

AS1686 - COMUNE DI ORTONA (CH)- CONTRATTO CONCESSIONE RESIDENZA ASSISTENZIALE ANZIANI

Roma, 9 luglio 2020

Comune di Ortona

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione dell'8 luglio 2020, ha inteso svolgere le proprie considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, quanto ad alcune criticità concorrenziali emerse nell'affidamento da parte del Comune di Ortona della gestione globale della casa di Riposo T. Berardi, concesso a seguito di gara all'attuale gestore, per il periodo di 15 anni compreso tra il 9 aprile 2002 ed il 15 luglio 2017.

In particolare, con la delibera 22 giugno 2017, n. 67, il Commissario Straordinario con i poteri della Giunta del Comune di Ortona fissava le linee guida in vista dell'indizione della nuova procedura per l'affidamento della gestione della Casa di Riposo per un ulteriore periodo di 15 anni.

Tale delibera nello specifico prevedeva l'individuazione del nuovo gestore tramite una procedura di gara aperta da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (offerta tecnica 70 punti; offerta economica 30 punti), stabilendo un canone annuale posto a base di gara di €40.000¹, nonché condizioni e requisiti di partecipazione alla procedura.

In prossimità della scadenza del contratto di gestione, la determinazione dirigenziale 22 giugno 2017, n. 720, ha poi avviato il procedimento a contrarre (CIG 7119260733), per la *"individuazione sul mercato di un soggetto al quale affidare la gestione globale e uso dell'immobile comunale denominato "Casa di Riposo T. Berardi" necessitante di lavori di adeguamento strutturale attualmente adibita a residenza assistenziale anziani (RAA) per anziani non autosufficienti e persone disabili, per la durata di anni 15 (quindici)"*.

Secondo tale determina, il valore a base di gara dell'appalto in concessione è di 30.988.500,00 euro, sulla base del volume di affari generato dagli introiti della struttura, sempre interamente occupata nel triennio antecedente al bando (2014-2016).

Essendo superata la soglia di rilevanza comunitaria, ai sensi dell'articolo 37, comma 2, del D.lgs. 50/2016, la delibera n. 720/2017 ha stabilito che la procedura fosse predisposta e gestita – anche sul piano della trasparenza e degli oneri di pubblicazione – dalla Centrale Unica di Committenza presso il Comune di Lanciano, cui aderisce il Comune di Ortona. Con la citata delibera è stato, altresì, approvato il capitolato speciale d'appalto e lo studio di fattibilità tecnica ed economica dei lavori di adeguamento strutturale dell'edificio, documenti non reperibili sul sito del Comune di Ortona.

Con la determinazione dirigenziale 12 luglio 2017, n. 786, nelle more dell'espletamento della procedura, il Comune di Ortona ha disposto la proroga tecnica del contratto di affidamento al gestore uscente *"per il periodo dal 16.07.2017 e per sei mesi e comunque fino alla data di stipula del contratto con il nuovo gestore"*, anche al fine di assicurare la custodia dell'impianto e l'assistenza alle persone ivi ricoverate e contestualmente consentire all'Ente di continuare a introitare il canone annuo di affitto pari ad 25.822,84 euro.

Tale determinazione richiama in proposito la deliberazione 16 ottobre 2011, n. 86, dall'AVCP (ora ANAC), secondo cui la proroga tecnica riveste carattere di temporaneità e di strumento idoneo esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale a un altro, in un'ottica di continuità amministrativa, quando, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente. La determinazione n. 768/2017 esclude espressamente l'esistenza di cause dipendenti dall'amministrazione, vista la disponibilità alla prosecuzione del rapporto manifestata in tal senso, con nota del 10 luglio 2017, dal precedente gestore.

Sul sito del Comune di Lanciano risulta pubblicato il bando e il disciplinare di gara (pubblicato in GUUE il 13 luglio 2017 e in GURI il giorno successivo), nonché la determinazione di approvazione di tutti gli atti di gara (n. 815 del 14 luglio 2017), che prevedono tra l'altro un termine per presentare l'offerta al 17 agosto 2017. È altresì menzionata la determina dirigenziale del 5 settembre 2017 di presa d'atto di gara deserta, senza possibilità di accedere al contenuto di tale delibera.

L'Autorità ritiene che l'affidamento della gestione in esame, nel suo complesso considerato, si ponga in contrasto con norme e principi posti a tutela della concorrenza, con particolare riguardo al tema della durata delle concessioni.

È, infatti, contraria a un ormai consolidato orientamento dell'Autorità, anche alla luce della Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione², la previsione di una durata eccessivamente lunga di affidamento – quale innegabilmente è quella di quindici anni –, che dovrebbe invece *"essere rigorosamente definita in maniera da*

¹ [La procedura prevede anche interventi strutturali necessari per garantire la piena funzionalità della struttura all'accoglienza di anziani non autosufficienti e persone disabili e le Linee Guida riconoscono in tal caso una riduzione del 50% del canone annuale stabilito in sede di aggiudicazione della gara per i primi tre anni di gestione in concessione.]

² [Cfr. considerando 52 e articolo 18 della Direttiva Concessioni.]

*perseguire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, senza però rinviare per tempi eccessivamente lunghi il confronto concorrenziale*³.

Considerato che anche l'appalto iniziale (dal 2002 al 2017) è stato di pari durata e che il valore dell'appalto è di oltre 30 milioni di euro, a fronte, peraltro, di un canone di affitto annuo di 40.000 euro, dimezzato per i primi tre anni in caso di effettuazione dei lavori di ristrutturazione necessari, la durata di quindici anni stabilita da codesto Comune non appare proporzionata al tempo necessario a recuperare gli investimenti. La concorrenza per il mercato risulta, di conseguenza, indebitamente bloccata per un periodo considerevole, peraltro non ancora concluso.

Anche il ricorso da parte di codesto Comune all'istituto della proroga tecnica richiede alcune osservazioni.

Tale strumento è stato in via eccezionale predisposto dall'ordinamento per garantire continuità all'azione amministrativa, per un periodo limitato di sei mesi, sul presupposto che l'amministrazione, pur tempestivamente attivata, possa avere necessità di disporre di qualche tempo in più per effettuare il cambio di appalto. Ciò è ora sancito dall'articolo 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016, vigente al momento della determinazione n. 768/2017⁴.

In ogni caso, la giurisprudenza ha affermato che, scaduto l'appalto originario, per ragioni di interesse pubblico fissate dal legislatore in materia di contratti pubblici, qualora l'amministrazione abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, questa deve effettuare una nuova gara⁵.

Nel caso di specie, e a prescindere dalla circostanza che il precedente rapporto concessorio prevedesse o meno la possibilità di proroga, occorre osservare che, nonostante il tempo a disposizione, codesta amministrazione ha avviato la nuova procedura soltanto con la deliberazione n. 67/2017, assunta un mese prima della scadenza della precedente concessione, e ha riscontrato l'esito negativo della procedura, andata deserta, con determina del 5 settembre 2017.

Tuttavia, almeno dal gennaio 2018, esauriti i sei mesi della proroga tecnica nel frattempo disposta, in assenza di ulteriori atti volti a individuare il nuovo titolare del rapporto, la previsione del regime di proroga fino a tale momento non appare in linea con le norme in materia di contratti pubblici e i principi di concorrenza.

Infatti, secondo la citata delibera ANAC n. 86/2011 e la giurisprudenza in materia, la possibilità dell'amministrazione di ricorrere legittimamente alla procedura negoziata viene meno quando risulta che essa, come nel caso di specie, non si è data *"una adeguata programmazione e non decide per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto"*⁶.

Analogamente, la proroga "tecnica" disposta dal Comune di Ortona *"fino alla data di stipula del contratto con il nuovo gestore"* (non ancora avvenuta), sulla base della sola disponibilità manifestata dal precedente concessionario ed attuale gestore, a proseguire la gestione globale, si traduce in una proroga automatica, non ammessa da giurisprudenza consolidata anche europea in materia di concessioni⁷ o in un affidamento diretto senza procedura di gara, in ogni caso in violazione delle norme e dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e trasparenza, enunciati dall'articolo 30 del D.Lgs. n. 50/2016.

Ciò ha all'evidenza precluso alla stessa Stazione Appaltante la possibilità di individuare operatori più efficienti, capaci di offrire prestazioni qualitativamente migliori ed economicamente più vantaggiose per l'utenza.

Peraltro, la mera disponibilità a proseguire la gestione, manifestata al riguardo dal concessionario uscente, si sostanzia nella disponibilità dell'incumbent a mantenere la propria posizione di privilegio e non appare costituire, quindi, una motivazione, adeguata dal punto di vista della tutela della concorrenza, al ricorso alla proroga.

In conclusione, l'affidamento da parte del Comune di Ortona della gestione globale della casa di Riposo T. Berardi, basato sulla previsione di una durata eccessivamente lunga della concessione, risulta una modalità non rispettosa dei principi sottesi al corretto funzionamento della concorrenza e idonea a conferire un indebito vantaggio ad un singolo operatore.

L'Autorità invita, pertanto, il Comune di Ortona a comunicare, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le determinazioni assunte con riguardo a quanto sopra rappresentato in occasione della predisposizione di una nuova procedura di affidamento.

³ [Cfr. *ex multis*, il parere AS1299 del 4 agosto 2016, Provincia di Bolzano - Modifiche di leggi provinciali in materia di diritto allo studio, cultura, personale, procedimento amministrativo, utilizzazione delle acque pubbliche, urbanistica, agricoltura, sanità, bilancio, contabilità e appalti pubblici, in Boll. n. 34/2016, il parere AS1335 del 15 dicembre 2016, Affidamento delle concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche, in Boll. n. 46/2016, e il parere-segnalazione AS1550 del 12 dicembre 2018, Concessioni e criticità concorrenziali, in Boll. n. 48/2018.]

⁴ [Secondo tale disposizione "La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante".]

⁵ [Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 4192/2013 e Tar Campania, sentenza n. 1312/2020, nonché la giurisprudenza ivi richiamata.]

⁶ [Cfr., ad esempio, Tar Campania, Sez. V, sentenza n. 1392/2020 e Tar Campania n. 1312/2020, cit.]

⁷ [Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, causa C-458/14 e C-67/15, e, da ultimo, la sentenza del Consiglio di Stato, VI Sezione, del 18 novembre 2019 n. 7874, secondo cui le leggi nazionali italiane che prevedono proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con il diritto europeo e vanno pertanto disapplicate.]

Il presente parere viene inviato per conoscenza anche al Comune di Lanciano, in qualità di Centrale Unica di Committenza, affinché possa eventualmente supportare il Comune di Ortona nell'adozione di misure rispondenti ai principi concorrenziali sopra richiamati.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 287/90.

p. IL PRESIDENTE
il Componente
Prof. Michele Ainis