omissis

Fasc. UVCP n. 1483/2023

(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: *Omissis* – Decreto n. 82 del 27/12/2021 - Proroga del contratto di concessione della piattaforma depurativa di *Omissis*. Avvio procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente - Nota di definizione in forma semplificata ai sensi dell'art. 21 del Regolamento Anac sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018

Ritenuto in fatto e in diritto

Nell'espletamento delle proprie attività istituzionali, l'Autorità ha riscontrato una possibile violazione della normativa di settore nell'affidamento in proroga della concessione in oggetto, disposto dal *omissis* in favore dell'operatore economico *omissis.*

Pertanto, non note prot. U. nn. 2191 del 11.1.2023 e 21512 del 16.3.2023, al fine di valutare la sussistenza di margini di intervento dell'Autorità, sono state richieste informazioni all'ente in indirizzo, ai sensi dell'art. 13, comma 4, del Regolamento di Vigilanza del 04.07.2018, in merito alla criticità suesposta.

In riscontro alle suindicate richieste, sono stati acquisiti i prot. nn. 6270 del 24.1.2023 e 25214 del 29.3.2023, con i quali l'ente ha relazionato sui profili richiesti, allegando ampia documentazione a supporto delle proprie dichiarazioni.

In particolare, il Commissario liquidatore del *omissis* ha specificato di essere subentrato nella Convenzione per la concessione e gestione di impianti di depurazione in relazione a diversi agglomerati industriali insistenti in alcuni comuni *omissis*, stipulata in data 1.7.2002, con scadenza al 31.12.2020; la durata del servizio è stata poi prorogata, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione richiamata, dapprima fino al 31.12.2021 e poi, con decreto n. 82 del 27.12.2021, fino al 31.12.2022.

Su richiesta dell'Autorità, il Commissario liquidatore ha esplicitato che tale ultima proroga si è resa necessaria al fine di consentire la continuità di un servizio pubblico essenziale (anche in considerazione degli atti di indirizzo rilasciati dalla Regione *omissis*, in qualità di socio ed ente vigilante), nonché per la tutela degli

interessi dei creditori, essendo stato il *OMISSIS* posto in liquidazione sulla base di diverse disposizioni normative. Contestualmente, gli esponenti del *omissis* hanno affermato di aver intrapreso le procedure per l'affidamento mediante concessione di costruzione e gestione in PPP della piattaforma depurativa ad un nuovo operatore economico e che è attualmente in fase di valutazione la ricerca di soggetti cui affidare la redazione del PFTE; hanno poi specificato che, nelle more della nuova aggiudicazione, *OMISSIS* ha deliberato di "*mantenere attiva la convenzione con la società OMISSIS S.p.A. per assicurare la piena funzionalità dell'impianto di depurazione e rispettando l'indirizzo regionale già espresso, e ciò per garantire la funzione pubblica riconosciuta all'impianto per il trattamento dei reflui civili dei comuni dell'area servita".*

****

Dalla documentazione acquisita in atti sono emerse criticità nell'affidamento di cui all'oggetto, motivo per il quale si adotta il presente atto di conclusione del procedimento in forma semplificata, ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento di Vigilanza.

Più in dettaglio, l'istruttoria ha evidenziato come, sin dalla scadenza della Convenzione con l'operatore economico *OMISSIS* S.p.A., il *OMISSIS* abbia disposto due proroghe del servizio in favore del medesimo operatore economico, rispettivamente **dal 1.1.2021 al 31.12.2021 e dal 1.1.2022 al 31.12.2022**; come chiarito dallo stesso ente, poi, tale operatore economico continua allo stato attuale ad espletare il servizio, nelle more della predisposizione ed aggiudicazione della gara per l'affidamento a nuovo contraente mediante PPP, in violazione dei principi di concorrenza e parità di trattamento tra gli operatori economici, traducendosi, nella sostanza, tali proroghe in affidamenti senza gara.

Sul punto, giova premettere che costituisce consolidato principio di derivazione eurocomunitaria che le concessioni, quali atti "*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"* (cfr. 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 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, "*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"* (cfr. in senso conforme, Delibera ANAC n. 627 del 8 settembre 2021).

Nello stesso senso depone la giurisprudenza amministrativa: la recente sentenza del Tar Campania n. 1312 del 2 aprile 2020 rimarca la natura del tutto eccezionale della prosecuzione dei rapporti scaduti, asserendo che, anche alla luce dell'art. 23 della legge n. 62/2005 – che stabilisce, con valenza generale e preclusiva sulle altre disposizioni dell'ordinamento, il divieto di rinnovo dei contratti scaduti – *"l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto e qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, debba effettuare una nuova gara pubblica".*

Nel complessivo sistema delineato dal legislatore europeo, dunque, la proroga costituisce uno strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali e nei soli casi in cui vi sia la necessità di assicurare lo svolgersi del servizio nelle more dell'espletamento della nuova procedura di selezione. Per questa ragione, al di fuori dei ristretti limiti individuati dalla giurisprudenza e definiti oggi normativamente dall' art. 106, comma 11, d.lgs. n. 50/2016, l'istituto della proroga si pone in difformità con la normativa in materia di contratti pubblici e con i principi generali che governano l'evidenza pubblica, in quanto rappresenta, nella sostanza, un affidamento diretto senza gara, realizzato in violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, di cui al vigente art. 30 del codice dei contratti.

In concreto, l'istruttoria espletata ha evidenziato come alla scadenza del rapporto contrattuale con la *OMISSIS* S.p.A., *OMISSIS* abbia disposto la continuità del servizio facendo ricorso alla previsione dell'art. 4 della Convenzione del 1.7.2002, demandando alla concessionaria la gestione degli impianti per un ulteriore anno, e dunque fino al 31.12.2021 (cfr. provvedimento prot. n. 6315/2020); decorsa quella data, tuttavia, avrebbe dovuto estinguersi ogni rapporto con la concessionaria, rapporto che invece è proseguito per effetto della determina n. 82 del 27.12.2021 prima e in via di fatto dopo.

Sul punto occorre operare un distinguo tra le due ulteriori proroghe disposte dall'ente pubblico in data successiva al 31.12.2021.

PROROGA 01.01.2022 – 31.12.2022

Nel primo caso, non può ignorarsi la sussistenza di ragioni di eccezionalità ed urgenza giustificanti la prosecuzione del rapporto con la *OMISSIS* concessionaria, disposta fino al 31.12.2022; dalla documentazione trasmessa dall'ente concedente in riscontro ai chiarimenti richiesti dall'Autorità con le sopracitate richieste istruttorie è infatti emerso come *OMISSIS* sia stato posto in liquidazione coatta amministrativa diverse volte, prima per effetto dell'art. 1 L.R. 47/2019, poi dichiarata incostituzionale, poi per effetto dei DGR n. 411 del 25.8.2021 e DPGR 147 del 1.9.2021 - atti questi sospesi dal TAR *omissis*- e infine con DGR n. 478 del 12/11/2021, per effetto dell'art. 15 d.l. 98/2011.

In virtù di tali vicissitudini, l'ente ha richiesto (con nota prot. 7886 del 14.12.2021) alla regione *omissis* apposito atto di indirizzo necessario a definire il percorso relativo alla gestione della piattaforma depurativa di *Omissis*; **con nota prot. n. 553388 del 22.12.2021**, la regione *omissis*, in qualità di socio ed ente vigilante ha sottolineato l'importanza di "*garantire la continuità del servizio*".

Tutte queste ragioni sono state poste a base del nuovo affidamento del servizio alla *OMISSIS* S.p.A., disposto con la determina n. 82 del 27.12.2021, per un periodo di tempo pari ad ulteriori 12 mesi. La prosecuzione

del rapporto scaduto, in questo caso, può dirsi eccezionalmente connessa all'incertezza sul regime giuridico applicabile al *omissis* posto in liquidazione, all'avvicendarsi dei commissari liquidatori e alla necessità di garantire la continuità nell'espletamento di un servizio pubblico, anche in considerazione dell'atto di indirizzo fornito sul punto dalla regione *omissis*.

PROROGA 01.01.2023 – allo stato attuale

Diversamente, risulta del tutto illegittima l'ulteriore proroga in favore del medesimo operatore economico, che, di fatti, ha continuato ad espletare la propria attività in favore del *OMISSIS*, che ha fornito un implicito assenso allo svolgimento del servizio in via di fatto, non risultando agli atti alcun provvedimento espresso adottato dall'ente in relazione all'affidamento di cui trattasi. Tale ulteriore proroga difetta infatti del carattere della temporaneità (non essendo chiari e certi i tempi connessi all'aggiudicazione della nuova gara) e dei caratteri dell'eccezionalità e dell'urgenza, che potevano certamente considerarsi sussistenti nell'annualità 2021, ma non in quella 2022, essendo divenute note, al tempo, alle strutture dell'ente la situazione giuridica dello stesso e le problematiche sottese all'affidamento di cui trattasi. In questa prospettiva, il *OMISSIS* avrebbe dovuto considerare di aver già precedentemente disposto **diversi affidamenti in proroga del medesimo servizio** e avrebbe potuto dunque determinarsi diversamente, risultando assolutamente prevedibile la mancata aggiudicazione della nuova concessione alla scadenza della proroga disposta fino al 31.12.2022.

Nella sostanza, sin dalla scadenza della Convenzione nel 2020, il precedente operatore economico ha continuato ad espletare la propria attività in favore del *OMISSIS*, in palese violazione delle regole di concorrenza e delle norme del codice dei contratti. Tale circostanza è stata del resto confermata dallo stesso ente concedente, che su specifica domanda dell'Autorità ha confermato "*di mantenere attiva la convenzione con la società OMISSIS S.p.A. per assicurare la piena funzionalità dell'impianto di depurazione e rispettando l'indirizzo regionale già espresso, e ciò per garantire la funzione pubblica riconosciuta all'impianto per il trattamento dei reflui civili dei comuni dell'area servita*".

Per le ragioni sopra esposte, deve affermarsi che in nessun caso l'ordinamento potrebbe consentire una prosecuzione del rapporto giungo a scadenza e già prorogato, specialmente se disposta in via di fatto, essendo tale fattispecie contraria ai richiamati principi concorrenziali. È del tutto evidente, dunque, che il *OMISSIS* abbia consentito la prosecuzione di un rapporto il cui affidamento con gara risultava scaduto; nella sostanza, tale ulteriore proroga si traduce in un affidamento senza gara, che si pone in violazione dei principi di concorrenza e parità di trattamento tra gli operatori economici. Consequenziale è, quindi, la illegittimità della proroga, tenuto conto che la prosecuzione del rapporto scaduto è avvenuta in circostanze assolutamente prevedibili per l'ente concedente, e come tali evitabili, anche in considerazione delle evidenze descritte dallo stesso ente nelle citate note di riscontro. A sostegno di quanto affermato, si richiama il costante orientamento giurisprudenziale, per cui la proroga di contratti scaduti, al di fuori dei limiti normativi, *"dà luogo a una figura di trattativa privata non consentita e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al giudice amministrativo il suo interesse legittimo all'espletamento di una gara"* (Consiglio di Stato, sent. n. 3391/2008).

*****

Tutto ciò rappresentato, alla luce delle considerazioni suesposte, si definisce la presente istruttoria ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici, contestando a codesto ente in indirizzo di aver proceduto alla proroga di contratti scaduti in modo illegittimo e in contrasto con i principi sopra richiamati.

Pertanto, si raccomanda allo stesso di adottare atti formali regolanti il rapporto con l'operatore economico concessionario, di non disporre ulteriori proroghe del servizio in favore dello stesso e di agire nel rispetto della normativa di settore, fornendo aggiornamenti sulle determinazioni che saranno assunte per superare le criticità segnalate con il presente atto di definizione.

Il Dirigente

Ilario Sorrentino

Firmato digitalmente il 12 aprile 2023