



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Regione Lazio

21/11/2015

AG 83/2015/AP

Oggetto: Regione Lazio – Agenzia regionale di Protezione civile – Istanza di parere 18 settembre 2015 n. prot. 118721 – Stazioni meteorologiche e idrometriche – Servizio di monitoraggio e manutenzione, nonché teletrasmissione del sistema di rilevamento idrometeopluviometrico – Proroga di contratto nell’anno 2005 – Affidamenti diretti dall’anno 2006 – Procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando – Esecutore determinato – Attuale esperimento di nuova gara – Richiesta di proroga tecnica – Sistema di Previsione di piena in tempo reale – Aggiornamento funzionale – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando - Esecutore determinato – Consultazione di mercato

In esito a quanto richiesto con nota 18 settembre 2015, prot. 118721, si comunica che il Consiglio - nella seduta del 25 novembre 2015 - ha approvato le seguenti considerazioni.

Nella citata nota, il Segretario generale della Regione Lazio ha sottoposto all’Autorità Nazionale Anticorruzione un quesito per acquisire il parere dell’Autorità in merito alle modalità di rinnovo dei contratti del servizio di rilevamento meteorologico e idropluviometrico della Regione, nonché – per aspetti diversi - del sistema di previsione di piena in tempo reale del bacino del Tevere della Agenzia Regionale di Protezione Civile.

Con riguardo specifico al primo quesito, avente ad oggetto contratti di rilevamento meteorologico e idropluviometrico della Regione Lazio, rappresenta l’istante che il contratto in corso con il RTI CAE (già CAE SpA, nell’originario affidamento) deriva da una serie continua e ininterrotta di contratti, avvenuti, dopo l’espletamento della prima gara a procedura aperta nel 2004, con affidamenti diretti, inizialmente avvenuti quali ipotesi di proroga contrattuale; successivamente, contestualmente a una lieve modifica dell’oggetto contrattuale (da affidamento del “*servizio di*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

manutenzione” ad affidamento del “*servizio di adeguamento tecnico*”), avvenuti ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett. b), nella ritenuta ipotesi di affidamenti ad esecutore determinato, per ragioni di natura tecnica derivanti dalla conoscenza di apparati soggetti a privativa industriale; attesta la Regione Lazio, senza poter comprovare la privativa industriale, che tale modalità di affidamento si sarebbe ripetuta nel 2005, 2008, 2009, 2011, 2014, fino al presente contratto. Più in particolare, inizialmente un affidamento al medesimo appaltatore per lo svolgimento di servizi analoghi e/o complementari e due proroghe annuali del medesimo contratto; e, successivamente, dopo il mutamento di etichetta contrattuale, si è proceduto ad affidare il contratto con procedure negoziate senza bando ad esecutore determinato per ragioni di natura tecnica. Attualmente, rappresenta l’istante che una clausola dell’ultimo contratto sottoscritto (2015) contiene una condizione sospensiva potestativa del rinnovo, che subordina lo stesso alla disponibilità economica dell’Amministrazione appaltante. Rappresenta, a tal punto, il richiedente di voler procedere all’esperienza di una nuova gara, domandando di poter far fronte all’impegno per l’anno 2016, soltanto parzialmente per il tempo strettamente necessario all’esperienza della nuova gara.

Con specifico riguardo al secondo quesito, avente ad oggetto il servizio di manutenzione semestrale del sistema di previsione di piena in tempo reale Efforts e aggiornamento funzionale del sistema Prosim- Efforts per il bacino del Tevere, rappresenta il richiedente che a seguito di un primo contratto, affidato nel 2004, mediante procedura in economia alla ditta Progea Srl, per un importo di € 48.000,00, è stato affidato un nuovo contratto allo stesso operatore economico con procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. b) ad esecutore determinato per l’aggiornamento del medesimo sistema per un valore di € 120.000,00 e due contratti, contestualmente posti a gara e aggiudicati, nel 2012, per l’affidamento della realizzazione di un modello numerico off-line per la simulazione di scenari di piena da collegare al sistema Efforts, per un importo di € 24.200, e la fornitura del modello numerico Rainmusic per la combinazione dei dati di precipitazione acquisiti dal radar meteorologico con quelli registrati dalla rete pluviometrica, nonché per il servizio di manutenzione del sistema Efforts, per un importo di € 33.154,00. A tal riguardo, domanda l’istante se sia possibile ricorrere nuovamente ad un affidamento ex art. 57, comma 2, lett. b) ad esecutore determinato all’attuale operatore economico, “*vista anche la specificità del sistema e la proprietà del codice di calcolo detenuta dalla ditta Progea srl*” ovvero se si debba predisporre una preventiva consultazione del mercato tramite avviso pubblico.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Alla luce di queste premesse, lo scrivente Ufficio – stante l'esigenza rappresentata dal richiedente – ha ricevuto i rappresentanti della Regione Lazio al fine di chiarimenti e integrazioni e, a seguito dell'incontro, rappresenta quanto segue.

Con riguardo al primo quesito, si esprimono preliminarmente serie perplessità circa la legittimità dei ripetuti affidamenti al medesimo operatore, avvenuti successivamente al primo contratto dell'anno 2005. Emerge, infatti, che la Regione Lazio abbia proceduto – a partire dalla prima proroga dell'anno 2006 relativa all'originario contratto – fino alla data odierna ad affidare in via diretta una serie di numerosi contratti al medesimo operatore, operando lievi modifiche al titolo contrattuale che non appaiono rilevanti, se non allo scopo di fondare un nuovo titolo di affidamento (da proroga contrattuale del primo contratto, all'affidamento diretto a esecutore determinato). Analogamente, si ravvisano perplessità sugli affidamenti, con procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ex art. 57, comma 2, lett. b), avvenuti dall'anno 2009 all'anno 2012 all'operatore Progea Srl.

Con riguardo a entrambi i quesiti proposti, occorre ribadire che il costante orientamento di questa Autorità ravvisa nell'affidamento diretto un *“vulnus al sistema delle regole interne e comunitarie qualora non sia legittimato e comprovato da rigorosa e convincente motivazione tale da non lasciare dubbi, da un lato, sull'esatta configurazione dei confini normativi legittimanti il ricorso alla procedura negoziata e, dall'altro, sulla mancanza di valida alternativa all'affidamento diretto”* (cfr. deliberazione Avcp n. 10/2014; Deliberazione 14/2014; Determinazione n. 2/2011; Determinazione n. 8/2011). Più in particolare, con riguardo alla precisa scelta di operare affidamenti diretti ad un operatore economico determinato ex art. 57, comma 2, lett. b) in ragione della asserita attinenza a un caso di diritti esclusivi, si deve inoltre chiarire che *“non appare invocabile la previsione dell'art. 57, comma 2, del D. Lgs. n. 163/2006, nel caso in cui non esistano diritti di esclusiva sulla fornitura in oggetto e risulti indimostrato che non siano presenti operatori economici diversi (...)”* (Deliberazione 54/2010). Infatti, come afferma la più autorevole giurisprudenza *“il ricorso al sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando di cui all'art. 57, comma 2, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti), rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva”* (Cons. Stato, 28 luglio 2014, n. 3997).

Ad ulteriore chiarimento, si deve ricordare che *“non è giustificato il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara in assenza dell'indagine di mercato, preliminare alla selezione degli operatori economici,*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

che dimostri l'oggettiva esistenza di un unico operatore in grado di offrire quanto richiesto dalla stazione appaltante (cfr. AVCP Deliberazione n. 39 del 18/04/2012; Determinazioni n. 2 e n. 8 del 2011). Anche la ricerca di mercato che deve precedere la selezione degli operatori economici (da invitare poi alla procedura negoziata con lettera d'invito, nel rispetto dei principi di par condicio e trasparenza, al fine di scegliere la migliore offerta sulla base dei criteri di valutazione nella stessa indicati), deve essere soggetta a modalità di esecuzione rispettose del principio di trasparenza' (Deliberazione 22/2014).

Si rimette, pertanto, all'odierno istante, Regione Lazio, la verifica della sussistenza dei requisiti previsti per i molteplici affidamenti a operatore determinato, avvenuti nel decennio 2005-2015, ricordando in tal senso che la mera ritenuta ipotesi della presenza di un monopolio naturale o di fatto non è sufficiente a giustificare l'affidamento ex art. 57, comma 2, lett. b), ma che l'unicità dell'operatore, ove non sia sorretta da un titolo di tutela esclusiva di un prodotto o servizio brevettato, deve in ogni caso essere dimostrato mediante una indagine di mercato che escluda l'esistenza nel mercato di soggetti diversi, attraverso le modalità e le forme suggerite dalle Determinazioni 2 e 8 del 2011. A tal riguardo, a testimonianza dell'esistenza di un mercato concorrenziale sul servizio, non appare irrilevante segnalare, come d'altra parte ha correttamente evidenziato la Regione Lazio nella avvenuta audizione, che la Regione Toscana ha indetto nel 2012 una gara pubblica, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la progettazione e l'esecuzione dei servizi inerenti l'adeguamento, l'aggiornamento tecnologico e la manutenzione della rete di rilevamento dei dati idro-meteorologici e mareografici per la quale risulta in corso un giudizio innanzi al TAR Toscana (cfr TAR Toscana 30 dicembre 2013, n. 1778).

A tal riguardo, si ravvisa l'opportunità di rinviare alla Corte dei conti la valutazione di tutti gli atti degli affidamenti diretti, in tutta apparenza avvenuti illegittimamente tra gli anni 2005- 2015, per la commisurazione del danno erariale eventualmente da ravvisarsi.

Infine, preme sottolineare l'urgente necessità di procedere all'espletamento di nuova gara, come peraltro già preannunciato nella medesima istanza di parere, ricordando quanto è stato affermato in proposito e cioè che *“in ordine alla possibilità di prorogare la durata contrattuale, ovvero di prevedere una durata contrattuale superiore a quella massima normativamente stabilita, è noto che detti strumenti presuppongono che l'appalto cui sono collegati venga affidato nel rispetto delle procedure formali previste, (nell'appalto in esame, dal d. lgs. n. 115/2008); infatti, la proroga di un servizio è teorizzabile nei soli limitati ed eccezionali casi in cui, per ragioni obiettivamente indipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

more del reperimento di un nuovo contraente, e l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, dovrà effettuare una nuova gara” (Deliberazione 14 ottobre 2014, n. 14) e che “lo spostamento in avanti del termine contrattuale (proroga tecnica) deve essere causato da fattori del tutto limitati, che non coinvolgano la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché comporta un affidamento del contratto in via diretta senza il rispetto delle procedure di evidenza pubblica” (Deliberazione 29 gennaio 2014, n. 1).

In conclusione, si ritiene che - per i molteplici affidamenti avvenuti ad operatore determinato da parte dell'Agenzia Regionale di Protezione civile dei servizi di manutenzione e adeguamento del sistema di previsione, monitoraggio meteoidrogeologico nonché del sistema di previsione di piena in tempo reale Efforts e aggiornamento del medesimo sistema – sia da sottoporre a severo scrutinio la sussistenza dei presupposti per affidamento a operatore determinato nel decennio 2005-2015; con riguardo ai casi prospettati, di nuovo affidamento dei servizi medesimi, si conferma la correttezza dell'attuale indirizzo della Regione Lazio di voler procedere a gara nel rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità di cui al Codice dei contratti pubblici; con riguardo al periodo transitorio, è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione sulla sussistenza dei presupposti, come sopra indicati, per la cd proroga tecnica, nei limiti della misura strettamente necessaria, così come riconosciuta da questa Autorità e rappresentata nella parte motivazionale di questo parere.

Raffaele Cantone