



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n.556 del 13 giugno 2018

Fascicolo n. 1908/2017

Oggetto: AORN Ospedale dei Colli Monaldi-Cotugno - CTO di Napoli – Affidamento servizi assicurativi RCT/RCO.

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

Considerato in fatto

A seguito di un esposto inviato in data 2.11.2017, prot. ANAC n° 123279, questa Autorità ha formulato atto di avvio del procedimento prot. n° 135699 del 14.12.2017 sulla base dei rilievi emersi che di seguito si riportano:

- la difesa legale relativa ai contenziosi sorti nelle controversie assicurative del contratto RCT/RCO viene attribuita a legali scelti da impresa non contraente del contratto iniziale, denominata AM TRUST Claims Management s.r.l.;
- gli atti di individuazione del legale vengono accettati dall’azienda ospedaliera attraverso specifico provvedimento di presa d’atto adottato nella forma della deliberazione del direttore generale, rispetto all’individuazione effettuata da soggetto diverso dell’aggiudicatario del contratto;

- ipotetico utilizzo improprio dei dati sensibili da parte dell'azienda AM TRUST Claims Management s.r.l..

In data 12.1.2018, prot. ANAC n° 3367, perveniva all'Autorità la nota di riscontro dell'Azienda Ospedaliera Dei Colli.

L'Autorità, al termine dell'istruttoria, comunicava le proprie risultanze alla S.A. con nota prot. n° 20195 del 5.3.2018.

La Stazione appaltante, in risposta alle risultanze istruttorie, ha trasmesso la nota di controdeduzioni acquisita al prot. ANAC n° 30063 del 6.4.2018.

Considerato in diritto

Dall'esame degli atti pervenuti l'Azienda Ospedaliera dei Colli Monaldi – Cotugno - CTO risultava aver stipulato il 30.01.2014 con la società AM TRUST Europe Limited un contratto di RCT/RCO (Responsabilità Civile verso Terzi e Responsabilità Civile Operai). Tale contratto, all'art. 12, prevede quanto segue: *“Gli assicuratori assumono fino a quando ne hanno interesse la gestione delle vertenze, tanto in sede giudiziale che stragiudiziale, sia civile che penale, a nome dell'Assicurato, designando ove occorra legali o tecnici e avvalendosi di tutti i diritti e azioni spettanti all'Assicurato... gli assicuratori non riconoscono spese sostenute dal Contraente o dall'Assicurato per legali e tecnici che non siano da essi designati.”*

L'assicuratore, nel contratto in questione, risulta essere la AM TRUST Europe Limited.

Dalla lettura delle delibere dell'Azienda sanitaria, fornite dall'esponente, e in particolare dall'analisi dell'oggetto delle stesse, la designazione del legale di cui al predetto art. 12, risulta operata da altra azienda denominata AM TRUST Claims Management s.r.l.; in tali delibere si dà atto, altresì, che il contratto è sottoscritto con detta società.

Inoltre, risulta in atti, anche un atto di cessione aziendale tra la società AM TRUST Claims Management s.r.l. (cedente) e AM TRUST Europe Limited (cessionaria).

L'Autorità quindi, sulla scorta degli atti ricevuti e da una verifica del sito Amministrazione Trasparente dell'Azienda, ha rilevato nell'atto di avvio quanto segue:

- secondo quanto disposto dal citato articolo 12 del contratto in esame la copertura delle spese sostenute per assistere all'azione promossa contro l'Assicurato è a carico degli *“Assicuratori fino a concorrenza di un importo pari al quarto del limite o sotto-limite di indennizzo stabilito in polizza per il danno a cui si riferisce la richiesta di risarcimento”*;
- che dal sito Amministrazione Trasparente dell'Azienda risulta aggiudicata una nuova gara per i servizi assicurativi (deliberazione n° 310 del 10.4.2015) relativa a sei tipologie di rischi corrispondenti ciascuno ad un lotto: *(RCT/RCO, tutela legale, infortuni donatori*

volontari od occasionali; Kasco/dipendenti in missione; incendio; Kasco/infortuni dipendenti in missione);

- il Lotto 1 corrispondente al rischio RCT/RCO, sempre dalla lettura della determinazione di aggiudicazione definitiva (n° 310/2015), risulta affidato ancora alla AM TRUST Europe Limited.
- anche nella procedura aggiudicata nel 2015 si prevede una clausola contrattuale simile a quella del precedente contratto, contenuta, per il lotto del rischio assicurativo RCT/RCO, nell'art. 17 del Capitolato tecnico;
- anche a seguito di quest'ultimo contratto la stazione appaltante continua a formulare delibere di presa d'atto per la nomina dei legali la cui individuazione risulta attribuita alla AM TRUST Claims Management s.r.l..

Atteso quanto sopra rilevato e tenuto conto di quanto indicato nell'esposto, l'Autorità con l'avvio del procedimento chiedeva:

1. una relazione dettagliata sulla problematica indicata;
2. un elenco delle deliberazioni di presa d'atto della nomina del legale designato dall'impresa assicuratrice dal 1.1.2014 ad oggi, avendo cura di specificare:
 - il legale nominato;
 - la società assicuratrice che ne ha designato la nomina;
 - le somme liquidate dalla società assicuratrice ai singoli legali nominati;
 - le somme liquidate dalla stazione appaltante ai singoli legali nominati.
3. di conoscere a che titolo venivano fornite alla AM TRUST Claims Management s.r.l. informazioni riguardanti i dati sensibili dei soggetti coinvolti nei procedimenti e quale era, eventualmente, il processo di tutela posto in essere al riguardo dalla stazione appaltante.

L'Azienda Ospedaliera dei Colli riscontrava l'avvio nel modo seguente:

1. nota prot. n° 3367 del 12.01.2018 a firma del Direttore della Privacy, Trasparenza e Integrità e RPCT a cui risultano allegati :
 - relazione del dirigente del Servizio Affari legali n° 1045_2018;
 - Riscontro impresa AM Trust Europe Limited;
2. nota prot. n° 11870 del 07.02.2018 riguardante il procedimento interno posto in essere in merito alla vicenda in esame.

Non risultano, tuttavia, trasmessi i dati relativi alle somme liquidate dalla società assicuratrice ai singoli legali nominati.

Secondo quanto relazionato dalla stazione appaltante ed in particolare dal settore legale:

- non risulta alcun atto di cessione del ramo d'azienda tra AM TRUST Claims Management s.r.l. e AM TRUST Europe Limited;
- l'indicazione del legale è sempre pervenuta dalla società AM TRUST Europe Limited "veicolata per il tramite della società AM TRUST Claims Management s.r.l.".

Valutazioni

Preliminarmente si ritiene necessario rilevare che risulta in atti di questa Autorità, contrariamente a quanto indicato dal legale della stazione appaltante, un atto di cessione d'azienda del 30.12.2015 registrato nel certificato camerale della società AM TRUST Europe Limited, con cui questa azienda (qualificata cessionario) acquisisce la società AM TRUST Claims Management s.r.l (qualificata cedente). Tra l'altro, tale dato, risulta implicitamente confermato anche dalla stessa impresa assicuratrice aggiudicataria del contratto che afferma, nella propria nota di riscontro, che la società AM TRUST Claims Management s.r.l, già di proprietà della AM TRUST Europe Limited, ha trasferito interamente a quest'ultima le proprie attività e passività. Tale dato è facilmente riscontrabile anche tramite una semplice ricerca sul web.

In ogni caso si ritiene doveroso segnalare che, anche in data precedente alla cessione delle attività e passività, il ruolo svolto dalla società AM TRUST Claims Management s.r.l nell'appalto in questione non risulta formalmente chiarito. In nessuno degli atti presentati dalla stazione appaltante risulta individuato l'istituto giuridico/titolo attraverso il quale detta società era chiamata ad operare all'interno di un contratto non sottoscritto dalla stessa. La spiegazione che è stata data dal legale della stazione appaltante e dall'impresa assicuratrice è identica: "supporto gestionale e amministrativo nella gestione dei sinistri". Tuttavia, l'introduzione di altro operatore economico in un contratto d'appalto deve avvenire, inderogabilmente, secondo le regole e gli istituti ben definiti dal codice. Pertanto, se l'aggiudicatario intendeva affidare l'esecuzione del contratto ad altra impresa, doveva utilizzare gli strumenti all'uopo indicati dal codice dichiarandolo già in sede di gara, con eventuale specifica verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante. Ne consegue, che le modalità di esecuzione del contratto di RCT/RCO risultano contrastare con le norme del codice. Non solo, si ritiene doveroso rilevare che la confusione dei ruoli nel soggetto esecutore del contratto emerge con chiarezza anche nel report sull'attività del precedente contratto, pubblicato insieme agli atti di gara per la procedura aggiudicata nel 2015, con intestazione della società AM TRUST Claims Management s.r.l. non titolare dello stesso contratto.

Anche successivamente alla nuova aggiudicazione, avvenuta con atto definitivo n° 310 del 10.4.2015, risulta ancora attuata la stessa modalità di gestione che permane inalterata fino al 31.12.2015.

In ordine all'ultima gara (dicembre 2014 - primi mesi 2015) va, peraltro, osservato che la stessa risulta divisa in sei lotti corrispondenti a sei rischi diversi (*RCT/RCO, tutela legale, infortuni donatori volontari od occasionali; Kasko/dipendenti in missione; incendio; Kasko/infortuni dipendenti in missione*). L'importo complessivo dell'affidamento risulta pari a €. 11.826.000,00, di cui solo 11.000.000,00 per il 1° lotto RCT/RCO per il quale si mantiene nel capitolato l'art. 17 denominato "*Gestione delle vertenze di danno - Spese legali e peritali,*", in cui si conferma che l'individuazione del legale è comunicato dall'impresa assicuratrice al contraente assicurato.

Per di più, risulta di difficile comprensione la relazione sussistente tra la tutela legale prevista nell'articolo appena citato e il lotto 2 denominato "Tutela Legale", aggiudicato all'impresa Roland, dove nell'oggetto del contratto si legge: *"la compagnia assicurativa, alle condizioni indicate in polizza, deve garantire al contraente la possibilità di salvaguardare i propri diritti tutelati dalla legge assumendo le spese necessarie per tale difesa (tutela legale)"*, non risultando, tra l'altro, nell'articolo "esclusione", previsto nel CSA di detto lotto, specifico riferimento al rischio RCT/RCO.

Rispetto a questo lotto (n° 2 Tutela legale) appare alquanto anomalo il valore annuale del premio indicato nella deliberazione di aggiudicazione definitiva (n° 310 del 10.04.2015) pari a €. 249.500,00 che corrisponde, circa, al massimale di copertura stabilito in polizza pari a €. 250.000,00. Ne consegue che, nella sostanza, potrebbe verificarsi l'ipotesi, emblematica, che le spese legali pagate dall'impresa assicuratrice siano di molto inferiori a quanto versato dalla stazione appaltante a titolo di premio o, paradossalmente, che una volta raggiunto un importo di risarcimenti pari a € 250.000, appena € 500 in più al premio di polizza di € 249.500, eventuali ulteriori risarcimenti resterebbero a carico dell'Azienda. Si legge infatti nell'art. 3 del CSA che *"la compagnia assume a proprio carico, sino al massimale previsto in polizza i costi necessari per la tutela giudiziale e stragiudiziale dei diritti dell'assicurato"* e contestualmente il massimale viene indicato, nello stesso capitolato, in €. 50.000,00 per sinistro ed in €. 250.000,00 per anno. A tale riguardo l'Azienda ha replicato indicando che, tale copertura massima in polizza, era stata erroneamente indicata per mero errore materiale in €. 250.000,00 ma che, in effetti, era da quantificarsi in €. 750.000,00.

Tale precisazione, tuttavia, non giustifica il fatto che a tale indicato errore di trascrizione della copertura assicurativa non sia stato posto rimedio tempestivamente, anche tramite l'apposizione di apposita postilla sottoscritta dalle parti contraenti.

La modalità di gestione delle attività di tutela legale, così complessivamente descritta, oltre ai rilievi formulati presenta ulteriori elementi di criticità operativa che di seguito si evidenziano.

L'individuazione del legale avviene ad opera dell'impresa assicuratrice, pur essendo tale funzione incardinata all'interno dell'organizzazione della struttura ospedaliera, dotata di una propria avvocatura interna il cui ruolo è proprio quello della difesa dell'Ente. Ne consegue che, quanto meno, l'individuazione del legale che rappresenta l'ente in giudizio fosse effettuata da parte della stazione appaltante medesima, con il rispetto dei principi individuati nell'art. 4 del d. lgs. 50/2016: *"economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica"*. Parte di tali principi risultano affermati, da alcuni atti dell'Autorità, anche in vigenza del d. lgs. 163/2006. In specie si richiamano i contenuti delle deliberazioni n° 1158 del 09.11.2016 e deliberazione n° 698 del 28.06.2017, dove si afferma: *"Se è vero, infatti, che, prima dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. n. 50/2016, la natura giuridica dell'incarico di patrocinio legale era controversa, essendo esso ricondotto, per alcuni, nell'ambito dei contratti di lavoro autonomo, stante la sua configurabilità in termini di contratto d'opera intellettuale (incarico di patrocinio legale conferito singolarmente),"*

come tale sottratto alla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11.5.2012, n. 2730) e, per altri, quale appalto di servizi, perché rientrante nella categoria dei “servizi legali” di cui all’allegato II B al codice dei contratti pubblici (attività di assistenza e consulenza giuridica caratterizzata dalla presenza di una specifica organizzazione), resta da rilevare come in entrambe le ipotesi tali incarichi non potevano (e non possono tutt’oggi) essere conferiti in totale assenza di procedure comparative e/o senza congrua e pertinente motivazione da esternare di volta in volta nell’atto di affidamento”.

Dall’analisi delle deliberazioni di presa d’atto, formulate dalla stazione appaltante, risulta invece quanto segue:

- a) gli incarichi autorizzati dalla stazione appaltante con la presa d’atto sono molto numerosi;
- b) con tali atti si autorizzano i legali individuati da un terzo a rappresentare la stazione appaltante in giudizio in dispregio dei principi sopra enunciati;
- c) i nominativi dei legali si ripetono costantemente.

Non risulta sostenibile, inoltre, quanto affermato nella relazione dal legale dell’Ente, ovvero che le delibere dell’azienda ospedaliera consistano esclusivamente in una presa d’atto della nomina “*senza nessun onere economico-finanziario nelle casse aziendali*”, in quanto la stazione appaltante per il servizio RCT/RCO paga un premio oltremodo oneroso (€ 5.500.000,00 annui).

Merita specifica segnalazione la vicenda del lotto 2 della tutela legale (aggiudicazione 2015), sia per i rilievi sopra evidenziati (coincidenza nel contratto tra premio e massimale) sia per le modalità con cui anche in tal caso viene nominato il legale. Il capitolato prevede infatti che l’assicurato (azienda ospedaliera) possa comunicare alla compagnia il nominativo di un avvocato cui affidare la tutela dei propri interessi, ma tale atto, solo eventuale, comporta tra l’altro che l’assicurazione, qualora la scelta ricada su un avvocato non domiciliatario, non procederà al versamento dei seguenti oneri: spese per i viaggi, spese per presenze in Tribunale, spese per domiciliazione, spese dovute alla duplicazione di atti. E’ evidente quindi che la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta risulti fortemente limitata.

Non da ultimo, si rileva che con l’atto deliberativo n° 472 del 3.5.2017, si proroga il contratto per giorni 120 (dal 1.5.2017 al 31.8.2017), indicando che tale termine era già presente negli atti di gara originari (art. 1 CSA) e, contestualmente, si dà atto che il contratto si sarebbe prorogato “per tutto il tempo necessario alla conclusione della procedura di gara durante l’anno 2017”. In ordine all’atto di proroga, va evidenziato che dall’esame del suddetto articolo 1 del CSA risulta quanto segue: “*E’ facoltà del contraente, entro la naturale scadenza, richiedere alla società la proroga della presente assicurazione, fino al completo espletamento delle procedure di aggiudicazione della nuova assicurazione e comunque per un periodo massimo di 120 giorni*”.

E’ evidente che con l’atto in questione si è realizzata una proroga tecnica i cui presupposti giuridici prevedono la previa approvazione di nuovi atti di gara, come tra l’altro chiaramente indicato nella clausola medesima. Infatti la proroga, per l’ordinamento, già prima

dell'introduzione del nuovo Codice dei Contratti (d.lgs. 50/2016), trova la propria ragione d'essere nel requisito dell'eccezionalità, potendosi ricorrere a una proroga del rapporto in essere *“nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente”* (cfr. C.d.S. Sez. V 11/5/2009, n. 2882).

Anche l'Autorità si è espressa nel senso che la proroga costituisce un rimedio eccezionale, teso ad assicurare la prosecuzione del servizio senza soluzione di continuità, nelle more della stipula del nuovo contratto (cfr. Deliberazione n. 36 del 10.9.2008, Deliberazione n. 86/2011), con gara che, peraltro, dovrebbe essere già stata avviata al momento dell'adozione della proroga stessa. (Parere Anac AG n° 33/13).

Il legislatore in tema di proroga ha inoltre disposto chiaramente con l'art. 23 della l. 62/2005 che *“2. I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi...”*.

L'atto deliberativo n° 472 del 3.5.2017 sopra citato non risulta conforme a tali presupposti in quanto, tra l'altro, viene posto in essere senza la preventiva approvazione degli atti di una nuova procedura di affidamento. Ciò denota un'evidente carenza programmatica della stazione appaltante imputabile alla stessa. Non può ritenersi conforme ai presupposti giuridici sopra citati nemmeno la proroga, verificata attraverso la sezione amministrazione trasparente della stessa Azienda Ospedaliera, formulata con la determinazione dirigenziale n° 19 del 09.01.2018 avente ad oggetto: *“Servizi assicurativi relativi ai rischi: RCT/RCO, tutela legale, infortuni donatori volontari od occasionali; Kasko/dipendenti in missione; incendio; Kasko/infortuni dipendenti in missione. Differimento finale del contratto”*, che proroga l'affidamento al 30.6.2018. Tale atto, infatti, pur riferendo nella determinazione che i presupposti sono imputabili ad esigenze di chiarimenti istruttori richiesti da SO.RE.SA (centrale di committenza regionale) in ordine all'affidamento della nuova gara, evidenzia, chiaramente, che il procedimento per il nuovo affidamento risulta avviato con estremo ritardo (fine novembre 2017), ciò a conferma di quanto sopra rilevato.

Si prende atto, inoltre, di quanto relazionato dal Direttore della UOC Privacy – Trasparenza e Integrità sull'attività posta in essere in relazione agli ulteriori rilievi effettuati dall'esponente, non di stretta competenza di questa Autorità ma di grande rilevanza in quanto relativi alla tutela della salute dei cittadini e alla tutela di dati sensibili, nonché da quanto affermato dallo stesso in ordine all'opportunità di proporre una misura organizzativa in termini di *“rotazione di affidamento delle attività assicurative e di eventuale revisione delle procedure istruttorie”*. A tale riguardo, si chiede di esplicitare più chiaramente le azioni che l'Azienda Ospedaliera dei Colli Monaldi-Cotugno-CTO di Napoli intenderà porre in essere, anche in considerazione dei rilievi formulati da questa Autorità.

Tutto ciò considerato e ritenuto, il Consiglio

DELIBERA

- di ritenere confermate le criticità contestate all'AORN dei Colli con la comunicazione di risultanze istruttorie e, in specie, rileva quanto segue:
 - l'introduzione di altro operatore economico nell'esecuzione di un contratto di appalto in difformità delle regole ed istituti definiti dal codice dei contratti, tra cui la verifica del possesso dei requisiti dell'operatore economico da parte della stazione appaltante;
 - relativamente al lotto n° 2 – Tutela legale inerente la gara aggiudicata nel 2015, l'anomalia derivante dall'aver indicato il valore annuale del premio (€ 249.500) pressoché coincidente con il massimale di copertura previsto in polizza (€ 250.000), determinata da un errore di trascrizione a cui non è stato posto rimedio tramite apposizione nel contratto di postilla sottoscritta dalle parti contraenti;
 - la carente attività di programmazione con la conseguente necessità di ricorrere all'istituto della proroga tecnica come citato nelle deliberazioni Anac e giurisprudenza amministrativa richiamate in precedenza;
 - la violazione del principio di rotazione degli affidamenti, in contrasto con quanto previsto dall' art.125, co. 9, del d.lgs.163/2006, e dall'art. 36, co. 1, del nuovo codice dei contratti, d.lgs. 50/2016.
- dà mandato all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture di trasmettere la presente Delibera alla Azienda Ospedaliera dei Colli Monaldi-Cotugno-CTO di Napoli, nonché alla Regione Campania, che esercita funzioni di vigilanza nei confronti dell'Azienda e delle altre strutture che operano nell'ambito della centralizzazione regionale degli appalti;
- dà mandato di inviare la presente delibera alla Procura della Corte dei Conti della Campania, per gli eventuali profili di competenza, ai sensi dell'art. 213 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 giugno 2018
Il Segretario Maria Esposito