Presidente

Al Comune di Lampedusa e Linosa (AG)
Settore VI
c.a. Responsabile Geom. Giuseppe Di Malta

c.a. Segretario generale Antonio Bonanno

protocollo@pec.comune.lampedusaelinosa.ag.it

Alla S.E.A.P. Società Europea Appalti Pubblici S.r.l.
Aragona (AG)
seapgroup@pec.it

e p.c. al Ministero dell'Interno
Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione
gabinetto.dlci@pecdlci.interno.it

Al Sindaco del Comune di Lampedusa e Linosa
Dott. Filippo Mannino
protocollo@pec.comune.lampedusaelinosa.ag.it

Fascicolo Anac n. 4484/2022

Oggetto: Servizi di bonifica e messa in sicurezza dello specchio acqueo del Porto di Lampedusa e delle aree localizzate a Cala Salina e Località Ponente affidati dal Comune di Lampedusa e Linosa alla S.E.A.P. Società Europea Appalti Pubblici S.r.l. con Ordinanze contingibili e urgenti n. 46 del 9 luglio 2020 e n. 69 del 30 novembre 2020.

Conclusione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018.

Premessa

Con nota acquisita al protocollo Anac n. 81844 del 13.10.2022 il Segretario Generale del Comune di Lampedusa e Linosa ha segnalato alcuni presunti profili di anomalia relativi all'affidamento diretto, da parte dello stesso Comune, del servizio di bonifica e messa in sicurezza dello specchio acqueo del Porto di Lampedusa alla SEAP Società Europea Appalti Pubblici S.r.l. con sede in Aragona (AG) (di seguito "SEAP") avvenuto nel mese di dicembre 2020 con l'Ordinanza contingibile e urgente n. 69 emanata dal Sindaco pro tempore di Lampedusa e Linosa in data 30 novembre 2020.

L'esponente ha sollevato inoltre alcune perplessità in ordine ad altre Ordinanze contingibili e urgenti emanate dal Sindaco pro tempore di Lampedusa e Linosa, in particolare l'Ordinanza sindacale n. 46 del 9 luglio 2020 a seguito della quale era stato affidato alla SEAP il servizio di bonifica e messa in sicurezza delle aree di Cala Salina e Località Ponente.

Relativamente ai profili segnalati di competenza dell'Autorità, con nota prot. n. 89751 del 4.11.2022 l'Autorità ha inviato al Comune di Lampedusa e Linosa ed alla SEAP la comunicazione di avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. 50/2016 e degli artt. 13 e seguenti del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018.
Per il Comune di Lampedusa e Linosa il Responsabile del Settore VI ha presentato le controdeduzioni con relazione prot. n. 20116 del 12.12.2022 acquisita al prot. Anac n. 103921 del 12.12.2022, ricostruendo dettagliatamente sia i fatti relativi all'Ordinanza n. 46/2020 che quelli relativi all'Ordinanza 69/2020. Nel prosieguo, dunque, la posizione del Comune è da intendersi riferita a quanto ha dichiarato il Responsabile del Settore VI – Ufficio Tecnico.
Anche la SEAP ha presentato le proprie controdeduzioni con relazione prot. U/430/DV del 18.11.2022, acquisita al prot. Anac n. 96852 del 22.11.2022, illustrando in generale l'attività della società e nello specifico le attività svolte affidate dal Comune con le Ordinanze n. 46/2020 e 69/2020.
Valutata la documentazione acquisita agli atti, il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 28 marzo 2023 ha disposto la comunicazione della conclusione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018, sulla base delle seguenti considerazioni.

Fatto

1. Ordinanza contingibile e urgente n. 46 del 9 luglio 2020 avente ad oggetto l'affidamento del servizio di bonifica delle aree localizzate a Cala Salina e Località Ponente interessate da incendio.
In data 9 luglio 2020 il Sindaco pro tempore del Comune di Lampedusa e Linosa, su proposta del Responsabile del Settore VII (Lavori Pubblici e Manutenzioni), ha emanato l'Ordinanza contingibile e urgente n. 46 con cui ha affidato alla SEAP il servizio di bonifica delle aree localizzate a Cala Salina ed in Località Ponente.
Si tratta di Ordinanza ai sensi degli art. 50 e 54 del d.lgs. 257/2000 (TUEL) nonché ai sensi dell'art. 69 della Legge della Regione Siciliana n. 16 del 1963, emanata per motivi di sanità e tutela della sicurezza pubblica a seguito di due incendi avvenuti in data 5 giugno 2020 che avevano interessato due aree dove erano collocati dei relitti di imbarcazioni legate al fenomeno dell'immigrazione, rimaste completamente distrutte.
Le aree erano state interdette al transito ed all'accesso con Ordinanza contingibile e urgente n. 38 dell'8 giugno 2020 e successivamente, a seguito di notifica di potenziale contaminazione, l'Assessorato dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità, in data 19 giugno 2020, aveva comunicato l'attribuzione del codice identificativo di potenziale contaminazione del sito n. 1940200001.
Precedentemente all'emanazione dell'Ordinanza, subito dopo il verificarsi degli incendi, in data 8 giugno 2020 il Comune aveva contattato telefonicamente la società SEAP allo scopo di porre in essere, nel più breve tempo possibile, la messa in sicurezza d'urgenza delle aree in questione.

La SEAP è appaltatrice, quale mandante del RTI ISEDA S.r.l. (Capogruppo) SEAP S.r.l., ECOIN S.r.l., TRAINA S.r.l., ICOS S.r.l, SEA S.r.l. (mandanti), del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e speciali assimilabili agli urbani e dei servizi e dei servizi di igiene urbana nel territorio di Lampedusa e Linosa.

SEAP ha quindi manifestato la propria disponibilità ad effettuare l'intervento di bonifica.

In data 9 giugno 2020 SEAP, il Direttore dell'esecuzione del contratto per il servizio comunale di igiene urbana e di raccolta rifiuti urbani e due tecnici del laboratorio di analisi cliniche Biosearch S.r.l. con sede in Aragona (AG) si sono recati presso le aree interessate in quanto era necessaria una preventiva caratterizzazione dei rifiuti interessati dall'incendio. Dopo la verifica delle tipologie di rifiuti presenti nell'area, tutte riconducibili al disfacimento di imbarcazioni in legno e/o vetroresina, hanno proceduto alla campionatura di tutti i rifiuti presenti.

In data 7 luglio 2020 il laboratorio di analisi cliniche Bioscarch S.r.l. ha trasmesso le risultanze delle analisi effettuate.

Dunque il Sindaco pro tempore ha emanato l'Ordinanza n. 49 del 9 luglio 2020, per l'affidamento alla SEAP del servizio di messa in sicurezza delle aree, da effettuare con la massima urgenza.

L'Ordinanza prevedeva, tra l'altro, la possibilità del subappalto e dei noli (a caldo e a freddo) da parte di operatori economici in possesso di idonei requisiti tecnici ed economici.

L'Ordinanza prevedeva inoltre che il costo del servizio sarebbe stato computato a misura in base ad un elenco prezzi unitari fornito dalla SEAP, allegato alla stessa Ordinanza.

L'Ordinanza, quindi, dava mandato al Responsabile del Settore VII e III di porre in essere tutti gli atti consequenziali.

Con nota del 20 luglio 2020, acquisita al prot. del Comune n 10664 il 21.7.2022, SEAP ha trasmesso al Comune una serie di documenti tra cui l'autocertificazione ai sensi degli art. 46 e 47 del d.p.r. 445/200 sul possesso dei requisiti previsti dall'art. 80 del d.lgs. 50/2016, il certificato camerale, l'iscrizione alla White list ed il DURC.

In data 21 luglio 2020 il Comune di Lampedusa ha sottoscritto con la SEAP il "Foglio patti e condizioni" nel quale veniva prevista una durata del servizio di 30 giorni ed un importo stimato, in via del tutto presuntiva, in € 200.000,00 oltre Iva al 10%.

Il servizio veniva avviato in data 21 luglio 2020.

In data 24 luglio 2020 SEAP ha depositato al Comune di Lampedusa il contratto di subappalto stipulato con la ISEDA S.r.l. con sede in Aragona, che assumeva in subappalto il 40% del servizio di rimozione dei rifiuti derivanti dall'incendio delle imbarcazioni.

Il Responsabile del Settore VI ha dichiarato che con nota del 27 novembre 2020 SEAP ha trasmesso al Comune la seguente documentazione:

-originali dei formulari indicati nella tabella riportata nella stessa nota con i relativi biglietti per la trasferenza;

-copia della fattura pro forma della Biosearch per il campionamento rifiuti e analisi di laboratorio;

-copia della fattura pro forma dell'Ing. I.I. tecnico esperto in materia di rifiuti la cui figura era stata già ricompresa nell'elenco dei prezzi unitari formulati in sede di offerta, per la redazione del Programma delle attività da seguire e per la redazione della Relazione Descrittiva dell'intervento;

-Giornale dei lavori delle attività giornaliere svolte riportanti le ore di servizio prestate dagli operatori e dai mezzi impiegati.

Il servizio si è concluso in data 30 novembre 2020 ed in pari data è stato redatto lo Stato di avanzamento delle attività n. 1 a tutto il 30 novembre 2020.
Con Certificato di pagamento n. 1 del 29 novembre 2020 il Direttore dell'esecuzione ha attestato il servizio svolto dalla SEAP in base all'Ordinanza sindacale n. 46 del 9.7 2020 per cui, in base al Certificato, si poteva pagare alla stessa società la somma di € 137.009,92 oltre Iva al 10% per un ammontare complessivo di € 150.710,91.
Nella relazione del 12 dicembre 2022 il Responsabile del Settore VI ha rappresentato che a tale somma si sono aggiunti € 22.880,23 a titolo di rimborso dei costi di conferimento dei rifiuti nonché le somme di importo pari a € 7.007,23 a titolo di rimborso dei costi di trasporto dei rifiuti a terra con vettore navale che hanno condotto ad una spesa complessiva del servizio pari ad € 166.897,30.
Per il servizio svolto in base all'Ordinanza n. 46/2020 SEAP ha emesso la fattura n. 439/PA del 30 novembre 2020 per un importo di € 182.886,31 Iva compresa di cui € 159.890,07 per il servizio di bonifica oltre Iva al 10% ed € 7.007,23 per rimborso spese di trasporto Iva esente.
A quanto consta, quantomeno fino al mese di dicembre 2022 tale fattura non risultava liquidata dal Comune di Lampedusa.

2. Ordinanza contingibile e urgente n. 69 del 30 novembre 220 avente ad oggetto la messa in sicurezza dello specchio delle acque del porto di Lampedusa.

In data 30 novembre 2020 il Sindaco pro tempore di Lampedusa e Linosa ha emanato l'Ordinanza contingibile e urgente n. 69 per un intervento di natura straordinaria per la messa in sicurezza dello specchio delle acque del porto di Lampedusa. Anche in questo caso si tratta di Ordinanza ai sensi degli art. 50 e 54 del d.lgs. 257/2000 (TUEL) nonché ai sensi dell'art. 69 della Legge della Regione Siciliana n. 16 del 1963, emanata per motivi di sanità e sicurezza pubblica urbana a seguito degli eventi atmosferici verificatesi nella notte tra il 28 ed il 29 novembre 2021 sull'isola di Lampedusa. Tali eventi, in base all'Ordinanza, hanno causato un forte movimento delle acque del porto colpendo con violenza l'area di Molo Favaloro e l'area del cosiddetto Porto Nuovo, presso le quali giacevano numerose imbarcazioni provenienti dagli sbarchi dei clandestini che non erano dotate di un ormeggio sicuro, che in assenza di governo sono andate in gran parte distrutte riducendosi in relitti che sono in parte affondati.
In relazione a tale evento, con l'Ordinanza n. 69/2020 il Sindaco ha ordinato al Responsabile del Settore VI (Ufficio Tecnico):
- di procedere con urgenza all'esecuzione di un immediato intervento al fine di eliminare con prontezza assoluta gli effetti e le conseguenze dell'evento *de quo* che ha determinato la distruzione delle abbandonate imbarcazioni dei migranti giacenti nel porto di Lampedusa con conseguente inquinamento ambientale e rischi per la sicurezza dell'area portuale;
- di individuare un'area idonea al temporaneo deposito dei suddetti natanti;
- di individuare un'impresa in possesso dei necessari titoli immediatamente disponibile a provvedere alla rimozione delle imbarcazioni e dei relitti da essi derivanti con facoltà di avvalersi, ove occorra e per contenere i tempi di esecuzione, di imprese, mezzi d'opera e maestranze locali, purché in possesso dei necessari requisiti di legge;
- di acquisire un preventivo del quale valuterà la congruità dei prezzi offerti;

- di adottare ogni conseguenziale atto amministrativo al fine di regolarizzare l'Ordinanza e dare luogo agli obblighi di legge anche al fine di recuperare le occorrende somme che verranno impiegate.

L'Ordinanza evidenziava che i relitti avrebbero dovuto essere rimossi dall'isola e trasportati in terraferma per essere conferiti in idonei ed autorizzati impianti di stoccaggio e quindi per il conferimento finale, il tutto nel rispetto della normativa vigente in materia di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti di origine speciale che presumibilmente rientrano tra quelli dei codici CER indicati nell'Ordinanza stessa.

In data 1° dicembre 2020 il Settore VI, con nota prot. n. 17496, ha chiesto urgentemente alla SEAP un preventivo di spesa per il servizio di alaggio di imbarcazioni e di bonifica e messa in sicurezza dello specchio acqueo del porto di Lampedusa.

La SEAP ha riscontrato con nota prot. U/484/IL del 1° dicembre 2022 allegando un elenco di prezzi unitari per costo smaltimento rifiuti, costo mezzi e costo del personale, con la stima di ulteriori costi per il campionamento ed analisi di alcuni rifiuti, precisando che sarebbe stato applicato il 3% per la sicurezza, il 10% per spese generali e il 13 % di utile d'impresa, con la maggiorazione del 30 % prevista nel prezziario Regionale per interventi da eseguirsi nelle isole minori.

Facendo seguito all'Ordinanza n. 69/2020, con Determina dirigenziale n. 1098 del 1° dicembre 2020 il Settore VI ha affidato urgentemente alla SEAP il servizio il servizio di alaggio imbarcazioni legate ai fenomeni di migrazione nonché trasporto e smaltimento presso impianti autorizzati, al fine di evitare ulteriori danni a persone e cose.

Nella Determina è previsto che «le somme necessarie saranno contabilizzate e trasmesse alla Prefettura di Agrigento che rimborserà quanto dovuto».

Il Responsabile del Settore IV ha dichiarato che tale ultimo inciso è stato sostituito con Determina dirigenziale n. 165 del 1 marzo 2021, prevedendo che «questa amministrazione si riserva di richiedere le somme necessarie alla realizzazione dell'intervento di cui in oggetto alla competente Prefettura di Agrigento nell'ambito della realizzazione del Piano di emergenza del fenomeno migratorio».

In data 1° dicembre 2020 il Comune e la SEAP hanno sottoscritto il "Foglio patti e condizioni" che prevedeva una durata del servizio di 60 giorni ed un importo per l'intero servizio di bonifica di €. 1.000.000,00 oltre Iva al 10% calcolato in via del tutto presuntiva secondo una stima sommaria.

Il Responsabile del Settore VI ha dichiarato che in data 1° dicembre 2020 SEAP ha comunicato che per l'esecuzione del servizio si sarebbe avvalsa dei seguenti subappalti e noli:

-Iseda S.r.l. con sede ad Aragona (AG) – servizio (non specificato);

-Edil Scami S.r.l. con sede a Lampedusa – nolo a caldo;

-Cucina Rosa Impresa Individuale con sede a Lampedusa – nolo a caldo;

-Medi Sud Inter di Reciti D. impresa individuale per i servizi di sommozzatori.

Il servizio è stato avviato in data 2 dicembre 2020.

In data 3 dicembre 2020 il Settore VI ha rilasciato alla SEAP l'autorizzazione per l'occupazione delle aree per l'abbancamento dei materiali di risulta prodotti dal trasporto e per lo smaltimento presso impianti autorizzati limitatamente al tempo necessario all'esecuzione del servizio.

In data 11 dicembre 2020 SEAP in riscontro alla nota del Comune di pari data, ha comunicato la propria disponibilità ad integrare i prezzi unitari già formulati con l'offerta di un'ulteriore voce di

costo riguardante la squadra di sommozzatori da impiegare per il recupero di corpi estranei presenti nei fondali, proponendone il valore che veniva accettato dal Comune, che rilasciava specifica autorizzazione con nota prot. n. 18415 del 21 dicembre 2021.

Il Comune ha dichiarato che tutte le attività svolte venivano dettagliatamente documentate attraverso i Giornali lavori (che riportavano per ogni giornata gli operai, i mezzi impiegati e le relative ore prestate) ed i Formulari di identificazione dei rifiuti redatti ai sensi della normativa vigente firmati per accettazione dall'impianto di destinazione.

Per il servizio di cui si tratta sono stati emessi:

-lo Stato di avanzamento n. 1 per servizi eseguiti a tutto il 31 dicembre 2020 con relativo Certificato di pagamento n.1 del 31.12.2020 per un importo di € 167.693,04 oltre Iva, per cui SEAP ha emesso la fattura n. 492/PA del 31.12.2020 per un importo di € 185.112,34 (Iva inclusa) di cui € 167.693,04 oltre Iva al 10% per il servizio di bonifica e messa in sicurezza ed € 650 Iva esente per rimborso delle spese di trasporto (Iva esente);

-lo Stato di avanzamento n. 2 per servizi eseguiti a tutto il 31 gennaio 2021 con relativo Certificato di pagamento n. 2 del 5.2.2021 per un importo di € 276.877,28 oltre Iva per cui SEAP ha emesso la fattura n.15/PA del 31.1.2021 per un importo di € 307.852,91 (Iva inclusa) di cui € 276.877,28 oltre Iva al 10% per il servizio di bonifica e messa in sicurezza ed € 3.287,90 Iva esente per rimborso spese di trasporto;

-lo Stato di avanzamento n. 3 per servizi eseguiti a tutto il 28 febbraio 2021 con relativo Certificato di pagamento n. 3 per un importo di € 309.809,82 oltre Iva per cui SEAP ha emesso la fattura n. 104/PA del 28.2.2021 per un importo di € 309.809,82 Iva inclusa di cui € 299.896,40 oltre Iva al 10% per il servizio di bonifica emessa in sicurezza; € 8.413,42 Iva esente per il rimborso delle spese di trasporto ed € 1.500,00 oltre Iva al 22% per l'analisi dei rifiuti.

Con determina dirigenziale n. 9 dell'11 gennaio 2022 il Settore VI ha liquidato e disposto il pagamento alla SEAP della somma complessiva di € 492.965,25 Iva inclusa per le fatture n. 492/2020 (1° SAL) e n. 15/2021 (2° SAL).

Con determina dirigenziale n. 578 del 3 giugno 2022 il Settore VI ha liquidato e disposto il pagamento alla SEAP della somma complessiva di € 7.034,75 Iva inclusa in acconto sulla fattura n. 104/2021 relativa al 3° SAL.

A quanto consta, quantomeno fino al mese di dicembre 2022, per i servizi svolti relativi all'Ordinanza n. 69/2020, rimaneva da liquidare alla SEAP il saldo della fattura n. 104 del 28.2.2021.

Diritto

Il contesto degli affidamenti

Il Comune di Lampedusa e Linosa ha chiarito il contesto in cui si sono realizzati gli affidamenti, caratterizzato dal continuo e crescente grave fenomeno dell'immigrazione clandestina e da continui sbarchi sull'isola. In tale contesto si sono verificati nel mese di giugno 2020 gli incendi dei relitti delle imbarcazioni utilizzate dai migranti, presumibilmente di natura dolosa (in relazione ai quali risulta essere stato aperto un fascicolo da parte della competente Procura della Repubblica di Agrigento) e alla fine del mese di novembre 2020 gli eventi atmosferici (cd. "fortunale") che hanno causato l'affondamento delle imbarcazioni abbandonate dai migranti presenti nel porto.

Tali eventi, imprevisti e imprevedibili, non derivanti da fatto dell'amministrazione, hanno comportato un pericolo per l'ambiente e per la salute pubblica da dover contrastare ed eliminare con la massima sollecitudine ed urgenza; di qui l'emanazione da parte del Sindaco pro tempore delle Ordinanze contingibili e urgenti n. 46 del 29 luglio 2020 e n. 69 del 30 novembre 2020.
Il Responsabile del Settore VI ha rappresentato una situazione di carenza sia di personale che di disponibilità finanziarie per gli affari correnti con cui il Comune si vede costretto, oltre che a far fronte ai bisogni della propria comunità, anche a far fronte ad ogni altra situazione straordinaria emergenziale legata al fenomeno dell'immigrazione.
Ha evidenziato, altresì, come in passato alla distruzione e smaltimento delle imbarcazioni abbandonate avevano provveduto il Dipartimento Protezione Civile della Presidenza del Consiglio e l'Agenzia delle Dogane e Monopoli, mentre recentemente tale onere è stato lasciato in capo all'amministrazione comunale di Lampedusa.
SEAP dal canto suo ha rappresentato di essere una società specializzata in bonifiche, raccolta, trasporto, trattamento ed avvio al recupero e/o smaltimento dei rifiuti solidi urbani, speciali, pericolosi e non pericolosi di essersi specializzata anche nelle attività di "Recupero relitti e bonifiche acque portuali". Nel 2004 è stata individuata dalla Protezione Civile quale operatore economico idoneo ad effettuare le operazioni di messa in sicurezza dello specchio acqueo del Porto di Lampedusa mediante la rimozione di relitti e imbarcazioni che compromettevano la sicurezza della navigazione, in quanto in quei giorni un fortunale aveva provocato il disormeggio delle imbarcazioni extracomunitarie sottoposte a sequestro.
Nell'anno 2012 SEAP è risultata aggiudicataria ex art. 63 comma 2 lett. c) della procedura indetta dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli avente ad oggetto il recupero, trasporto e demolizione di n. 186 imbarcazioni.
Nel 2021 si è aggiudicata il lotto n. 3 (servizi di tipo C) della gara comunitaria indetta dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli avente ad oggetto l'affidamento di tre accordi quadro per i servizi di recupero, messa a secco, trasporto, deposito e distruzione di imbarcazioni di migranti approdate nei Comuni di Lampedusa, Linosa e nei restanti comuni della Regione Sicilia ed il servizio di tipo C inerente il recupero, il trasporto navale e la distruzione di imbarcazioni di migranti approdate nel Comune di Lampedusa e Linosa.
SEAP ha evidenziato che il servizio affidato con le due Ordinanze, oggetto di istruttoria, costituisce il business caratterizzante della Società che, anche e soprattutto in virtù di tale comprovata esperienza, è in grado di assicurare la propria presenza sull'isola di Lampedusa e Linosa (distante 234 km di mare dalla Provincia di Agrigento) con mezzi e personale adeguato, in poco tempo anche in situazioni emergenziali, così come accaduto con gli eventi che hanno determinato le Ordinanze n. 46 e n. 69 del 2020.

2. Le Ordinanze contingibili e urgenti e l'affidamento di appalti pubblici

Il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti attribuito al Sindaco ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 167 del 2000 trova il presupposto nella necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui non si potrebbe far fronte mediante ricorso agli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento. Simili provvedimenti appartengono alla categoria delle ordinanze *extra ordinem* c.d. di necessità, la cui adozione è giustificata e legittimata dal verificarsi di una situazione sopravvenuta, che presenti il carattere

dell'eccezionalità - come un evento naturale straordinario (terremoto, inondazione, incendio, epidemia, ecc.) - per cui si impone di provvedere con l'urgenza, incompatibile con i tempi connaturali alla rigorosa osservanza della normativa in materia (Cons. Stato, 23 gennaio 1991, n. 63; Cons. Stato, 11 aprile 1990, n. 369; Cons. Stato, 21 dicembre 1984, n. 960). I presupposti per l'adozione di tale tipologia di provvedimenti amministrativi possono essenzialmente essere individuati nell'urgenza (indifferibilità dell'atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici), nella contingibilità (intesa come straordinarietà, accidentalità ed imprevedibilità), nella temporaneità (che attiene agli effetti del provvedimento in relazione alla cessazione dello stato di necessità).

Le ordinanze contingibili e urgenti sono infatti provvedimenti atipici che possono essere adottati quando gli ordinari poteri conferiti dalla legge risultano inadeguati (contingibilità) per ovviare ad una situazione di imminente pericolo che deve essere prontamente fronteggiata (urgenza). Affinché un provvedimento amministrativo possa essere ascritto alla categoria delle ordinanze contingibili e urgenti non è dunque sufficiente che la sua funzione sia quella di ovviare prontamente ad una situazione di pericolo, ma è altresì necessario che con il provvedimento stesso venga esercitato un potere il cui contenuto non sia specificamente determinato dalla legge (Cfr. da ultimo Tar Lombardia, III, n. 167 del 27.1.2023).

Nel caso di specie, il Sindaco pro tempore di Lampedusa e Linosa ha ritenuto la sussistenza di tali presupposti in occasione sia dell'emanazione dell'Ordinanza n. 46/2020 che dell'Ordinanza n. 69/2020.

Per quanto di competenza dell'Autorità occorre osservare che con le suddette Ordinanze contingibili e urgenti si è realizzato un affidamento diretto di appalti pubblici, fattispecie su cui la stessa Autorità si è pronunciata con la Determinazione Avcp n.1 del 14 gennaio 2004 e la Deliberazione n. 9 del 9 aprile 2014.

L'Autorità (conformemente alla giurisprudenza) ha evidenziato come i limiti al potere derogatorio delle ordinanze contingibili e urgenti vadano individuati essenzialmente nei principi generali dell'ordinamento, nei canoni della ragionevolezza, della proporzionalità tra il provvedimento e la realtà circostante, nell'obbligo di motivazione, nell'indicazione del termine finale.

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

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

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

I suddetti canoni di ragionevolezza inducono a ritenere in primo luogo che un'eventuale deroga alle norme del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) debba essere esplicitata e adeguatamente motivata.

Ad esempio, l'Ordinanza contingibile e urgente emanata dal Sindaco ai sensi del d.lgs. n. 267/2000 potrebbe costituire un presupposto per successive procedure di affidamento comunque disciplinate dal d.lgs. 50/2016 che presuppongono il verificarsi di situazioni di estrema urgenza (ad esempio la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 comma 2 lett. c).

In secondo luogo, tra le norme del d.lgs. 50/2016 possono essere derogate solo quelle attinenti alla scelta del contraente ed all'assegnazione del relativo contratto, se adeguatamente motivate, e non quelle riguardanti il controllo e la vigilanza sull'esecuzione, mancando il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e procedimento di controllo secondo la normativa vigente.

Fatta tale premessa di carattere generale si rappresentano le criticità riscontrate nel caso di specie in base alle risultanze istruttorie.

3. Criticità relative all'affidamento avvenuto con Ordinanza n. 46 del 29 luglio 2020

Come già evidenziato, con l'Ordinanza contingibile e urgente n. 46 del 29 luglio 2020 il Sindaco pro tempore di Lampedusa e Linosa, su proposta dell'Ufficio VII, ha affidato in forma diretta alla SEAP il servizio di bonifica delle aree localizzate a Cala Salina e località Ponente, interessate da incendio.

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

Il Comune nelle controdeduzioni ha affermato che si è trattato «di fatto, in concreto ed in maniera implicita» di un affidamento in somma urgenza ai sensi dell'art. 163 del d.lgs. 50/2016 e di un Accordo quadro ai sensi dell'art. 54 dello stesso d.lgs. «con tutti i limiti e le imperfezioni oggetto dei rilievi dell'Anac».

Dalle risultanze istruttorie non sono emersi tuttavia elementi documentali riconducibili alle fattispecie disciplinate dagli art. 163 e 54 del d.lgs. 50/2016 (in altri termini, mancano sia il Verbale di somma urgenza che l'Accordo quadro).

Sulla circostanza che nella proposta del Settore VII e dunque nell'Ordinanza sia stata individuata specificamente la SEAP, il Comune nelle controdeduzioni ha fatto riferimento alla necessità di individuare urgentemente e possibilmente in ambito territoriale prossimo ai siti di intervento un operatore economico qualificato a contrarre con la pubblica amministrazione, in possesso dei requisiti previsti dal d.lgs. 152/2006 nonché con esperienza comprovata sullo specifico servizio da affidare.

Ha evidenziato inoltre che SEAP era già presente nell'isola in quanto gestore in RTI del servizio di igiene urbana e raccolta differenziata ed era già conosciuta dall'amministrazione comunale per serietà ed esperienza come in precedenza affidataria di analoghi appalti parte della Protezione Civile e dell'Agenzia delle Dogane.

Pur comprendendo la necessità di individuare con urgenza un operatore economico per l'esecuzione del servizio, si ritiene che l'Ordinanza non sia sufficientemente motivata sul punto, in quanto – astrattamente, il preventivo avrebbe potuto essere richiesto anche ad altri operatori economici. Non risultano inoltre illustrati, ad esempio, i vantaggi che può aver apportato la scelta di un operatore già presente nell'isola, quantomeno in termini di tempi di intervento e di costi, data la collocazione geografica dell'isola, né i requisiti di idoneità tecnica dello stesso operatore economico.

Non emergono inoltre le verifiche effettuate sulla sussistenza dei requisiti generali autodichiarati della SEAP (assenza di cause di esclusione ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016, regolarità fiscale, antimafia, casellario giudiziale). L'unico riferimento ad un controllo sui requisiti dell'appaltatore è presente nel Certificato di pagamento e si riferisce al controllo positivo del DURC.

Nelle proprie controdeduzioni SEAP ha illustrato la congruità dei prezzi offerti, rappresentando di aver avviato a smaltimento/recupero un totale complessivo di 106.480 Kg di rifiuti ad un costo unitario medio pari a € 1,567 al Kg.

Tuttavia, l'Ordinanza con cui è stato affidato il servizio non fa alcun riferimento all'analisi ed alla verifica della congruità dei prezzi offerti dalla SEAP, né al valore stimato dell'appalto, limitandosi a indicare che il servizio sarebbe stato computato a misura in base all'elenco prezzi unitari allegati, forniti dalla SEAP.

Il Comune ha prodotto il "Foglio patti e condizioni" sottoscritto con la SEAP in data 21 luglio 2020 che contiene gli elementi essenziali del contratto di appalto; pertanto risultano superati i rilievi prospettati dall'esponente in merito alla mancata contrattualizzazione dei servizi. Come già evidenziato il Foglio patti e condizioni prevede una durata del servizio di 30 giorni ed un importo complessivo stimato di 200 mila Euro oltre Iva.

Quanto alla mancata nomina del Responsabile del procedimento e del Direttore dell'esecuzione, il Comune ha evidenziato che il ruolo di RUP era da intendersi automaticamente assunto dal Responsabile dell'Ufficio ovvero dal funzionario che tale ufficio dirige in base all'art. 31 del d.lgs. 50/2016 che rinvia alle norme generali della legge 241/1990.

Ha dichiarato, inoltre, che l'incarico di Direttore dell'esecuzione è stato affidato "di fatto" ad un tecnico esterno, che è anche il Direttore dell'esecuzione del contratto di igiene urbana e raccolta differenziata, il quale in effetti ha sottoscritto il Certificato di pagamento del 29 novembre 2020.

Si ritiene che i chiarimenti forniti dal Comune non siano sufficienti a superare il rilievo in merito alla mancata nomina del RUP, in quanto l'affidamento in questione è stato effettuato (per quanto in atti) direttamente dal Sindaco con l'Ordinanza contingibile e urgente, senza che venissero poi emessi provvedimenti "a valle" da parte degli Uffici comunali, dai quali si sarebbe potuto individuare, al limite, il Responsabile del procedimento.

In secondo luogo, l'utilizzo " di fatto" del Direttore dell'esecuzione di un diverso appalto (seppure affine a quello in questione), tra l'altro un soggetto esterno all'amministrazione comunale, appare del tutto irrituale e non in linea con la normativa di riferimento (si vedano l'art. 111 comma 2 del d.lgs. 50/2016 e le indicazioni dell'Autorità nelle Linee guida n. 3, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017, nonché il Regolamento emanato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con Decreto n. 49 del 7 marzo 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 15 maggio 2018).

In base all'art. 3 del Foglio patti e condizioni «a conclusione della verifica di conformità sarà rilasciato dal Direttore dell'esecuzione il certificato di regolare svolgimento del servizio, previa approvazione del RUP». Tuttavia, il certificato di regolare esecuzione non risulta rilasciato ed il Comune nelle controdeduzioni ha dichiarato di aver «verificato, condiviso ed accettato, senza eccezione alcuna» la Relazione descrittiva dell'intervento del 2 febbraio 2021.
Tale Relazione, tuttavia, non può intendersi sostitutiva del certificato di regolare esecuzione in quanto redatta da soggetti terzi all'amministrazione comunale, ossia la stessa SEAP ed un tecnico Ingegnere di fiducia della stessa società (che, tra l'altro, nell'elenco dei prezzi unitari aveva indicato un costo di € 3.000,00 per la redazione di tale documento).
Sotto altro profilo, il Comune di Lampedusa non ha chiarito le modalità dei controlli sui requisiti del subappaltatore ai sensi dell'art. 105 comma 7 del d.lgs. 50/2016 né le modalità con cui lo stesso subappalto è stato autorizzato ai sensi dell'art. 105 comma 18 del d.lgs. 50/2016.
Tra l'altro, il Comune nelle controdeduzioni ha dichiarato la presenza di un solo subappaltatore, la ISEDA S.r.l. di Aragona, mentre nella Relazione descrittiva dell'intervento SEAP dichiara che sono stati autorizzati anche i noli della Edil Scami S.r.l. ed i lavori di recinzione della Nuova Mediterraneum C&C S.r.l. con sede a Lampedusa.
Le considerazioni sopra svolte fanno quindi sorgere forti perplessità in merito ai controlli sulla regolare esecuzione del servizio da parte del Comune di Lampedusa.
Tra l'altro, negli atti esaminati, non si fa alcun riferimento al deposito, da parte dell'appaltatore, della garanzia/cauzione per la corretta esecuzione del servizio.
Da ultimo, il Comune ha dichiarato di non aver acquisito il CIG ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, in quanto si sarebbe trattata di una dimenticanza, impegnandosi a regolarizzare in sanatoria tale adempimento. Ad oggi il CIG - ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari (art. 3 legge n. 136/2010) - obbligatorio per tutti i contratti di lavori, servizi e forniture, a prescindere dall'importo degli stessi e dalle modalità di affidamento, non risulta tuttavia essere stato acquisito.

4. Criticità relative all'affidamento avvenuto con Ordinanza n. 69 del 30 novembre 2020

Come già evidenziato, con l'Ordinanza contingibile e urgente n. 69/2020 a cui ha fatto seguito la Determinazione dirigenziale del Settore VI n. 1098 del 1° dicembre 2020, il Sindaco pro tempore del Comune di Lampedusa e Linosa ha affidato alla SEAP l'appalto del servizio di messa in sicurezza dello specchio delle acque del porto di Lampedusa, più precisamente di alaggio imbarcazioni, trasporto e smaltimento presso impianti autorizzati.
Anche in questo caso l'Ordinanza così come la Determinazione di affidamento, non appaiono adeguatamente motivate in ordine alle circostanze per cui si sia ritenuto per la scelta dell'affidamento diretto, anziché optare per le procedure di affidamento in situazioni di estrema urgenza previste dal d.lgs. 50/2016, né si evincono le specifiche norme del d.lgs. 50/2016 a cui si è inteso derogare e le relative motivazioni.
Anche in questo caso, inoltre, dagli atti emanati dal Comune non emergono le motivazioni per cui sia stata interpellata esclusivamente la società SEAP, per cui valgono le considerazioni prima svolte in merito all'Ordinanza n. 49/2020.
Non emergono altresì le verifiche effettuate sulla sussistenza dei requisiti generali autodichiarati della SEAP (assenza di cause di esclusione ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016, regolarità fiscale,

antimafia, casellario giudiziale). L'unico riferimento ad un controllo sui requisiti dell'appaltatore è presente nei Certificati di pagamento e nelle Deliberazioni di liquidazione, che si riferiscono al controllo positivo del DURC. In base al Foglio Patti e condizioni del 1° dicembre 2020 sembra piuttosto che la sussistenza dei requisiti della SEAP sia stata desunta in via presuntiva da altri appalti svolti dalla stessa preso il Comune di Lampedusa.

SEAP nelle controdeduzioni ha illustrato la congruità dei prezzi offerti, rappresentando di aver avviato a smaltimento/recupero un totale complessivo di 261.790 Kg di rifiuti al costo unitario di € 2,896 al Kg.

Tuttavia, né l'Ordinanza né la Determinazione con cui è stato affidato il servizio fanno alcun riferimento alla verifica della congruità dei prezzi offerti dalla SEAP, né ai requisiti di idoneità dell'appaltatore. In relazione alla copertura dei costi dell'intervento si rinvia ad un futuro finanziamento da parte della Prefettura di Agrigento.

Il Comune e SEAP risultano aver sottoscritto, in data 1° dicembre 2020 il "Foglio patti e condizioni" per cui risultano superati, anche in questo caso, i profili relativi alla mancata stipula del contratto di appalto. Come già evidenziato, nel Foglio Patti e condizione viene stimato un valore di massima del servizio pari ad un milione di Euro e una durata di 60 giorni.

Parimenti risulta superato il rilievo relativo alla mancata nomina del Responsabile del procedimento, in quanto in questo caso l'affidamento è avvenuto tramite Determina Dirigenziale del Responsabile del Settore VI, e dunque la funzione di RUP, in assenza di nomina espressa, può intendersi automaticamente assunta dal dirigente o dal funzionario responsabile del suddetto Ufficio (Cfr. Consiglio di Stato, VI, 7 febbraio 2018, n. 778).

Non risulta tuttavia nominato un Direttore dell'esecuzione, deponendo in tal senso anche il fatto che i Certificati di pagamento sono stati sottoscritti dal Responsabile dell'Ufficio VI e dal Sindaco. Ciò risulta non conforme alle Linee Guida Anac n. 3 sopra richiamate, per cui il direttore dell'esecuzione del contratto è soggetto diverso dal responsabile del procedimento per affidamenti di importo superiore a 500.000 Euro.

Per quanto attiene ai controlli sulla regolare esecuzione del servizio, l'art. 3 del Foglio Patti e condizioni prevede che «durante e comunque dopo l'ultimazione delle prestazioni del servizio d'intesa con il DEC, il RUP ai fini della verifica di conformità delle attività di servizio affidate rilascia attestazione di regolare esecuzione del servizio In corso d'opera e finale».

Il Responsabile del Settore VI ha dichiarato (senza produrre i relativi documenti) di aver rilasciato due attestazioni di regolare esecuzione, la prima in corso di esecuzione dopo l'emissione del Certificato di pagamento n. 1 del 31 dicembre 2020 e la seconda dopo l'emissione del Certificato di pagamento n. 3 del 28 febbraio 2021 con cui si attesta «che i lavori sono stati regolarmente eseguiti e con buon esito».

Anche in questo caso negli atti esaminati non si fa alcun riferimento al deposito, da parte dell'appaltatore, della garanzia/cauzione per la corretta esecuzione del servizio.

Il Comune non ha inoltre chiarito le modalità dei controlli effettuati in merito ai requisiti dei subappaltatori ai sensi dell'art. 105 comma 7 del d.lgs. 50/2016 né le modalità con cui i subappalti/noli siano stati autorizzati ai sensi dell'art. 105 comma 18 del d.lgs. 50/2016 e non ha fornito allo scrivente Ufficio i contratti di subappalto/nolo.

Da ultimo, anche in questo caso il Comune ha dichiarato di non aver acquisito il CIG ai fini della tracciabilità in quanto si sarebbe trattata di una dimenticanza, impegnandosi a regolarizzare in

sanatoria tale adempimento. Anche in questo caso ad oggi il CIG non risulta, tuttavia, essere stato acquisito.

5. Finanziamento degli interventi affidati alla SEAP

In base alle dichiarazioni del Responsabile del Settore VI e del Segretario Comunale nell'esposto, con nota prot. 15.148 del 14 settembre 2021 il Sindaco pro tempore avrebbe formulato una richiesta di contributo alla Prefettura di Agrigento per un importo di € 1.029.081,12 per interventi di bonifica, a fronte di interventi di bonifica sia del suolo che dello specchio acqueo del porto che «nell'anno 2020 il Comune di Lampedusa ha dovuto sostenere a causa della presenza di numerosi resti delle imbarcazioni dei migranti». L'istanza di contributo farebbe riferimento sia all'Ordinanza sindacale n. 69/2020 che alle Ordinanze nn. 38/2020, 46/2020 e 70/2020.

In data 31 dicembre 2021 la Prefettura di Agrigento ha concesso un primo contributo di € 500.000,00 che, in base alle informazioni assunte nel corso dell'istruttoria, sarebbe stato utilizzato per il pagamento delle fatture SEAP relative ai servizi svolti a seguito dell'Ordinanza n. 69/2020 n. 492/2020 n. 15/2021 e per l'acconto sulla fattura n. 104/2021.

Con nota prot. 6260 del 27 gennaio 2022 la Prefettura di Agrigento avrebbe confermato la seconda tranche di finanziamento di € 500.000,00 che sarebbe stata incassata dal Comune in data 2 settembre 2022, per cui è stata redatta una proposta di delibera di Giunta comunale per approvare una variazione di bilancio urgente ai sensi dell'art. 175 comma 4 del d.lgs. 267/2000.

Ne consegue che entrambe gli affidamenti (Ordinanza n. 46/2020 e Ordinanza n. 69/2020) risultavano privi di copertura finanziaria.

Il Comune nelle controdeduzioni ha rappresentato che in mancanza di fondi propri, l'amministrazione comunale era certa che le somme necessarie per lo svolgimento del servizio avrebbero trovato certamente capienza nei fondi che periodicamente stanzia il Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione del Ministero dell'Interno, tramite la Prefettura di Agrigento.

Per quanto di competenza dell'Autorità ci si limita ad osservare che, di regola, i bandi di gara ed i provvedimenti con cui vengono affidati appalti pubblici, non possono contenere clausole che subordinano i pagamenti dovuti all'impresa esecutrice all'ottenimento di finanziamenti da parte di soggetti terzi (es. finanziamenti derivanti da fondi europei) ovvero a risorse non ancora a disposizione – quanto meno in termini di cassa - da parte della stazione appaltante, in quanto il principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. unitamente alle previsioni dell'art. 81 Cost. impone che i provvedimenti comportanti una spesa siano adottati soltanto in presenza di idonea copertura finanziaria (si veda il Comunicato del Presidente del 6 ottobre 2015).

Considerazioni conclusive

L'istruttoria effettuata ha fatto emergere, in primo luogo, il peculiare contesto in cui il Comune di Lampedusa e Linosa si è trovato ad operare, che vede costretta l'Amministrazione comunale a fronteggiare le conseguenze del fenomeno migratorio, a causa della collocazione geografica dell'isola. In tale contesto si sono verificate le circostanze impreviste e imprevedibili e non imputabili all'Amministrazione comunale che hanno condotto all'emanazione delle due Ordinanze contingibili e urgenti (gli incendi ed il "fortunale").

Non si può tuttavia far a meno di rilevare che attraverso le due Ordinanze *extra ordinem* sono stati affidati in forma diretta, in pressoché totale disapplicazione delle norme e dei principi del d.lgs.

50/2016, e delle norme in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, appalti di servizi per un valore totale di oltre un milione di euro.

Dall'istruttoria effettuata emergono, inoltre, forti perplessità in merito ai controlli effettuati dal Comune nella fase di esecuzione del servizio e dunque, sulla corretta esecuzione dello stesso da parte dell'appaltatore.

A fronte di tutto quanto sopra riepilogato e considerato, si invita il Comune di Lampedusa e Linosa a tenere conto per il futuro delle considerazioni espresse e delle indicazioni fornite con la presente comunicazione ai fini della possibile migliore conformazione alle norme del Codice dei Contratti.

La presente viene trasmessa anche al Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, che ha concesso il finanziamento a copertura degli affidamenti oggetto di istruttoria, per le eventuali valutazioni di competenza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente