



Comune di [...omissis...]

Al Sindaco

[...omissis...]

Al Responsabile del Procedimento

[...omissis...]

PEC: [...omissis...]

Oggetto:

SERVIZIO INTEGRATO DI IGIENE URBANA NEL COMUNE DI [...omissis...] - S.A.: [...omissis...]

- Importo Euro 12.445.985,00

Definizione del procedimento in forma semplificata ai sensi dell'art. 21 reg. vig.

In esito all'attività di vigilanza relativa all'oggetto, il Consiglio dell'Autorità, sulla base della relazione dell'ufficio UVCS, nell'adunanza del 6 marzo 2024 ha disposto la trasmissione a codesto Ente delle seguenti valutazioni e conclusioni.

Con nota n. 63014 del 26.08.2021 è stata segnalata all'Autorità l'anomala impostazione dell'appalto di igiene urbana del Comune di [...omissis...], in cui una impresa esclusa dalla gara per mancanza dei requisiti aveva poi ottenuto dall'aggiudicataria il subappalto del servizio di trasporto rifiuti sulla terraferma.

Interpellata la stazione appaltante, l'Autorità ha ricevuto dalla stessa chiarimenti e documentazione con nota acquisita al prot. ANAC n. 14895/2022.

Successivamente, mediante ripetute note pervenute per conoscenza (3 e 4 maggio 2023), l'Autorità è stata messa a parte della controversia insorta tra il Comune di [...omissis...] e la società appaltatrice del servizio di igiene urbana, P. S.c. a r.l., che ha portato alla risoluzione in danno del contratto principale. La S.A. ha motivato la risoluzione con l'intervenuta modifica soggettiva del contraente per effetto di cessione di ramo di azienda, non autorizzata ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016.

Infine, con nota acquisita al prot. ANAC n. 66602 del 21.08.2023, l'impresa P. ha inoltrato l'esposto/denuncia, indirizzato anche ad altre autorità (Prefetture di Napoli e Salerno, Procure della Repubblica e della Corte dei Conti, AGCM), per la condotta tenuta dal Comune di [...omissis...] nella gestione del rapporto contrattuale e per le modalità con le quali, dopo la risoluzione dello stesso, esso ha affidato il nuovo appalto senza ricorso a procedure competitive.

Secondo P., a partire dal dicembre 2022 la S.A. avrebbe messo in atto dei comportamenti artatamente diretti ad addivenire alla risoluzione anticipata del contratto principale. In particolare, dopo aver tardivamente proceduto alla nomina del D.E.C. a circa due anni di distanza dall'aggiudicazione, l'ente avrebbe iniziato a contestare pretestuosamente all'impresa inadempimenti inesistenti, arrivando a comminare penali in misura pari a 5 mensilità di canone, tutte impugnate dall'impresa.



Riguardo al nuovo affidamento conseguente alla risoluzione, nella memoria di P. viene contestato il trattamento di favore nei confronti della impresa T. spa, che avrebbe ottenuto l'affidamento diretto di prestazioni per un valore di oltre 1.200.000 euro alle stesse condizioni economiche del precedente contratto, pur non essendo stata vincolata ad eseguire le prestazioni aggiuntive/migliorative offerte da P. in sede di gara.

In ordine a tali aspetti con note del 4.08.2023 e del 17.10.2023 sono stati chiesti ulteriori chiarimenti al Comune di [...omissis...], che ha risposto con nota acquisita al Prot. ANAC n. 103520 del 21.11.2023.

Dalla corrispondenza intercorsa con la stazione appaltante emerge la seguente ricostruzione dei fatti.

A seguito di procedura ad evidenza pubblica CIG [...omissis...] pubblicata il 22.07.2019, con determina n. 371/1052 del 03.12.2019 l'impresa B. S.r.l. è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria del servizio quinquennale di igiene urbana nel Comune di [...omissis...], con scadenza naturale del contratto al 2025.

Il provvedimento è stato però annullato in esito al ricorso proposto dalla seconda classificata, società cooperativa P., dinanzi il T.A.R. Campania Napoli (Sez. VI, sentenza n. 3084/2020 del 14.07.2020), decisione confermata in appello dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6932/2020 del 11.11.2020.

E' stata infatti accertata la carenza in capo alla B. del requisito di carattere tecnico professionale relativo ai servizi svolti nel triennio, in quanto dimostrato tramite contratto di avvalimento inadeguato (perché privo dell'indicazione delle risorse trasferite) e certificato di esecuzione relativo ad un triennio non pertinente.

Conseguentemente in data 23.11.2020 la Commissione di gara, esclusa la B. dalla procedura, ha formulato proposta di aggiudicazione alla P. e in data 29.12.2020 in favore della stessa impresa il Comune ha disposto l'aggiudicazione provvisoria.

Nel frattempo il servizio, già in esito alla prima aggiudicazione provvisoria all'operatore economico B., con decorrenza dal 17.02.2020 era stato avviato sotto riserva di legge alla stessa impresa, che lo ha gestito senza soluzione di continuità sino al subentro della P. nell'aprile 2021, in forza di reiterate proroghe di un "rapporto contrattuale di fatto". Il regime di *prorogatio* si è protratto oltre l'avvenuta aggiudicazione alla P., a detta del Comune a causa dei problemi organizzativi dell'impresa che, convocata per la consegna anticipata del servizio e la stipula del contratto, si sarebbe dichiarata impreparata ad assumere la commessa. Pertanto l'ente sarebbe stato obbligato ad affidare in via diretta il servizio di igiene urbana alla B. anche nel 2021, per il periodo gennaio-febbraio (D.D. 70 del 10.01.2021) e marzo 2021 (D.D. 57/225 del 26.02.2021).

Ad analoghe motivazioni vengono ricondotte anche le cause del ricorso al subappalto. Secondo la Stazione appaltante, infatti, in virtù delle manifestate carenze tecnico-organizzative mostrate dall'aggiudicataria P. a ridosso della consegna del servizio sarebbe sorta la necessità di autorizzare il subappalto della componente relativa al trasporto via mare dei rifiuti per la durata del contratto principale; ciò al fine di garantire il servizio in questione, *"il quale configurandosi di tipo essenziale, avrebbe comportato, nel caso di interruzione e/o inefficienza, non solo un notevole disagio con un conseguente disservizio alla comunità ma avrebbe anche potuto comportare, trovandoci all'epoca in piena pandemia, serie problematiche legate alla potenziale diffusione del Covid"*.



Sin dal principio la società appaltatrice è stata negligente nell'esecuzione del servizio (in diversi casi ha ritardato le forniture e le attrezzature promesse, non ha utilizzato per lo svolgimento del servizio i mezzi ecologici richiesti e non ha provveduto ad introdurre le migliorie di progetto per le quali aveva ottenuto una valutazione più che importante). La gestione del cantiere si è particolarmente aggravata a partire dall'ottobre 2022 per la crisi finanziaria dell'impresa (con debiti nei confronti dell'Agenzia delle Entrate e del subappaltatore prima, dei dipendenti e dei fornitori poi). Le inadempienze dell'impresa, rilevate nelle relazioni di servizio del D.E.C. incaricato in data 2.02.2023, hanno condotto alla irrogazione di ripetute penalità.

Tali criticità continuavano, in forma più grave, anche dopo l'affitto di ramo d'azienda sottoscritto tra la società P. soc. coop. (affittante) e la società P. S.r.l. (affittuaria) comunicato alla S.A. in data 27.02.2023. Tanto che con nota prot. 12916 dell'11.05.2023 il RUP Arch. [...omissis...] relazionava al Sindaco circa i gravi inadempimenti contrattuali in cui erano incorse le predette società, segnalando l'esigenza di *"procedere celermente alla individuazione di un operatore economico serio ed affidabile, ai sensi e per gli effetti dell'art. 191 del Dlgs 152/06, che possa garantire l'igiene urbana del Comune di [...omissis...] per il tempo strettamente necessario alla organizzazione ed all'espletamento di una nuova procedura ad evidenza pubblica"* dopo la risoluzione del contratto in essere.

Conseguentemente nel giugno 2023 il Comune di [...omissis...] formalizzava la risoluzione in danno del contratto e, a seguire, con ordinanza sindacale n. 95 del 19.06.2023, disponeva l'affidamento diretto del servizio via temporanea e urgente, ai sensi degli artt. 50 e 54 del D. Lgs. n. 267/2000 e s.m.i., ad altra impresa, T. S.r.l., che, pur avendo gestito il servizio nel settennio 2012-2019, non aveva partecipato alla gara d'appalto. La durata dell'affidamento era stabilita in sei mesi, eventualmente prorogabili, a decorrere dal 01/07/2023, e comunque per il tempo necessario all'espletamento di una nuova gara d'appalto.

Dall'ultimo aggiornamento fornito dal Comune di [...omissis...] (prot. Anac 103520 del 21.11.2023) è emerso, tuttavia, che a sette mesi di distanza dalla decisione di procedere alla risoluzione contrattuale, e sebbene il contratto semestrale sia ormai in scadenza, l'ente non ha ancora pubblicato il bando di gara né risulta aver approvato gli atti ad esso presupposti.

Il Responsabile del procedimento giustifica tale ritardo con la circostanza che la nuova gara non era stata programmata, nonché con la carenza quantitativa e qualitativa del personale dipendente associato all'ufficio Ambiente (una sola dipendente di cat. B) e le numerose scadenze per altre attività degli altri settori di competenza dello stesso dirigente (Lavori Pubblici, Demanio, Pianificazione); e, infine, con l'attesa di una risposta dall'ATO NA2 circa la definizione delle modalità necessarie per la gestione congiunta del servizio di igiene urbana, in conformità alla L.R. Campania 07.08.23 n. 19.

Si dà atto che tra il Comune di [...omissis...] e l'impresa P. S.c. a r.l. è in corso un contenzioso amministrativo avente ad oggetto l'addebito di penali per inadempimento, che l'impresa ritiene arbitrarie; pertanto, in conformità all'art. 10 del Regolamento di vigilanza del 4.07.2018, l'istruttoria dell'Autorità non ha riguardato tale specifico profilo.

Invece dall'analisi degli atti in fascicolo, per quanto di competenza di quest'Autorità si rilevano alcune potenziali criticità nella condotta della S.A. in ordine agli adempimenti post-gara nonché alla fase di esecuzione dell'appalto.



Dapprima, la stazione appaltante non risulta aver trasmesso all'Autorità la dovuta comunicazione dell'esclusione dalla gara della B. per difformità dei requisiti speciali comprovati rispetto a quelli dichiarati in fase di partecipazione, difformità accertata in via definitiva dal Giudice amministrativo con sentenza dell'11.11.2020. Si rileva quindi l'inosservanza da parte della SA dell'art. 80, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Si osserva che, ove fosse stata tempestivamente effettuata l'informativa prevista dalla norma, l'eventuale annotazione nel casellario informatico della falsa dichiarazione resa nel corso della gara avrebbe potuto precludere all'impresa B. l'accesso agli affidamenti diretti dei contratti transitori nonché al successivo contratto di subappalto dei servizi di trasporto.

Sulla scorta di quanto segnalato dall'iniziale esponente, poi, si è inteso valutare la conformità del subappalto autorizzato dal Comune di [...omissis...] in favore dell'impresa B. rispetto al disposto dell'art. 105, comma 4, lettera a), del d.lgs. 50/2016 vigente al tempo della procedura (in seguito soppresso dall'articolo 10, comma 1, della legge n. 238 del 2021), che vieta il subappalto ad impresa che ha partecipato alla stessa gara.

Secondo la stazione appaltante non si configura violazione del predetto art. 105, comma 4, poiché l'impresa B. non avrebbe effettivamente partecipato alla gara, essendo stata esclusa per carenza di requisiti essenziali.

Sostiene inoltre il Comune che, essendo la ratio del divieto di cui all'art. 105, comma 4, lettera a), volta a precludere gli accordi collusivi tra imprese, esso sarebbe inapplicabile al caso di due imprese che si sono lungamente contrapposte in sede giudiziaria.

Mentre la prima argomentazione difensiva non appare accoglibile (la partecipazione della B. alla gara è stata completa e protratta sino al termine della procedura), la seconda risulta aderente al principio del diritto comunitario secondo cui un collegamento sostanziale tra imprese non può ritenersi astrattamente preclusivo della concorrenza, se non sono stati esaminati nel concreto gli effetti sulla specifica gara, accertando che esso ha influenzato la formulazione delle offerte.

Si veda anche l'interpretazione fornita dalla Commissione europea in sede di procedura di infrazione n. 2018/2273, avviata in data 24 gennaio 2019 (*"è incompatibile con il principio di proporzionalità di cui alle Direttive appalti un'applicazione incondizionata del divieto di cui all'art. 105, comma 4, lettera a), del d.lgs. 50/2016 in modo da precludere all'offerente in una data procedura di gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa procedura di gara, senza lasciare la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non abbia influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara"*) in ragione della quale la norma in questione è stata poi soppressa dall'articolo 10, comma 1, della legge 23 dicembre 2021, n. 238.

Tutto quanto considerato, quindi, sebbene la disposizione di che trattasi fosse ancora in vigore al tempo del subappalto in questione, non è censurabile l'adozione da parte della stazione appaltante di una sua interpretazione orientata in linea con il diritto comunitario consolidato.

Nondimeno, alla luce delle informazioni pervenute coi successivi esposti e della documentazione acquisita in fase istruttoria, il subappalto operato nei confronti della B. non appare esente da opacità, anzitutto con riguardo alle sue motivazioni.

Rileva infatti che l'impresa P. in sede di gara avesse dichiarato l'intenzione di subappaltare la parte del servizio relativa ai trasporti verso la terraferma alla ditta Tr. S.r.l. Benché non risulti documentata alcuna rinuncia o disdetta da parte di quest'ultima, al momento dell'avvio del servizio la P. avrebbe scelto di affidare il subappalto alla B..



Tenuto conto dei tanti mesi che la P. ha avuto a disposizione per organizzare il servizio e della pluralità di operatori economici attivi in questo settore di mercato, in assenza di evidenze documentali al riguardo risulta poco comprensibile la scelta adottata alla fine dall'impresa appaltatrice di affidare il servizio di trasporto proprio al concorrente con cui si era contesa l'appalto principale in sede giudiziaria.

Inoltre, non risulta essere stata osservata pienamente da parte di P. la tempistica prescritta dall'art. 105, comma 7, del d.lgs. 50/2016, dato che l'istanza di autorizzazione del subappalto è pervenuta alla SA in data 24.03.2021 mentre l'esecuzione del contratto principale (e conseguentemente anche la prestazione derivata) ha avuto inizio in data 1.04.2021.

Parimenti non appare del tutto efficiente e tempestiva l'attività amministrativa diretta a permettere l'avvicendamento delle imprese B. e P., dopo il pronunciamento del Consiglio di Stato in favore di quest'ultima (11.11.2020).

Difatti, il Comune ha convocato la P. per la consegna in via d'urgenza solo tre mesi dopo (fine di febbraio 2021) la proposta di aggiudicazione della Commissione di gara in favore di P. (29.11.2020).

Quindi, sebbene la S.A. lamenti la condotta dilatoria dell'impresa nell'avvio della prestazione, per quanto emerge dagli atti acquisiti è imputabile all'indisponibilità dell'appaltatore solo il differimento della consegna dal 20 febbraio al 15 marzo 2021.

Infine, considerata la dimensione economica del contratto, la mancata nomina del D.E.C. per diversi anni da parte della Stazione appaltante non è in linea con le indicazioni di quest'Autorità, che nelle Linee guida n. 3 (art. 10) ha stabilito il principio per cui negli appalti di importo superiore a 500.000 euro o di maggiore complessità il D.E.C. non può coincidere con il RUP. Essa comprova, altresì, una carenza di controllo della stazione appaltante sulla corretta esecuzione del contratto, che può aver creato occasione per la condotta opportunistica dell'esecutore. Difatti, pur essendo rilevabili numerose inadempienze sin dai primi mesi dell'appalto, queste sono state contestate solo a partire dalla fine del 2022, su iniziativa del neo-nominato D.E.C. ing. [...omissis...] (cfr. la citata relazione del RUP sull'andamento del servizio, prot. n. 12916/2023).

Il RUP giustifica la protratta condiscendenza della S.A. in ragione del *"delicatissimo periodo in cui è andata incontro l'Isola di [...omissis...] per l'evento [...omissis...]"*, per cui il Comune avrebbe preferito *"con grande senso di responsabilità adottare inizialmente una condotta più che collaborativa e comprensiva al fine di non scatenare, fin dai primi mesi dell'appalto, contenziosi che sarebbero potuti sfociare in gravi danni d'immagine per l'isola in un periodo in cui era forte l'attenzione di tutta l'Europa"*. A rigor di logica, tuttavia, proprio in considerazione di tale particolare congiuntura, la vigilanza del Comune sulla corretta esecuzione dell'appalto sarebbe dovuta essere più stringente e rigorosa, onde evitare il protrarsi di comportamenti negligenti ed omissivi.

Per quanto attiene all'affidamento senza gara pubblica alla stessa T., già gestore del servizio nel settennio 2012-2019, di prestazioni per un valore presunto di € 1.549.187,63 euro, tramite il ricorso all'istituto dell'ordinanza contingibile e urgente, dopo la disposta risoluzione del contratto con P., si osserva quanto segue.

L'Autorità (vds. Atto del Presidente del 28.03.2023 – fasc. 4484/2022) ha evidenziato come i limiti al potere derogatorio delle ordinanze contingibili e urgenti vadano individuati essenzialmente nei principi generali dell'ordinamento, nei canoni della ragionevolezza, della proporzionalità tra il provvedimento e la realtà circostante, nell'obbligo di motivazione, nell'indicazione del termine finale.



Inoltre le ordinanze adottate per l'attuazione degli interventi di emergenza, al verificarsi di eventi di calamità naturali, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare.

Il potere di ordinanza contingibile e urgente presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge, di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da una istruttoria adeguata e da una congrua motivazione, ed in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente (Consiglio di Stato, III, n. 1519 del 20/3/2015).

Proprio per la straordinarietà del potere riconosciuto al Sindaco, alla base dell'emanazione dell'ordinanza *extra ordinem* deve porsi un adeguato supporto motivazionale non solo di tipo estrinseco, vale a dire di mera esteriorizzazione delle cause di pericolo e/o eccezionalità dell'evento, ma anche di tipo intrinseco, ovverossia corredato da un'adeguata istruttoria, sulla base dei dati tecnici in possesso dell'amministrazione, da condursi secondo un accertamento fondato su prove concrete e non su mere presunzioni (Tar Campania, Sez. V, sentenza 3 marzo 2021, n. 1457).

Nel caso di specie, il ricorso allo strumento dell'ordinanza sindacale è stato motivato con la necessità, data la contingenza imprevista creata dalla risoluzione per inadempimento del precedente contratto, di evitare situazioni di emergenza sanitaria, specie nell'approssimarsi della stagione estiva e dell'aumento delle presenze dei turisti sull'isola.

Inoltre, il Sindaco di [...*omissis*...] ha motivato la scelta di ricorrere all'affidamento diretto ad un determinato operatore, anziché al confronto tra più offerte, con la finalità di individuare quale gestore del servizio una ditta che, avendo partecipato a precedenti procedure di gara realizzate dal servizio rifiuti del Comune di [...*omissis*...] e essendosi aggiudicata la gestione, fornisse le più ampie garanzie di affidabilità, perché già a conoscenza delle specificità dell'isola (strade strette, limitato centro di raccolta, personale, trasporti marittimi, orari, dinamiche delle presenze turistiche), e, in quanto pratica del territorio, fosse capace di rispondere alle esigenze di urgenza ed indifferibilità nell'acquisizione del servizio. A detta del Sindaco, infatti, ciò poteva *"aiutare a prendere le redini della gestione in tempi più brevi e adeguati alla situazione già così compromessa"* a causa delle pregresse inadempienze della P..

Si osserva, tuttavia, che, dal momento in cui viene acclarata la necessità di individuare un nuovo contraente (vd. Relazione del RUP Arch. [...*omissis*...], registrata al protocollo del Comune n. 12916/2023 del 11.05.2023) e l'emanazione dell'ordinanza sindacale (19.06.2023) che dispone l'affidamento alla ditta T. trascorrono 39 giorni, intervallo entro il quale sarebbe stato possibile raccogliere diverse offerte nei modi previsti dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016, al fine di spuntare condizioni economicamente più vantaggiose per la stazione appaltante; come peraltro era stato proposto dallo stesso RUP nella citata relazione dell'11.05.2023.

A fronte di una situazione di non assoluta urgenza, quale quella di cui trattasi, l'esigenza di ingaggiare imprese affidabili e immediatamente operative non può tradursi nella scelta di rivolgersi necessariamente ad una singola ditta già sperimentata in passato, derogando sia all'evidenza pubblica che ad ogni forma, pur minima, di confronto competitivo.

In questo senso l'Ordinanza non appare adeguatamente motivata in ordine alle circostanze per cui si sia ritenuto per la scelta dell'affidamento diretto, anziché optare per le procedure di affidamento in situazioni di estrema urgenza previste dal d.lgs. 50/2016, né si evincono le specifiche norme del d.lgs. 50/2016 a cui si è inteso derogare e le relative motivazioni.



Sotto altro profilo, il ricorso all'ordinanza sindacale dovrebbe essere seguito dall'accelerazione dell'attività dell'amministrazione, mettendo in campo ogni sforzo per contenere entro un tempo limitato la sottrazione dell'appalto alle regole dell'ordinamento, in ossequio al principio di proporzionalità tra la deroga normativa e la situazione di pericolo che essa mira a fronteggiare.

Di contro, nella fattispecie, la stessa formulazione dell'ordinanza, ove non è compiutamente determinata la durata dell'appalto-ponte alla impresa T. (definito semestrale ma "eventualmente prorogabile"), e soprattutto la circostanza che, trascorsi i sei mesi, non è stata ancora indetta l'attesa procedura ad evidenza pubblica, sembrano disattendere tali criteri.

Per un appalto di media complessità come quello in esame, un semestre può essere considerato un periodo più che sufficiente, quanto meno per l'approvazione degli atti di gara, specie tenuto conto che nel caso di specie, a pochi anni di distanza dalla precedente gara pubblica, l'attività propedeutica verosimilmente poteva consistere in un mero aggiornamento degli atti ad essa presupposti.

Riguardo al ritardo maturato nella predisposizione degli atti di gara, peraltro, non possono risultare accoglibili le giustificazioni addotte dalla Stazione appaltante relativamente all'asserita carenza di risorse umane, visto che la stessa discende da scelte organizzative dello stesso Ente; né relativamente all'ipotizzato coinvolgimento dell'ATO NA2 nella gestione del servizio, ipotesi non realisticamente concretizzabile nei tempi utili per fronteggiare l'emergenza.

Nel complesso, gli approfondimenti condotti sugli atti acquisiti hanno permesso di riscontrare alcune rilevanti criticità nella condotta posta in essere dall'Ente, con particolare riguardo all'inosservanza degli obblighi informativi verso l'Autorità per l'esclusione dalla gara dell'impresa B. S.r.l., e a ritardi/carenze nella direzione dell'esecuzione.

Per quanto attiene all'appalto all'impresa T. S.r.l., poi, in mancanza di un adeguato supporto motivazionale per l'ordinanza contingibile e urgente, l'affidamento diretto del servizio di igiene urbana risulta in contrasto con la disciplina di cui all'art. 36 del d.lgs. 50/2016.

Rilevata la difformità delle procedure adottate dalla normativa di settore, nei termini sopra indicati, il presente procedimento è definito in forma semplificata ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza, invitando codesta Stazione appaltante a comunicare entro il termine di 30 (trenta) giorni eventuali provvedimenti adottati in recepimento di tali indicazioni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente