



## Il Presidente

*omissis*

FASC. UVCP prot. n. 5000/2022

(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: Vari affidamenti diretti del servizio rifiuti a *omissis* - Nota di definizione in forma semplificata ai sensi dell'art. 21, comma 3, del Regolamento Anac sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018

Si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, esaminati gli atti del fascicolo in epigrafe e la relazione dell'Ufficio istruttore, nell'Adunanza del 11 gennaio 2023 ha deliberato la trasmissione della presente nota di definizione del procedimento.

Si premette che in relazione ai profili inerenti ai rapporti tra le società *omissis* e la *omissis* è stata adottata la Delibera ANAC n. 296/2022, mentre l'istruttoria successiva, in questa sede conclusa, ha avuto ad oggetto un esposto relativo a vari affidamenti diretti disposti dalla società *omissis* alla *omissis*, in assenza di gara.

Al riguardo, con nota prot. U. n. 68101 del 25.8.2022 sono state richieste informazioni alla stazione appaltante invitandola, in particolar modo, a relazionare sul rispetto del principio di rotazione di cui all'art. 30, comma 1, del Codice dei contratti.

Con nota prot. n. 73516 del 16.9.2022, *omissis* ha riscontrato la suindicata richiesta con una relazione ed allegando documentazione a supporto delle proprie dichiarazioni.

L'istruttoria espletata ha evidenziato criticità nel *modus operandi* della stazione appaltante che ha disposto plurimi affidamenti del servizio rifiuti in favore della *omissis*, in assenza di gara e in violazione del principio di rotazione e delle regole della concorrenza, 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.



Dall'esame della documentazione in atti e dal riscontro fornito dalla stazione appaltante è infatti emerso che, tra il 2019 e il 2021, *omissis* ha affidato alla *omissis* ben 9 commesse, di importo variabile, per diverse tipologie di rifiuto (verde, indifferenziato ed umido).

In particolare, per quanto riguarda la tipologia di rifiuti di cui al CER 20.02.01 (verde) alla *omissis* è stato affidato il servizio per effetto delle determine nn. 1730 del 20.2.2019, 1754 del 7.3.2019 e 2828 del 18.8.2021, per un importo complessivo pari ad euro 73.500,00. Sulla base delle motivazioni addotte dalla società appaltante, i primi due affidamenti sarebbero stati giustificati dall'impossibilità dell'impianto allora deputato al conferimento di accogliere il flusso di rifiuti provenienti da *omissis*; il terzo affidamento, invece, sarebbe avvenuto in considerazione della manifestata indisponibilità - da parte dell'impianto naturalmente destinatario del flusso rifiuti individuato mediante gara ad evidenza pubblica- di ricevere l'intera mole di rifiuti raccolti da *omissis*.

Per quanto riguarda, invece, la tipologia di rifiuti CER 20.03.01 (indifferenziato), la documentazione fornita dalla stazione appaltante ha evidenziato tre diversi affidamenti a *omissis* (determine nn. 1966 del 2.8.2019, 2527 del 28.12.2020 e 2791 del 9.7.2021) per un importo complessivo pari ad euro 213.595,00. Nelle citate determinate, gli affidamenti diretti vengono motivati in considerazione dell'ampliamento della platea dei servizi offerti da *omissis* ad altri comuni e dall'assenza di ulteriori sbocchi di trattamento presso altri centri. In proposito, la stessa stazione appaltante ha poi dichiarato di riservare all'affidataria *omissis* "un ruolo marginale e residuale di supporto, unicamente volto a garantire le prescrizioni sui tempi di giacenza dei rifiuti sulla piattaforma di *omissis*".

Infine, in reazione alla tipologia di rifiuti CER 20.01.08 (umido), la *omissis* risulta destinataria di ulteriori tre diversi affidamenti, disposti da *omissis* con determine nn. 2080 del 20.11.2019, 2150 del 18.1.2020 e 2547 del 8.1.2021, per complessivi euro 153.000,00. Nella relazione esplicativa presentata da *omissis* in riscontro alla richiesta di chiarimenti avanzata, viene evidenziato che, anche in relazione ai primi due affidamenti del 2019 e del 2020, la scelta dell'operatore economico è dipesa dalla penuria di altri impianti di trattamento autorizzati e dalla necessità di reperire impianti immediatamente disponibili che garantissero brevi tempi di stoccaggio, nel rispetto delle disposizioni del codice dell'ambiente. L'affidamento disposto con determina n. 2547 del 2021, invece, risulta motivato al fine di garantire la continuità aziendale nella gestione e nel ritiro del suindicato rifiuto, per effetto della scadenza del precedente affidamento con l'aggiudicataria del servizio individuata all'esito di una gara ad evidenza pubblica.

Il descritto quadro fattuale evidenzia come la *omissis* sia risultata destinataria, dal 2019 al 2021, di ben 9 affidamenti diretti, per importi complessivamente superiori a quelli individuati dall'art. 36 del Codice dei contratti, come modificato per effetto della disciplina transitoriamente introdotta prima dall'art. 1 del c.d. "Decreto Semplificazioni" (d.l. n. 70/2020, convertito in legge n. 120/2020) e, successivamente, dall'art. 51 del c.d. "Decreto Semplificazioni-bis (convertito nella legge n. 108/2021). Il comma 1 di tale disposizione, nella sua versione attuale, sancisce infatti che "l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese". Il secondo



comma dello stesso articolo, poi, consente alle Stazioni appaltanti di procedere *"mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici"*.

Il combinato disposto tra tali disposizioni, dunque, rimette ad una diretta individuazione della stazione appaltante la scelta dell'operatore economico con cui stipulare il contratto. Tuttavia, tale scelta non può dirsi del tutto libera, atteso che occorre rispettare gli specifici principi dettati, proprio con riferimento ai contratti sotto soglia, dall'art. 36, comma 1, del Codice, tra cui il principio di rotazione. Tali principi, infatti, sono derogabili solo in presenza di un onere motivazionale stringente e in situazioni del tutto eccezionali: la stazione appaltante deve evidenziare le ragioni per cui non risultino alternative praticabili al nuovo affidamento al precedente operatore economico, ovvero che le alternative possibili siano assolutamente illogiche o di non percorribilità economica (in senso conforme, si richiama la delibera di questa Autorità, n. 666 del 28 settembre 2021).

Sul principio di rotazione si è espressa anche la più recente giurisprudenza amministrativa, affermando che lo stesso costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici cui affidare una commessa pubblica; *"esso ha difatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio"*(Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755). Tale principio comporta il divieto di assegnare un appalto al contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato o al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso cfr. ex multis: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

Ancora, nelle Linee Guida n. 4, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e aggiornate con delibera n. 206 del 1 marzo 2018, recanti *"Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"* è stato ribadito che al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripetizione dell'affidamento nel tempo; nella stessa delibera sono stati poi individuati limitati casi, nei quali il principio di rotazione può effettivamente essere derogato *"in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento"*

In quest'ottica appare chiara la valenza sostanziale del principio di rotazione, come diretto ad evitare la creazione di rendite di posizione, ovvero evitare che la stazione appaltante affidi i lavori sempre allo stesso



affidatario o, in relazione ad un procedimento ad inviti, rivolga la propria attenzione sempre alla stessa platea di concorrenti.

Orbene, nel caso di specie l'istruttoria ha evidenziato che non tutti gli affidamenti alla *omissis* possono dirsi contenuti nei limiti sopra richiamati. Al contrario, essi evidenziano una palese violazione del principio di rotazione, ascrivibile ad un difetto di gestione del servizio imputabile alla stazione appaltante.

Preliminarmente, pare doveroso precisare che il principio di rotazione trova applicazione ogniqualvolta il nuovo affidamento sotto soglia, abbia ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico dell'affidamento precedente, ovvero la stessa categoria di opere, ovvero ancora lo stesso settore di servizi (Linee guida n. 4). A tal proposito il Consiglio di Stato, nel parere 361 del 12/02/2018 sullo schema di linee guida n. 4 ANAC, ha chiarito che per stesso settore merceologico deve intendersi non soltanto l'affidamento o l'invito di una commessa identica a quella immediatamente precedente, bensì anche commesse appartenenti a settori merceologici analoghi.

In coerenza con queste indicazioni, l'Autorità ha esteso la portata del canone ermeneutico alle gare aventi oggetto analogo, declinando il concetto in ragione del tipo di appalto, quando lo stesso *"abbia ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi"* (cfr., tra le altre, delibera ANAC n. 539 del 06/06/2018).

Nelle ipotesi sopra riportate, e più in particolare nel caso di *omissis*, si rileva che tutti gli affidamenti disposti alla *omissis*, avevano ad oggetto il medesimo settore di servizi (trattamento rifiuti), diversificandosi solo in relazione alla tipologia del rifiuto trattato. Dall'istruttoria espletata è emerso, infatti, un quadro fattuale per il quale, al di fuori dei rapporti regolarmente istituiti tra la stazione appaltante e l'operatore economico di volta in volta aggiudicatario del servizio, nei casi di temporanea indisponibilità dell'impianto di conferimento individuato con gara, la gran parte degli affidamenti sono stati in favore della *omissis*, che risulta difatti l'unico operatore economico coinvolto nel conferimento delle tre diverse frazioni di rifiuti (verde, indifferenziato e umido).

In ipotesi del genere, è onere della stazione appaltante motivare sulle deroghe al principio di rotazione, illustrando quantomeno le ragioni specifiche che hanno condotto a tale scelta e le ragioni per cui non risultino percorribili alternative differenti.

Nei casi in esame, per contro, sebbene in astratto alcuni affidamenti possano apparire giustificati in considerazione delle motivate esigenze connesse all'indisponibilità temporanea degli impianti di conferimento e all'ampliamento dell'utenza, nel complesso si rileva che la stazione appaltante avrebbe potuto preventivamente individuare ulteriori operatori economici cui affidare il medesimo servizio, anche nelle ipotesi, non infrequenti per come descritto nella relazione di riscontro, di crisi impiantistica. Tra l'altro, al di fuori del caso dell'affidamento disposto per la frazione verde con determina 2828/2021, la stazione appaltante non ha riscontrato un'effettiva assenza di alternative, essendosi limitata a disporre, in caso di necessità, sempre il ricorso agli impianti di *omissis*.



Del resto, sebbene le citate linee guida ANAC n. 4 sull'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria facciano salva la possibilità di derogare al principio di rotazione per motivate esigenze, non può ritenersi che una simile ragione possa assurgere a giustificazione di costanti e reiterati affidamenti sempre agli stessi operatori economici. Una diversa conclusione, infatti, darebbe adito a prassi illegittime, in palese violazione della normativa europea a tutela della concorrenza, specialmente in considerazione dell'ordinario oggetto dei contratti affidati e delle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento, caratterizzato da una molteplicità operatori economici di settore.

Tutto quanto sopra considerato ed esposto, il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 11 gennaio 2023 ha disposto la conclusione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento di Vigilanza, con contestazione alla *omissis* di un improprio utilizzo dell'istituto dell'affidamento diretto, in violazione dell'art. 36 del Codice dei contratti (come modificato per effetto dei c.d. "decreti Semplificazioni") e delle norme poste a tutela della concorrenza.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Atto firmato digitalmente