

DELIBERA N. 627

8 settembre 2021

Fasc. Anac UVCS n. 2615/2020

Oggetto: Affidamento in gestione dell'impianto termale della “- omissis - ” in - omissis - .

Riferimenti normativi

art. 213 del d.lgs. 50/2016; art. 30 del d.lgs. 163/2006.

Parole chiave

Impianto termale; Concessione di servizi; Affidamento diretto; Proroga tecnica.

Visto

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza dell'8 settembre 2021

Delibera

Premessa

Nell'esercizio delle attività di vigilanza di cui all'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016, a seguito di esposto acquisito al prot. ANAC n. 30753/2020 l'Autorità ha aperto il fascicolo in epigrafe al fine di acquisire informazioni e documenti sull'attività contrattuale del Comune di - omissis - per la gestione dell'impianto termale dei Bagni de - omissis -.

Nell'ambito del procedimento istruttorio espletato (con comunicazione di avvio prot. n. 0043648/2020 e con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 24658/2021), sono pervenute le memorie di controdeduzioni dell'Ente comunale (acquisite ai prot. n. 52261/2020, 33565/2021) e della - omissis - (acquisite al prot. Anac n. 40655/2021). È stata, inoltre, accolta l'istanza di audizione avanzata dal Comune (accoglimento prot. n. 32338/2021) e la citata audizione è stata

espletata in data 6 maggio u.s. mediante piattaforma online. Inoltre, in ordine ai profili riguardanti la gestione del servizio negli anni 2011-2013 mediante contratto di sub-affidamento, l'Autorità ha acquisito le controdeduzioni dell'impresa sub-affidataria.

Dalle informazioni e dai documenti acquisiti nel corso dell'attività istruttoria è emerso quanto segue.

Considerato in fatto

- Con Decreto del Ministero dell'Industria e per il Commercio, in data 26.10.1951, fu affidata al Comune di - omissis - , una concessione per l'utilizzo e lo sfruttamento delle sorgenti di acqua termominerali denominato "Bagni di - omissis - ";
- Con delibera n. 36 del 27/02/1998 il Consiglio Comunale di - omissis - dispose di affidare in concessione l'area antistante i bagni pubblici della - omissis - , precisando come condizione vincolante che l'accesso all'area per la popolazione residente dovesse rimanere gratuito;
- Con deliberazione di G.M. n. 463 del 19/05/1998 si dispose, nelle more dell'espletamento di una gara pubblica, di procedere all'indizione di "gara ufficiosa" per l'affidamento annuale (salvo proroga) dei servizi di custodia, guardiania, pulizia e manutenzione ordinaria dell'area inerente i bagni pubblici della - omissis - . Con la stessa delibera furono approvati, in bozza, il Capitolato speciale d'appalto, la Lettera d'invito e l'Avviso di gara - anche se dai documenti acquisiti non è dato di conoscere gli estremi di pubblicazione dell'Avviso (che nell'atto era previsto durasse per 10 giorni) e il numero di operatori economici invitati a partecipare. Il servizio doveva comprendere la pulizia delle vasche termali, di docce spogliatoi e servizi igienici, la raccolta dei rifiuti giornalieri, la gestione di un punto ristoro in chiosco prefabbricato nonché la gestione, custodia e manutenzione dell'area di parcheggio antistante i bagni pubblici. Il contratto era impropriamente qualificato come appalto trattandosi in realtà di concessione, poiché era previsto che il corrispettivo per i servizi resi trovasse remunerazione nel prezzo di parcheggio delle vetture dovuto dall'utenza direttamente al concessionario. L'offerta doveva essere formulata come ribasso sul prezzo del parcheggio indicato a base di gara (L. 2000 ad auto) e negli atti di gara non era riportata una stima complessiva degli introiti attesi da tale attività e pertanto del valore totale della concessione.
- Con deliberazione di G.M. n. 758 del 22.07.1998, fu approvato il verbale di gara del 15/07/1998, con il quale risultò vincitrice la Coop. - omissis - ;
Con successiva deliberazione di G.M. 806 del 11.08.1998 l'importo dell'affidamento per un anno fu quantificato in L. 73.000.000 IVA compresa;
- Con contratto Rep. n. 228 dell'11.08.1998 fu formalizzato l'affidamento alla Coop. - omissis - per la durata di un anno, con possibilità di proroga "nel rispetto delle vigenti disposizioni" e senza la previsione di alcun canone concessorio;
- Con nota del 24 maggio 1999 il legale rappresentante della Cooperativa - omissis - chiese la proroga del contratto per la durata di tre anni, motivata esprimendo l'intenzione di effettuare sull'area rilevanti opere di manutenzione da ammortizzare tramite una gestione pluriennale;
- La proposta fu accolta integralmente dall'Amministrazione comunale che, con deliberazione di G.M. n. 825 del 22.09.1999 approvò la proroga del servizio alla Coop. - omissis - per anni 3, formalizzata con contratto Rep. n. 25 del 10.02.2000. In sede di proroga (*rectius* rinnovo), in recepimento delle corrispondenti richieste del concessionario, fu altresì approvata la seguente revisione delle condizioni contrattuali:
 - istituzione del biglietto di ingresso personale, che sostituisce, come modalità di remunerazione della concessione, il ticket di parcheggio biorario;
 - estensione di 5,5 ore dell'orario di apertura giornaliero;
 - introduzione di un sovrapprezzo per gli accessi in orario notturno (biglietto di L. 5000 anziché L. 1000);
 - autorizzazione di un punto vendita di beni non alimentari all'interno del



complesso. Proroga e revisione contrattuale valevano anche a compensare i lavori proposti dall'affidatario per il "migliore utilizzo e al tempo stesso per il decoro cittadino della - omissis - ", comprendenti tra l'altro, l'innalzamento delle recinzioni perimetrali allo scopo di impedire le intrusioni, la creazione di locali da adibire a sauna, aerosol e fangoterapia e di un locale ad uso bar (si presume in sostituzione del chiosco previsto in contratto).

- Con deliberazione di G.M. 1075 del 7.12.1999 si procedeva nuovamente a riformulare le modalità di applicazione del biglietto all'utenza, determinando la validità del biglietto a due ore nonché istituendo nuovamente il biglietto di parcheggio (oltre al biglietto d'entrata) dell'importo di Lire 1.000 ogni due ore.

E' evidente che, in esito alle suddette modifiche, si venne a configurare un contratto sostanzialmente diverso da quello oggetto della "gara ufficiosa" iniziale, con condizioni più remunerative per il concessionario, ferma restando l'assenza di qualsiasi canone concessorio.

- Ad intervenuta scadenza, in data 12.08.2002, della precedente proroga, con nota diretta al Sindaco di - omissis - , acquisita al protocollo dell'Ente n. 26926 del 14.08.2002, la cooperativa - omissis - chiese il rinnovo del contratto per altri tre anni (ossia sino all'agosto 2005), allo scopo dichiarato di ammortizzare le spese sostenute per lavori di manutenzione, messa a norma e miglioria eseguiti e di garantire occupazione continuativa al personale impiegato;

- Questa volta l'Amministrazione, con deliberazione di G.M. n. 487/2002 del 14.08.2002, preso atto dell'impossibilità di procedere al rinnovo del contratto ai sensi dell'art. 6 della legge 537/1993 come modificato dall'art. 44 della legge 724/94 (norma che prevedeva che le stazioni appaltanti, entro 3 mesi dalla scadenza dei contratti in essere, accertassero la sussistenza delle ragioni di convenienza e pubblico interesse per il rinnovo dei contratti medesimi) in prima istanza concesse alla Coop. - omissis - soltanto la "proroga tecnica" del servizio sino al 31.12.2002, alle medesime condizioni del contratto 25/2000, nelle more dell'espletamento di gara d'appalto;

- Successivamente, però, con deliberazione di G.M. n. 364 del 10.06.2004, a seguito di vertenza intercorsa con la Coop. - omissis - in merito alla riduzione della portata dell'acqua in dotazione nel biennio 2001-2003 che avrebbe determinato una decurtazione degli introiti attesi dalla gestione dell'impianto, venne revocata la deliberazione di G.M. n. 721/2002 (con cui si era stabilito di procedere all'indizione di un'asta pubblica) e dato mandato al Responsabile del Settore perché redigesse un accordo bonario volto tra l'altro ad autorizzare la proroga triennale del servizio già richiesta dalla cooperativa, con durata dal 31/12/2002 fino al 31/12/2005 . Tuttavia nessuna documentazione relativamente all'accordo bonario stipulato e alla stima della corrispettività tra i minori introiti percepiti e l'utilità derivante dal prolungamento del contratto è stata esibita a quest'Autorità in sede istruttoria;

- Con determinazione del Commissario Straordinario con i poteri di Giunta n. 21 del 20/01/2006 fu concessa ulteriore proroga fino al 31.12.2006 alla Coop. - omissis - , nelle more dell'espletamento di una nuova gara i cui atti, comprensivi di progetto architettonico di risistemazione dell'area, dovevano essere predisposti entro il 30.06.2006;

- Con atto di diffida stragiudiziale, prot. n. 60130 del 14/12/2010, il dirigente del Servizio Patrimonio, alla luce della mancanza di titoli autorizzativi successivi al 31.12.2006, intimò alla Coop. - omissis - la riconsegna del sito;

- Con deliberazione n. 82 del 09/05/2011 la Giunta Comunale deliberò di affidare temporaneamente alla Società S. - omissis - s.r.l, la gestione dei bagni della - omissis - insieme all'esecuzione di opere riguardanti "la messa a norma sotto l'aspetto igienico/sanitario dell'impianto", tra cui la realizzazione (entro il 31.10.2011) di un edificio per servizi di 150 mq e di un edificio ad uso commerciale di 200 mq. L'affidamento diretto era giustificato "per motivi di urgenza", limitatamente al periodo occorrente per la scelta definitiva del costruttore/gestore del

nuovo impianto termale denominato "Bagni di – omissis –", da individuare a mezzo di gara ad evidenza pubblica. Ciò considerato la durata dell'affidamento era "prudenzialmente stimata" in 12 mesi, "salvo proroghe". Di fatto, quindi, risultava indeterminata la durata e, conseguentemente, il valore presunto dell'affidamento;

- Nei fatti, però, la Coop. - omissis - continuò la gestione dei bagni della - omissis - per effetto del contratto di subaffidamento sottoscritto con la A. - omissis - s.p.a (ex Società S. - omissis - S.r.l.) in data 01.07.2011; il contratto prevedeva che quale corrispettivo delle attività di custodia, manutenzione, pulizia etc. prestate nell'area, la Cooperativa ricevesse un importo pari al 95% dell'introito conseguito dal centro termale oggetto di appalto di servizi, al netto dell'iva e delle spese sostenute;

- Dopo quasi due anni la Giunta comunale subentrata in carica, constatata la mancata esecuzione delle opere oggetto del contratto e il superamento del tempo previsto per l'espletamento della gara, con deliberazione n. 34 del 08/02/2013 revocò l'affidamento temporaneo dell'impianto termale in favore della A. - omissis - s.p.a. (ex Società S. - omissis - s.r.l.). Ne seguì un contenzioso deciso nell'aprile 2013 con sentenza del TAR Lazio favorevole al Comune di - omissis - , poi appellata con esito negativo dalla A. - omissis - innanzi al Consiglio di Stato. Tuttavia, non risulta che sia stata promossa nei confronti della società alcuna misura sanzionatoria o azione volta al risarcimento per la mancata esecuzione dei lavori edili previsti in contratto.

- Con determinazione dirigenziale del Servizio Patrimonio n. 381 del 22.02.2013 fu affidata, nelle more dell'espletamento di una nuova gara, alla Cooperativa - omissis - la gestione dei bagni della - omissis -, ancora una volta senza indicare durata e valore dell'affidamento, né i presupposti normativi dello stesso;

- Con deliberazione n. 333 del 26/09/2013 la Giunta Comunale approvò gli elaborati progettuali per una nuova concessione dei servizi di "manutenzione ordinaria, custodia, guardiana pulizia e gestione del bar interno del complesso denominato - omissis - ";

- Con Determinazione a contrarre n. 2276 del 28/10/2013 del Servizio Patrimonio fu disposto di procedere all'affidamento del contratto citato, ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 e art. 84 dello stesso decreto;

- Conseguentemente fu indetta procedura aperta con bando pubblicato all'albo pretorio e sul sito web istituzionale per 28 giorni, a decorrere dal 29.01.2014. Nella parziale documentazione trasmessa all'Autorità nel corso dell'istruttoria (determina di affidamento, verbali di gara, contratto) non è riportato l'importo stimato dell'affidamento. Per quanto emerge dai verbali, in gara pervennero n. 2 offerte valide, tra cui quella dell'*incumbent*.

- Con determinazione dirigenziale del Servizio Patrimonio n. 818 del 18.04.2014 furono approvati i verbali di gara e dichiarata l'aggiudicazione alla Soc. Coop. - omissis -, che aveva offerto il canone annuo di 12.500 Euro;

- Con contratto Rep. n. 90 del 23.12.2014 furono disciplinati i rapporti tra Comune e Coop. - omissis - per la gestione dei bagni per la durata di anni 5. Il contratto non prevedeva penali per inadempimento né clausole risolutive espresse, ma soltanto la decadenza del contratto in caso di mancata rettifica, nei termini prescritti, delle situazioni di inadempimento contestate dal Comune.

- Con determinazione dirigenziale del Servizio Patrimonio n. 32 del 09/01/2020, a seguito della scadenza della gestione del servizio da parte della Coop. - omissis - fissata al 31/12/2019, nelle more dell'indizione di una nuova gara si dispose di prorogare "ai sensi dell'art.106, comma 11 del d.lgs. n.50/2016", l'affidamento dell'area inerente i bagni de - omissis -, ovvero dal 01.01.2020 al 30.06.2020 ed alle medesime condizioni di cui al contratto Rep. n. 90 del 23/12/2014, alla Cooperativa medesima;



- Con determinazione dirigenziale del Servizio Patrimonio n. 1709 del 23/06/2020 fu adottata apposita determinazione a contrarre, per una nuova gara avente ad oggetto la concessione della gestione dell'area - omissis - da aggiudicare mediante procedura aperta ai sensi degli artt. 60 e art. 164 del d.lgs. 50/2016, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; la concessione comprende la riqualificazione iniziale del complesso e la successiva manutenzione ordinaria e straordinaria, custodia, pulizia e sfruttamento economico mediante lo svolgimento delle attività proprie a prezzi determinati in convenzione e di quelle connesse e compatibili.
 - In data 25/06/2020 il bando, completo dei suoi allegati, fu pubblicato sul sito istituzionale del Comune di - omissis -, con termine di ricezione delle offerte fissato al 4.09.2020, poi differito al 24.09.2020; il valore stimato della concessione del servizio per 10 anni era stimato pari ad Euro 1.742.500,00 oltre IVA. La documentazione a base di gara comprendeva anche uno schema di sistemazione fisica dell'area, in base al quale i concorrenti erano chiamati a presentare delle proposte migliorative.
 - A bando scaduto (avevano presentato domanda quattro operatori economici) con nota prot. 94972 del 17/11/2020 il Dirigente del competente Servizio 6 - Edilizia Urbanistica, Patrimonio e Demanio Comunale, rilevava la presenza nel bando di alcune criticità tali da poter determinare l'illegittimità dell'atto, ed in particolare: 1) l'attribuzione, all'articolo 14 del Bando, di un peso all'offerta economica pari a quello attribuito all'offerta tecnica; 2) l'inserimento in un'unica busta sia dell'offerta economica che dell'offerta tecnica, previsto all'art. 12 del Bando, in contrasto con consolidato indirizzo giurisprudenziale; 3) la mancata considerazione dei vincoli culturali e paesaggistici gravanti sull'area. In particolare, tale ultima criticità, che sarebbe venuta alla luce a seguito dell'intervento della Soprintendenza archeologica, imporrebbe ora al Comune una radicale revisione del piano di intervento sull'area inizialmente ipotizzato e posto a base di gara.
 - Pertanto con Determinazione dirigenziale n. 3773 del 24/11/2020 si disponeva l'interruzione della procedura di affidamento e il rinvio della pubblicazione di un nuovo bando all'esito della conferenza di servizi preliminare sul progetto di fattibilità ancora da redigere, tenendo conto delle verifiche sulla compatibilità paesaggistica delle opere esistenti.
- Dalla scadenza dell'ultimo rinnovo nel settembre 2020, l'impianto è rimasto chiuso, avendo provveduto il Comune a riprendere il possesso dell'area riconsegnata dalla Cooperativa - omissis-.

Ritenuto in diritto

Si riportano di seguito le considerazioni formulate in sede di risultanze istruttorie (nota ANAC del 24.03.2021) integrate con le valutazioni finali di quest'Autorità in esito alle controdeduzioni acquisite presso il Comune di - omissis - (registrate al prot. ANAC n. 33565/2021) e la Cooperativa - omissis - (prot. Anac n. 40655/2021), che vengono parimenti richiamate nel testo.

Occorre far presente che le controdeduzioni del Comune attengono esclusivamente al periodo successivo al 2019, allorquando è entrata in carica l'attuale Amministrazione e la nuova Dirigenza degli Uffici tecnici. In relazione alla fase precedente, quindi, non è stata prodotta alcuna memoria difensiva.

Si precisa preliminarmente che, in merito all'ipotesi, prospettata nella CRI, di una possibile violazione delle disposizioni di cui alla legge n. 323/2000 sulla promozione del termalismo, il Comune ha replicato che l'impianto non è soggetto alla norma citata, trattandosi di una risorsa termale non avente riconosciuta efficacia terapeutica ed utilizzata esclusivamente a scopo ricreativo. L'Autorità prende atto.

1. Sulla prolungata gestione da parte della Cooperativa - omissis - nel periodo 1998-2014

Nel complesso, dopo l'iniziale procedura selettiva qualificata come "gara informale" aggiudicata nel luglio 1998 (dalla documentazione acquisita, però, non è dato di conoscere le modalità di pubblicazione dell'avviso, il numero di imprese invitate a partecipare e il valore dell'affidamento, che non risulta indicato nell'avviso né nella lettera d'invito) la gestione dell'impianto della - omissis - è stata affidata continuativamente allo stesso operatore economico in assenza di alcun confronto concorrenziale, in virtù di:

1. ripetuti atti di rinnovazione/proroga dei termini contrattuali, il primo (set. 1999) nell'ambito di un rinnovo fondato su una modifica sostanziale delle condizioni economiche della concessione, gli altri (ago. 2002 e gen. 2006) qualificati come "proroghe tecniche";
2. un accordo transattivo che ha differito il termine contrattuale di 3 anni (giu. 2004), i cui presupposti non sono stati adeguatamente documentati negli atti trasmessi dal Comune;
3. due affidamenti diretti (mag. 2011; feb. 2013) motivati da "ragioni di urgenza" riferite alla necessità, scaduto il precedente contratto, di garantire la custodia e manutenzione dell'impianto in attesa dell'espletamento di gara pubblica;
4. il rinnovo tacito del contratto in essere per il periodo 2007-2011;
5. un contratto di subaffidamento integrale del servizio di gestione dell'area (lug. 2011- feb. 2013).

Occorre preliminarmente evidenziare che l'affidamento in oggetto, ancorché qualificato negli atti come appalto di servizi di manutenzione e gestione, sembra configurare in effetti una concessione di servizi, essendo il servizio sostanzialmente remunerato dai biglietti di ingresso, con conseguente trasferimento del rischio di gestione sull'operatore.

Per quanto la concessione di servizi sia stata a lungo esclusa dall'applicazione delle direttive comunitarie, si ritiene che la sottrazione del servizio *de qua* alla concorrenza di mercato per gran parte del periodo anzidetto non sia in linea con la normativa nazionale e comunitaria in materia di contratti pubblici, come evolutasi nel tempo.

Nel diritto comunitario, infatti, da tempo è stato chiarito che le concessioni di servizi, anche nel lungo periodo (precedente al 2014) di esclusione dalla disciplina delle direttive sui contratti pubblici, *"nella misura in cui si configurano come atti dello Stato aventi per oggetto prestazioni di attività economiche o forniture di beni, [...] sono soggette alle norme conferenti del Trattato e ai principi sanciti in materia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea"* (vd. Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario pubblicata nella GUCE del 29.04.2000, richiamata dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, del 01.03.2002 n. 3944, concernente "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori"). Ne consegue, quindi, che *"nel sistema comunitario il ricorso alla scelta diretta del concessionario, in deroga ai principi fin qui esposti, costituisce evenienza eccezionale, giustificabile solo in caso di specifiche ragioni tecniche ed economiche che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto. Le stesse considerazioni sono estensibili all'ipotesi di proroga delle concessioni già rese, essendo nota l'equiparazione sancita dal diritto comunitario tra il rilascio di nuova concessione e proroga della concessione in scadenza"*.

Stando alla Circolare PCM- Dipartimento per le politiche comunitarie del 6 giugno 2002, n. 8756 ("Normativa applicabile agli appalti pubblici "sottosoglia"), poi, anche negli appalti e nelle concessioni che sfuggono all'applicazione delle direttive UE, come quelli di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, l'obbligo di osservare le norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e i principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza, osta al ricorso all'affidamento diretto [e conseguentemente alla proroga] dei contratti esistenti.

Relativamente ai contratti di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, nella normativa interna l'obbligo di seguire procedure competitive discendeva, oltre che dal sovraordinato diritto comunitario, dai principi generali della contabilità pubblica (artt. 3 e 6 del R.D. n. 2440/1923 e art. 41 del R.D. 827/1924), che consentivano l'adozione della trattativa privata solo al ricorrere di "speciali ed eccezionali circostanze" prime fra tutte quelle riferite all'urgenza.

Sotto questo punto di vista va peraltro evidenziato che anche i rinnovi contrattuali accompagnati da una significativa revisione delle condizioni economiche del contratto, dando luogo ad un affidamento nuovo e diverso, devono considerarsi alla stregua di una vera e propria trattativa privata in spregio dei principi di libera concorrenza imposti dalle regole dell'evidenza pubblica e fuori dai casi dai casi eccezionalmente e tassativamente previsti dalla legge (così Cons. St., sez. V, 13 novembre 2002, n. 6231; Cons. St., sez. III, 28 febbraio 2014, n. 923, e i precedenti ivi richiamati; di recente Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1036); ponendosi, peraltro, al di fuori dei canoni fissati per il rinnovo dall'art. 44 della l. 724/1994, ad integrazione dell'art. 6 della l. 537/1993, applicabile *ratione temporis*.

Pertanto, si ritiene che gli affidamenti operati dal Comune di - omissis - senza un pur minimo confronto concorrenziale dopo l'anno 2000, allorché si affermò l'accezione *contrattualistica* della concessione, tendenzialmente assoggetta alla regola (ancorché attenuata) dell'evidenza pubblica, siano in contrasto con i principi del diritto comunitario sopra richiamati. Inoltre, sia per quanto riguarda gli affidamenti diretti che le "proroghe tecniche" concesse dall'ente, si rileva che l'adozione di procedure derogatorie dell'evidenza pubblica motivata con l'urgenza di evitare l'interruzione del servizio alla scadenza del precedente contratto non è ammessa laddove sia imputabile alla stessa SA il ritardo nel predisporre e/o espletare tempestivamente la nuova procedura di gara. Nel caso in questione, atteso che sin dal 1998 il Comune aveva fatto ricorso a procedure informali al fine dichiarato di affidare un contratto-ponte "nelle more dell'affidamento di gara pubblica", invocare nel tempo le medesime motivazioni per giustificare reiterati affidamenti diretti e proroghe contrattuali senza che nel frattempo sia stata indetta alcuna gara pubblica rivela, quanto meno, inefficienze gestionali e carenza di programmazione da parte dell'ente (vd. Comunicato ANAC 18.11.2015).

Quanto agli affidamenti adottati nel luglio 2011 in favore della Società S. - omissis - Srl e nel febbraio 2013 in favore della Coop. - omissis -, si rileva che l'affidamento diretto di concessioni di servizi non risulta conforme all'art. 30 del d.lgs. 163/2006, vigente a quel tempo, che prevede l'esperimento di gara informale tra almeno 5 concorrenti.

Per quanto riguarda il prolungamento di fatto del rapporto contrattuale con la Cooperativa - omissis - per il periodo 2007-2011 senza che risultino atti formali di affidamento o di proroga/rinnovo dei contratti esistenti, esso appare ascrivibile alla fattispecie del "rinnovo tacito" per la quale sussiste espresso divieto nell'ordinamento interno (vd. art. 6 della l. 537/1993, come modificato dall'art. 23 della l. 62/05, e art. 57, comma 7, d.lgs. 163/2006) e comunitario.

Vale evidenziare che a conclusioni non diverse si perverrebbe intendendo l'affidamento in questione come concessione di bene demaniale anziché di servizio - secondo un'interpretazione, peraltro, mai adottata dal Comune di - omissis - nel corso degli anni - stante la pacifica necessità che tali affidamenti siano soggetti all'obbligo di procedure competitive.

Infine, occorre rimarcare che in tutto il periodo considerato (1998-2014) l'affidamento della gestione del sito alla cooperativa - omissis - ha comportato la devoluzione al privato di ogni utilità per lo sfruttamento economico della risorsa che il Comune di - omissis - aveva ricevuto in concessione dallo Stato, senza che in favore dell'Amministrazione sub-concedente fosse prevista la corresponsione di alcun canone.

Sotto questo profilo, se da un lato rileva che, per effetto dell'affidamento del 1998 inizialmente la redditività della gestione privata del servizio non poteva che essere modesta, in quanto si fondava esclusivamente sulla tariffa del parcheggio, essendo improntata alla scelta politica di garantire la fruizione gratuita del bene alla cittadinanza; nondimeno diversi indizi concorrono ad evidenziare, nel tempo, un'azione amministrativa non orientata all'obiettivo di massimizzare l'efficienza:

- la scarsa concorrenzialità della procedura di affidamento iniziale risultava, con tutta evidenza, inidonea a spuntare le condizioni più vantaggiose per l'amministrazione;
- la concessione è rimasta "gratuita" per il gestore del servizio anche quando la revisione contrattuale del 1999-2000 (introducendo, senza confronto concorrenziale, il biglietto d'ingresso biorario e il sovrapprezzo per l'accesso serale) ha aumentato considerevolmente la redditività della gestione, con la conseguenza che l'aumento del costo del servizio per l'utenza è stato incamerato totalmente dal gestore;
- per quanto documentato in atti, sin dal principio la mancata previsione di un canone di concessione non pare suffragata da analisi economiche sulla corrispettività tra i servizi prestati dal privato e gli introiti dallo stesso percepiti (stimati inizialmente in euro 73 milioni di lire annui);
- la rilevanza economica del servizio è stata esplicitata tardivamente solo in occasione dell'apertura del servizio alla concorrenza prima con la gara del 2014, allorquando fu istituito un canone concessorio di 12.500 Euro oltre IVA, e poi col revocato bando di gara del 2020, ove il valore economico della prestazione fu infine stimato in Euro 1.742.500.

Tutto ciò sembra evidenziare che la modalità di gestione attuata nel periodo 1998-2014 abbia causato un mancato introito all'erario comunale, in misura stimabile con precisione solo in esito ad una procedura realmente concorrenziale.

Il mancato espletamento di procedure competitive, oltre ad aver sacrificato i possibili vantaggi – in termini di rapporto costi-risultati – conseguibili dal mercato in regime di libera concorrenza, può aver altresì determinato la violazione degli obblighi contributivi nei confronti dell'ANAC.

2. Sul contratto di subaffidamento tra Società S. - omissis - srl e Cooperativa - omissis - (luglio 2011)

Per quanto attiene al subaffidamento integrale della gestione dell'impianto alla Cooperativa - omissis - – in data 1.07.2011 – da parte dell'affidataria Società S. - omissis - srl, in sede di CRI l'Autorità ha rilevato la possibile violazione dell'art. 118, comma 1, del d.lgs. 163/2006, ove è fissata nel 30% del valore del contratto la quota massima subappaltabile; tenuto conto che tale subcommessa era caratterizzata dalla devoluzione alla Cooperativa della quasi totalità degli introiti ricavabili dalla gestione dell'impianto.

Nella propria memoria di controdeduzioni, acquisita al protocollo ANAC n. 40655 del 19.05.2021, la Cooperativa ha dichiarato che l'area affidata in concessione alla Società S. - omissis - era molto più grande comprendendo l'intero polo termale di - omissis - , di cui il sito della - omissis - costituiva una porzione del tutto marginale.

Come già detto, il Comune di - omissis - dopo due anni revocò tale affidamento a causa della totale inadempienza di Società S. - omissis - / A. - omissis - spa, che contro tale provvedimento presentò ricorso al giudice amministrativo, ricorso respinto sia in primo grado che in appello. Precisa la Cooperativa che nell'ampio contezioso instauratosi, *"la Cooperativa ha sempre mantenuto direttamente e/o indirettamente il possesso e la gestione del sito termale della - omissis - non avendo il "contratto di appalto" sottoscritto con la Società S. - omissis - mai effettivamente spiegato i suoi effetti a causa dell'iniziale e perdurante inadempimento da parte del committente delle obbligazioni lì assunte.*



Di fatto, la Cooperativa, in tale periodo, ha gestito quasi in piena autonomia il sito termale anche di fronte alle pesanti interferenze da parte della Società S. - omissis - mantenendo ininterrottamente dal 1998 il possesso (a vario titolo) del sito - omissis -".

Alla luce di tale risposta decadono i precedenti rilievi circa l'ipotesi di subappalto abusivo della commessa, venendo invece confermate e rafforzate le perplessità esplicitate nel paragrafo soprastante in ordine alla proroga reiterata, anche in forma tacita, del rapporto tra Comune di - omissis - e Coop. - omissis - .

3. Sulla procedura aperta indetta nel 2014.

Nella scarna documentazione trasmessa all'Autorità (determina di affidamento n. 818/2014, contratto Rep. n. 90/2014) non vi è alcuna indicazione sul valore stimato della concessione, essendo precisato unicamente l'importo minimo del canone di concessione rispetto al quale si chiedeva di presentare offerte al rialzo. Ciò induce a ritenere che anche in sede di gara, in analogia con i precedenti affidamenti, non sia stata fornita ai concorrenti completa informazione circa gli aspetti economici del servizio.

Premesso che per il calcolo del valore di una concessione la stazione appaltante deve considerare la totalità dei ricavi provenienti dalla gestione economica del servizio, la carente o erronea individuazione negli atti a base di gara dell'importo della prestazione può riflettersi in vario modo sulla regolarità della procedura, con particolare riguardo al grado di pubblicità conferito alla competizione, alla quantificazione delle cauzioni in garanzia e del contributo all'Autorità, nonché ai requisiti richiesti ai concorrenti, fattori che potrebbero non essere correttamente proporzionati rispetto al valore reale del servizio. A prescindere dagli altri profili, l'assenza di una trasparente e corretta informazione agli operatori economici sul valore effettivo della concessione che la Stazione appaltante intende affidare a terzi incide negativamente sulla concorrenza, anche tramite il grado di partecipazione. Difatti, laddove l'importo stimato del contratto non è rappresentativo della piena utilità economica che può derivare all'impresa dalla gestione del servizio, risulta arduo per gli operatori economici apprezzare il carattere remunerativo del servizio sulla base di tale parametro e quindi formulare "un'offerta economica consapevole".

Nel caso in questione, hanno partecipato alla gara soltanto due operatori economici, di cui uno, l'*incumbent*, essendo a conoscenza del reale valore economico del servizio, ha presentato offerta economica notevolmente più aggressiva dell'altro concorrente.

Inoltre, il contratto Rep. n. 90 del 23.12.2014 appare squilibrato in favore del contraente privato, in quanto, non prevedendo penali per inadempimento né clausole risolutive espresse, risulta formulato in modo da non garantire adeguatamente l'Amministrazione concedente rispetto all'eventualità di prestazioni non conformi.

4. Sul ritardo nell'espletamento di una nuova gara e la revoca del bando del 2020.

Nella Comunicazione di risultanze istruttorie l'Autorità aveva individuato talune criticità nella condotta della stazione appaltante anche in ordine alla gara bandita nel 2020, in base alla deduzione (poi rivelatasi erronea) che i ritardi nell'espletamento della nuova gara avessero determinato il prolungamento ad oltranza del rapporto contrattuale con la medesima Cooperativa, mediante il richiamo alla figura della proroga tecnica.

Si contestavano altresì le motivazioni addotte per l'annullamento della gara, sostenendo che i difetti rilevati nel bando e negli atti di gara considerati impeditivi alla prosecuzione della procedura (1. eguale ponderazione dell'offerta economica e dell'offerta tecnica; 2. richiesta di inserimento in

un'unica busta dell'offerta economica e di quella tecnica; 3. mancata considerazione dei vincoli culturali e paesaggistici gravanti sull'area) costituissero errori non scusabili alla luce de: i) la consolidata elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale relativa ai punti 1 e 2; ii) per quanto attiene al punto 3, la necessità che l'esistenza di eventuali vincoli paesaggistici o culturali fosse sottoposta ad approfondita istruttoria prima della pubblicazione del bando.

Nella memoria di controdeduzioni, tuttavia, la Stazione appaltante ha chiarito che dopo la proroga di sei mesi accordata con delibera n. 32 del 9.01.2020, il contratto non è stato ulteriormente prorogato ed il Comune ha chiesto la riconsegna dell'area, che si è perfezionata con verbale di consegna in data 25.01.2021; precisando che allo stato il complesso era chiuso per il fermo dovuto all'emergenza sanitaria e, alla fine della fase emergenziale, il Comune avrebbe provveduto a riavviare l'attività mediante una gestione in amministrazione diretta, sino all'aggiudicazione di nuova gara.

Per quanto attiene alla citata proroga semestrale, essa sarebbe motivata dalla circostanza che la nuova Amministrazione era entrata in carica in prossimità della scadenza del contratto, ritrovandosi quindi nella urgenza, per l'affidamento del servizio, di celebrare una gara pubblica non tempestivamente programmata. Essa aveva proceduto, perciò, ad impostare il bando sulla falsariga di quello del 2014.

Solo a gara avviata, poi, il Comune avrebbe ricevuto dalla Soprintendenza competente la conferma dell'esistenza sull'area di un vincolo dichiarativo ai sensi della legge 1089/1939, che non risultava dagli atti in possesso dall'Ente e si opponeva all'espletamento della prestazione come dedotta nel bando pubblicato.

Tutto ciò considerato, visto che la condotta della nuova Amministrazione comunale è stata comunque orientata all'obiettivo di interrompere il regime di *prorogatio* della precedente gestione e ad aggiudicare tempestivamente una gara pubblica, visto altresì che l'annullamento della gara del 2020 non sembra aver determinato una sospensione del servizio ulteriore rispetto a quella che sarebbe stata comunque disposta in attuazione delle misure anti-Covid nè altre conseguenze pregiudizievoli per l'Ente, si ritiene che riguardo ai profili in argomento possano essere accolte in larga parte le controdeduzioni del Comune di - omissis - .

Devono tuttavia confermarsi i rilievi circa gli errori riscontrati nell'impostazione del bando di gara. Si ribadisce, in particolare, l'esigenza che ogni progetto modificativo dello stato dei luoghi, prima di costituire obbligazioni giuridicamente vincolanti per la stazione appaltante, sia fondato su un'approfondita istruttoria sulle condizioni del contesto fattuale e normativo, esigenza che trova espressione negli artt. 14 e 15 del d.p.r. 207/2010¹, tuttora vigenti. Ciò considerato si ritiene che il Comune di - omissis - nel redigere i documenti a base di gara, non poteva ignorare l'esistenza dei vincoli monumentali gravanti sull'area.

Tutto ciò considerato e ritenuto

¹ In base all'art. 14 del d.p.r. 207/2010 "Qualora lo studio di fattibilità è posto a base di gara" (...) esso deve comprendere la "verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento". Ai sensi dell'art. 15 in via propedeutica all'affidamento della progettazione di lavori, il responsabile del procedimento fornisce indicazioni sui "...vincoli di legge relativi al contesto in cui l'intervento è previsto".



DELIBERA

- 1.- il Comune di - omissis - ha affidato il servizio di gestione dei Bagni della - omissis - con rinnovi reiterati ed affidamenti diretti al di fuori delle ipotesi previste dalla normativa vigente in materia, determinando l'indebita sottrazione del contratto al regime della concorrenza per molti anni, con le relative conseguenze a danno dell'erario comunale;
- 2.- la gara bandita nel 2014 per l'affidamento del servizio non appare del tutto conforme ai principi di trasparenza e concorrenza non essendo indicato nella *lex specialis* il corrispettivo stimato del servizio in concessione;
- 3.- il bando di gara del 2020 presenta vizi riconducibili ad una valutazione superficiale del quadro normativo di riferimento, con particolare riguardo all'esistenza di vincoli urbanistici;
- 4.- di prendere atto delle attività poste in essere dalla Amministrazione comunale per il riavvio della funzionalità dell'impianto e, sul punto, si chiede alla stessa di voler fornire tempestivi aggiornamenti in ordine agli sviluppi della procedura di gara in via di espletamento;
- 5.- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera al Comune di - omissis - nella persona del Responsabile del procedimento.

Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 settembre 2021

Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente