



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Delibera n. 716 del 23 luglio 2019

Fasc. UVCS 4972/2017

Oggetto: Affidamento ed esecuzione del contratto di gestione in concessione dei parcheggi dell'Azienda Ospedaliera Cannizzaro

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 23 Luglio 2019;

Visto l'articolo 19, comma 2, del d.l. 24.6.2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 114 11.8.2014 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 d. lgs. n. 50 del 18.4.2016 e successive modificazioni;

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

Premessa

Con esposto acquisito al protocollo Anac in data del 17.10.2017 n. 117944 la Società Eco Tourist (Società Cooperativa sociale), seconda classificata nella procedura gara per l'affidamento ed esecuzione del contratto di gestione in concessione dei parcheggi dell'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro, segnalava delle criticità nei rapporti contrattuali intercorsi tra la Stazione Appaltante Azienda Ospedaliera dell'Emergenza Cannizzaro e la Società Gestopark srl risultata prima in graduatoria nella procedura *de quo*.

Nel merito delle criticità segnalate, l'esponente principalmente lamentava l'illegittimità della condotta della Stazione appaltante la quale a fronte dell'aggiudicazione definitiva disposta con provvedimento n. 2699 del 9.11.2016 in favore della ditta Gestopark s.r.l., autorizzava, ai sensi del *comma 8 dell'art 32 del d.lgs 50/2016*, l'avvio in urgenza del servizio nelle more della formalizzazione del contratto in favore della ditta aggiudicataria con le medesime modalità tecnico gestionali svolte dalla Società F.lli Catalano Srl, precedente concessionario in amministrazione straordinaria prefettizia in scadenza in data 31.12.2016, sino al 30.6.2017 per poi avviare dalla data del 1.7.2017 il servizio secondo le previsioni della esperita gara pubblica.

Sulla base dei fatti segnalati e all'esito dell'esame della documentazione richiesta alla Amministrazione, con comunicazione di risultanze istruttorie approvata dal Consiglio nell'Adunanza del 5.07.2018, l'Autorità ha inoltrato le proprie determinazioni che sono state

riscontrate, nei termini indicati dalla Azienda ospedaliera con memoria agli atti dell'Autorità.

In data 10.9.2018 si è svolta un'audizione dinanzi al competente Ufficio dell'Autorità a seguito di esplicita richiesta della Stazione Appaltante assentita con prot. n 72476 del 30.08.2018

Fatto

Occorre premettere che con delibera nr.1338 del 9.6.2010 veniva aggiudicata in favore della Società "F.lli Catalano, la gestione delle aree parcheggio multipiano dell'Azienda Ospedaliera Cannizzaro a far data dal 1.7.2010 per una durata di sette anni con scadenza il 30.06.2016 . Il servizio in questione prevedeva una remunerazione della Azienda Ospedaliera sotto forma di percentuale del 27,82% degli incassi mensili ed era basata sulla regolamentazione dell'accesso da barriera centralizzata.

Con successivi provvedimenti a scadenza annuale veniva altresì disposto in favore del concessionario il servizio navetta interno all'Azienda ospedaliera in regime di estensione contrattuale *ex comma 5 dell'art.57 del d.lgs 163/2006*, medio tempore applicabile, al costo mensile di € 2.500, Iva esclusa, riconosciuti dalla Stazione appaltante mediante compensazione sugli importi creditori dovuti dal concessionario per l'espletamento del servizio di gestione di parcheggi aziendali, proseguito dal 2014 in poi in regime di proroga fino alla conclusione del rapporto concessorio.

Con decreto della Prefettura di Reggio Calabria nr 59417 del 19.6.2015 la Società Fratelli Catalano veniva colpita da interdittiva antimafia e conseguentemente l'Amministrazione procedeva all'immediato recesso dal rapporto contrattuale.

Il Prefetto di Reggio Calabria nominava un Amministratore prevedendo dapprima una scadenza a giugno 2016 poi, nelle more del perfezionamento di una gara pubblica finalizzata alla ricerca di un operatore *in bonis*, la gestione in amministrazione straordinaria veniva prorogata fino al 31.12.2016. L'Azienda Ospedaliera esperiva quindi, con delibera n.1823 del 14.7.2016, una nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione in concessione delle aree a parcheggio dell'Azienda per un periodo di anni cinque, più due anni di proroga, da svolgere secondo le modalità previste nel capitolato speciale d'appalto ai sensi del comma 4 dell'art. 95 del *d.lgs 50/2016*, quindi del prezzo più basso considerato attraverso la formulazione del prezzo al rialzo sulla base d'asta di € 12.000, Iva esclusa, quale canone mensile dovuto al concedente.

La gara veniva aggiudicata con delibera nr 2699 del 9.11.2016, immediatamente esecutiva, dopo aver effettuato le verifiche di rito, in favore dell'operatore economico Gestopark alle modalità di cui al capitolato tecnico per un canone mensile di € 24.142, 00 oltre Iva.

Con la suddetta deliberazione veniva altresì disposta, vista la scadenza della proroga della amministrazione straordinaria prevista per il 31.12.2016, la immissione in urgenza ai sensi del *comma 8 dell'art 32 del d.lgs 50/2016*, nella gestione del servizio del nuovo aggiudicatario attraverso due fasi denominate Fase 1 e Fase 2:

- Fase 1, di mesi 6, valida fino al 30.6.2017, al fine di consentire il passaggio di consegne tra la Società F.lli Catalano e il nuovo gestore, con lo svolgimento da parte dell'operatore economico Gestopark del servizio con le stesse modalità svolte dalla precedente gestore ed agli stessi patti e condizioni del contratto stipulato con lo stesso;
- Fase 2 avvio del servizio secondo le previsioni di gara a decorrere dal 1.7.2017.

L'Amministrazione con nota prot 17354 del 15.11.2016 autorizzava la società Gestopark srl, *ai sensi del comma 8 dell'art 32 del d. lgs 50/2016*, all'avvio in urgenza nelle more della formalizzazione del contratto e con successiva nota disponeva l'avvio del servizio a decorrere dal 14.12.2016 sino al 30.6.2017 secondo le modalità previste nella Fase 1.

La Società Gestopark in ragione della proposta di affidamento anticipato del servizio e della gestione in Fase 1 del servizio, subentrando a parità di condizioni gestionali al precedente gestore, formalizzava specifica richiesta al differimento del termine di stipula del contratto come previsto dal *comma 8 dell'art 32 del d. lgs 50/2016* ed evidenziava, altresì, come le *“attuali condizioni di effettuazione del servizio nella fase denominata 1 e dunque fino al 30.6.2017 differiscano radicalmente da quelle previste nel capitolato d' appalto della nuova gara aggiudicata con delibera 2699/2016”* inoltre *“la presa in carico della gestione degli accessi a pagamento, per quanto repentina, ci sta permettendo di rilevare particolarità-non indicate nel dettaglio in capitolato-che potrebbero incidere in maniera sostanziale sulle strategie future, in particolare in riferimento alla gestione della viabilità interna dell'ospedale nella fase 2”*

In data 24.1.2017 con verbale di presa d'atto di immissione in servizio, congiuntamente, l'Azienda Ospedaliera Cannizzaro e l'operatore Gestopark concordano il differimento della stipula del contratto, l'avvio del servizio in Fase 1 nonché l'avvio del servizio a regime in Fase 2 dal 1.7.2017 e presentazione di un piano della sosta entro il 30.3.2017.

In ossequio a quanto stabilito nel verbale di presa d'atto d' immissione in servizio in Fase 1, la società Gestopark presentava un piano della sosta contenente in dettaglio i flussi e le criticità riscontrate dalla data di avvio in urgenza del servizio, nonché un'analisi comparativa tra migliori ipotesi gestionali e di regolamentazione degli accessi oltre alla formulazione di una proposta alternativa rispetto al modello previsto in gara ritenuta dalla stessa proponente tecnicamente superiore.

Per la valutazione tecnica del suddetto piano della sosta la AOEC stipulava apposita convenzione per attività di consulenza tecnico-scientifica con l'Università di Catania Dipartimento di Ingegneria Civile e Architettura allo scopo di supportare l'Azienda nella valutazione delle proposte tecniche presentate dalla Gestopark.

Il citato dipartimento con propria relazione, oltre a valutare la proposta presentata dal concessionario in relazione a quella originaria, proponeva una terza opzione che combinava e modificava le modalità gestionali previste nella gara originaria e l'opzione presentata dalla stessa Gestopark.

Con prot.10322 del 30.6.2017 a decorrere dal 1.7.2017, veniva comunicato alla Gestopark l'avvio della Fase 2 con canone forfettario, formulato in sede di gara, di € 24.142 Iva esclusa.

Con deliberazione nr 3845 del 22.12.2017 la Stazione Appaltante, prendendo atto dello studio presentato dal Dipartimento del Università degli Studi di Catania, modifica *ai sensi dell'art.175 del D.lgs 50/2016* la concessione originaria e con lettera contratto nr 19512 del 21.12.2018 stipula il contratto di concessione del servizio di gestione dei parcheggi dell'Ospedale dell' Emergenza Cannizzaro con decorrenza 1.7.2017.

Il procedimento di vigilanza, secondo quanto previsto al *co.2 dell'art 10 dal Regolamento di Vigilanza*, è stato parzialmente sospeso poiché pendente un Ricorso Straordinario al Presidente della Regione Siciliana giudicato dal con decreto presidenziale n 85 del 1.4.2019 inammissibile.

Contenuto della CRI, controdeduzioni della S.A. e valutazioni dell'Ufficio

Venendo in merito alla istruttoria, nella CRI, dall'esame dei documenti depositati in atti, sono stati evidenziati rilievi riguardanti alcuni aspetti dell'affidamento posto in essere dall'Azienda ospedaliera di seguito riportati congiuntamente alle controdeduzioni della S.A.

- **Violazione delle norme ex comma 8 art 32 del d.lgs 50/2016 “avvio in urgenza”:**

E' indubbio che la consegna anticipata dell'appalto è espressamente prevista dal *d.lgs 50/2016*. L'*art. 32, comma 13*, prevede che l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal *comma 8*. Al citato *comma 8*, tra l'altro, vengono definite le ipotesi riconducibili all'esecuzione d'urgenza *“eventi imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio, storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi la perdita di finanziamenti comunitari”*.

Volendo aderire, nel caso di specie, alla tesi dedotta dalla Stazione Appaltante per cui *“l'urgenza”* legittimante l'esecuzione anticipata del servizio, è qualificata dalla complessa attività dell'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro che risulta essere strategica non solo in ambito sanitario, ma anche per il sistema di protezione civile in quanto sede operativa del 118 e del Coordinamento NUE 112, nonché sede di eliporto e pertanto ha la necessità di assicurare la fluidità del traffico, non si comprende dalle memorie in atti il motivo per cui stante le necessità indicate, la Stazione appaltante non abbia proceduto, potendolo fare, a stipulare il contratto già dal 14.12.2016.

Nel caso di cui si discute, infatti, l'Amministrazione a fronte di una aggiudicazione efficace disposta in data 09.11.2016, piuttosto che stipulare il contratto nel rispetto del previsto termine dilatorio, dal 14.12.2016 autorizza l'avvio in urgenza in favore dell'aggiudicatario, in Fase 1, peraltro agli stessi patti e condizioni dell'affidamento del precedente gestore colpito da interdittiva antimafia.

Sul punto l'Amministrazione ha argomentato che il servizio necessitava, da un lato di essere garantito senza soluzione di continuità rispetto alla scadenza dell'amministrazione straordinaria prefettizia, e dall'altro, che il contratto da eseguire nella specie postulava la realizzazione di opere necessarie per il suo avvio a regime.

Orbene dagli atti di gara non emerge l'esigenza di una fase propedeutica (Fase 1) alla stipula ed alla esecuzione del contratto salvo un richiamo all'art. 30 del Capitolato speciale di Appalto che indica il termine non superiore a 60 giorni per *“eventuali lavori che si renderanno necessari per la migliore fruizione del servizio come da offerta tecnica prodotta”* a sottintendere che, al momento della redazione del capitolato, tali lavori non presentavano carattere di necessità per l'esecuzione del contratto.

Vieppiù che la procedura de quo è stata disposta con il criterio del prezzo più basso, ossia del canone posto a base d'asta a rialzo, e non con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa tipica quando la stazione appaltante ritenga opportuno acquisire e valutare proposte tecniche anche migliorative rispetto alle previsioni del capitolato tecnico.

Giova precisare a tal proposito che nella delibera di indizione della procedura di gara la Stazione appaltante in ossequio al disposto normativo di cui ai commi 4 e 5 dell'art 95 del d.lgs 50/2016 ha motivato la scelta del criterio di aggiudicazione *“trattandosi di servizio standardizzato da aggiudicare sulla base di quanto previsto in capitolato”*.

In ogni caso, come indicato nelle risultanze istruttorie, l'esecuzione in via d'urgenza, in forza dell'espressa previsione normativa, anticipa il prodursi degli effetti della disciplina negoziale prima della formale stipulazione del contratto, è implicito, quindi, che il contratto da eseguire è quello che viene concluso a seguito della procedura di gara allo scopo indetta e non il contratto del precedente gestore.

Non a caso nella richiesta di differimento della stipula del contratto da parte della aggiudicataria GestoparK la stessa segnala che le *“attuali condizioni di effettuazione del servizio nella fase denominata Fase 1 e dunque fino al 30.6.2017 differiscano radicalmente da quelle previste nel capitolato d'appalto della nuova gara aggiudicata con delibera 2699/2016”* inoltre, ponendo le basi per successive valutazioni da parte della Stazione appaltante, in relazione alla possibile modifica della gara aggiudicata, aggiunge *“la presa in carico della gestione degli accessi a pagamento, per quanto repentina, ci sta permettendo di rilevare particolarità-non indicate nel dettaglio in capitolato-che potrebbero incidere in maniera sostanziale sulle strategie future, in particolare in riferimento alla gestione della viabilità interna dell'ospedale nella fase 2”* riferendosi alla successiva fase cosiddetta a regime.

Non può essere sottaciuta inoltre la circostanza che il deposito cauzionale di € 72.426,00 prestato a garanzia degli adempimenti delle obbligazioni del contratto discendente dalla aggiudicazione della procedura aperta della concessione quinquennale nel caso specifico andava a garantire delle obbligazioni differenti rispetto a quelle per cui è stata costituita.

E' evidente che l'avvio in urgenza per il periodo di sei mesi nella cosiddetta fase 1 si è di fatto concretizzato in un affidamento diretto disposto in favore dell'aggiudicatario al di fuori delle previsioni di legge con conseguente violazione delle norme sulla concorrenza.

- **Violazione delle norme di cui all'art 175 del d.lgs 50/2016**

Come è noto nell'ambito di un rapporto concessorio è prevista la possibilità per la stazione appaltante di procedere ad una modifica della convenzione conclusa con il concessionario originario, senza una nuova procedura di aggiudicazione, per l'affidamento allo stesso dei lavori e dei servizi supplementari, non inclusi nella predetta convenzione. Tale possibilità è subordinata alla sussistenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 175 del Codice, tra questi il rispetto del comma 7, il quale dispone che la modifica del rapporto concessorio non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, secondo le indicazioni di cui alle lettere da a) a d) della predetta disposizione. L'accertamento dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione, è rimesso all'esclusiva competenza e responsabilità dell'amministrazione, la quale è tenuta a valutare in concreto le reali esigenze sottese al ricorso all'istituto di cui all'art. 175 del Codice.

Il presupposto di fatto e di diritto ai fini dell'applicazione della predetta norma è l'esistenza di un contratto concluso e discendente da una procedura ad evidenza pubblica.

Come puntualmente esplicitato in fatto l'Amministrazione, a seguito delle interlocuzioni e delle proposte effettuate dal nuovo gestore, preso atto dello studio presentato dal Dipartimento del Università degli Studi di Catania con deliberazione nr 3845 del 22.12.2017, giunge alla modifica *ai sensi dell'art.175 del D.lgs 50/2016* della concessione originaria e con lettera contratto nr 19512 del 21.12.2018 stipula il contratto di concessione del servizio di gestione dei parcheggi dell'Ospedale dell' Emergenza Cannizzaro.

Nel caso di specie è evidente che la richiamata modifica ha riguardato la procedura ad evidenza pubblica indetta con delibera 1823/2016 ed il suo il suo progetto esecutivo posto a base di gara e non il contratto conseguente alla procedura di gara che legittima il ricorso all'istituto delle *"modifiche del contratto in corso di esecuzione"* previsto e disciplinato *dall'art.175 del Codice degli Appalti*, avendo stipulato il contratto con le modifiche già ricomprese.

Tanto ha determinato a cascata la violazione delle regole della concorrenza, parità di condizione dei concorrenti e tutela del libero mercato, nonché gli obblighi di trasparenza e pubblicità delle commesse pubbliche.

Tutto ciò premesso il Consiglio

Delibera

sono confermati i rilievi contestati alla Azienda Ospedaliera dell'Emergenza Cannizzaro con la comunicazione di risultanze istruttorie che hanno evidenziato significativi profili di illegittimità nelle modalità di gestione dell'attività contrattuale oggetto di indagine innanzi evidenziate e di seguito indicate:

- Illegittimità dell'affidamento diretto disposto nel periodo 14.12.2016 - 30.6.2017 in favore della società Gestopark;
- Violazione *dell'art. 32 del d.lgs 50/2016*
- Violazione delle norme di cui *all'art 175 del d.lgs 50/2016*
- violazione delle regole della concorrenza, parità di condizione dei concorrenti e tutela del libero mercato, nonché gli obblighi di trasparenza e pubblicità delle commesse pubbliche.

Dispone per eventuali profili di competenza la trasmissione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Catania ed alla Corte dei Conti competente per territorio.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2019

Il Segretario, *Rosetta Greco*