



c.a. Al Comune di *omissis*
del Sindaco *omissis*
del Segretario generale e responsabile della
prevenzione della corruzione
dott *omissis*

Fascicolo UVCP (EX UVCS) 696/2020/pd
(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: concessione del servizio di gestione, conduzione e manutenzione della piscina comunale del Comune di *omissis* – **Definizione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018**

Con riferimento al procedimento di vigilanza in oggetto, acquisite le controdeduzioni del Comune *omissis* a seguito di richiesta informazioni prot. n. 13745 del 18.2.2020 e di comunicazione di avvio del procedimento prot n. 36835 del 20.5.2020, si trasmettono le seguenti valutazioni conclusive approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 20.10.2021.

Fatto

Con nota di richiesta di informazioni e con comunicazione di avvio del procedimento indicate in premessa, l'Amministrazione comunale del Comune di *omissis* veniva chiamata a controdedurre in merito a talune anomalie emerse all'esito di un'attività d'indagine riguardante la legittimità delle proroghe della concessione per la gestione della piscina comunale del Comune di *omissis* indicata in oggetto, in favore della soc *omissis*.

Detta concessione di durata annuale rinnovabile per un ulteriore anno, veniva indetta "nelle more dell'espletamento della gara per la concessione pluriennale".

Le anomalie rilevate afferivano ai seguenti profili:

- a) violazione dell'art. 29 del d. lgs 163/2006 allora vigente per mancata determinazione del valore della concessione, ivi compreso il valore della eventuale proroga nella determina a contrarre n. 621 del 31.12.2015;
- b) eccessivo rialzo dell'offerta dell'aggiudicatario, consistente nella misura percentuale del 150% del valore del canone annuo di concessione posto a base di gara di € 12.000,00 che viene incrementato ad € 30.000,00;
- c) utilizzo reiterato e distorto delle proroghe dal 2017 al 2020: nel periodo dal 1° aprile al 31 dicembre 2019 è stata disposta la proroga del servizio in assenza di formale provvedimento della S.A. che la disponesse, inottemperanza sanata a valle della proroga stessa con Det. del Responsabile dell'Ufficio Tecnico, n. 909 del 29.11.2019;
- d) violazione dell'art. 10, comma 1, d. lgs 163/2006 (ora art. 31, comma 1, d. lgs 50/2016) per svolgimento delle funzioni di RUP da parte del geom. *omissis* in assenza di provvedimento di attribuzione della qualifica.

Veniva inoltre richiesto all'Ente di informare sullo stato della gara per la concessione pluriennale della gestione della piscina comunale il cui espletamento avrebbe dovuto concludersi entro l'anno 2016, e alle problematiche eventualmente esistenti che ne hanno impedito l'espletamento nei tempi congrui.

In riscontro alle suddette note il Comune ha reso non esaustive informazioni. Nello specifico non ha controdedotto in merito alla mancata determinazione del valore della concessione di cui all'art. 29 del d.lgs 163/2006.

Ha argomentato che le proroghe disposte dal 2017 fino al 2020, in luogo della gara per la concessione pluriennale erano sostanzialmente connesse alla previsione inserita nel programma triennale delle opere pubbliche 2018-2020 di una complessiva ristrutturazione dell'impianto natatorio con riqualificazione edilizia e adeguamento degli impianti tecnologici e successiva gestione da attuarsi tramite apporto di capitali privati. Erano altresì finalizzate a preservare la continuità e la qualità del servizio reso in un impianto natatorio antieconomico in relazione al bacino di utenza, nonché obsoleto e necessitante di interventi di efficientamento termico per ridurre l'elevato dispendio di energia per il riscaldamento degli ambienti.

Per effetto della variazione del programma triennale 2018-2020 non veniva dato seguito alla procedura di interventi di riqualificazione della piscina comunale e conseguentemente con D.G.C. n. 125 del 23.12.2019 veniva approvato il capitolato e il PEF della concessione per la gestione, conduzione e manutenzione della piscina comunale per l'anno 2020 eventualmente prorogabile per l'anno 2021.

L'offerta della soc. **omissis** con il rilevante rialzo del 150% del valore del canone annuale di concessione a base di gara, è risultata la più conveniente e congrua tra le tre società partecipanti alla gara, anche in raffronto al canone annuale di € 51.000,00 che nel 2014 avrebbe dovuto versare l'allora concessionario, il quale avendo ritenuto tale costo antieconomico ha esercitato il diritto di recesso dal contratto di concessione.

La mancata nomina del RUP è stata *"giustificata dal Responsabile dell'Area Gestione del territorio come ritenuta assorbita in un suo precedente provvedimento di assegnazione della qualità di Responsabile del procedimento, fatta non per singola procedura di affidamento, ma per tipologia di interventi"*.

Con determina a contrarre n. 66 del 7.2.2020 è stata avviata la nuova gara con procedura aperta per la *"concessione del servizio di gestione, conduzione, esercizio e manutenzione della piscina comunale omissis"* per il valore di € 783.070,00 oltre IVA, di durata annuale prorogabile per un ulteriore anno.

Nel corso della gara è intervenuto il D. L. 17.3.2020 n. 18 sull'emergenza epidemiologica da COVID 19, che all'art. 103, comma 1 sospendeva i termini di ogni tipologia di procedimento amministrativo. Essendo però già in data 18 marzo avviata la fase di apertura della documentazione amministrativa, la piattaforma utilizzata non consentiva la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, di conseguenza la procedura di gara veniva annullata in autotutela e si rimetteva ad un successivo provvedimento la medesima gara con pari contenuti, che alla data delle controdeduzioni dell'1.6.2020 era in fase di decorrenza del termine per la presentazione delle offerte.

Considerazioni

Esaminata la documentazione pervenuta alla luce della normativa applicabile al caso di specie, si formulano le considerazioni che seguono.

sub a) Nel confermare che la S.A. non ha proceduto alla determinazione del valore della concessione, si ribadisce quanto già affermato nella comunicazione di avvio del procedimento, che in base all'art. 29 del previgente Codice, d. lgs 163/2016, (oggi art. 167 del d. lgs 50/2016), la stima di una concessione è determinata in relazione al fatturato generato dalla concessione e non solo in base al canone e deve inoltre tener conto di possibili forme di rinnovo o di proroga; tale determinazione spetta all'amministrazione precedente.

Sul punto il Consiglio di Stato con sentenza del 14 giugno 2017 n. 2926, sezione terza, relativa a un bando di gara che aveva stimato il valore della concessione unicamente in base al canone della concessione, ha evidenziato che *"tanto il legislatore nazionale (artt. 29 e 143 del d. lgs 163/2006) che la normativa comunitaria (art. 8 della direttiva 2014/23/UE), pongono in capo alla stazione appaltante l'obbligo di determinare, con un metodo oggettivo di calcolo, il fatturato presunto generato dalla concessione"*.

Si afferma in tale sentenza che in relazione a tale disposizione, *"L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, già nella deliberazione n. 9 del 2002, in merito all'assenza del reale valore dell'affidamento aveva precisato che il valore della concessione non può essere computato con riferimento al cosiddetto <<ristorno>> e cioè al costo o al canone della concessione, ma nel caso di concessione di servizi, deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dalla fruizione del servizio da parte degli utenti. In particolare per le concessioni, nella nozione di "importo totale pagabile" è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corripettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Infatti qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'"importo totale pagabile" di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato, ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione"*.

Non può essere sottaciuto inoltre che la corretta stima del valore di un servizio affidato in concessione e, di conseguenza, l'ammontare del relativo contratto, sia un'operazione complessa che implica una previsione economica e assume un particolare rilievo sotto molteplici aspetti; serve a fornire una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio e ad individuare con esattezza la forma di pubblicità idonea.

Non da ultimo, la corretta valutazione del valore complessivo di un contratto pubblico costituisce, insieme alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara, il presupposto essenziale per individuare i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi da richiedere ai concorrenti. Ne consegue che la non corretta individuazione dell'importo a base di dell'affidamento, oltre ad incidere complessivamente sui canoni di trasparenza e proporzionalità della procedura di gara, si riflette sull'incongrua quantificazione delle cauzioni in garanzia e del contributo all'Autorità. (AVCP, Delibere n. 61 del 20/06/2012 e 92 del 7.11.2012).

sub b) Il rialzo 150% del valore del canone di concessione posto a base di gara apprezzato dalla stazione appaltante, poiché *"finalizzato a preservare la continuità e la qualità del servizio reso in un impianto natatorio antieconomico in relazione al bacino di utenza, nonché obsoleto"* evidenzerebbe una sottostima del valore del canone stesso. In tale ipotesi, una base di gara eccessivamente bassa non corrisponde alle reali condizioni di mercato, con la conseguenza che provoca un effetto distorsivo delle offerte, falsa la procedura concorrenziale e viola il principio di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa.

Si osserva poi che un'offerta tanto elevata, che si pone in contrasto con la tesi dell'antieconomicità dell'impianto sostenuta dalla S.A., potrebbe invece essere in realtà consapevolmente commisurata alla redditività della gestione dell'impianto stesso.

Diversamente argomentando, qualora il valore del canone posto a base di gara fosse effettivamente congruo, poiché basato sull'elemento conoscitivo del ridotto bacino d'utenza, non appare comprensibile l'apprezzamento da

parte della S.A. di un'offerta particolarmente spinta che potrebbe rendere incerta la buona esecuzione della concessione.

Venendo all'uso prolungato della proroga, esso è da ricercarsi nell'esigenza dell'Amministrazione di addivenire alla riqualificazione e all'ammodernamento dell'impianto natatorio.

Tale scelta della S.A. non è condivisibile poiché attraverso la sistematica reiterazione delle proroghe che si sono succedute dal 2017 sino al 2020, sempre in favore del medesimo operatore economico, nelle more dell'espletamento della gara per la concessione pluriennale mai indetta, è stato sottratto per tale via l'affidamento al confronto competitivo e alla concorrenza.

Occorre chiarire inoltre che per proroga disposta "nelle more" dell'espletamento di una gara, deve intendersi la residuale facoltà a fronte del principio generale del divieto di proroga dei contratti pubblici, diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso nelle more dell'espletamento di una procedura di gara già avviata, ovvero la cd "proroga tecnica" (AVCP AG 33/20213). Essa deve avere un carattere temporaneo rappresentando uno strumento esclusivamente finalizzato ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro. Il codice dei contratti al tempo vigente disciplinava all'art. 57 le speciali ed eccezionali circostanze al ricorrere delle quali era consentita tale forma di affidamento.

Ne consegue che l'uso distorto della proroga, la quale è ammessa dalla consolidata giurisprudenza, solo in via del tutto eccezionale, costituisce una violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, enunciati nel previgente codice dei contratti al comma 1 dell'art. 2, [oggi art. 30 del D. Lgs. 50/2016].

Qualora l'Amministrazione abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, in prossimità della scadenza di un contratto, deve – tempestivamente – bandire una nuova gara (cfr. CdS n. 3391/2008), al fine di portarla a termine prima della naturale scadenza del risalente contratto, in quanto, in tema di proroga (o rinnovo) dei contratti pubblici non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti.

Si ritiene pertanto che l'amministrazione, in luogo delle proroghe avrebbe potuto utilizzare il meccanismo della "gara ponte" nelle more della definizione del progetto di ristrutturazione, riqualificazione edilizia e adeguamento degli impianti tecnologici per la successiva gestione dell'impianto natatorio.

E' stato poi rilevato che dal 1° aprile al 31 dicembre 2019 la proroga della concessione in esame è avvenuta in assenza del formale provvedimento che la disponesse. In tal caso l'ente ha mancato di manifestare la volontà di prorogare il contratto pubblico scaduto e di dare conto delle speciali motivazioni che hanno resa necessaria tale forma di affidamento, contravvenendo ai principi di trasparenza e buon andamento.

In merito a quanto sopra è opportuno puntualizzare che il provvedimento finalizzato all'affidamento di un contratto pubblico (determina a contrarre o atto equivalente) rappresenta un passaggio obbligato nell'iter di formazione della stessa volontà contrattuale del soggetto pubblico, tanto da costituire il presupposto necessario del futuro contratto che la pubblica amministrazione intende stipulare. Esso precede sempre l'affidamento e costituisce l'atto con il quale la S.A. esplicita le ragioni di interesse pubblico che con il contratto si intendono perseguire.

sub d) Si rileva che la mancata nomina del RUP del contratto di concessione al soggetto che ha di fatto svolto tale funzione, configura la violazione dell'art. 10, comma 1, d. lgs 163/2006, (ora art. 31, comma 1, d. lgs 50/2016), a

tenore del quale, *“per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1991, n. 241 un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione”*.

Da ultimo, a seguito di verifiche d'ufficio è stato riscontrato che con Determina a contrarre n. 289 del 14.5.2020 l'ente comunale ha disposto il nuovo affidamento della concessione del servizio di gestione, conduzione e manutenzione della piscina comunale e la contestuale nomina di RUP al geom. **omissis**.

La concessione aggiudicata alla uscente soc. **omissis** del valore di € 783.070,00 (comprensivo dell'eventuale proroga), al canone annuo di € 20.000,00 ha durata di un anno, eventualmente rinnovabile per un ulteriore anno.

Si ravvisa che la durata annuale eventualmente rinnovabile risulta essere un tempo estremamente limitato per una concessione, tale da rappresentare un aspetto critico, stante che la durata del rapporto tra concedente e concessionario deve essere commisurata al perseguimento dell'equilibrio economico – finanziario del concessionario risultante dal piano economico – finanziario (PEF) posto a base di gara.

Inoltre il PEF a base della predetta gara rappresenta una mera elencazione delle entrate e delle spese e non prevede le spese di manutenzione della piscina comunale che costituisce parte dell'oggetto del bando, ma prevede una piccola spesa di manutenzione per parco, personale, attrezzi, trattore e tagliando, per un valore del tutto irrisorio di circa 3.000,00 euro non commisurato al valore della concessione di € 783.070,00.

Esso è basato su una concessione di durata molto limitata che non comporta praticamente alcun investimento da parte del privato contraente. Non costituisce quindi elemento previsionale della redditività, della tempistica di rientro dei capitali investiti e della valutazione dei rischi connessi alla gestione.

Ciò stante è il caso di rappresentare che l'art. 165, comma 1 del Codice dei contratti, d. lgs 50/2016, definisce che il piano economico finanziario posto a base di gara rappresenta elemento fondamentale contenente le proiezioni del recupero degli investimenti necessari al conseguimento degli obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti ad esempio la qualità del servizio o il prezzo per gli utenti e alla remunerazione del capitale investito. Ha quindi la funzione di dimostrare la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale richiesto dal bando e permette all'amministrazione di valutare l'adeguatezza delle offerte e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione stessa.

Inoltre la richiamata norma stabilisce che, affinché una concessione possa definirsi tale, sussiste la necessità di trasferire il rischio operativo in capo all'operatore privato. Tale rimando è effettuato dall'art. 3 comma 1, lett. zz) che definisce il rischio in questione come fattore legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi.

Conclusioni

Il Consiglio

alla luce degli elementi documentali esaminati e del quadro normativo di riferimento, dispone la definizione del procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in

materia di contratti pubblici” di cui alla Delibera ANAC 04.07.2018 n. 803, pubblicato sul sito istituzionale dell’Autorità, contestando:

- l’utilizzo improprio dell’istituto della proroga in violazione dei principi posti a tutela della concorrenza e della normativa vigente in materia di contratti pubblici;
- le criticità rilevate nella gara da ultimo indetta, in relazione alla durata della concessione e alla predisposizione del piano economico finanziario.

Richiama pertanto la S.A. per il futuro affidamento della *“concessione pluriennale per la ristrutturazione con riqualificazione edilizia e adeguamento degli impianti tecnologici e successiva gestione dell’impianto natatorio”* e, in generale per tutti gli affidamenti di contratti pubblici, a tener conto di quanto precede e all’osservanza delle disposizioni del d. lgs 50/2016.

Fa presente infine, che allorquando sarà dato avvio alla nuova procedura di gara dovranno essere trasmessi all’Autorità il relativo bando/avviso e tutta la documentazione di gara a corredo (disciplinare, capitolato, PEF, ecc.).

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 12 novembre 2021