

omissis

Fasc. UVCP n. 3566/2022

(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: Comune di T.- Affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nel cimitero comunale - Convenzione ditta *omissis* - Rinnovo collaborazione società *omissis* per la prosecuzione del servizio di car sharing ecologico - Nota di definizione in forma semplificata ai sensi dell'art. 21 del Regolamento Anac sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018

Rilevato in fatto

Con nota prot. n. 22449 del 25.3.2022, il Sig. *omissis*, nella qualità di Consigliere comunale del comune di T., ha trasmesso all'Autorità un esposto relativo alle procedure di gara in oggetto; con successivo prot. n. 26593 del 8.4.2022 è poi pervenuta all'Autorità una nuova segnalazione, anonima, riferita alle medesime procedure di gara.

In relazione all'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nel cimitero comunale, in entrambi gli esposti veniva evidenziata la presunta illegittimità della determinazione n. 27 del 4 marzo 2022, con cui l'amministrazione ha disposto l'affidamento diretto del citato servizio alla *omissis*, già affidataria del medesimo servizio in virtù di una Convenzione scaduta in data 31.12.2018. Le censure mosse dagli esponenti hanno riguardato, in particolar modo, la determinazione del corrispettivo di concessione, a loro giudizio erroneamente stimato al di sotto della soglia di euro 139.000,00, con conseguente possibilità, per la stazione appaltante, di affidare direttamente la commessa al citato operatore economico, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a) del codice dei contratti.

Con riferimento all'affidamento del diverso servizio di car sharing ecologico, gli esponenti hanno invece evidenziato un tardivo esercizio della facoltà di rinnovo della convenzione precedentemente stipulata con la *omissis* (già *omissis*), scaduta in data 31 dicembre 2016 e rinnovata giusta determina n. 37 del 18 febbraio 2022, e una conseguente violazione del principio di rotazione degli affidamenti.

Pertanto, con note prot. n. 29827 del 20.4.2022 e n. 32971 del 2.5.2022, questa Autorità ha trasmesso al comune di T. una richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 13, comma 4, del regolamento di vigilanza, chiedendo alla stazione appaltante di relazionare sulle citate procedure e di allegare tutta la documentazione ritenuta rilevante.

Con nota prot. n. 38829 del 20/5/2022, il comune di T. ha riscontrato la richiesta di informazioni, relazionando sulle citate procedure; dall'esame della nota di riscontro, tuttavia, sono sopraggiunte ulteriori esigenze istruttorie, avanzate dall'Autorità con nota prot. n. 44281 del 9.6.2022 e riscontrate dal comune appaltante con nota prot. n. 53490 del 29.6.2022.

Conclusione del procedimento

Dall'istruttoria espletata e dalle relazioni trasmesse dalla stazione appaltante sono emerse diverse criticità nell'affidamento dei servizi di cui all'oggetto, motivo per il quale si adotta il presente atto di conclusione del procedimento in forma semplificata, ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento di Vigilanza.

a) Affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva nel cimitero comunale – Convenzione ditta *omissis*

In relazione al servizio di illuminazione votiva del cimitero comunale, nel riscontrare la richiesta di informazioni trasmessa da questa Autorità, il comune di T. ha allegato il provvedimento di annullamento in autotutela della contestata determinazione n. 27 del 4 marzo 2022, dal quale consegue l'inefficacia dell'affidamento diretto disposto in favore della *omissis*.

Tuttavia, dall'esame della documentazione in atti è emerso che sin dalla scadenza della convenzione (31.12.2018), il precedente operatore economico ha continuato ad erogare il servizio in via di fatto, in palese violazione delle regole di concorrenza e delle norme del codice dei contratti. Tale circostanza è stata del resto confermata dallo stesso comune, sia nella nota di riscontro ai richiesti chiarimenti, che nella determina di affidamento del servizio, poi annullata. In quest'ultimo provvedimento si legge, infatti, che *"la società ha continuato ad erogare ininterrottamente il servizio al fine di non interrompere lo stesso...come da comunicazioni susseguitesesi nei vari anni ed acquisite al protocollo dell'Ente, che tacitamente acconsentiva al proseguo del servizio medesimo"*. Del medesimo tenore è la nota di riscontro acquisita al prot. n. 53490 del 29.6.2022, nella quale si evidenzia che *"l'operatore economico che ha provveduto all'erogazione del servizio – in via di fatto e allo scopo di non incorrere nella fattispecie delittuosa di interruzione di pubblico servizio – a far tempo dal 31 dicembre 2018 è la società omissis"*.

È del tutto evidente, dunque, che il comune di T. abbia consentito, sin dal 1.1.2019, la proroga in via di fatto di un servizio il cui affidamento con gara risultava scaduto; nella sostanza, tale proroga si traduce in un affidamento senza gara, che si pone in violazione dei principi di concorrenza e parità di trattamento tra gli operatori economici.

Le fattispecie della proroga e del rinnovo tacito sono state, infatti, censurate anche dalla più recente giurisprudenza, nonché da molteplici precedenti di questa Autorità.

Al riguardo va in primo luogo evidenziato che *“in linea di principio, il rinnovo o la proroga, al di fuori dei casi contemplati dall'ordinamento, di un contratto d'appalto di servizi o di forniture stipulato da un'amministrazione pubblica dà luogo a una figura di trattativa privata non consentita e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al giudice amministrativo il suo interesse legittimo all'espletamento di una gara”* (Consiglio di Stato, sent. n. 3391/2008).

Nello stesso senso, la recente sentenza del Tar Campania n. 1312 del 2 aprile 2020 rimarca la natura del tutto eccezionale della prosecuzione dei rapporti scaduti, asserendo che *“anche alla luce dell'art. 23 della legge n. 62/2005 – che stabilisce, con valenza generale e preclusiva sulle altre disposizioni dell'ordinamento, il divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti – principio inderogabile fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico è che, fatte salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto e qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, debba effettuare una nuova gara pubblica”*.

La proroga costituisce dunque uno strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali e nei soli casi in cui vi sia la necessità di assicurare lo svolgersi del servizio nelle more dell'espletamento della nuova procedura di selezione. Per questa ragione, al di fuori dei ristretti limiti individuati dalla giurisprudenza e definiti oggi normativamente (art. 106, comma 11, d. lgs. N. 50/2016), l'istituto della proroga si pone in difformità con la normativa in materia di contratti pubblici e con i principi generali che governano l'evidenza pubblica, in quanto rappresenta, nella sostanza, un affidamento diretto senza gara, realizzato in violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, di cui all'art. 30 del codice dei contratti.

In proposito, la stessa Autorità ha più volte evidenziato il carattere eccezionalità e di temporaneità della proroga tecnica, strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, nel passaggio da un regime contrattuale ad un altro. L'Autorità ha quindi individuato alcune limitate ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa, restringendo però tale possibilità a casi del tutto eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente (ex multis, Deliberazione 19 gennaio 2011, n. 7, Deliberazione 19 dicembre 2012, n. 110, Deliberazione 19 settembre 2012, n. 82, Deliberazione 10 settembre 2008, n. 36, Deliberazione 6 ottobre 2011, n. 86; in giurisprudenza, Consiglio di Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2882, Consiglio di Stato, V, 7 aprile 2011, n. 2151).

Più in dettaglio, con la recente delibera n. 576 del 28 luglio 2021, l'Autorità ha delineato i confini applicativi dell'istituto, circoscrivendo la legittimità della proroga soltanto in presenza dei seguenti presupposti:

- la proroga deve rivestire carattere eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare

precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cfr. Cons. St., V, 11.5.2009 n. 2882; delibere Anac n. 36 del 10.9.2008; n. 86/2011; n. 427 del 2.5.2018);

- la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte);

- la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga (Parere Anac AG n. 33/2013);

- l'amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario. Infatti la proroga tecnica trova giustificazione solo nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva esigenza di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un altro contraente (TRGA di Trento, sentenza n. 382 del 20 dicembre 2018). In altre parole, la proroga è ammessa solo nei casi eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; Parere ex Avcp AG 38/2013);

- l'opzione di proroga deve essere stata prevista nell'originario bando di gara e di conseguenza nel contratto di appalto.

Alla luce dell'evidenziato quadro normativo e giurisprudenziale, è dunque del tutto evidente che l'ordinamento non conosce alcuna ipotesi di "proroga tacita" dei contratti pubblici, poiché l'unica ipotesi normativamente prevista è rappresentata dalla proroga tecnica, di cui all'art. 106, comma 11, del d. lgs. n. 50/2016, istituito questo, peraltro, sottoposto agli stringenti limiti sopra evidenziati, posti a tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici.

Orbene, si evidenzia che, nel caso di specie, i delineati presupposti di legittimità della proroga risultano completamente disattesi dal comune di T. La proroga del servizio di lampade votive, infatti, non è stata contemplata negli originari documenti di gara e non è stata neppure disposta formalmente alla scadenza del primo rapporto, atteso che il comune non ha adottato alcun provvedimento espresso in relazione all'affidamento di cui trattasi, fornendo di conseguenza un implicito assenso allo svolgimento del servizio in via di fatto.

In aggiunta, si evidenzia che il rapporto di fatto con la *omissis* prosegue da oltre 3 anni, lasso di tempo in cui, a parte la richiamata ed annullata determina n. 37, non risulta che l'amministrazione abbia bandito una nuova gara; la proroga in essere non può dirsi dunque giustificata neppure con la necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente, poiché l'amministrazione, del tutto immotivatamente, non ha provveduto ad adottare alcun provvedimento per l'individuazione di un nuovo contraente, nonostante il notevole lasso di tempo intercorso dalla scadenza della precedente convenzione.

La descritta condotta inerte tenuta dal comune di T. si traduce, nella sostanza, in un illegittimo affidamento senza gara alla *omissis*, in violazione dei richiamati principi di trasparenza, parità di trattamento, non

discriminazione e concorrenza, a nulla rilevando la circostanza per cui la concessione del servizio sia avvenuta senza alcun onere finanziario per il comune.

b) Rinnovo collaborazione società *omissis* per la prosecuzione del servizio di car sharing ecologico

In relazione al servizio di car sharing, codesto Comune ha spiegato di aver avviato una preliminare consultazione del mercato tramite avviso pubblico per manifestazione di interesse, pubblicato sull'Albo Pretorio dell'Ente e sul sito internet in data 14.11.2012. All'avviso aveva risposto soltanto la società *omissis*, oggi *omissis*.

In base all'accordo successivamente stipulato con quest'ultima, la *omissis* avrebbe dovuto occuparsi del servizio fino al 31 dicembre 2016. Alla scadenza del contratto, la società non ha più svolto l'attività tant'è che una parte degli elementi necessari allo svolgimento del servizio è stata rimossa (il Comune ha infatti specificato che: *"la colonnina di ricarica installata da omissis è rimasta sul territorio comunale, presso la stazione ferroviaria, senza possibilità di utilizzo da parte di utenti privati. Risulta, peraltro, che i veicoli in condivisione siano stati rimossi dal territorio comunale alla scadenza dell'accordo, tant'è che lo stallo ubicato di fronte al municipio in piazza Libertà – riservato ai veicoli in condivisione ma non dotato di colonnina di ricarica – è stato cancellato"*).

Il contratto in origine stipulato prevedeva la possibilità che le parti potessero accordarsi sul rinnovo contrattuale (art. 8 dell'accordo). Il Comune ha deciso ricorrere al rinnovo dopo quasi sei anni dalla data di scadenza dell'originario contratto. Difatti, con deliberazione n. 37 del 18 febbraio 2022, il contratto con la società *omissis* è stato rinnovato fino al 31.12.2024 prevedendo, nel nuovo accordo, anche una modifica dell'oggetto della prestazione in origine pattuita consistente nella possibilità di estendere l'utilizzo dello stallo di ricarica alle auto dei cittadini privati, previ accordi diretti del singolo cittadino con l'azienda per il pagamento della ricarica.

Ciò rappresentato, si evidenzia quanto segue.

Preliminarmente, residuano dubbi sulla modalità prescelta dal Comune di T. per selezionare i potenziali candidati alla gestione del servizio poiché si ritiene che l'avviso di manifestazione di interesse non possa essere considerato al pari di una normale procedura di evidenza pubblica in quanto, di norma, l'avviso esplorativo serve, in un'ottica di semplificazione, a consultare il mercato e a valutare, prima della gara, il numero potenziale di operatori economici interessati. Questo non esclude che tale meccanismo possa operare in chiave sostitutiva di una vera e propria "gara" e assumere carattere di definitività con la conclusione di un provvedimento espresso di aggiudicazione a condizione che l'avviso contenga tutti gli elementi idonei a garantire la conoscenza effettiva dell'appalto per i potenziali concorrenti e che, a seguito dell'avviso, l'amministrazione segua l'iter procedimentale, seppur semplificato, di una vera e propria gara.

Quanto in ultimo indicato non si riscontra nel caso specifico. Infatti, anche se la stazione appaltante ha seguito l'iter procedimentale tipico di una gara, dando indicazione di un termine per la presentazione delle offerte, dei criteri di selezione (come l'esperienza maturata con il numero di postazioni già attivate sul territorio regionale; 2. l'eventuale presenza di partner pubblico nell'assetto societario; 3. la disponibilità ad avviare il servizio; 4. i costi a carico dell'utenza; 5. eventuali tecnologie innovative nella gestione del servizio; 6. i tempi di realizzazione) ed attivando la successiva fase di selezione e di valutazione dell'offerta presentata, i potenziali concorrenti non sono stati messi in condizione di avere piena certezza del servizio da erogare e del rischio connesso alla gestione. Risultano, infatti, del tutto mancanti sia le informazioni sul servizio sia quelle sulle modalità operative dello stesso e manca del tutto l'indicazione del valore della concessione.

Pertanto, non si può dire che la modalità operativa adottata dalla stazione appaltante fosse pienamente idonea a garantire una selezione appropriata, né si può escludere che ci sarebbe stata una maggiore partecipazione se la stazione appaltante avesse espletato una normale procedura di gara o avesse semplicemente dettagliato, come tra l'altro richiesto a livello normativo, gli elementi della concessione.

A tal proposito, non si può far a meno di notare che la mancata determinazione del valore della concessione si poneva in contrasto con l'allora vigente art. 29 d.lgs. n. 163/2006 (nello specifico art. 29 commi 1 e 3 del d.lgs. n. 163/2006 - codice vigente al momento della pubblicazione dell'avviso - oggi, art. 167, commi 1,2 e 4 lett. a) del d.lgs. n. 50/2016) ai sensi del quale le stazioni appaltanti erano tenute, già al momento dell'avvio dell'affidamento, a determinare il valore stimato della concessione e considerare in tale calcolo anche qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto. È inoltre da considerare che, al di là della violazione normativa, un avviso carente sotto tale profilo avrebbe potuto creare (e non è dato escluderlo in mancanza di elementi) una possibile lesione della concorrenza e dell'interesse delle imprese ad avere adeguata pubblicità e certezza sulla prestazione messa gara per poter formula un'offerta seria.

In secondo luogo, in merito alla modalità di rinnovo contrattuale, si ritiene fondata la criticità segnalata dagli esponenti sul tardivo esercizio della facoltà di rinnovo.

Sul punto, richiamando le osservazioni esposte per il servizio di illuminazione votiva, si ribadisce che il rinnovo, al pari della proroga tecnica, si connota per il carattere della eccezionalità poiché si sostanzia concretamente in un riaffidamento allo stesso operatore economico. E' quindi necessario confinare l'utilizzo di tale strumento ad un tempo strettamente necessario, determinato e limitato temporalmente; è inoltre necessario inserire l'opzione nei documenti di gara affinché tale opzione sia conosciuta dai partecipanti già al momento della presentazione dell'offerta e conformemente a quanto prescritto a livello normativo; è infine necessario motivare adeguatamente il ricorso allo stesso.

Nel caso di specie, il rinnovo attivato dalla stazione appaltante non risulta conforme ai presupposti e limiti indicati per i seguenti motivi: il rinnovo non risulta indicato nei documenti di gara; nell'accordo si fa genericamente riferimento alla possibilità di rinnovo senza che lo stesso sia definito in termini di durata; il rinnovo è stato disposto a distanza di anni. Sostanzialmente, quello che l'amministrazione ha posto in essere non è un rinnovo ma un affidamento diretto alla stessa impresa.

Non risulta, poi, adeguatamente motivato il ricorso al rinnovo. L'amministrazione si, infatti, limita a definirlo genericamente come "opportuno" senza specificarne l'opportunità: *"Premesso che anche la Regione omissis è orientata ad incentivare una maggiore diffusione sul proprio territorio dell'utilizzo dell'auto elettrica e del sistema di car sharing come mezzo integrato con il trasporto pubblico; da ultimo, la Legge Regionale 4 aprile 2012, n. 6, "Disciplina del settore dei trasporti", all'articolo 27 dispone, fra l'altro, che la Regione sostiene lo sviluppo di tecnologie volte alla diffusione di autoveicoli ad emissioni zero, tra i quali gli impianti di rifornimento e ricarica, attraverso la stipulazione accordi con gli enti pubblici, i proprietari o i gestori degli impianti e gli altri soggetti interessati. Considerato che la finalità di tale servizio è quella di offrire ai cittadini un servizio di trasporto che consenta di abbinare al mezzo pubblico tradizionale un mezzo di trasporto pubblico ad uso individuale ecologico. Ritenuto pertanto opportuno rinnovare l'accordo di collaborazione tra il Comune di T. e la omissis (già omissis), con sede legale in omissis – C.F. e Partita I.V.A. omissis, per la prosecuzione – fino al 31 dicembre 2019 – del servizio di car sharing ecologico nel Comune di T."*

La motivazione esposta non risulta altresì ragionevole poiché non è dato comprendere l'opportunità di confermare l'affidamento del servizio alla stessa società a distanza di anni in un momento storico, come quello attuale, caratterizzato da un incremento della mobilità sostenibile. Sarebbe stato opportuno, pertanto, avviare una nuova consultazione e, soltanto in mancanza di altre offerte, procedere con un nuovo affidamento a favore del gestore uscente.

In ultimo, sempre relativamente al rinnovo, è opportuno fare un'ulteriore osservazione. Pur ammettendo la regolarità del rinnovo sotto i profili enunciati, lo stesso sarebbe stato comunque censurabile sotto il profilo oggettivo. Come specificato dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016 reso in vista dell'approvazione definitiva del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, il rinnovo, per essere considerato legittimo, non deve concretizzare dal punto di vista dell'oggetto un nuovo contratto: *"... In base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto (e ciò perché sin ab origine, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali). In altri termini, se vi è la modifica del contenuto del contratto vi è un nuovo contratto: e ciò comporta la necessità di una specifica gara. Non si può dunque prevedere che sia modificato il contratto 'rinnovato': vanno conseguentemente soppressi tutti i richiami alla possibilità di modificare il contenuto del contratto rinnovato"*.

Sostanzialmente, quindi, con il rinnovo non è consentito se va a stravolgere il contratto originario poiché la novazione potrebbe concretizzere un illegittimo affidamento diretto di prestazioni nuove o una modifica contrattuale non consentita.

Nel caso concreto, il rinnovo operato dalla stazione appaltante si presta ad essere considerato come un nuovo contratto. La variazione del servizio apportata nell'accordo di rinnovo ha di fatto modificato il car sharing sia sotto il profilo qualitativo sia sotto quello quantitativo, andando ad estendere il servizio anche ad un'altra fetta di mercato, ovvero i privati possessori di auto proprie, diversa da quella iniziale pattuita (cittadini non possessori di auto proprie). È evidente che, anche a voler ipotizzare la legittimità del rinnovo contrattuale per presenza di limiti e presupposti sopraindicati, la modifica apportata avrebbe comunque

concretizzato un affidamento senza gara si un servizio nuovo e presumibilmente maggiormente remunerativo con un aumento degli introiti senza l'aggiunta di costi ulteriori per l'installazione di nuove colonnine di ricarica.

Tutto ciò rappresentato, alla luce delle considerazioni suesposte, si definisce la presente istruttoria ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici, contestando a codesta amministrazione in indirizzo di aver proceduto alla proroga e al rinnovo dei contratti scaduti in modo illegittimo e in contrasto con le disposizioni del codice dei contratti pubblici.

Pertanto, si raccomanda alla stessa di indire, nei termini strettamente necessari, una nuova procedura di gara per l'affidamento dei servizi di cui trattasi, ovvero di affidare direttamente tali servizi a diversi operatori economici, nel rispetto dei presupposti di legge.

Si rappresenta, infine, che la stazione appaltante è tenuta a comunicare all'Autorità, **entro il termine di 40 giorni** dal ricevimento del presente provvedimento di definizione del procedimento in forma semplificata, quali provvedimenti intende adottare al fine di rimuovere le riscontrate illegittimità e di aderire alle fornite raccomandazioni.

Il Dirigente

*Firmato digitalmente il 7
settembre 2022*