



Fasc. UVCP 1398/2020/G.G. (da citare nella corrispondenza)

Oggetto: Affidamento del Servizio di Trasporto Pubblico Locale nel Comune di (*omissis*). Nota di definizione del procedimento in forma semplificata ai sensi dell'art. 21 reg. vig.

IL PRESIDENTE

Con riferimento al procedimento di vigilanza in oggetto avviato con nota n. 36942 del 20.05.2020, esaminate le controdeduzioni del Comune di (*omissis*), si trasmettono le seguenti valutazioni conclusive, condivise dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 20.10.2021.

Con nota acquisita al prot. ANAC 21406 del 13.03.2020, l'avv. (*omissis*), per conto dell'impresa (*omissis*), contestava la illegittimità della procedura negoziata "senza bando" indetta dal Comune di (*omissis*), per assenza dei presupposti di cui all'art. 125 del D.lgs. 50/2016.

In particolare, nell'esposto dell'impresa (*omissis*) si contestava il ricorso alla procedura ex art. 125 del Codice rilevando l'assenza di oggettive circostanze di urgenza che impedivano l'espletamento di una gara aperta o ristretta. Da un lato, infatti, la scadenza del contratto fissata al 31.05.2021, secondo l'esponente, avrebbe reso possibile aggiudicare una gara pubblica bandita con il ricorso ai termini ristretti; dall'altro la presunta urgenza, sarebbe stata in ogni caso determinata dalle inerzie della stazione appaltante nell'impostare la gara.

Lo stesso esposto evidenziava, tra l'altro, l'incoerenza tra il bando di gara, che prevede una durata del contratto di 18/24 mesi, e la relazione ex art. 34 comma 20 della legge 221/2012 allegata alla delibera di approvazione, che - per garantire la sostenibilità economico finanziaria del servizio - stimava una durata minima di 4 anni.

Nel complesso, quindi, l'impresa (*omissis*) chiedeva al Comune l'annullamento dell'avviso di gara ritenuto illegittimo.

Dopo alcuni mesi tuttavia, ultimato il confronto competitivo tra le tre offerte pervenute, con D.D. Lavori pubblici n. 607 del 31.10.2020 il Comune dichiarava l'aggiudicazione del contratto proprio in favore della (*omissis*).



In ordine alle circostanze segnalate nell'esposto della impresa (*omissis*), l'Ufficio UVCS, aperto il procedimento istruttorio, interpellava l'Amministrazione comunale.

Perveniva quindi in data 28.05.2020 la nota del Responsabile del Settore LL.PP. Geom. (*omissis*). Questi riferiva che sin dalla sua entrata in carica nel novembre 2019, aveva evidenziato all'Amministrazione l'esigenza di provvedere a dare continuità al servizio stante l'impossibilità di portare a compimento una gara prima della scadenza del contratto in essere (allora fissata al 31.12.2019) e l'insussistenza dei presupposti normativi per un'ulteriore proroga.

Per quanto riguarda la durata dell'affidamento, l'Amministrazione si è dovuta attenere alle prescrizioni poste dalla sopravvenuta normativa di cui al L.R. 27.12.2019, n. 28 (Pubblicata su BURL 105 S.O. n. 1 del 31.12.2019), in vigore dal 1° gennaio 2020.

Tale norma, all'articolo 10, commi da 31 a 35, oltre a confermare la data del 1° gennaio 2022 quale termine di prima applicazione dei nuovi criteri di assegnazione delle risorse destinate al TPL, basati sulla rideterminazione dei servizi minimi e sulla individuazione delle unità di rete, ha disposto:

- l'attribuzione alla società in house regionale ASTRAL S.p.A. delle funzioni di stipula e gestione dei nuovi contratti di servizio TPL stipulati a partire dal 2022;
- conseguentemente, il trasferimento alla medesima società delle risorse destinate al TPL.

Pertanto il Consiglio Comunale con delibera n. 4 del 29.01.2020 stabiliva che il contratto a farsi dovesse avere scadenza al 31.12.2021, e quindi un periodo contrattuale "valutabile, allo stato, non superiore a diciotto mesi, salvo proroghe prevedibili fino alla stipula e gestione del contratto di servizio da parte di ASTRAL S.p.A. che, in base alla medesima legge regionale, a partire dal 1° gennaio 2022 è titolare della relativa funzione e competenza", disponendo l'emendamento di tutte le parti della relazione ex art. 34 in contrasto con tali termini.

Fatto

Nel 1994 Il Comune di (*omissis*) affidava in concessione il servizio di TPL su gomma alla ditta (*omissis*) a seguito di trattativa privata e da allora confermava tale affidamento per oltre venticinque anni mediante ripetute proroghe del contratto.

Nei provvedimenti di proroga, il Comune richiamava a sostegno di tale *modus operandi* l'art. 24 comma 3 della legge regionale 30/98 - ove è previsto che sia assicurata la copertura finanziaria degli affidamenti di servizi di TPL, pena la nullità dei contratti - ovvero la necessità di attuare le disposizioni rese dalla Regione Lazio, Dipartimento Territorio, Direzione Regionale Trasporti con diverse note e circolari.



Negli atti successivi al 2010, in particolare, si richiama l'invito della Regione Lazio (giusta note prot. 33586/2010 e 48393/2011) a configurare gli affidamenti dei servizi di TPL - nelle more della definizione dei servizi minimi da parte dell'ente regionale e stante l'incertezza dei trasferimenti finanziari alle Regioni - tenendo conto della prossima variabilità di importi e servizi minimi e, quindi, assumendo "un atteggiamento prudentiale nel determinare le obbligazioni contrattuali con gli affidatari e l'arco di vigenza dell'affidamento".

A partire dal 2015, inoltre, l'Ente adduce a motivo delle proroghe la necessità di attendere l'espletamento da parte dell'*(omissis)* della gara unica integrata per il neo-costituito Bacino Territoriale Ottimale tra i comuni di *(omissis)*. La gara unica non è stata poi avviata.

Semplificando, quindi, si è proceduto mediante affidamento in proroga del servizio sempre alla stessa ditta, prima, per evitare di assumere, tramite gare pluriennali, impegni finanziari non sostenibili data l'incertezza delle contribuzioni regionali; e poi, in vista dell'attuazione di nuovi ambiti operativi di scala sovracomunale.

In seguito il Sindaco, con i poteri ex art. 50 del D. Lgs. 267/2000 e s.m.i., adottava le Ordinanze Sindacali n. 130 del 31.12.2019 e n. 9 del 31.01.2020, con le quali ingiungeva al gestore del servizio TPL la prosecuzione del Servizio di Trasporto Pubblico Locale, a far data dal 1° gennaio 2020 e fino al 31.05.2020, "tenuto conto dei tempi necessari per dare corso agli adempimenti per la selezione del nuovo operatore a cui affidare il servizio medesimo".

Infine, con avviso pubblico del 4.03.2020, si indiceva una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 125 del D.Lgs. n. 50/2016, da espletarsi mediante utilizzo della piattaforma MEPA-Consip, previo esperimento di indagine di mercato per selezionare gli operatori economici da invitare. La durata dell'affidamento era determinata in 18 mesi, più 6 mesi per l'opzione di rinnovo, e il valore presunto globale era quantificato in € 1.736.572,00 (oltre IVA), di cui Euro 1.302.429,00 per il servizio a base della procedura negoziata ed Euro 434.143,00 per l'eventuale periodo di rinnovo. Nell'avviso, pubblicato sul sito istituzionale dell'Ente e, per estratto, su G.U.C.E, G.U.R.I. e su due quotidiani a diffusione nazionale e due a diffusione locale, si poneva un termine di 20 giorni per la presentazione delle candidature. Parimente 20 giorni di tempo sono stati concessi per la presentazione delle offerte.

Diritto

Sulle proroghe del contratto originario

Per quanto riguarda il prolungamento ultraventennale del contratto del 1993 in forza di ripetute proroghe, esso ha comportato la sottrazione di fatto del servizio al regime di libera concorrenza previsto



per questa tipologia di affidamenti dall'art. 18 del d.lgs. 422/1997, nonché dall'art. 5 del Regolamento CE 1370/2007 in materia di servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

Il sopravvenuto Regolamento Europeo ribadisce infatti la regola generale che l'affidamento ad un soggetto terzo del servizio deve avvenire mediante procedura di gara.

Occorre far presente che la stessa disposizione prevede una deroga alla gara aperta in presenza di talune specifiche condizioni ivi esattamente individuate; ma nel caso di specie in nessuno degli atti anzidetti il Comune di (*omissis*) ha dichiarato la ricorrenza di tali condizioni.

Al contrario, lo stesso Comune ha ritenuto essere inapplicabile il richiamo all'art. 5, commi 4-5, del regolamento 2007/1370 per derogare l'obbligo di evidenza pubblica, avendo considerato, in conformità all'orientamento di quest'Autorità (delibera 566/2017), che la maggior parte dei ricavi di gestione non proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato ma dal rimborso chilometrico derivante dal finanziamento regionale, concretizzando così un appalto di servizi piuttosto che una concessione di servizi.

In un contesto siffatti, il ricorso alle proroghe del contratto esistente, sottraendo l'esternalizzazione del servizio alle regole della concorrenza, è applicabile, a norma di legge, come strumento eccezionale per fare fronte a circostanze impreviste, per i tempi strettamente necessari all'indizione di una nuova gara, e non può essere inteso come il sistema ordinario di affidamento del servizio per più decenni.

Per quanto attiene alle proroghe degli anni più recenti (2015 e segg.), la finalità richiamata negli atti di garantire la continuità del servizio nelle more dell'espletamento della gara unitaria non può valere a giustificare i ripetuti affidamenti diretti alla medesima impresa. Con riguardo al periodo considerato, non sembra infatti che al momento della deliberazione di tali proroghe fosse già stata avviata la procedura di evidenza pubblica unica e che, pertanto, vi fosse l'esigenza di garantire la continuazione del servizio nell'imminenza della gara e per il tempo strettamente necessario ad ultimare la procedura. Era, invece, in atto un processo di omologazione di gestione e di accorpamento delle commesse certamente non limitato nel tempo, rispetto al quale il Comune avrebbe dovuto prudentemente valutare i relativi tempi e, considerato il già esistente rapporto con la ditta fin dal 1994, procedere con la scelta di un nuovo gestore avviando le consultazioni di mercato.

Si rileva, altresì, che almeno in un caso (2019), la proroga fu disposta tardivamente, ossia dopo la scadenza del termine contrattuale previgente. Al riguardo si osserva che la proroga disposta dopo la scadenza del contratto equivale ad un affidamento senza gara (T.A.R. Sardegna, sez. I, 06 marzo 2012 n. 242)



Infine, in ordine alle due ordinanze sindacali emanate dal Comune, si evidenzia che già in passato (Delibera 1065/2019) l'Autorità ha censurato, nella gestione di appalti relativi a servizi pubblici, la pratica di ricorrere al potere sindacale di ordinanza al di fuori delle finalità previste dalla norma, atteso che tale strumento è stato impostato dal Tuel per "prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana" e "in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica", non certo per disporre la gestione dei servizi in via continuativa e stabile.

Sul ricorso alla procedura negoziata ex art. 125 dlgs 50/2016

Per quanto riguarda il ricorso alla procedura negoziata senza previa indizione di gara in applicazione dell'art. 125 comma 1 lettera d) del Codice dei contratti, si ricorda che tale norma dispone che gli enti aggiudicatori, operanti nei settori speciali, possono ricorrere a tale modalità di affidamento "nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'ente aggiudicatore, i termini stabiliti per le procedure aperte, per le procedure ristrette o per le procedure negoziate precedute da indizione di gara non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili all'ente aggiudicatore".

Nel caso in questione si ritiene che non ricorrano tali presupposti, visto che l'Amministrazione era già da tempo consapevole della necessità di indire una gara pubblica e di interrompere la reiterazione di proroghe, come dimostra il ricorso, in precedenza, allo strumento alternativo dell'ordinanza contingibile e urgente per disporre il prolungamento del contratto nelle more della celebrazione della gara. Di conseguenza non paiono sussistere i requisiti di imprevedibilità e non imputabilità all'ente aggiudicatore, previsti dall'art. 125.

Di contro, il RUP ha replicato osservando che il Comune per la procedura in questione ha adottato di fatto forme di pubblicità e un iter procedurale equivalente ad una gara ad evidenza pubblica di rilevanza comunitaria. L'avviso di indagine di mercato conteneva inoltre l'impegno ad invitare alla successiva procedura tutti i soggetti che avessero presentato una domanda di partecipazione conforme. Di conseguenza la scelta, sostanzialmente nominalistica, della procedura negoziata ex art. 125, a detta del RUP non si è risolta in una reale restrizione della partecipazione, essendo pervenute n. 8 domande di partecipazione e, in seguito, n. 3 offerte ammissibili, risultati non dissimili da quelli di gare pubbliche espletate da altri Comuni del Lazio.

Tali giustificazioni, però, appaiono solo parzialmente accoglibili.

Vero è che la disciplina della procedura negoziata senza bando ex artt. 63 e 125 del Codice non prevede l'obbligo di condurre una preventiva indagine di mercato mediante avviso pubblico nè di invitare alla successiva fase di selezione tutti i soggetti candidati in possesso dei requisiti, come invece ha fatto il



Comune di (omissis) nell'intento di "garantire l'evidenza pubblica e la libera concorrenza" (vd. Delibera C.C. n. 4/2020).

Tuttavia per le richiamate ragioni d'urgenza, la procedura concorsuale posta in essere è stata improntata su termini abbreviati rispetto a quelli previsti in via ordinaria per le gare aperte o ristrette di affidamenti sopra-soglia, prima delle modifiche introdotte dal DL 76/2020 (cd decreto semplificazioni).

Si osserva che il ricorso a procedure semplificate per motivi di urgenza deve comportare una effettiva accelerazione dell'iter di affidamento e non è giustificato ove si pervenga comunque all'adozione di misure derogatorie per garantire la continuità del servizio. Se le operazioni di gara non sono condotte con speditezza e la loro durata eccede quella propria di una procedura di tal genere, risulta screditato il nesso finalistico con l'obiettivo di abbreviare i tempi procedurali, richiesto dalla norma di riferimento per il ricorso a questo istituto.

Nel caso di specie la procedura negoziata, indetta nel marzo 2020, si è chiusa nell'ottobre dello stesso anno, ben oltre il termine contrattuale determinato per effetto dell'ordinanza sindacale del 31.01.2020.

Resta inoltre, quale insuperato elemento di criticità, che l'aggiudicazione della procedura competitiva, così come impostata dal Comune di (omissis), in ultimo ha comunque favorito l'impresa Baratta Enrico srl, contrente uscente. Al riguardo si osserva che il Comune, nell'ottica di superare realmente il regime di monopolio perdurante da ventisei anni, avendo indetto una procedura negoziata ai sensi dell'art. 125 del codice – che a norma di legge costituirebbe una gara "ad inviti" – avrebbe potuto/dovuto applicare la rotazione degli inviti prevista dall'art. 63 comma 6 del Codice, evitando di invitare alla gara il contraente uscente.

Al riguardo un recente giurisprudenza ha chiarito che lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione degli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione e la sua eventuale disapplicazione necessita di puntuale e rigorosa motivazione (CdS, sez. V, sent. n. 2292/2021).

In ogni caso si evidenzia che, ove non suffragata da insormontabili motivazioni d'urgenza, la scelta della procedura negoziata senza bando non appare coerente all'obiettivo di apertura del mercato, ritenendosi che la procedura aperta fornisca comunque condizioni migliori perché si generi una pluralità di offerte autenticamente competitive specialmente nel contesto di un mercato connotato dal consolidarsi di monopoli locali stabili come quello dei servizi pubblici di trasporto su gomma.

Alla luce di quanto precede, si ritiene che l'operato del Comune di (omissis), che ha prolungato il contratto esistente per molti anni tramite ripetute proroghe prima e con il ricorso alle ordinanze sindacali poi, non sia conforme alla normativa vigente in materia di affidamento di TPL e abbia comportato un'indebita



sottrazione del servizio di trasporto pubblico al regime della concorrenza previsto dalla normativa nazionale e comunitaria. Si ritiene, altresì, che la procedura negoziata posta in essere nel 2020 sia carente dei presupposti indicati dall'art. 125 del D.lgs. 50/2016 per l'adozione di termini procedurali ristretti.

Il presente procedimento si intende definito in forma semplificata ai sensi dell'art. 21 del vigente "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici" di cui alla Delibera ANAC 04.07.2018 n. 803, pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità, invitando codesta Stazione appaltante a comunicare le misure correttive che si intendono adottare in recepimento alle predette osservazioni.

Il Presidente

Giuseppe Busia

Il Dirigente UVCP

Filippo Romano

Firmato digitalmente il 29 novembre 2021