



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 139 del 15 febbraio 2017

Oggetto: Richiesta di parere prot. n. 72309 del 06.05.2016 dell'Azienda Sanitaria Locale di Rieti in ordine all'efficacia della "Convenzione per la realizzazione degli interventi di edilizia aziendale USL, rinnovo e potenziamento tecnologico dell'Azienda USL Rieti" sottoscritta con M.T.C. S.p.A. come da Delibera D.G. 225/1995

AG 5/17/AP

Affidamenti di contratti in attuazione del Programma pluriennale di interventi in materia di edilizia sanitaria

Gli interventi e le attività relativi all'edilizia sanitaria, oggetto del piano pluriennale di finanziamento di cui all'art. 20, l. 67/1988 possono essere affidati in appalto, previa procedura di gara ad evidenza pubblica, soltanto ove risultino dotati di idonea copertura in quanto individuati nell'ambito di programmi di investimento approvati dalle autorità regionali e nazionali competenti.

Gli interventi e le attività relativi alla III fase del programma di investimenti della Regione Lazio, deliberati in sede di Accordo di programma ex art. 5-bis, d.lgs. 502/1992 e di programma regionale di investimenti ex art. 20, l. 67/1988, devono essere messi a gara secondo la disciplina dettata per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016.

Art. 20, l. 67/1988 - DM n. 321/1989

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Pareri

Considerato in fatto

Con nota prot. n. 72309 del 06.05.2016, integrata con note prot. n. 112296 del 25.07.2016 e prot. n. 160402 del 31.10.2016, l'Azienda Sanitaria Locale di Rieti, in vista dell'emanazione da parte della Regione Lazio di decreto commissariale avente ad oggetto l'approvazione del "programma regionale di investimenti in edilizia sanitaria" relativamente agli interventi della III fase, chiede all'ANAC un parere in ordine alla perdurante efficacia della pregressa "Convenzione per la realizzazione degli interventi di edilizia aziendale USL, rinnovo e potenziamento tecnologico dell'Azienda USL Rieti", sottoscritta tra l'Azienda e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

l'operatore economico M.T.C. S.p.A. in forza di delibera D.G. 225/1995 e relativa all'affidamento del servizio di coordinamento tecnico-amministrativo degli interventi di ristrutturazione, ammodernamento e potenziamento del patrimonio immobiliare dell'Azienda stessa.

L'ASL di Rieti vorrebbe procedere con gara ad evidenza pubblica per la selezione dell'affidatario dei servizi di ingegneria e architettura e chiede parere all'Autorità sulla legittimità di tale operato visto che il pregresso contraente ritiene di essere titolare del diritto all'esecuzione dei servizi in ragione dell'appalto aggiudicato in precedenza.

Sulla base della richiesta di parere e della documentazione in atti, emergono i seguenti fatti procedurali pregressi.

Con deliberazione n. 1388 dell'11.12.1990, visto l'art. 20, l. 67/1988 e il D.M. n. 321/1989, vista la deliberazione del Consiglio Regionale del Lazio n. 1108/1990 e considerata l'urgenza di predisporre il programma di interventi per l'ottenimento dei finanziamenti, avendo necessità di avvalersi della consulenza di qualificati esperti del settore in ragione della complessità dei lavori e dell'addotta carenza di personale dipendente esperto, l'USL di Rieti avviava una procedura selettiva ai fini dell'affidamento di servizi di consulenza e tecnici finalizzati alla realizzazione degli interventi di edilizia sanitaria soggetti a finanziamento *ex art. 20, l. 67/1988*. Con la richiamata deliberazione l'AUSL di Rieti individuava un elenco di ditte da invitare e determinava l'inoltro della domanda per la concessione di finanziamenti *ex art. 20, l. 67/1988* nell'ambito delle risorse del Fondo Investimenti e Occupazione (FIO).

All'esito della procedura di gara, con deliberazione n. 638 del 22.05.1991, l'USL di Rieti/1 approvava il verbale di aggiudicazione con affidamento dell'incarico all'operatore economico M.T.C. S.p.A.

Le parti sottoscrivevano la convenzione soltanto all'esito di un contenzioso giurisdizionale e previa adozione della deliberazione n. 225/1995, sostanzialmente confermativa della precedente deliberazione n. 638/1991.

Con decreto commissariale n. U0093 del 17.10.2011, la Regione Lazio approvava il "Piano decennale in materia di edilizia sanitaria *ex art. 20, legge 11 marzo 1988, n. 67. Strutture sanitarie, approvazione del Programma regionale di investimenti in materia sanitaria. Terza fase. Individuazione interventi. Importo complessivo pari a Euro 628.193.386,77 di cui Euro 596.783.717,43 a carico dello Stato ed Euro 31.409.669,34 a carico della Regione. Stanziamento dell'importo pari a Euro 31.409.669,34 sul Capitolo H22103. Esercizio finanziario 2011*".

Sulla base di tale decreto l'AUSL di Rieti adottava la deliberazione n. 141/DG del 13.02.2012 con la quale determinava di proseguire nel rapporto contrattuale di cui alla convenzione sottoscritta su Delibera n. 225/1995 richiamando, tra l'altro, come prestazione – non prevista in convenzione - il coordinamento della sicurezza in fase esecutiva *ex art. 151, d.P.R. 207/2010* e con riferimento alle attività tecniche e di consulenza riguardanti gli interventi di edilizia sanitaria previsti nel decreto commissariale n. U0093 del 17.10.2011.

Il decreto commissariale n. U0093/2011 era poi revocato con successivo decreto n. U00232 del 15.07.2014.

Seguiva la nota del 10.09.2015 con la quale l'ASL di Rieti comunicava a M.T.C. S.p.A. che la deliberazione n. 141/DG del 13.02.2012 non poteva trovare applicazione in quanto basata sul DCA n. U0093 del 17 ottobre 2011 che era stato revocato e che nessun altro incarico sarebbe stato conferito alla stessa in virtù della convenzione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La M.T.C. S.p.A. contestava quanto comunicato dall'amministrazione con nota del 10.09.2015 sostenendo che l'intervenuta decadenza della delibera 141/DG del 2012 non avrebbe inciso sul rapporto contrattuale che avrebbe avuto la sua fonte nella delibera 225/95 e nella convenzione allegata. L'ASL di Rieti comunicava l'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio della deliberazione n. 141/DG del 13.02.2012 sostenendo che la convenzione sottoscritta tra le parti aveva ad oggetto il servizio di coordinamento tecnico-amministrativo relativamente alle fasi I e II, non anche un affidamento generalizzato e senza termine a M.T.C. S.p.A. di tutti gli interventi da eseguire nel corso degli anni sulla base dei finanziamenti erogati e/o erogandi ai sensi dell'art. 20, l. 67/1988; inoltre, considerava che la deliberazione n. 141/DG del 13.02.2012, che era stata adottata esclusivamente e limitatamente per gli interventi di edilizia sanitaria previsti nel decreto commissariale n. U0093 del 17.10.2011 poi revocato dalla Regione Lazio con DCA n. 232 del 15 luglio 2014, non avrebbe attribuito vantaggi economici a M.T.C. S.p.A. risultando comunque illegittima avendo esteso l'oggetto della convenzione alla terza fase degli interventi in palese violazione di tutte le norme imperative vigenti in materia di affidamento di interventi pubblici, comportando di fatto un rinnovo tacito della convenzione scaduta in violazione dell'art. 57, comma 7, d.lgs. 163/2006 e tra l'altro disponendo un'estensione dell'affidamento anche al coordinamento della sicurezza in fase esecutiva ai sensi dell'art. 151, d.P.R. 207/2010, non previsto nella originaria convenzione, in assenza di procedura ad evidenza pubblica.

Di diverso avviso la M.T.C. S.p.A. che, con nota del 29.02.2016, riservandosi di agire in altre sedi, contestava all'amministrazione l'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio sull'assunto che l'art. 3 della convenzione avrebbe previsto una durata del rapporto contrattuale fino al definitivo completamento di tutti gli interventi relativi all'art. 20 legge 67/88, sue variazioni e/o integrazioni; inoltre, la M.T.C. S.p.A. rilevava come rapporti analoghi sarebbero proseguiti con altre ASL (come quello con l'ASL di Pescara, ex ULSS di Penne, in forza di accordo di composizione bonaria raggiunto in sede arbitrale, e quello con la ASL Roma F, in forza di lodo arbitrale favorevole a M.T.C. S.p.A. emesso dalla Camera Arbitrale per i contratti pubblici in data 09.02.2015).

L'ASL di Rieti domanda all'Autorità se, in ragione della convenzione stipulata nell'anno 1995 sulla base della delibera D.G. n. 225, sussista un obbligo di continuare ad affidare a M.T.C. S.p.A. anche i lavori di adeguamento antincendio e quelli ancora da finanziare con i fondi di cui all'art. 20, l. 67/1988.

In particolare, l'ASL di Rieti formula la richiesta di parere domandando all'Autorità Nazionale Anticorruzione di valutare: (a) se i contratti stipulati ai fini della prestazione di servizi connessi alla realizzazione delle opere di cui all'art. 20, l. 11.03.88 n. 67 possano ritenersi efficaci senza termine ed indefinitamente fino a quando le relative opere verranno finanziate ai sensi della citata disposizione; (b) se l'art. 12, r.d. 18.11.1923, n. 2440 (riferito ai contratti dello Stato e non anche a quella degli Enti locali e delle aziende sanitarie) – che recita al comma 1: «I contratti debbono avere termini e durata certa e non possono essere stipulati con onere continuativo per lo Stato, se non per ragioni di assoluta convenienza o necessità da indicarsi nel decreto di approvazione del contratto» - possa ritenersi applicabile in via analogica anche alle Aziende Sanitarie Locali; (c) se nell'efficacia *sine die* di una convenzione avente ad oggetto l'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria possa ravvisarsi una violazione del disposto dell'art. 57, comma 7, d.lgs. 163/2006 e di tutte le disposizioni vigenti in materia di obbligo di espletamento di procedure a evidenza pubblica; (d) se la nuova formulazione dell'art. 21-*nonies*, l. 241/1990, così come prevista dall'art. 6, l. 124/2015 precluda la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

possibilità di adottare provvedimenti di annullamento anche in presenza di palesi violazioni delle disposizioni di legge vigenti.

In riscontro alla richiesta di parere pervenuta, si sottopongono all'attenzione del Consiglio le seguenti considerazioni.

Ritenuto in diritto

L'istante sostanzialmente domanda all'Autorità se sia possibile ritenere che la convenzione sottoscritta abbia un oggetto riferito a tutti gli interventi oggetto di finanziamento ai sensi dell'art. 20, l. n. 67/1988 e non solo a quelli specificamente individuati nella convenzione stessa. Tale sarebbe la tesi sostenuta dalla M.T.C. secondo la quale sulla base della convenzione essa sarebbe ancora titolare del diritto a compiere prestazioni di servizi tecnici per i futuri interventi oggetto di finanziamento.

Al fine di rispondere a quanto richiesto appare necessario individuare l'oggetto della convenzione sottoscritta tra l'AUSL di Rieti e l'operatore economico M.T.C. tenuto conto del quadro giuridico nel quale l'affidamento era deliberato e della richiesta di offerta pervenuta agli operatori economici in sede di procedura di gara.

La procedura di gara era indetta con deliberazione n. 1388 del 11.12.1990 avente ad oggetto l'affidamento di un incarico tecnico e progettuale in ordine alle opere programmate e da finanziare ai sensi della l. 11.03.1988, n. 67.

Il quadro giuridico nel quale si inserisce la convenzione sottoscritta tra le parti si basa sull'art. 20, l. 67/1988 che autorizza e disciplina il «programma pluriennale di interventi in materia di ristrutturazione edilizia e di ammodernamento tecnologico del patrimonio sanitario pubblico e di realizzazione di residenze per anziani e soggetti non autosufficienti per l'importo complessivo di 24 miliardi di euro». Il finanziamento è realizzato attraverso «operazioni di mutuo che le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano sono autorizzate ad effettuare (...) secondo modalità e procedure da stabilirsi con decreto del Ministro del tesoro, di concerto con il Ministro della sanità». I criteri generali per la programmazione degli interventi e il coordinamento tra enti competenti nel settore dell'edilizia sanitaria in riferimento al piano pluriennale di investimenti sono stati dettati con il DM 29 agosto 1989, n. 321 che all'art. 5 disciplina il programma regionale triennale di investimenti nel quale devono essere indicati «analiticamente, per ciascuno degli obiettivi, quali interventi si prevede di effettuare nel triennio»; inoltre, la domanda di ammissione al finanziamento deve precisare «la localizzazione e il costo previsto». Il programma triennale di investimenti presentato dalle Regioni e dalle province autonome riceve il rispettivo finanziamento in base alle relative disponibilità. Ai sensi dell'art. 6 DM 321/1989 le regioni e le province autonome trasmettono il programma triennale, con una relazione illustrativa delle scelte compiute e della validità tecnico-sanitaria ed economica delle proposte e allegati documenti tecnici come planimetrie e studio di fattibilità per le opere maggiori, al Ministro della Sanità ai fini della predisposizione del Programma nazionale degli investimenti da sottoporre ad approvazione del CIPE.

Quindi la convenzione era stipulata sulla base del programma di finanziamenti approvato dalla Regione Lazio con deliberazione del 25.01.1990, n. 1108 concernente il «Programma Regionale di interventi in materia di edilizia sanitaria con riferimento al piano pluriennale di investimenti ai sensi della legge finanziaria 11 marzo 1988, n. 67 – Primo triennio e piano decennale». Il programma degli investimenti



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

era rimodulato con deliberazione del Consiglio Regionale del 15-17 giugno 1994, n. 1014 concernente “Piano decennale in materia di edilizia sanitaria ex art. 20, l. 67/88 – Primo triennio – strutture sanitarie – Priorità nella realizzazione degli interventi di cui alla Deliberazione C.R. 25/01/1990, n. 1108”, richiamato nella Deliberazione dell’AUSL di Rieti n. 225/1995.

Tale l’ambito di riferimento nel quale la convenzione era sottoscritta a valle di una procedura di gara avviata, per addotte ragioni di urgenza, con lettera di invito indirizzata a sei ditte, come da deliberazione n. 1388/1990, poi confermata nella deliberazione 225/1995.

La lettera di invito inoltrata agli operatori economici per la presentazione dell’offerta domandava all’operatore economico invitato di presentare, tra l’altro, le migliori condizioni offerte in ordine alla prestazione consistente nella «progettazione di massima di tutte le opere oggetto di finanziamento, anche separate in lotti funzionali, comprensiva di preventivo sommario».

Verificando la convenzione sottoscritta dalle parti, l’oggetto è precisato all’art. 2 della convenzione che richiama l’«affidamento in concessione ad MTC del servizio di coordinamento tecnico-amministrativo degli interventi di ristrutturazione, ammodernamento e potenziamento del patrimonio dell’Azienda, finanziati ex art. 20 L. n. 67/1988», specificando espressamente che le prestazioni richieste all’operatore economico riguardano gli interventi relativi alla I e alla II fase del programma relativamente ai Presidi ospedalieri di Rieti ed Amatrice (Elip. H. Rieti; Distretti Rieti). In relazione a tali fasi di interventi programmate la convenzione indica come dovute dall’operatore economico prestazioni quali: il coordinamento degli studi di fattibilità e dell’insieme del programma; la predisposizione del materiale necessario da sottoporre al nucleo di valutazione regionale; l’assistenza dell’Azienda per l’ottenimento di tutte le autorizzazioni e nulla osta necessari alla realizzazione delle opere; l’assistenza all’Azienda nella predisposizione di tutti gli atti di gara (bandi, avvisi, lettere di invito, capitolati, contratti di appalto); l’assistenza all’Azienda in tutti i rapporti con gli enti erogatori dei finanziamenti; lo studio di fattibilità e dei costi economici; la progettazione di massima; la progettazione esecutiva; la valutazione di impatto ambientale, ove richiesta; le indagini geologiche e geotecniche; la direzione dei lavori, misure e contabilità e l’assistenza al collaudo.

L’esame del quadro giuridico e amministrativo di riferimento così come la disamina dell’oggetto in affidamento non può che indurre a confermare la tesi espressa dall’ASL di Rieti nella richiesta di parere quando riferisce le attività di natura tecnica affidate con gara ai servizi necessariamente connessi alle «opere oggetto di finanziamento» da intendersi come tali quelle specificate nella convenzione all’art. 2 e coperte dal finanziamento ex art. 20, l. 67/1988 con relazione a quanto approvato dalla regione per la I e la II fase del programma, non potendosi ritenere che l’oggetto della convenzione includa anche i futuri interventi e attività edilizie non ancora programmati nè finanziati ex art. 20, l. 67/1988. E, infatti, i servizi tecnici affidati a M.T.C. S.p.A. erano specificamente riferiti agli interventi edilizi individuati nella convenzione stessa e previsti nell’ambito della I e della II fase del programma di finanziamenti, come da deliberazione regionale n. 1014 del 17.06.1994, richiamata nella deliberazione dell’AUSL di Rieti n. 225/1995, con la quale il Consiglio Regionale del Lazio aveva provveduto a ridefinire il quadro delle assegnazioni finanziarie per gli interventi di cui all’art. 20, l. 67/1988.

Rispetto al contenuto della convenzione restano estranei gli interventi di edilizia sanitaria programmati nell’ambito della III fase del programma e approvati con il decreto commissariale della Regione Lazio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

del 17.10.2011, n. 93, poi revocato, e i successivi decreti commissariali del 25.05.2016, n. 190 e del 12.10.2016, n. 314, sulla base di Accordo di programma ex art. 5, d.lgs. 229/1999.

La convenzione, anche ove avesse avuto un contenuto riferito alla III fase del programma di investimenti, sarebbe risultata in contrasto con l'art. 12, comma 1, r.d. 2440/1923 che si ritiene applicabile a tutta la Pubblica Amministrazione come da prassi giurisprudenziale (si veda Cass. Civ., sez. I, sent. 17646 del 11.12.2002); d'altra parte i principi espressi appaiono confermati nella disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture emanata in attuazione delle direttive comunitarie. Si aggiunga che le clausole che dovessero ritenersi riferite anche agli interventi oggetto del programma di finanziamenti di cui alla fase III avrebbero un oggetto non determinato né determinabile e sarebbero conseguentemente nulle in base agli artt. 1346 e 1418, comma 2, del Codice Civile.

La deliberazione dell'ASL di Rieti n. 141 del 13.02.2012 con la quale, sul presupposto decreto commissariale della Regione Lazio 93/2011, si decretò la proroga della convenzione anche rispetto agli interventi relativi alla III fase del programma di investimenti, in realtà perfezionava un affidamento diretto di un contratto nuovo non riconducibile all'oggetto della pregressa convenzione e illegittimo per violazione della disciplina sulle procedure di gara (d.lgs. 163/2006). Si ritiene, tra l'altro, che revocato il decreto commissariale di approvazione della III fase del programma di investimenti, la deliberazione 141/2012 possa essere sempre ritirata dall'amministrazione in quanto, oltre che in violazione delle norme sugli appalti pubblici, risulta affetta da nullità per sopravvenuta carenza di un elemento essenziale *ex art. 21-septies*, l. 241/1990 essendo venuto meno il decreto commissariale di approvazione del programma di investimenti riferiti alla III fase in rapporto di presupposizione con la deliberazione suddetta di cui definiva l'oggetto.

Né si ritiene conferente il richiamo nel caso in esame del lodo arbitrale intervenuto tra la M.T.C. S.p.A. e l'ASL RM22, emesso dalla Camera Arbitrale per i contratti pubblici in data 09.02.2015, ove le questioni affrontate appaiono di diverso tenore e riferite a interventi edilizi eseguiti ed accertati come oggetto della convenzione.

In conclusione, si ritiene che gli interventi e le attività relativi all'edilizia sanitaria, oggetto del piano pluriennale di finanziamento di cui all'art. 20, l. 67/1988 possono essere affidati in appalto, previa procedura di gara ad evidenza pubblica, soltanto ove risultino dotati di idonea copertura in quanto individuati nell'ambito di programmi di investimento approvati dalle autorità regionali e nazionali competenti. Ne consegue che tutti gli interventi e le attività relativi alla III fase del programma di finanziamenti della Regione Lazio, sulla base dell'Accordo di programma ex art. 5-bis, d.lgs. 502/1992 e del programma regionale di investimenti approvato ai sensi dell'art. 20, l. 67/1988, devono essere messi a gara secondo la disciplina dettata per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene che:



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- gli interventi e le attività relativi all'edilizia sanitaria, oggetto del piano pluriennale di finanziamento di cui all'art. 20, l. 67/1988 possono essere affidati in appalto, previa procedura di gara ad evidenza pubblica, soltanto ove risultino dotati di idonea copertura in quanto individuati nell'ambito di programmi di investimento approvati dalle autorità regionali e nazionali competenti;
- gli interventi e le attività relativi alla III fase del programma di investimenti della Regione Lazio, deliberati in sede di Accordo di programma *ex art.* 5-bis, d.lgs. 502/1992 e di programma regionale di investimenti *ex art.* 20, l. 67/1988, devono essere messi a gara secondo la disciplina dettata per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 febbraio 2017

Il Segretario
Maria Esposito