



Presidente

Al Presidente
Rag. Roberto Filippi

c/o Loc. Terme di Comano, 6, 38077
Comano Terme TN

Alla Provincia Autonoma di Trento
Trento TN

Fasc. Anac n. 5127/2020 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

Azienda Consortile Terme di Comano: procedura aperta sopra soglia comunitaria per l'affidamento della "Progettazione esecutiva, realizzazione dei lavori di riorganizzazione funzionale, architettonica e di riqualificazione energetica dello stabilimento termale esistente e fornitura e allestimento degli arredi e complementi di arredo necessari a dare gli spazi completamente finiti ed arredati in ogni parte" (Importo lavori: 15.307.610,12 euro; ClG: 8292589CEA).

Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Con segnalazione acquisita al prot. Anac con il numero 82949 del 04.11.2020 l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Trento lamentava la presunta illegittimità della mancata previsione dell'importo relativo all'onorario di progettazione esecutiva in quanto servizio posto a carico dell'aggiudicatario.

L'ufficio, rilevando una possibile violazione della normativa, ed in particolare dell'articolo 24 comma 8 D.lgs. 50/2016 stante il mancato utilizzo dei corrispettivi del d.m. 17.06.2016 quale base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento, nonché delle Linee Guida n. 1 in materia di principio di equo compenso, ha inoltrato con nota prot. n. 93169 del 7.12.2020 comunicazione di avvio del procedimento formulando all'Azienda Terme di Comano specifica richiesta di chiarimenti ed osservazioni in merito alla ritenuta illegittimità delle norme sopra richiamate.

Con nota acquisita al prot. Anac con il numero 943 del 07.01.2021 l'Azienda Consortile ha fornito il riscontro rilevando la mancata applicabilità del Codice dei Contratti, stante la natura di impresa pubblica, ed in quanto tale soggiacente alla normativa codicistica solo in riferimento ai settori speciali, non rintracciabili nel caso di specie – trattandosi di appalto integrato con lavori di manutenzione dello stabilimento termale.

L'Ufficio, ritenendo per la qualifica di organismo di diritto pubblico rinvenibile in capo all'Azienda, ha inoltrato richiesta di chiarimenti con nota prot. n. 25334 del 13.01.2021, chiedendo di chiarire l'eventuale beneficio di finanziamenti pubblici, nonché di fornire copia dello statuto.



Previo sollecito, l'Azienda Consortile ha fornito il risconto con nota prot. n. 20381 del 10.03.2021, rilevando il mancato finanziamento dell'opera tramite contributo diretto specifico da parte dei Comuni soci dell'Azienda.

Con ulteriore nota prot. n. 26054 del 29.03.2021 l'Ufficio richiedeva informazioni aggiuntive al fine di conoscere se l'Azienda consortile fosse concessionaria delle acque termali, chiedendo, altresì, di fornire l'atto costitutivo.

Con nota prot. 31515 del 16.04.2021 Terme di Comano forniva il riscontro confermando la natura di concessionario del bene acque termali sulla base di atto autorizzatorio rilasciato dalla Giunta Provinciale della Provincia Autonoma di Trento il 30.10.1987.

Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, la concessione di acque termali costituisce una concessione di beni e non di servizi (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 febbraio 2013 n. 873); in particolare l'acqua termale rappresenta un bene indisponibile oggetto di concessione da parte delle Regioni o delle Province Autonome, che spesso viene rilasciata su istanza di parte.

Tali concessioni comportano in capo al concessionario l'onere del pagamento di un canone annuo da corrispondere al concedente, costituendo dunque, contratti attivi con conseguente esclusione dell'applicabilità del Codice.

Come già affermato dall'Autorità le concessioni di beni (demaniali o indisponibili) non possono essere inglobate nei contratti esclusi disciplinati dagli artt. 4-20 D.lgs 50/2016 – ai quali si applicano i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica – in quanto non è prevista un'applicazione analogica degli stessi ai settori estranei dal Codice.

Tale assunto è stato ribadito anche dai Giudici di Palazzo Spada secondo cui la disciplina dei contratti esclusi è da intendersi in via tassativa ed applicabile solo ai contratti menzionati espressamente dal Codice, e non anche a quelli ivi non contemplati; *"la norma intende porre un principio di rispetto di regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, ma tali regole minimali vengono imposte: a) da un lato solo ai soggetti che ricadono nell'ambito di applicazione del codice appalti e delle direttive comunitarie di cui costituisce recepimento, e per i contratti "esclusi" comunque menzionati nel codice; b) dall'altro lato ai contratti "nominati ma esenti", e non anche ai contratti "estranei"* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 1 agosto 2011, n. 16).

Pur in attesa di una migliore definizione da parte del legislatore delle competenze dell'Autorità in materia, si ritiene comunque di fornire le seguenti osservazioni.

I concessionari di beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico, non possono operare nel mercato al pari di qualsiasi operatore, in quanto si appalesa il necessario rispetto dei principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e pubblicità.

Sul punto si era già espresso il Consiglio di Stato evidenziando l'obbligo del ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del concessionario *"derivante in via diretta dai principi del Trattato dell'Unione Europea, direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne, in guisa da tenere in non cale disposizioni interne di segno opposto"* (Consiglio di Stato, sez V 17 maggio 2011, n. 3250).

In particolare, proseguono i giudici di Palazzo Spada *"anche dopo il Trattato di Lisbona, l'indifferenza comunitaria alla qualificazione nominale delle fattispecie consente di sottoporre al nucleo essenziale dei"*



principi di evidenza pubblica l'affidamento di concessioni su beni pubblici, senza che a ciò vi osti la generica deduzione della occasionale partecipazione del privato all'esercizio dei pubblici poteri, dovendosi a tal fine riscontrare, con certezza, la traslazione effettiva di poteri pubblici autoritativi' (Consiglio di Stato, sez V 17 maggio 2011, n. 3250).

Conformemente anche la giurisprudenza successiva ha confermato il necessario ricorso alla gara pubblica per l'affidamento di beni pubblici in concessione, rilevando che *"La mancanza di una procedura competitiva circa l'assegnazione di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico, nel caso specifico concessione mineraria di acque termali, introduce una barriera all'ingresso al mercato, determinando una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento"* (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 febbraio 2013 n. 873).

Con un recente intervento la Corte Costituzionale ha confermato l'applicabilità alle concessioni per l'attività di sfruttamento delle acque minerali e termali e di sorgente, della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein o direttiva servizi), il cui articolo 12 prevede *"l'obbligo di adottare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento» e il conseguente rilascio di un'«autorizzazione» per una durata adeguata, ma pur sempre limitata, senza possibilità di «prevedere la procedura di rinnovo automatico», né di «accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami"* (Corte Costituzionale 20 ottobre 2020, n. 233).

Come anche affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in riferimento alle concessioni marittime, ma esprimendo un principio di carattere generale, l'articolo 12, paragrafi 1 e 2 della direttiva deve essere interpretato nel senso che essa osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati (Corte di Giustizia UE 14 luglio 2016 C-458/14).

Il Giudice Europeo chiarisce, altresì, che tali concessioni debbano essere intese in senso ampio, tese a ricomprendere anche le ipotesi in cui l'esercizio dell'attività è subordinata all'affidamento di un bene pubblico; in particolare *"il considerando 39 della direttiva in questione precisa che la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni" (...)"tali concessioni possono quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica"* .

La Corte Costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune norme regionali che prevedevano il rinnovo automatico della concessione termale, ha statuito che *"il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo e, per quanto qui di interesse, delle acque termominerali viola l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, dal momento che altri possibili operatori non avrebbero la possibilità, alla scadenza della concessione, di concorrere per la gestione se non nel caso in cui il vecchio gestore non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimento"* (Corte Costituzionale, 20 ottobre 2020, n. 233).



La tutela della concorrenza costituisce, infatti, una "*materia trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l'Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di "sostegno": anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all'esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto di sfruttare economicamente risorse naturali limitate), gli Stati membri sono tenuti all'obbligo della gara, che si pone a monte dell'attività poi svolta in quella materia*" (Consiglio di Stato Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17-18).

Conformemente il Consiglio di Stato, nell'affermare l'illegittimità della proroga, ha rilevato che "*non vi sono margini di tutela dell'affidamento dei precedenti concessionari, attraverso proroghe legali o amministrative, salvo casi eccezionali in cui si debba ripristinare la durata di un rapporto concessorio illegittimamente abbreviato rispetto alla sua scadenza naturale, ovvero per il tempo strettamente necessario alla definizione delle procedure per la stipula dei nuovi contratti*" (Consiglio di Stato, sez V 17 maggio 2011, n. 3250).

Parimenti "*la procrastinazione meccanica del termine originario di durata di un contratto sottrarrebbe in modo intollerabilmente lungo un bene economicamente contendibile alle dinamiche fisiologiche del mercato, non consente di procedere al rinnovo o alla proroga automatica dei contratti in corso, ma solo alla loro proroga espressa per il tempo strettamente necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica*" (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 febbraio 2013, n. 873).

In base a quanto sopra esposto nella suddetta nota, oggetto di deliberazione dell'adunanza consiliare del 21 dicembre 2021, si comunica la definizione del presente procedimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 18 gennaio 2022