



Autorità Nazionale Anticorruzione

Deliberazione n. 108 del 28 ottobre 2015

Fasc. 443/2015

Oggetto: Piattaforma ecologica calata oli minerali.

Stazione appaltante: Autorità Portuale di Genova

Esponente: Anonimo

Importo Lavori a b.a.: € 9.688.221,67

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 ottobre 2015;

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 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;
Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori, per l'invio delle Comunicazioni Risultanze Istruttorie,
Vista la relazione alle controdeduzioni dell'Ufficio Vigilanza Lavori,

Premesse

Sono state segnalate, con l'invio di alcuni documenti di gara, acquisiti al protocollo di questa Autorità al n. 6099 del 22.01.2015, irregolarità della procedura, essendo stato posto a base di gara un progetto esecutivo carente, rimettendo la progettazione degli impianti all'impresa aggiudicataria.

È stato evidenziato, inoltre, come la gara sia stata vinta da una ditta di Genova, già operante per l'Autorità Portuale con un ribasso insostenibile (31,87%).

Con nota prot. 14980 del 11.2.2015 è stato avviato il procedimento istruttorio con richiesta di informazioni alla Stazione Appaltante.

Dall'analisi dell'intera documentazione sopraggiunta -in risposta all'apertura di istruttoria (Fasc. 443-2015, prot. 30076 del 16.3.2015 e prot. 56006 del 6.5.2015), e dalle controdeduzioni sulle considerazioni esposte nella CRI (prot. 85147 del 3.7.2015), da parte dell'Autorità Portuale di Genova (prot. 95014 del 24.7.2015) e da parte della Santoro Giuseppe srl (prot. 97861 del 31.7.2015), partecipante alla gara nonché concessionario di un'area demaniale sita nel porto di Genova- è emerso quanto di seguito si riporta.

Considerato in fatto

Con decreto del Presidente n. 668 del 29.7.2014 l'Autorità Portuale di Genova ha approvato il progetto esecutivo della "piattaforma ecologica calata oli minerali" per complessivi € 11.000.000,00 e ha determinato di bandire una procedura ristretta «secondo la tipologia di cui all'art. 53 comma 2 lett. a) del D.Lgs. 163/06 e secondo il criterio di aggiudicazione del massimo ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara di cui all'art. 82 lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006».

Dal verbale di prequalifica del 13.10.2014 è emerso che hanno richiesto di partecipare alla gara 9 operatori economici. Con lettera d'invito del 15.10.2014 sono stati invitati senza esclusioni tutti gli operatori stabilendo come termine ultimo di presentazione delle offerte il 24.11.2014.

Con decreto del Presidente n. 951 del 18.11.2014, «ravvisata l'opportunità di affidare le operazioni di gara ad un seggio monocratico», è stato affidato l'incarico di espletamento delle operazioni di gara all'avv. Antonella Traverso del Servizio Legale dell'Ente.

Dal verbale di gara del 12.12.2014 è emerso che dei 9 operatori economici invitati, 6 hanno presentato offerta nei termini previsti, tutti ammessi.

Il seggio di gara ha individuato l'ATI Giuseppe Santoro srl/dott. Carlo Agnese srl quale operatore economico che ha offerto il massimo ribasso, pari a 31,87% e potenziale aggiudicatario.

Essendo intervenuta la procedura istruttoria dell'Autorità i lavori non risultano ancora aggiudicati.

Alla richiesta di informazioni in merito a chiarimenti sull'indizione della gara di sola esecuzione con un progetto, a base della stessa, non propriamente definibile esecutivo, il RP, ing. A. Pieracci, ha dichiarato che «la progettazione posta a base di gara è riferibile ad un livello esecutivo come del resto verificato a termini di legge dal soggetto verificatore Ing. Marco Vaccari di questa Autorità e, conseguentemente, validato, come prevede la normativa di settore, dallo scrivente RUP [...] all'interno del capitolato speciale d'appalto sono presenti in alcune pagine taluni refusi di battitura quali ad esempio l'obbligo dell'appaltatore di redigere la progettazione esecutiva di dettaglio in luogo di particolari costruttivi sempre di dettaglio, stante la dipendenza della definizione di alcuni elementi costruttivi dalla tipologia del prodotto, che può avvenire soltanto a valle della messa a punto del piano di approvvigionamento delle forniture degli apparati e delle dotazioni elettromeccaniche e tecnologiche da parte dell'impresa aggiudicataria. A tale proposito infatti i progettisti non potevano di certo indicare uno specifico modello o ditta produttrice/fornitrice degli apparati e delle dotazioni sopra menzionati, potendosi limitare a fornire i requisiti prestazionali e le caratteristiche funzionali di detti elementi ed il riferimento alle marcature obbligatorie quali ad esempio quella CE e UNI piuttosto che ISO».

Successivamente il RP ha tenuto a precisare di non aver partecipato in alcun modo alla seduta di gara e che il «funzionario delegato dell'ufficio gare lavori pubblici del servizio legale e gare dell'Ente, è alle dipendenze funzionali del segretario generale Avv. D'Aste».

Ha inoltre sottoposto all'attenzione dell'Autorità alcuni aspetti che hanno richiesto un successivo approfondimento istruttorio, con richiesta di chiarimenti direttamente al Segretario Generale.

Il RP ha infatti riferito di aver rappresentato nel luglio 2014 che «il progetto p. 2932 in argomento è stato elaborato interamente dai progettisti incaricati dalla società concessionaria AOC-Santoro».

Poiché la Giuseppe Santoro srl è risultata l'aggiudicataria provvisoria della procedura in istruttoria si è reso indispensabile richiedere al Segretario Generale chiarimenti in merito alla posizione della concessionaria, specificando l'oggetto della concessione, le modalità di affidamento della stessa, fornendo la necessaria documentazione (in particolare la convenzione) oltre a chiarimenti in merito all'affidamento dell'incarico di progettazione, le procedure espletate e le modalità di pagamento.

Il Segretario Generale dell'APG, ha fornito i chiarimenti richiesti con nota acquisita al protocollo di questa Autorità prot. 56006 del 6.5.2015.

In merito alla AOC srl, il Segretario Generale, ha dichiarato che è società del gruppo Santoro e opera nel settore ecologico del Porto di Genova. Risulta che la AOC srl ha tra le proprie attività la gestione delle piattaforme ecologiche per la cernita differenziata, il trattamento e/o smaltimento di rifiuti.

In un quadro generale di lavorazioni che si stanno realizzando nell'area portuale per ottimizzare le funzionalità di tipo ecologico a servizio di tutta la realtà portuale, l'avv. D'Aste ha specificato che «AOC - Santoro ha in corso un procedimento di ricollocazione della sua attività nella Piattaforma Ecologica, muovendo da altre aree del Porto stesso. In particolare AOC - Santoro è titolare di concessione demaniale marittima per circa mq 5000 in detta area con scadenza 2020, nonché atto suppletivo di

concessione demaniale marittima. Nel 2012 la Concessionaria AOC - Santoro ha presentato istanza di estensione dell'area in concessione per ulteriori mq 6000 circa e di estensione temporale per 28 anni. Detta istanza è stata processata dall'Autorità Portuale secondo le procedure demaniali in vigore, ex artt. 36 e 18 Regolamento Codice della Navigazione con pubblicazione per l'eventuale presentazione di domande concorrenti e/o opposizioni. In detta istanza AOC — Santoro ha richiamato il Piano di Impresa già sottoposto all'Autorità Portuale contenente il suo impegno a realizzare ulteriori impianti e opere rispetto a quelle oggetto della gara indetta dall'Autorità Portuale. Nel termine assegnato non sono state presentate istanze concorrenti e/o osservazioni così che l'Autorità Portuale è pronta al rilascio del titolo in estensione (si è solo in attesa della fine dei cantieri relativi ad altri lavori che si trovano nell'area oggetto della concessione). AOC - Santoro sarà pertanto titolata alla gestione pluriennale della Piattaforma Ecologica per mezzo di concessione demaniale».

Ha sostenuto, inoltre, che vi è «un accordo sottoscritto tra l'Autorità Portuale di Genova e Giuseppe Santoro S.r.l. il 20 aprile 2007 laddove, al punto 6, è previsto che: "Autorità Portuale di Genova si impegna a porre in essere tutti gli atti necessari per assentire direttamente in concessione alla Società Giuseppe Santoro - in sito diverso da quello attuale — le aree e gli specchi acquei necessari al mantenimento delle attività di stoccaggio e trattamento rifiuti fino all'effettivo trasferimento delle stesse presso la Calata Olii Minerali"».

In merito alla messa a disposizione del progetto da parte di AOC- Santoro, ha aggiunto che «AOC — Santoro ha quindi messo a disposizione di Autorità Portuale di Genova il progetto esecutivo relativo alle opere in questione tenuto conto che l'intervento è inscindibilmente connesso con opere e impianti che AOC — Santoro ha assunto l'obbligo di realizzare con il programma di attività richiamato nell'istanza di estensione spaziale e di proroga da ultimo presentata. Opere e impianti che lo stesso Concessionario andrà a gestire e che sono caratterizzate da specificità del settore e delle tecnologie applicate».

Ricostruendo i fatti, dalla documentazione sopraggiunta è risultato quanto segue.

Dalla relazione istruttoria n.236 del 10.2.2004 allegata alla deliberazione della Regione Liguria n. 256 del 24.3.2004 si evince un rapporto costante dell'Autorità Portuale di Genova con la società AOC- Santoro. Infatti nella relazione del 2004 si legge «Il progetto in esame prevede la realizzazione di una darsena di forma trapezoidale da realizzarsi a levante dell'attuale Calata Oli Minerali. [...] In tale darsena verranno ricollocati gli impianti AOC e Santoro e quindi verrà creata una piattaforma ecologica.

Infine per quanto attiene il terminal olii vegetale si prevede: [...] la creazione di un corridoio di transito per l'accesso all'edificio che verrà dato in uso alla AOC- Santoro. [...] la creazione di un nuovo gruppo di 19 serbatoi in area pentagono a compenso del serbatoio (11.500 m³) ceduto da SAAR ad AOC- Santoro. [...] la soc. Santoro esegue operazioni derivanti dalla raccolta e stoccaggio dei rifiuti assimilati e non pericolosi o pericolosi provenienti da bordo e dalle attività di terra».

Con atto pluriennale di concessione demaniale marittima, reg. n. 749, rep. n. 3275 del 17.1.2005 l'Autorità portuale di Genova ha concesso alla AOC srl «la temporanea occupazione e l'uso del compendio demaniale marittimo di complessivi mq 6818 ubicati a Calata Oli Minerali per svolgervi attività di stoccaggio di rifiuti liquidi da nave, a decorrere dal 1° gennaio 2004 a tutto il 31 dicembre 2020, verso il pagamento del canone annuo» di euro 31.653,00.

Tale concessione demaniale è stata concessa secondo le procedure dell'art. 36 del Codice della Navigazione.

Con atto suppletivo di concessione demaniale marittima, reg. n. 917, rep. n. 7769 del 6.11.2012 l'Autorità portuale di Genova si è impegnata a concedere alla AOC srl «ulteriori mq 6000 circa e di estensione temporale per 28 anni».

Da una nota della AOC srl all'Autorità Portuale del 16.5.2013 si apprende che la AOC srl e Giuseppe Santoro srl, oltre ad essere strettamente connesse come società, hanno due diverse concessioni

demaniali con le quali svolgono attività di gestione di stoccaggio (AOC srl) oltre che di raccolta (Giuseppe Santoro) e hanno presentato il progetto all'APG per velocizzare la tempistica e ridurre l'aggravio di costi sostenuti dall'azienda per assicurare i servizi di cui sono concessionari.

Dal verbale di verifica del progetto del 11.12.2013 si ha conferma che i progettisti sono stati incaricati da AOC srl.

Dalla nota della AOC srl (prot. DDM 076/14 del 1.7.2014) a firma dell'amministratore unico, Matteo Santoro, indirizzata al Segretario Generale dell'Autorità Portuale di Genova è emersa una comunicazione di precisazione in cui la AOC srl ha chiarito che i costi di progettazione sono a proprio carico; infatti, è leggibile: «i costi della progettazione integrata sia per le opere a nostro carico che per quelle che saranno finanziate dall'Autorità Portuale di Genova, sono stati sostenuti dalla scrivente e non verranno addebitati a codesta Autorità Portuale».

Dalla nota dell'Autorità Portuale di Genova (prot. 14373 del 2.7.2014 a firma del Segretario Generale) indirizzata alla AOC srl è emerso che vengono chieste rassicurazioni in merito alla non divulgazione del progetto, con espresse rassicurazioni avvenute con nota prot. DDM032/14 del 2.7.2014.

Da una nota interna dell'Autorità Portuale di Genova a firma del RP (prot. 580 del 9.7.2014) è emerso che lo stesso era a conoscenza del fatto che il progetto è stato interamente elaborato dai progettisti incaricati dal Concessionario.

Ritenuto in diritto

Dalla disamina di tutta la documentazione sopraggiunta ne risulta che sia la società AOC srl che la società Santoro srl hanno una concessione demaniale marittima su aree ricadenti nell'ambito del porto di Genova, sulle quali svolgono un servizio di stoccaggio di rifiuti provenienti da navi.

Da una visura camerale è risultato, oltre quanto dichiarato dall'avv. D'aste, che le due società possono definirsi sostanzialmente "gemelle" con gli stessi soci e lo stesso amministratore unico.

A seguito di uno spostamento, necessario per lavorazioni da eseguirsi nell'area demaniale concessa alla Giuseppe Santoro srl che provoca un aggravio dei costi sostenuti dall'azienda per assicurare il servizio, la AOC srl, in qualità di concessionario dell'area di Calata Oli Minerali, ha proposto all'Autorità Portuale di Genova di sostenere i costi di progettazione della piattaforma ecologica, da eseguirsi sull'area con fondi pubblici.

Tutto ciò al fine di ridurre l'iter procedurale della progettazione e il ricollocamento della Giuseppe Santoro per un regolare funzionamento dell'impianto portuale di stoccaggio rifiuti.

A seguito dell'approvazione da parte dell'Autorità Portuale del progetto esecutivo, fornito dalla AOC srl, è stata bandita la gara per l'esecuzione dei lavori tramite procedura ristretta con il criterio del prezzo più basso.

All'esito della gara, ad oggi sospeso, risulta come migliore offerta quella della Giuseppe Santoro srl.

Ne emerge dunque che, le procedure svolte dall'Autorità Portuale di Genova presentano elementi di criticità in merito:

1. alla procedura di affidamento di concessione di servizi e/o appalto di servizi di raccolta e stoccaggio rifiuti;
2. all'accettazione della messa a disposizione del progetto esecutivo della piattaforma ecologica di Calata Oli Minerali da parte di AOC- Santoro;
3. alla probabile violazione dell'art. 90 co. 8 del d.lgs. 163/2006.

Un primo rilievo è legato alla procedura di ottenimento della concessione demaniale marittima da parte della AOC srl.

Si rileva innanzitutto che la concessione di cui sopra, concessa ai sensi dell'art. 36 del Codice della Navigazione (R.D. 30 marzo 1942, n. 327), non esaurisce i suoi effetti nella sola occupazione e uso dell'area, ma è strettamente collegata allo svolgimento di un servizio che l'Autorità Portuale dovrebbe svolgere attraverso l'affidamento di appalto o concessione di servizi, da affidare attraverso procedure di evidenza pubblica secondo le disposizioni del d.lgs. 163/2006.

Infatti dal piano di gestione per la raccolta dei rifiuti prodotto dalle navi e dei residui del carico redatto nel giugno 2012 dall'Autorità Portuale di Genova, ai sensi del d.lgs. 182 del 2003, emerge chiaramente (cfr. punto 2.2) che la società AOC srl svolge servizio di gestione impianto di stoccaggio e trattamento rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi di proprietà demaniale, mentre la Giuseppe Santoro srl svolge oltre al servizio di stoccaggio anche quello di raccolta mediante imbarcazioni e mezzi di proprietà.

Ci troviamo di fronte a due tipologie di servizi diversi, uno di solo stoccaggio su aree di proprietà demaniali sulle quali si stanno implementando gli impianti con opere progettuali di riassetto territoriale e l'altro di raccolta e stoccaggio di rifiuti.

Per quanto attiene il servizio di raccolta e stoccaggio svolto dalla Giuseppe Santoro srl si ritiene che rientri tra i servizi ecologici da affidare in concessione con gara pubblica.

Infatti l'art. 6 co. 5 della legge 84/1994 (legge di riordino in materia portuale) stabilisce che l'esercizio «delle attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi generali» (ex art. 6 co. 1 lett. c) l. 84/1994), tra i quali quelli ecologici, siano affidati in concessione con gara pubblica, oltre che nel rispetto dei principi comunitari e dell'art. 3 co. 8 della l. 415/1998 che regola le concessioni di servizi.

Inoltre l'art. 4. co. 5 del d.lgs. 182/2003, che disciplina la materia dei rifiuti in ambito portuale, stabilisce che «l'affidamento dei lavori per la realizzazione degli impianti portuali di raccolta, nonché del servizio di raccolta dei rifiuti, avviene mediante gara ad evidenza pubblica in conformità alla legislazione nazionale e comunitaria vigente».

Si rileva, altresì, che il servizio svolto dalla Giuseppe Santoro srl ha rilevanza economica che giustificerebbe ancor più l'applicazione delle procedure di evidenza pubblica.

Di fatto, invece, non è stata effettuata alcuna procedura per l'affidamento dei servizi, bensì questi ultimi sono svolti dalle società le cui condizioni per lo svolgimento sono assicurate dalla concessione demaniale dell'area necessaria oltretutto autorizzate ex art. 68 Cod. Nav.

In particolare, nel merito, l'Autorità con parere sulla normativa del 15.2.2013 ha precisato che «alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica (e, tra queste, specificamente ricomprese le concessioni demaniali marittime), poiché idonee a fornire una situazione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti (TAR Campania, Napoli, VII, 3828/2009). Infatti, anche nell'assegnazione di un bene demaniale occorre individuare il soggetto maggiormente idoneo a consentire il perseguimento dell'interesse pubblico, garantendo a tutti gli operatori economici una parità di possibilità di accesso all'utilizzazione dei beni demaniali (TAR Napoli, IV, 23 aprile 2010 n. 2085)» ed ha affermato che «si ritiene che la concessione demaniale marittima possa configurare una concessione di servizi quando l'utilizzo del bene demaniale si estrinsechi anche nell'esercizio di un servizio pubblico».

Sulla stessa linea è la sentenza del Consiglio di Stato n. 6488 del 18.12.2012 che sostiene che «individuato un servizio pubblico che possa in astratto avere una rilevanza economica, si impone una verifica in concreto della contendibilità di tale servizio sul mercato avuto riguardo alla specifica realtà locale».

Si ritiene necessario, precisare che il porto è un bene pubblico soggetto al regime delle opere pubbliche ovvero soggiace alle prescrizioni normative del Codice degli appalti (d.lgs.163/2006) oltre che a quelle specialistiche di settore.

La natura pubblica delle opere portuali induce anche a ritenere che il servizio di gestione dei rifiuti sia un servizio pubblico, tra l'altro di indubbia rilevanza economica; «ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla p.a., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della "redditività", anche solo in via potenziale» (Cons. St., sez. V, n. 5097 27 agosto 2009).

Le procedure con cui si è provveduto fino ad ora, e che recentemente hanno visto anche l'estensione temporale della concessione demaniale, non appaiono aver rispettato le regole di evidenza pubblica, con conseguente violazione dell'art. 3 co. 8 della l. 415/1998 all'epoca vigente e dell'attuale art. 30 del d.lgs. 163/2006.

L'APG, nel merito, ha controdedotto, ritenendo che «la procedura seguita [di affidamento della concessione demaniale (n.d.r.)] sia conforme al diritto comunitario ed al diritto demaniale speciale», che sia stata svolta una procedura ad evidenza pubblica e che la concessione demaniale marittima può essere considerata alla stregua di una procedura aperta o procedura ad evidenza pubblica.

Inoltre il segretario generale dell'APG ha sostenuto, nelle controdeduzioni, che «Il "servizio di raccolta", quindi, espressamente menzionato nel citato art. 4, comma 4 D.lgs. 182/2003 è svolto in libera concorrenza, senza che occorra il filtro della gara tra più operatori per andarne ad individuare uno che sia legittimamente titolato a svolgere monolisticamente l'attività» e che «la procedura ad evidenza pubblica prevista dagli artt. 37 cod. nav. e 18 reg. cod. nav. è addirittura aperta a chiunque al contrario di quanto prevede l'art. 30 D.Lgs. 163/2006 che rinvia all'utilizzo di una procedura ristretta con invito a soli cinque operatori economici»

Si precisa al riguardo che, se pur vero che la L. n. 221/2012, all'art. 34, co. 20, può far ritenere legittima anche l'apertura alla libera concorrenza nel rispetto dei principi di parità tra operatori e trasparenza¹, e che sullo stesso orientamento sembra propendere la commissione europea quando individua una concorrenza regolamentata, laddove vi siano più operatori, nella sua proposta di regolamento², vale, tuttavia, sottolineare che i servizi di raccolta e smaltimento di acque reflue e rifiuti rientrano nella categoria 16 -"Eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfezione e servizi analoghi"- dell'allegato IIA del d.p.r. 207/2010 e l'art. 20 del d.lgs. 163/2006, al co. 2, stabilisce che gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del codice degli appalti.

Si ritiene pertanto di precisare che, al momento, sia per i servizi di raccolta che per quelli di stoccaggio sia necessario il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica così come stabilite dal Codice dei contratti, dove la concessione marittima demaniale non viene individuata tra le procedure ad evidenza pubblica.

Sulla stessa questione si è espressa l'ex Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici con Delibera n. 40 del 19.12.2013, indicando anche le modalità per l'indizione e la fissazione dell'importo a base di gara.

Per quanto attiene il servizio di stoccaggio della AOC srl su aree demaniali, affidato attraverso concessione demaniale senza l'espletamento di procedure di evidenza pubblica, si ritiene che - poiché si

¹ L'art. 34, co. 20 della L. 221/2012 conversione, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese (G.U. n. 294 del 18 dicembre 2012, s.o. n. 208) stabilisce che «per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

² Regolamento del parlamento europeo e del consiglio che istituisce un quadro normativo per l'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti, ad oggi non ancora approvato.

stanno realizzando opere pubbliche strettamente finalizzate allo svolgimento del servizio concesso, per il quale l'APG riceve un canone annuo di soli € 32.000,00 a fronte di una spesa di lavori di € 11.000.000,00 - non sia possibile ipotizzare il proseguo di tale concessione.

Pertanto si ritiene che l'affidamento dei luoghi della nuova piattaforma ecologica - che dovrà costruirsi - debba avvenire attraverso l'espletamento di una gara pubblica per l'appalto di un servizio su area demaniale, garantendo così un equo ritorno economico a fronte degli investimenti effettuati per la fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi generali, oltre che garantire la par condicio degli operatori economici che intendono gestire il servizio.

Si ritiene inoltre inammissibile, per mero accordo (cfr. accordo 2007), l'affidamento diretto di tali aree alla AOC- Santoro.

Si precisa, inoltre, che il segretario generale dell'APG ha anche sostenuto che con l'entrata in vigore del nuovo Codice dell'Ambiente (D.Lgs. n. 152/2006) «non fa capo ad Autorità Portuale l'indizione di una procedura di gara per la gestione integrata dei rifiuti, eventualmente inclusi anche quelli portuali, ma compete all'Autorità d'Ambito».

In merito si precisa che il d.lgs 152/06, all'art. 208, co. 16, relativamente alla gestione dei rifiuti prodotti dalle navi, richiama espressamente il d.lgs. n. 182/2003 -che ha dato attuazione alla direttiva 2000/59/CE relativa agli impianti portuali di raccolta per i rifiuti prodotti dalle navi ed i residui del carico- lasciando in capo alle Autorità Portuali le competenze dell'ambito portuale.

Una secondo aspetto è legato all'accettazione della messa a disposizione del progetto esecutivo della piattaforma ecologica di Calata Oli Minerali da parte di AOC- Santoro.

Attraverso il Decreto del Presidente dell'Autorità Portuale di Genova n. 668 del 29.7.2014 si rileva che il progetto è stato redatto da progettisti esterni per conto di AOC srl con l'approvazione di un quadro economico che non riporta gli oneri di progettazione ma solo le spese di progettazione legate all'art. 92 comma 7 bis del d.lgs. 163/2006 (incentivo alla progettazione per i pubblici ufficiali) pari al 1.5% dell'importo dell'appalto, suddivisi in € 152.852,96 oltre ulteriori €12.000,00 per l'assicurazione dei progettisti e verificatore e €20.000,00 per spese per attività tecnico amministrative connesse alla progettazione, di supporto al responsabile del procedimento, e di verifica e validazione per un totale complessivo pari ad € 184.852,96 rientrante nei limiti stabiliti dall'art. 92 del d.lgs. 163/2006.

Quanto sopra sembra attestare l'onerosità delle spese di progettazione sostenute interamente dal concessionario AOC srl.

Tale circostanza potrebbe comportare una possibile richiesta di indennizzo o forma di riconoscimento da parte del privato nei confronti dell'Ente oltre che un ingiustificato arricchimento da parte di quest'ultimo.

Nel dettaglio, sussiste "arricchimento" nel caso in cui venga conseguita una qualunque utilità economica a danno di un altro soggetto, come il risparmio di una spesa o l'evitare il verificarsi di una perdita. Nel caso in cui sia resa una prestazione alla Pubblica Amministrazione, l'arricchimento viene assimilato all'utilità conseguita dalla stessa.

Ma, aspetto che appare di maggiore rilevanza è che l'utilità della prestazione professionale è stata riconosciuta esplicitamente dalla Autorità Portuale di Genova determinando una sorta di obbligazione da parte della Stazione appaltante.

Inoltre, vale la pena ricordare che l'evenienza che un soggetto privato possa realizzare di propria iniziativa un progetto da porre in gara, rientra solo in alcune forme di partenariato pubblico-privato quali il project financing, partendo da un progetto preliminare della S.A., puntualmente normate dal Codice dei contratti.

Tale situazione determina una situazione nella quale non appaiono garantiti i principi dell'art. 2 del Codice dei contratti, in particolare quelli di trasparenza e imparzialità.

L'APG, nelle proprie controdeduzioni ha sostenuto che fosse legittimo accettare la messa a disposizione di un progetto esecutivo, riferendosi ad una deliberazione dell'ex AVCP n. 305 del 2001 in cui è stato affermato che «Non contrasta con le disposizioni di cui all'articolo 18, comma 2/quarter, della legge quadro, una donazione di studi di fattibilità, progetti preliminari, definitivi ed esecutivi da parte di soggetti terzi all'amministrazione, purché l'opera di ingegno oggetto della donazione sia sottoposta a verifica appropriativa ed alla validazione del progetto esecutivo [...] Nell'ipotesi di donazione di progettazione, ai soggetti che hanno redatto il progetto si applica la previsione normativa di cui all'articolo 17, comma 9, della legge quadro».

È importante sottolineare che la delibera di cui sopra afferiva ad un caso specifico di donazione tramite atto notarile senza che nessuno avesse conferito incarico di progettazione ai progettisti.

Tuttavia nell'ipotesi di ammissione di donazione nella delibera viene, comunque, specificato il divieto di cui all'art. 90 co.8 del d.lgs. 163/2006 «si precisa che la previsione normativa, ex art. 17, comma 9 della legge 109/94, del divieto di partecipazione all'appalto o alla concessione di lavori pubblici da parte dell'affidatario degli incarichi di progettazione, per la ratio sottesa alla norma, non può non essere estesa all'ipotesi di redazione di un progetto che venga poi donato all'amministrazione».

Si precisa, inoltre, che nel Decreto del Presidente dell'Autorità Portuale di Genova n. 668 del 29.7.2014 è rilevato che il progetto è stato redatto da progettisti esterni per conto di AOC srl con l'approvazione di un quadro economico che riporta gli oneri per le spese di progettazione legate all'art. 92 comma 7 bis del d.lgs. 163/2006 (incentivo alla progettazione per i pubblici ufficiali) per un totale complessivo pari ad € 184.852,96. Essendo la progettazione esterna tali incentivi non dovrebbero essere corrisposti.

Sulla tematica si è espressa la Corte di Conti, Sezione Lombardia con Delibera n. 246 del 01-10-2014 affermando che «La norma circoscrive il diritto alla ripartizione del compenso incentivante al responsabile del procedimento e agli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, e tra i loro collaboratori e presuppone la condizione che la redazione dell'atto sia avvenuta all'interno dell'ente. Se, invece, l'attività è svolta all'esterno dell'Ente, non sorge un autonomo diritto del responsabile del procedimento a ottenere un compenso per un'attività che rientra fra i suoi compiti/doveri d'ufficio, così come non si configura il presupposto per la ripartizione d'un incentivo fra i vari dipendenti dell'ufficio. Il responsabile del procedimento partecipa alla ripartizione dell'incentivo, in relazione ad atti di progettazione collegati alla realizzazione di opere pubbliche. La sua partecipazione alla ripartizione degli emolumenti, però, non avviene in ragione della sua qualifica, ma in forza del complessivo svolgimento interno dell'attività di progettazione». (Cfr. anche C. Conti Piemonte Sez. contr. Delibera, 02-10-2014, n. 197; C. Conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte - Delibera n. 197/2014; C. Conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte - Delibera n. 434/2013; C. Conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte - Delibera n. 290/2012).

Una terza questione è legata nello specifico alla gara in oggetto, alla quale partecipa la società Giuseppe Santoro srl in ATI con dott. Carlo Agnese.

Sulla questione la Società Santoro srl ha sottolineato «l'estraneità dell'esponente Società, tanto alla messa a disposizione del progetto esecutivo della piattaforma all'Autorità Portuale (progetto del quale l'esponente non è né committente, né redattore)», anche se trattasi di una società sostanzialmente "gemella" di AOC srl che ha incaricato progettisti esterni alla Autorità Portuale per la redazione del progetto esecutivo.

Sembra configurarsi, così, la violazione dell'art. 90 co. 8 del d.lgs. 163/2006, anche se l'APG ha sostenuto, nelle controdeduzioni, che «l'Amministrazione in corso di gara stava valutando la posizione della mandataria Giuseppe Santoro Srl, tenuto anche conto della giurisprudenza comunitaria

sviluppatasi in materia esitata, poi, con l'introduzione del comma 8 bis dello stesso articolo secondo cui "i divieti di cui al comma 8 non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori." (...) dovrebbe, comunque, essere quantomeno garantita alla mandataria dell'ATI la possibilità di dimostrare che l'esperienza acquisita, nella sua qualità di società "collegata" alla committente del progetto, non sia tale da determinare o aver determinato un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori».

La ratio dell'articolo 90, comma 8, – del d.lgs. 163 del 2006- va individuata nell'esigenza di garantire che il progettista si collochi in posizione di imparzialità rispetto all'appaltatore – esecutore dei lavori.

Si è precisato al riguardo che se le posizioni di progettista e di appaltatore – esecutore dei lavori coincidessero vi sarebbe il rischio di vedere attenuata la valenza pubblicistica della progettazione, con la possibilità di elaborare un "progetto su misura" per una impresa alla quale l'autore della progettazione sia legato, così agevolando tale impresa nell'aggiudicazione dell'appalto (in tal senso: Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656).

Nel merito l'Autorità si è espressa numerose volte sostenendo che «ai sensi dell'art. 90, comma 8, del D.lgs. n. 163/2006 incorre nel divieto ivi sancito il partecipante alla procedura di affidamento di lavori che abbia predisposto o abbia avuto modo di conoscere, anche indirettamente, la progettazione preliminare, in quanto è sufficiente il solo sospetto della possibile lesione della trasparenza nella circolazione delle informazioni legate all'intervento, a costituire un vulnus al principio della *par condicio*» (ex multis AVCP Parere di Precontenzioso n. 35 del 24/02/2011, Parere di precontenzioso n.161/2007).

Sulla stessa linea la Sentenza del Consiglio di Stato n. 2650 del 3.5.2011 secondo cui «L'art. 90, comma 8, d.lgs. n. 163/2006 è espressione del principio generale di trasparenza ed imparzialità, la cui applicazione è necessaria per garantire parità di trattamento, che ha per suo indefettibile presupposto il fatto che i concorrenti ad una procedura di evidenza pubblica debbano rivestire la medesima posizione. In quanto espressiva del principio generale di tutela della *par condicio* dei concorrenti, e quindi in definitiva della tutela della concorrenza, la disposizione, oltre che applicabile al caso specifico da essa considerato, è volta ad impedire "posizioni di vantaggio dipendenti da forme di contiguità con la stazione appaltante" e, quindi, applicabile ai casi in cui tali posizioni siano configurabili» (cfr. anche TAR Roma, Sezione III, Sentenza 5.11.2010 n. 33192, CdS VI Sentenza n. 5087/ 2007 e CdS Sentenza n. 36 del 15.1.2008).

Si rileva innanzitutto un vantaggio per la società Santoro srl che, seppur indirettamente, conosce il progetto esecutivo. Potrebbero anche configurarsi gli estremi della violazione della *par condicio* tra gli operatori economici in virtù della chiara conoscenza della situazione da parte del RP e del Segretario Generale dell'Autorità Portuale.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- di ritenere che l'affidamento dei servizi di raccolta e stoccaggio dei rifiuti da nave sia soggetto alle procedure di evidenza pubblica del Codice dei contratti e, in particolare, dell'art. 30 dello stesso nel caso di concessione di tali servizi;
- di evidenziare che, nel caso in esame, tra l'altro l'espletamento dei servizi di raccolta da navi, ritenuto dall'APG svolto in libera concorrenza, risulterebbe di fatto collegato all'affidamento, già avvenuto, di aree demaniali con concessione demaniale marittima;
- di rilevare come il canone per tali aree allo stato non tenga in debito conto del notevole

investimento economico che l'APG si accinge a sostenere per impianti connessi all'attività di stoccaggio;

- di ritenere che, pertanto, le procedure adottate dall'APG non appaiono coerenti con le disposizioni del d.lgs. 163/2006, come anche con i principi di libera concorrenza tra operatori economici;
- di ritenere la redazione del progetto posto in gara dall'Autorità Portuale commissionata da parte di un soggetto privato, non coerente con alcuna procedura prevista dal Codice dei Contratti;
- di rilevare la violazione dell'art. 90 co. 8 del d.lgs. 163/2006 per la partecipazione di un soggetto collegato all'affidatario dell'incarico di progettazione con conseguente violazione del principio comunitario di parità di trattamento;
- di ritenere non coerente la previsione del quadro economico del progetto per quanto riguarda gli incentivi per la progettazione ex art. 92 d.lgs. 163/2006;
- di mandare all'Ufficio Vigilanza Lavori affinché notifichi la presente deliberazione alla stazione appaltante nelle persone del Presidente, del Segretario Generale e del Responsabile del Procedimento, affinché comunichino eventuali provvedimenti adottati in relazione alle osservazioni formulate dall'Autorità;
- di mandare la segnalazione del caso alla Procura delle Repubblica e alla Procura regionale della Corte dei Conti, per quanto di competenza;
- di invitare l'Ufficio Regolazione in materia di Contratti Pubblici a monitorare la procedura di adozione della proposta di Regolamento COM (2013) 296 destinato a istituire un quadro normativo per l'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti, anche al fine di una possibile adozione di linee guida dell'Autorità.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2015
Il Segretario *Maria Esposito*