



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Delibera n. 804 del 20 luglio 2016

Fascicolo n. 2160/2016

Oggetto: Procedura aperta per l'affidamento, a cooperative sociali, del servizio di gestione delle aree interne dei PP.OO. di Marcianise, Piedimonte Matese e S. Maria C. Vetere da destinare alla sosta a pagamento. Lotto N. 1 CIG 6382403D8F - LOTTO N. 2 CIG 638241684B - LOTTO N. 3 CIG 6382428234. S.A. ASL Caserta; Importo: € 58.968,00.

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 dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture (UVSF).

I fatti

L'Autorità - a seguito di due diversi esposti – richiedeva, con nota del 31.05.2016 n. prot. 86218, alla ASL di Caserta una relazione idonea a chiarire l'attività svolta per l'affidamento dell'appalto in oggetto con particolare riguardo agli aspetti sottoelencati, oggetto degli esposti il primo e di una preliminare valutazione dell'Ufficio il secondo.

Gli approfondimenti hanno riguardato:

1. le verifiche svolte in merito al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, nonché all'acquisizione dell'informativa antimafia di cui al d.lgs. 159/2011 e s.m.i, chiarendo in particolare la correttezza della dichiarazione dell'aggiudicatario Consorzio Atena in relazione al requisito di cui alla lettera f) del 2 comma dell'art. 38 del previgente Codice dei contratti, nonché le valutazioni operate a seguito della comunicazione da parte del Comune di Nola della revoca allo stesso Consorzio Atena di appalto avente medesimo oggetto (cfr. nota comune di Nola del 12.04.2016 prot.n. 890 in risposta alla nota ASL Caserta del 22.03.2016 prot. 84360/prov);
2. le modalità di calcolo del valore complessivo dell'appalto.

La ASL di Caserta con nota acquisita al n. 84308 del 26.05.2016, riferiva in merito alle varie fasi della procedura adottata da cui si evidenziavano criticità essenziali su profili rilevanti; profili su cui l'orientamento dell'Autorità è stato costante.

Pertanto con comunicazione motivata prot. n. 86218 del 31.05.2016, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento di vigilanza, l'Ufficio rappresentava, come sotto riportato, alla stazione appaltante le criticità rilevate in ordine, in particolare, agli aspetti predetti.

1) Le modalità di calcolo del valore complessivo dell'appalto

L'Autorità ha costantemente richiamato le stazioni appaltanti su quanto prescritto dall'art. 29 del d.lgs. 163/2006. Nella delibera n. 40 del 19 dicembre 2013, che si riporta tra tante giacché meglio si attaglia al caso in esame, si chiariva *"Riguardo alla fissazione dell'importo a base d'asta, si osserva che, ai sensi dell'articolo 29 del Codice degli appalti, il calcolo del valore stimato degli appalti e delle concessioni di servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile valutato dalle stazioni appaltanti, al netto dell'IVA, ivi compresa ogni eventuale forma di opzione o rinnovo del contratto. Per le concessioni, in particolare, nella nozione di importo totale pagabile è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Dovrà altresì essere computato nel calcolo il canone a carico del concessionario, ove previsto, e gli altri flussi economici che incidono sul piano economico finanziario (da redigersi anche nelle concessioni di servizi, in base al combinato disposto dell'art. 143, comma 7, e dell'art. 30, comma 7, del Codice)"* e si ribadiva *"per il calcolo del valore della concessione, la stazione appaltante deve considerare la totalità dei ricavi provenienti dalla gestione economica del servizio"* concludendo, in tema, *"l'erronea individuazione dell'importo a base di gara può riflettersi sulle modalità di pubblicità della procedura e sulla quantificazione delle cauzioni in garanzia e del contributo all'Autorità, nonché sulla circostanza che i requisiti richiesti ai concorrenti possono risultare sproporzionati rispetto al valore dichiarato del servizio. A prescindere dagli altri profili, essa può determinare l'assenza di una trasparente e corretta informazione agli operatori economici sui reali valori della concessione che la Stazione appaltante intende affidare a terzi. Difatti, laddove l'importo stimato del contratto non è rappresentativo della piena utilità economica che può derivare all'impresa dalla gestione del servizio, risulta arduo per gli operatori economici apprezzare il carattere remunerativo del servizio sulla base di tale parametro e quindi formulare "un'offerta economica consapevole"*.

Evidenziato come negli atti di gara trasmessi non si è rinvenuto il sopra richiamato piano economico finanziario, è stato sottolineato come nella procedura in esame invece si è posto a base di gara il solo canone che l'affidatario dovrà corrispondere alla stazione appaltante.

Tale canone peraltro non rappresenta compiutamente neanche i flussi verso la stazione appaltante sulla scorta del capitolato tecnico di cui si riportano stralci significativi:

"4.0 CANONE E PRESUNTO VALORE DEL SERVIZIO

Oltre al canone annuo la Cooperativa affidataria del servizio, dovrà corrispondere all'ASL la percentuale del 10% del fatturato annuo derivante dalla gestione complessiva dell'impianto.

5.0 VERSAMENTO DEI PROVENTI ALL'ASL

Il canone annuo fisso, che scaturirà dall'aggiudicazione della gara, per ciascuna struttura ospedaliera, oltre alla percentuale del 10% sul fatturato complessivo per la medesima Struttura di riferimento (DGRC n. 516/2012) dovranno essere versati alla Tesoreria dell'ASL di CASERTA entro il 30 gennaio dell'anno successivo a partire dalla data di effettiva attivazione del servizio, con le modalità di versamento indicate dall'ASL medesima."

2) Sulla affidabilità di concessione di servizi pubblici a cooperative sociali di tipo B

L'Autorità ha recentemente evidenziato (delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 – Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali) quanto segue:

"8.2 Limiti oggettivi degli affidamenti a cooperative sociali:

La deroga di cui all'art. 5, l. 381/1991, è finalizzata a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate ed è prevista solo per gli affidamenti aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari, di importo inferiore alle soglie comunitarie. Conseguentemente, benché lo spettro delle attività che possono essere svolte dalle cooperative

sociali di tipo B sia più ampio, l'oggetto della convenzione non può essere costituito dall'esecuzione di lavori pubblici, né dalla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica⁴⁰. L'utilizzo dello strumento convenzionale è, infatti, ammesso per la sola fornitura di beni e servizi strumentali, cioè svolti in favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa, dovendo escludersi l'interpretazione estensiva della norma poiché la stessa costituisce deroga al principio di concorrenza⁴¹. Ne consegue che non è possibile fare rientrare nel suo campo di applicazione contratti diversi da quelli specificamente indicati dal legislatore⁴²."

Nel caso in esame, non vi è dubbio che oggetto dell'affidamento sia una concessione e che il servizio svolto sia rivolto al pubblico, come il fatto che la procedura di selezione di individuazione dell'affidatario sia stata riservata a sole cooperative riconducibili a quelle di tipo "B".

Lo svolgimento della selezione, peraltro richiesta dal legislatore (la legge 23 dicembre 2014, n. 190 ha disposto con l'art. 1, comma 610, la modifica dell'art. 5 aggiungendo al comma 1 il seguente periodo *"Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza"*) non muta certamente il limite oggettivo sopra riportato.

Vi è inoltre da aggiungere che la mancata definizione dell'importo del contratto, da effettuarsi con le modalità sopra indicate, impedisce la verifica del rispetto del limite posto dal citato articolo 5 che richiede che: *"l'importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici"*.

Con la predetta nota si invitava pertanto la Stazione appaltante *"nell'esercizio del proprio potere discrezionale, a riesaminare la procedura di affidamento di che trattasi, effettuando la ponderazione e comparazione in concreto tra l'interesse pubblico all'eliminazione degli atti non conformi e il diverso interesse alla conservazione degli stessi provvedimenti, comunicando le decisioni assunte, in piena autonomia, anche in autotutela"*.

Con nota agli atti dell'Autorità al n. 103313 del 4.07.2016, la ASL di Caserta ha chiarito quanto segue *"la ratio della normativa speciale in applicazione della quale è stata indetta la gara in oggetto e precisamente la Legge Regione Campania n. 4 del 15.04.2011 che all'art. 1 comma 213 stabiliva: "al fine di individuare possibili ulteriori entrate per il settore sanità e per favorire l'inserimento nel mondo del lavoro di soggetti portatori di handicap, in via sperimentale la Giunta Regionale d'intesa con le aziende sanitarie locali e ospedaliere, individua aree interne alle strutture sanitarie da adibire a parcheggio a pagamento da dare in gestione a cooperative sociali di disabili attraverso procedure di evidenza pubblica"*.

Riferisce poi l'ASL che revocata la precedente gara anche a seguito di un parere di precontenzioso ANAC (parere n. 20 del 25.02.2015) originato dalla esclusione di un concorrente, *"si procedeva alla indicazione di nuova procedura aperta per l'affidamento a cooperative sociali di tipo "B"*.

Il parere citato infatti chiariva che *"il richiamo operato dalla stazione appaltante alla partecipazione delle "cooperative sociali di disabili", secondo l'indicazione fornita dalla suddetta legge regionale, appare impreciso e forviante nella misura in cui prevede l'esistenza tout court di siffatta tipologia di cooperativa"*, ricordava che *"che l'ordinamento individua, secondo quanto stabilito dalla l. n. 381/1991, due tipologie di cooperative: di tipo A e tipo B, riservando proprio a queste ultime attività diverse rispetto a quelle di gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi, quali quelle*

⁴⁰ Cons. St., sez. V, 16.4.2014, n. 1863 ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto del servizio di trasporto urbano e per le zone rurali nel territorio, operato da un comune in favore di una cooperativa sociale di tipo B sulla base di quanto disposto dalla l. 381/1991, in quanto l'affidamento ha ad oggetto una concessione di servizio pubblico. Cons. St., sez. VI, 29.4.2013 n. 2342 ha ritenuto illegittima l'attività di gestione di una manifestazione fieristica su un campo sportivo comunale, in quanto implica la gestione di un bene pubblico e lo svolgimento di un'attività rivolta ai cittadini e non all'amministrazione.

⁴¹ Tar Emilia Romagna, sez. II, 6.7.2015 n. 637 in cui l'affidamento censurato aveva ad oggetto il servizio di raccolta dei rifiuti urbani.

⁴² Cons. St., sez. V, 11.5.2010, n. 2829.

agricole, industriali, commerciali o di servizi, finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate" richiamando infine la determinazione AVCP n. 3 del primo agosto 2012 – Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991 (poi aggiornata dalla delibera 32 del 20 gennaio 2016 sopracitata).

Le linee guida richiamate dal parere, in tema chiarivano come” l'oggetto della convenzione non può essere costituito dall'esecuzione di lavori pubblici né dalla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica (in tal senso, cfr. C.d.S., 6 ottobre 2011, n. 1466; C.d.S., sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829). L'utilizzo dello strumento convenzionale è, quindi, ammesso per la fornitura di beni e servizi strumentali, cioè svolti in favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa.”

Quanto invece ai criteri utilizzati per l'individuazione del valore complessivo della gara, che risulta essenziale per il divieto di limitare la gara alle sole cooperative di tipo “B” quando vengano superate le soglie comunitarie, la stazione appaltante riferisce *“In considerazione del suesposto scopo pratico della norma, ispirata ad esigenze sociali di inserimento nel mondo lavoro del maggior numero possibile di portatori di handicap – con conseguente affievolimento/attenuazione del principio di economicità dell'affidamento del servizio stesso - ben si comprende la scelta di indicare quale valore di gara il corrispettivo certo del "canone per l'uso delle aree interessate nella misura predeterminata dall'Azienda Sanitaria, non già il quantum oggetto della concessione ovvero "la totalità dei ricavi provenienti dalla gestione economica del servizio".*

La nota dell'ASL si conclude *“lo scrivente R.U.P. ritiene che gli atti di gara e l'operato di questa stazione appaltante siano conformi alla richiamata normativa regionale, fatte salve diverse valutazioni e determinazioni di codesta Autorità.”*

Conclusioni

La Stazione appaltante nel dare attuazione alle previsioni dell'art. 1 comma 213 della legge Regione Campania n. 4 del 15.04.2011 ha attivato una procedura non coerente con il quadro normativo di riferimento previsto per l'affidamento di una concessione di servizio pubblico, quale si può qualificare, vigendo il precedente Codice dei contratti pubblici, la manutenzione e la gestione di un parcheggio a pagamento, limitato a cooperative di tipo “B” di cui alla legge n. 381/91.

Premesso che il legislatore regionale con il riferimento, ineludibile nel quadro dei principi comunitari, all'utilizzo di *“procedure di evidenza pubblica”* si riferisce necessariamente alle procedure previste dalla normativa nazionale, la procedura adottata dall'ASL di Caserta evidenzia le seguenti criticità:

- i documenti di gara, per come trasmessi, non contengono un piano economico finanziario, piano necessario sia a garantire una reale sostenibilità del servizio affidato sia a permettere una stima dei ricavi complessivi;
- la mancanza della stima dei ricavi non consente di verificare se l'importo complessivo dell'appalto, calcolato ai sensi dell'art. 29 del previgente Codice degli appalti, sia superiore alle soglie comunitarie, il cui superamento impedirebbe di affidare il servizio con una gara limitata alle suddette cooperative di tipo “B”;
- la base di gara è stata infatti rappresentata esclusivamente dal canone che l'aggiudicatario dovrà corrispondere alla Stazione appaltante, escludendosi da tale computo anche la parte variabile rappresentata dal 10% degli incassi effettivi che al pari del canone dovranno essere versati, per esplicita previsione del capitolato speciale di gara, dall'affidatario del servizio;
- per costante giurisprudenza del Consiglio di Stato gli affidamenti ai sensi dell'art. 5 della predetta legge 381/91 possono avere ad oggetto servizi e forniture strumentali alle Stazioni appaltanti che li effettuano, escludendo la possibilità che con tale procedura si possano affidare servizi rivolti al pubblico o concessioni di servizi pubblici.

Tutto ciò considerato e ritenuto, il Consiglio

DELIBERA

- la procedura di gara per l'affidamento, a cooperative sociali, del servizio di gestione delle aree interne dei PP.OO. di Marcianise, Piedimonte Matese e S. Maria C. Vetere da destinare alla sosta a pagamento bandita dalla ASL di Caserta in attuazione dell'art. 1 comma 213 della legge Regione Campania n. 4 del 15.04.2011 non è conforme alle norme che regolano l'affidamento del servizio in oggetto, per la non corretta stima del valore economico del contratto secondo l'art. 29 del previgente Codice dei contratti pubblici e tenuto altresì conto che gli affidamenti in deroga alle cooperative di tipo "B" possono avere ad oggetto servizi e forniture strumentali alle stazioni appaltanti;
- dà mandato all'Ufficio UVSF di inviare la presente delibera alla Stazione appaltante affinché richieda all'ASL di comunicare entro 30 giorni i provvedimenti adottati;
- dà mandato all'Ufficio UVSF di inviare la presente Delibera alla Regione Campania per gli eventuali profili di competenza.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il Segretario, *Maria Esposito*