



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n.92 del 7 febbraio 2019

Fascicolo UVSF n. 872/2018 – Fascicolo UVLA n. 2491/2016

Oggetto: Esito degli accertamenti ispettivi eseguiti dagli ispettori S.I.Fi.P., ai sensi del Protocollo d'intesa del 11.2.2015 A.N.A.C.- Ragioneria generale dello Stato, presso il Comune di Milano relativamente all'attività negoziale di detta S.A. per gli anni 2012-2015.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Visto il 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.

Vista la relazione degli Uffici competenti

Considerato in fatto

In attuazione del protocollo di intesa ANAC - RGS, è stata condotta da ispettori della Ragioneria generale, ai sensi dell'art. 6, comma 9, lett. a) e b), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 all'epoca vigente, una verifica che ha riguardato l'attività negoziale del Comune di Milano nel periodo 2012-2015 con riferimento alla regolarità degli appalti di lavori, servizi e forniture, all'andamento dei rispettivi rapporti contrattuali e al rispetto del principio di economicità.

I relativi esiti, rappresentati nella relazione conclusiva a firma dei dirigenti dei S.I.Fi.P. incaricati, sono stati sottoposti all'esame del Consiglio dell'Autorità nell'adunanza in data 11 maggio 2016, il quale ha deliberato la trasmissione dei relativi atti ai competenti uffici di vigilanza, al fine di consentire la conduzione dell'istruttoria procedimentale e/o lo svolgimento di un adeguato approfondimento in ordine agli aspetti evidenziati nell'ambito del medesimo rapporto ispettivo.

Ciò posto, in attuazione del suddetto disposto consiliare, si evidenzia che l'indagine ispettiva è stata

condotta sull'attività contrattuale svolta da codesta Amministrazione comunale su un campione di procedure pari a n. 60 affidamenti, individuato con l'obiettivo di poter esaminare le diverse tipologie di affidamento, di estendere l'indagine anche agli affidamenti di lavori e acquisti di beni oltre alle procedure (preponderanti) di affidamento di servizi, nonché di verificare un numero analogo di procedure per ogni esercizio del periodo oggetto di indagine (2012-2015).

Prioritariamente occorre osservare, in via del tutto generale, che l'analisi condotta dagli ispettori dei S.I.Fi.P. in relazione all'attività contrattuale del Comune di Milano ha consentito di riscontrare profili di irregolarità/criticità in ordine all'applicazione della normativa in materia di contrattualistica pubblica, di cui all'ex d.lgs. 163/2006 all'epoca vigente, che *"...si riferiscono soprattutto alle seguenti fattispecie:*

- *anomalie nella adozione dei CIG, sia in riferimento alla massa dei CIG non perfezionati che alla digitazione di indicazioni errate sull'applicativo CIG-Simog;*
- *presenza di anomalie anche in ordine alla individuazione del RUP effettivo e di quello risultante su CIG-Simog;*
- *mancata adozione della determinazione di cui all'art. 11, comma 2;*
- *assenza (o non comprensibile presenza) dei presupposti necessari alla effettuazione di affidamenti diretti, anche in casi di somma urgenza;*
- *omessa effettuazione (integrale o parziale) dei controlli di cui all'art. 38;*
- *presenza di anomalie relative alla effettuazione di lavori affidati in deroga al Codice, secondo le disposizioni emanate dal Commissario unico EXPO e tempistiche di realizzazione degli stessi lavori;*
- *individuazione delle imprese da invitare a procedure negoziate con criteri non pienamente conformi ai criteri di cui all'art. 122, comma 7;*
- *mancata indicazione nella determinazione a contrarre dei criteri di scelta per l'individuazione degli operatori da invitare ai sensi dell'art. 57, comma 6;*
- *anomala indicazione di caratteristiche eccessivamente particolareggiate (marca);*
- *non corretta applicazione della procedura prevista ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b) e c);*
- *assenza di idonee certificazioni di conformità della fornitura / servizio;*
- *mancata sussistenza delle condizioni previste ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b);*
- *indeterminatezza dei criteri di scelta del contraente in procedure escluse dalla applicazione del Codice dei contratti;*
- *affidamenti nel settore sociale operati a fronte di contratti / convenzioni scaduti da tempo;*
- *ritardi nella stipula del contratto in riferimento alla decorrenza temporale del servizio acquisito, che sembra assumere talvolta i connotati di una sanatoria;*
- *mancata sottoscrizione del contratto nei termini di cui all'art. 11, comma 9;*
- *assenza di specifiche motivazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti legittimanti una proroga contrattuale".*

Gli aspetti suddetti sono rilevati nelle schede relative ai singoli appalti considerati in sede di ispezione e contenuti nella relazione ispettiva, come di seguito esplicitati.

Gli uffici competenti, al termine dell'esame condotto a partire dalla sopra richiamata relazione ispettiva, hanno comunicato le proprie risultanze al Comune di Milano con nota prot. 66130 del 27.7.2018.

La Stazione appaltante Comune di Milano, conseguentemente, ha trasmesso la nota di controdeduzioni acquisita al prot. ANAC n.77735 del 20.9.2018, dove, per ognuno dei contratti oggetto di esame, vengono forniti chiarimenti ed allegata relativa documentazione dal cui esame è emerso quanto segue.

Considerato in diritto

Dall'esame dei documenti inviati sono emerse alcune significative criticità relativamente all'espletamento delle procedure di gara per l'affidamento di lavori, servizi e forniture per i seguenti CIG:

- APPALTI DI LAVORI

Per quanto concerne l'indagine condotta in materia di lavori, la stessa ha riguardato un campione di 12 affidamenti, (ridotto a 11 a fronte del riscontro di un il CIG indicato erroneamente come LAVORI, ed in realtà avente ad oggetto un appalto di SERVIZI) scelti fra quelli caratterizzati da una maggiore spesa, tre per ciascun esercizio del quadriennio 2012-2015, tenendo conto delle diverse procedure di affidamento dei lavori stessi: procedure aperte, procedure negoziate, affidamenti diretti.

Oltre alle procedure inerenti la scelta della ditta affidataria, gli approfondimenti sono stati condotti anche in relazione alla fase di esecuzione del contratto in riferimento agli appalti che nella tabella di individuazione del campione erano identificati da un numero pari.

1) Contratto di appalto per i lavori allo stabile di Via Lorenteggio 178 – Bonifica amianto (CIG 447736132E) – Importo Euro 1.743.497,69

La presente fattispecie riguarda una procedura aperta ai sensi dell'art. 55 del D.lgs. n. 163/2006 per un importo a base di gara di Euro 1.743.497,69, oltre IVA, esclusi oneri per la sicurezza, risultando aggiudicataria provvisoria, secondo i contenuti del Verbale della Commissione di gara del 25 settembre 2012, la società SERVECO S.r.l. con un ribasso offerto pari al 26,671%, per la quale è stata evidenziata nell'ambito degli accertamenti ispettivi condotti la mancata presenza della determinazione di aggiudicazione. Si evidenzia ulteriormente la sussistenza di un contratto sottoscritto digitalmente in data 1° marzo 2013, atti p.g. n. 510989/2012, per un importo contrattuale pari a euro 1.337.619,16 oltre IVA, di cui euro 1.278.489,42 (oltre IVA) per lavori, euro 29.890,03 (oltre IVA) per oneri di sicurezza interni ed euro 29.239,71 per oneri di sicurezza esterni.

In riferimento alla fase di esecuzione, compresa nell'ambito degli accertamenti afferenti alla presente fattispecie, risulta evidenziato il verbale di consegna dei lavori del 18 aprile 2013 e l'adozione di 2 Perizie di variante, di cui la variante n. 1 (spesa complessiva euro 705.163,46, oltre IVA) approvata con determinazione n. 11/2014 del 4 febbraio 2014 e la variante n. 2 (spesa complessiva euro 103.966,58, oltre IVA) approvata con determinazione n. 139 del 3 novembre 2014. Riguardo all'ultimazione nell'ambito del rapporto ispettivo risulta evidenziato un verbale di ultimazione dei lavori del 6 novembre 2014, con assegnazione di un ulteriore termine di 40 gg. per il completamento di lavori di piccola entità e il certificato di ultimazione delle opere di dettaglio del 16 dicembre 2014, cui è seguito il Certificato di Collaudo del 12 marzo 2015, con successiva approvazione del medesimo Certificato di Collaudo provvisorio effettuato con determinazione n. 440 del 6 maggio 2015.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Alla luce degli esiti ispettivi, è possibile osservare che sulla base di quanto risulta alla banca dati dell'ANAC, il RUP è individuato nella persona del Direttore del Settore Gare Opere Pubbliche, dott.ssa Maria Lucia Grande, laddove invece nel corso degli accessi ispettivi è emerso che in effetti il RUP era stato individuato nella persona dell'ing. Luigi Castelli Dezza. A tale riguardo, nel rapporto ispettivo è

stato evidenziato quanto riferito dalla dr.ssa Antonella Fabiano, Direttore centrale della D.C. Opere Pubbliche e Centrale Unica Appalti, secondo cui la circostanza sarebbe da ricondurre alla impossibilità di conciliare la “rigidità” dell’applicativo CIG-simog, che richiede inderogabilmente il nominativo del RUP ai fini della produzione del CIG, con l’organizzazione interna del Comune di Milano, la quale prevede che le procedure aperte vengano integralmente gestite dalla stessa D.C., con sostanziale esautorazione del RUP durante la procedura di gara, che viene gestita integralmente dal personale della predetta D.C. Tale circostanza assume validità generale, e non in riferimento alla sola procedura di gara di che trattasi.

La prassi riferita dall’Amministrazione comunale di Milano, oltre a confermare il profilo di anomalia in ordine alla individuazione del RUP effettivo e di quello risultante su CIGSimog; esautorando il ruolo del RUP nella fase di procedura di gara, non appare coerente con le disposizioni di cui all’art. 10 del d. lgs. 163/2006, applicabili alla fattispecie, laddove al comma 1 è previsto che *“Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell’affidamento, dell’esecuzione”*, con l’ulteriore specificazione di cui al comma 2 secondo cui *“Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti”*.

Riguardo alla tematica delle varianti intervenute per una spesa di oltre euro 800.000, nell’ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie è stato richiesto al Comune di Milano di voler documentare i presupposti normativi che hanno determinato le suddette esigenze di variazioni, con la trasmissione delle relative perizie corredate da relazione esplicativa.

Infine si rappresenta quanto rilevato nel corso degli accessi ispettivi in ordine alla mancata presenza della determinazione di aggiudicazione, richiedendo al medesimo Ente di voler controdedurre in ordine a tale carenza documentale.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

La stazione appaltante Comune di Milano ha fornito le controdeduzioni acquisite al prot. n. 77138 del 19.9.2018 (**cf. all. 3**), con la presentazione di memoria del Segretario generale e Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, con la quale, richiamando le relazioni di riscontro a sua volta formulate dalle competenti funzioni dirigenziali, ha rilevato in primo luogo, in ordine al suddetto profilo concernente la contestazione della mancata corretta applicazione dell’art. 10 del d. lgs. 163/2006 in ordine all’unicità del RUP, che *“Ai sensi dell’art 10 comma 4 del DPR 207/2010 il Responsabile unico del Procedimento “svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti dell’Amministrazione aggiudicatrice”. Sulla scorta di tale previsione, tenuto conto della complessità, dell’alto numero di gare ed appalti e conseguentemente dell’elevato numero di RUP, anche al fine di assicurare omogeneità, trasparenza e celerità nelle procedure, l’organizzazione del Comune di Milano prevede che un gruppo di dipendenti svolgano compiti di supporto ai RUP. La procedura relativa all’espletamento di tutte le gare pubbliche del Comune di Milano è attribuita alla competenza del Direttore del Settore/Area Gare della Centrale Unica Appalti che si occupa altresì di richiedere il CIG, di effettuare tutte le operazioni di competenza della Stazione Appaltante e le comunicazioni SIMOG relative alla gestione di gara. Terminata la procedura di gara, la gestione del CIG nella fase esecutiva viene presa in carico dal RUP che cura tutti gli adempimenti relativi alla gestione del contratto”*.

Sempre in ordine a tale profilo, risulta evidenziato che *“Con il predetto modus operandi, finora utilizzato dal Comune di Milano al solo scopo di velocizzare l’iter amministrativo, non si è inteso esautorare il RUP dall’esercizio delle sue funzioni tipiche, bensì collaborarle, affidandolo alla struttura amministrativa che gestisce l’espletamento delle procedure di gara e ciò a garanzia della uniforme gestione delle procedure, data la complessità e numerosità dei procedimenti gestiti dal Comune di Milano”* con la precisazione che *“Tali considerazioni devono intendersi estese anche ad altre*

osservazioni formulate da codesta Autorità e afferenti a diverse procedure oggetto di esame ispettivo”.

Con riferimento al profilo delle varianti nella memoria prodotta dall’Ente, si evidenzia che *“La Direzione Facility Management del Comune di Milano ha fornito (si vedano allegati sub. B e sub. 1 alla presente) chiarimenti in merito alla sussistenza degli elementi giuridici legittimanti le due varianti indicate, ritenendo ricorrenti i presupposti di cui all’art. 132, comma 1, lett. c) del D.Lgs.n. 163 /2006 (“Varianti per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d’opera”). In particolare, dai provvedimenti di approvazione delle varianti e dalle relative relazioni tecniche, emerge come le due varianti siano dovute alla presenza di “eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d’opera, o di rinvenimenti imprevisi o non prevedibili nella fase progettuale”. In tali documenti si dà atto della imprevedibile situazione emersa in cantiere, la cui origine ha indotto gli uffici al ricorso alle varianti in oggetto”.*

Nell’ambito della determinazione dirigenziale di approvazione della variante n. 1 del 4.2.2014 (**cf. all. 4**) per una spesa complessiva di euro 705.163,46, trasmessa in allegato dal Comune di Milano, in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui alla citata variante, risulta evidenziato, ai fini della riconducibilità all’art. 132, comma 1, lettera c), del d.lgs. 163/06, che *“Nel corso dell’esecuzione dei lavori sono state evidenziate alcune criticità che hanno portato alla variazione di alcuni cicli di lavorazioni e all’inserimento di interventi che non era stato possibile prevedere nella fase di progettazione avvenuta nel periodo 2009/2010”.* Nel dettaglio di tali interventi, risulta precisato che *“Gli interventi in variazione consistono principalmente in: • Maggiore quantità di rifiuti inquinanti trovati abbandonati nelle intercapedini delle coperture e relativi superiori oneri per lo smaltimento degli stessi; • Deterioramento dei rivestimenti isolanti delle pareti Nord-Sud delle palazzine, con conseguente necessità di rifacimento delle superfici. • Maggiori quantità di elementi dei cementi armati da risanare sulle facciate Est-Ovest delle palazzine. • Consolidamento delle solette, con rifacimento delle pendenze verso i pluviali, delle coperture in quanto le stesse si sono rivelate strutturalmente deboli ed inadatte a sopportare il peso di persone addette alle operazioni di manutenzione ordinaria. • A completamento degli interventi, ed al fine di preservare gli intonaci di nuova realizzazione, si è reso necessario variare la pendenza delle pavimentazioni dei balconi; questo ha comportato la demolizione e ricostruzione sia dei sottofondi che delle vecchie pavimentazioni”.* Nella stessa determinazione risulta evidenziato, altresì che *“In aggiunta all’incremento delle lavorazioni, anche le operazioni atte a preservare la sicurezza dei lavoratori in cantiere sono aumentate. L’aumento è dovuto alla necessità di realizzare, considerate le caratteristiche fisiche degli edifici e le lavorazioni da eseguirsi nelle logge, opere provvisorie aggiuntive (chiusura di vuoti tra il ponteggio realizzato e i fabbricati stessi) atte a scongiurare il pericolo di caduta dall’alto delle maestranze”,* con l’aggiunta che *“Grazie al quadro più completo della situazione, si è potuto conseguentemente effettuare una valutazione più dettagliata ed approfondita delle opere da realizzarsi e necessarie al completamento degli interventi”.*

In ordine all’ulteriore determinazione dirigenziale concernente l’approvazione della perizia di variante n. 2 per una spesa complessiva di euro 103.966,58 del 3.11.2014 (**cf. all. 4**), nella stessa, in ordine alla motivazione dei presupposti di cui all’art. 132, comma 1, lettera c), d. lgs. 163/06 si legge che *“Nel corso dell’esecuzione dei lavori sono state evidenziate alcune criticità che hanno portato alla variazione di alcuni cicli di lavorazioni e all’inserimento di interventi che non era stato possibile prevedere nella fase di progettazione avvenuta nel periodo 2009/2010”* e che *“Di conseguenza si è deciso di procedere alla redazione di un progetto di variante per maggiori opere consistenti principalmente in: Maggiori quantità di elementi dei cementi armati da risanare sulle facciate Est- Ovest della palazzina n. 4. Consolidamento delle solette, con rifacimento delle pendenze verso i pluviali e posa di nuova guaina impermeabile, delle coperture della portineria e dei 2 immondiççatoi in quanto le stesse si sono rivelate strutturalmente deboli ed inadatte a sopportare il peso di persone addette alle operazioni di manutenzione ordinaria”.* Infine nella nota allegata dal Comune di Milano, proveniente dalla Direzione Centrale Unica Appalti (**cf. all. 3 sub a**), in ordine all’assenza della determinazione di aggiudicazione, risulta evidenziato che *“l’art.11 del D.lgs 163/06 recita: “l’aggiudicazione provvisoria è soggetta all’approvazione dell’organo competente secondo l’ordinamento delle amministrazioni giudicatrici e degli enti aggiudicatori”; il Regolamento dei contratti del Comune di Milano prevede all’art. 14 che “quando l’asta pubblica o la Licitazione privata portano ad una*

aggiudicazione ad un prezzo uguale o inferiore a quello posto a base di gara l'aggiudicazione viene dichiarata seduta stante dal presidente della commissione di gara"; ciò in conformità a quanto previsto dall'art 75 comma 12 del RD 27/1924 che così recita "dopo lette tutte le offerte, l'autorità che presiede l'asta prende cognizione del prezzo stabilito nella scheda segreta e del limite di cui al comma secondo del presente articolo" se tale limite sia stato stabilito, ed eliminate dalla gara le offerte che lo abbiano oltrepassato, aggiudica il contratto al migliore offerente.; senza palesare il prezzo stabilito nella scheda", rilevando conclusivamente che "Pertanto l'amministrazione ha operato nel rispetto della normativa vigente".

Valutazioni

Le controdeduzioni fornite dal Comune di Milano non si ritengono idonee, in primo luogo, a confutare il profilo di anomalia in ordine alla mancata unicità delle funzioni del Responsabile del Procedimento in contrasto con la previsione di cui all'art. 10 del d.lgs. 163/2006, laddove al comma 1 è previsto che *"Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione"*. A tale riguardo la stazione appaltante ha difeso il proprio operato, rilevando, tra l'altro, che *"..... l'organizzazione del Comune di Milano prevede che un gruppo di dipendenti svolgano compiti di supporto ai RUP. La procedura relativa all'espletamento di tutte le gare pubbliche del Comune di Milano è attribuita alla competenza del Direttore del Settore/ Area Gare della Centrale Unica Appalti che si occupa altresì di richiedere il CIG, di effettuare tutte le operazioni di competenza della Stazione Appaltante e le comunicazioni SIMOG relative alla gestione di gara. Terminata la procedura di gara, la gestione del CIG nella fase esecutiva viene presa in carico dal RUP che cura tutti gli adempimenti relativi alla gestione del contratto"*, aggiungendo, altresì, che, in tal modo *"... non si è inteso esautorare il RUP dall'esercizio delle sue funzioni tipiche, bensì collaborarle, affidandolo alla struttura amministrativa che gestisce l'espletamento delle procedure di gara"*.

In realtà l'attribuzione della procedura relativa all'espletamento delle gare pubblica alla competenza del Direttore del Settore/Area Gare della Centrale Unica Appalti, demandando al RUP gli adempimenti relativi alla gestione del contratto, non si ritiene coerente con la sopra citata disposizione e con quanto di cui al comma 2 del citato articolo 10, secondo cui *"Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti"*, prospettandosi al riguardo una struttura autonoma per lo svolgimento delle operazioni di gara, non inquadrabile come supporto al RUP, in realtà chiamato ad intervenire per la fase successiva della gestione del contratto.

In riferimento ai rilievi prospettati nella comunicazione delle risultanze istruttorie in ordine alla mancata presenza in atti della determinazione di aggiudicazione, quanto esposto dalla stazione appaltante in ordine alla modalità di aggiudicazione, nel fare riferimento alla *"...aggiudicazione dichiarata seduta stante dal presidente della commissione di gara.."* non si ritiene idoneo a documentare il predetto atto.

Nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie è stata, inoltre, rilevata la necessità di approfondire i presupposti in ordine alle due varianti intervenute nel corso di lavori in esame per una spesa di oltre euro 800.000.

A tale riguardo, l'Ente ha inoltrato le determinazioni dirigenziali di approvazione e le relative relazioni tecnico descrittive, che fanno riferimento, per quanto concerne la relativa motivazione, all'art. 132, comma 1, lettera c), del d.lgs. 163/06, con la rilevazione, nella sostanza, che *"Nel corso dell'esecuzione dei lavori sono state evidenziate alcune criticità che hanno portato alla variazione di alcuni cicli di lavorazioni e all'inserimento di interventi che non era stato possibile prevedere nella fase di progettazione avvenuta nel periodo 2009/2010"*.

Gli elementi di variazione risultano identificati, tra l'altro, con riferimento alla variante n. 1 a *"... rifiuti inquinanti trovati abbandonati nelle intercapedini delle coperture e relativi superiori oneri per lo smaltimento degli stessi; •*

Deterioramento dei rivestimenti isolanti delle pareti Nord-Sud delle palazzine, con conseguente necessità di rifacimento delle superfici. • Maggiori quantità di elementi dei cementi armati da risanare sulle facciate Est-Ovest delle palazzine. • Consolidamento delle solette, con rifacimento delle pendenze verso i pluviali, delle coperture in quanto le stesse si sono rivelate strutturalmente deboli ed inadatte a sopportare il peso di persone addette alle operazioni di manutenzione ordinaria”, mentre con riferimento alla variante n. 2 risultano evidenziati “Maggiori quantità di elementi dei cementi armati da risanare sulle facciate Est- Ovest della palazzina n. 4. Consolidamento delle solette, con rifacimento delle pendenze verso i pluviali e posa di nuova guaina impermeabile....”. Tali elementi parrebbero ricondursi a profili rilevabili in sede di progettazione; tuttavia, anche ammettendo quanto rilevato dalla stazione appaltante in ordine alla risalenza della progettazione rispetto alla consegna dei lavori del 18 aprile 2013 - pur dandosi atto di quanto si legge nella suddetta determinazione dirigenziale della perizia di variante n. 1, secondo cui “Con Determina Dirigenziale n. 781/2012 del 23/07/2012 del Settore Gestione Amministrativa Progetti e Lavori con cui è stato approvato il progetto esecutivo nonché il relativo costo delle opere...” - si richiama il disposto di cui all’art. 106 del d.p.r. 207/2010, applicabile alla fattispecie, secondo cui al comma 3 “In nessun caso si procede alla stipulazione del contratto o alla consegna dei lavori ai sensi dell’articolo 153, comma 1, secondo periodo, se il responsabile del procedimento e l’esecutore non abbiano concordemente dato atto, con verbale da entrambi sottoscritto, del permanere delle condizioni che consentono l’immediata esecuzione dei lavori, con riferimento a quelle di cui al comma 1, lettere a), b) e c)”. Nel suddetto comma 1 risulta previsto che “L’avvio delle procedure di scelta del contraente presuppone l’avvenuta validazione del progetto di cui all’articolo 55, previa acquisizione da parte del responsabile del procedimento dell’attestazione del direttore dei lavori in merito: a) alla accessibilità delle aree e degli immobili interessati dai lavori secondo le indicazioni risultanti dagli elaborati progettuali; b) alla assenza di impedimenti sopravvenuti rispetto agli accertamenti effettuati prima dell’approvazione del progetto; c) alla conseguente realizzabilità del progetto anche in relazione al terreno, al tracciamento, al sottosuolo ed a quanto altro occorre per l’esecuzione dei lavori”, essendo pertanto onere della stazione appaltante accertare, prima della consegna dei lavori, la corrispondenza del progetto alle condizioni di fatto esistenti in tale momento, con la rilevazione di eventuali intervenute variazioni che richiedano modifiche del progetto posto a base di gara.

Le considerazioni esposte, pertanto, prospettano una non corretta applicazione dell’art. 132, comma 1, lettera c), del d.lgs. 163/06, in relazione alla carenza del presupposto afferente al ricorrere “... di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;”.

2) Affidamento dei lavori di interventi di ripristino agibilità dello scalone d’onore di Palazzo reale – Piazza Duomo 14 (CIG 4384939621) - Importo Euro 150.215,82

La fattispecie in esame riguarda una procedura negoziata di cui all’art. 122, comma 7, del D.lgs. 163/2006, da svolgersi ai sensi dell’art. 57, comma 6, per un importo a base di gara 150.215,82 euro (IVA esclusa), di cui euro 3.344,15 per oneri di attuazione dei piani di sicurezza interni, con invito rivolto a cinque operatori economici, di cui solo tre, poi, hanno effettivamente presentato una corrispondente offerta, aggiudicati con Determinazione dirigenziale n. 56 del 17.07.2012, alla ditta Impresa Fantin Costruzioni Edili Spa, quale capogruppo dell’Associazione temporanea di imprese con l’impresa individuale Villa Paola Restauro Dipinti, il cui contratto risulta stipulato in data 27.09.2012.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Alla luce degli esiti ispettivi, non è emerso in maniera specifica come siano stati individuati gli operatori economici invitati alla procedura di gara in esame, laddove, con riferimento alla questione delle indagini di mercato da svolgere, per l’individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura

negoziata da espletare, si possono richiamare precedenti pronunciamenti dell’Autorità riferiti al precedente assetto normativo tese ad evidenziare che *“l’Autorità ha rappresentato l’obbligo per la S.A. “di esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l’individuazione delle imprese da invitare;...”* (cfr. Deliberazione n.22 Adunanza del 6 giugno 2014; cfr. determinazione n. 2 del 6 aprile 2011).

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

La stazione appaltante Comune di Milano ha fornito le controdeduzioni acquisite al suddetto prot. n. 77138 del 19.9.2018 (cfr. all. 3), rilevando nei riguardi dei suddetti lavori che *“La Direzione Facility Management del Comune di Milano (si veda allegato sub. B) ha fornito osservazioni in merito alle modalità di scelta del contraente, precisando che trattasi di una procedura negoziata, ai sensi dell’art. 122, comma 7, D.Lgs. n. 163/2006 per un importo a base di gara di 150.215,82 euro iva esclusa”* e che *“L’invito a partecipare è stato rivolto a cinque operatori economici, di cui solo tre hanno effettivamente presentato un’offerta”*.

Con riferimento alle modalità di individuazione degli operatori economici chiamati a presentare le proprie offerte, è stato rilevato che *“...in disparte la circostanza che la richiamata deliberazione ANAC n. 22 del 6 giugno 2014 risulta approvata due anni dopo le determinazioni operate dai competenti uffici dell’Amministrazione comunale (di talchè non appare del tutto conducente il riferimento ad essa), la direzione Facility Management fa rilevare come la normativa allora vigente si limitasse a richiedere, ai fini della individuazione degli operatori economici da invitare alla gara, il rispetto dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza nelle procedure negoziate non precedute dalla pubblicazione di un bando di gara (art.122 comma 7, D.Lgs. n. 163/2006)”* e che *“Inoltre, l’art. 57 D.Lgs. n. 163/2006 disponeva, al comma 6, che “ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione ...”*.

Risulta inoltre rilevato che *“In sede ispettiva non sono emersi elementi idonei a confutare il rispetto di tali principi, dal momento che erano stati invitati a presentare offerte ben cinque operatori economici, considerati affidabili in virtù di precedenti fruttuose collaborazioni con la stessa p.a.”* con il rinvio alla documentazione allegata dal medesimo Ente afferente alla determina a contrarre n. 697/2012 e alla lettera di invito.

Sempre in relazione a tale profilo, la Direzione Centrale Unica Appalti, nella relazione allegata dal Comune di Milano (cfr. all. 3 sub-a), in riferimento alla contestazione operata, ha osservato, tra l’altro, che *“La determina a contrarre n. 697 del 28/06/2012 contiene tutte le indicazioni previste dalle norme cogenti in materia mentre l’individuazione dei soggetti da invitare è stata fatta successivamente a cura del Rup”* e che *“la determinazione n. 2 del 06/04/2011, citata nelle risultanze istruttorie, schematizza il procedimento relativo alle procedure negoziate individuando in questo preciso ordine; 1) la determina a contrarre 2) la ricerca di mercato 3) la selezione degli operatori da invitare 4) la lettera di invito, prevedendo quindi la selezione degli operatori in una fase successiva alla determina a contrarre. Solo più avanti, riferendosi alle indagini di mercato, in un inciso rileva la necessità di esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per individuare gli operatori economici, di fatto in contraddizione con il presente schema”*.

Valutazioni

Quanto riferito dalla stazione appaltante non si ritiene idoneo a confutare il rilievo in ordine alla mancata specificazione dei criteri sulla scorta dei quali siano stati individuati gli operatori economici invitati alla procedura di gara in esame, atteso che già con la determinazione n. 2/2011, peraltro richiamata dallo stesso Ente, l’ex AVCP aveva precisato che *“La stazione appaltante deve in ogni caso esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l’individuazione delle imprese da invitare; in caso di avviso preventivo detti criteri devono essere specificati nello stesso.....”* e non risultando, nella determinazione a contrarre, specifiche idonee indicazioni atte a definire previamente tali criteri. Si evidenzia a tale

riguardo che nella citata determina n. 697 (**all. 5**) risulta riportato unicamente che “... per l'affidamento delle opere che potranno essere appaltate previa l'osservanza delle disposizioni di cui all'art. 106 - I comma del D.P.R. n. 207/2010, si procederà: ad individuare gli offerenti secondo una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, così come previsto ai sensi dell'articolo 122, comma 7, e secondo la procedura dell'articolo 57, comma 6, del DLgs. n. 163/2006 e s.m.i. che prevede per l'affidamento dei lavori di importo inferiore a 500.000,000 l'invito ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tale numero”, con mero rinvio agli articoli di legge non coerentemente con le suddette indicazioni e principi validi in materia.

3) Interventi di somma urgenza finalizzati all'adeguamento di alcune strutture scolastiche per l'inizio dell'anno scolastico 2013-2014. Trasferimento Scuola elementare di Via Viscontini ed esecuzione opere di somma urgenza da eseguirsi presso la struttura di Via Cilea (CIG 524865926D) - Importo Euro 417.000,00

Trattasi di procedura di somma urgenza di cui all'art. 176 del D.P.R. n. 207/2010, con la quale sono stati appaltati i lavori di adeguamento di alcune strutture scolastiche per l'inizio dell'anno scolastico 2013-2014, di importo totale stimato pari ad euro 417.000,00, IVA compresa e in particolare il trasferimento della scuola elementare di Via Viscontini attraverso l'esecuzione di opere di somma urgenza da eseguirsi presso la struttura di Via Cilea alla ditta Sicuredil S.r.l. che ha offerto una percentuale di ribasso pari al 23,57%.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Nell'ambito del rapporto ispettivo risulta rilevata la mancata presenza della certificazione del Casellario giudiziale, dell'Agenzia delle Entrate, della Certificazione “antimafia”, dell'Adozione misure di prevenzione, dell'Assunzione disabili L. 68/99. In ordine a tale circostanza, relativamente all'omessa effettuazione dei controlli di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 (antimafia, misure di prevenzione, disabili, agenzia entrate, casellario giudiziale), nel rapporto ispettivo risulta rilevato quanto riferito in sede di accesso ispettivo, secondo cui tali controlli risultavano, in effetti, effettuati nell'occasione della stipula di un contratto – con la stessa società – in un periodo di poco precedente all'affidamento in parola. E' stato prodotto, in proposito, il contratto p.g. n. 350539 del 31 luglio 2013, con il quale vengono affidati alla stessa società Sicuredil S.r.l. i lavori di rifacimento delle coperture e dei sistemi di scarico delle acque meteoriche, interventi di ripristino delle componenti edili ed interventi impiantistici elettrici degli stabili comunali scolastici – 1^ fase – lotto 3 – zone di decentramento 3-4 – CIG 2271122D26. Nelle premesse del contratto è indicato che “è stata verificata la sussistenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006”.

A tale riguardo, in tale contesto, è sorta la necessità di verificare l'effettivo svolgimento dei controlli e la documentazione acquisita attestante la sussistenza dei requisiti generali in capo alla suddetta impresa alla data del contratto in esame, con la produzione della relativa documentazione.

Si rileva ulteriormente che l'importo dei lavori è risultato superiore al limite previsto dal medesimo articolo 176 del d.p.r. 207/2010 secondo cui “In circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, il soggetto fra il responsabile del procedimento e il tecnico che si reca prima sul luogo, può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale di cui all'articolo 175 la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o comunque di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità”, richiedendosi, pertanto, al Comune di Milano, nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie, di documentare le circostanze ed i presupposti che hanno determinato il superamento di tale limite.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

In riferimento al profilo concernente la comprova dello svolgimento della verifica in ordine ai requisiti generali dell'impresa Sicuredil S.r.l, la stazione appaltante nell'ambito delle controdeduzioni formulate (cfr. all. 3) ha rilevato che *“Le competenti funzioni dirigenziali, con riferimento agli omessi controlli di cui all'art. 38 del D.lgs. 163/06, hanno prodotto documentazione che comprova intervenuti controlli sulla stessa ditta effettuati in occasione della stipula di un contratto stipulato in epoca coeva e che sono stati riutilizzati nel caso di specie”*, con allegazione di documentazione al riguardo.

Con riferimento, invece, al profilo di contestazione afferente al superamento dell'importo limite entro il quale è consentito il ricorso alla procedura d'urgenza ai sensi dell'art. 176 D.P.R. 207/2010 (euro 200.000), la stazione appaltante, nel richiamare la relazione degli uffici competenti, ha rilevato che *“...le motivazioni sono rinvenibili 1) nel verbale di somma urgenza, 2) nella perizia giustificativa, 3) nel computo metrico estimativo ...”*, con la rilevazione che *“l'art. 176 D.P.R. n. 207/2010 consente di ricorrere alla procedura in oggetto entro il limite di 200.000 euro o comunque di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità”*, dando ulteriormente atto che *“al fine di evadere la richiesta di chiarimenti inerente la documentabilità delle circostanze e i presupposti che hanno determinato il superamento del limite, sono stati forniti (con relazione della Direzione Facility Management che si allega sub. B) il Computo Metrico Estimativo e la Perizia giustificativa che individuano un insieme di opere integrali, coordinato e inscindibile, finalizzato ad insediare l'utenza in via Cilea n. 12. il cui importo eccede il limite di legge (200.000 euro) proprio in virtù della loro inscindibilità.” (allegato sub 4, relativo a verbale di somma urgenza, perizia giustificativa e computo metrico estimativo”*.

Valutazioni

In riferimento alle controdeduzioni afferenti alle verifiche svolte in ordine ai requisiti generali dell'impresa affidataria Sicuredil S.r.l - nel rilevare preliminarmente che per i lavori in contestazione risulta l'ordinanza dell'8 luglio 2013, con la disposizione di eseguire i lavori nei riguardi dell'impresa, il verbale di consegna lavori dell'11 luglio 2013 e il relativo certificato di ultimazione dei lavori in data 31.8.2013 - si osserva che la stazione appaltante ha fatto riferimento alle verifiche condotte in occasione della stipula di un contratto pressoché contemporaneo, con la produzione, tra l'altro, di certificazione dell'Agenzia delle Entrate del 16.7.2013, della Certificazione della Prefettura di Milano del 15.7.2013 tesa a rilevare che *“...a carico della società Sicuredil srle delle sottoindicate persone alla data odierna, non sussistono le cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art.57 del d.lgs. 6/9/2011 n.159”*, i certificati del casellario giudiziale del 3.6.2013, nonché l'attestazione dell'assenza di carichi del Tribunale Ordinario di Milano, sezione Misure di Prevenzione del 19.7.2013, nonché il Certificato dell'Anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato del 3.6.2013 (all. 6). Pur riscontrando l'assenza di tali documenti nel fascicolo esaminato dagli ispettori, si prende atto delle suddette produzioni documentali, rilevando tuttavia la sussistenza di alcune certificazioni acquisite dalla suddetta stazione appaltante successivamente all'affidamento in esame.

In riferimento al profilo concernente il ricorso alla procedura di somma urgenza, si evidenzia che l'art. 176 del d.p.r 207/2010, applicabile *ratione temporis*, prevede che *“In circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, il soggetto fra il responsabile del procedimento e il tecnico che si reca prima sul luogo, può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale di cui all'articolo 175 la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o comunque di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità”*, ricollegando, pertanto, la possibilità del superamento del predetto limite di euro 200.000 alla necessità di rimuovere il pregiudizio alla pubblica incolumità.

Sulla tematica dei lavori in somma urgenza l'AVCP si è espressa in più di una circostanza; tra queste si cita la Deliberazione n. 55 del 16.5.2012 laddove si afferma che *«i lavori da eseguire immediatamente, quelli di “somma urgenza”, sono solo quelli strettamente necessari per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità,*

ovvero quelli per la messa in sicurezza dell'area; gli eventuali lavori a "corredo" e quant'altro per il totale rifacimento del marciapiede a regola d'arte, non possono essere considerati lavori di somma urgenza. E' certo consentito dare ad essi "priorità", come indicato dal comma 5 del suddetto art. 128 del codice; tuttavia, eliminato lo stato di "pregiudizio" con la messa in sicurezza dell'area, devono essere affidati con le usuali procedure consentite dal codice» (si richiamano anche la Determinazione 1/2004 e la Deliberazione 9/2014 e il Cons. Stato – sez. V – sentenza 25 maggio 2012 n. 3077). La stessa ANAC ha avuto modo di rilevare profili di irregolarità in riferimento agli interventi in somma urgenza che "...non sono stati disposti a seguito di un evento imprevedibile ma per rimuovere situazioni di pericolo causate da situazioni di degrado e di incuria molto risalenti nel tempo e abbondantemente note all'amministrazione che più opportunamente avrebbe dovuto ricorrere a interventi programmati di recupero edilizio" (cfr. Delibera n. 612 del 31 maggio 2016).

Ciò posto, si evidenzia che nel caso di specie, come rilevabile dagli atti trasmessi di cui al verbale di somma urgenza e alla perizia giustificativa (**all. 7**), la stazione appaltante ha fatto ricorso alla procedura di somma urgenza, in riferimento alla necessità del "... trasferimento dei bambini nella scuola elementare di Via Cilea, 12, ove sono presente degli spazi da tempo inutilizzati che però necessitano di alcuni interventi di riordino prima di poter essere dichiarati idonei per il trasferimento dell'attività didattica" e "In considerazione della necessità di garantire la corretta ripresa dell'anno scolastico a Settembre 2013 ai 267 alunni della scuola elementare di via Viscontini 7 nell'edificio di via Cilea, 12, gli interventi individuati dovranno essere eseguiti con procedura di somma urgenza ai sensi dell'art 176 del DPR 207/2010". Tutto ciò in riferimento alle circostanze che "Dalla relazione redatta dall'ATI e allegate determinazioni analitiche risulta, per la scuola elementare di Via Viscontini 7, presente amianto di tipo serpentino della varietà crisolito, in percentuale pari al 40%, in peso (amianto in matrice friabile), nell'intonaco/rivestimento dell'edificio per una quantità di 5.000Kg. La valutazione dell'indice di pericolosità del materiale presente (VERSAR) o grado di urgenza delta bonifica riporta il valore 1, ovvero "rimozione Immediata" e che "...l'edificio non è più idoneo per accogliere alunni ed insegnanti per lo svolgimento dell'attività didattica".

Gli interventi ritenuti necessari fanno riferimento, come si legge nella perizia giustificativa, ai lavori di "•Rifacimento servizi igienici che versavano in stato di abbandono da ormai svariati anni • Riordino generale degli spazi inutilizzati (sostituzione di serramenti interni, opere di tinteggiatura • Interventi per la messa in sicurezza di solai soggetti a sfondellamento in alcune aule della scuola", ricomprendenti quest'ultimi "Interventi per la messa in sicurezza di solai soggetti a sfondellamento, mediante applicazione di rete elettrosaldata - Realizzazione di controsoffitto il lastre di gesso rivestito", con la quantificazione di tali voci di lavori, contenuta nella stima dei lavori, in euro 84.783,10, a fronte del totale stimato in euro 324.977,47.

Alla luce di quanto esposto, si rileva in primo luogo che gli interventi disposti con la procedura di somma urgenza fanno per lo più riferimento ad interventi che solo in minima parte appaiono riconducibili ad esigenze di eliminazione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità, non coerentemente con quanto previsto con i suddetti pronunciamenti e con quanto previsto dall'art. 176 del d.p.r. 207/2010, palesandosi peraltro e l'insussistenza dei presupposti per il superamento della soglia di euro 200.000 e più in generale un improprio utilizzo dell'istituto della somma urgenza.

Sul punto si evidenzia che l'Autorità con la sopra citata deliberazione n. 612 del 31 maggio 2016, con riferimento agli interventi sugli edifici scolastici, ha avuto modo di rilevare che "Nel caso degli interventi sugli edifici scolastici (contrassegnati con i nn. 1, 2 e 3) oltre alle lavorazioni necessarie per rimuovere le condizioni di pericolo (ad es., riparazione delle coperture per eliminare le infiltrazioni nei locali sottostanti), si rilevano anche lavorazioni riferibili più che altro a manutenzioni atte a conservare l'immobile nel suo stato di piena funzionalità (ad es., installazione e/o adeguamento dell'impianto elettrico e antincendio). Sicuramente, appare opportuno affiancare agli interventi strettamente necessari a rimuovere situazioni di pericolo anche quegli interventi volti a ripristinare la piena funzionalità dei plessi scolastici senza i quali non si otterrebbero comunque le autorizzazioni necessarie alla messa in esercizio; tuttavia, si ritiene che tali interventi debbano avere comunque un carattere accessorio e residuale nell'ambito dell'intervento di somma urgenza, la cui finalità essenziale è rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità".

Per completezza si evidenzia che non pare potersi fare riferimento, nella valutazione dei presupposti per il ricorso alla somma urgenza, all'esigenza di liberare la scuola elementare di Via Viscontini 7, in quanto, come sopra evidenziato “.....*presente amianto di tipo serpentino della varietà crisolito, in percentuale pari al 40%, in peso (amianto in matrice friabile), nell'intonaco/rivestimento dell'edificio per una 'quantità di 5.000Kg.*”, trattandosi di un sito diverso dal luogo degli interventi e facendo riferimento alla presenza di amianto che non sembra riconducibile ad una circostanza eccezionale e/o imprevedibile, nonché a pregressa situazione di degrado risalente nel tempo, trattandosi, come si legge nel verbale di somma urgenza, di “*edificio oramai a fine vita e da dismettere, pertanto, stante le criticità evidenziate nel censimento e monitoraggio degli edifici in relazione alla presenza di amianto, l'edificio non è più idoneo per accogliere alunni ed insegnanti per lo svolgimento dell'attività didattica*” o ancora che “*l'edificio in oggetto è quindi oramai giunto al termine di vita utile e, l'elevato degrado delle componenti edili ed impiantistiche, già ne consiglierebbero la dismissione*”.

4) Interventi di somma urgenza per la bonifica amianto presso il locale archivio fognatura, messa in sicurezza fan coils corpo alto e basso, bonifica n. 3 piani interrati e redazione del piano di bonifica generale edificio comunale di Via Pirelli n. 39 (CIG 5323522553) – Importo Euro 1.260.839,20, IVA compresa

Trattasi di procedura di somma urgenza, di cui all'art. 176 del D.P.R. n. 207/2010, con la quale sono stati appaltati all'impresa CMT Termodeco S.p.a. i lavori di bonifica amianto presso il locale archivio fognatura, messa in sicurezza fan coils corpo alto e basso, bonifica n. 3 piani interrati e redazione del piano di bonifica generale edificio comunale di Via Pirelli n. 39 per un importo stimato dell'intervento pari ad Euro 1.260.839,20, IVA compresa, sul quale è stato operato uno sconto del 3%.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In esito agli accertamenti ispettivi è stato possibile osservare in primo luogo la redazione di un Verbale di somma urgenza del 1° marzo 2013, mentre già con fax del 14 gennaio 2013 acquisito in atti era stato richiesto un preventivo di spesa alla ditta affidataria, quindi con un margine temporale che avrebbe consentito di articolare almeno una procedura negoziata in luogo dell'affidamento diretto.

Risulta in atti, inoltre, una e-mail del 1° marzo 2013 con la quale si evidenziano profili di incertezza sulla data del verbale della Perizia giustificativa, presumibilmente precedente al Verbale di somma urgenza, rilevandosi in particolare, da parte della Dott.ssa Antonella Caressa del Settore Gestione Amministrativa progetti e Lavori che “*3. la data del verbale sulla perizia giustificativa è già stata modificata; 4. i documenti della perizia, stante il disposto dell'articolo 176 del Regolamento, devono riportare una data successiva quindi propongo data 4/03/2013 e il rapporto a firma RUP da trasmettere all'Architetto Innocenti per il suo parere sempre in data 4/03/2013 (quindi devono essere ritrasmessi);*”

Con riferimento all'applicazione dell'art. 176 del D.P.R. n. 207/2010, si osserva, altresì, che tale disposizione prevede che “*In circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, il soggetto fra il responsabile del procedimento e il tecnico che si reca prima sul luogo, può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale di cui all'art. 175 la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o comunque di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità*”; il successivo comma 2 prevede inoltre che “*L'esecuzione dei lavori di somma urgenza può essere affidata in forma diretta ad uno o più operatori economici individuati dal responsabile del procedimento o dal tecnico*”. Tali norme sembrano quindi restringere l'affidamento diretto nel limite di 200.000,00 euro, che può essere derogato nei limiti “*...di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità*”.

Nel caso specifico, il limite di 200.000,00 euro risulta ampiamente superato, atteso che i lavori stimati

ammontano a 1,26 mln di euro, e, secondo quanto già sopra riportato, le tempistiche intercorse tra la richiesta di preventivo e la redazione del suddetto verbale di somma urgenza, di cui si richiede la relativa produzione, rendono difficilmente ipotizzabile il ricorrere di “circostanze di somma urgenza”, rendendosi peraltro compatibili con l’adozione di una diversa procedura, al di fuori all’affidamento diretto.

Infine, nel rapporto ispettivo, risulta evidenziato che dall’esame del fascicolo non sono risultati i controlli di legge in merito all’eventuale adozione di misure di prevenzione e in riferimento agli obblighi di assunzione dei disabili di cui alla legge n. 68/99, obblighi previsti dall’art. 38, comma 1, lett. b) e l), del D.lgs. n. 163/2006. In merito al primo controllo, nel rapporto ispettivo si dà atto dell’intervenuta produzione di copia di una successiva certificazione negativa sull’adozione di misure di prevenzione prodotta dal Tribunale di Milano in data 8 gennaio 2015, in riferimento ai controlli operati sulla società Termodeco S.p.a. in sede di autorizzazione a un subappalto, rilevandosi che tale circostanza non possa sanare l’omissione precedente. In riferimento agli obblighi di cui alla Legge n. 68/99, invece, si dà atto dell’acquisizione di una autocertificazione della stessa società, in riferimento ad un altro affidamento, da cui risulta che la stessa impresa non è tenuta al rispetto delle norme medesime, poiché in proposito “*dichiara la propria condizione di non assoggettabilità agli obblighi di assunzioni obbligatorie di cui alla legge 68/99 in quanto occupa meno di 15 dipendenti (escluso il personale di cantiere anche quello direttamente operante nei montaggi industriali o impiantistici e nelle relative opere di manutenzione svolte in cantiere come previsto dalla legge 92/2012)*”.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

In riferimento a tale procedura, nell’ambito delle controdeduzioni formulate con nota acquisita al prot. n. 77138 del 19.9.2018 (cfr. all. 3), con riferimento ai presupposti per il ricorso all’istituto della somma urgenza di cui all’art. 176 del D.P.R. n. 207/2010, il Comune di Milano ha evidenziato che “*La situazione dello stabile di Via Pirelli era da tempo sotto stretta osservazione da parte degli organi tecnici comunali a causa della sospetta esistenza di amianto in costanza della presenza in situ del personale comunale e del pubblico. A tutela della sicurezza ed incolumità dei lavoratori è stata commissionata apposita attività di monitoraggio al Responsabile Tecnico Amianto per lo stabile comunale di Via Pirelli n. 39,, che ha eseguito delle ispezioni visive e delle indagini SEM (analisi in microspia elettronica a scansione) nei locali/uffici del corpo basso e del corpo alto e nell’archivio o fognature situato al piano interrato (-1), del lato di Via Sassetti, del corpo basso dell’edificio di cui sopra*” e che “*Nel corso di tale attività di monitoraggio e nelle more delle relative risultanze, con fax del 14/01/2013 era stato richiesto dai tecnici comunali un preventivo di lavori ad idonea impresa che aveva già eseguito analoghi interventi per il Comune di Milano, finalizzato a quantificare gli eventuali costi di intervento laddove lo stesso si fosse rilevato indispensabile ed indifferibile*”. Risulta ulteriormente riferito che “*Con il rilascio della definitiva versione del monitoraggio avvenuto in data 22/01/2013 e della successiva nota dell’ASL del 22/02/2013 è emersa in via definitiva ed inderogabile la necessità di intervenire celermente con la messa in sicurezza, attraverso teli di confinamento, dei 1.200 fan-coils presenti nell’edificio e con la rimozione e smaltimento del rivestimento, contenente amianto, delle tubazioni a servizio dei fan-coils in disuso nel locale archivio fognatura al piano interrato (-1) del lato di Via Sassetti. Si è rilevata, altresì, la necessità di procedere immediatamente con la rimozione (e smaltimento) dei materiali contenenti amianto presenti nel rivestimento delle tubazioni e nei controsoffitti dei tre piani interrati (del corpo alto e del corpo basso) dell’edificio*” e che “*veniva così emesso, in data 01/03/2013 il verbale di somma urgenza e veniva redatta la perizia giustificativa in data 04/03/2013*”, nonché “*Considerata la concitazione dei tempi, aggravata come peraltro già segnalato, dalla presenza nell’edificio del personale comunale e del pubblico e la necessità di intervenire senza alcun indugio, non è stato possibile attivare una procedura negoziata che, considerata la particolare tipologia di interventi, avrebbe dilatato la tempistica delle attività di bonifica. Appare chiaro ed evidente che, nel caso di specie, l’Amministrazione si è trovata a dover fronteggiare una situazione di pericolo per la pubblica incolumità e, a tal fine, si è avvalsa di quanto legittimamente previsto dalla normativa allora vigente, consentendo l’immediato confinamento del pericolo stesso. La legittimità della procedura emerge*

chiaramente anche dalla tempistica con cui si sono svolti i fatti da cui si ravvisa che qualsiasi altra soluzione non sarebbe stata compatibile con la tutela della pubblica incolumità”.

Circa i rilievi riguardanti la mail del 1° marzo 2013 della Dott.ssa Caressa, con il richiamo alla relazione prodotta dalla competente funzione dirigenziale, si è sostenuto che la stessa *“ha chiaramente pura valenza istruttoria e procedurale interna, come si comprende pacificamente dalla mera lettura della stessa. Infatti, nel prendere atto dell'intervenuta firma del verbale di somma urgenza in data 1° marzo 2013 si rammentava agli organi tecnici la tempistica per la presentazione della delibera alla Giunta Comunale. Stante il fatto che la perizia giustificativa il 1° marzo era ancora in corso di redazione ed, evidentemente, nell'ultima versione già trasmessa in bozza riportava una data del verbale errata, si dava atto dell'avvenuta correzione ricordando di datare correttamente la perizia stessa, una volta divenuta definitiva, ovviamente in data successiva al 1° marzo 2013. Inoltre, poiché il 1° marzo 2013 era un venerdì e, in base alle informazioni pervenute dagli organi tecnici, una possibile data di chiusura della perizia era ipotizzabile per il lunedì successivo, ossia il 4 marzo 2013, si proponeva di apporre tale data; infatti, il 4 marzo la perizia è stata completata e dunque redatta in via definitiva”*, deducendosi inoltre che *“Non si comprende, pertanto, il richiamo a tale e-mail che è stata, peraltro, prodotta per massima trasparenza spontaneamente dalla stessa Amministrazione Comunale in sede ispettiva”.*

Con riferimento al contestato mancato rinvenimento degli atti riferiti alla verifica della pendenza delle misure di prevenzione, il Comune di Milano ha precisato che *“Si rammenta, tuttavia, che nell'esperienza storica del Comune di Milano non è mai stata emessa alcuna risultanza negativa nei confronti di alcuna impresa e che tale controllo non è più normativamente previsto. Agli atti risultano comunque presenti i controlli antimafia. Si rammenta, in proposito, che come espresso nella Determinazione ANAC n.2 del 02/06/2014, ai sensi del combinato disposto dell'art.38, comma 1, lett.b) del Codice dei contratti con l'art. 67 del Codice Antimafia, il divieto contemplato nello stesso art.38, comma 1, lett.b) in relazione al rilascio dell'attestato di qualificazione, opera - non più sulla base della mera pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione-ma sulla base di un provvedimento espresso dal giudice con il quale sia disposta in via provvisoria l'operatività del divieto stesso durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione”*. A tale riguardo, nella relazione allegata della Direzione Centrale Unica Appalti, risulta riferito che *“Si presume in proposito che, data la risalenza nel tempo del fascicolo archiviato, la stessa sia andata smarrita in quanto rientrava nel novero dei controlli che ordinariamente venivano eseguiti”*.

Per quanto attiene al rispetto della normativa sui disabili, risulta osservato che *“come peraltro indicato nelle risultanze la società affidataria non era tenuta al rispetto degli obblighi della Legge n. 68/99 in quanto occupava meno di 15 dipendenti. La dichiarazione sul numero dei dipendenti riguarda l'affidamento in esame (e non altro appalto) ed è stata resa in data 08/05/2013”*, con il richiamo a documentazione allegata, in particolare a certificazione dell'impresa afferente al *“...numero dei lavoratori impegnati nell'appalto in oggetto sarà così composto: nr. 10 dipendenti ditta C.T.M. TERMODECO SPA nr. 7/8 dipendenti da società in subappalto”*.

Con riguardo al profilo di contestazione riguardante il lasso temporale intercorso dalla data del fax del 14 gennaio 2013 (di richiesta preventivo di spesa alla ditta affidataria) a quella del verbale di somma urgenza del 1° marzo 2013, e al superamento del limite di importo di cui all'art. 176 del D.P.R. 207/2010, risulta rilevato che *“l'intervallo di tempo è dovuto alla necessità di contattare l'ASL competente e di sottoporre alla stessa il progetto di bonifica a cura di CTM per le necessarie approvazioni preventive di legge”*. In particolare, si evidenzia che *“Il tempo necessario per l'esame del progetto operativo a cura di ASL è di circa 60 giorni, che corrisponde al periodo intercorso tra la richiesta di preventivo e il verbale di somma urgenza; in mancanza dell'autorizzazione non si sarebbe potuto procedere”* con l'ulteriore considerazione che *“infine, lo stato dei luoghi e la circostanza che l'edificio fosse adibito a sede degli uffici comunali (poi spostati nella sede di via Bernina 12) ha giustificato il ricorso alla procedura d'urgenza nonostante il superamento dell'importo di euro 200.000: tale importo, ai sensi dell'art. 176 comma 1, D.P.R. 207/2010 può essere derogato nei limiti di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità. Anche sotto questo profilo risulta, pertanto, motivata la scelta di ricorrere alla procedura in esame”* e che *“A ulteriore conferma della corretta applicazione della normativa in materia, si segnala*

che il ricorso alla procedura d'urgenza risultava finalizzato esclusivamente all'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza dell'immobile di via Pirelli, mentre i lavori di bonifica e ripristino dello stesso sono stati successivamente affidati mediante una diversa procedura ad evidenza pubblica a contraente individuato in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”, con la produzione di una relazione dell' Area Tecnica Impianti, “...in cui si dà atto della impossibilità di ricorrere ad una procedura negoziata in virtù dello stato dei luoghi oggetto della bonifica”.

Valutazioni

In riferimento ai presupposti circa l'adozione della procedura della somma urgenza ex art. 176 del d.p.r. 207/2010, il Comune di Milano ha rilevato, tra l'altro, la “... , la necessità di procedere immediatamente con la rimozione (e smaltimento) dei materiali contenenti amianto presenti nel rivestimento delle tubazioni e nei controsoffitti dei tre piani interrati (del corpo alto e del corpo basso) dell'edificio” e che “veniva così emesso, in data 01/03/2013 il verbale di somma urgenza e veniva redatta la perizia giustificativa in data 04/03/2013”.

A tale riguardo, nel richiamare le prescrizioni normative in esame ed i correlati pronunciamenti di cui al precedente punto, in ordine alla necessaria ricorrenza di circostanze imprevedibili e comunque non preventivamente note all'amministrazione, al di fuori di situazioni causate da situazioni di degrado e di incuria, merita osservare che la stessa Amministrazione, nelle proprie controdeduzioni ha riferito che “La situazione dello stabile di Via Pirelli era da tempo sotto stretta osservazione da parte degli organi tecnici comunali a causa della sospetta esistenza di amianto in costanza della presenza in situ del personale comunale e del pubblico.....”, prospettando una situazione che non appare connotata da profili di imprevedibilità. Per quanto concerne inoltre, il profilo di contestazione concernente le tempistiche intercorse tra la richiesta di preventivo del 14 gennaio 2013 e la redazione del suddetto verbale di somma urgenza del 1° marzo 2013 - per le quali nell'ambito della contestazione delle risultanze istruttorie si evidenziava la possibile compatibilità delle stesse con l'adozione di una diversa procedura, al di fuori all'affidamento diretto – il Comune ha specificamente dedotto che solo “Con il rilascio della definitiva versione del monitoraggio avvenuto in data 22/01/2013 e della successiva nota dell'ASL del 22/02/2013 è emersa in via definitiva ed inderogabile la necessità di intervenire celermente con la messa in sicurezza, attraverso teli di confinamento, ...” e che “Considerata la concitazione dei tempi, aggravata come peraltro già segnalato, dalla presenza nell'edificio del personale comunale e del pubblico e la necessità di intervenire senza alcun indugio, non è stato possibile attivare una procedura negoziata che, considerata la particolare tipologia di interventi, avrebbe dilatato la tempistica delle attività di bonifica...”, con l'ulteriore rilevazione che “Nel corso di tale attività di monitoraggio e nelle more delle relative risultanze, con fax del 14/01/2013 era stato richiesto dai tecnici comunali un preventivo di lavori ad idonea impresa che aveva già eseguito analoghi interventi per il Comune di Milano, finalizzato a quantificare gli eventuali costi di intervento laddove lo stesso si fosse rilevato indispensabile ed indifferibile”. A tal proposito, si evidenzia che quanto riferito non pare fornire elementi idonei a confutare il profilo di contestazione, emergendo una situazione di conoscibilità/prevedibilità, che avrebbe potuto consentire anche una programmazione dell'intervento, vanificandosi, altresì, alla luce del tempo intercorso per la formalizzazione del verbale di somma urgenza, il presupposto normativo richiesto in ordine alla sussistenza di “circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio”.

Peraltro nel verbale di somma urgenza allegato dal Comune di Milano (cfr. **all. 8**), si evince che “Le verifiche sono state eseguite in varie date e recentemente il 27 e 28.12.2012; in data 04.01.13 il tecnico incaricato ha presentato la relazione tecnica dettagliata sulle verifiche eseguite presso 37 uffici del corpo basso e 27 uffici del corpo alto. Dalla stessa si evince che, ad eccezione del 23 ° piano, tutti i fan coils esaminati presentano isolamenti sulle tubazioni contenenti amianto in stato di degrado e che in alcuni casi sono presenti sul pavimento, all'interno delle apparecchiature materiali frammentati, anche finemente, con ulteriore rischio di diffusione in ambiente. Presso l'archivio fognatura al piano -I corpo basso è stata verificata la presenza di apparecchiature in stato di abbandono con formazione di materiali dispersi e frammenti anche fuori dai fan coils sul pavimento del locale con il rischio di diffusione delle fibre per calpestio verso a ltri

locali. Tali situazioni richiedono, come indicato dallo stesso tecnico incaricato interventi immediati per la bonifica e messa in sicurezza, al fine di tutelare la pubblica incolumità,..."", dandosi atto della sussistenza di una valutazione sulla necessità dell'intervento di bonifica risalente al 4.1.2013, che avrebbe consentito di dar corso alla procedura e che rende ancor meno giustificabile la tempistica occorsa per la redazione del verbale, laddove l'art. 176 del d.p.r. 207/2010 prevede che *"il soggetto fra il responsabile del procedimento e il tecnico che si reca prima sul luogo, può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale di cui all'articolo 175 la immediata esecuzione dei lavori"*, facendosi riferimento ad una situazione di estrema tempestività rispetto alla rilevazione della circostanza di somma urgenza.

Anche quanto riferito dalla S.A., riferendo che *"l'intervallo di tempo è dovuto alla necessità di contattare l'ASL competente e di sottoporre alla stessa il progetto di bonifica a cura di CTM per le necessarie approvazioni preventive di legge"* non appare idoneo a supportare l'espletamento della procedura in esame, prospettandosi un uso improprio dell'istituto della somma urgenza, peraltro utilizzato per l'esecuzione dei lavori per un importo stimato pari ad Euro 1.260.839,20, IVA compresa, sul quale è stato operato uno sconto del 3%, potendosi confermare, pertanto, la possibilità per l'Ente di adottare una diversa procedura al di fuori dell'affidamento diretto.

Con riferimento all'ulteriore profilo di contestazione, concernente la presenza in atti di una e-mail del 1° marzo 2013 da parte della Dott.ssa Antonella Caressa del Settore Gestione Amministrativa progetti e Lavori, con la quale si evidenziano profili di incertezza sulla data del verbale della Perizia giustificativa, presumibilmente precedente al Verbale di somma urgenza, il Comune di Milano, nel richiamare il contenuto della relazione prodotta dalla competente funzione dirigenziale, ha fornito una ricostruzione della vicenda, evidenziando in particolare, tra l'altro, che *".....nel prendere atto dell'intervenuta firma del verbale di somma urgenza in data 1° marzo 2013 si rammentava agli organi tecnici la tempistica per la presentazione della delibera alla Giunta Comunale. Stante il fatto che la perizia giustificativa il 1° marzo era ancora in corso di redazione ed, evidentemente, nell'ultima versione già trasmessa in bozza riportava una data del verbale errata, si dava atto dell'avvenuta correzione ricordando di datare correttamente la perizia stessa, una volta divenuta definitiva, ovviamente in data successiva al 1° marzo 2013...."*. Tali considerazioni non si ritengono idonee a confutare il profilo di contestazione, laddove, a voler accedere a tale ricostruzione, si conferma la circostanza che la perizia alla data della sottoscrizione del verbale di somma urgenza era comunque in corso di redazione, leggendosi che *"..nell'ultima versione già trasmessa in bozza riportava una data del verbale errata"* non coerentemente con la sequenza procedimentale di cui all'art. 176 del d.p.r. 207/2010, secondo cui *"...il responsabile del procedimento e il tecnico che si reca prima sul luogo, può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale di cui all'articolo 175 la immediata esecuzione dei lavori..... Il responsabile del procedimento o il tecnico compila entro dieci giorni dall'ordine di esecuzione dei lavori una perizia giustificativa degli stessi e la trasmette, unitamente al verbale di somma urgenza, alla stazione appaltante che provvede alla copertura della spesa e alla approvazione dei lavori"*, evidenziandosi, peraltro, profili di perplessità in ordine all'anticipazione degli atti della procedura rispetto al verbale di somma urgenza, come già manifestatasi con la richiesta di preventivo dei lavori del 14.1.2013.

In ordine al mancato rinvenimento dall'esame del fascicolo dei controlli di legge in merito all'eventuale adozione di misure di prevenzione e in riferimento agli obblighi di assunzione dei disabili di cui alla legge n. 68/99, obblighi previsti dall'art. 38, comma 1, lett. b) e l), del D.lgs. n. 163/2006, si prende atto di quanto riferito dall'Ente, con allegazione della relativa documentazione, in ordine all'avvenuto rilascio in data 8.5.2013 della dichiarazione sul numero dei dipendenti in riferimento in esame, pur rilevando che la dichiarazione prodotta in allegato reca il *"...numero dei lavoratori impegnati nell'appalto in oggetto..."* evidenziandosi profili di perplessità in ordine all'idoneità della medesima ad attestare il numero del personale assunto alle dipendenze dell'impresa medesima.

In riferimento a quanto dedotto dallo stesso Comune di Milano in ordine ai controlli di legge in merito

all'eventuale adozione di misure di prevenzione, si prende atto di quanto riferito secondo cui "... nell'esperienza storica del Comune di Milano non è mai stata emessa alcuna risultanza negativa nei confronti di alcuna impresa e che tale controllo non è più normativamente previsto. Agli atti risultano comunque presenti i controlli antimafia...", confermandosi al contempo la mancanza, all'interno del fascicolo, degli atti di tale verifica, con il richiamo alla relazione allegata della Direzione Centrale Unica Appalti, nella quale risulta riferito che "Si presume in proposito che, data la risalenza nel tempo del fascicolo archiviato, la stessa sia andata smarrita in quanto rientrava nel novero dei controlli che ordinariamente venivano eseguiti".

5) Affidamento lavori di manutenzione ordinaria a chiamata, negli edifici scolastici e socio assistenziali cittadini urbani - lotto 7 di 9 lotti - zona 7 (CIG 521814664C) - Importo Euro 575.711,66 euro

Per l'affidamento dei lavori in trattazione, per un importo a base di gara 575.711,66 euro (IVA esclusa), di cui euro 8.831,88 per oneri di attuazione dei piani di sicurezza interni non a ribasso il Comune di Milano ha fatto ricorso alla procedura prevista ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), del D.lgs. 163/2006, in base al quale la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando è consentita "nella misura strettamente necessaria, nei casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, o quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti".

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Nel rapporto ispettivo risulta rilevato che l'unica motivazione, evidenziata da parte dell'amministrazione comunale di Milano, nell'ambito del ricorso alla richiamata procedura negoziata, è da imputare alla mancata approvazione del bilancio preventivo dell'Ente, riferendosi alla determinazione a contrarre n. 746 del 28.6.2013, secondo cui "La mancata approvazione del Bilancio di Previsione e conseguentemente del Programma Triennale non ha consentito di precedere all'indizione delle gare per l'assegnazione dei lavori di manutenzione ordinaria degli edifici scolastici e socio assistenziale cittadini urbani ed extraurbani". Sempre nella stessa determinazione è altresì richiamato che "Tale termine di approvazione del Bilancio di previsione risulta incompatibile con i tempi necessari per espletare le operazioni di gara finalizzate ad affidare i lavori, indifferibili e urgenti di cui trattasi in quanto vi è la necessità di procedere tempestivamente ad eseguire, senza soluzione di continuità, gli interventi di cui all'oggetto volti a garantire la manutenzione ordinaria degli edifici scolastici e socio assistenziale cittadini urbani ed extraurbani che dovranno essere effettuati prevalentemente nel periodo di sospensione dell'attività scolastica". A tale riguardo, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, con riferimento al requisito dell'urgenza, quale presupposto legittimante della stessa procedura, che la stessa non deve essere addebitabile all'Amministrazione per carenza di organizzazione, o programmazione, o per inerzia (cfr. Cons. St., Sez. V, Sent. 10/11/2010 n. 8006).

La stessa Autorità ha avuto modo di rilevare che "i presupposti previsti dall'art. 57 del Codice, costituiscono un'eccezione alla regola generale della massima concorsualità e come tali debbono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva. L'estrema urgenza può legittimare un affidamento diretto ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), quanto risulta da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili (anche per ritardo di attivazione dei procedimenti) (Parere sulla Normativa del 13/03/2013 - rif. AG28/12)" (cfr. Parere AG32/2015/AP del 13/05/2015).

La mancata approvazione del bilancio preventivo potrebbe essere, in qualche modo, correlabile sia alla

carenza di adeguata organizzazione o programmazione e comunque a profili addebitabili a codesto Ente.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

In riferimento a tale procedura, nell'ambito delle controdeduzioni formulate con nota acquisita al prot. n. 77138 del 19.9.2018 (cfr. all. 3), il Comune di Milano, con il richiamo a quanto esposto dalle competenti funzioni dirigenziali, ha riferito che *"... la motivazione del ricorso a tale procedura riprende integralmente gli indirizzi e le motivazioni formulati dalla Giunta Comunale nella deliberazione n. 1297 del 28/06/2013 (allegato sub 8) alla presente nota, che, ritenendo sussistenti i presupposti di cui all'art.128 comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006, ha ritenuto legittimo avviare la gara mediante procedura negoziata ai sensi dell'art.57 comma 2 lett. c) dello stesso Decreto Legislativo"*, precisando che *"Ciò è derivato dalla non intervenuta approvazione del Bilancio Comunale nel mese di giugno 2013, circostanza assolutamente legittima in quanto rispettosa della normativa allora vigente. Infatti, la Legge n. 228 del 24/12/2012 art. 1 comma 381 aveva differito il termine al 31/03/2013 poi ulteriormente prorogato dall'art. 10 del D. L. 35/2013 convertito con Legge 64/2013 al 30/09/2013"* e che *"Come si evince dalla deliberazione della Giunta Comunale n. 1150 del 10/06/2013 (allegato sub 9) richiamata dalla precitata deliberazione n.1297, le decisioni relative agli elementi principali della programmazione finanziaria 2013-2015 e, in particolare, le decisioni in merito all'addizionale IRPEF e IMU sono state sospensivamente condizionate alla definizione da parte del Governo della riforma della fiscalità immobiliare e, pertanto, la formalizzazione degli elementi succitati è stata rinviata alla fase e nei termini di approvazione del Bilancio di Previsione"*. In tale contesto è stato ulteriormente precisato che *"Nelle more della definizione degli elementi previsionali che costituiscono il Bilancio di Previsione 2013/2015 è stato ritenuto opportuno, in un'ottica prudenziale, individuare tassativamente progetti ed attività che dovevano necessariamente trovare attuazione e finanziamento sino al 30 settembre (termine ultimo di approvazione del bilancio di previsione) riferiti ad alti contenuti sociali o indispensabili per il funzionamento di servizi che vengono erogati in continuità; tra questi progetti rientrava anche quello in oggetto.... La non imputabilità all'Amministrazione comunale dei ritardi nell'approvazione del bilancio, seppure nei termini legislativamente previsti, per cause da essa non dipendenti, e l'imprevedibilità delle relative cause nonché l'estrema urgenza di provvedere al fine di garantire, senza soluzione di continuità, la manutenzione ordinaria degli edifici scolastici e socio assistenziali cittadini urbani da effettuarsi nel periodo di sospensione dell'attività scolastica, stante l'imminente scadenza dei contratti in corso (30/06/2013), hanno giustificato il ricorso alla procedura negoziata così come espletata che dunque risulta pienamente legittima"*, con allegazione della determinazione dirigenziale a contrarre della Direzione Centrale Opere Pubbliche e Centrale Unica Appalti-Settore Gestione Amministrativa Progetti e Lavori n. 746 del 2013 (cfr. **all. 9**).

Nell'ambito di tale determina di dà atto, tra l'altro, che *"con deliberazione della Giunta Comunale n. reg. Del. 2063 del 12.10.2012 (P.G. 564768/2012), esecutiva ai sensi di legge, è stata approvata una serie di progetti preliminari tra i quali i progetti preliminari (Codice Interno Amm.vo D.9-D. 10-D. 11-D. 12-D. 13-D. 14- D15-D.16-D.17) relativi a "Lavori di manutenzione ordinaria a chiamata, negli edifici scolastici e socio assistenziali cittadini urbani ed extraurbani in zona 1-2-3-4-5-6-7-8-9", per l'importo complessivo stimato in € 7.200.000,00 (IV A compresa)"*, rilevandosi che *"La mancata approvazione del Bilancio di Previsione e conseguentemente del Programma Triennale delle Opere Pubbliche non ha consentito di procedere all'indizione delle gare per l'assegnazione dei lavori di manutenzione ordinaria degli edifici scolastici e socio assistenziali cittadini urbani ed extraurbani"*.

Sulla scorta di tali premesse, tra l'altro, risulta evidenziato che *"Con deliberazione della Giunta Comunale n. 1297 del 28.6.2013, immediatamente eseguibile, ricorrendo i motivi di urgenza di cui all'art. 128 comma 5 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., sono stati approvati i progetti definitivi relativi a:"Lavori di manutenzione ordinaria a chiamata, negli edifici scolastici e socio assistenziali cittadini urbani ed extraurbani in zone 1-2-3-4-5- 6-7-8-9"per l'importo complessivo di € 7.200.000,00..."*, con l'assunzione della determinazione *"di assumere - ai sensi degli artt. 151 - comma 4, 183 - comma 1 e 191 - comma 1 del D.Lgs. 267/2000 - la spesa complessiva di € 7.200.000,00 relativa a "Lavori di manutenzione ordinaria a chiamata, negli edifici scolastici e socio assistenziali cittadini urbani ed extraurbani"*

in 9 zona"; 2. di definire nel modo indicato in relazione le modalità ed i criteri di scelta del contraente; 3. di autorizzare l'indizione della relative procedure negoziate ai sensi dell'art. 57 comma 2 lettera c) del D.Lgs 163/2006 alle quali verranno invitati almeno 30 operatori economici;".

Nell'ambito delle controdeduzioni risulta anche precisato che *"il CIG è errato in quanto quello della zona 7 è il seguente: 521814664C"*.

Valutazioni

A tale riguardo, si evidenzia che il Comune di Milano, in esito alla comunicazione delle risultanze istruttorie, ha ritenuto di poter confermare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), del D.lgs. 163/2006, facendo riferimento nella sostanza alla *"... non imputabilità all'Amministrazione comunale dei ritardi nell'approvazione del bilancio, seppure nei termini legislativamente previsti, per cause da essa non dipendenti, e l'imprevedibilità delle relative cause nonché l'estrema urgenza di provvedere al fine di garantire, senza soluzione di continuità, la manutenzione ordinaria degli edifici scolastici e socio assistenziali cittadini urbani da effettuarsi nel periodo di sospensione dell'attività scolastica, stante l'imminente scadenza dei contratti in corso (30/06/2013)..."*, ritenendo sussistenti i presupposti di cui all'art.128 comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui *"Le amministrazioni aggiudicatrici nel dare attuazione ai lavori previsti dal programma triennale devono rispettare le priorità ivi indicate. Sono fatti salvi gli interventi imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale"*.

A tale riguardo, anche a voler aderire alle argomentazioni svolte, pur rilevando che la gestione delle tempistiche per l'approvazione del bilancio, attiene ad esigenze organizzative e scelte dell'Ente, si ritiene di rilevare che il Comune di Milano, nelle proprie controdeduzioni ha fatto riferimento comunque alla *"...estrema urgenza di provvedere al fine di garantire, senza soluzione di continuità, la manutenzione ordinaria degli edifici scolastici e socio assistenziali cittadini urbani da effettuarsi nel periodo di sospensione dell'attività scolastica, stante l'imminente scadenza dei contratti in corso (30/06/2013)..."*; tale tipologia di interventi, afferenti alla "manutenzione ordinaria", per natura programmabili e prevedibili, esulano dall'ambito di applicazione della procedura in esame, non risultando, in primo luogo inquadrabili nell'ambito del disposto di cui al citato art. 128, comma 5 che fa riferimento ad interventi imposti da eventi imprevedibili o calamitosi. Lo stesso art. 57, comma 2, lett. c) del d. lgs. 163/2006, nel disciplinare i relativi presupposti normativi, fa riferimento a situazioni di estrema urgenza, *"...risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non ...compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara...."* e che *"Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti"*, che non si ritengono ravvisabili nel caso in esame, prospettandosi, pertanto, una non corretta applicazione della procedura d'urgenza in esame.

Pertanto, va osservato che nella determina a contrarre sopra richiamata e nella deliberazione della Giunta Comunale n. 1297 del 28/06/2013, allegata, si fa riferimento all'utilizzo della procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 2, lett. c) del d. lgs. 163/2006 per una serie di interventi riferiti a 9 zone per una spesa complessiva di € 7.200.000,00.

6) Gara d'appalto mediante procedura negoziata di manutenzione per la conservazione di fontane e monumenti (CIG 5662694AE8) - Importo Euro 4.424.766,78.

Trattasi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, svolta ai sensi dell'art. 122, comma 7, dell'ex d. lgs. 163/2006, con la quale sono stati appaltati i lavori di manutenzione per la conservazione di fontane e monumenti alla ditta ARCH EDIL di Zingales Manlio, che ha offerto un

ribasso pari al 27,671% sull'importo a base di gara di Euro 4.424.766,78, oltre IVA.

In riferimento a tale procedura, risulta evidenziata, tra l'altro, l'adozione della determinazione a contrarre n. 163 del 18 febbraio 2014, cui ha fatto seguito la lettera di invito trasmessa via fax in data 21 marzo 2014 (scadenza 3 aprile 2014), la determinazione di aggiudicazione definitiva n. 47 prot. 273267 del 22 aprile 2014, nonché il Contratto p.g. n. 196829 sottoscritto in data 9 luglio 2014.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Riguardo ai presupposti per l'adozione della procedura di cui al citato articolo 122, comma 7 - che, come è noto prevede la possibilità di affidare lavori fino all'importo di 1.000.000,00 di euro con le procedure di cui all'art. 57, comma 6, stesso Codice - nell'ambito del rapporto ispettivo si dà atto che la medesima procedura sarebbe stata utilizzata, anche a fronte del maggiore importo, con il richiamo ad alcune circostanze derogatorie, relative a *“provvedimenti in deroga del Commissario straordinario delegato n. 1 del 9 marzo 2010; ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 ottobre 2010, n. 3901;”*, nonché facendo riferimento al provvedimento del Commissario Unico delegato dal Governo per EXPO 2015 n. 14 del 29 gennaio 2014, nel cui allegato elenco compare anche la manutenzione per la conservazione di fontane e monumenti.

A tale riguardo merita richiamare preliminarmente quanto riportato nel provvedimento da ultimo citato, acquisito in copia, laddove il Commissario Unico delegato del Governo per Expo Milano 2015 riferisce *“Stante la prossimità dell'Evento e la necessità di avviare al più presto gli interventi di preparazione della città che nel corso di EXPO ospiterà incontri, manifestazioni e scambi culturali internazionali con coinvolgimento di organismi pubblici e privati, si rende necessario, estendere le semplificazioni procedurali previste dai provvedimenti commissariali sopra richiamati anche alle ulteriori opere individuate nell'elenco allegato come funzionali ad EXPO e prevedere, altresì, per le gare di importo inferiore alla soglia comunitaria riportate in detto elenco, l'utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione di bando in deroga all'art 122, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, in modo da garantire tempi brevi per l'espletamento delle procedure di affidamento dei lavori già programmati e finanziati, indispensabili per preparare tempestivamente la città per il grande evento EXPO Milano 2015;”*.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, rilevato che il contratto in esame, siglato in data 9 luglio 2014, prevedeva all'art. 4 che *“L'esecuzione dei lavori oggetto del presente contratto dovrà essere completata in giorni 1095 (milleottocentoventicinque) naturali e consecutivi, decorrenti dalla data del verbale di consegna dei lavori”*, risulta difficilmente configurabile l'ammissibilità al caso in esame dell'applicazione della disciplina derogatoria di cui al provvedimento del Commissario Unico delegato dal Governo per EXPO 2015 n. 14 del 29 gennaio 2014, a fronte di un termine per l'ultimazione dei lavori successivo alla conclusione dell'EXPO di Milano 2015.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

In ordine all'applicazione della disciplina derogatoria prevista dal provvedimento del Commissario Unico delegato dal Governo per EXPO 2015, il Comune di Milano, nel richiamare le considerazioni svolte dalla Direzione Centrale Unica Appalti (cfr. all. 3), ha rilevato, in ordine all'applicazione della disciplina derogatoria prevista dal provvedimento del Commissario Unico delegato dal Governo per EXPO 2015, che *“L'evento EXPO si è svolto nell'arco di n. 184 giorni dal 01/05/2015 al 31/10/2015. Il provvedimento commissariale prevedeva., tra gli interventi prioritari, anche quello in esame”*.

Riguardo alla tempistica dei lavori, risulta precisato che *“i lavori sono stati consegnati in data 21 luglio 2014 quindi circa 300 giorni prima dell'inizio dell'evento, al fine di garantire la piena funzionalità di tutti gli impianti di fontane e monumenti della città in tempo utile prima dell'inizio dell'evento. La durata minima ed indispensabile a garantire il decoro cittadino delle opere prima ed in costanza dell'evento EXPO corrisponde, pertanto, a circa la metà dei giorni totali di contratto per un importo già di per sé superiore al milione di euro”*.

A tale riguardo, risulta inoltre precisato che *“considerata la necessità di garantire le attività manutentive anche per il periodo successivo all'evento senza soluzione di continuità, data l'attrattività della città anche in tale fase post evento, nonché per economia procedurale, gli organi tecnici comunali hanno ritenuto di stimare un ulteriore periodo di manutenzione, tenuto conto altresì che l'importo contrattuale stimato avrebbe potuto garantire sia in fase preparatoria dell'evento sia in costanza dello stesso di far fronte ad eventuali eventi imprevisti ed imprevedibili ed evitare ripercussioni negative sull'immagine della città nel periodo interessato all'evento”*, concludendo che *“per quanto riportato il ricorso alla procedura risulta legittimo sia nelle modalità che nei termini”*.

Valutazioni

Come sopra esposto, il Comune di Milano, a riscontro della contestazione in esame, afferente all'utilizzo della disciplina derogatoria per EXPO 2015, in relazione allo svolgimento di una procedura ex art. 122, comma 7, del d. lgs. n. 163/2006, per lavori di manutenzione di importo, a base di gara, di Euro 4.424.766,78, oltre IVA, nettamente superiore al limite previsto per la relativa adozione, ha operato una distinzione tra opere atte a garantire *“...la piena funzionalità di tutti gli impianti di fontane e monumenti della città in tempo utile prima dell'inizio dell'evento...”*, stimando per esse, in assenza peraltro di un preciso riscontro documentale, una *“...durata minima ed indispensabile a garantire il decoro cittadino delle opere prima ed incostanza dell'evento EXPOa circa la metà dei giorni totali di contratto per un importo già di per sé superiore al milione di euro”*, e gli ulteriori interventi manutentivi compresi nell'affidamento in esame. Per quest'ultimi il Comune ha fatto riferimento nella sostanza ad interventi atti a *“....garantire le attività manutentive anche per il periodo successivo all'evento senza soluzione di continuità, data l'attrattività della città anche in tale fase post evento, nonché per economia procedurale, gli organi tecnici comunali hanno ritenuto di stimare un ulteriore periodo di manutenzione, tenuto conto altresì che l'importo contrattuale stimato avrebbe potuto garantire sia in fase preparatoria dell'evento sia in costanza dello stesso di far fronte ad eventuali eventi imprevisti ed imprevedibili ed evitare ripercussioni negative sull'immagine della città nel periodo interessato all'evento”*.

Orbene, le suesposte considerazioni non si ritengono idonee a confutare il profilo di contestazione, laddove, pur a volere accedere alla suddetta impostazione sostenuta dall'Ente, si ritiene confermato comunque l'utilizzo della disciplina derogatoria in esame - finalizzato, come si legge nel Provvedimento n. 14 del 29 gennaio 2014 del Commissario Unico Delegato del Governo per EXPO 2015 *“per realizzare in tempo utile per EXPO 2015 tutte le opere pubbliche programmate nella città di Milano,...”* e *“.... indispensabili per preparare tempestivamente la città per il grande evento EXPO Milano 2015” (all. 10)* - in riferimento ad interventi di manutenzione destinati, per la relativa durata del contratto, a soddisfare esigenze post evento, non coerentemente con i richiamati presupposti normativi.

7) Contratto di appalto relativo alle opere manutentive nelle cascine agrarie (CIG 59934829CD) - Importo Euro 69.989,67

Trattasi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi degli art. 57, comma 6, e 122, comma 7, dell'ex d. lgs. 163/2006, con la quale sono stati appaltati i lavori di manutenzione nelle cascine agrarie all'impresa Edil Color Service di Chindamo Pierino e Mandaglio Antonino S.n.c., che ha offerto un ribasso pari al 34,99% sull'importo a base di gara di Euro 69.989,67, oltre IVA.

In riferimento a tale procedura risulta intervenuta la determinazione di aggiudicazione definitiva n. 147 prot. 737512 del 3 dicembre 2014 ed il Contratto p.g. n. 699772 sottoscritto in data 28 gennaio 2015.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In relazione alla fattispecie è stato possibile rilevare, dalla lettura della nota del RUP del 12 novembre

2014 che le imprese da invitare sono state individuate “... in conseguenza della loro conoscenza da parte del RUP e di altri colleghi di Settore, per lavori già effettuati od in corso per l'Amministrazione comunale, oppure attingendo casualmente dall'elenco presente nel sito dell'A.N.AC. (AVCP)”.

L'applicazione di tali criteri non sembra soddisfare i necessari principi di trasparenza, nonché al contempo la parità di trattamento, concorrenza e rotazione, nel rispetto del citato articolo 122, comma 7. L'autorità sul punto ha avuto modo di chiarire che “L'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006 consente l'affidamento mediante procedura negoziata ad inviti, senza previo bando, degli appalti ricadenti sotto una certa soglia di valore. Ciò non significa, però, che in tali casi la scelta delle imprese da invitare ricada nell'ambito di una insindacabile discrezionalità dell'amministrazione; infatti, la disposizione in parola, in relazione ai criteri di scelta delle imprese da invitare, rinvia al comma 6, dell'art. 57, a mente del quale le stazioni appaltanti devono, fra l'altro, procedere alla selezione utilizzando criteri trasparenti che consentano, a turno, a tutte le imprese interessate, di accedere alle commesse di volta in volta approvate (ex multis: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2941)” (Parere n.5 del 29/07/2014).

Anche in riferimento a tale procedura, nel rapporto ispettivo risulta rilevato che il RUP effettivo non coincide con il soggetto che ha “staccato” il CIG.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

In riferimento a tale procedura, il Comune di Milano, nel formulare le proprie controdeduzioni acquisite al prot. n. n. 77138 del 19.9.2018, ha rinviato al contenuto dell'allegata relazione della DIREZIONE FACILITY MANAGEMENT. (cfr. all. 3),

Nel documento in esame, in relazione al profilo di criticità riguardante i criteri utilizzati per la individuazione degli operatori economici invitati a presentare offerte, risulta evidenziato, tra l'altro che “In data 14.08.2018, il responsabile del procedimento, Arch. Corrado De Luca dell' Area Tecnica Demanio e Beni Comunali diversi ha inviato apposita relazione in cui si esplicitano i criteri utilizzati per la individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura ristretta”, rilevando che “... l'invito è stato rivolto a tredici soggetti, di cui dieci scelti a caso da elenchi messi a disposizione dall'AVCP. Gli altri operatori sono stati individuati in virtù della dimostrata capacità tecnico organizzativa, desunta dal mercato e dalla precedente e fruttuosa collaborazione con l'Amministrazione” e che “l'ulteriore circostanza della conoscenza personale degli operatori va, dunque, intesa in tal senso e non, invece, quale violazione del principio di trasparenza, di concorrenza e parità di trattamento che risultano rispettati nel caso in esame”. Nella richiamata relazione del responsabile del procedimento, Arch. Corrado De Luca - nell'evidenziare il disposto dell'art. 122, comma 7 del d. lgs. 163/2006, nella parte in cui prevede che “...l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri” e la circostanza sopra esposta che “...nel caso in oggetto l'invito è stato rivolto a tredici soggetti.....” - risulta evidenziato, tra l'altro, che “l'aver dichiarato in modo manifesto che alcune imprese (un esiguo numero rispetto al totale) furono invitate alla procedura negoziata perché da indagini e da esperienze avevano dimostrato capacità tecnico organizzativa adeguata alle opere da eseguire pare essere il massimo della trasparenza, come aver scelto casualmente da elenchi messi a disposizione dall'AVCP, risponde in modo evidente al rispetto dei principi di rotazione e concorrenza”. In riferimento alla seconda criticità riguardante la divergenza tra il RUP indicato ai fini del CIG e quello effettivo, nell'ambito delle controdeduzioni fornite dall'Ente, risulta richiamato quanto già dedotto in riferimento all'appalto di cui al n. 1, concernente i lavori allo stabile di Via Lorenteggio 178, laddove risulta riferito, tra l'altro che “...La procedura relativa all'espletamento di tutte le gare pubbliche del Comune di Milano è attribuita alla competenza del Direttore del Settore/Area Gare della Centrale Unica Appalti che si occupa altresì di richiedere il CIG, di effettuare tutte le operazioni di competenza della Stazione Appaltante e le comunicazioni SIMOG relative alla gestione di gara. Terminata la procedura di gara, la gestione del CIG nella fase esecutiva viene presa in carico dal RUP che cura tutti gli adempimenti relativi alla gestione del contratto”.

Valutazioni

Alla luce delle controdeduzioni fornite, non si ritengono confutati i profili di contestazione in esame, laddove in primo luogo le considerazioni svolte sui criteri utilizzati per la individuazione degli operatori economici invitati a presentare offerte nell'ambito della procedura in esame - per i quali l'Ente rileva sostanzialmente di avere operato un invito "... rivolto a tredici soggetti, di cui dieci scelti a caso da elenchi messi a disposizione dall'AVCP. Gli altri operatori sono stati individuati in virtù della dimostrata capacità tecnico organizzativa, desunta dal mercato e dalla precedente e fruttuosa collaborazione con l'Amministrazione" - non pare idoneo comunque a garantire i principi di parità di trattamento, concorrenza e rotazione, tenuto conto di quanto chiarito dall'Autorità, con il parere sopra richiamato in ordine all'applicazione dell'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui "... la disposizione in parola, in relazione ai criteri di scelta delle imprese da invitare, rinvia al comma 6, dell'art. 57, a mente del quale le stazioni appaltanti devono, fra l'altro, procedere alla selezione utilizzando criteri trasparenti che consentano, a turno, a tutte le imprese interessate, di accedere alle commesse di volta in volta approvate (ex multis: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2941)" (Parere n.5 del 29/07/2014). Il riferimento a criteri casuali o a precedenti collaborazioni con l'Amministrazione, senza preveder meccanismi di turnazione, di per sé non sembra garantire l'adozione di criteri trasparenti idonei a garantire un'adeguata rotazione tra gli operatori economici interessati.

In riferimento alle ulteriori controdeduzioni afferenti alla divergenza tra il RUP indicato ai fini del CIG e quello effettivo, si ritiene di osservare che l'attribuzione della procedura relativa all'espletamento delle gare pubblica alla competenza del Direttore del Settore/Area Gare della Centrale Unica Appalti, demandando al RUP gli adempimenti relativi alla gestione del contratto, non risulterebbe coerente con la disposizione di cui all'art. 10 del d.lgs. 163/2006, commi 1 e 2 del citato articolo. Tali norme, come sopra già esposto, prevedono rispettivamente che "Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione" e che "Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti".

8) Affidamento dei lavori di demolizione d'ufficio delle opere edilizie abusive realizzate in Corso Indipendenza, 6 (CIG 623544432B) - Importo Euro 113.814,74

Trattasi di procedura negoziata ex art. 122, comma 7, dell'ex d. lgs. n. 163/2006, con la quale è stato avviato l'iter di affidamento dei lavori di demolizione d'ufficio delle opere edilizie abusive realizzate in Corso Indipendenza, 6 per un importo a base di gara di Euro 113.814,74, oltre IVA ed oneri di sicurezza interni ed esterni non soggetti a ribasso pari, rispettivamente, ad euro 1.540,38 ed euro 8.776,20.

In relazione alla suddetta procedura nel rapporto ispettivo si dà atto della redazione di un verbale di gara del 18 maggio 2015 con rinvio a data da destinarsi.

A tale riguardo risulta richiamato il contenzioso giurisdizionale amministrativo relativo alle opere edilizie oggetto di intervento di demolizione, rilevando che il Consiglio di Stato – Sezione IV, con ordinanza n. 2544/2015 del 10 giugno 2015 ha accolto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza del TAR Milano n. 1105/2011, volta a dichiarare, come rilevabile dalla consultazione del sito istituzionale della Giustizia amministrativa, "la mancanza dei presupposti per la formazione della DLA..." e ha fissato l'udienza dell'8 ottobre 2015 per la trattazione nel merito del ricorso.

E' stato riferito, al momento dell'accesso ispettivo, che non erano intervenute novità rispetto alla situazione descritta, rilevandosi che non era stata acquisita alcuna documentazione, considerato che l'appalto non era ancora stato neppure aggiudicato.

A tale riguardo, dalla consultazione del sito web, allo stato risulta emessa la sentenza del Consiglio di Stato n. 839/2016, che ha respinto l'appello avverso la suddetta sentenza del citato TAR, confermando le relative statuizioni.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Nell'ambito del rapporto ispettivo è stato messo in evidenza che, nel caso di specie, ancorché non fossero stati effettuati specifici approfondimenti, risultava la singolarità di una procedura di affidamento attivata al fine di demolire opere edilizie abusive in assenza di un titolo giuridico pienamente esecutivo.

A tale riguardo, è stato richiesto al Comune di Milano di voler documentare, anche alla luce delle pronunce giurisdizionali intervenute, gli sviluppi procedurali eventualmente intercorsi, dando atto degli atti salienti della procedura, in relazione all'eventuale avvenuta aggiudicazione, inizio dei lavori ed eventuale chiusura degli stessi.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

In riferimento a tale procedura, il Comune di Milano, nel formulare le proprie controdeduzioni acquisite al prot. n. 77138 del 19.9.2018 (**cf. all. 3**), ha rinviato al contenuto dell'allegata relazione della competente funzione dirigenziale, riferendo che *“la competente funzione dirigenziale con la relazione ha comunicato quanto segue: "La prima seduta di gara si è tenuta in data 18 maggio 2015, sospesa in attesa di integrazioni da parte degli operatori economici, non è stata più aggiornata, in attesa degli esiti di giudizio davanti al Consiglio di Stato. La procedura era stata avviata con tempestività al fine di poter procedere celermente alla demolizione una volta acquisito il titolo giuridico, evitando il perdurare dello stato di difformità dell'immobile”*.

Nell'ambito delle relative controdeduzioni risulta riportato il contenuto della relazione dell'Avvocatura comunale del 24.8.2018, riferendo che *“il Comune di Milano ha intrapreso il procedimento sanzionatorio finalizzato a dare esecuzione alla sentenza del T.A.R., sez. II, n. 1105/2011 del 29.04.2011 (che ha accolto il ricorso dichiarando l'illegittimità dell'intervento edilizio progettato) prima con l'ordine di demolizione notificato il 27.06.2011 ed in seguito avviando il procedimento di demolizione d'ufficio con comunicazione ricevuta il 9.02.2012. L'esecutività della citata sentenza del TAR Lombardia è stata sospesa dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 2544/2015 in data 10.06.2015: prima di tale sospensione, la sentenza era esecutiva e l'Amministrazione comunale aveva il dovere di ottemperare”* e che *“i provvedimenti relativi alla procedura sanzionatoria sono stati assunti dal Comune prima del 10.06.2015, cioè quando la sentenza di primo grado era esecutiva”*.

In riferimento all'impugnazione degli atti comunali relativi al procedimento sanzionatorio di demolizione, è stato ulteriormente precisato con il richiamo alla suddetta relazione dell'Avvocatura comunale, tra l'altro, che *“il sig. Mele Luigi ha proposto ricorso avanti il T.A.R. Lombardia (RG 2721/11, tutt'ora pendente in attesa della fissazione dell'udienza di discussione del merito), chiedendo in via cautelare la sospensione della loro efficacia”* e che *“le istanze di sospensione sono state respinte dal TAR Lombardia con i seguenti provvedimenti: - ordinanza n. 660 dell'11.5.2012..... "; - ordinanza n. 505/2016 del 29.04.2016;*”, dando ulteriormente atto che *“L'efficacia dei provvedimenti relativi alla procedura sanzionatoria è stata sospesa dal Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 4658/2016 del 18.10.2016, ha accolto l'appello cautelare avverso la sopracitata ordinanza TAR n. 505/2016 sospendendo l'efficacia degli atti impugnati”*. A tale riguardo è stato ulteriormente precisato che *“in data 20.02.2016 è stata pubblicata la sentenza del Consiglio di Stato n. 839/2016, che ha respinto il ricorso in appello proposto da Mele Luigi per l'annullamento della citata sentenza TAR n. 1105/2011. Avverso tale sentenza è stato proposto ricorso per revocazione, dichiarato improcedibile dal Consiglio di*

Stato con decreto n. 582/2017 del 3.05.2017”.

Con il medesimo richiamo alla relazione dell'Avvocatura comunale, risulta riferito che *“Gli atti assunti dal Comune relativi alla procedura per la demolizione dell'opera abusiva e precisamente: approvazione del progetto preliminare (con deliberazione di G. C. n. 1452 del 18.07.2014) e definitivo (con deliberazione di G.C. e n. 2469 del 5.12. 2014) e procedura per l'affidamento dei lavori di demolizione (determina dirigenziale n. 36/20/5 del 24.02.2015), sono stati assunti nel rispetto della sentenza del TAR n. 1105/2011, ora confermata dal Consiglio di Stato, e del dovere dell'Amministrazione di dare esecuzione alle sentenze”.*

In riferimento allo stato della procedura, il Comune di Milano, nell'ambito delle controdeduzioni, ha ulteriormente riferito che *“Infine, in data 28 agosto 2018 lo Sportello Unico per l'edilizia - Direzione Urbanistica, ha inviato ulteriore nota, in cui si dà atto che “... nelle more del procedimento di demolizione, attualmente sospeso in virtù dell'ordinanza Consiglio di Stato n. 4658/2016, in data 10.08.2018 in atti PG 357019/2018 è stata protocollata dall'avv. Luigi Mele un'istanza di RIESAME dell'intervento ai sensi dell'art. 38 del DPR 380/01, oggetto di istruttoria da parte del Municipio competente”.*

Valutazioni

In relazione al profilo di contestazione in esame, ipotizzato nell'ambito del rapporto ispettivo con riferimento all'attivazione di una procedura di affidamento al fine di demolire opere edilizie abusive in assenza di un titolo giuridico pienamente esecutivo, si prende atto di quanto riferito in ordine alle considerazioni svolte dall'Avvocatura comunale, secondo cui conclusivamente *“Gli atti assunti dal Comune relativi alla procedura per la demolizione dell'opera abusiva e precisamente: approvazione del progetto preliminare (con deliberazione di G. C. n. 1452 del 18.07.2014) e definitivo (con deliberazione di G.C. e n. 2469 del 5.12. 2014) e procedura per l'affidamento dei lavori di demolizione (determina dirigenziale n. 36/20/5 del 24.02.2015), sono stati assunti nel rispetto della sentenza del TAR n. 1105/2011, ora confermata dal Consiglio di Stato, e del dovere dell'Amministrazione di dare esecuzione alle sentenze”*, rilevando inoltre, con riferimento a tale sentenza n. 1105/2011 che aveva dichiarato l'illegittimità dell'intervento edilizio progettato, che prima di tale conferma del Consiglio di Stato, *“...L'esecutività della citata sentenza del TAR Lombardia è stata sospesa dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 2544/2015 in data 10.06.2015”*, e dunque successivamente al suddetto avvio della procedura per l'affidamento dei lavori di demolizione.

Pertanto, in ordine alla validità ed efficacia degli atti comunali relativi al procedimento sanzionatorio di demolizione, alla data dell'avvio della procedura per l'affidamento dei lavori di demolizione (determina dirigenziale n. 36/20/5 del 24.02.2015), risulta, secondo la ricostruzione fornita dall'Ente, l'adozione dell'ordinanza n. 660 dell'11.5.2012 di rigetto dell'istanza di sospensione dei suddetti atti, risultando riportato che *“L'efficacia dei provvedimenti relativi alla procedura sanzionatoria è stata sospesa dal Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 4658/2016 del 18.10.2016,”.*

L'analisi delle controdeduzioni in esame consente di ritenere superato il profilo di contestazione, risultando rilevabile, sostanzialmente, che *“i provvedimenti relativi alla procedura sanzionatoria sono stati assunti dal Comune prima del 10.06.2015, cioè quando la sentenza di primo grado era esecutiva”.*

- APPALTI DI SERVIZI

➤ **CIG 47210773FC “Accreditamento di soggetti erogatori del servizio di assistenza educativa per gli alunni con disabilità frequentanti scuole dell'infanzia, primarie, secondarie di primo e secondo grado statali e paritarie del Comune di Milano.”**, valore €.933.736,50 IVA escl., e contratto integrativo del 14.3.2013 valore €.933.736,50 IVA escl., affidati mediante procedura di accreditamento dei soggetti erogatori del servizio di assistenza educativa per gli alunni con disabilità

frequentanti scuole dell'infanzia, primarie, secondarie di primo e secondo grado statali e paritarie del Comune di Milano.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Il sistema di accreditamento individuato dalla Giunta comunale, con la deliberazione d'indirizzo n. 1491, rende la procedura in esame obiettivamente estranea al campo di applicazione del Codice degli appalti, sia in riferimento al fatto che trattasi di servizi di cui all'Allegato IIB, sia considerato che il corrispettivo viene fissato preliminarmente dalla Giunta comunale in euro 18,00/h e le strutture accreditate vengono poi individuate direttamente dai dirigenti scolastici, sentite le famiglie, quando se ne presenti la necessità. Tale circostanza rende non necessaria l'adozione di un CIG, proprio perché non c'è nessuna "gara" in gioco, ma presumibilmente lo stesso CIG viene adottato per questioni relative alla tracciabilità finanziaria. Gli ispettori RgS hanno ritenuto opportuno sottolineare, comunque, che la scelta operata dal Comune di Milano, attraverso l'accreditamento, costituisce solo una delle modalità attraverso le quali poteva essere assicurato il servizio all'utenza. Per gli ispettori tale modalità non sembra peraltro assicurare l'economicità della scelta operata, considerato che da numerosi bandi di gara visualizzati su siti *internet* è stato possibile verificare che la tariffa oraria posta a base di procedure ad evidenza pubblica è generalmente superiore a 18,00 euro. Ancorché sia stata fornita in prima battuta la documentazione attestante i controlli di cui all'art. 38 del Codice dei contratti per uno solo dei 27 soggetti accreditati (Spazio aperto servizi Coop. Sociale a r.l. ONLUS), per quello stesso soggetto è stato successivamente richiesto di ottenere la documentazione attestante i controlli di cui alle lettere g) ed l) del comma 1 dello stesso articolo 38. Tale documentazione non è stata fornita, e conseguentemente tali controlli sono da ritenersi omessi.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

La Cooperativa Spazio aperto aveva dichiarato di non essere assoggettata agli obblighi di cui alla L. 68/1999 e, di conseguenza, nulla doveva dichiarare in dipendenza della lettera l) del comma 1 dell'art.38 d.lgs. 163/2006 e s.m.i. Per quanto riguarda il possesso dei requisiti ex art.38, comma 1 lett.g), il controllo fu effettuato attraverso la visura camerale dal quale fu scaricato il bilancio. Infine lo stesso O.e. Spazio Aperto risultava iscritto all'albo pubblico delle cooperative e, quindi, già soggetto a tale tipologia di controlli. Rispetto al contestato costo del servizio in base oraria di € 18,00, il Comune dichiara: "Giova ricordare che all'epoca i minimi tabellari previsti dai contratti di riferimento superavano già i 20 euro e quindi i 18 euro previsti dalla delibera n.1491 costituivano un risparmio per l'Amministrazione". Aggiungeva inoltre il Responsabile del Servizio "non è chiaro a quali bandi di gara visualizzati sui siti internet gli ispettori facciano riferimento".

Valutazioni

Riguardo a quanto dichiarato dalla S.A. in merito all'effettuazione dei controlli ex art.38, comma 1, lett. g) del d.lgs.163/2006 e s.m.i., l'aver sostenuto di avere effettuato la visura camerale, con relativa verifica dell'ultimo bilancio depositato, non appare soddisfare l'obbligo in capo al Comune del controllo sulla regolarità fiscale, anche perché detta visura camerale è datata nel tempo in quanto risalente, al minimo, all'anno precedente all'affidamento del servizio in oggetto. Inoltre, l'affermazione che tale controllo non fosse necessario in quanto l'O.e. risultava iscritto all'albo pubblico delle cooperative gestito dallo stesso Comune di Milano, non è sufficiente a fugare i dubbi sull'effettivo controllo di tali requisiti generali non risultando, in alcun modo, che la stessa S.A. abbia richiesto all'Agenzia delle entrate competente una verifica sulla stessa "Spazio Aperto", aggiornata al momento dell'affidamento del servizio, ma al contrario appare che tale controllo si sia limitato al solo ricevimento

dell'autocertificazione dell'O.e. Pertanto, si confermano nel caso di specie le effettive carenze sull'effettuazione di controlli di regolarità fiscale ex art.38, comma 1 lett.g), d.lgs. 163/2006 come rilevate nella visita ispettiva.

In merito al costo orario del servizio di €.18,00 rilevato dagli Ispettori, da indagini effettuate dall'UVSF dell'Autorità, tale corrispettivo appare in linea con i costi vigenti all'epoca dell'affidamento e non si riscontrano rilevanti scostamenti dalle Tabelle costo - lavoro del Contratto collettivo Nazionale delle Cooperative Sociali stabilite dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con D.M. del 2 ottobre 2013 - Maggio 2013.

➤ **CIG 3853682EF9 “Riutilizzo fondi ex legge 285/97 afferenti al secondo piano infanzia e adolescenza Città di Milano. Approvazione del progetto di prosecuzione “Appunti per la città” e del modello di convenzione da adottarsi con gli enti assegnatari del finanziamento e attuatori dell'intervento”,** valore €.291.000,00, affidamento diretto tramite accordo quadro/convenzione.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Viene indicato che si tratta di lavori, invece nello specifico trattasi inequivocabilmente di un appalto di servizi. Gli ispettori hanno rilevato che non risulta adottata la determinazione a contrarre, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Inoltre, dalla lettura della documentazione prodotta non si comprende la sussistenza dei presupposti di un affidamento diretto, atteso che si tratta di affidamenti per complessivi 600.000,00 euro a tre delle cinque ONLUS affidatarie 10 anni prima (nel 2002) di analoghi servizi. Infine, non risultano essere stati approfonditi i controlli ex art.38 d.lgs.163/2006.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

La S.A. ha rappresentato che il riutilizzo delle risorse residue era vincolato al rispetto delle disposizioni ministeriali che prevedevano la possibilità di dare continuità a progetti facenti parte del piano territoriale di riferimento per i fondi erogati ex L. 285/97. Inoltre, in merito ai controlli, il Comune specifica che, riguardando progetti in prosecuzione con i medesimi soggetti, si valutò di non reiterare tali controlli, all'infuori del controllo dei DURC al momento della liquidazione dei corrispettivi.

Valutazioni

Pur non volendo contestare il riutilizzo di risorse non spese in precedenza per progetti di rilevante utilità sociale come quelli in oggetto e le modalità di affidamento prescelte giustificate dalla continuità degli interventi, si deve rimarcare che tale fenomeno dei residui molto spesso rivela una carenza nella programmazione degli interventi, per cui gli impegni di competenza non si sono trasformati in altrettanti pagamenti, dando vita alla formazione di residui di esercizio. Pertanto, detta casistica osservata, evidenzia il disallineamento esistente fra diversi momenti della procedura di assegnazione delle risorse “pro quota” ai comuni riservatari. Tale situazione si è ripetuta proprio riguardo al Comune di Milano anche negli anni successivi al 2011, in cui un ulteriore ritardo nella programmazione ha comportato la posticipata erogazione dei fondi a disposizione, per le stesse finalità sociali, negli anni 2014-2016 (cfr. Delibera Corte dei conti n.15/2018/G del 3 agosto 2018).

Riguardo ai controlli sui requisiti di ordine generale, la risposta del Comune non può essere ritenuta soddisfacente, prospettando al contrario una grave e ripetuta carenza di tali controlli ex art. 38, comma 1, del d.lgs. 163/2006 e s.m.i., a parziale esclusione di quelli relativi alla regolarità contributiva degli OO.ee. che vennero, almeno, effettuati prima della liquidazione dei corrispettivi contrattuali.

➤ **CIG 515476784A “Operazione di investimento delle somme liquide disponibili ex art. 14 Legge n. 202 del 19.07.1991”**, valore €50.000.000,00, affidato tramite procedura competitiva informale ai sensi dell’art. 19, lettera d) del D.lgs. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Riguardo a tale affidamento, rectius a tali affidamenti, gli ispettori osservano che nel *file* messo a disposizione dall’ANAC la procedura utilizzata è indicata come procedura aperta, mentre nello specifico si tratta di una procedura negoziata informale *ex art.* 27 del Codice. Premesso quanto sopra, la cronologia della procedura adottata riporta che il 30.10.2012 sono state trasmesse 5 lettere di invito, ad altrettanti Istituti di credito, per la gestione della liquidità in eccesso. Alle quali hanno fatto seguito solo 3 offerte, rispettivamente da parte di Intesa S. Paolo, BNL e Dexia Crediop.

Si fa presente che la tipologia di contratto a cui si riferisce l’operazione d’investimento in trattazione è esclusa dall’ambito di applicazione del codice degli appalti, come previsto ai sensi dell’art. 19, comma 1, lett. d del D.lgs. 163/2006. Tuttavia, ai sensi dell’art. 27, comma 1, dello stesso codice degli appalti, per *“...l’affidamento dei contratti esclusi, vige, in ogni caso, l’obbligo di rispettare i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L’affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto.”*

In merito, non risulta adottata la determinazione a contrarre, ai sensi dell’art. 11, comma 2, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. A tale proposito, il Direttore centrale della D.C. Pianificazione, Bilancio e Controlli ha precisato che *“Autorevole dottrina ... nello specifico in relazione ad operazioni di pronti contro termine, afferma come queste possano essere decise autonomamente dai dirigenti finanziari, senza necessità che intervenga alcuna delibera autorizzatoria di Giunta e Consiglio ...”*, e che *“Ciononostante, per maggiore trasparenza e pubblicità si è ritenuto opportuno individuare gli elementi di cui all’art. 11, comma 2, tra cui gli elementi essenziali di ammissione alla procedura e di selezione del contraente, mediante la deliberazione di Giunta Comunale n. 966 ...”*. Le circostanze eccepite non paiono, nondimeno, esimere l’ente dall’obbligo di cui all’art. 11, comma 2, ancorché per l’oggetto della procedura in questione sia prevista l’esclusione dall’ambito di operatività del Codice dei contratti, infatti in sede di accesso ispettivo non si è contestata la necessità di una deliberazione autorizzatoria, e comunque è pacifico che una deliberazione non può mai assumere valenza sostitutiva di un decreto o di una determinazione dirigenziale a contrarre, atteso che spetta proprio al dirigente stabilire la modalità di acquisizione del servizio. Inoltre, in base all’art. 6 del regolamento del certificato di deposito dell’aggiudicataria, non è prevista alcuna possibilità di rimborso anticipato e ciò in maniera non conforme a quanto specificato nelle linee guida indicate nella più volte richiamata deliberazione di Giunta n. 966, dove si prevede che l’impiego delle disponibilità liquide deve assicurare *“..la tempestiva disponibilità delle somme medesime al fine di consentire il puntuale pagamento degli importi dovuti agli appaltatori e fornitori secondo i termini contrattuali previsti”*.

Infine, non risultano operati i controlli *ex art.* 38 del Codice dei contratti. In proposito, il Direttore centrale della D.C. Pianificazione, Bilancio e Controlli ha precisato che *“... i controlli richiesti dall’art. 38 del D.lgs. 163/2006 sono stati sostituiti con la verifica del possesso dell’autorizzazione dalla Banca d’Italia e dell’iscrizione all’Albo delle Banche di cui all’art. 19 del Testo Unico Bancario, che richiede la presenza dei requisiti di cui agli artt. 14, 25 e 26 del TUB ed il controllo della Banca d’Italia medesima”*. Nel prendere atto di quanto evidenziato dal Direttore centrale, sembra tuttavia necessario evidenziare che le eccepite circostanze non paiono avere caratteristiche esimenti dell’obbligo in parola.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Con riferimento alla procedura di impiego delle somme liquide disponibili, eccedenti i fabbisogni di Tesoreria, la semplificazione adottata per l'operazione del 2012 riferita al CIG in oggetto, trovava innanzitutto motivazione nell'esclusione dall'applicazione ex art.19 d.lgs 163/2006 dal Codice degli appalti. Inoltre, si consideri che tale investimento non ha comportato spese di alcun tipo per l'Ente. Oltretutto tale impiego di liquidità ha generato entrate, commisurate al tasso di interesse attivo riconosciuto sul capitale investito che viene, a sua volta, interamente rimborsato a scadenza dall'Istituto di credito. Tuttavia dal 2015 l'Ente ha riformulato tale procedura di affidamento con relativa pubblicazione di un bando di gara sul sito internet del Comune di Milano, con successivo invio di una lettera di notifica via fax alle banche che risultavano avere un rating pari almeno a quello della Repubblica italiana e conseguente seduta pubblica di apertura offerte ecc. Con riferimento ai controlli ex art.38 del Codice dei Contratti, si fa presente che trattandosi di investimenti di brevissima durata (da 1 a 3 mesi) con contratti standard bancari, con offerte che hanno generalmente validità di pochi giorni (stante la volatilità generale dei tassi e dei rendimenti), tali termini risultavano inconciliabili con quelli necessari per le procedure ex art.38 d.lgs. 163/2016. Si ricorda che si trattava di grandi istituti sotto il controllo della Banca d'Italia sottoposti alle continue verifiche previste dal Testo Unico Bancario.

Valutazioni

Si prende atto che l'Amministrazione dal 2015 ha inteso riformulare tale procedura di affidamento dandole adeguata pubblicità. Riguardo ai tempi ristretti per richiedere le certificazioni ex art.38 d.lgs.163/2006 e s.m.i., circa 2-3 mesi, tale circostanza non appare esimere la S.A. dal suo obbligo di richiedere le dovute autocertificazioni dagli Istituti bancari con cui erano già a conoscenza di doversi rivolgere per tali investimenti sia pure a breve termine.

➤ **CIG 4437255AA7 “Prosecuzione degli interventi assistenziali a favore di minori per rette di ricovero relativi a servizi residenziali e semiresidenziali – II semestre anno 2012”**, valore €.14.032.600,00, trattasi di prosecuzione di precedente affidamento.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

La Fondazione Aliante e la SOS Giovani ONLUS non risultavano presenti nell'elenco delle strutture individuate con deliberazione di Giunta Comunale n. 3274; tanto meno, con entrambi i soggetti, l'amministrazione comunale ha proceduto alle sottoscrizioni di apposite convenzioni. Per quanto riguarda la mancata sottoscrizione delle convenzioni, gli uffici competenti hanno evidenziato, con email trasmessa in data 01.12.2015, che ciò è da correlare alla circostanza che i servizi resi sono terapeutici e quindi a valenza sanitaria. In questo caso, si afferma, nella suddetta email, che *“L'Ente locale è chiamato a corrispondere esclusivamente la parte socio assistenziale determinata dal contratto ASL”*. Ciò, tuttavia, non si rileva nei vari decreti di liquidazione esaminati e tanto meno nelle fatture che i due citati Enti hanno trasmesso al Comune di Milano ai fini della liquidazione. In ogni caso, con la richiamata deliberazione di Giunta comunale, del 2005, è stato precisato che: *“Qualora si dovesse verificare l'esigenza di utilizzare strutture di accoglienza non comprese nella tabella n. 3 il Direttore del Settore competente potrà stipulare ulteriori convenzioni, nei limiti delle risorse di bilancio disponibili, con gestori di unità di offerte a condizioni che:*

- a. Il servizio offerto presenti tutte le caratteristiche previste dalla vigente normativa in materia;*
- b. Il servizio offerto risulti riconducibile ad una delle tipologie di accoglienza specifiche per l'area milanese sopra indicate;*
- c. Le prestazioni rese siano omogenee a quelle della tipologia di riferimento;*
- d. La retta da riconoscere, per tipologia di servizio di accoglienza, rientra nel range, compreso tra il minimo e il massimo di cui alla corrispondente tipologia dell'allegata tabella n. 3.”*

Evidenziano gli ispettori che dal tenore del dispositivo della deliberazione richiamata, salvo diversa indicazione come ricordato in maniera non precisata dalla documentazione fornita, si sarebbe dovuto procedere alla stipulazione di apposite convenzioni con i soggetti erogatori di servizi di accoglienza.

Non sono stati riscontrati i controlli previsti ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006, né tanto meno la disponibilità del DURC in fase di liquidazione;

Va evidenziato che dai *files* messi a disposizione dall'ANAC il CIG risulta "staccato" in riferimento ad un "affidamento in economia – cottimo fiduciario", circostanza che non può corrispondere al vero, sia in riferimento alla omessa adozione di un Regolamento per gli acquisti in economia, sia per le caratteristiche dell'affidamento prima illustrate.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Formalizzare un rapporto contrattuale tra Ente Locale e Gestore dei Servizi a valenza sanitaria (includente modalità di trattamento, controllo sulle prestazioni, ecc.) equivarrebbe di fatto ad assumere competenze non in capo al Comune. In tali casi infatti il Comune si limita ad erogare la quota di pertinenza sociale, ma non ha autonomia nella individuazione ed erogazione del servizio, trattandosi appunto di servizi a copertura altamente sanitaria.

Non avendo stipulato specifica convenzione, per i motivi sopra esposti, non si è provveduto a effettuare i controlli di cui all'art.38 d.lgs.163/2006. Si è fatto ovviamente riferimento ai controlli effettuati da ASL, titolare del rapporto convenzionale con le strutture, peraltro puntualmente regolamentati dalla normativa regionale.

La modalità di scelta del contraente selezionata in fase di richiesta del CIG sulla piattaforma SIMOG è errata, non essendo stata effettuata una gara pubblica, ma trattandosi di accreditamento disciplinato dalla normativa regionale, non è stata individuata la modalità di scelta del contraente più vicina alla procedura oggetto di richiesta CIG.

Valutazioni

Si prende atto dei chiarimenti forniti dalla S.A. per cui non appaiono rilevarsi irregolarità per la procedura in oggetto.

➤ **CIG 3865697A12 “Convenzione per la gestione dei servizi di accoglienza di posti straordinari in favore dei cittadini nord africani interessati dall'emergenza umanitaria dichiarata con D.P.C.M. del 12 febbraio 2011 e prorogata con D.P.C.M. del 6 ottobre 2011 -tra il Comune di Milano e la Fondazione progetto arca ONLUS”**, valore €1.775.070,00. Convenzione per la gestione dei servizi di accoglienza di posti straordinari in favore dei cittadini nord africani interessati dall'emergenza umanitaria dichiarata con D.P.C.M. del 12.02.2011 e prorogata con D.P.C.M. del 06.10.2011 -tra il Comune di Milano e la Fondazione progetto arca ONLUS.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

È stato rilevato non solo che la stipula a contrarre risulta emessa in data successiva (10.9.2015) alla decorrenza del servizio (1.10.2014), ma che è quasi coincidente con la data conclusiva dello stesso (1.10.2015).

Risulta, inoltre, differente la cifra indicata dai tabulati, a disposizione dell'ANAC, pari a 1.775.070,00 euro, rispetto a quella effettivamente impegnata e liquidata a favore della Fondazione Progetto ARCA (1.993.135,71 euro). Il Comune di Milano, d'accordo con il soggetto attuatore, non ha proceduto, per la individuazione dei soggetti gestori, con una specifica attività di ricerca di mercato successiva

all'O.P.C.M. n. 3948. L'individuazione della Fondazione Progetto Arca, come Soggetto gestore, infatti, è stata effettuata utilizzando un elenco elaborato in precedenza, nel corso del 2010. Si fa presente che – in base alla documentazione fornita – l'elenco da cui è stata individuata la Fondazione Progetto Arca non sembrerebbe essere stato aggiornato annualmente, come invece previsto con la deliberazione di Giunta comunale n. 2520. Infine, per l'affidamento relativo al CIG campionato, il Comune di Milano non risulta avere effettuato specifici controlli ai sensi dell'art 38 del D.lgs. n. 163/2006, ma ha tenuto conto di quelli effettuati nei confronti della Fondazione Progetto Arca, quale aggiudicataria di una precedente procedura di gara, relativa al servizio di prossimità a sostegno della domiciliarità e della sicurezza a favore dei cittadini residenti negli stabili di edilizia residenziale pubblica.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Preliminarmente deve evidenziarsi sia che il CIG 3865697A12 indicato non corrisponde alle procedure di affidamento in oggetto e che le osservazioni riportate dall'ANAC (rectius dagli Ispettori) sono relative a procedure invece riferite ad altri CIG adottati successivamente. La cifra indicata di euro 1.775.070,00, risulta frutto di un mero errore materiale nel riportare detto CIG 386597A12 nella determina dirigenziale n.91/2012 (all sub 19) e nelle successive determinazioni dirigenziali n 595 e 655 del 2012 (all.sub 20 e 21). Il servizio in oggetto è stato affidato per il lotto 3 alla Fondazione Progetto Arca per un importo di €.1.690.920,00 a cui si devono aggiungere €.140.515,75 (det. 595/2012) ed €. 161.700,00 (det. 655/2012) per un totale effettivamente liquidato di €. 1.993.135,71 riferentesi all'accoglienza Emergenza Nord Africa. I servizi a cui fa riferimento il CIG in oggetto sono stati eseguiti nel periodo 1/1/2012 - 31/12/2012, pertanto l'identificazione dell'O.e. Arca è avvenuta nel periodo di vigenza dell'elenco.

Riguardo alle osservazioni sull'individuazione dell'O.e. si chiarisce che l'O.P.C.M. 3948 prevedeva tale individuazione tramite ricerche di mercato. Per tale motivo si è ritenuto idoneo l'elenco previsto dalla deliberazione di Giunta Comunale n.2520 del 9.9.2010. I servizi sono stati forniti per l'anno solare 2012 e dunque tale individuazione è avvenuta nel periodo di vigenza dell'elenco. La delibera prevedeva l'aggiornamento annuale dell'elenco sulla base delle domande pervenute nei 12 mesi successivi, ma sulla base delle informazioni degli uffici preposti non risultano essere state inviate domande in tale periodo. In merito ai controlli ex art.38 D.lgs. 163/2006, tali controlli, in un'ottica di semplificazione, sono stati effettuati ai fini dell'approvazione dell'elenco di cui alla del. n.2520 del 2010 e sono state riutilizzate le informazioni già acquisite da un altro servizio della Direzione.

Valutazioni

Risultano evidenziate gravi carenze sull'effettuazione dei controlli sui requisiti di ordine generale ex art. 38 d.lgs.163/2006, non risultando soddisfacente la risposta dell'Amministrazione di essersi avvalsa dei controlli effettuati da un altro servizio della direzione, per di più, il biennio precedente alla data dell'affidamento in oggetto.

➤ **CIG 552707810E “Prosecuzione dell'appalto relativo all'affidamento dei servizi integrativi per la gestione case vacanza extraurbane per periodo 6 agosto – 31 dicembre 2012”**, importo complessivo di €. 2.170.000,00, trattasi di prosecuzione affidamento precedente.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Il numero CIG relativo alla prosecuzione del servizio (lotto II), indicato nel *file* trasmesso dall'ANAC agli ispettori (552707810E), non coincide con quello utilizzato per la liquidazione delle fatture

(19534451CF) che, a ben vedere, è correlato al contratto originario. Sempre nel suddetto *file*, l'importo indicato per l'affidamento in questione (907.176,94 euro) risulta differente da quello massimo presunto, previsto dal contratto sottoscritto tra le parti (980.000,00 euro). Dalla documentazione fornita, non emerge in che data l'opzione della prosecuzione contrattuale sia stata comunicata dall'amministrazione comunale all'operatore economico e, quindi, se ciò sia avvenuto con un mese di preavviso rispetto alla scadenza contrattuale (come ricordato il 07.08.2012) e richiesto dalle condizioni contrattuali previste dal capitolato speciale d'oneri. Risulta, tuttavia, che la Società aggiudicataria ha accettato, la medesima prosecuzione, solo in data 09.10.2012, pertanto, dopo 2 mesi rispetto la richiamata scadenza contrattuale.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Riguardo alla proroga si allegano le lettere di comunicazione della proroga (All.2) di cui la prima data 5 luglio 2012, quindi un mese prima della scadenza. Nell'incertezza delle procedure da adottare per la prosecuzione dei contratti e per la liquidazione delle fatture, si è provveduto ad utilizzare il CIG originario. Solo successivamente, non potendo integrare l'importo del CIG originario si è proceduto a staccare un nuovo CIG (552707810E). L'importo indicato in tale CIG è da considerarsi oltre IVA, mentre nel contratto l'importo di €.980.000,00 è comprensivo dell'IVA (4% attività ludico educative e socio assistenziali, 21% servizi pulizie ed esenti IVA per i servizi sanitari).

Valutazioni

Si ritengono esaurienti le controdeduzioni addotte dalla S.A.

➤ **CIG 449157876A “Affidamento del servizio di pre-scuola e attività educative integrative e di sostegno e dell'attività di riscossione delle quote di frequenza, II lotto zone 4-5-6. Anni scolastici 2010/2011 e 2011/2012. Periodo settembre 2010 – giugno 2012”**, aggiudicato per €.718.452,17, affidato tramite procedura negoziata senza bando art. 57, comma 5, lett. b) del D.lgs. n. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In relazione alla documentazione fornita agli ispettori, è possibile evidenziare che i controlli effettuati, previsti ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006, attengono alla procedura di affidamento originario (Gara 51/2010 – CIG 449157876).

L'amministrazione comunale, pertanto, non ha proceduto, *ex novo*, all'esecuzione dei suddetti controlli per la procedura di affidamento, il cui CIG, in precedenza richiamato, è stato campionato.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

L'amministrazione conferma che tali controlli ex art.38 d.lgs.163/2006 non furono effettuati per tale proroga contrattuale che riguardava, precisa sempre la S.A., servizi esclusi rientranti nell'ALL.II B.

Valutazioni

Riguardo alle rilevate omissioni nei controlli sui requisiti di ordine generale, la risposta del Comune non può essere ritenuta soddisfacente, prospettando al contrario una grave e ripetuta carenza di tali controlli ex art. 38, comma 1, del d.lgs. 163/2006 e s.m.i. Si evidenzia, in merito, che il principio espresso dall'art. 38, del D.lgs. 163/2006, secondo il quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede, in capo ai

partecipanti, il possesso di inderogabili requisiti di moralità, rappresenta un principio di carattere generale che si applica anche alle gare tese all'affidamento di servizi di cui all'Allegato IIB. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'amministrazione sia "affidabile" e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza (cfr. Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2725). Pertanto, seppure nei servizi esclusi non possa esigersi il medesimo rigore formale di cui all'art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 e gli stessi vincoli procedurali, resta inderogabile il principio che i soggetti debbano avere i requisiti morali, e che il possesso di tali requisiti vada verificato. Alla stazione appaltante deve essere sempre consentito di accertare l'affidabilità del soggetto con cui contrae, e tale soggetto, anche se il contratto sia escluso, deve rendere le dichiarazioni che consentono alla stazione di verificare la sua affidabilità morale. (cfr. Parere di precontenzioso ANAC n.14 del 29.7.2014)

➤ **CIG 4821341873 “Affidamento della fornitura complementare per ampliamento fornitura esistente dei servizi di manutenzione applicativa, sviluppo, gestione operativa SW delle sotto aree tributi e procedure sanzionatorie”**, valore €. 252.000,00, IVA escl., trattasi di fornitura complementare per ampliamento fornitura esistente dei servizi di manutenzione applicativa, sviluppo, gestione operativa SW delle sotto aree tributi e procedure sanzionatorie.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

L'affidamento in trattazione è stato effettuato in base alla procedura prevista ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b) e lett. c). Questa precisazione, tuttavia, non si rileva in maniera espressa dalla determinazione di affidamento, ossia la n. 72 del 28.12.2012, ma da una nota esplicativa trasmessa da parte del Direttore Centrale dei sistemi informativi e Agenda digitale, a seguito di chiarimenti richiesti dagli ispettori RgS.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

L'appalto in argomento non consiste nella fornitura complementare di altro appalto, bensì nell'affidamento alla seconda classificata in graduatoria di un appalto già contrattualizzato con altra società, con cui era stato risolto il contratto stipulato. Tale circostanza emerge chiaramente dalla det. n.72 del 28.12.2012, peraltro citata dagli ispettori. (All.45 alle controdeduzioni del Comune)

Valutazioni

Dai chiarimenti forniti dalla S.A. non paiono rilevarsi irregolarità procedurali.

➤ **CIG 42266337E2 “Affidamento servizio trasporto studenti disabili periodo gennaio – dicembre 2012”**, valore €.210.000,00, affidato tramite procedura di ripetizione di servizi analoghi ai sensi dell'art. 57, comma 5, lettera b), del D.lgs. 163/2006

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Nel caso di applicazione dell'art. 57, comma 5, lett. b), del D.lgs. n. 163/2006, si ricorda che la stessa norma prevede che la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara possa essere implementata anche *“per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi ad un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una*

procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel contratto originario; ...". Per l'affidamento in trattazione, viene evidenziato dagli stessi ispettori che, una previsione della possibilità di ricorso alla suddetta procedura, non è stata riscontrata nel contratto originario. Non è stato possibile, tra l'altro, verificare se la stessa sia stata, invece, prevista con il capitolato speciale d'oneri, considerato che – sebbene richiesto con un messaggio di posta elettronica del 25.11.2015 – quest'ultimo non è stato fornito. In ogni caso appare utile, inoltre, richiamare alcuni passaggi della deliberazione AVCP n. 22 dell'8 maggio 2013, laddove si rammenta che per il giudice amministrativo "... *La disposizione si riferisce, cioè, a servizi la cui esecuzione, al momento della gara originaria, è presa in considerazione solo a livello di mera eventualità perché, a quell'epoca, il relativo bisogno non esiste. È questa la ragione per la quale la disposizione, dal punto di vista letterale, parla di "nuovi servizi": si tratta, appunto, di servizi in relazione ai quali il bisogno è eventuale e può sorgere solo successivamente alla gara originaria. ...*". La richiamata deliberazione evidenzia, quindi, che la norma in parola "... *si riferisce soltanto ad eventuali esigenze di servizi analoghi (...) sopravvenute nel triennio successivo alla stipula del contratto (C.d.S. n. 2882/2009, cit.)*". *Ipotesi, che manifestamente non ricorre nel caso esaminato, nella quale l'esigenza di disporre del servizio ... era certamente presente alla stazione appaltante al momento della stipula del contratto originario*". Considerata la natura del servizio oggetto dell'estensione contrattuale (trasporto studenti disabili nelle sedi scolastiche e nei luoghi di terapia) è verosimilmente dubbia la circostanza che lo stesso servizio non fosse prevedibile in occasione della stipula del contratto originario. Dalla documentazione fornita, in ogni caso, tale circostanza non è evidenziata in maniera puntuale. Si fa presente, infine, che la prosecuzione contrattuale analizzata non è risultata essere la prima effettuata ma segue a quella in precedenza definita con la citata determinazione n. 24 del 25.11.2011, relativa al periodo novembre – dicembre 2011. Non risultano, infine, essere stati effettuati i controlli previsti ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Le prestazioni richieste per il trasporto di minori con disabilità frequentanti la scuola dell'obbligo (trasporto assistito anche in orari diversi da quelli scolastici e anche presso i luoghi di terapia) si differenziano da quelle fornite da ATM S.p.a. e richiedevano mezzi idonei (muniti di attrezzature particolari). Per rispondere a tali esigenze si è operato, successivamente all'espletamento della gara, secondo quanto previsto dall'art.8 del capitolato speciale d'appalto della gara suddetta. La procedura rientrava tra quelle previste dall'All.IIB e non trattandosi di una nuova procedura di gara si è ritenuto di non procedere ai controlli previsti dall'art.38 del D.lgs.163/2006.

Valutazioni

Pur comprendendo le specifiche necessità rappresentate della S.A. riguardo all'espletamento del servizio di trasporto per soggetti con disabilità, permangono forti perplessità riguardo alla mancata previsione di tale peculiare servizio già all'interno del contratto originario. Riguardo ai controlli ex art.38 d.lgs. 163/2006, ci si riporta integralmente a quanto descritto nelle precedenti valutazioni al CIG 449157876A, rimarcando la necessità dell'effettuazione di tali controlli, in particolare di regolarità contributiva e tributaria, qualora sia intercorso un apprezzabile intervallo di tempo dal contratto originario.

➤ **CIG 4702261C85 "Affidamento del servizio (prima accoglienza) per la gestione emergenziale del centro residenziale di accoglienza per persone provenienti dalla Romania, realizzato all'interno della sede della protezione civile comunale in via Barzagli n. 2 Milano,**

per il periodo novembre – dicembre 2012.”, valore €.60.000,00, tramite affidamento diretto mediante convenzione.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Nella dichiarazione rilasciata da parte dell'Ufficio Provinciale Lavoro di Milano è evidenziato che “*non risulta agli atti nessun prospetto informativo presentato dall'Azienda in applicazione della legge 68/99*”. Come precisato nell'istruttoria dagli ispettori RgS, è stata verificata la documentazione attestante i controlli previsti ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006, evidenziando, tuttavia, che in alcune richieste formulate dall'amministrazione comunale, ai fini di appurare i suddetti controlli, pur essendo stato indicato lo stesso oggetto di quello campionato dagli ispettori, il CIG indicato risulta differente (CIG 47701070D3) da quello in oggetto.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Con riguardo alla certificazione relativa alla l. 68/1999, la Fondazione Progetto Arca aveva comunicato di avere un numero di dipendenti inferiore a 15 unità e, pertanto, di essere esentata dall'applicazione di tale norma. L'errato utilizzo del CIG 47701970D3 inserito sui controlli ex art.38 del D.lgs. 163/2006 è un puro errore materiale costituito da refuso.

Valutazioni

La S.A. nulla dice in merito alla verifica che era obbligatoriamente da effettuarsi riguardo alla veridicità della autodichiarazione dell'O.e. rispetto alla sua esenzione dall'applicazione della l. 68/1999. Appare, pertanto, che l'Amministrazione abbia ritenuto sufficiente la sola presentazione di una autocertificazione in merito, senza effettuare invece i dovuti controlli su tale autodichiarazione.

➤ **CIG 438790341A “Affidamento a Enti privati sociali delle attività relativa a progetti afferenti al V piano infanzia e adolescenza città di Milano, ai sensi della legge n. 285/1997. Convenzione con l'Associazione Puntozero”**, valore €.64.504,55, IVA escl., affidato con procedura concorsuale, previa pubblicazione di bando pubblico, non disciplinata dalla normativa prevista dal codice degli appalti (D.lgs. n. 163/2006).

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Anche in questo caso, non risultano essere stati effettuati i controlli previsti ai sensi dell'art. 38 del codice degli appalti, in quanto gli stessi erano stati effettuati solo per il contratto originario.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Con provvedimento dirigenziale n.1365/2013 si è provveduto esclusivamente ad una prosecuzione del termine per la completa realizzazione di tutte le fasi progettuali previste. La prosecuzione non ha comportato oneri aggiuntivi rispetto a quanto già assegnato allo stesso ente con det. dirigenziale 594/2012.

Valutazioni

Si riscontra, anche in questo caso, una evidente sottovalutazione della necessità del controllo dei requisiti di ordine generale, ex art.38 d.lgs. 163/2006, anche per le prosecuzioni contrattualmente previste, essendo decorso un lasso temporale dal contratto originario che non può fare escludere ipotetiche variazioni riguardanti il mantenimento della regolarità, almeno da un profilo contributivo e

fiscale, in capo all'O.e.

➤ **CIG 5424799DBD “Affidamento del servizio di implementazione e di sviluppo del modello di reti Wi-Fi del Comune di Milano”**, valore €.272.760,50, IVA escl., affidato ai sensi dell'art. 57, comma 5, lettera a) del d.lgs.163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Come per altri affidamenti già elencati, non risultano essere stati effettuati i controlli previsti ai sensi dell'art. 38 del codice degli appalti, in quanto gli stessi erano stati effettuati solo per il contratto originario.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Non sono pervenute controdeduzioni in merito da parte della S.A. Pertanto, ci si riporta a quanto già dichiarato agli Ispettori dalla stessa Amministrazione, con nota del Direttore Centrale Sistemi Informativi e Agenda Digitale, che *“I controlli non sono stati effettuati nell'anno 2013 in quanto questo affidamento era complementare all'appalto originario CIG 3058189166 in corso “per la prosecuzione della fornitura di un sistema integrato di telecomunicazione per voce, dati e immagini comprensivo della fornitura di apparati di rete e dei relativi servizi di attivazione, esercizio e manutenzione per un periodo di 7 anni, a seguito del fallimento di Enterprise Digital Architects S.p.a. mandataria dell'ATI con scadenza al 20.06.2014. La Società è stata sottoposta a controllo nell'anno 2014 nella procedura pubblica in ambito UE, CIG 5742695DD1.”*

Valutazioni

Al riguardo ci si riporta a quanto già evidenziato per il CIG 438790341A.

➤ **CIG 5363917C3 Affidamento del servizio di ristorazione per gli utenti e gli operatori dei centri diurni disabili per il periodo 01.01.2013 – 31.12.2013**, valore €.85.643,12, affidato a società in house (Milano Ristorazione S.p.A.) dell'Ente.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Gli ispettori hanno rilevato che non risultano operati i controlli di cui all'art. 38 del Codice dei contratti, anteriormente alla sottoscrizione del contratto. La circostanza che trattasi di affidamento *in house*, non è stata ritenuta esimente degli obblighi di cui allo stesso art. 38.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

La società “Milano Ristorazione” è per il 99% di proprietà del Comune di Milano e il restante 1% è riferito ad azioni proprie in portafoglio. Trattandosi di un affidamento all'interno di un contratto di servizio generale, si sono ritenuti validi i controlli effettuati nell'ambito del contratto originario sottoscritto in data 29 dicembre 2000 con scadenza 31.12.2015, poi prorogata fino al dicembre 2020.

Valutazioni

Anche in questo caso si ritiene utile ripetere le osservazioni fatte per il CIG 438790341A, relativamente alla mancata effettuazione di controlli aggiornati alla data del nuovo affidamento.

➤ **CIG 490990234E Operazione di investimento delle somme liquide disponibili ex art. 14 della Legge 202 del 19 luglio 1991**, valore €.150.000.000,00, affidato con procedura negoziata ex art. 27, comma 1, del d.lgs. 163/2006 (criterio del “tasso di interesse più alto nell’offerta”).

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Gli ispettori hanno constatato che non risulta adottata la determinazione a contrarre, ai sensi dell’art. 11, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In proposito, il Direttore centrale della D.C. Pianificazione, Bilancio e Controlli ha precisato in merito che *“Autorevole dottrina ... nello specifico in relazione ad operazioni di pronti contro termine, afferma come queste possano essere decise autonomamente dai dirigenti finanziari, senza necessità che intervenga alcuna delibera autorizzatoria di Giunta e Consiglio ...”*, e che *“Ciononostante, per maggiore trasparenza e pubblicità si è ritenuto opportuno individuare gli elementi di cui all’art. 11, comma 2, tra cui gli elementi essenziali di ammissione alla procedura e di selezione del contraente, mediante la deliberazione di Giunta Comunale n. 966 ...”*. Le circostanze eccepite non paiono tuttavia esimere l’ente dall’obbligo di cui all’art. 11, comma 2, ancorché per l’oggetto della procedura in questione sia prevista l’esclusione dall’ambito di operatività del Codice dei contratti. Infatti, in sede di accesso ispettivo non si è contestata la necessità di una deliberazione autorizzatoria, e comunque è pacifico che una deliberazione non può mai assumere valenza sostitutiva di un decreto o di una determinazione dirigenziale a contrarre, atteso che spetta proprio al dirigente stabilire la modalità di acquisizione del servizio. Gli ispettori hanno, inoltre, osservato che dalla lettera di invito (ma anche dalla deliberazione n. 966/2012) non si comprende come possano interagire *rating* e tassi offerti, o comunque anche solo una diversa articolazione dei tassi offerti per le due tipologie di impiego della liquidità che vengono individuate nella stessa lettera di invito, lasciando conseguentemente una oggettiva potenziale indeterminatezza alla scelta del contraente. Per di più, non risultano effettuati i controlli ex art. 38 del Codice dei contratti. In proposito, il Direttore centrale della D.C. Pianificazione, Bilancio e Controlli ha precisato che *“... i controlli richiesti dall’art. 38 del D.lgs. 163/2006 sono stati sostituiti con la verifica del possesso dell’autorizzazione dalla Banca d’Italia e dell’iscrizione all’Albo delle Banche di cui all’art. 19 del Testo Unico Bancario, che richiede la presenza dei requisiti di cui agli artt. 14, 25 e 26 del TUB ed il controllo della Banca d’Italia medesima”*. Nel prendere atto di quanto evidenziato del Direttore centrale, gli stessi ispettori hanno evidenziato che le eccepite circostanze non parevano avere caratteristiche esimenti dell’obbligo in parola.

Infine, nel *file* ANAC la procedura utilizzata è indicata come procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara, mentre nello specifico si tratta di una procedura negoziata informale ex art. 27 del Codice.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

La S.A. si riporta alle controdeduzioni in precedenza rappresentate per il CIG 515476784A.

Valutazioni

Si ripete quanto già circostanziato riguardo ai controlli ex art.38 d.lgs.163/2006 e s.m.i. per il CIG 515476784A. Inoltre, si confermano le osservazioni degli Ispettori riguardo alla diversa articolazione dei tassi offerti così come rappresentata nella lettera di invito.

➤ **CIG 5486224F40 Interventi assistenziali a favore di minori per rette di ricovero relative a**

servizi residenziali – mese di dicembre 2013, valore €1.756.150,00, trattasi di prosecuzione convenzione in corso.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In sede di accesso ispettivo è stato segnalato che con deliberazione di Giunta comunale n. 3274/2005 è stato approvato, tra l'altro, l'elenco delle strutture residenziali e semiresidenziali con cui convenzionarsi per il collocamento di minori allontanati dal nucleo familiare a seguito di decreti della competente Magistratura. Successivamente alla deliberazione richiamata, con determinazione n.1383/2008 del 26.06.2008 sono stati approvati gli schemi tipo di convenzione tutt'ora utilizzati come base contrattuale che regola i rapporti con le strutture ospitanti. È stato sottolineato, inoltre, che il collocamento in strutture residenziali dei minori fa seguito, nella quasi totalità dei casi, a decisioni della Magistratura minorile connotati da carattere di urgenza a fronte delle condizioni di pregiudizio in cui versano i soggetti interessati. Dal 2005 ad oggi le rette riconosciute alle strutture convenzionate sarebbero rimaste immutate, e solo recentemente sarebbe stato avviato un tavolo di confronto con le organizzazioni *no-profit* per la revisione del sistema generale. Pertanto, dal 2005 in poi, si sarebbe proseguito nel rapporto di collaborazione con le strutture individuate in quell'atto, solo parzialmente integrate negli anni successivi, a seguito di comprovate situazioni di emergenza conseguenti alla necessità di collocare contemporaneamente in numero superiore di bambini/ragazzi al numero dei posti disponibili in convenzione. Sempre in sede di accesso ispettivo, è stato richiesto di ottenere copia di tre convenzioni in essere nel 2013 (ed in particolare quelle stipulate con la Comunità Pandora, con L'Impronta e con la Fondazione Martinetti – Lega del bene). Nelle 3 convenzioni, tuttavia, è chiaramente indicato che *“La presente convenzione ha durata annuale dalla sottoscrizione, ...”*, circostanza che fa legittimamente presumere che nel 2013 non era presente un contratto/convenzione in corso di validità, la cui prosecuzione sarebbe stata determinata esclusivamente da un atto unilaterale, *de facto* dalla determinazione dirigenziale di impegno di spesa. Il tacito rinnovo è stato vietato, notoriamente, dall'art. 23 della legge n. 62/2005. Non è stata fornita copia della convenzione in essere con la Comunità Pandora. In proposito è stato comunque comunicato via posta elettronica che *“... trattandosi di struttura terapeutica e quindi a valenza sanitaria, la convenzione è stata stipulata con la competente Agenzia sanitaria. L'amministrazione comunale è tenuta a corrispondere esclusivamente la quota sociale”*. Ancorché l'art. 20 del Codice dei contratti preveda che *“L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato IIB è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 ... dall'articolo 65 ..., dall'articolo 225...”*, è da ritenersi che le circostanze in precedenza illustrate, che si sono sostanziate *de facto* in una progressiva serie di taciti rinnovi delle convenzioni stipulate molti anni fa, ha consentito di eludere integralmente i controlli di cui all'art. 38 dello stesso Codice.

Infine, va evidenziato che dai *file* messi a disposizione dall'ANAC il CIG risulta “staccato” in riferimento ad un “affidamento in economia – cottimo fiduciario”, soluzione non condivisibile sia in riferimento alla omessa adozione di un Regolamento per gli acquisti in economia, sia per le caratteristiche dell'affidamento prima illustrate.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Il provvedimento dirigenziale n.1909/2013, cui fa riferimento il CIG in oggetto, non contempla il “rinnovo” delle convenzioni stipulate con gli enti gestori dei servizi residenziali e semi-residenziali conseguenti alla delibera di Giunta comunale n. 3274/2005. Con la deliberazione di Giunta n.2709/2012 si era stabilito “nelle more della completa attuazione del sistema di accreditamento verrà assicurato il mantenimento delle rette attualmente praticate secondo le convenzioni in essere che

scadranno con la stipulazione della nuova convenzione con gli enti accreditati a seguito della procedura sopra indicata”. Trattasi quindi non di rinnovo di convenzioni, bensì di prosecuzioni di accordi precedentemente stipulati sino a revisione dell'intero sistema. L'assenza delle strutture citate dall'elenco dei gestori convenzionati e inseriti nella DGC 3274/2005 è da ricondursi alla motivazione già in precedenza esposta in quanto si tratta di servizi a valenza sanitaria e, proprio per questo motivo, di competenza della ASL. Trattandosi non di rinnovo di convenzioni bensì di prosecuzioni di accordi precedentemente stipulati non sono stati effettuati controlli. Le modalità di scelta del contraente selezionata in fase di richiesta CIG è errata, non essendo stata effettuata una gara pubblica, in quanto non era stata individuata la modalità di scelta del contraente più vicina alla scelta della procedura oggetto di richiesta CIG.

Valutazioni

Non si può aderire a quanto rappresentato dalla S.A. a giustificazione del proprio operato, per cui non si tratterebbe di rinnovi ma di “prosecuzioni di accordi precedentemente stipulati sino a revisione dell'intero sistema”, poiché in sostanza tali prolungamenti contrattuali, non previsti nei contratti originari nei loro costi per le ulteriori annualità, risultano essere in effetti proroghe non giustificate.

In relazione ai taciti rinnovi susseguitisi negli anni, a seguito dell'intervento della legge comunitaria 2004, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, attribuisce al divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti una valenza generale e preclusiva sulle altre disposizioni che tendono ad eludere il divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. Tuttavia, come emerge dal Comunicato del Presidente dell'ANAC del 4 novembre 2015, “l'Autorità ha rilevato residuali margini di applicabilità del rinnovo espresso a determinate condizioni e nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e par condicio alla base dell'evidenza pubblica. In particolare, l'art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. 163/2006 ripristina indirettamente la possibilità di ricorrere al rinnovo dei contratti, ammettendo la ripetizione dei servizi analoghi, purché tale possibilità sia stata espressamente prevista e stimata nel bando e rientri in determinati limiti temporali (cfr. Parere n. 242/2008; Deliberazione n. 183/2007 della ex Avcp). Ma, soprattutto, condizione inderogabile per l'affidamento diretto dei servizi successivi è che il loro importo complessivo stimato sia stato computato per la determinazione del valore globale del contratto iniziale, ai fini delle soglie di cui all'art. 28 del citato d.lgs. 163 e degli altri istituti e adempimenti che la normativa correla all'importo stimato dell'appalto. Si rinvia – ex plurimis - alla deliberazione ANAC n. 6 del 20.02.2013 e al parere AG 38/13 del 24.07.2013”. L'Autorità, al riguardo, ha già chiarito (determina n. 34/2011) che la proroga - oggetto di numerose pronunce da parte della giustizia amministrativa - è un istituto assolutamente eccezionale, in quanto tale, a cui è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge (art. 23, legge n. 62/2005), la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi enunciati all'articolo 2 del d.lgs. 163/2006 e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (Cons. di Stato n. 3391/2008). Nel caso in esame non paiono rinvenirsi i presupposti giuridici fondamentali che giustificano la S.A. per il ricorso a tale istituto, che appare ingiustificatamente reiterato nel tempo, a favore degli stessi OO. ee. affidatari *ab inizio* delle convenzioni in oggetto. In effetti, tali proroghe, da strumento di “transizione” per qualche mese di ritardo derivante da fatti imprevedibili, *“diventano ammortizzatori pluriennali di palesi inefficienze di programmazione e gestione del processo di individuazione del nuovo assegnatario e possono assumere profili di illegittimità e di danno erariale,*

allorquando le amministrazioni interessate non dimostrino di aver attivato tutti quegli strumenti organizzativi\amministrativi necessari ad evitare il generale e tassativo divieto di proroga dei contratti in corso e le correlate distorsioni del mercato” (Comunicato del Presidente dell’Autorità del 18 novembre 2015).

➤ **CIG 48193036A4 Servizio “Pasti a domicilio” in favore di anziani non autosufficienti e Servizio pasti per anziani frequentanti i Centri diurni integrati – Laboratori di Terapia occupazionale**, valore €.1.426.005,00, trattasi di affidamento diretto a società *in house*.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Non risultano operati i controlli di cui all’art. 38 del Codice dei contratti, anteriormente alla sottoscrizione del contratto. La circostanza che trattasi di affidamento *in house* non è da ritenersi esimente degli obblighi di cui allo stesso art. 38.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

In via preliminare si precisa che il CIG relativo alla procedura in esame come comunicato dalla Direzione competente non risulta corrispondere a quello indicato nella nota del 27 luglio 2018. Il CIG risulta essere infatti il 48193036A4.

Come precedentemente indicato per la risposta al CIG 5363917C3, la società “Milano Ristorazione” è per il 99% di proprietà del Comune di Milano e il restante 1% è riferito ad azioni proprie in portafoglio. Trattandosi di un affidamento all’interno di un contratto di servizio generale, si sono ritenuti validi i controlli effettuati nell’ambito del contratto originario sottoscritto in data 29 dicembre 2000 con scadenza 31.12.2015, poi prorogata fino al dicembre 2020. Si aggiunge, altresì, che la normativa antimafia (art.83 D.lgs. 159/2011) prevede l’assenza di controlli per i rapporti tra soggetti pubblici e per i rapporti fra i soggetti pubblici ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizioni di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto. Tale precisazione è riportata anche nelle FAQ della Prefettura di Milano. In relazione agli altri controlli ex art.38 del d.lgs. 163/2006 si rileva che le partecipate sono oggetto di verifica annuale dei bilanci, nonché oggetto di altri pregnanti controlli sostanzialmente sostitutivi di quelli previsti per le imprese aggiudicatarie...Attualmente l’art.5 del D.lgs.50/2016 esclude dall’applicazione del Codice dei Contratti gli appalti aggiudicati a società sottoposte a controllo analogo. Vedasi anche l’art.19, comma 2, del d.lgs. 163/2006 (vigente al tempo di tali affidamenti) con riferimento alle partecipate che avevano un diritto esclusivo per alcuni servizi. Si evidenzia che la Società Milano Ristorazione è iscritta nell’Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all’art.192, comma 1, del D.lgs. 18 aprile 2016, n.50.

Valutazioni

Anche in questo caso si ritiene utile ripetere le osservazioni fatte per il CIG 438790341A, relativamente alla mancata effettuazione di controlli aggiornati alla data del nuovo affidamento.

➤ **CIG 5197967A0E Rinnovo manutenzione software IBM e assistenza sistemistica Lotus Domino**, valore €.636.571,53, affidato con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando

di gara, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b), del D.lgs. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Gli ispettori hanno constatato che non risulta adottata la determinazione a contrarre, ai sensi dell'art.11, comma 2, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Inoltre, non risultano effettuati, all'infuori della presentazione del c.d. modello "GAP", gli ulteriori controlli di cui all'art. 38 del Codice dei contratti. In proposito il Direttore centrale Sistemi informativi e agenda digitale ha evidenziato che *"I controlli a comprova delle dichiarazioni trasmesse ex art. 38, non sono stati disposti nell'anno 2013. La società è stata sottoposta a controllo nell'anno 2012 come da documentazione in allegato e nell'anno 2014 nella procedura pubblica in ambito UE, CIG 5742695DD1"*. Gli ispettori hanno preso atto della omissione in parola. Per di più, è stato evidenziato, relativamente alla procedura in esame, il ritardo nella stipula del contratto in riferimento alla decorrenza temporale del servizio acquisito, circostanza che sembra far assumere al contratto i connotati di una sanatoria. Il contratto, infatti, è stato sottoscritto digitalmente in data 28 giugno 2013, ma la durata contrattuale ha decorrenza dal 1° gennaio 2013; - al 30.06.2013 relativamente alla fornitura di supporto e manutenzione SW *Passport*; - al 30.09.2013 relativamente alla fornitura di licenze d'uso di programmi ICA; - al 31.12.2013 relativamente ai servizi di supporto *software* *Series* e di supporto *"Accelerate Value Program"*; - al 31.12.2013 relativamente ai servizi di supporto *software* *Series* e di supporto *"Accelerate Value Program"*. In particolare sono state rilevate numerose fatture, per importi consistenti, che si riferiscono a prestazioni rese anteriormente alla sottoscrizione del contratto in parola (I° semestre 2013). Peraltro, sembra costituire una suggestiva anomalia il fatto che la deliberazione di indirizzo della Giunta comunale, la determinazione di affidamento ed il contratto portano tutti la stessa data, il 28 giugno 2013. Anche la determinazione n. 142 del 21 novembre 2013, avente ad oggetto la prosecuzione fino al 31 ottobre 2013 dei servizi di manutenzione software in ambiente *mainframe* di cui al contratto CIG 5197967A0E, è stata adottata quando il periodo a cui si riferiscono le prestazioni era già decorso. Infine, quasi sempre l'attestazione di conformità relativa ad ogni singola fattura liquidata è risultata essere priva di data.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Alla data del 1.1.2013 presso la Direzione centrale sistemi Informativi ed Agenda Digitale erano installati diversi prodotti software IBM, in attuazione degli indirizzi espressi dalla Giunta con del. n.3591 del 24.12.2009. Di conseguenza l'Amministrazione ha affidato a IBM Italia S.p.a. la gestione della manutenzione software per il periodo 1.1.2010-31.12.2012 per ragioni dettate dall'esclusività del software mainframe e di quello open, denominato *passport* all'interno dello stesso contratto. L'avvio della negoziazione 2013 è stato ritardato da una procedura di verifica "software compliance" imposta da IBM e partita dal mese di marzo 2012, per verificare la correttezza dei corrispettivi in proporzione delle licenze installate, che si è conclusa solo a marzo 2013. Solo dopo detta data è stato possibile iniziare le trattative per il rinnovo. Nelle more si è reso necessario affidare a IBM la manutenzione "software passport" fino a giugno 2013 per dare continuità alle manutenzioni. L'offerta economica è stata prodotta da IBM solo il 3.6. 2013, e i conseguenti tempi tecnici per gli atti di delibera della Giunta hanno portato alla data del 28.6.2013. Si sottolinea che dal 1975 al 2013 è stato funzionante un elaboratore mainframe IBM di proprietà del Comune di Milano, che per il suo funzionamento necessitava di costante manutenzione e di programmi software di base tutti di proprietà IBM in licenza d'uso al Comune. Il rinnovo di questi contratti avveniva mediante affidamento diretto ex art.57, comma 2 lett.b) D.lgs. 163/2006 essendo IBM detentrici del diritto di esclusiva. Per motivi di obsolescenza si è abbandonata la tecnologia "mainframe" a favore di piattaforme "open source". La partenza del Sistema

Informativo Popolazione (SIPO) è potuta avvenire solo dal 31.10.2013.

Valutazioni

Pur prendendo atto di un successivo positivo ricorso a piattaforme “open source” da parte dell’Amministrazione, si deve riscontrare nel caso in esame un tipico fenomeno di cd. “lock in” di appalto informatico, stante la dichiarata esclusività per “privativa industriale” del software fornito e della manutenzione per tali servizi. Appare opportuno, al riguardo, ricordare che l’Autorità nelle sue linee guida n. 8 del 13 settembre 2017 ha evidenziato come sia necessaria, al fine di evitare i fenomeni di “lock in” negli appalti, una attenta programmazione dei propri fabbisogni. Inoltre, si deve tenere conto delle esigenze di interoperabilità, di uso dei dati generati o salvati dal nuovo acquisto, di accesso da parte di imprese e cittadini, di modifica del fornitore, nonché dei vincoli generati da accordi successivi e delle necessità di superare detto fenomeno di privativa. Infine, il decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82 e s.m.i., (codice dell’amministrazione digitale), al fine di evitare i suddetti fenomeni di “lock in” negli appalti informatici, prevede che le pubbliche amministrazioni siano tenute ad utilizzare, nei rapporti interni, in quelli con altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell’informazione e della comunicazione nel rispetto delle regole tecniche (art. 12, comma 2), necessarie per assicurare la sicurezza e l’interoperabilità dei sistemi informatici e dei flussi informativi per la circolazione e lo scambio dei dati e per l’accesso ai servizi erogati in rete dalle amministrazioni medesime (art. 14, comma 1). Tali disposizioni perseguono la finalità di assicurare l’apertura dei sistemi informativi e la circolazione dei dati fra gli stessi sistemi, da realizzare tramite l’emanazione di regole tecniche e di standard e, quindi, in evidente contrapposizione a situazioni che possano favorire fenomeni di “lock-in”. La promozione dell’uso degli standard nelle procedure ad evidenza pubblica nel settore ICT rappresenta una delle principali azioni attraverso le quali prevenire fenomeni di “lock-in” od uscirne in caso di forniture e servizi informatici. In tale contesto, è opportuno che la valutazione dei suddetti standard e delle specifiche tecniche sia effettuata utilizzando apposite metodologie in grado di assicurare l’agevole condivisione degli stessi.

➤ **CIG 525302662F Prosecuzione del servizio di trasporto per persone con disabilità frequentanti i centri diurni e i centri di riabilitazione per il periodo 01/08 – 30/09/2013**, valore €.404.451,00, IVA compresa., affidato con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett. b) d.lgs. 163/2006 – Proroga.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Gli ispettori hanno comunicato che, ancorché richiesto ancora con *e-mail* del 25 novembre 2015, non è stata prodotta copia del contratto ripetuto *ex art.* 57, comma 5, lett. b), D.lgs. 163/2006. In effetti, leggendo la documentazione prodotta, è risultato che non si tratta di una vera e propria ripetizione contrattuale *ex art.* 57, comma 5, lett. b), circostanza che avrebbe richiesto in effetti la sottoscrizione di un nuovo contratto, ma piuttosto di una mera proroga contrattuale di due mesi. Nelle premesse della determinazione n. 888, tuttavia, è possibile scorgere un po’ di confusione fra i due istituti, per cui da una lato si legge che *“Considerato che il contratto attualmente in corso prevede la possibilità di proroga del servizio oltre il termine previsto di effettivo funzionamento”* ma subito dopo si indica *“che occorre procedere, al fine di garantire la continuità del servizio, alla prosecuzione del contratto sopra citato, per il periodo di mesi due, ...”*, per poi determinare *“la prosecuzione ... del contratto stipulato ...”*. Viene richiamata quindi la possibilità di ripetere il contratto, circostanza legittimata (per un solo anno) da quanto indicato nel Capitolato speciale

d'appalto del 2010, per fare una proroga, istituito come detto diverso da quello della ripetizione e che avrebbe richiesto una specifica motivazione. Sempre gli ispettori fanno rilevare che non sono state prodotte, ancorché ancora dagli stessi richieste con *e-mail* del 25 novembre 2015, le verifiche di conformità della prestazione, di cui agli articoli 312 e ss. del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, ove si prevede che *“I contratti pubblici di forniture e di servizi sono soggetti a verifica di conformità al fine di accertarne la regolare esecuzione, rispetto alle condizioni ed ai termini stabiliti nel contratto, ...”*.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Non si tratta di contratto ripetuto ex art.5, comma 5, lett.b), ma di proroga di un servizio di assoluta necessità. I contratti per i 4 lotti scadevano il 31.7.2013 e all'art.4 del capitolato era prevista la possibilità di prosecuzione di un anno, oltre l'obbligo di garantire una ulteriore prosecuzione fino all'espletamento di una nuova gara. Con riguardo alla mancata attestazione della regolarità sull'esecuzione della prestazione, la Direzione Politiche Sociali ha fornito una copia della fattura emessa dal Consorzio contraente in cui è presente la dicitura attestante la regolarità delle prestazioni effettuate.

Valutazioni

Si prende atto di quanto affermato dalla S.A. riguardo alla proroga del servizio. In merito all'attestazione della regolarità delle prestazioni effettuate per €.404.451,00 la presentazione della sola fattura n.397 del 30.9.2013, per l'importo di €.66.186,80, emessa dall'O.e. CTA per il mese di settembre 2013 e riportante la dicitura di attestazione di regolarità, non appare soddisfacente a confutare “in toto” quanto affermato dagli ispettori riguardo alla contestata carenza certificativa, rispetto al complesso delle prestazioni effettuate dallo stesso O.e., per tutto il periodo di vigenza del contratto originale.

➤ **CIG 54139271E5 Realizzazione mostre al Museo del Novecento. Affidamento alla società Mondadori Electa S.p.a.**, valore €.143.018,00, IVA escl., affidamento diretto tramite convenzione - contratto.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Nel *file* prodotto dall'ANAC (CIG-Simog), risulta che la procedura seguita per l'affidamento in parola è stata quella della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 57 del Codice. Nella sostanza, invece, si è trattato di un affidamento diretto, e peraltro anche dalla stampa del CIG-Simog prodotta, scaricata dal sito internet dell'ANAC (ex AVCP), era stato indicato, come modalità di scelta del contraente, la seguente: affidamento in economia – affidamento diretto. A tale proposito, inoltre, occorre verificare la legittimità di questo tipo di affidamento, in carenza di un regolamento interno sugli acquisiti di beni e servizi in economia. Va osservato, relativamente alle norme poste a base dell'affidamento, che nei richiami normativi contenuti nelle premesse della determinazione non è citata alcuna norma specifica del Codice degli appalti. È richiamato, tuttavia, *“il Regolamento per la disciplina dei Contratti adottato dal Consiglio Comunale nella seduta del 16.3.1992 con Deliberazione Atti n. 79917.400/92 n. 103 di registro e in particolare l'art. 8; ...”*. Lo stesso articolo 8, rubricato *“Trattativa privata”*, al penultimo periodo recita: *“È ammissibile la trattativa privata diretta con una sola impresa nei casi previsti dalle norme vigenti”*. Nello specifico, le suddette norme vigenti sembrerebbero ascrivibili alle disposizioni di cui all'art. 57, comma 2, lett. b), del Codice, e tali circostanze dovrebbero essere rintracciabili nella determinazione a contrarre, che nello specifico risulta essere stata omessa. Nella determinazione n. 654 in proposito si legge solamente che *“la Società Mondadori Electa, concessionaria del Bookshop del Museo del Novecento, ha ideato e proposto all'Amministrazione comunale un progetto espositivo che include*

le seguenti 3 mostre: ...”. Inoltre, viene chiarito che *“Trattandosi di progetto espositivo realizzato dalla Società Mondadori Electa S.p.a., per ragioni attinenti al diritto di esclusività, la prestazione sarà affidata all’operatore economico sopra indicato”*. Quest’ultimo periodo, riportato fra le premesse della determinazione, da un lato sembra evocare proprio la norma del Codice degli appalti prima richiamata, ma d’altro lato sembra assumere una valenza “circolare”, apodittica, il cui senso sembra essere: siccome il progetto lo ha presentato la Società Mondadori Electa, la prestazione non può che essere affidata alla Società Mondadori Electa. Tuttavia, nel caso di specie, non risulta verificato se fosse possibile ottenere altri progetti, da esaminare contestualmente alla proposta della Società Mondadori Electa. Conseguentemente, dai documenti esaminati non emerge la presenza dei requisiti legittimanti la procedura. Va anche aggiunto, per completezza, che dal Verbale del “Comitato scientifico del Museo del Novecento” del 15 luglio 2013, risulta che lo stesso avrebbe deciso di “accogliere” le mostre oggetto dell’affidamento, circostanza che peraltro non consente di rivedere quanto appena sostenuto in ordine alla legittimità dell’affidamento, ma che evidenzia responsabilità più diffuse.

Per di più, risultano omessi i controlli di cui all’art. 38 del Codice dei contratti. In proposito il Direttore centrale cultura ha evidenziato che *“... la Società Mondadori Electa è titolare della concessione del Bookshop del Museo del Novecento avvenuta nel 2010 a seguito di regolare procedura concorsuale ad evidenza pubblica e detti controlli sono stati pertanto effettuati dal competente Settore gare Beni e Servizi in sede di aggiudica. La Direzione del Museo del Novecento al momento dell’affidamento della coproduzione delle mostre in questione a Mondadori Electa ha ritenuto sufficienti gli accertamenti eseguiti dal predetto Settore, l’esito positivo dei quali ha reso possibile il contratto di concessione, tuttora in essere, della libreria”*. Le eccepite circostanze non paiono affatto idonee a sanare l’omissione dei controlli art. 38, atteso che i controlli asseritamente effettuati nel 2010 non possono obiettivamente valere anche per un affidamento effettuato a fine 2013.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

In merito alla richiesta di CIG si prende atto dell’errore effettuato indicando l’affidamento diretto al posto della procedura negoziata senza pubblicazione del bando ai sensi dell’art.57, c.2, lett. b del D.lgs. 163/2006. Trattandosi di progetto scientifico espositivo di natura artistica ideato e curato dalla Società Mondadori Electa, che deteneva il diritto esclusivo, non era pensabile valutare altre proposte di realizzazione né di compararlo con idee di mostre su altri artisti o correnti artistiche.

In merito agli omessi controlli ex art.38 Codice contratti, la Direzione del Museo del Novecento aveva erroneamente ritenuto sufficienti gli accertamenti effettuati dal Settore gare in sede di aggiudicazione della concessione Bookshop (concessione ancora in essere all’epoca del progetto in parola).

Con riferimento all’affidamento diretto, si fa presente altresì che l’art.57 del D.lgs. 163/2006, all’epoca vigente per tale affidamento, differiva in modo sostanziale dall’art.63 del D.lgs. 50/2016, non richiedendo rigorosamente, oltre alle esigenze di natura tecnica o di proprietà intellettuale, comprovare l’assenza di altri operatori o soluzioni alternative ragionevoli (cfr.Parere Consiglio di Stato 6.7.2017 sulle L.G. n.8 dell’ANAC.

Valutazioni

Le giustificazioni fornite dalla S.A. non appaiono sufficienti a sanare una procedura di affidamento che gli ispettori hanno chiaramente definito *“assumere una valenza “circolare”, apodittica, il cui senso sembra essere: siccome il progetto lo ha presentato la Società Mondadori Electa la prestazione non può che essere affidata alla Società Mondadori Electa”*. Più opportunamente avrebbe agito la S.A. richiedendo una comparazione di proposte artistiche da vari soggetti, da esaminare contestualmente alla proposta presentata dalla Società Mondadori Electa. Eguali evidenti carenze si riscontrano riguardo ai controlli ex art.38 del D.lgs. 163/2006, a nulla può valere l’eccezione del Comune riguardo ad una loro presunta effettuazione sullo

stesso O.e. ben tre anni prima dell'affidamento in oggetto.

➤ **CIG 5089854863 Prosecuzione degli interventi assistenziali a favore di minori per rette di ricovero relative a servizi residenziali e semiresidenziali – II trimestre anno 2013**, valore €.4.500.000,00, Prosecuzione convenzione in corso.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In sede di accesso ispettivo è stato segnalato che con deliberazione di Giunta comunale n. 3274/2005 è stato approvato, tra l'altro, l'elenco delle strutture residenziali e semiresidenziali con cui convenzionarsi per il collocamento di minori allontanati dal nucleo familiare a seguito di decreti della competente Magistratura. Successivamente alla deliberazione richiamata, con determinazione n.1383/2008 del 26.06.2008 sono stati approvati gli schemi tipo di convenzione tutt'ora utilizzati come base contrattuale che regola i rapporti con le strutture ospitanti. È stato sottolineato, inoltre, che il collocamento in strutture residenziali dei minori fa seguito, nella quasi totalità dei casi, a decisioni della Magistratura minorile connotati da carattere di urgenza a fronte delle condizioni di pregiudizio in cui versano i soggetti interessati. Dal 2005 ad oggi le rette riconosciute alle strutture convenzionate sarebbero rimaste immutate, e solo recentemente sarebbe stato avviato un tavolo di confronto con le organizzazioni *no-profit* per la revisione del sistema generale. Pertanto, dal 2005 in poi, il rapporto di collaborazione con le strutture individuate in quell'atto, solo parzialmente integrate negli anni successivi, è proseguito a seguito di comprovate situazioni di emergenza conseguenti alla necessità di collocare contemporaneamente in numero superiore di bambini/ragazzi al numero dei posti disponibili in convenzione. Inoltre, con *e-mail* del 15 dicembre sono stati ulteriormente chiariti, in maniera invero piuttosto chiara ed efficace, i profili del servizio in parola. Va osservato, in proposito, che l'ANAC ha rammentato (delib. n. 7. del 30.9.2014) che gli stessi servizi “... *devono essere affidati nel rispetto dei principi generali di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità di cui all'art. 27 dello stesso decreto, esigendo il ricorso al confronto concorrenziale mediante invito ad almeno cinque concorrenti ...*”. Conseguentemente a quanto evidenziato al punto che precede, il mancato rinnovo in esito ad una procedura di affidamento delle strutture accreditate con il Comune di Milano, *de facto* non ha consentito di operare periodicamente i controlli di cui all'art. 38 del Codice dei contratti. In proposito l'ANAC ha chiarito (parere di precontenzioso n.14 del 29.7.2014) che “*Il principio espresso dall'art. 38, del D.lgs. n. 163/2006, secondo il quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede, in capo ai partecipanti, il possesso di inderogabili requisiti di moralità, rappresenta un principio di carattere generale che si applica anche alle gare tese all'affidamento di servizi di cui all'Allegato IIB. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'amministrazione sia “affidabile” ...*”. Non “rinnovando” periodicamente l'elenco delle strutture accreditate, quindi, non solo non si garantisce l'economicità del servizio (pur preso atto di quanto si riferisce in merito nella email agli ispettori), ma non viene neppure garantito che le stesse strutture abbiano conservato nel tempo quei requisiti minimi di cui all'art. 38 citato. Come già indicato in precedenza, un numero ristretto di convenzioni richieste a campione ha evidenziato che nello specifico non erano presenti contratti/convenzioni in corso di validità. In quella sede è già stato rammentato, in proposito, che il tacito rinnovo è vietato dall'art. 23 della legge n. 62/2005. Infine è da ritenersi utile evidenziare che dai *file* prodotti dall'ANAC, sulla base delle comunicazioni trasmesse attraverso l'applicativo CIG-simog, il CIG in parola risulta “staccato” in riferimento ad un “affidamento in economia – cottimo fiduciario”. Nello specifico si è trattato, invece, solo della prosecuzione di progressi interventi assistenziali – in assenza di una procedura di affidamento – per i quali è da dubitare che fosse effettivamente necessario “staccare” un CIG, presumibilmente

adottato per esigenze di tracciabilità.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Si segnala che il corrispettivo riconosciuto dal Comune sia notevolmente inferiore (30-40% in meno) alle tariffe applicate dalle stesse comunità per minori provenienti da altri comuni. Il Comune ha considerato l'erogazione di servizi socio-assistenziali all'infuori della disciplina del D.lgs. 163/2006 in quanto la specialità del sistema di accreditamento, incentrato sull'affidamento esclusivo a soggetti accreditati in base alla normativa regionale, non consentiva di applicare norme specificamente formulate al fine di disciplinare rapporti di matrice concorrenziale. Per le nuove procedure di accreditamento per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali (del. ANAC n.32 del 20.1.2016) il Comune effettua i controlli ex art.38 d.lgs.163/2006 (ora art.80 d.lgs. 50/2016). Per la modalità di scelta del contraente in fase di richiesta CIG non era stata individuata la modalità più vicina all'accREDITAMENTO disciplinato da una norma regionale.

Valutazioni

Si confermano le osservazioni degli Ispettori riguardo al mancato aggiornamento dell'elenco delle strutture accreditate che, sia pure in una situazione emergenziale come quella riportata, avrebbe potuto garantire una maggiore partecipazione di offerenti a tali servizi assistenziali.

Inoltre, anche in questo caso, si riscontra una grave carenza dei controlli dei requisiti di carattere generale prescritti dall'art.38 del d.lgs. 163/2006 che, soltanto adesso ex art.80 d.lgs. 50/2016 e s.m.i., la S.A. dichiara di effettuare per le nuove procedure di accREDITAMENTO.

➤ **CIG 60094979CC Affidamento servizi assistenziali residenziali e semiresidenziali in favore di anziani e di soggetti in situazioni di grave fragilità - prosecuzione della gestione della R.S.A./C.D.I. di Via Pindaro n. civico 44**, valore €2.220.000,00, affidato tramite procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. b), del D.lgs. n. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In relazione alla documentazione esaminata in sede di accesso ispettivo, si evidenzia che nella citata determinazione dirigenziale n. 682 non è richiamata alcuna norma che possa legittimare il ricorso alla prosecuzione del contratto originario, per un ulteriore anno. Si può supporre che si possa trattare di una ripetizione contrattuale, effettuata ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b che richiede, tuttavia, alcune condizioni tra le quali, in primis, la previsione della relativa opzione nel bando del contratto originario, non fornito agli scriventi. Nel contratto stipulato relativo alla procedura di affidamento originaria, tra l'altro, non ne è fatta menzione.

In mancanza di suddetta previsione contrattuale, l'affidamento in questione non potrebbe essere considerato come ripetizione contrattuale ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b); potrebbe palesarsi, invece, come una vera e propria proroga, istituito di differente ambito applicativo. Riguardo quest'ultimo istituto, come evidenziato con comunicato del Presidente dell'ANAC, del 04.11.2015 "l'Autorità è intervenuta in numerosi casi; con la deliberazione n. 34/2011, ha chiarito che la proroga - oggetto di numerose pronunce da parte della giustizia amministrativa - è un istituto assolutamente eccezionale e, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge (art. 23, legge n. 62/2005) la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi enunciati all'art. 2 del d.lgs. 163/2006 e, in particolare, della libera concorrenza, parità di

trattamento, non discriminazione e trasparenza. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (Cons. di Stato n. 3391/2008)".

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Nella det.dirigenziale n.682, operando in un contesto di contratto escluso, ex art. 20 del D.lgs.163/2006, non si è effettivamente fatto alcun richiamo normativo, ci si è limitati a citare l'art. 4 della Parte II del capitolato speciale d'appalto e dell'art.5 del Contratto stipulato in forma pubblica amministrativa, che esplicitamente prevedevano l'eventualità di una proroga per un anno. Alle controdeduzioni si allega il Bando e la nota esplicativa di gara che, al suo art.2, fa un riferimento esplicito al Capitolato speciale d'appalto che al suo art. 4 Parte II richiama la "proroga per il successivo anno". Nel contratto all'art. 5 è fatta menzione della possibilità di proroga per un anno. Si ritiene di aver risposto al rilievo D) con le precedenti risposte.

Valutazioni

Si prende atto di quanto controdedotto dalla S.A.

➤ **CIG 57205803F4 Affidamento dei servizi in abbonamento ai notiziari dell'Agenzia di stampa OmniMilano**, valore €. 495.444,00 (IVA inclusa), affidato tramite procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. b), del d.lgs. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Per quanto riguarda l'attivazione di una procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. b), del D.lgs. 163/2006, il Consiglio di Stato (Sez.III, sent. n. 2404 del 19.4.2011) ha evidenziato, in riferimento a fattispecie analoghe, ed in ordine ai compiti della stazione appaltante, che "... era onere di questa dimostrare la "unicità" del fornitore, e la conseguente necessità di attivare la procedura negoziata. ...". Nei provvedimenti, citati non vi è un riferimento puntuale in questo senso. In quest'ultimo, invero, ai fini dell'individuazione della stessa ditta aggiudicataria, è stato evidenziato che si era proceduto a una comparazione con altri operatori economici. In particolare, nella deliberazione di Giunta comunale relativa alle linee guida n. 566 del 21.03.2014, si afferma "*l'abbonamento per i servizi di informazione giornalistica ad ANSA e OMNIMILANO negli anni scorsi è stato attivato anche alla luce di indagini di mercato che fanno emergere come ANSA e OMNIMILANO sia per diffusione di notizie sia per copertura informativa e qualità dei notiziari sono risultati rispondenti alle necessità del Comune di Milano*". Nella stessa deliberazione, inoltre, è evidenziato, altresì, che "*OMNIMILANO è la prima Agenzia stampa interamente dedicata all'informazione riferita al sistema territoriale di Milano e Provincia*". Entrambe le considerazioni richiamate non consentono di affermare che, la stessa azienda, possa essere considerata come unica a poter offrire il servizio in trattazione, come richiede l'art. 57, comma 2, lett. b) e come previsto dalla giurisprudenza richiamata. Un altro aspetto da considerare, in questo caso, sono le modalità con cui il servizio di abbonamento in questione viene reso da parte della Società aggiudicataria. Sempre nella deliberazione di Giunta richiamata, dopo aver fatto cenno, sebbene in maniera generica, alle modalità di attivazione dell'abbonamento in trattazione, si sottolinea "*Inoltre, OMNIMILANO ha l'archivio testuale e fotografico denominato Orma, strumento assai utile per la compilazione di schede informative e per la comunicazione della Pubblica Amministrazione: su Orma, che si aggiorna continuamente in tempo reale sono presenti tutti gli avvenimenti riguardanti la vita politico-amministrativa a partire dal*

2005, con una capillarità che solo OMNIMILANO riesce a garantire”. Un altro passaggio significativo, in questo senso, con riferimento ancora alla società OMNIMILANO (oltre che all’Agenzia di stampa ANSA), è così evidenziato “i suddetti operatori svolgono un’attività caratterizzata da particolari tecniche atte a rendere quel determinato servizio unico sul mercato e l’unico essere idoneo a soddisfare le necessità dell’Amministrazione comunale inerenti alla certezza della veridicità delle informazioni”. Non si hanno elementi di conoscenza per mettere in discussione quanto sopra riportato, in merito alle caratteristiche peculiari con cui l’Agenzia OMNIMILANO assicura il servizio affidato da parte dell’amministrazione comunale milanese. Su questo specifico aspetto, in ogni caso, si può richiamare la deliberazione AVCP n. 83, adunanza del 27.09.2012, con la quale è stato chiarito, appunto, l’ambito oggettivo, oltre che soggettivo, in parte in precedenza definito, di applicazione della stessa norma. In suddetta deliberazione, con riferimento alla norma in questione, è stato precisato “Essa è peraltro di strettissima interpretazione, come da sempre ribadito in giurisprudenza e in dottrina, e vi si può ricorrere quando l’unicità del fornitore sia davvero oggettiva e comprovata. La Corte dei Conti, ad esempio, ha considerato legittima l’applicazione della procedura negoziata senza gara quando vi sia l’accertata esistenza di un unico operatore economico in grado di soddisfare l’esigenza dell’Amministrazione” (cfr. Corte dei Conti, sez. contr., deliberazione del 30.07.2008, n. 8). La certezza circa l’unicità dell’operatore presuppone un’accurata indagine ad esito della quale si accerti che le soluzioni tecniche da adottare per l’esecuzione dei servizi/forniture possano essere prestate soltanto da un operatore determinato. Quest’ultimo, di conseguenza, deve rappresentare l’unico soggetto in condizione di svolgere il tipo di prestazioni richieste dall’ente appaltante e conformi alle sue esigenze. In questi casi, la stazione appaltante deve seguire un percorso procedurale particolarmente severo, a conclusione del quale appaia ben chiaro ed indiscusso che il ricorso alla procedura negoziata, in particolar modo quella di selezione di un operatore determinato per “motivi tecnici”, costituisca l’unica soluzione concretamente praticabile, definendo anzitutto tecnicamente il bene/servizio da ricercare e dimostrando, così, che non vi sono sul mercato altri operatori in grado di fornire quel bene”.

Con riferimento ai controlli ex art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, si rileva che essi sono stati verificati solo diversi mesi successivi alla stipulazione del contratto, in coincidenza degli accertamenti ispettivi.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Con Del. Giunta comunale n.566 del 21.3.2014, sono state adottate le linee guida per l’acquisto dei servizi in abbonamento ai notiziari delle agenzie di stampa e al servizio consultazione tramite piattaforma informatica per un totale di €.495.444,00. La medesima deliberazione demandava al Direttore della Dir. spec. comunicazione l’adozione, con successivi provvedimenti, dei conseguenti atti esecutivi di merito. Con det. dir. n. 29/2014, veniva approvata la spesa che, relativamente alla Società Ediroma S.r.l. (OmniMilano), ammontava a €.210.000,00 (oltre 4% IVA) per il periodo di circa due anni e nove mesi, dal 16.3.2014 al 31.12.2016. Con la stessa det. dir. veniva altresì approvata la spesa relativa all’affidamento all’ANSA, per un totale di €.253.991,50 (oltre 4% IVA) e a Data Stampa S.r.l. per un totale di €. 9.000,00 (oltre IVA 22%) per il servizio di consultazione dei notiziari, sempre tramite piattaforma informatica. Pertanto la somma di €.495.444,00 non è riferibile al solo affidamento dei servizi in abbonamento ad OmniMilano, ma anche ad ANSA e Data Stampa S.r.l. Riguardo al ricorrere dei presupposti per l’affidamento ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett b) D.lgs. 163 /2006 si ribadiscono le caratteristiche di unicità del servizio offerto dall’agenzia OmniMilano riguardo all’attività giornalistica dedicata a Milano e Regione, oltre ad essere la sola agenzia a seguire quotidianamente i lavori del Consiglio comunale e delle Commissioni consiliari.

Riguardo ai controlli ex art.38 D.lgs.163/2006 la Regione Lombardia risultava aver già effettuato tali controlli tutti con esito positivo, pertanto si era ritenuto di effettuare nuovi controlli solo al momento della nomina del nuovo Amministratore Unico di Ediroma che l’agenzia stessa aveva comunicato nello stesso periodo in cui erano in corso gli accertamenti ispettivi in oggetto. In seguito all’entrata in vigore

del D.lgs.50/2016, e ai chiarimenti giurisprudenziali, si è provveduto tramite piattaforma Sintel di Arca Lombardia ad espletare una gara aperta ad evidenza pubblica.

Valutazioni

La S.A. richiama l'unicità, all'epoca dell'affidamento, dell'O.e. Ediroma S.r.l. (Agenzia stampa OmniMilano), nell'assicurare quotidianamente i resoconti sui lavori del Consiglio e delle Commissioni consiliari comunali, e di tale fatto, sia pure non adeguatamente comprovato da documentazione attestante l'effettiva effettuazione di approfondite indagini di mercato, si prende atto. Tuttavia, non appare circostanza esimente la mancata effettuazione dei controlli dei requisiti di ordine generale, al momento dell'affidamento di tale servizio, per il solo fatto di essersi avvalsi dei controlli effettuati in precedenza dalla Regione Lombardia, soggetto giuridico diverso dalla S.A. Comune di Milano, per un'altra fattispecie contrattuale e per un diverso arco temporale di efficacia.

➤ **CIG 60710282CB Affidamento dei servizi di manutenzione del software in uso al settore statistico**, valore €. 249.795,00 euro (IVA inclusa), procedura di affidamento servizi complementari ai sensi dell'art. 57, comma 5, lettera a).

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In relazione alla documentazione esaminata in sede di accesso ispettivo, deve rilevarsi che non sono stati riscontrati puntuali controlli ai sensi dell'art. 38, del D.lgs. 163/2006, con specifico riguardo all'affidamento in trattazione. Dalla documentazione fornita, infatti, i controlli richiamati attengono al precedente contratto originario (risalenti al 2012), in base al quale, è stato disposto, successivamente, l'affidamento di servizi complementari, di cui sopra.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

L'amministrazione si riporta a quanto già dichiarato agli ispettori.

Valutazioni

Si ribadisce quanto già in precedenza osservato per altri CIG riguardo alla carenza riscontrata in relazione alla mancata effettuazione del controllo dei requisiti di ordine generale dell'art. 38, del D.lgs. 163/2006.

➤ **CIG 5414026397 Fornitura di servizi di evoluzione della Consolle del Magistrato e di servizi di supporto necessari agli Uffici del Palazzo di Giustizia di Milano**, valore €. 518.000,00 affidato tramite procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. b), del D.lgs. n. 163/2006. (Affidamento diretto).

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Non si procede alla trattazione dell'affidamento in esame in quanto è stato già oggetto di istruttoria conclusasi con delibera Anac n. 1006 dell'11 ottobre 2017.

➤ **CIG 60094979CC Affidamento servizi assistenziali residenziali e semiresidenziali in favore di anziani e di soggetti in situazioni di grave fragilità - prosecuzione della gestione della**

R.S.A./C.D.I. di Via Pindaro n. civico 44, valore €2.220.000,00, affidato tramite procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. b), del D.lgs. n. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In relazione alla documentazione esaminata in sede di accesso ispettivo, si evidenzia che nella determinazione dirigenziale n.682 del 30.6.2012 non è richiamata alcuna norma che possa legittimare il ricorso alla prosecuzione del contratto originario, per un ulteriore anno. Si può supporre che si possa trattare di una ripetizione contrattuale, effettuata ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b che richiede, tuttavia, alcune condizioni tra le quali, in primis, la previsione della relativa opzione nel bando del contratto originario, non fornito agli ispettori. Nel contratto stipulato relativo alla procedura di affidamento originaria, tra l'altro, non ne è fatta menzione.

In mancanza di suddetta previsione contrattuale, l'affidamento in questione non potrebbe essere considerato come ripetizione contrattuale ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b); potrebbe palesarsi, invece, come una vera e propria proroga, istituto di differente ambito applicativo. Riguardo quest'ultimo istituto, come evidenziato con comunicato del Presidente dell'ANAC, del 04.11.2015, "l'Autorità è intervenuta in numerosi casi; con la deliberazione n. 34/2011, ANAC ha chiarito che la proroga - oggetto di numerose pronunce da parte della giustizia amministrativa - è un istituto assolutamente eccezionale e, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge (art. 23, legge 62/2005) la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi enunciati all'art. 2 del d.lgs. 163/2006 e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (Cons. di Stato n. 3391/2008)".

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Il Bando e la nota esplicativa di gara fanno un esplicito richiamo al capitolato Speciale d'Appalto che, al suo art. 4 Parte II, fa riferimento alla "*proroga per il successivo anno*". Nel contratto all'art. 5 è fatta inoltre menzione della possibilità di "*proroga*" per un anno.

Valutazioni

Si prende atto di quanto controdedotto dalla S.A.

➤ **CIG 60710282CB Affidamento dei servizi di manutenzione del software in uso al settore statistico**, valore €. 249.795,00 euro (IVA inclusa), procedura di affidamento servizi complementari ai sensi dell'art. 57, comma 5, lettera a).

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In relazione alla documentazione esaminata in sede di accesso ispettivo, deve rilevarsi che non sono stati riscontrati puntuali controlli ai sensi dell'art. 38, del D.lgs. 163/2006, con specifico riguardo all'affidamento in trattazione. Dalla documentazione fornita, infatti, i controlli richiamati attengono al precedente contratto originario (risalenti al 2012), in base al quale, è stato disposto, successivamente,

L'affidamento di servizi complementari, di cui sopra.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Sull'ATI aggiudicataria dell'appalto in argomento erano già stati eseguiti i controlli ex art. 38 D.lgs. 163/2006 in occasione della stipulazione del contratto originario, di cui l'appalto in argomento era complementare.

Valutazioni

Valgono, anche in questo caso, le osservazioni riguardanti la constatazione di gravi carenze nei controlli ex art. 38, del D.lgs. 163/2006 al momento dell'affidamento di tali servizi complementari.

➤ **CIG 61424459F5 Realizzazione di manifestazioni ed eventi in occasione della settimana del Carnevale Ambrosiano – realizzazione della decima edizione del Milano Clown Festival** valore €.67.000,00, IVA compresa, procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. b), del D.lgs. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Secondo quanto è possibile dedurre dalla lettura della documentazione, l'affidamento di vari servizi connessi alla organizzazione del c.d. Carnevale Ambrosiano, è stata operata a "trattativa privata diretta", quindi in applicazione delle disposizioni di cui all'art. 57, comma 2, lett. b), del D.lgs. 163/2006 (richiamate nelle premesse della determinazione dirigenziale n. 55). Tale circostanza è riferibile, in particolare, alla prestazione di servizio oggetto dell'appalto in esame, in proposito alla quale viene indicato nella stessa determinazione n. 55 quanto segue: "... di dare atto che il ricorso alla trattativa privata si è reso necessario considerati: la natura artistica del servizio, che i soggetti in trattazione sono ideatori e proponenti in esclusiva delle iniziative sopra descritte e che il Carnevale Ambrosiano si caratterizza ormai da tempo nelle iniziative per bambini a Palazzo Marino e in Piazza Duomo e nella Grande Sfilata, organizzata da decenni dagli oratori della FOM, con la tradizionale partecipazione delle maschere del Meneghino e della Cecca, da sempre presentate dalla Compagnia Teatrale Meneghina, e dai personaggi del Gruppo Renzo e Lucia, figure che tramandano intatto il patrimonio della nostra identità cittadina; ...". Tali circostanze non paiono affatto esaustive delle condizioni di cui all'art. 57, comma 2, lett. b), anche se il RUP ha chiarito che "... il soggetto affidatario era ideatore del progetto artistico di cui deteneva pertanto l'esclusiva". La situazione di cui al punto precedente, costituita dalla carenza dei presupposti per operare un affidamento ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b), è ulteriormente enfatizzata da una circostanza facilmente verificabile da una semplice ricerca sul web, laddove è facilmente verificabile che esistono numerose scuole di arti circensi in Italia, alcune delle quali presumibilmente potevano essere interessate alla prestazione dei servizi oggetto del presente esame.

Inoltre, non risulta adottata la determinazione a contrarre, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In proposito il RUP ha evidenziato che "Il provvedimento (determinazione dirigenziale n. 55 del 19/02/2015, ...) di affidamento del servizio di organizzazione e realizzazione della X edizione di "Milano Clown Festival" è contestualmente provvedimento in cui l'Amministrazione ha manifestato la volontà di procedere alla stipula del contratto. Tale volontà è stata altresì anticipata in modo manifesto con delibera di Giunta n. 73 ...". Va osservato come non siano da ritenersi esimenti dell'obbligo di adottare la determinazione o il decreto a contrarre l'adozione di una deliberazione della Giunta comunale o la determinazione dirigenziale di aggiudicazione/affidamento.

Infine, anche in questo caso, non risultano effettuati i controlli ex art. 38 del D.lgs. n. 163/2006. In proposito il RUP ha affermato che *“Relativamente al mancato controllo ex art. 38 D.lgs. 163/2006, lo stesso non è stato effettuato trattandosi di Associazione iscritta dall’anno 2003 al Registro Anagrafico delle Associazioni del Comune di Milano, dove l’associazione in oggetto ha sede operativa, ai sensi del Regolamento del Registro Anagrafico delle Associazioni approvato con deliberazione n. 106 del 29/09/1997”*. Tale circostanza non è da ritenersi esimente degli obblighi di cui al richiamato art. 38.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Allo scopo di rispondere alle esigenze dell’Amministrazione sono stati individuati da un lato eventi ed iniziative che appartengono alla storia e alla tradizione meneghina e, dall’altro, eventi ed iniziative in grado di valorizzare il ruolo sociale e di integrazione svolto dalla città di Milano. In tale contesto si è ritenuto di avvalersi di un soggetto – l’Associazione Culturale Scuola di Arti Circensi e Teatrali – che ha ideato, attraverso un processo creativo “sul campo”, un modello e sviluppato un format che ha portato alla formazione di nuovi “clown di strada”, come i Clown Minimi e i PIC- Pronto Intervento Clown. Pertanto, sebbene sul mercato esistano altre scuole circensi, le radici artistiche del format di cui parlasi, diventato nel tempo storia e tradizione ambrosiana, hanno qualificato l’Associazione Culturale Scuola di Arti Circensi e Teatrali quale unico operatore economico presente sul mercato ed in grado di produrre il servizio connotato da imprescindibili caratteristiche tecnico-artistiche, ritenute necessarie al soddisfacimento delle richieste della S.A.

Si ritiene, riguardo all’addotta assenza della determinazione a contrarre, che la determinazione dirigenziale n.55 del 19.2.2015 contenga tutti gli elementi indicati dall’art.192 del T.U. sull’Ordinamento degli Enti Locali D.lgs. 267/2000 e s.m.i. e, in dettaglio: a) il fine che il contratto intende perseguire; b) l’oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base.

Per quanto riguarda i controlli ex art.38 D.lgs. 163/2006, si osserva che non era stato ritenuto di dovere assoggettare a verifiche l’acquisita dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR n. 445/2000 in ragione dell’iscrizione dell’Associazione al Registro Anagrafico delle Associazioni. Nella succitata dichiarazione l’O.e. dichiarava di non avere posizioni INPS/INAIL aperte e di non essere assoggettata agli obblighi della L.68/99. L’indisponibilità del DURC era stata all’epoca accertata telematicamente.

Con riferimento all’affidamento diretto, si fa presente altresì che l’art.57 del D.lgs. 163/2006, all’epoca vigente per tale affidamento, differiva in modo sostanziale dall’art. 63 del D.Lgs. 50/2016, non richiedendo rigorosamente, oltre alle esigenze di natura tecnica o di proprietà intellettuale, di comprovare l’assenza di altri operatori o soluzioni alternative ragionevoli (cfr.Parere Consiglio di Stato 6.7.2017 sulle Linee guida n.8 dell’ANAC. L’Autorità pare applicare, in sostanza, nel giudizio criteri di analisi afferenti a normativa e linee guida intervenute successivamente al perimetro temporale degli affidamenti controllati.

Valutazioni

Riguardo alla scelta del soggetto affidatario, permangono i dubbi espressi dagli ispettori circa le modalità inerenti all’affidamento diretto all’O.e.Associazione Culturale Scuola di Arti Circensi e Teatrali. Infatti, la stazione appaltante non ha dimostrato “di avere seguito un percorso procedurale particolarmente severo”, come definito dalla sopra riportata sentenza del C.d.S. Sez.III, sent. n. 2404 del 19.4.2011, a conclusione del quale appaia ben chiaro ed indiscusso che il ricorso alla procedura negoziata è consequenziale al fatto che non sono stati reperiti sul mercato altri operatori in grado di fornire quel determinato servizio.

Inoltre, ancora una volta si riscontrano evidenti carenze sui controlli dei requisiti di ordine generale, non essendo sufficiente la semplice ricezione delle autodichiarazioni sottoscritte dall'O.e. ma risulta, al contrario, essenziale l'effettuazione delle prescritte verifiche su tale documentazione.

➤ **CIG 6178457003 Realizzazione di un progetto multimediale di comunicazione e valorizzazione del restauro delle pitture di Leonardo – Milano, Castello Sforzesco, Sala delle asse**, valore €. 152.500,00, IVA inclusa, procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b), del D.lgs. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

L'affidamento in oggetto – operato come detto ex art. 57, comma 2, lett. b) – fa seguito ad altri analoghi affidamenti effettuati a beneficio della società Culturanuova S.r.l.; in particolare ci si riferisce ai contenuti delle seguenti determinazioni di affidamento: – n. 469 del 27 luglio 2012 – spesa di euro 27.588,00 per l'acquisizione e l'organizzazione della documentazione informatica con l'applicazione del sistema informatico Modus Operandi in relazione al restauro delle decorazioni pittoriche dipinte da Leonardo nella Sala delle Asse del Castello Sforzesco; – n. 236 del 19 maggio 2014 – spesa di euro 53.289,60 per lo sviluppo del progetto finalizzato all'acquisizione e rielaborazione del materiale digitale prodotto con le ricerche, le indagini e le attività conservative con il sistema operativo Modus Operandi in relazione al restauro delle decorazioni pittoriche dipinte da Leonardo da Vinci nella Sala delle Asse del Castello Sforzesco. Nello specifico la ricorrenza delle condizioni di cui alla citata lettera b) fa riferimento ad una pregressa individuazione della società affidataria da parte dell'Opificio delle Pietre dure di Firenze, artefice del restauro, in accordo con il Comitato scientifico istituito quale organo di consulenza ai fini del restauro delle opere pittoriche di Leonardo. In proposito va considerato il particolare livello di approfondimento scientifico necessario per effettuare valutazioni in proposito, che esula dalle competenze degli scriventi ispettori. Sembrano, pertanto, ravvisabili le problematiche classiche che caratterizzano gli affidamenti in campo informatico, che sono spesso caratterizzati da successioni di affidamenti ex art. 57, comma 2, lett. b).

Per di più, non risulta adottata la determinazione a contrarre, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In proposito il RUP ha evidenziato che *“La determinazione dirigenziale n. 236/2014, già inviata, contiene tutti gli elementi essenziali del contratto: oggetto, condizioni, durata, costi e modalità di pagamento del servizio, nonché il criterio di selezione dell'operatore individuato e dell'offerta”*. Va osservato come la citata determinazione si riferisca in realtà ad un precedente affidamento, ed il suo contenuto non è da ritenersi esimente dell'obbligo di adottare la determinazione o il decreto a contrarre.

Relativamente ai controlli di cui all'art. 38 del Codice, che risultano generalmente omessi, il RUP ha dichiarato che *“sono stati considerati validi quelli relativi all'affidamento del 2014 per i quali ci si era avvalsi della Dichiarazione sostitutiva del 30 aprile 2014 – ... – presentata dalla società Culturanuova di Arezzo all'Opificio delle Pietre dure di Firenze – Ente del Ministero dei Beni Culturali (Mibact) – attestante il possesso dei requisiti di legge, compresa l'attestazione di non essere assoggettato agli obblighi di cui alla L. n. 68/99; sono stati comunque avviati i controlli da parte del Comune di Milano con gli esiti già inviati”*. Tra la documentazione trasmessa agli ispettori, tuttavia, non sono state reperite le certificazioni del Casellario giudiziale né le certificazioni relative alla eventuale adozione di Misure di prevenzione.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

In merito all'osservazione sulla “successione di affidamenti” di ambito informatico, si rileva che la

prestazione in questione richiedeva competenze congiunte sia di natura informatica che artistica, ai fini dell'ideazione dell'installazione multimediale allestita in occasione di EXPO 2015.

Relativamente alla Determinazione a contrarre n. 147 del 27.3.2015 venne erroneamente indicata con il n. 263/2014 che, in effetti, riguarda un altro affidamento.

Per quanto attiene ai controlli ex art.38 D.lgs. n.163/2006 si osserva che la Direzione richiede i certificati del casellario giudiziale e di eventuale adozione di misure di prevenzione agli uffici competenti, come da documentazione allegata alle controdeduzioni stesse, senza ottenere alcun riscontro.

Valutazioni

Per tale affidamento che riveste peculiari aspetti scientifici, come già riscontrato dagli stessi ispettori, non vengono in questa sede effettuati rilievi sull'operato dalla S.A., ad eccezione delle carenze riscontrate riguardo ai controlli ex art.38, lett. b) - g) - m) del d.lgs. 163/2006, che non risultano essere state adeguatamente espletate dalla S.A. che avrebbe dovuto, al contrario di quanto fatto, reiterare le sue richieste agli organi competenti, una volta constatata la mancanza di risposte alle sue prime richieste dei relativi certificati.

➤ **CIG 604213605D Affidamento del servizio di manutenzione ordinaria del verde, di un'area ubicata all'interno del Parco Lambro di proprietà comunale**, valore €.112.201,02, IVA esclusa, procedura negoziata ex art. 5 della legge 381/1991.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In ordine alla certificazione di assenza di misure di prevenzione, di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), del d.lgs. 163/2006, tale adempimento è risultato omesso. In proposito il Direttore del Settore Verde e Agricoltura ha evidenziato che *"... la stessa non è stata effettuata trattandosi di cooperativa già iscritta nell'elenco comunale. Si allega comunque la certificazione rilasciata con esito favorevole"*. Gli ispettori hanno preso atto dell'esito favorevole espresso dal Tribunale di Milano con annotazione del 27 novembre 2015, tuttavia, hanno ritenuto necessario evidenziare comunque che l'iscrizione della cooperativa nell'elenco comunale non è da ritenersi esimente degli obblighi di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), del d.lgs. 163/2006 e che la certificazione è stata richiesta al Tribunale di Milano solo in seguito alle specifiche richieste in merito da parte degli stessi ispettori, effettuate con e-mail del 25 novembre 2015.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Il responsabile all'epoca del Settore Verde e Agricoltura non aggiunge altro in merito a quanto riportato dagli Ispettori.

Valutazioni

Non vi sono ulteriori rilievi in merito a tale affidamento, confermando tuttavia le perplessità evidenziate dagli ispettori riguardo alla non sufficienza della semplice iscrizione ad un elenco comunale per esimere la S.A. dall'effettuare i prescritti controlli sui requisiti di onorabilità dell'O.e. affidatario.

➤ **CIG 6199046E93 Affidamento del servizio di trattamento antilarvale contro le zanzare mediante controllo e spandimento di prodotto larvicidi sulle risaie a mezzo di elicotteri**, valore €. 155.738,00, IVA esclusa, procedura aperta ex art. 55 del d.lgs. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

La tempistica della aggiudicazione definitiva, avvenuta con determinazione del 12 maggio 2015, e la tempistica dei controlli di cui all'art. 38 del Codice, che determinano il perfezionamento della stessa aggiudicazione, rendono evidente la mancata sottoscrizione del contratto nei termini di cui all'art. 11, comma 9, del d.lgs. 163/2006 (sottoscrizione entro 60 gg. dalla efficacia della aggiudicazione definitiva).

Controdeduzioni della Stazione appaltante

In allegato alle controdeduzioni si trova l'acquisizione della comunicazione negativa antimafia in data 2.9.2015 e la richiesta relativa all'antimafia fatta in AVCPass in data 14.5.2015 che non aveva dato esito in quanto riportava la frase *“non è possibile rilasciare immediatamente la comunicazione antimafia liberatoria”*. Il contratto è stato stipulato in data 29.10.2015 e quindi entro 60gg. Dall'ultimo controllo che ha determinato l'efficacia dell'aggiudicazione.

Valutazioni

Non si rilevano evidenti negligenze della S.A. riguardo all'affidamento in oggetto.

➤ **CIG 6145309569 Affidamento del servizio di archiviazione ottica degli accertamenti di infrazione del Codice della strada rilevati dalla Polizia locale – periodo 1° aprile – 31 dicembre 2015**, valore €. 75.396,00, IVA inclusa, procedura negoziata (cooperative sociali tipo B).

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Non risulta adottata la determinazione a contrarre, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In proposito il Direttore centrale della D.C. Sicurezza Urbana e Coesione Sociale ha precisato che *“... stante l'urgenza di provvedere al servizio, è stata avviata una procedura ristretta senza pubblicazione di bando, invitando simultaneamente cinque cooperative di tipo B, riconosciute dalla Regione Lombardia e iscritte e accreditate presso il Comune di Milano, con la predisposizione di un'unica determinazione dirigenziale di auto riqualificazione e aggiudicazione; ...”*. Tali circostanze non paiono tuttavia esimenti dell'obbligo in parola. In proposito, deve essere rammentato che l'AVCP, con la determinazione n. 3 del 1° agosto 2012 che ha approvato le *“Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991”*, ha precisato: *“Occorre, pertanto, che il profilo del reinserimento lavorativo, unitamente al successivo monitoraggio dello stesso in termini quantitativi e qualitativi, sia posto al centro della convenzione e, a monte, della determina a contrarre adottata dalla stazione appaltante ex art. 11, comma 2, del Codice dei contratti”*. In aggiunta, non risulta redatto un Verbale di gara, ai sensi dell'art. 78 del Codice dei contratti. In proposito il Direttore centrale della D.C. Sicurezza Urbana e Coesione Sociale ha precisato agli ispettori che *“... per gli stessi motivi di urgenza, essendo pervenute solo due offerte, l'aggiudicazione è stata effettuata nella relativa determinazione dirigenziale”*. Infine, non appaiono ravvisabili i motivi d'urgenza, atteso che trattasi di un servizio di archiviazione dati, e comunque se lo stesso fosse anche sussistente non giustificherebbe l'omissione di un adempimento tutto sommato non così complesso e dispendioso in termini di tempo; non risultano operati i controlli ex art. 38 del Codice dei Contratti. In proposito il Direttore centrale della D.C. Sicurezza Urbana e Coesione Sociale ha precisato in sede di ispezione che *“ci si è avvalsi dei controlli effettuati dalla Regione Lombardia, dove sono riconosciute, dal Comune di Milano, dove sono accreditate, in quanto trattasi di Cooperative di tipo B disciplinate dalla Legge 381/1991”*. Tali eccepite circostanze non risultano essere esimenti degli obblighi di cui all'art. 38 in parola, atteso che non è stata fornita prova che gli stessi controlli vengano operati periodicamente dagli uffici della Regione Lombardia o da altri

uffici del Comune di Milano. In ogni caso, le “Linee guida” sopra richiamate non esentano la stazione appaltante dai controlli di cui all’art. 38, circostanza che sembra coerente con il fatto che i preposti uffici regionali devono valutare la sussistenza dei requisiti di cui alla legge n. 381/1991, e non i requisiti di cui all’art. 38 del Codice.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Con riferimento alla determina di autorizzazione e contestuale aggiudicazione del servizio al soggetto aggiudicatario, si ribadisce l’urgenza di tale affidamento, stante la necessità di garantire la continuità del servizio dal 1 aprile 2015. Infatti, la mancata attività di scansione delle immagini relative alle infrazioni e la conseguente omessa registrazione dei dati sul supporto informatico, avrebbero determinato impatti negativi sulla conclusione del procedimento sanzionatorio.

In riferimento ai controlli ex art.38 D.lgs. 163/2006, si è fatto affidamento sulla circostanza che l’elenco speciale delle cooperative sociali di tipo B da invitare alla procedura in argomento era stato fornito dalla DC Politiche Sociali e Cultura della Salute. In precedenza la Direzione aveva provveduto a pubblicare un avviso per la formazione di un elenco speciale, la cui finalità era l’individuazione di soggetti con cui l’Amministrazione comunale avrebbe potuto procedere alla stipulazione di convenzioni in deroga alla disciplina in materia di contratti della P.A.

Valutazioni

Pur prendendo atto delle giustificazioni addotte riguardo all’urgenza rappresentata dalla S.A. riguardo al servizio in oggetto, si deve evidenziare la mancanza di una adeguata determinazione a contrarre e di un apposito verbale di gara. Inoltre, si ribadiscono le valutazioni effettuate in precedenza dagli ispettori riguardo alle carenze sui controlli dei requisiti di ordine generale ex art. 38 d.lgs. 163/2006.

FORNITURE

➤ **CIG 5467841D1F “Affidamento della fornitura di diverse tipologie di calzature occorrenti al personale della Polizia locale”**, valore €.1.337.619,16, da affidare mediante procedura negoziata sotto soglia comunitaria, ai sensi dell’art. 328 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (MEPA).

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Sia nella determinazione a contrarre, ma ancor più nella determinazione di aggiudicazione, viene chiarito che in oggetto è la “... *fornitura richiesta per calzature di produzione “Soldini”* ...”. La specifica anche della marca, tuttavia, non sembra trovare conferma nelle specifiche tecniche di cui al Regolamento regionale 4 aprile 2008, n. 1, dove non viene indicata la marca delle calzature che devono essere fornite agli appartenenti dei diversi Corpi di polizia locale della Regione Lombardia, ma solo le caratteristiche tecniche delle stesse calzature. E’ da ritenersi che aver ristretto le caratteristiche delle calzature acquisibili a quelle del marchio Soldini – o equivalenti – sia fra le ragioni principali che hanno determinato la presentazione di sole due offerte, nonostante n. 429 inviti. Tra le due offerte, la non aggiudicataria è proprio quella presentata dal Calzaturificio Fratelli Soldini.

Ad integrazione della documentazione già acquisita, è stato fra l’altro richiesto, agli uffici competenti, di produrre copia dell’attestazione di conformità della fornitura, di cui agli articoli 312 e ss. del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, ove si prevede che “*I contratti pubblici di forniture e di servizi sono soggetti a verifica di conformità al fine di accertarne la regolare esecuzione, rispetto alle condizioni ed ai termini stabiliti nel contratto, ...*”. In proposito il Direttore centrale della D.C. Sicurezza urbana e Coesione sociale ha prodotto, in allegato a

nota datata 1 dicembre 2015 “... verbale di collaudo campioni (all. 1) e rapporto di ricevimento merce, entro i tempi previsti e senza ulteriori segnalazioni (all. 2)”. Tali atti, tuttavia, è da ritenersi che non integrino quanto richiesto dagli art. 312 e ss. del D.P.R. 207/2010, atteso che il primo si riferisce alla sola fase di aggiudicazione ed il secondo certifica al più che la merce è stata consegnata, non che la stessa sia stata controllata e che le sue caratteristiche corrispondessero a quelle contrattuali.

Relativamente agli omessi controlli di cui all’art. 38 del Codice dei contratti, richiamata nella relazione ispettiva, va osservato che in seguito ad ulteriori richieste integrative il Direttore centrale della D.C. Sicurezza urbana e Coesione sociale ha asserito che “... stante l’urgenza di ricevere in consegna la merce entro il 31 dicembre, ci si è avvalsi delle dichiarazioni presentate dalle ditte in MEPA”. Proprio in ordine a tale problematica si è diversamente espressa l’Autorità Nazionale Anticorruzione. Recentemente (comunicato del Presidente del 10 dicembre 2015) è stato infatti chiarito che i controlli operati da CONSIP “... valgono ai fini della partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento. La singola stazione appaltante, invece, è tenuta a svolgere le verifiche in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale esclusivamente nei confronti del soggetto aggiudicatario della singola RDO. ...”. I controlli in parola, che nel caso specifico sono stati omessi, erano conseguentemente da ritenersi necessari.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Si segnala che il CIG corretto è il 46980991. In merito alla segnalazione della marca delle calzature “Soldini” o equivalente, si precisa che tale riferimento era stato indicato nella scheda tecnica “MEPA” come valore suggerito e non obbligatorio per la presentazione dell’offerta. La circostanza che tale caratteristica fosse da non ritenersi obbligatoria è confermata altresì dall’aggiudicazione della gara a favore di una ditta diversa, che ha offerto calzature differenti ma conformi alle specifiche tecniche richieste.

Quanto ai controlli ex art.38 D.lgs 163/2006 si ribadisce che, a fronte dell’aggiudicazione della gara in data 12.12.2012, stante l’urgenza di ricevere la merce in consegna entro il 31 dicembre 2012, ci si è avvalsi delle dichiarazioni presentate dalle ditte per l’iscrizione al MEPA Consip, ritenute sufficienti ai fini del possesso dei requisiti generali in capo alla ditte aggiudicataria.

Valutazioni

Si ritengono valide le contro deduzioni della S.A. riguardo alla procedura di gara in oggetto. Tuttavia, sulle modalità di verifica dei requisiti generali di cui all’art. 38 del d.lgs. 163/2006, nel caso di gare esperite sul MEPA (Mercato Elettronico delle Pubblica Amministrazione) si riscontrano evidenti carenze da parte del Comune di Milano. Infatti, Consip in qualità di gestore effettua i controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale, rese dagli operatori economici in fase di abilitazione al MePA e rinnovate ogni sei mesi, mentre il controllo sul possesso dei requisiti generali nei confronti dell’aggiudicatario spetta esclusivamente alla stazione appaltante che ha formulato la RdO.

➤ **CIG 607144286E Affidamento della fornitura di Radio Ricetrasmittenti Tetra veicolari e portatili per la polizia locale**, valore €. 199.431,25 euro (IVA inclusa), procedura di affidamento MEPA.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Non è stata riscontrata la certificazione rilasciata ai sensi dell’art. 17 legge 68/1999, requisito di ordine generale, da accertare ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. l). Il comunicato del Presidente dell’ANAC, del

10.12.2015, in merito all'obbligo di accertamento dei requisiti previsti dal richiamato art. 38, qualora si faccia ricorso al MEPA, come nel caso in questione, prevede: *“Sul punto si evidenzia che, con riferimento alle gare gestite con modalità telematiche, Consip, in qualità di gestore del MePA, ai sensi dell'art. 71 del d.p.r. 445/2000 effettua controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale, rese dagli operatori economici in fase di abilitazione al MePA e rinnovate ogni sei mesi. A tal fine procede a verifiche a campione o in caso di sospetto sulla veridicità delle autocertificazioni rese dai partecipanti, presso le amministrazioni competenti (INPS, INAIL, Agenzia delle Entrate, Casellario giudiziale, ecc.) Detti controlli valgono ai fini della partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento. La singola stazione appaltante, invece, è tenuta a svolgere le verifiche in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale esclusivamente nei confronti del soggetto aggiudicatario della singola RDO. A tal fine potrà avvalersi del sistema AVCPass, come precisato nel Comunicato del Presidente del 12 giugno 2013, utilizzando la modalità di interazione «web based» (ossia mediante connessione al sistema AVCPass via web) secondo le indicazioni fornite nel Manuale d'uso dell'applicazione e previa registrazione della stazione appaltante medesima e degli operatori economici partecipanti.*

Controdeduzioni della Stazione appaltante

Con riguardo alla certificazione prevista dalla L. 68/1999 non era stata richiesta in quanto a conoscenza che la ditta aveva meno di 15 dipendenti. Tale condizione era stata, altresì, verificata dal Settore Gare beni e Servizi in data 26 settembre 2014, in occasione della stipulazione del contratto di fornitura parti di ricambio e servizio di manutenzione di apparati radio già in dotazione.

Valutazioni

Ci si riporta a quanto già evidenziato per il CIG 5467841D1F riguardo ai controlli sui requisiti di ordine generale nelle gare MEPA, non potendo ritenersi sufficiente la semplice constatazione conoscitiva della presunta dotazione organica della ditta prescelta.

➤ **CIG 5665956ECA Affidamento della fornitura di tende per gli uffici comunali attraverso il mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA)**, valore €. 204.918,03, IVA escl., affidato tramite procedura negoziata sotto soglia comunitaria ex art. 328 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (MEPA).

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In ordine alla omissione dei controlli di cui all'art. 38 del Codice dei contratti, richiamata dagli ispettori, va osservato che in seguito alle loro ulteriori richieste integrative è stato assicurato che *“Per tali procedure non sono previsti controlli ex art. 38 D.lgs. 163/2006 in quanto le Società devono rendere tali dichiarazioni a CONSIP per essere abilitate in MEPA. Dopo l'abilitazione tali dichiarazioni devono essere rinnovate dalle Società ogni 6 mesi, pena la disabilitazione. L'onere di acquisizione delle dichiarazioni rilasciate è in capo a CONSIP liberando le Stazioni appaltanti dall'acquisizione delle predette dichiarazioni ai fini della partecipazione alla Gara. Per quanto concerne l'antimafia si conferma che è stato trasmesso alla Prefettura il solo modello GAP”.*

Proprio in relazione a tale problematica si è diversamente espressa l'Autorità Nazionale Anticorruzione. Recentemente (comunicato del Presidente del 10 dicembre 2015) è stato infatti chiarito che i controlli operati da CONSIP *“... valgono ai fini della partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento. La singola stazione appaltante, invece, è tenuta a svolgere le verifiche in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale esclusivamente nei confronti del soggetto aggiudicatario della singola RDO. ...”.* I controlli in parola, nel caso specifico, erano conseguentemente da ritenersi necessari, e quindi omessi.

Quanto alla sola trasmissione del modello “GAP” alla locale Prefettura con nota del 3 giugno 2014, in

relazione ai controlli c.d. “antimafia”, è da rammentare che con nota n. 11001/119/20(8) del 16 maggio 2014 il Ministero dell’Interno ha rappresentato di ritenere che l’obbligo di compilazione dei “modelli GAP” sia stato, attraverso l’evoluzione normativa, abrogato implicitamente e che la *ratio* sottesa alla previsione di cui all’art. 1 del decreto legge 6 settembre 1982, n. 629, sia oggi soddisfatta da nuove e più articolate procedure. Inoltre, non è stata prodotta la documentazione relativa a liquidazioni e mandati di pagamento. In effetti dalla documentazione prodotta informaticamente risulta che le relative cartelle n. 33 e 34 sono vuote. In data 25 novembre 2015 gli ispettori hanno richiesto nuovamente la stessa documentazione, ma per errore indicando che le cartelle vuote erano la 31 e la 32: è stata così prodotta la copia cartacea di documenti già visionati. Tale omissione non è quindi da ascrivere, nel concreto, a volontà omissive dell’ente verificato. Infine, nella determinazione a contrarre n. 314 è stato dato atto che “... non verrà richiesta, in considerazione dei termini ristretti di presentazione delle offerte, la costituzione della cauzione provvisoria; ...”. Tale circostanza non risulta essere coerente con i pareri espressi in proposito dall’AVCP (ANAC), che sembra restringere tale possibilità ai soli acquisti in economia.

Controdeduzioni della Stazione appaltante

L’attività di controllo dei requisiti delle imprese abilitate al MEPA si riteneva adempiuta mediante comunicazione alla Consip. Solo a seguito della pubblicazione del parere ANAC del 10.12.2015, comunicata dalla Segreteria generale nel gennaio 2016, le rispettive Direzioni hanno potuto adeguarsi alle nuove prescrizioni. Per la procedura in oggetto non è stato possibile adeguarsi perché il contratto era già in esecuzione e si avviava a conclusione.

Valutazioni

Al riguardo, come già espresso in precedenza, ci si riporta a quanto già evidenziato per il CIG 5467841D1F riguardo ai controlli sui requisiti di ordine generale nelle gare ex art. 328 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 - MEPA.

Alla luce di quanto sopra esposto, il Consiglio

DELIBERA

Relativamente alle risultanze istruttorie e alle considerazioni sopra svolte, si ritiene di dover confermare quasi integralmente le criticità rilevate nell’indagine ispettiva, in ordine all’applicazione della normativa in materia di contrattualistica pubblica. In particolare:

per quanto attiene i rilievi inerenti i **lavori** analizzati:

- Gli aspetti più significativi che sono emersi nella materia dei lavori hanno riguardato le approssimazioni nell’applicazione della procedura di somma urgenza prevista dall’art. 176 del d.p.r. 207/2010, applicabile *ratione temporis*, nonché in riferimento alla carenza dei presupposti per l’adozione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di cui all’art. 57, comma 2, lett. c), del D.lgs. 163/2006 e all’utilizzo della disciplina derogatoria per EXPO 2015 per realizzazione di interventi di manutenzione destinati, per la relativa durata del contratto, a soddisfare esigenze post evento e alla non corretta applicazione dell’art. 132, comma 1, lettera c), del d.lgs. 163/06 in tema di varianti in corso d’opera, in relazione alla carenza del presupposto afferente al ricorrere “... di *rinvenimenti* *imprevisti* o *non prevedibili* nella fase *progettuale*;”.

- Gli approfondimenti inoltre hanno consentito di rilevare una non corretta applicazione del principio in tema di unicità delle funzioni del Responsabile del Procedimento in contrasto con la previsione di cui all'art. 10 del d.lgs. 163/2006.
- In tal senso si richiamano le specifiche criticità emerse in relazione alle seguenti procedure esaminate:
 - “Interventi di somma urgenza finalizzati all’adeguamento di alcune strutture scolastiche per l’inizio dell’anno scolastico 2013-2014. Trasferimento Scuola elementare di Via Viscontini ed esecuzione opere di somma urgenza da eseguirsi presso la struttura di Via Cilea (CIG 524865926D)” e “Interventi di somma urgenza per la bonifica amianto presso il locale archivio fognatura, messa in sicurezza fan coils corpo alto e basso, bonifica n. 3 piani interrati e redazione del piano di bonifica generale edificio comunale di Via Pirelli n. 39 (CIG 5323522553)”, per i quali gli accertamenti condotti hanno consentito di confermare una non corretta applicazione dell’istituto della somma urgenza di cui al citato art. 176 del d.p.r. 207/2010, in relazione alla necessaria ricorrenza di circostanze imprevedibili e comunque non preventivamente note all’amministrazione, tenendo peraltro presente le tempistiche adottate per la formalizzazione del verbale di cui all'articolo 175 nella procedura di cui al CIG 5323522553, e alla carenza dei presupposti per il superamento della soglia di euro 200.000,00 prevista per tale procedura.
 - “Affidamento lavori di manutenzione ordinaria a chiamata, negli edifici scolastici e socio assistenziali cittadini urbani - lotto 7 di 9 lotti - zona 7 (CIG 521814664C)” per i quali si prospetta la non corretta applicazione della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all’art. 57, comma 2, lett. c) del d. lgs. 163/2006, osservando, peraltro, che nella relativa determina a contrarre si fa riferimento all’utilizzo della medesima procedura negoziata per una serie di interventi riferiti a 9 zone per una spesa complessiva di € 7.200.000,00.
 - “Appalto mediante procedura negoziata di manutenzione per la conservazione di fontane e monumenti (CIG 5662694AE8)” in relazione al quale è stata riscontrata la carenza dei presupposti afferenti all’utilizzo della disciplina derogatoria per EXPO 2015 per l’espletamento di una procedura ex art. 122, comma 7, del d. lgs. n. 163/2006, per lavori di manutenzione di importo, a base di gara, di Euro 4.424.766,78, oltre IVA, nettamente superiore al limite previsto per la relativa adozione della procedura in esame.
 - “Appalto per i lavori allo stabile di Via Lorenteggio 178 – Bonifica amianto (CIG 447736132E)” che prospetta la non corretta applicazione dell’art. 132, comma 1, lettera c), del d.lgs. 163/06, in relazione alla carenza del presupposto afferente al ricorrere “... *di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;*”.

per quanto concerne le procedure esaminate relativamente a **servizi e forniture** si rileva:

- il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando per dichiarata “privativa industriale” sugli appalti informatici che presuppongono fenomeni di “lock in”, dando atto contestualmente del tentativo dell’Amministrazione di superare tale criticità mediante

l'apertura dei sistemi informativi e la circolazione dei dati fra gli stessi sistemi, da realizzare tramite l'emanazione di regole tecniche e di standard "open source" (CIG5197967A0E);

- L'ingiustificato ricorso a proroghe di convenzioni i cui relativi costi non risultavano previsti nel contratto originario (CIG 5486224F40) in violazione dei principi enunciati all'articolo 2 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i.;
- Le gravi carenze riscontrate riguardo alla mancata effettuazione del controllo dei requisiti di ordine generale ex art. 38, del D.lgs. 163/2006 e s.m.i. (CIG 47210773FC, 3853682EF9, 3865697A12,449157876A, 42266337E2, 4702261C85, 438790341A, 5424799DBD, 5363917C3, 5089854863, 57205803F4, 60710282CB, 5467841D1F, 60710282CB, 607144286E, 61424459F5, 6178457003, 6145309569 e 5695665956ECA);
- la mancanza di atti formali del Direttore generale (CIG 5197967A0E) per il perfezionamento dell'affidamento o della determina a contrarre (numerosi CIG);
- il ricorso da parte del Comune di Milano ad affidamenti diretti del Servizio di realizzazione mostre CIG 54139271E5 e della realizzazione di mostre ed eventi in occasione del Carnevale Ambrosiano CIG 61424459F5 in evidente contrasto con l'art. 27 co. 1 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i.;
- il ricorso da parte del Comune di Milano a rinnovi per affidamenti di servizi cd "esclusi" in contrasto con l'art. 27 co. 1 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i. (CIG 5486224F40).

Dà mandato agli Uffici di Vigilanza di trasmettere la presente Delibera alla S.A. Comune di Milano;

Dà inoltre mandato agli Uffici di Vigilanza di trasmettere la presente delibera alla Procura della Corte dei conti della Regione Lombardia per eventuali profili di danno all'Erario.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2019

Il Segretario
Maria Esposito