



Delibera n. 93 del 8 marzo 2023

Fascicolo 1227/2022

Oggetto

Concessione dei lavori di ampliamento dell'Isola di Tresse e del servizio di messa a dimora dei fanghi provenienti dalle attività di scavo e di drenaggio dei canali, rii e fondali della Città di V., e dei canali lagunari.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Vista la L. 11 febbraio 1994, n. 109;

visto il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

visto il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

visto il "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*" del 4.7.2018 (pubblicato nella GURI – S.G. n. 241 del 16.10.2018);

viste le note istruttorie acquisite nell'ambito del procedimento di vigilanza in oggetto.

CONSIDERATO IN FATTO

1. PREMESSA

Con taluni esposti pervenuti all'Autorità sono state segnalate criticità relative alla concessione in oggetto consistenti nel ricorso reiterato alla proroga della concessione in favore della T. s.c.p.a. e nei nuovi affidamenti di lavori illegittimi al medesimo operatore economico (T. s.c.p.a.), ex art. 63, comma 2, lett. b), p. 2, del Codice dei Contratti pubblici, da parte del concedente A. (APV).

Con nota prot. ANAC n. 8063 del 3.2.2022, è stato comunicato l'avvio del procedimento al concedente (A. – di seguito APV) e al concessionario controinteressato (T. s.c.p.a), contestando le esposte criticità.

La nota è stata riscontrata in data 7.3.2022 dal concedente e in data 7.3.2022 dal concessionario, con argomentazione sostanzialmente simili. In data 27.4.2022 si è svolta l'audizione del concedente, che ha inviato un'ulteriore memoria integrativa solamente in data 30.5.2022.

2. SVOLGIMENTO DELL’AFFIDAMENTO

All’esito di tale preliminare attività istruttoria è stato possibile ricostruire lo svolgimento degli affidamenti, relativi alle porzioni di isola Tresse 1 e Tresse 3, che, al fine di meglio comprendere la vicenda, è opportuno brevemente riepilogare.

2.1) Dal 26.10.1994, la porzione di isola delle Tresse (**Tresse 1**) veniva assentita, una volta completate le attività di conterminazione, dal Magistrato alle Acque a V. S.P.A. (già AMAV, azienda speciale del Comune di V., successivamente V.) per la sistemazione e gestione dell’isola (porzione c.d. “Tresse 1”) da utilizzare per la messa a dimora dei fanghi provenienti dallo scavo dei canali e rii della laguna di V..

Con accordo del 27.11.2008, T. s.c.p.a. acquisiva da V. s.p.a., precedente concessionaria, la gestione dell’isola Tresse 1, avente una capacità residua di circa 550.000 m³.

Inoltre, con lettera di affidamento 29.11.2017, il Provveditorato alle Opere pubbliche del Ve. (di seguito P.I.OO.PP) affidava alla T. s.c.p.c. ulteriori lavori relativi alla porzione Tresse 1, in quanto T. s.p.a risultava essere subentrata a V. s.p.a. nella gestione operativa/commerciale dell’isola denominata “Tresse 1”, in virtù del citato accordo del 2008.

2.2) Tresse 3, invece, veniva affidata al concessionario mediante **project financing**, all’esito di procedura aperta, svolta ai sensi dell’art. 37-quater, lett. a) della L. 109/1994 e conclusa in data 26.10.2006. La concessione veniva aggiudicata dall’ATI Promotore, composta da Ve. (capogruppo), A. srl e I. s.p.a., che si costituiva società di progetto T. s.c.p.a, con la quale, in data 12.1.2007, l’organo commissariale -poi sostituito da APV- sottoscriveva il contratto di concessione avente ad oggetto lo *“Scavo dei canali portuali di grande navigazione della Laguna di V., sino alla quota di -11.00 m e manutenzione preordinata a garantire il mantenimento di detta quota e connessa messa a dimora dei sedimenti dragati, di caratteristiche qualitative rientranti entro la colonna C del Protocollo d’Intesa 08.04.1993”*.

Il contratto di concessione del 12.1.2017 prevedeva che la progettazione e realizzazione delle opere – ove far confluire i sedimenti fino a 3 milioni di m³ – dovesse concludersi in data **12.10.2008**.

La gestione avrebbe invece dovuto concludersi in data **12.10.2011**, con una tariffa complessiva in favore del concessionario da parte del concedente di € 37.965.000,00 e un tariffa in favore di terzi di € 14,50 m³.

2.2.1) Con il I **Atto integrativo 13.11.2009**, veniva approvata una **variante** al suddetto contratto, per la realizzazione di nuove e diverse opere (cfr. art. 2 dell’atto integrativo) rispetto a quelle previste dall’art. 2 del contratto originario e con un aumento del quantitativo da gestire di 1,3 milioni di m³, anche in favore di terzi.

Le nuove opere dovevano concludersi entro il **31.10.2010**, mentre la durata della gestione veniva *“inderogabilmente”* fissata alla data del 31.12.2011.

L’art. 9 dell’atto aggiuntivo prevedeva che il concedente versasse ulteriori € 10.154.000,00, con una nuova tariffa pari ad € 11,29 m³.

2.2.2) Con il **Atto Integrativo del 23.03.2011**, veniva adottata una **seconda variante** avente ad oggetto: a) l’escavo a -11,30 m dei canali e delle aree individuate nel contratto di concessione

originario del 2007 e nella prima perizia di variante; b) l'approntamento dell'isola delle Tresse al ricevimento di fanghi "entro C" provenienti dal dragaggio dei canali di grande navigazione e dai bacini di evoluzione (per ulteriori 655.189 m³ oltre 2,1 milioni di m³).

In tale occasione veniva prevista una modifica della progettazione e della realizzazione delle opere (che in realtà dovevano essere già terminate in data 31.10.2010, come da precedente I Atto aggiuntivo), sulla base di asserite e non meglio precisate nuove esigenze, genericamente richiamate nelle lett. K, L, M delle premesse del II atto aggiuntivo.

Invero, l'art. 3 dell'atto aggiuntivo posticipa la conclusione della realizzazione delle nuove opere al 31.7.2011 e la gestione fino al 31.12.2016.

2.3) Dalla relazione illustrativa del 7.3.2022 dell'APV (e dagli atti integrativi del 2008/2009 – cfr. infra), inoltre, è emerso che le suddette opere sono state parzialmente collaudate, in quanto è intervenuto un atto di collaudo del 23.11.2017 (poi rettificato in data 28.3.2018), il quale tuttavia non è stato approvato (nota dell'APV del 10.8.2018).

Il mancato completamento delle opere (non collaudate) è posto anche a base del I atto aggiuntivo del 5.12.2018 (cfr. in tal senso anche il parere legale della locale avvocatura dello stato del 6.3.2020, pag. 2).

E' in atti, inoltre, un certificato di collaudo parziale delle opere (datato 29.3.2021), che conferma i contenuti del certificato di collaudo del 21.03.2018 e collauda i lavori di messa a dimora dei sedimenti (fase 1) previsti nel primo atto aggiuntivo del 5 dicembre 2018.

Al riguardo deve osservarsi che, ai sensi dell'art. 9 del contratto del 2007, il collaudo doveva concludersi entro 6 mesi dal termine delle opere.

Sulla base di quanto esposto, emerge che la concessione avrebbe dovuto esaurire i propri effetti alla data del 31.12.2016, anche sotto il profilo della gestione dell'isola di Tresse 3.

2.4) Gli atti aggiuntivi del 2018/2019

Stante la situazione di fatto sopra riportata, occorre ulteriormente considerare la successiva stipula di n. 2 atti aggiuntivi rispettivamente in data 5 dicembre 2018 e 10 luglio 2019, di seguito brevemente riepilogati.

2.4.1) Atto aggiuntivo 5 dicembre 2018, tra APV, P.I.OO.PP del Ve. e T. s.c.p.a., con il quale si concordava:

- il subentro dell'APV al Provveditorato anche nella gestione relativa alla porzione di isola denominata Tresse 1 al fine di consentire una gestione più razionale e omogenea dell'Isola delle Tresse;
- l'allocazione nell'isola da parte di T. s.c.p.a. (garantendo il raggiungimento di quote differenziate per la parte dell'isola denominata Tresse 1 e per quella denominata Tresse 3) di circa 500.000 mc, provvedendo alle attività sino al 31.12.2020. La stazione appaltante precisa nella suindicata nota acquisita al prot. ANAC I n. 16484 che *"ciò in quanto sarebbe stato possibile raggiungere la quota di progetto mediante attività finalizzate all'ottimizzazione della compattazione dei materiali allocati nell'isola oltretutto in dipendenza della naturale sedimentazione degli stessi; condizioni che avrebbero (ed hanno) consentito l'allocazione a dimora del menzionato quantitativo, ai fini della successiva sistemazione*

ambientale. Nel corso delle attività pregresse, infatti, si era assistito, per effetto della compattazione e del naturale fenomeno di sedimentazione, a un progressivo abbassamento della quota di riempimento, con il conseguente aumento della capacità ricettiva del sito”;

- l’obbligo della T. s.c.p.a. di provvedere entro il 31.12.2022 alla “sistemazione ambientale” dell’isola complessivamente intesa, nel rispetto di quanto approvato in sede di VINCA con delibera della Giunta Regionale Ve. n. 538 del 10.05.2011. La stazione appaltante precisa nella nota prot. ANAC n. 16484 che *“tale atto avrebbe consentito di poter perfezionare il certificato di collaudo emesso il 21.03.2018 e consentire la sua approvazione e successiva riconsegna dell’isola nel suo complesso al competente Provveditorato”*.

2.4.2) Il Atto aggiuntivo 10 luglio 2019, relativo all’accordo per la gestione dell’incremento di capacità dell’isola delle Tresse sino alla quota di +12,50 m. s.l.m.m. ad integrazione del contratto di concessione n. reg. 1198/07 e successive integrazioni, con il quale:

- si approva il progetto elaborato da T. s.c.p.a. di fattibilità tecnico economica del progetto per l’incremento della capacità fino a una quota media di +12,5 m s.l.m.m., con definitiva sistemazione ambientale, per il conferimento di non meno di 1.000.000 di metri cubi, conseguenti ai dragaggi manutentivi necessari per superare l’emergenza relativa al mantenimento dei pescaggi del canale Malamocco – Marghera come previsto dal P.R.G. e per gli scavi dei canali lagunari di competenza del Provveditorato;
- si affida a T. s.c.p.a., ai sensi dell’art. 63, comma 2, lett. b), punto 2, del D. Lgs. n. 50 del 2016, l’attività di gestione del sito per il conferimento dei sedimenti;
- di prevede la collocazione a dimora dei sedimenti entro il **31.12.2022** e la complessiva sistemazione ambientale entro il **31.12.2026**.

Tali opere sono state parzialmente collaudate, come risulta dal certificato di collaudo parziale datato 29.3.2021, il quale, come detto, conferma i contenuti del certificato di collaudo del 21.03.2018 e collauda i lavori di messa a dimora dei sedimenti (fase 1) previsti nell’atto aggiuntivo del 5.12.2018.

2.5) Si rileva, inoltre, che, con riferimento alla complessa vicenda relativa all’affidamento della gestione della porzione di isola Tresse 3, sono intervenuti due pareri dell’Avvocatura dello Stato di V..

Nello specifico, nel primo parere, reso in data 26 maggio 2020, l’Avvocatura ha sostanzialmente riscontrato una violazione di norme imperative e comunitarie nell’adozione degli atti aggiuntivi del 2018 e 2019, ravvisando la necessità di un annullamento in autotutela degli atti in esame.

Nel secondo parere, del 5 giugno 2020, l’Avvocatura, sulla base degli ulteriori chiarimenti forniti dalla concedente, ha ribadito che l’Atto aggiuntivo del 5.12.2018 trova fondamento sul mancato completamento (e collaudo) delle opere da realizzare entro il 31.12.2016 e previste dal contratto originario (come integrato dalle due perizie di variante) e ha preso atto della complessità della vicenda (interessante anche la gestione dell’isola di Tresse 1, confluita in una gestione unitaria). Lo stesso parere non ha affermato l’esistenza delle condizioni legittimanti il ricorso alla procedura negoziata di cui all’art. 63, co. 2, lett. b, d.lgs. 50/2016, mentre ha solo escluso la sussistenza delle condizioni per annullare in autotutela gli atti aggiuntivi del 2018/2019, in

quanto sarebbe *"arduo sostenere che l'attuale assetto convenzionale sia sostanzialmente conforme rispetto agli obiettivi di pubblico interesse"*.

Si soggiunge che con atto di precisazione del 10.07.2020 sono state apportate lievi modifiche (con particolare riferimento alle tariffe applicabili) agli atti aggiuntivi 2018 e 2019.

2.6) Allo stato, anche in virtù di tali due aggiuntivi, il concessionario:

- è tenuto a completare le opere originarie effettuando uno scavo fino alla profondità di 12,5 m., per il conferimento aggiuntivo di ulteriori 1 milioni di m³ ;
- ha continuato la gestione del servizio fino al 31.12.2022, applicando tariffe a terzi nuovamente modificate (art. 11 dell'atto aggiuntivo del 10.7.2009).
- dovrà completare la sistemazione ambientale entro il 31.12.2026.

3. LA COMUNICAZIONE DI RISULTANZE ISTRUTTORIE E LE CONTRODEDUZIONI DELLE PARTI

Sulla base della esposta ricostruzione, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 30.11.2022, ha disposto la trasmissione della **comunicazione di risultanze istruttorie** prot. U ANAC n. 102346 del 06.12.2022, adottata ai sensi dell'art. 20 del Regolamento di Vigilanza ANAC del 4.7.2018, al concedente (APV), alla società concessionaria (T. s.c.p.a.) e a un ulteriore operatore economico (V. s.p.a.), in riferimento ai seguenti aspetti:

1. Criticità connesse all'acquisizione della gestione (e dello svolgimento delle relative lavorazioni) della porzione di Tresse 1 da parte di T. s.c.p.a., in virtù dell'accordo di cessione del 28.11.2008 stipulato direttamente con la concessionaria V. s.p.a.;
2. Criticità connesse alle varianti disposte con gli atti integrativi del 13.11.2009 e 23.03.2011, che sembrerebbero difettare dei presupposti previsti dalla normativa di riferimento al tempo vigente;
3. Criticità relative al parziale/ritardato collaudo delle opere, che doveva concludersi entro 6 mesi dal termine delle stesse;
4. Criticità connessa alla gestione *sine titolo* del servizio di conferimento nel periodo compreso tra il 1.1.2017 e il 5.12.2018;
5. Criticità connesse agli atti aggiuntivi del 2018/2019 (e 2020).

Con le note prot. ANAC n. 405 del 3.01.2023, n. 770 del 5.01.2023 e n. 999 del 9.01.2023 sono pervenute **le controdeduzioni rispettivamente di V. s.p.a., T. s.c.p.a. e APV, nelle quali è stato sostanzialmente dedotto quanto segue:**

1. Con l'accordo di cessione del 28.11.2008 V. s.p.a. rinunciava alla gestione annuale diretta di Tresse 1, consentendo un subentro operativo di T. s.c.p.a. per lo svolgimento delle attività residue da attuare presso il sito (comprese le lavorazioni previste nel progetto definitivo di incremento della capacità del sito acquisito dal Commissario).

Ciò in considerazione della necessità di garantire la gestione unitaria dei due siti (Tresse 1 e Tresse 3), delle autorizzazioni provvisorie in scadenza, e dell'assenza di motivi ostativi ad aderire agli indirizzi del Commissario (*cf. memoria prot. ANAC n. 405/2023 di V. s.p.a.*).

APV ha invece addirittura negato di avere competenza al riguardo, in quanto la gestione dell'isola di Tresse 1 sarebbe del Provveditorato alle opere pubbliche.

2. Le due varianti adottate con atti integrativi del 13.11.2009 e del 23.03.2011, a giudizio delle parti, sarebbero legittime in quanto necessarie a far fronte ad eventi eccezionali ed imprevedibili e comunque approvate dal Commissario delegato rispettivamente con i decreti n. 11 del 2009 e n. 19/2011, il quale era legittimato ad operare in deroga alla L. 109/1994, ex art. 3 OPCM 3383 del 3.12.2004 (recante "*Disposizioni urgenti per fronteggiare l'emergenza socio economico ambientale, determinatasi nella laguna di V., in ordine alla rimozione dei sedimenti inquinati nei canali portuali di grande navigazione*"). La seconda variante risulta anche approvata dalla Corte dei Conti a seguito di controllo preventivo di legittimità (cfr. *memorie prot. ANAC n. 770 e n. 9999/2023*).
3. Le attività previste dalla concessione in esame sono state eseguite nei termini contrattuali e l'attività della Commissione di collaudo, iniziata in data 22.02.2017, si è conclusa entro il termine di legge di un anno trattandosi di opere di elevata complessità; l'APV ha ritenuto necessario procedere a ulteriori verifiche tecnico amministrative prima dell'approvazione del certificato di collaudo (acquisito in data 04.12.2017 e poi in data 28.03.2018 a seguito della correzione di un refuso), dalle quali è emerso uno scavallo delle quote di progetto, per cui la società concessionaria ha presentato una proposta di metodologia operativa per consentire il rientro nelle quote di progetto e il recupero di ulteriore capacità ricettiva dell'isola (cfr. *memorie prot. ANAC n. 770 e n. 9999/2023*);
4. Nel periodo compreso tra il 31.12.2016 e il 05.12.2018, il concessionario ha provveduto esclusivamente alle attività di gestione dell'isola delle Tresse 3, al fine di garantire la sicurezza sul piano ambientale, senza realizzazione delle attività di scavo e di conferimento di sedimenti (cfr. *memorie prot. ANAC n. 770 e n. 9999/2023*);
5. Gli atti aggiuntivi sono il frutto di una situazione fattuale complessa ma pienamente legittima e di un'inscindibilità tecnica tra le attività contrattualmente previste, relative alla gestione dei conferimenti e alla risistemazione ambientale (cfr. *memorie prot. ANAC n. 770 e n. 9999/2023*).

Infine, APV ha precisato che il commissario straordinario nominato con D.L. 103/2021 sta valutando, allo stato attuale, la possibilità di assumere la gestione dell'isola di Tresse. A quanto noto, l'attuale commissario straordinario è lo stesso presidente dell'APV¹.

CONSIDERATO IN DIRITTO

4) Sulla base della esposta ricostruzione in fatto e dell'istruttoria condotta si formulano le seguenti osservazioni.

¹ https://www.commissariocrociere.ve.it/wp-content/uploads/2022/03/M_INFR.GABINETTO.REG_DECRETI_R_0000545.31-12-2021_atto-nomina-commissario.pdf

4.1) Criticità connesse all'affidamento della porzione di Tresse 1

Dalla complessiva istruttoria condotta è emerso che la questione del passaggio della gestione dell'isola di Tresse 1 da V. s.p.a. a T. s.c.p.a sarebbe di competenza del Provveditorato, il quale avrebbe ancora nel 2017 assegnato ulteriori lavori alla T. s.c.p.a., con procedura di incerto oggetto.

Il successivo affidamento dell'isola di Tresse 1 in favore della T. s.c.p.a., è stato disposto dall'APV con atto aggiuntivo del 5.12.2018 ed ha ad oggetto il contemporaneo affidamento dell'isola di Tresse 3.

Pertanto, atteso che, allo stato, non appare possibile definire la questione in quanto appare necessario coinvolgere anche il Provveditorato alle Opere pubbliche del Ve., si avvieranno ulteriori approfondimenti istruttori nei confronti del P.I.OO.PP, dell'APV, della T. s.c.p.a e di V. s.p.a., con riserva di avvio di un nuovo e diverso procedimento di vigilanza ove dovessero emergere criticità di rilievo.

4.2) Criticità connesse alle varianti disposte con gli atti integrativi del 13.11.2009 e 23.03.2011.

Alla luce degli ulteriori elementi emersi solo dai riscontri pervenuti in replica alla CRI, deve osservarsi che, al di là della effettiva sussumibilità delle varianti adottate nell'ambito applicativo dell'art. 25 L. 109/94 pure rappresentata dalle parti, le varianti in esame sono state approvate dal Commissario delegato nell'esercizio dei poteri conferiti dall'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3382 del 03.12.2004, che consente di derogare a diverse disposizioni normative, tra cui, per quanto di interesse, l'art. 25 della legge n. 109 del 1994.

Il decreto n. 19/2011 (relativo alla seconda variante) risulta, altresì, approvato dalla Corte dei Conti, in sede di controllo preventivo di legittimità, ai sensi dell'art. 2, comma 2, sexies, della L. n. 10 del 2011.

Pertanto, la criticità in esame è archiviata ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a), del Regolamento di Vigilanza del 04.07.2018.

4.3) Criticità relative al parziale/ritardato collaudo delle opere – gestione *sine titulo*

Come detto, a giudizio delle parti, le operazioni di collaudo sarebbero state correttamente completate entro un anno dal termine dei lavori, in quanto di particolare complessità.

Al riguardo, deve osservarsi che le opere, anche in virtù delle due varianti, dovevano essere completate entro il 31.12.2016 e che le operazioni di collaudo dovevano concludersi **entro i successivi 6 mesi** (cfr. art. 9 del contratto di concessione n. reg. 1198/07 a mente del quale *"il collaudo tecnico-amministrativo verrà effettuato in via definitiva entro 6 mesi dall'avvenuta comunicazione al Responsabile della Concessione da parte della Direzione Lavori dell'avvenuta conclusione dei lavori per la realizzazione dell'opera"*.).

Invero, in primo luogo si osserva che il (primo) certificato di collaudo è datato 30.11.2017 (poi rettificato in data 30.3.2018 - cfr. all. 9 e 12 alla memoria di APV del 5.1.2023) ed è quindi successivo al termine finale (di 6 mesi) per eseguire il collaudo.

Inoltre, e soprattutto, deve osservarsi che con nota del 10.8.2018, in seguito ad ulteriori approfondimenti, l'APV non ha approvato il collaudo e, di fatto, lo ha sospeso in quanto era emerso uno scavallo delle quote di progetto, per ovviare al quale T. s.c.p.a. ha trasmesso alla concedente una proposta di metodologia operativa in data 18.09.2018, che ha costituito la base per l'adozione dell'atto aggiuntivo del 5.12.2018.

Pertanto, per i lavori previsti con la seconda variante, di fatto, **il procedimento di collaudo non si è concluso ed è confluito nelle lavorazioni richieste con l'atto aggiuntivo del 5.12.2018**. Al riguardo, infatti, nella nota istruttoria del 7.3.2022, prot. ANAC n.16484, pag. 8, APV riconosce: *"Tale atto avrebbe consentito in conclusione di poter perfezionare il certificato di collaudo emesso il 21/03/2018 e consentire la sua approvazione e successiva riconsegna dell'isola nel suo complesso al competente Provveditorato."* Ed infatti solo la relazione di collaudo parziale del 29.3.2021 conferma il contenuto del collaudo del 25.3.2018.

In sintesi, non sembra quindi eccessivo affermare che:

- le operazioni di collaudo si siano concluse ben oltre il termine di 6 mesi contrattualmente pattuito;
- la mancata approvazione del collaudo ha addirittura occasionato la stipula del successivo atto aggiuntivo (del 5.12.2018), lasciando dubitare delle condizioni di esclusività poste a fondamento della procedura negoziata (ex art. 63, co. 2 lett. b, d.lgs. 50/2016).

Quanto infine alla criticità relativa alla gestione della discarica nel periodo 2016-2018, si osserva che è vero che dalla citata proposta metodologica, redatta dalla società di ingegneria S. s.r.l. per conto di T. s.c.p.a., non risultano effettuati conferimenti da parte della società concessionaria in tale arco temporale.

Tuttavia si rileva che l'atto aggiuntivo del 5.12.2018, alla fine di pag. 3, riporta una tabella recante una sintesi dei conferimenti autorizzati dal Provveditorato tra il 27.9.2018 e il 15.11.2018, pari a complessivi 76.000 mc, connessi alle esigenze di compensazione dello scavallo delle quote di progetto.

Pertanto, tenuto conto che in virtù della seconda variante la gestione sarebbe dovuta terminare in data 31.12.2016 e che l'atto aggiuntivo successivo è datato 5.12.2018, **deve ritenersi che quantomeno tali conferimenti siano avvenuti al di fuori del rapporto concessorio in oggetto.**

4.4) Criticità connesse agli atti aggiuntivi del 2018/2019.

Come esposto, a giudizio delle parti, gli atti aggiuntivi del 2018 e del 2019 (e anche quello del 10.7.2020) sono il frutto di **una complessa ed articolata situazione fattuale**, nonché il frutto di una **cd. inscindibilità tecnica**.

In particolare, *l'atto aggiuntivo del 2018* è stato adottato a seguito dell'accertamento del mancato raggiungimento delle quote di progetto, e, quindi, di una capacità ricettiva residua dell'isola, che, ad avviso della concedente e della concessionaria, rendeva necessaria un'attività

aggiuntiva di messa a dimora di ulteriori sedimenti, al fine di consentire il raggiungimento delle quote originarie e le prestazioni di modellazione dell'isola e conseguente sistemazione ambientale.

L'atto aggiuntivo del 2019 si riterrebbe il frutto di un'inscindibilità tecnica tra le attività ivi previste e quelle di cui all'atto del 2018, che ha portato a continuare il rapporto contrattuale con T. s.c.p.a., non essendo rinvenibili soluzioni alternative ragionevoli (art. 63, comma 2, lett. b), punto 2, D. Lgs. n. 50 del 2016).

Al riguardo va precisato che *"L'art. 63 (Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara), al comma 2, lett. b) prevede, tra i casi tassativi cui è possibile far ricorso a tale modalità di scelta del contraente, "Quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: ... 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici".*

È poi specificato che "Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto".

Per effetto di tale disposizione citata, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, è consentito alle stazioni appaltanti ricorrere alla procedura negoziata – e nel caso di unico operatore presente sul mercato all'affidamento diretto – se il bene oggetto della fornitura sia infungibile (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8588; VI, 13 giugno 2019, n. 3983; III, 18 gennaio 2018, n. 310)." (Cons. Stato, V, 7239/2020)

Nel caso di specie, e sulla base anche della rappresentazione in fatto emersa, deve ritenersi che gli affidamenti del 2018 e 2019 sono la conseguenza di criticità e decisioni passate – e, per certi versi, obbligate – della concedente, che avrebbero precluso l'individuazione di un nuovo gestore del servizio, anche mediante un nuovo affidamento. Di conseguenza non sembrano sussistere i presupposti per il ricorso alla procedura di cui all'art. 63 del D. Lgs. n. 50 del 2016, stante la previsione di cui al comma 2, lett. b), secondo cui *"Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto".*

Risulta evidente, ad esempio, che la tempestiva e corretta conclusione delle attività di collaudo avrebbe condotto alla restituzione della porzione di isola Tresse 3 (nel 2017), la cui gestione avrebbe potuto affidarsi mediante nuova gara prima del 5.12.2018 (data di stipula del primo atto aggiuntivo).

Per converso, le varianti, adottate in virtù delle speciali deroghe concesse al commissario delegato, *ex se* legittime, hanno poi occasionato la situazione di unicità dell'operatore economico in grado di garantire il servizio e, di conseguenza, sono state poste a fondamento delle procedure negoziate del 2018/2019 (ex art. 62 co. 2 lett. b, d.lgs. 50/2016).

Del resto, anche nel citato parere del 5 giugno 2020 – richiamato dall'APV a sostegno della legittimità del suo operato – l'Avvocatura dello Stato non ha affermato l'esistenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 63, co. 2, lett. b, d.lgs.

50/2016, limitandosi sostanzialmente ad escludere la ricorrenza delle condizioni per annullare in autotutela gli atti aggiuntivi del 2018/2019 (cfr. par. 2.5).

In altre parole, la concedente si è trovata in una situazione di cd. *lock in*, in quanto il servizio poteva essere eseguito solo dall'attuale concessionario, reso "esclusivo" da pregresse scelte della concedente e dal mancato completamento del collaudo delle precedenti opere.

Al riguardo vale la pena richiamare, le Linee Guida ANAC n. 8 secondo le quali "L'infungibilità che nasce a seguito di decisioni passate del contraente e/o di un comportamento strategico da parte dell'operatore economico è conosciuta nella letteratura economica e antitrust con il termine di lock-in".

In tali casi, secondo la giurisprudenza, "il fornitore si presenta pertanto come un monopolista naturale, pur non essendolo nei fatti, con le conseguenze inevitabili che a ciò consegue in punto di determinazione del prezzo di acquisto, oltre che di accesso alle innovazioni e gli avanzamenti tecnologici del prodotto che sia possibile reperire in libera concorrenza tra gli operatori.

Proprio per tale ultima considerazione v'è necessità per l'amministrazione – non solo di evitare di cadere, ma anche – di uscire dalla condizione di lock – in: trattandosi di fenomeno distorsivo della concorrenza, i costi dovuti in prima battuta al cambio di operatore, saranno nel lungo periodo recuperati attraverso il risparmio di spesa che ne conseguirà e compensati dai vantaggi qualitativi acquisibili.

L'uscita dalla condizione di lock – in può avvenire solamente con una procedura aperta in cui l'amministrazione si renda disponibile alla fornitura di modelli equivalenti a quelli in uso" (Cons. Stato, V, 7239/2020).

Pertanto, deve ritenersi che le condizioni invocate dall' APV a fondamento dei due atti aggiuntivi del 2018 e 2019 – e dirette a dimostrare l'unicità dell'operatore economico e la inscindibilità tecnica del servizio - non sono riconducibili alla fattispecie dell'art. 63, co. 2, lett. b), d. lgs. 50/2016, in quanto sono il frutto di precedenti decisioni della stessa Amministrazione, come sopra riepilogate.

4.5) Da ultimo, va osservato che l'APV ha rappresentato che il commissario straordinario nominato con d.l. 103/2021 (coincidente, a quanto noto, con l'attuale presidente dell'APV) sta valutando la possibilità di assumere la gestione dell'isola di Tresse.

In altri termini, potrebbe aprirsi la possibilità di un'ulteriore gestione commissariale, che potrebbe svolgersi in potenziale deroga alle ordinarie regole previste dal Codice dei Contratti.

Sicchè, appare opportuno raccomandare di tenere conto delle osservazioni dell'Autorità anche nella futura gestione dell'isola di Tresse 3.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

Ai sensi dell'art. 12 e 22 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018, che gli affidamenti in oggetto sono caratterizzati dalle suesposte criticità, meglio descritte ai par. 4.3) e 4.4) cui si rinvia per ragioni di brevità.

Si rimette all'A., sulla base delle criticità emerse, la valutazione delle più opportune azioni a tutela dell'interesse pubblico.

Si raccomanda, *pro futuro*, anche in riferimento alle eventuali gestioni commissariali, di tenere conto delle osservazioni dell'Autorità e di provvedere ad un'applicazione rigorosa della disciplina di settore.

La A. è invitata a comunicare all'A.N.AC. le eventuali determinazioni che intende assumere al riguardo, entro il termine di **45 giorni** dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

il Segretario

Valentina Angelucci

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17.3.2023

Originale firmato digitalmente