



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 382 del 11 aprile 2018**

**Fascicolo UVSF n. 3624/2017**

**Oggetto:** Affidamento servizio di Assistenza Domiciliare Integrata presso l'ASL di Brindisi tramite progetto Sperimentale gestionale in Partenariato Pubblico Privato. Durata appalto anni 6 (più 3 di eventuale rinnovo). Valore appalto IVA escl. €. 36.210.311,00. CIG 5865498A10.

### **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

Premesso che in data 10.5.2017, acquisito al prot. Anac n. 65772, è pervenuto un esposto da parte di uno studio legale con il quale veniva segnalato un presunto profilo di irregolarità riguardante una violazione, da parte della Società aggiudicataria "Coop. Soc. Onlus San Bernardo", dell'art. 5.7.1 del Capitolato Tecnico di Gara, in cui viene prescritto che i professionisti del settore medico prestanti attività di Assistenza Domiciliare Integrata (ADI) per la Società in partecipazione con la ASL Brindisi siano impiegati "*con contratto di lavoro subordinato alle dirette dipendenze del Partner privato*".

In data 12.9.2017, prot.ANAC 106582, l'Autorità inviava alla S.A. ASL Brindisi comunicazione di avvio del procedimento istruttorio.

In data 28.9.2017, prot. ANAC 111948, giungeva all'Autorità la risposta da parte dell'ASL Brindisi con allegati alcuni documenti, tra cui una memoria difensiva che non poteva essere letta per motivi tecnici relativi al formato informatico di detto documento non compatibile con gli strumenti di lettura dell'Autorità. Di conseguenza, in data 4.10.2017, con prot. ANAC 114010, veniva inviata all'ASL Brindisi una richiesta di integrazione documentale. In data 5.10.2017, prot. ANAC 114544, giungeva all'Autorità il documento richiesto.

In data 22.12.2017, prot. ANAC 138845, l'Autorità inviava alla S.A. ASL Brindisi la comunicazione delle risultanze istruttorie a cui, peraltro, la stessa S.A. risulta non avere inviato alcuna ulteriore nota o documento a risposta.

### Attività istruttoria

Il procedimento in oggetto nasce da un esposto con il quale veniva segnalato un presunto profilo di irregolarità riguardante una violazione dell'art. 5.7.1 del Capitolato Tecnico di Gara da parte della Società aggiudicataria "Coop. Soc. Onlus San Bernardo". Infatti l'art. 5.7.1. sembra prescrivere che i professionisti del settore medico prestanti attività di Assistenza Domiciliare Integrata (ADI) per la Società in partecipazione con la ASL Brindisi siano impiegati "*con contratto di lavoro subordinato alle dirette dipendenze del Partner privato*".

La S.A. ASL Brindisi nelle proprie memorie ha, al contrario, sostenuto che la prescrizione del capitolato tecnico dovesse essere interpretata, diversamente, in tal guisa "*tale personale deve essere impiegato a tempo pieno per 36 ore settimanali (nulla specificando sulla tipologia del contratto di lavoro ndr) da ripartire comunque tra il personale della gestione precedente con (leggi "che abbia" ndr) contratti di lavoro subordinato alle dirette dipendenze del Partner privato*".

Tale interpretazione da parte della S.A. consentirebbe l'utilizzo da parte del partner privato R.T.I., composto dalla Società Cooperativa Sociale "Occupazione e Solidarietà" di Bari, dalla Società Cooperativa Sociale "Sirio" di Bari, dalla "THCS Telemedicine for Health Care Solutions S.r.l." di Brindisi e dalla mandataria capogruppo "Coop. Soc. Onlus San Bernardo a r.l." di Latiano (BR), del personale sanitario precedentemente contrattualizzato con vincolo di subordinazione, anche a "part time", con contratti di prestazione di servizi libero professionali, senza che tale utilizzo possa comportare un inadempimento contrattuale da parte del sopra citato partner privato.

Tuttavia, una attenta lettura dell'art. 5.7.1. "*tale personale deve essere impiegato a tempo pieno per 36 ore settimanali da ripartire comunque tra il personale della gestione precedente con contratti di lavoro subordinato alle dirette dipendenze del Partner privato*", così come contenuto nel capitolato tecnico di gara, non consente dubbi interpretativi essendo formulato in maniera tale da cui si evince letteralmente "il personale impiegato dal precedente gestore deve essere utilizzato dal nuovo partner con contratti di lavoro subordinato". Non appare, pertanto, esserci altra possibilità interpretativa in merito, se non con l'aggiunta, a modifica dell'articolo in questione, delle parole non contenute nell'atto ufficiale di gara, inserite in maniera del tutto autonoma dalla stessa S.A. ASL Brindisi nella sue controdeduzioni all'avvio dell'istruttoria che, solo con tale particolare aggiunta, postula una altra differente ipotesi interpretativa.

A maggior supporto di quanto sopra evidenziato, dall'analisi dell'art. 4 "Risorse Umane e Servizi", comma 1, del Contratto stipulato in data 18 ottobre 2016 tra la stessa ASL (partner pubblico Associato) e la mandataria del R.T.I. "Coop. Soc. Onlus San Bernardo" (partner privato

Associante) si evince che *“Per assicurare le prestazioni di ADI, l’Associante si avvale del proprio personale (quindi dipendente) e/o di quello assunto per le attività (“assunto” perciò con contratto di lavoro a titolo subordinato), come da progetto tecnico offerto in gara, impiegandolo sotto la sua esclusiva responsabilità e fornendo sistematicamente, con cadenza trimestrale, la lista nominativa di detto personale all’Associato”*. Inoltre, al comma 2 dell’art. 4 si legge *“L’Associante si obbliga all’utilizzo del personale (“personale” definizione che comprende i soli lavoratori dipendenti) della precedente impresa affidataria del servizio ADI per tutto il periodo di svolgimento dello stesso”*. Per di più, al comma 3 dell’art. 4, troviamo *“Il personale sarà impiegato a tempo pieno per 36 ore settimanali. Tuttavia, al solo fine di salvaguardare i livelli occupazionali, è consentita la presenza di lavoratori part time, limitatamente al personale riveniente dal gestore precedente che alla data del 31.7.2014 (data di indizione gara), aveva un contratto di lavoro subordinato alle sue dirette dipendenze (quindi si ripete il concetto di continuità nel vincolo di lavoro subordinato anche per ipotesi “part time”)”*. Infine, al comma 6 dell’art.4, viene evidenziato *“In presenza di maggiore fabbisogno di personale, eventualmente anche riconducibile ad un incremento dei livelli qualitativi e/o quantitativi delle prestazioni da rendere, al fine di salvaguardare i livelli occupazionali del personale assorbito (termine che pare escludere l’ipotesi di collaborazioni esterne), l’Associante garantirà ai lavoratori eventualmente assunti in regime di part time ed assorbiti dal precedente gestore (sempre di lavoro subordinato si parla) il diritto di precedenza (da prevedersi appositamente nei singoli contratti individuali) nel passaggio da part-time a full-time rispetto alle nuove assunzioni e/o collaborazioni da effettuarsi a tempo pieno, per le stesse mansioni o mansioni equivalenti (anche in questo caso appare chiara l’intenzione di previsione contrattuale di una preferenza nella continuazione dei precedenti rapporti di lavoro subordinato a fronte di nuove assunzioni o di successive collaborazioni libero professionali)”*.

Si è potuto constatare, al contrario, dalla documentazione relativa al personale impiegato nel progetto ADI che una parte consistente del personale viene utilizzata sulla base di rapporti di prestazione libero professionale (v. elenco del personale impiegato nel progetto ADI dal suddetto RTI).

### Valutazioni

La tutela dei lavoratori c.d. *“uscenti”* è sempre stata una condizione prevista in determinati appalti pubblici relativi a servizi di assistenza socio-sanitaria, principalmente per favorire alcune determinate categorie di utenti (in questo caso di specie, gli utenti del servizio di Assistenza Domiciliare Integrata) laddove il personale, che prima era alle dipendenze del precedente affidatario, restando con tale clausola alle dipendenze del nuovo soggetto aggiudicatario, garantisce quella continuità assistenziale imprescindibile per tali tipologie di prestazioni. Certamente, in linea generale, la *“clausola sociale”*, per la prima volta normativamente prevista dall’art. 50 del nuovo Codice appalti, riveste un suo precipuo aspetto di tutela delle forze occupazionali provenienti dal precedente contratto di appalto. Detta *“clausola sociale”*, quindi, prevista precedentemente dal legislatore all’art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, quale semplice facoltà, attualmente, dall’entrata in vigore dell’art. 33 del d.lgs. 19 aprile 2017, n.56 (Disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), impone l’assorbimento dei lavoratori

impiegati dall'affidataria uscente e l'applicazione del CCNL utilizzato per i lavoratori oggetto della protezione. Pertanto, la "clausola sociale" può solo consentire, in base ad un comprovato diverso modello organizzativo del nuovo affidatario, il mutamento della qualifica dei lavoratori e anche la possibilità di ridurne il numero, ma non consente in alcun modo il mutamento della disciplina giuridica del loro inquadramento. Nel caso in esame, tuttavia, non si desume alcuna diversa necessità di mutamento del quadro organizzativo del servizio prestato che, "per tabulas" ex art. 4, c. 2, del contratto di associazione, appare essere la logica continuazione di un servizio già prestato in passato che ha, quale unico elemento di innovazione, esclusivamente mutato il soggetto affidatario.

Nel caso in esame il capitolato d'appalto impegna i concorrenti ad utilizzare gli stessi operatori della precedente ditta affidataria compatibilmente con l'organizzazione del R.T.I. aggiudicatario e con le esigenze tecnico - organizzative previste per l'esecuzione del contratto. Lo stesso capitolato, punto 5.7.3. precisa l'obbligo di applicare il CCNL già applicato dall'affidataria uscente e, sempre al punto 5.7.3., viene chiaramente esplicitato *"Per l'esecuzione del servizio, il Partner Privato dovrà avvalersi di proprio personale, che opererà sotto la sua esclusiva responsabilità e dallo stesso coordinato, adeguato per numero e profilo professionale e idoneo al servizio"*. Per di più, a fugare ogni ulteriore dubbio sull'obbligatorietà di dover disporre di personale dipendente da parte dell'affidatario, l'Allegato alla Deliberazione n.1415 del 31 luglio 2014 riguardante il Progetto di Sperimentazione Gestionale del servizio A.D.I., indica chiaramente a pag. 7, 6° cpv., che *"Per il personale attualmente in servizio presso l'appaltatore privato e per tutta la durata della sperimentazione gestionale, si prevede, al fine di non vanificare l'esperienza professionale acquisita e la conoscenza del territorio ed in applicazione delle disposizioni di cui all'art. 30 della L.R. 4/2010, l'assunzione del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto, nonché la garanzia delle condizioni economiche e contrattuali già in essere, ove più favorevoli, con l'esclusione della possibilità di licenziamento per giustificato motivo oggettivo"*. La clausola sociale quindi impone l'assorbimento dei lavoratori impiegati dall'affidataria uscente e l'applicazione del CCNL utilizzato per i lavoratori oggetto della protezione. In caso di difforme applicazione della suddetta clausola, si consentirebbe un improprio arricchimento da parte del soggetto affidatario il quale, sia pur partecipando ad una gara che prevedeva determinati futuri costi a carico dell'aggiudicatario relativi alla integrale applicazione del CCNL per i dipendenti nei rispettivi ruoli sanitari (medici, infermieri, terapisti, ecc.), non sarebbe in questo caso, secondo l'interpretazione resa dalla S.A. ASL Brindisi, tenuto a far fronte al pagamento di contributi, ferie, malattie, tredicesime ecc. per il personale utilizzato con contratto libero-professionale a partita IVA. Tale manifesta differenza di importi, proiettata nell'arco temporale previsto contrattualmente di 6 anni più 3 di eventuale rinnovo, risulterebbe estremamente vantaggiosa per il R.T.I. affidatario e, contestualmente, rappresenterebbe un ingiustificato aggravio dei costi previsti contrattualmente a carico della S.A., tale da comportare un più che evidente grave danno all'Erario.

In relazione alla presente istruttoria e per quanto prima considerato, il Consiglio

## DELIBERA

- richiede alla S.A. ASL Brindisi che, come stabilito dall'art.5.7.1. e ss. del Capitolato tecnico di gara *“tale personale deve essere impiegato a tempo pieno per 36 ore settimanali da ripartire comunque tra il personale della gestione precedente con contratti di lavoro subordinato alle dirette dipendenze del Partner privato”*, l'affidatario in PPP R.T.I. composto dalla Società Cooperativa Sociale *“Occupazione e Solidarietà”* di Bari, dalla Società Cooperativa Sociale *“Sirio”* di Bari, dalla *“THCS Telemedicine for Health Care Solutions S.r.l.”* di Brindisi e dalla mandataria capogruppo *“Coop. Soc. Onlus San Bernardo a r.l.”* di Latiano (BR) rispetti tale prescrizione di gara e che la stessa S.A. vigili sulla corretta applicazione di tale disposizione della *“lex specialis”* di gara;
- dà mandato di inviare la presente delibera alla Procura della Corte dei Conti della Puglia, per gli eventuali profili di competenza.

Il Presidente  
*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 aprile 2018

Il Segretario Maria Esposito