



DELIBERA N.628

8 settembre 2021

Fasc. Anac UVCS n. 4243/2020/gg

Oggetto: Procedure di scelta del contraente e proroghe reiterate dell'affidamento per la gestione degli impianti di depurazione del Comune di - omissis -

Riferimenti normativi

art. 29, 125, 57 co. 7, d.lgs. 50/2016; art. 36, d.lgs. 50/2016; art. 1, co. 450, Lg. 296/2006

Parole chiave,

Rinnovo tacito, frazionamento artificioso, affidamento diretto, criterio di rotazione

Visto

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;
Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

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

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

Delibera

Premessa

Con nota n. 72144/2020, l'Autorità, in seguito all'esposto di alcuni Consiglieri comunali, ha avviato il procedimento istruttorio nei confronti del Comune di - omissis -, in relazione a presunte anomalie nella gestione amministrativa degli affidamenti del servizio di depurazione delle acque fognarie.

In esito all'esame della documentazione acquisita presso il Comune di - omissis -, con nota n. 29448 del 9.04.2021 sono state comunicate le seguenti risultanze istruttorie, approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 9.03.2021, al fine di acquisire controdeduzioni e memorie da parte della stazione appaltante e del concessionario.

Risultanze istruttorie

Segnalazione/esposto

Le criticità denunciate nell'esposto sono incentrate sulle modalità di affidamento del servizio e sulle reiterate proroghe o rinnovi dello stesso. Da quanto esposto, il Comune di - omissis - avrebbe, sin dal primo affidamento del 2014, proceduto ad affidamenti diretti, senza gara, in favore della ditta - omissis - snc di - omissis -, sottraendo reiteratamente per tale via al confronto competitivo e alla concorrenza appalti per un valore complessivo di oltre 250.000 Euro.

Nella segnalazione pervenuta si evidenzia, infatti, che la gestione degli impianti di depurazione comunali, affidata senza gara nel 2014 perché stimata di importo inferiore alla soglia di 40.000 Euro, sarebbe stata oggetto di ulteriori e sistematiche proroghe sino al 2020 attraverso il meccanismo del rinnovo tacito; ne discenderebbe quindi che la soglia dei 40.000 euro non sia stata raggiunta nel singolo affidamento a causa del frazionamento di un'unica prestazione continuativa in contratti annuali, nonché grazie allo scorporo di attività intimamente connesse alla gestione dei depuratori, (lo smaltimento dei fanghi, i lavori di manutenzione) fatte oggetto di separati affidamenti; si adombra, quindi, che l'Ente abbia violato il divieto di artificioso frazionamento di appalti pubblici al fine di eludere le procedure di scelta del contraente previste dal d.lgs. n. 50/2016.

Quanto all'ultimo affidamento effettuato nel 2020, l'affidamento diretto del servizio operato nei confronti della - omissis - s.n.c. non terrebbe conto dei precedenti appalti conferiti alla stessa ditta, in spregio al principio di rotazione affermato dall'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

Da quanto rappresentato nell'esposto, con nota n. 72144/2020 lo scrivente Ufficio ha avviato il procedimento istruttorio, contestando diversi possibili profili di anomalia, quali l'omesso ricorso a procedure di evidenza pubblica, l'utilizzo distorto di proroghe e rinnovi contrattuali con particolare riguardo alla violazione del divieto di rinnovo tacito, l'artificioso frazionamento di appalti, la mancata rotazione nella scelta dell'operatore economico in via diretta, la possibile violazione degli obblighi contributivi verso l'Anac e la violazione delle norme di tracciabilità dei flussi finanziari ove fosse accertata l'omessa acquisizione dei CIG laddove prescritti in ragione del valore delle commessa pubblica, ed eventuali evidenze penali connesse.

Ricostruzione del fatto

Dalla documentazione fornita dal Comune di - omissis - si evince quanto segue.

Dopo la riconsegna degli impianti da parte della società G.C. - omissis - Srl in data 28.05.2013, il servizio fu temporaneamente affidato all'impresa I. - omissis - e da questa gestito continuativamente sino al 14.07.2014 grazie a rinnovi taciti.

Con determinazione dell'Area Tecnica n. 264/2014 del 14.07.2014 il Comune di - omissis -, "previa negoziazione", affidava all'impresa - omissis - il servizio di gestione e programmazione degli impianti di depurazione in località - omissis -, senza precisare la durata né l'importo totale dell'affidamento, ma soltanto quello mensile pari ad Euro 3.000,00.

Il contratto di appalto stipulato in pari data (del quale non sono forniti gli estremi di registrazione) prevede come oggetto del servizio la gestione e la programmazione dei suddetti impianti nonché l' "impegno a procedere con l'acquisizione delle autorizzazioni necessarie per la gestione degli impianti".

All'art. 2 è previsto che l'appalto abbia durata di un anno dalla stipula e che lo stesso si possa rinnovare in modo tacito fino alla interruzione formale, con atto scritto e formale, da trasmettere con almeno 60 giorni di anticipo.

L'importo del contratto è quantificato in complessivi Euro 3.000 mensili (pari ad Euro 36.000 annui), oltre IVA.

Tra gli oneri a carico del Gestore è compresa la manutenzione ordinaria e la manutenzione programmata. Quanto alla manutenzione straordinaria, si pattuisce che, in caso si rendano necessarie riparazioni o sostituzioni di componenti dell'impianto, il Gestore vi provveda a spese del Committente, previa autorizzazione della spesa.

Non sono previste penali per difformità nell'esecuzione, fatta eccezione di quanto sancito dall'art. 3.4 ("In caso di ripetute inadempienze del Gestore, comunicate per iscritto dall'Ente a mezzo raccomandata AR e senza adeguate giustificazioni da parte del Gestore, il Committente si riserva la facoltà di sospendere con effetto immediato il contratto in essere, senza il riconoscimento di spettanze da parte del Gestore, salvo quelle già maturate"). Per le fattispecie delle gravi inadempienze o gravi negligenze da parte del Gestore, non meglio specificate con una casistica di dettaglio, è prevista poi la risoluzione anticipata "in danno" del contratto.



Il conseguente Verbale di consegna, sottoscritto anch'esso nella stessa data, esplicita più chiaramente che la durata annuale del servizio e la possibilità di tacito rinnovo prevista dal contratto dipendono proprio dal fatto che "i tempi necessari per il ripristino della corretta capacità depurativa degli impianti e il completamento di tutte le procedure burocratiche, amministrative e di accertamento per ottenere le necessarie autorizzazioni potrebbero essere superiori alla durata temporale prevista nel contratto ma non sono allo stato prevedibili". A fronte di ciò, "L'affidamento per un anno con tacito rinnovo, persegue espressamente l'obiettivo di consentire al Comune di controllare il corretto adempimento progressivo degli obblighi contrattuali dell'affidatario sino al raggiungimento dello scopo dell'affidamento ed eventualmente in caso di insoddisfazione, di procedere all'interruzione formale, non permettendo così di stabilire a priori l'eventuale importo complessivo dell'appalto." Pertanto: "Tenuto conto del particolare oggetto dell'affidamento, che consiste non solo nella gestione e manutenzione degli impianti affidati ma nella programmazione ed esecuzione di tutte le attività tecniche necessarie a garantire il rispetto delle leggi in materia ambientale e di salute pubblica e ad ottenere per gli stessi le prescritte autorizzazioni, tale da comportare l'instaurazione di un rapporto di stretta solidarietà di scopo, ove si dovesse procedere con il tacito rinnovo, tutto quanto ivi stabilito, vale altresì, eventualmente, come motivazione per derogare alla necessità di procedere all'espletamento di altre procedure per l'individuazione di altri diversi operatori ai quali affidare il servizio visto anche la loro scarsa disponibilità sul territorio locale."

La documentazione visionata evidenzia che, dopo l'iniziale affidamento alla - omissis -, l'Ente negli anni ha provveduto molte volte a rinnovare il contratto in essere: spesso tacitamente, procedendo al più ad approvare con Determina dirigenziale il relativo impegno di spesa; ovvero occasionalmente ha formalizzato distinti affidamenti diretti al medesimo operatore economico, di durata annuale o indeterminata, ma che comunque comportavano un impegno economico per la stazione appaltante sempre nella misura di Euro 36.000 annui, oltre IVA.

Nel complesso dagli atti acquisiti risulta che tra il luglio 2014 e il gennaio 2021 sono stati affidati all'impresa - omissis - prestazioni per un ammontare complessivo di circa 240.000 Euro (comprendendo in tale somma anche le spese relative alla manutenzione straordinaria e allo smaltimento dei fanghi).

Valutazioni

In ordine a tale *modus operandi*, valutate le repliche rese dal Comune di - omissis - nel corso dell'istruttoria, emergono le seguenti criticità.

La previsione del rinnovo tacito dell'affidamento contenuta nell'art. 2 del contratto d'appalto del luglio 2014 non appare conforme all'art. 6 della l. 537/1993, come modificato dall'art. 23 della l. 62/05, e all'art. 57, comma 7, d.lgs. 163/2006, che dispongono il divieto di rinnovo tacito di tutti i contratti aventi ad oggetto forniture, servizi e lavori, comminando la nullità di quelli rinnovati tacitamente; di talché risulterebbero nulli i rinnovi attuati in applicazione di tale clausola.

Anche al di fuori della fattispecie del rinnovo tacito, peraltro, la reiterazione del contratto con lo stesso appaltatore nei termini praticati dalla stazione appaltante non appare in linea con le ipotesi di ammissibilità della ripetizione/proroga dei contratti in essere dettate dagli artt. 63, co. 5, del d.lgs. 50/2016 (già art. 57 co. 5 del d.lgs. 163/2006) e 106, comma 11, d.lgs. 50/2016 (già art. 23 l. 62/2005).

Al di là della forma giuridica adottata, analoghe perplessità si estendono anche ai vari affidamenti diretti di importo appena inferiore ai 40.000, disposti a favore della - omissis - s.n.c. negli anni 2014, 2017 e 2020. Unitamente alle suddette proroghe contrattuali, essi costituiscono il risultato del frazionamento di un'unica prestazione di servizi di durata pluriennale avente un valore complessivo che, rapportato al tempo del primo affidamento, risulta superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

La sottrazione all'evidenza pubblica operata in virtù dello suddetto frazionamento appare quindi in contrasto con l'art. 29 comma 1, 3 e 4 del d.lgs. 163/2006 vigente al tempo del primo affidamento alla - omissis - (secondo il quale la stima del valore dell'appalto, da effettuare all'avvio della procedura di affidamento, deve tener conto di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto; ed è vietato il frazionamento artificioso dell'appalto ai fini, tra l'altro, della determinazione delle modalità di affidamento); e con l'art. 125 comma 11, che nell'ambito degli appalti di servizi circoscrive il ricorso all'affidamento diretto con un unico operatore agli importi inferiori a 40.000

Euro; nonché con le altre disposizioni che disciplinano le procedure da seguire nell'affidamento e i relativi obblighi di pubblicità e comunicazione in proporzione al valore del contratto (*ex multibus*, art. 124 comma 1 d.lgs. 163/2006). Vale rilevare che tali regole costituiscono attuazione dei principi di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità e di pubblicità immanenti nel diritto comunitario - in particolare per quanto attiene la concezione dell'affidamento diretto senza confronto competitivo come istituto eccezionale, cui è possibile ricorrere nei casi tassativamente previsti dalla legge; sicché esse, riprodotte con lievi modifiche nei successivi aggiornamenti del Codice dei contratti pubblici (cfr. art. 36 comma 2 lett. A. del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.) erano vigenti anche al tempo degli affidamenti operati in favore della - omissis - nel dicembre 2017 e nell'aprile 2020. Per quanto attiene a tali ulteriori affidamenti senza gara, peraltro, si rileva anche l'inosservanza del criterio di rotazione nella scelta del contraente, recato dall'art. 36 comma 1 del d.lgs.50/2016.

D'altra parte non risultano accoglibili le argomentazioni addotte dal Comune per motivare, in deroga alle norme anzidette, la scelta di reiterare affidamenti di durata annuale allo stesso contraente, relativamente ad una prestazione che sin dal principio prevedeva si dovesse estendere in diverse annualità in attesa del perfezionamento delle prescritte autorizzazioni.

Difatti la normativa dei contratti pubblici non contempla l'uso del frazionamento delle commesse e la prospettiva dell'ulteriore affidamento (o del rinnovo contrattuale) come strumento di *enforcing* della piena e corretta esecuzione, in quanto una simile accezione si presterebbe facilmente all'elusione della regola dell'evidenza pubblica, permettendo l'aggiramento delle soglie che impongono di rapportare la gravità delle procedure di affidamento al valore della commessa.

Ciò a maggior ragione laddove trattasi di prestazioni contrattuali di un normale grado di complessità, nei confronti delle quali la conformità esecutiva e gli interessi della stazione appaltante potrebbero essere adeguatamente presidiate mediante un'accorta configurazione del contratto.

Nel caso di specie, si ritiene, il Comune di - omissis - ben avrebbe potuto perseguire l'interesse pubblico alla messa a norma del sistema di depurazione delle acque e alla gestione efficiente dello stesso mediante un contratto pluriennale congegnato con la previsione di adeguate penali per inadempimento e clausole rescissorie, strumenti che invece sono stati adoperati marginalmente e con scarsa o nulla effettività nei contratti esaminati. Parimenti non appare accoglibile la difesa della Stazione appaltante per quanto attiene lo scorporo delle attività di manutenzione straordinaria e di smaltimento dei fanghi, atteso che tali prestazioni sono state conferite alla medesima impresa - omissis -. A parere di quest'Autorità l'argomento dell'autonomia funzionale delle prestazioni secondarie poteva essere invocato a giustificare la separazione di queste ultime dalla commessa principale solo nel caso di affidamento ad altra impresa. Dal punto di vista operativo - peraltro - si tratta di spese a carattere periodico o comunque agevolmente preventivabili sulla base dei dati storici, pertanto nulla ostava che esse formassero oggetto del medesimo affidamento della gestione degli impianti.

Alla luce delle valutazioni che precedono, si ritiene che la stazione appaltante abbia affidato il servizio di gestione e manutenzione degli impianti di depurazione comunali con rinnovi reiterati ed affidamenti diretti al di fuori delle ipotesi previste dalla normativa vigente in materia, determinando la sottrazione al regime della concorrenza di contratti per un valore che, di norma, avrebbe richiesto una procedura competitiva.

Da ciò deriva altresì, oltre una possibile incidenza sull'economicità del servizio, la violazione degli obblighi contributivi nei confronti dell'ANAC, tenuto conto gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 Euro sono esenti da tale onere.

Si riscontra infine per alcuni affidamenti la violazione dell'obbligo di ricorso al MePA o ad altri mercati elettronici sancito dall'art. 1, comma 450 della legge n. 296 del 2006.

Atteso che il Comune di - omissis -, invitato a produrre le proprie controdeduzioni, non ha dato alcun riscontro alla comunicazione di risultanze istruttorie sopra riportata, le osservazioni ivi contenute si ritengono confermate a valle del contraddittorio di rito.

Tutto ciò considerato e ritenuto



DELIBERA

1. la clausola di rinnovo tacito dell'affidamento contenuta nel contratto d'appalto non è conforme all'art. 6 della l. 537/1993, come modificato dall'art. 23 della l. 62/05, e all'art. 57, co. 7, d.lgs. 163/2006;
2. la ripetuta rinnovazione del contratto iniziale non è conforme alle disposizioni dettate dagli artt. 63, co. 5, del d.lgs. 50/2016 (già art. 57, co. 5 del d.lgs. 163/2006) e 106, co. 11, d.lgs. 50/2016 (già art. 23 l. 62/2005), in materia di ammissibilità della ripetizione/proroga dei contratti in essere;
3. il frazionamento del contratto in oggetto da parte del Comune di - omissis - e il reiterato affidamento dello stesso al medesimo esecutore in assenza di procedure competitive è in contrasto con l'art. 29, comma 1, 3 e 4, e con l'art. 125, comma 11, del d.lgs. 163/2006, nonché con le altre disposizioni che disciplinano le procedure da seguire nell'affidamento e i relativi obblighi di pubblicità e comunicazione in proporzione al valore del contratto, contenute sia nel d.lgs. 163/2006 applicabile all'affidamento iniziale; sia nel d.lgs. 50/2016 applicabile *ratione temporis* agli affidamenti operati in favore della impresa - omissis - nel dicembre 2017 e nell'aprile 2020. Per quanto attiene a tali ulteriori affidamenti senza gara, inoltre, si rileva l'inosservanza del criterio di rotazione nella scelta del contraente, recato dall'art. 36 comma 1 del d.lgs. 50/2016;
4. al fine di monitorare l'evolversi della vicenda, si invita il Comune di - omissis - a voler comunicare tempestivamente le iniziative che si intendono adottare per sottoporre il servizio in oggetto al regime di libera concorrenza tra gli operatori e sanare le anomalie riscontrate;
5. di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera al Comune di - omissis - e alla impresa - omissis -.

Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 settembre 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente