



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 216 del 2 marzo 2016

Fascicolo n. 3136/2015

Oggetto: affidamento servizio di tracciamento dei veicoli impiegati dai privati per la movimentazione delle macerie nell'ambito della ricostruzione degli immobili privati dell'Aquila e dei comuni rientranti nel cratere.

S.A: Comune dell'Aquila - Ufficio Speciale per la Ricostruzione della Città dell'Aquila (già Commissario delegato per la ricostruzione - Soggetto Attuatore per la rimozione delle macerie);

O.E.: Automobil Club L'Aquila – ACI Informatica S.p.A.;

Riferimenti normativi: artt. 1, 2, 17, 27 d.lgs. 163/06; artt. 2 e 5 legge 225/92; art. 15, legge 241/90.

Il Consiglio

Visto l'articolo 19, comma 2, del 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;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio di vigilanza servizi e forniture.

Premesse

Con nota acquisita al protocollo dell'Autorità con il n. 7635 del 27.1.2015, l'Automobil Club dell'Aquila (d'ora innanzi per brevità AC L'Aquila) richiedeva un parere in merito alla necessità di generare dei codici identificativi gara (CIG) per i pagamenti da parte dello stesso AC L'Aquila ad ACI Informatica S.p.A., società che materialmente svolge il servizio di tracciamento in oggetto.

Stante alcuni profili di criticità evidenziati nella nota predetta, si è dato avvio d'ufficio ad apposita istruttoria di vigilanza con nota del 23.6.2015.

Tale nota istruttoria è stata riscontrata sia dall'Ufficio Speciale per la Ricostruzione dell'Aquila (USRA) con nota del 3.8.2015, con la quale si rimetteva una breve ricostruzione dei fatti priva di analisi, sia dall'AC L'Aquila con nota del 24.7.2015.

Dalla documentazione versata in atti è emerso che l'AC L'Aquila si è vista affidare, attraverso l'applicazione dell'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme sul procedimento amministrativo), il servizio di tracciamento dei veicoli impiegati per la movimentazione delle macerie derivanti dai lavori di ricostruzione degli edifici privati ricadenti nel cratere dell'Aquila e destinatari di contributo e/o finanziamento statale, dapprima dal "Soggetto Attuatore per la rimozione delle macerie"

(ing. Giuseppe Romano) con convenzione del 18.5.2012 e, successivamente, in data 2.9.2014 con convenzione intervenuta tra l'Ufficio Speciale per la Ricostruzione della Città dell'Aquila, il Comune dell'Aquila e l'AC L'Aquila, che, come dallo stesso AC asserito, si è risolta nella prosecuzione del servizio precedentemente affidato.

Per quanto riguarda le criticità rilevate nella nota di avvio istruttorio, segnatamente, quella relativa all'errata applicazione dell'art. 15 L. n. 241/90, l'AC L'Aquila ha ribadito la liceità dell'affidamento in oggetto, ricostruendo la questione in termini di necessità ed urgenza dettata dalla situazione di emergenza all'indomani del sisma.

Nel merito l'Automobile Club ha evidenziato che lo stesso è un ente pubblico non economico che gestisce il Pubblico Registro Automobilistico (PRA) - banca dati relativa alle informazioni sullo stato giuridico e patrimoniale dei veicoli – ed opera attraverso le società collegate e la struttura federativa costituita dagli Automobile Club provinciali. In particolare l'attività in argomento è riconducibile a quanto previsto dall'art. 4, lettera c) dello Statuto in base al quale l'ACI, per il perseguimento degli scopi istituzionali, nel quadro dell'assetto del territorio collabora con le Autorità e gli organismi competenti all'analisi, allo studio ed alla soluzione dei problemi relativi allo sviluppo ed alla organizzazione della mobilità delle persone e delle merci. L'Automobile Club di L'Aquila ha altresì rappresentato lo strumento attraverso il quale l'ACI, mediante la collegata ACI Informatica, ha potuto concretamente operare sul territorio. Inoltre, di contro, la Protezione Civile, di concerto con le altre Autorità amministrative coinvolte, ha ritenuto di dare impulso alle procedure sopra indicate, in assenza di alternative rapide, sicure ed efficienti per lo smaltimento delle macerie.

Per quanto riguarda il valore economico dell'appalto in oggetto, come evidenziato da AC L'Aquila, lo stesso è rappresentato dai seguenti importi, suddivisi per anno, nonché per costo di “acquisizione” dispositivo ed “erogazione” del servizio di tracciamento:

- 2012 Acquisizione € 99.490,00; erogazione € 115.200,50 (totale € 214.690,50).
- 2013 Acquisizione € 69.820,00; erogazione € 76.110,00 (totale € 145.930,00).
- 2014 Acquisizione € 52.310,00 erogazione € 66.641,17 (totale € 118.951,17).
- 2015 (primo semestre) Acquisizione € 15.520,00; erogazione € 19.985,00 (totale € 35.505).

All'esito dell'istruttoria svolta dall'Ufficio di vigilanza il Consiglio si è espresso nell'adunanza del 21 ottobre 2015, approvando la comunicazione delle risultanze istruttorie ai soggetti interessati.

Con la comunicazione predetta si sono formulati, in particolare, i seguenti rilievi: “[...] *Nel caso di specie, per quanto è possibile desumere dagli elementi rappresentati in atti, appare difficilmente configurabile un accordo di collaborazione ex art. 15 della legge generale sul procedimento amministrativo, con conseguente inapplicabilità delle norme in materia di evidenza pubblica, difettando nel caso di specie la nota essenziale dello svolgimento di un'attività rispondente ad un interesse comune e della gratuità della prestazione. [...] In presenza di presunti flussi finanziari intersorsi tra imprese fruitrici del servizio in oggetto, AC L'Aquila ed ACI Informatica s.p.a., in violazione delle norme di cui all'art. 3 della Legge 13 agosto 2010, n. 136 si ravvisa la necessità di segnalare, ai sensi dell'art. 6 della stessa legge, la vicenda alla Prefettura per gli eventuali seguiti di competenza. [...] le procedure di affidamento esaminate non sono conformi, per gli aspetti evidenziati, alla normativa di riferimento. In presenza di presunti flussi finanziari intersorsi tra imprese fruitrici del servizio in oggetto, AC L'Aquila ed ACI Informatica s.p.a., in violazione delle norme di cui all'art. 3 della Legge 13 agosto 2010, n. 136 si ravvisa la necessità di segnalare, ai sensi dell'art. 6 della stessa legge, la vicenda alla Prefettura per gli eventuali seguiti di competenza.*”

Con nota del 11.11.2015, l'AC Aquila ha replicato alle risultanze istruttorie dell'Autorità, evidenziando quanto segue:

- 1) *“Per quanto concerne il rinnovo della convenzione (intervenuto in data 2 settembre 2014 tra l'Ufficio Speciale per la Ricostruzione della Città di L'Aquila (U.S.R.A.), il Comune di L'Aquila e l'A.C. L'Aquila) si precisa che tale Convenzione è stata la necessaria ed obbligatoria prosecuzione della Convenzione stipulata da l'AC L'Aquila con il Soggetto Attuatore per la rimozione delle macerie, in data 18 maggio 2012, in virtù dell'obbligo imposto normativamente, di tracciamento delle macerie quali rifiuti speciali non pericolosi. Si precisa che tale obbligo per l'ACI scaturisce, inoltre, dal decreto n. 111 del 30 aprile 2012, del Commissario Delegato per la Ricostruzione, Presidente della Regione Abruzzo Giovanni Chiodi, con cui venivano disposte e descritte le modalità di comunicazione delle informazioni relative ai Rifiuti movimentati, di cui all'art. 1 dell'O.P.C.M. n. 3923 del 18 febbraio 2011 e successive modifiche. Nell'allegato 1 del detto Decreto n. 111 sono riportate dettagliatamente tali modalità con riferimento al Sistema di tracciamento sperimentato e realizzato da "ACI". In effetti, come riferito con la nota del 23 luglio u.s., già nei primi giorni successivi al sisma si rese necessario predisporre un sistema di monitoraggio e di controllo dei rifiuti speciali costituiti dalle macerie derivanti dai crolli poiché il sistema nazionale rappresentato dal SISTRI non era disponibile e la richiesta, proposta dagli organi competenti, al Ministero dell'Ambiente di attivazione del SISTRI per gestire i rifiuti speciali derivanti dal terremoto aveva avuto esito negativo. Pertanto, il Soggetto Attuatore, considerata la collaborazione con ACI per altri servizi svolti nell'immediatezza del sisma, stipulò la Convenzione tra AC L'Aquila, Soggetto Attuatore e Comando Vigili del Fuoco in data 6.11.2011. Dunque, solo a seguito di detta sperimentazione e dell'emissione del decreto n. 111 di cui sopra si è giunti alla stipula della convenzione del 18.5.2012 con il Soggetto Attuatore, totalmente trasfusa nella convenzione in corso.[...] E' doveroso sottolineare che, pur condividendo pienamente i principi esposti dall'Autorità con la deliberazione n. 22/11, il caso de quo esula completamente dalle questioni trattate in quel documento poiché nel caso di specie sussistono quelle "specifiche ed eccezionali circostanze" richiamate nella deliberazione. In effetti, si tratta (nel caso di specie) di tracciamento di rifiuti non pericolosi, derivanti da edifici di privati che, normativamente imposto, non può essere sospeso e risulta di fondamentale importanza”;*
- 2) *Per quanto concerne la mancanza dei presupposti dell'accordo ex art. 15 della l. 241/90, ossia interesse pubblico comune agli enti/amministrazioni, divisione di compiti e responsabilità tra enti pubblici/amministrazioni, gratuità del servizio e mancanza di lesione del libero mercato, “[...] l'AC ribadisce che, nel caso che ci occupa è evidente che l'interesse pubblico (comune) è dato dalla ricostruzione della città a seguito del sisma. Interesse senz'altro comune a tutti i cittadini, anche a coloro che non hanno subito il crollo o il danneggiamento della loro abitazione [...] (in merito alla divisione dei compiti) Tale requisito è senz'altro presente nell'accordo in questione (Art. 3) poiché è compito dell'amministrazione comunale e dell'USRA il controllo e la verifica della corretta movimentazione, delle necessarie autorizzazioni delle imprese che svolgono il servizio, del controllo a campione e della immediata denuncia di irregolarità. Inoltre, si evidenzia che tra gli obblighi dell'AC L'Aquila vi è quello della formazione dei dipendenti e funzionari individuati dalle Pubbliche Amministrazioni al corretto utilizzo del programma, con l'impegno di assistenza per tutta la durata della convenzione [...] (relativamente al requisito della gratuità del servizio) Nella Convenzione de qua non vi sono movimenti finanziari tra le due pubbliche amministrazioni che collaborano tra loro in modo totalmente gratuito. Il servizio viene pagato direttamente dalle imprese che acquistano l'OBU [...] (per quanto concerne la mancanza di interferenza con la libera circolazione dei servizi) In effetti, non vi è stata l'offerta da parte di ACI di un prodotto, bensì l'impegno a realizzare e gestire un servizio di monitoraggio e tracciamento in tempi brevi su sollecitazione del Soggetto Attuatore. Non si tratta, dunque, di un servizio già fornito sul mercato da diverse imprese che possano concorrere ad una eventuale gara di appalto”;*
- 3) *Ai fini della tracciabilità delle movimentazioni finanziarie l'AC L'Aquila ha precisato che “per i flussi di denaro sono state rispettate le regole sulla tracciabilità e sono stati regolarmente generati i CIG per tutte le transazioni avvenute. L'istanza dell'AC del 27 novembre 2014 era finalizzata a fugare dubbi sulla necessità*

di generare CIG per il servizio in argomento, considerate le modalità appena descritte di scelta dei contraenti e la natura del rapporto tra l'AC L'Aquila e l'Automobile Club d'Italia e tra quest'ultimo e le proprie società di servizi?

Infine i rappresentanti dell'AC L'Aquila hanno esposto le proprie ragioni al Consiglio dell'Autorità nel corso dell'audizione che si è tenuta in data 10 dicembre 2015, ove hanno ulteriormente ribadito lo stato di necessità ed urgenza che ha mosso il Soggetto Attuatore nel procedere all'affidamento del servizio *de quo* all'AC L'Aquila.

Considerazioni

Alla luce delle deduzioni di cui sopra si confermano, pur tenendo conto delle condizioni “particolari” che hanno indotto il soggetto attuatore a stipulare la prima convenzione, le conclusioni rassegnate nella comunicazione di risultanze istruttorie, in base alle riflessioni che seguono.

L'accordo di cooperazione ex art. 15 l. 241/90, istituito su cui si basa l'affidamento in oggetto, è uno strumento che formalizza il rapporto tra pubbliche amministrazioni le quali disciplinano lo svolgimento, in collaborazione, di attività di interesse comune.

Detto istituto rientra tra le forme di partenariato pubblico-pubblico (PPP), ossia tra quelle relazioni tra pubbliche amministrazioni che conseguentemente, nella misura in cui esse possono essere identificate come prestazioni o scambi di servizi, escludono l'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia CE, sentenza 9 giugno 2009, causa C-480/06) e nazionale (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4832/2013), questa Autorità ha consolidato un proprio orientamento, compiutamente espresso nella Determinazione 21 ottobre 2010, n. 7 e confermato con Parere sulla normativa, 30 luglio 2013, AG 42/13, secondo cui la compatibilità di tali accordi con il diritto dei contratti pubblici deve essere misurata sulla scorta del rispetto delle seguenti condizioni:

- lo scopo dell'accordo deve essere rivolto a realizzare un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che hanno l'obbligo di perseguirlo come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti;
- alla base dell'accordo deve rinvenirsi una reale divisione di compiti e responsabilità;
- i movimenti finanziari tra i soggetti devono configurarsi come mero ristoro delle spese sostenute, dovendosi escludere la sussistenza di un corrispettivo per i servizi resi;
- il ricorso all'accordo non può interferire con la libera circolazione dei servizi, i.e. l'accordo collaborativo non deve prestarsi come elusione delle norme sulla concorrenza in tema di appalti pubblici.

A tal riguardo si rileva che l'attività in oggetto non è contemplata nello statuto dell'ACI tra le funzioni a strettamente pubblicistiche¹, in quanto la “fornitura di dispositivo elettronico per monitoraggio dei veicoli deputati al trasporto macerie, la fornitura software e gestione dati e la formazione del personale” rientrano nell'ampio concetto delle attività istituzionali di cui all'art. 4 dello statuto, che l'ACI può

¹ L'articolo 5: “L'A.C.I. gestisce con la propria organizzazione e con separata evidenza nel proprio bilancio: a) il Pubblico Registro Automobilistico (P.R.A.) istituito presso l'A.C.I. con decreto 15 marzo 1927 n. 436, convertito in legge 19 febbraio 1928, n. 510; b) i servizi in materia di tasse automobilistiche affidati all'A.C.I. dalle Regioni e dalle Province Autonome; c) tutti gli altri servizi che potranno essere delegati o affidati all'A.C.I. dallo Stato, dalle Regioni o da altri Enti Pubblici. Per lo svolgimento dei servizi di cui alle lettere b) e c), l'A.C.I. si avvale degli Uffici degli A.C.”

svolgere nell'ambito dell'autonomia statutaria, ma nel rispetto delle regole di mercato e di tutela della concorrenza poste dalle norme nazionali (cfr. Corte dei Conti, sez. Controllo sugli Enti, adunanza del 20 gennaio 2012, Determinazione n. 2/2012; Delibera A.N.AC. n. 11 del 20 febbraio 2013 in tema di applicazione del d.lgs. n. 150/2009 all'Automobile Club Italia e agli Automobile Club Provinciali).

Inoltre, non si può aderire alla tesi dell'AC L'Aquila che "l'interesse comune", di cui all'istituto in parola, si ritrova e configura nell'interesse "diffuso" di tutti i cittadini, colpiti o meno dal sisma, a voler ricostruire la città dell'Aquila.

L'interesse comune sotteso all'istituto della collaborazione ex art. 15 L. 241/90, è un interesse "qualificato" e consta nell'interesse pubblico comune agli enti coinvolti che hanno l'obbligo di perseguirlo, come funzione preminente, alla luce delle finalità istituzionali che li connotano (cfr. Determinazione 21 ottobre 2010, n. 7 e Parere sulla normativa, 30 luglio 2013, AG 42/13).

Lo stesso dicasi in merito alla reale divisione di compiti e responsabilità, che devono essere connaturate alla funzione pubblica che gli enti cooperanti svolgono. Viceversa, nel caso di specie la prestazione formativa fornita da AC al personale dell'Ente pubblico, richiamata dalla stessa AC L'Aquila per giustificare la divisione di compiti e responsabilità, è sinallagmatica all'affidamento e non correlata alla funzione prevalente dell'Ente in quanto tale.

Per quanto concerne l'altro presupposto fondante l'istituto della cooperazione tra pubbliche amministrazioni, ossia che i movimenti finanziari tra i soggetti devono configurarsi come mero ristoro delle spese sostenute, dovendosi escludere la sussistenza di un corrispettivo per i servizi resi.

La presunta gratuità del servizio dedotta da AC L'Aquila è opinabile, considerato che la "corresponsione" nel caso di specie è posta a carico degli utenti terzi, come nelle concessioni di servizi, e, ai sensi dell'art. 29 del Codice, il valore posto a base di gara comprende l'insieme delle entrate che affluiscono all'aggiudicatario per effetto dell'affidamento (sul punto cfr. ANAC Deliberazione del 25.2.2010, n. 9).

Inoltre il qualificato "*rimborso dei costi*" individuato da AC L'Aquila in via preventiva *a forfait*, peraltro assoggettato all'Imposta sul Valore Aggiunto (IVA), avvalorata l'assunto che tale cooperazione contempli una remunerazione del servizio reso.

Vieppiù che come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione «a titolo oneroso» di cui all'art. 3, comma 6, del d.lgs. 163/06, un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto (cfr. CGE sentenza 19.12.2012 nella causa C-159/11).

Infine sulla mancanza di interferenza con la libera circolazione dei servizi, l'AC L'Aquila rappresenta che "*Non si tratta [...] di un servizio già fornito sul mercato da diverse imprese che possano concorrere ad una eventuale gara di appalto*". Tale asserzione risulta essere destituita di fondamento se solo si evidenzia che l'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali con Provvedimento del 4 ottobre 2011, pubblicato il 17 novembre successivo, col quale affrontava la tematica del trattamento delle informazioni relative all'ubicazione dei veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro, dava atto nelle premesse del crescente fenomeno di diffusione di sistemi in grado di rilevare la posizione dei veicoli aziendali pubblici e privati (cfr. provvedimento n. 370 del 4 ottobre 2011).

Relativamente alla situazione di urgenza e necessità che ha indotto il Soggetto Attuatore per la rimozione delle macerie a conferire l'incarico ad AC L'Aquila, pur riconoscendo la situazione di eccezionalità in cui lo stesso Soggetto Attuatore ha operato - alla luce anche della mancanza del supporto a ciò istituzionalmente deputato, ossia il sistema SISTRI - non si può non rilevare che la

prestazione in esame coincide con i servizi di cui alla categoria 7 dell'Allegato IIA, ovvero, a tutto concedere, ai servizi di cui alla categoria 20 dell'Allegato IIB al D.lgs. 163/06, ossia servizi assoggettati ad un confronto concorrenziale, seppur minimo.

A tal fine si evidenzia che anche nel quadro normativo vigente alla data del primo affidamento si contemplava il ricorso a procedure concorrenziali; infatti l'OPCM 3923 del 18 febbraio 2011, con la quale si disponeva in merito alla rimozione e smaltimento delle macerie, autorizzava, peraltro limitatamente al reperimento dei mezzi di trasporto, il ricorso alla procedura negoziata senza bando di cui all'art. 57 (comma 6) del d.lgs. 163/06.

In merito al tracciamento dei flussi finanziari si prende atto della dichiarazione dell'AC L'Aquila con la quale, a dispetto della richiesta di parere avanzata, ha precisato che *“per i flussi di denaro sono state rispettate le regole sulla tracciabilità e sono stati regolarmente generati i CIG per tutte le transazioni avvenute”*.

Tutto ciò considerato e ritenuto il Consiglio, nell'adunanza del 2 marzo 2016:

delibera

- Nel caso di specie, pur riconoscendo la situazione di eccezionalità in cui lo stesso Soggetto Attuatore ha operato – derivante anche dal mancato funzionamento del sistema SISTRI -, non si configura un accordo di collaborazione ex art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, con conseguente inapplicabilità delle norme in materia di evidenza pubblica, difettando nel caso di specie la nota essenziale dello svolgimento di un'attività rispondente ad un interesse comune degli Enti coinvolti, della gratuità della prestazione e dell'assenza di lesione della concorrenza.
- Alla luce del quadro normativo vigente l'affidamento del servizio in oggetto non era, e non è, sottratto alla normativa di cui al Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.
- Si invita l'Ufficio Speciale per la Ricostruzione della Città dell'Aquila e il Comune dell'Aquila a procedere, nel prosieguo della ricostruzione, all'affidamento del servizio in oggetto mediante gara, tenendo in debito conto, nella stima del valore economico da porre a base d'asta, anche l'entità delle opzioni e dei rinnovi contrattuali.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 marzo 2016

Il Segretario, Maria Esposito