 - previsione negli atti di gara, anche ai fini del computo dell'importo a base d'appalto; 4 - facoltà esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione.

Nel caso di specie, l'elemento sub 1 non appare rispettato, poiché l'importo contrattuale della prosecuzione è superiore all'importo pattuito originariamente, per la somma complessiva di € 223.326,00, riferita all'intero triennio. Non appare rispettato neanche l'elemento sub 3, poiché il bando originario non contiene la previsione dell'importo complessivo, comprendente quello del potenziale rinnovo, anche ai fini del computo delle soglie di cui all'art. 28, d.lgs. 163/2006. Al riguardo, la Stazione appaltante si limita a riferire, nella proprie controdeduzioni, che *l'importo complessivo dell'appalto, sommando quello originario a quello di potenziale rinnovo, si inserisce nella stessa fascia di rilievo economico ai fini del calcolo delle soglie indicate nell'art. 28 del d.lgs. 163/2006*. Infine, con riferimento all'elemento sub 4, non viene fornita una *adeguata motivazione*. Infatti, con la determinazione n. 1844 del 23.7.2007 (determina a contrarre) l'Amministrazione non inserisce alcuna motivazione circa le ragioni poste a supporto della propria scelta, ma si limita a prendere atto del testo definitivo del capitolato d'appalto predisposto dal RUP, *che prevede un servizio della durata di anni cinque con la possibile opzione per altri tre anni*.

La successiva ulteriore estensione contrattuale di dieci anni è stata posta in essere in conseguenza dei seguenti atti:

- con determinazione n. 100 in data 18.1.2012 si è proceduto alla riqualificazione del contratto n. 6572/2008 come contratto *servizio energia*;
- con determinazione n. 1512 in data 16.7.2012 si è proceduto a formalizzare la rinegoziazione del contratto n. 6572/2008, determinando:
 - una proroga di anni 13 comprensivi della proroga di cui alla precedente determinazione n. 1109/2011;
 - un piano complessivo di investimenti per € 3.150.000,00 come da deliberazione n. 22/2011 ovvero per € 1.820.000,00 a carico della provincia di Nuoro e € 1.330.000,00 a carico della Cofely SpA.
- in conseguenza delle disposizioni di cui sopra, sono stati stipulati due successivi contratti, detti *atti aggiuntivi*, rep. n. 6795 in data 31.8.2012 e rep. n. 6811 in data 29.11.2012. Con tali atti si affidava alla Cofely Italia SpA quanto segue:
 - l'estensione di n. 13 anni del termine previsto nel contratto n. 6572/2008, i cui effetti pertanto venivano prolungati al 31.12.2025 ma, per la parte economica, alle condizioni di cui alla determinazione n. 1109/2011 ovvero per l'importo annuale di € 882.364,61;
 - la realizzazione di interventi di risparmio energetico, con progettazione integralmente a carico della stessa Cofely, da eseguire su stabili e su impianti termici della provincia di Nuoro per un complessivo importo di € 3.150.000,00 IVA inclusa, di cui € 1.835.171,00 a carico della Provincia, € 390.000,00 anch'esso a carico della Provincia quale risparmio energetico ed € 924.829,00 quale quota di finanziamento a carico della Cofely.

Nella relazione fornita a seguito dell'avvio del procedimento dell'ANAC, la Stazione appaltante argomenta che non si è trattato di una riqualificazione del contratto originario, *ma in modo molto chiaro ha preso atto che il contratto originario può essere definito di Servizio Energia attraverso i contenuti della delibera n. 22 del 21.2.2011*. In ciò, la Stazione appaltante ha ottenuto il conforto della relazione istruttoria del dirigente del settore tecnico e del parere legale reso dall'avv. Emanuela Porcu, la quale *ha dichiarato legittima la possibilità di rinegoziazione in quanto il contratto in corso può definirsi Contratto di Servizio Energia possedendo tutti i requisiti e tutte le prestazioni di cui al paragrafo 4 dell'allegato II del D.Lgs. 115/2008*.

L'argomento secondo cui la Stazione appaltante ha ritenuto di poter definire *Contratto di Servizio Energia* un contratto stipulato in tempi in cui tale fattispecie non era ancora istituita, appare capzioso. Peraltro, sulla materia, così come ha già fatto notare nella propria disamina l'Ufficio controlli interni della stessa provincia di Nuoro, si è già pronunciata l'ex AVCP con parere AG 18/13 del 4.7.2013, per una fattispecie identica a quella in esame, dove si legge:

La proroga contrattuale di che trattasi appare, pertanto, consentita in riferimento ad un contratto servizio energia originariamente stipulato sulla base della normativa tecnica e dei requisiti individuati dal decreto legislativo e non ad un contratto di servizio energia stipulato ai sensi del d.P.R. n. 412/1993.

In questo senso, la locuzione "nel corso di vigenza di un contratto di servizio energia", utilizzata dal citato punto 6, lettera b), dell'Allegato II, deve essere interpretata alla luce dei canoni ermeneutici in precedenza riportati, intendendosi per contratto di servizio energia in "corso di vigenza" un contratto che risponda compiutamente allo schema contrattuale di cui all'allegato II al d.lgs. n. 115/2008.

In definitiva, entrambe le estensioni contrattuali concesse dalla provincia di Nuoro non risultano in linea con la normativa di riferimento e, quindi, sono lesive di un principio cardine del codice dei contratti, quale la libera concorrenza degli operatori economici, per aver creato una disparità di trattamento fra l'appaltatore originario e i potenziali concorrenti interessati ad entrare nel mercato, una volta scaduto il contratto originario.

Tutto ciò considerato e ritenuto, il Consiglio

DELIBERA

- ✓ di ritenere confermate le criticità contestate all'Amministrazione provinciale di Nuoro, con la comunicazione di risultanze istruttorie prot. n° 0017666 del 23.02.2018 in merito alla Fornitura del servizio energia/calore e terzo responsabile negli edifici della provincia di Nuoro e, in specie, rileva quanto segue:
 - la proroga contrattuale di tre anni, disposta con determinazione n. 1109 del 2.5.2011, non è in linea con la normativa di riferimento (art. 57, comma 5, lettera b), d.lgs. 163/2006), essendo carenti elementi indispensabili per il ricorso a tale istituto, quali la parità di condizioni del contratto iniziale, la previsione negli atti di gara dell'importo complessivo a base d'appalto e un'adeguata motivazione;
 - anche l'ulteriore estensione contrattuale di dieci anni, posta in essere in conseguenza della determinazione n. 100 del 18.01.2012 e della determinazione n. 1512 del 16.07.2012, è stata disposta in assenza di idonei presupposti giuridici, poiché tale proroga non è consentita in riferimento ad un contratto di servizio energia stipulato ai sensi del d.P.R. n. 412/1993 e, congiuntamente con la precedente prosecuzione triennale, è da ritenersi lesiva del principio di libera concorrenza previsto dall'art. 2 del d.lgs. 163/2006;
- ✓ dà mandato all'Ufficio istruttore di trasmettere la presente delibera all'Amministrazione provinciale, per le eventuali iniziative di competenza.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 febbraio 2019

Il Segretario Maria Esposito