Al Comune di [*omissis*]
c.a. Sindaco p.t.
c.a. Segretario Generale p.t.
c.a. [*omissis*]
PEC: [*omissis*]

Rif. ANAC: Prot. 53213 del 8.07.2021 (da citare nella risposta)

Oggetto: Contratti di servizi relativi alla gestione della R.S.A./R.P. [*omissis*]. Segnalazione di presunte condotte illecite nella concessione di proroghe contrattuali,
S.A. Comune di [*omissis*] - nota di definizione ex art. 21 del Regolamento per la vigilanza sui contratti pubblici del 4.07.2018

Con riferimento alla segnalazione del 7.07.2021 a firma del dott. [*omissis*], esaminata la documentazione ivi allegata si trasmettono le seguenti valutazioni conclusive, condivise dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 20/07/2022.

Fatto

Il segnalante, dirigente del Comune di [*omissis*], rappresenta la presunta illegittimità delle proroghe concesse in data 31.05.2021 per contratti di servizi (1. servizio cucine e guardiania, 2. raccolta e smaltimento rifiuti, 3. servizio di telemedicina cardiologica, 4. global service lavanderia, pulizia e altro, 5. servizi socio assistenziali e direzione sanitaria) inerenti al funzionamento di una casa di riposo, contratti in scadenza il 30.06.2021. Le proroghe, che differiscono il termine contrattuale di circa tre mesi (sino al 12 o al 30 settembre 2021), sono state disposte "nelle more della procedura di alienazione" dell'azienda a privati.

Sostiene il segnalante che l'art. 106, comma 11, del Codice dei Contratti che disciplina la cd. "Proroga tecnica", nel caso di specie sia inapplicabile perché: "*la "proroga tecnica", disciplinata dall'articolo 106, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, riguarda l'espletamento della procedura di gara per individuare il nuovo contraente del medesimo contratto passivo (laddove il Comune di [omissis] è l'acquirente della prestazione o del servizio) e non la procedura di gara per individuare il contraente di un diverso contratto attivo (laddove il Comune di [omissis] è il venditore del bene o del servizio)*".

L'operazione di cessione a privati del compendio immobiliare e della relativa azienda di R.S.A./ R.P. è stata poi configurata come concessione del godimento del bene e nel successivo eventuale trasferimento del diritto di proprietà della medesima unità immobiliare e della

relativa azienda in favore della parte conduttrice, ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133 e s.m.i. (cd. contratto di *rent to buy*)

Per l'affidamento di tale contratto il Consiglio Comunale, con deliberazione n. 23 del 12.05.2021, valutata di pubblico interesse la proposta irrevocabile di acquisto formulata da soggetto proponente, aveva stabilito doversi esperire una procedura competitiva alla stregua di quanto previsto dall'art. 183, c. 15 del D.Lgs. n. 50/2016.

La procedura si è conclusa, poi, con la determinazione dirigenziale n. 2956 del 30.07.2021 di aggiudicazione e la struttura è stata consegnata in data 1° settembre 2021.

L'esponente contesta, altresì, l'illegittimità del ricorso a tale procedura concorsuale - che, in analogia a quanto previsto dal Codice in materia di finanza di progetto, assegna al proponente un diritto di prelazione – per aggiudicare un contratto non soggetto alla disciplina del Codice dei contratti.

Sulle questioni sopra richiamate l'Autorità ha già svolto attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, che nell'adunanza del 2.02.2022 il Consiglio ha deliberato di definire valutando positivamente le iniziative intraprese dal RPTC e le misure indicate dal PTPCT per evitare il ripetersi dei casi segnalati.

Residuando profili di interesse nell'ambito della vigilanza sui contratti pubblici, tuttavia, l'Autorità ha chiesto chiarimenti alla Stazione appaltante (nota n. 36876 del 13.05.2022) che, con nota del Segretario Generale del 27 maggio 2022, ha risposto esponendo le seguenti controdeduzioni.

In ordine alle ragioni delle proroghe, il Segretario Generale ha precisato che, prima di indire la gara sul progetto di acquisizione presentato dal proponente, il Comune – in esecuzione del Piano delle alienazioni e delle valorizzazioni 2019-2021 approvato con Del. C.C. n. 52 del 31.07.2019 - aveva già espletato due consecutive procedure per la vendita all'asta del bene e dell'azienda, procedure andate ambedue deserte malgrado la riduzione di prezzo disposta dopo il primo tentativo.

Nella prospettiva di dover vendere il bene, l'Ufficio competente non aveva predisposto gli atti necessari a bandire le nuove procedure di affidamento dei servizi strumentali alla sua gestione e ciò ha reso ineludibile la prosecuzione dei rapporti esistenti dopo la scadenza dei termini contrattuali.

In relazione all'adozione della procedura ex art. 183 comma 15 del Codice, pur riconoscendo che "l'operazione di acquisto non è soggetta al d.lgs. 50/2016" e che "tale modalità procedurale non risulta essere specificamente prevista dal Regolamento interno in materia di alienazioni", il Comune propone la tesi dell'ammissibilità del ricorso al project financing a iniziativa privata e della convenienza economica di tale operazione in rapporto al valore di mercato del bene. Rappresenta, inoltre, che la proposta pervenuta dalla Società Moma Srl era stata sin dall'inizio subordinata alla condizione che fosse "qualificata come forma di

partenariato pubblico-privato" e conseguentemente fosse garantito al proponente il diritto di prelazione.

Tuttavia, dall'esame della documentazione fornita dal Comune unitamente a detta memoria, quest'Ufficio ha potuto verificare che alla proposta di "rent to buy" era allegata esclusivamente la bozza di contratto e la stessa non comprendeva né un piano economico finanziario né una matrice dei rischi che dimostrasse il trasferimento del rischio operativo in capo al proponente: in definitiva, quindi, essa era priva del supporto documentale minimo per qualificare la proposta come partenariato pubblico privato in conformità alle previsioni del Codice dei contratti.

Considerazioni

Sostiene l'esponente che la proroga tecnica ai sensi dell'art. 106 comma 11 del Codice è applicabile solo nel corso delle procedure volte all'individuazione di un nuovo contraente per la fornitura del servizio; non può quindi essere concessa nelle more della cessione a privati del bene e del servizio annesso.

In tema di ricorso alle proroghe di contratti esistenti, l'Autorità ha chiarito che "le scelte degli enti appaltanti sono difficilmente censurabili ove le motivazioni addotte fondino le ragioni sulla maggiore efficienza ed economicità" (Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015).

Visto che i contratti prorogati dal Comune di [*omissis*] hanno tutti ad oggetto attività strumentali alla gestione del servizio socio-assistenziale prestato nella casa di riposo, si ritiene che l'imminente alienazione del bene costituisca motivazione coerente per la scelta di dare continuità ai contratti in scadenza sino alla conclusione della vendita. Ciò in ossequio a criteri di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa per cui sarebbe stato irragionevole espletare delle gare pubbliche per i servizi strumentali sopra richiamati nella prospettiva di addivenire in breve tempo alla vendita della casa di riposo.

Peraltro, anche volendo dar rilievo a tali aspetti sostanziali nel valutare l'ammissibilità della "proroga tecnica" concessa per la durata della procedura di alienazione, sussiste comunque l'obbligo di rispettare i principi di proporzionalità e adeguatezza ricavabili dalla norma. Questi richiedono (cfr. parere Anac AG n° 33/13) non solo che la proroga, in quanto provvedimento eccezionale soggetto ad un obbligo motivazionale rafforzato, non ecceda la durata della procedura di scelta del contraente e di perfezionamento del nuovo contratto (nella fattispecie, quello relativo alla cessione aziendale), ma anche che questa sia già avviata al momento dell'adozione della proroga e che non si protragga per responsabilità della stazione appaltante oltre un tempo ritenuto congruo, di regola determinato in 180 giorni. In altri termini la proroga non può essere utilizzata per coprire ritardi ed inefficienze della stazione appaltante.

Nel caso di specie, sebbene alla scadenza dei contratti l'Ufficio competente non avesse ancora predisposto gli atti necessari a bandire le nuove procedure di affidamento, la valutazione dell'ammissibilità delle proroghe e della congruità della loro durata complessiva non può non tener conto della condizione imprevista in cui si è trovato il Comune a seguito del fallimento

delle due successive procedure di alienazione (senza trascurare l'ostacolo frapposto dallo stato di emergenza sanitaria alla speditezza dell'azione amministrativa).

Tutto ciò considerato, i provvedimenti adottati dall'Ente per il prolungamento dei contratti esistenti, essendo diretti a fronteggiare delle circostanze non previste e non prevedibili, non appaiono in contrasto con le regole in materia di proroga contrattuale di cui all'art. 106, comma 11, del d.lgs. 50/2016, nell'interpretazione fornita da quest'Autorità e dalla giustizia amministrativa.

Per quanto riguarda le modalità adottate per l'alienazione della struttura socio-assistenziale e della relativa azienda, è pacifico che l'alienazione di un bene (*rectius* di un complesso aziendale) di proprietà comunale tramite contratto di *rent to buy*, non rientra tra i contratti soggetti all'applicazione del Codice né, in particolare, a quelli afferenti alla nozione di Partenariato pubblico privato. Con la conseguenza che a tale procedura non si applica la speciale disciplina prevista dall'art. 183 comma 15 del Codice stesso.

Come riconosciuto dallo stesso Segretario Generale con nota del 6.05.2021, inoltre, la modalità di alienazione proposta, che avvantaggia il concorrente concedendogli il diritto di prelazione, non è in linea neppure con il "Regolamento per l'alienazione del patrimonio immobiliare comunale"di cui alla Del. CC. N. 44/2010 che, *"per i beni da rendere oggetto di alienazione con prezzo base pari o superiore a € 150.000,00, si limita a richiedere l'espletamento di una gara con il sistema dell'asta pubblica secondo le modalità di svolgimento indicate nel bando di gara".*

Sotto questo profilo, peraltro, non appare condivisibile la tesi del Segretario Generale secondo cui *"le modalità procedurali proprie del modello di partenariato pubblico-privato a iniziativa privata possono ritenersi integrative delle disposizioni contenute nel Regolamento, atteso che esse disciplinano la fase di iniziativa della successiva procedura, fase, questa, che non trova una specifica regolamentazione nel Regolamento stesso, e si pongono in linea con le caratteristiche pro-competitive sottese alla gara per asta pubblica prevista dal citato atto comunale, considerato che, qualora la Proposta fosse dichiarata di pubblico interesse, alla successiva gara da indirsi sulla base della Proposta stessa potranno prendere parte tutti i soggetti, in possesso dei requisiti richiesti dall'Amministrazione Comunale, a ciò interessati".* Difatti, diversamente da quanto sostenuto dall'Ente, la procedura ex art. 183 comma 15, essendo caratterizzata dalla facoltà del proponente di aggiudicarsi comunque la commessa esercitando il diritto di prelazione, rispetto ad una normale procedura aperta ha chiari effetti anti-competitivi: come evidenziato in via generale dai risultati dell'attività di vigilanza di quest'Autorità (cfr., *ex plurimis*, Comunicato del Presidente del 12.01.2022); e confermato, nel caso in questione, dagli esiti della gara celebrata, che ha visto la partecipazione della sola impresa proponente e la presentazione di un'offerta in rialzo dello 0.1%. Ne consegue che il suo ambito di applicazione andrebbe strettamente limitato ai casi in cui tale istituto è espressamente previsto dalla norma e non può essere indiscriminatamente esteso "per analogia".

Nel complesso, quindi, si ritiene che nella fattispecie dell'alienazione di azienda, essendo soggetta all'espletamento di una procedura aperta da parte del Comune, non sia conforme il ricorso ad una procedura concorsuale che, "in analogia a quanto previsto in materia di finanza di progetto dall'art. 183 del d.lgs. 50/2016", assegna al proponente un diritto di prelazione, atteso che la procedura di cui alla disposizione citata, conferendo al proponente un indubbio vantaggio competitivo, è applicabile solo ai casi strettamente previsti dal Codice dei contratti.

Non può non rilevarsi, infine, che dell'asserita convenienza economica della proposta non vi è immediata evidenza in atti, atteso che tale assunto si basa sul confronto tra la base d'asta dell'ultima procedura andata deserta per la cessione del immobile e dell'attività (€ 9.560.000,00) e l'importo della proposta di *rent to buy* (€ 9.846.800,00); quest'ultimo, tuttavia, non garantisce all'Amministrazione un immediato ricavo in quanto sarà corrisposto per il 60% in canoni mensili durante i dieci anni della concessione in uso e per il 40% alla fine di tale periodo.

Alla luce di tali considerazioni, il presente procedimento si intende definito in forma semplificata ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza del 4/07/2018, con l'invito alla stazione appaltante di comunicare le eventuali misure correttive che intende adottare *de futuro*.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 4

agosto 2022