



Presidente

Fasc. Anac n. 1978/2021

Oggetto: Servizi di elaborazione dati e di verifica delle aree edificabili.

Conclusione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018. Attuazione del deliberato consiliare del 21 dicembre 2021.

Premessa

Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici attribuite all'Autorità dagli artt. 211 e 213 del d.lgs. 50/2016, sono emerse possibili anomalie relative all'affidamento dei servizi in oggetto da parte del Comune di Nembro.

Segnatamente, è emersa la possibile violazione delle norme in materia di evidenza pubblica, con riferimento ai servizi di elaborazione dati (nel settore contabile e finanziario; in materia fiscale ed IMU) e di verifica delle aree edificabili, affidati alle stesse società almeno dal 2013 in poi.

Al fine di acquisire informazioni utili per valutare la sussistenza di eventuali margini di intervento, l'Ufficio di Vigilanza, come noto, con nota prot. n. 38226 dell'11.5.2021 ha inviato una richiesta di informazioni a codesto Comune di Nembro, riscontrata con nota acquisita al prot. Anac n. 46463 del 10.6.2021.

A fronte di ciò, in base alla documentazione acquisita in atti ed in esito alle conseguenti valutazioni operate, si rappresentano le seguenti osservazioni, approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 21 dicembre 2021.

Con riferimento al "servizio di elaborazione dati nel settore contabile e finanziario", il Comune di Nembro ha rappresentato di avere disposto vari affidamenti diretti prima ai sensi dell'art. 125, comma 11, d.lgs. 163/2006; poi, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a, d.lgs. 50/2016.

Il Comune ha ulteriormente rappresentato di avere tenuto conto anche del proprio Regolamento comunale per i lavori, i servizi e le forniture approvato con Delibera consiliare n. 21 del 30.3.2007 e aggiornato con Delibera consiliare n. 40 del 28.11.2013. In particolare, l'art. 13, comma 4 del suddetto Regolamento prevede che si possa prescindere *"dalla richiesta di pluralità di preventivi e si può trattare direttamente con uno interlocutore ... qualora vi sia motivata specialità o particolarità del lavoro, del bene o del servizio, in relazione alle caratteristiche tecniche o di mercato, di diritti di esclusiva, di singola presenza sul mercato inteso in senso territoriale, di fiduciarità motivata ...; nel solo caso di servizi e forniture, quando l'importo della spesa non superi l'ammontare di euro 40.000"*.

Il Comune ha aggiunto di avere provveduto all'assegnazione di incarichi annuali, in modo tale da poter svincolarsi facilmente nel caso di insoddisfacente espletamento del servizio e da poter conseguire una ragionevole rotazione, tenuto conto dell'esigenza dei funzionari interni di avere un punto di riferimento affidabile e di fiducia. Inoltre, *"... quando lo stesso soggetto è stato nuovamente incaricato, tale decisione è stata assunta a fronte dell'elevata soddisfazione per la qualità e puntualità delle prestazioni rese, oltre che della bontà delle condizioni economiche praticate, per le quali si è proceduto a una rinegoziazione finalizzata al progressivo contenimento dell'esborso a carico dell'Ente"*.

Il Comune di Nembro ha illustrato gli stessi presupposti giuridici e le stesse ragioni organizzative per l'affidamento del "servizio di elaborazione dati in materia fiscale ed IVA" e del "servizio di verifica delle aree edificabili".

Con riferimento a tale ultimo servizio, il Comune ha affermato che, nei fatti, ha sviluppato una collaborazione con la (omissis), (anche per via dell'insufficienza delle risorse interne disponibili), preservando così il know how sviluppato e consolidato *medio tempore* dal fornitore del servizio.

In primo luogo, occorre rilevare che i servizi di cui si discute (servizio di elaborazione dati nel settore contabile e finanziario; servizio di elaborazione dati in materia fiscale ed IVA; servizio

di verifica delle aree edificabili) appaiono come servizi reiterati negli anni e pertanto ragionevolmente prevedibili da parte di codesta Stazione Appaltante.

Ciò induce ad alcune considerazioni in tema di programmazione.

Sul punto, infatti, è possibile rilevare che l'art. 21, comma 1, del d.lgs. 50/2016 prevede che *"Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi ... nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico – finanziaria degli enti"*. Il sesto comma, poi, prosegue statuendo che *"Il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000,00 euro"*.

Sebbene l'operatività di tale previsione normativa sia stata posticipata, per i servizi e le forniture, al biennio 2019 – 2020 dal decreto MIT n. 16 gennaio 2018, n. 14, preme comunque sottolineare che già il D.P.R. 207/2010, all'art. 271, prevedeva che *"Ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo"*.

L'adozione del programma annuale per i servizi e le forniture, quindi, era stata inizialmente introdotta dal legislatore in termini di facoltà; benché facoltativa, la programmazione non è mai stata soltanto un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, per la valutazione delle strategie di approvvigionamento, per l'ottimizzazione delle risorse e per il controllo delle fasi gestionali, poiché è espressione comunque dei più generali principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. In altri termini, la fase della programmazione appare funzionale a garantire una visione d'insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le chance di un'efficiente gestione dello stesso (Determinazione Anac n. 5 del 6 novembre 2013).

D'altro canto, la carenza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti genera spesso criticità quali, per l'appunto, la frammentazione degli affidamenti di cui all'art. 35, comma 6, d.lgs. 50/2016. La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti relative alle soglie europee; inoltre, come meglio specificato dal comma 7 dell'art. 35 appena menzionato, il valore dell'appalto è quantificato al momento dell'invio

dell'avviso di indizione della gara o del bando di gara o, nei casi in cui ciò non è previsto, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di affidamento del contratto.

Anche nelle Linee Guida n. 4 approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e aggiornate con delibera n. 206 del 1 marzo 2018, recanti "*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*" è stato ribadito che al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripetizione dell'affidamento nel tempo.

Ebbene, nel caso di specie, essendo i servizi sopra citati servizi perfettamente prevedibili (come dimostra la loro stabile ricorrenza a distanza di vari anni, almeno a partire dal 2013), non può sottacersi la carenza di programmazione da parte del Comune di Nembro il quale ben avrebbe potuto porre in essere – quanto meno con riferimento al "servizio di elaborazione dati nel settore contabile e finanziario" e al "servizio di elaborazione dati in materia fiscale ed IVA" - una programmazione pluriennale, anziché di fatto parcellizzare degli affidamenti che avrebbero quanto meno imposto (già solo in ragione del complessivo valore di ciascuno di essi) la previa valutazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (art. 36, comma 2, lett. b, d.lgs. 50/2016 ma, negli stessi termini, anche l'art. 125, comma 11, del d.lgs. 163/2006 applicabile *ratione temporis*).

A tale riguardo, preme evidenziare che non pare conferente quanto sostenuto da codesta S.A. con riferimento alla possibilità per l'Ente, attraverso l'assegnazione di incarichi di durata annuale, di "*svincolarsi nel caso di insoddisfacente espletamento del servizio ... e dell'esigenza dei funzionari interni all'Amministrazione di avere un punto di riferimento affidabile e di fiducia*". Ben più rilevante, invero, è la constatazione per cui codesta Stazione Appaltante avrebbe potuto garantire, tramite un'adeguata programmazione, una maggiore concorrenzialità attraverso la previsione di una procedura di gara per lo svolgimento dei servizi in un più ampio lasso di tempo, consentendo così il rispetto dei principi generali della contrattualistica pubblica tra cui la consultazione di un maggior numero di operatori economici.

In via ulteriore, poi, occorre rilevare una sistematica violazione del principio di rotazione.

L'art. 36, comma 1, del d.lgs. 50/2016 infatti specifica che *"L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese"*¹.

Il secondo comma dello stesso articolo, poi, prevede che, nel caso di affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro, le stazioni appaltanti possono procedere *"mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici"*².

Partendo allora dal presupposto che non è più necessario, in tali casi, che l'affidamento sia preceduto da un confronto concorrenziale e che è invece rimessa ad una diretta individuazione della S.A. la scelta dell'operatore economico con cui stipulare il contratto, non può tuttavia affermarsi che quest'ultima sia dotata di una integrale libertà di movimento, essendo comunque tenuta al rispetto dei principi specifici dettati, proprio con riferimento ai contratti sotto soglia, dall'art. 36, comma 1, del Codice, tra cui per l'appunto il già menzionato principio di rotazione.

Segnatamente, nell'ipotesi dell'affidamento diretto privo di confronto competitivo, il principio di rotazione viene in rilievo come "rotazione degli affidamenti" nel senso che la S.A. sarà tenuta a ruotare gli operatori economici cui affidare direttamente il contratto.

Per di più, in tutti i casi in cui la S.A. intenda derogare al suddetto principio, è richiesto un onere motivazionale stringente alla stregua del quale quest'ultima dovrebbe quanto meno illustrare – come ribadito nelle Linee Guida di questa Autorità – le ragioni per cui non risultino alternative praticabili al nuovo affidamento al precedente operatore economico, ovvero che le alternative possibili siano assolutamente illogiche o di non percorribilità economica.

¹ Preme comunque specificare che già sotto il vigore del precedente codice (si pensi, in particolare, al comma 6 dell'art. 57, al comma 7 dell'art. 59, al comma 7 dell'art. 122 e al comma 11 dell'art. 123 del d.lgs. 163/2006) si faceva espresso riferimento al principio di rotazione.

² Per inciso, l'art. 51 del D.L. 77/2021 (conv. in L. 108/2021) ha modificato temporaneamente la disciplina degli affidamenti sotto soglia di cui all'art. 36 d.lgs. 50/2016, prevedendo in particolar modo per l'affidamento diretto il nuovo limite di 139.000,00 euro.

Ebbene, nel caso di specie, occorre rilevare che, almeno dal 2013 in avanti, il Comune di Nembro ha proceduto ad un costante "riaffido" dei servizi di cui trattasi sempre agli stessi soggetti. Segnatamente, (*omissis*).

Relativamente al "servizio di verifica delle aree edificabili", pur potendo constatare, in base a quanto rappresentato da codesta Stazione Appaltante, la "non perfetta sovrapponibilità" degli incarichi affidati a (*omissis*) dal 2013 in poi, non può comunque non evidenziarsi – nel contesto della verifica/individuazione delle aree edificabili/fabbricabili – l'univoca ricorrenza del medesimo affidatario.

Così complessivamente agendo, quindi, codesta S.A. non ha mai provveduto ad assicurare quel minimo necessario di rotazione negli affidamenti, limitandosi ad adoperare, quale motivazione in sede di riscontro acquisito al prot. Anac n. 46463/2021, quella della elevata soddisfazione per la qualità e la puntualità delle prestazioni rese dagli operatori prescelti; tuttavia, pur risultando tale giustificazione ammissibile in linea generale ed astratta alla stregua delle Linee Guida Anac n. 4 sopra richiamate, non può comunque ammettersi un uso reiterato e continuo della stessa, che inevitabilmente va ad eludere il rispetto del sopra richiamato principio codicistico.

Stante quanto detto, quindi, non può non evidenziarsi – nell'operato del Comune di Nembro – innanzitutto una carenza nell'attività di programmazione dei servizi oggetto di trattazione, con conseguenziale frazionamento degli appalti; in secondo luogo, una sistematica violazione del principio di rotazione, considerato il pluriennale e reiterato affidamento dei servizi di elaborazione dati (nel settore contabile e finanziario; in materia fiscale ed IMU) e di verifica delle aree edificabili sempre alle stesse società.

Tenuto conto di tutto quanto sopra rilevato e considerato, con la presente, approvata dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 21 dicembre 2021, si comunica la conclusione del procedimento in forma semplificata ai sensi dell'art. 21 del Regolamento sull'esercizio di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018, raccomandando per il futuro a codesto Comune di Nembro un più puntuale rispetto dei principi generali dell'ordinamento e della normativa qui complessivamente richiamata; ciò al fine anche di evitare, all'ulteriore ricorrere delle segnalate anomalie, il possibile configurarsi di danno erariale e insieme ad esso la prospettazione di possibili responsabilità di natura personale a carico dei soggetti coinvolti nelle relative procedure di affidamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 12 gennaio 2022