



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 853 del 25 settembre 2019

Fascicolo UVSF n. 5066/2018

Oggetto: Accertamenti ispettivi sull'attività negoziale svolti dalla RGS-S.I.Fi.P. - Piano ispettivo 2018 - ASL di Bari.

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

In attuazione del Protocollo di intesa ANAC – MEF RGS, è stato svolto un accertamento ispettivo, ai sensi dell'art. 213, co. 5 del d.lgs. n. 50/2016, presso la sede della Asl di Bari al fine di acquisire puntuali elementi conoscitivi e documentali sull'attività negoziale svolta dalla suddetta amministrazione, con particolare riferimento alle proroghe e ai rinnovi contrattuali degli appalti di servizi e forniture di cui ai CIG 6540229FB1, 62163083A4, 7022730C1E, 6545507340 e 6545522F9D, e verificare la regolarità rispetto alla disciplina della contrattualistica pubblica delle procedure di affidamento di servizi e forniture e dei relativi rapporti contrattuali.

I relativi esiti, rappresentati nella relazione conclusiva a firma dei dirigenti dei S.I.Fi.P. incaricati, sono stati sottoposti all'esame del Consiglio dell'Autorità nell'adunanza in data 14 novembre 2018, il quale ha deliberato la trasmissione dei relativi atti all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture (UVSF) per gli aspetti di competenza.

Ciò posto, in attuazione del suddetto disposto consiliare, si evidenzia che i CIG oggetto di indagine ispettiva, ad eccezione del CIG 6540229FB1 che afferisce alla gara ponte effettuata mediante procedura telematica sul portale Empulia per l'affidamento del servizio di lavanolo per il periodo 1.12.2016 – 30.11.2017, si riferiscono a:

- 1) proroghe dello stesso servizio di lavanolo dall'1.11.2014 al 30.09.2015;
- 2) proroghe del servizio di ristorazione dall'1.03.2015 al 31.12.2015 e dall'1.05.2016 al 31.12.2016.

Prioritariamente occorre osservare, in via del tutto generale, che l'analisi condotta dagli ispettori

in relazione all'attività contrattuale dell'ASL Bari ha consentito di riscontrare profili di irregolarità/criticità in ordine all'applicazione della normativa in materia di contrattualistica pubblica di cui al d.lgs. n. 163/2006, all'epoca vigente, che si riferiscono soprattutto alla proroga ai medesimi OE dei servizi di lavanolo e di ristorazione, per importi rilevanti, tramite provvedimenti adottati "a sanatoria" (in mancanza di previa deliberazione autorizzatoria) quando il servizio era già in corso o addirittura già terminato.

In dettaglio:

- Nel caso del servizio di lavanolo le proroghe si sono susseguite dal 2008 a giugno 2018 (benché non vengano riportate nella relazione RGS notizie in merito allo svolgimento del medesimo servizio nel periodo 1.07.2017 – 1.01.2018). Inoltre, solo a partire dal 2015 sono state applicate riduzioni di prezzi. Emergono, altresì, carenze nei controlli (certificazioni antimafia, dichiarazioni dell'Agenzia delle Entrate e delle Cancellerie Misure di Prevenzione) e la tipologia di procedura di scelta del contraente non risulta compatibile con l'importo.
- Nel caso del servizio di ristorazione, gli affidamenti al RTI Ladisa spa si sono susseguiti dal 2013 fino al momento dell'ispezione; solo nel 2017 è stata adottata una nuova rideterminazione dei prezzi concordata con le ditte fornitrici; inoltre, la S.A. non ha provveduto ad espletare una gara ponte, inserendo una clausola di autotutela che consentisse la risoluzione anticipata del contratto, per il tempo strettamente necessario all'attivazione di una convenzione con il Soggetto aggregatore di riferimento o con Consip.

Dall'esame condotto sulle procedure di gara sopra riportate è emersa la censurabile prassi della S.A. di adottare gli atti nel corso dell'esecuzione della proroga dell'affidamento o, finanche, successivamente alla integrale decorrenza del periodo di proroga del servizio. Tale *modus operandi* appare sintomatico, tra l'altro, di carenze nell'organizzazione e programmazione dei contratti in scadenza da parte dell'Area aziendale competente.

L'Autorità, al termine dell'esame condotto a partire dalla sopra richiamata relazione ispettiva, ha comunicato le proprie risultanze istruttorie alla Asl di Bari con nota prot. n. 47030 del 11.06.2019.

La Stazione Appaltante, conseguentemente, ha trasmesso la nota di controdeduzioni acquisita al prot. ANAC n. 59850 del 23.07.2019, dove, per ognuno dei contratti oggetto di esame, sono stati forniti chiarimenti ed allegata relativa documentazione, dal cui esame è emerso quanto segue.

Considerato in diritto

SERVIZIO DI LAVANOLO

- **CIG: 654507340 e 6545522F9D.** Presa d'atto dello svolgimento del servizio di lavanolo (servizi di lavanderia e lavaggio a secco) dall'1.11.2014 al 30.09.2015 da parte della Società Coop. di Produzione Lavoro LAV.I.T. (per le ex AA.UU.SS.LL. BA/2, BA/3, BA/5) e dall'ATI Servizi Ospedalieri - F.lli Bernard (per la ex AUSL BA/4), per un importo di euro 1.636.500,00 Iva esclusa per ognuno dei due CIG, per complessivi euro 3.273.000,00 più Iva.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

La proroga di fatto dall'1.11.2014 al 30.09.2015 della fornitura del servizio di lavanolo di cui ai CIG in parola è stata attuata in assenza di un apposito provvedimento autorizzatorio, essendo presente una mera presa d'atto a sanatoria della stessa proroga da parte dell'Azienda con la deliberazione del Direttore Generale n. 2167 del 29.12.2015. La proroga in esame non può neppure essere ricondotta alla

ripetizione dei servizi analoghi, dal momento che tale opzione non era prevista nel precedente contratto.

La proroga viene giustificata dalla S.A. con *“l’incertezza nel termine di chiusura e l’imprevedibile protrarsi del procedimento di gara”*, bandita con DDG n. 1197/2012, che *“non ha consentito la pianificazione e l’adozione di soluzioni alternative alla prosecuzione del servizio [...] indispensabile per la tutela della salute pubblica”*.

In realtà, le indagini condotte dagli ispettori RGS hanno consentito di constatare che l’affidamento del servizio ai medesimi fornitori è avvenuto con diversi provvedimenti di proroga sin dall’anno 2008 ed è proseguito in regime di proroga anche successivamente al 30.09.2015 (fino al 30.06.2016), fino all’affidamento della gara “ponte” indetta con DDG n. 2168 del 29.12.2015.

Si osserva, quindi, che la scelta dell’ASL Bari di ricorrere a proroghe reiterate contrasta con quanto previsto dall’art. 23 della legge n. 62/2005, secondo cui i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi possono essere prorogati per il tempo strettamente 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.

Dalla relazione RGS è emerso, inoltre, l’eccessivo prolungamento delle operazioni di espletamento e la mancata aggiudicazione della gara bandita con la deliberazione n. 1197 del 29.06.2012, successivamente revocata nel 2015, da cui sono scaturite le motivazioni della proroga in oggetto, le quali sono tutte endogene all’Azienda e, come tali, non idonee a giustificare le proroghe che si sono succedute per anni.

È stato, infine, rilevato dagli Ispettori che solo a partire dall’1.10.2015 e non anche per i periodi precedenti è stata applicata la riduzione dei prezzi praticati dalle ditte fornitrici secondo quanto previsto dal d.l. n. 95/2012 in materia di spending review.

- **CIG: 6540229FB1.** Procedura telematica sul portale Empulia per l’affidamento del servizio di noleggio, lavaggio, disinfezione, preparazione, consegna e ritiro di biancheria piana e confezionata, fornitura teleria per blocchi operatori, ambulatori e servizi, materassi e guanciali, divise per il personale e gestione guardaroba – Gara ponte. Il contratto, di importo pari ad euro 3.785.110,00 Iva esclusa, è stato affidato per 12 mesi tramite cottimo fiduciario ex art. 125, co. 10, lett c) del d.lgs. n. 163/2006 (20 operatori economici invitati e 3 partecipanti) nelle more della conclusione della gara di competenza del soggetto aggregatore. La gara è stata aggiudicata definitivamente al RTI LAV.I.T. Società cooperativa (capogruppo) - F.lli Bernard s.r.l. – Servizi Ospedalieri S.p.A. , a cui è stata richiesta l’esecuzione anticipata dall’1.07.2016, fermo restando che la stipula del contratto sarebbe avvenuta previo riscontro positivo dei controlli ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

In ordine alla procedura in esame gli Ispettori S.I.Fi.P. hanno rilevato carenze nei controlli, in quanto al momento dell’ispezione risultavano mancanti le certificazioni antimafia per le tre ditte che avevano presentato un’offerta, l’esito sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive da parte dell’Agenzia delle Entrate per la Soc. Coop. LAV.I.T. e la dichiarazione delle Cancellerie Misure di Prevenzione per gli 11 dipendenti della Servizi Ospedalieri spa.

Inoltre, si osserva che l’importo del contratto in oggetto non è compatibile con la tipologia di procedura di scelta del contraente, elemento rilevato anche nel ricorso proposto al TAR da Hospital Service S.r.l., seconda classificata, unitamente alla mancata applicazione del principio di rotazione. Con particolare riferimento alla incompatibilità tra l’importo del servizio posto a base di gara e la procedura di cottimo fiduciario, si evidenzia che quest’ultimo è ammesso solo per importi inferiori alle soglie di

rilevanza comunitaria, ampiamente superati nel caso di specie, ove il valore stimato del contratto è pari ad euro 3.785.110,00 Iva esclusa.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

In relazione al servizio di lavanolo di cui ai CIG sopra indicati, l'ASL Bari ha, in primo luogo, rappresentato la situazione di particolare criticità nel cui contesto la stessa si è trovata ad operare. A seguito della fusione per incorporazione delle ex Asl Ba2/3/4 e 5 all'interno della costituenda Asl della Provincia di Bari (istituita il 1.1.2007 giusta Legge Regionale n. 39/2006), numerosi contratti d'appalto per servizi e forniture, già scaduti e in regime di proroga, facenti capo alle prime sono stati trasferiti alla seconda, senza che a ciò sia corrisposto il trasferimento delle relative risorse umane, con conseguente stratificazione di criticità operative per la nuova Struttura.

Problematiche ancora più pressanti in ambito sanitario, ove i contratti scaduti non possono essere interrotti senza l'individuazione di un nuovo contraente pena l'interruzione di pubblico servizio.

Nell'intento di riattivare il confronto concorrenziale, la Stazione Appaltante ha sottolineato di aver dato particolare impulso all'indizione di una nuova gara per l'affidamento del servizio in parola, come si evince dagli atti indittivi di tre diverse procedure ad evidenza pubblica. Queste ultime, poste in essere dal 2010 al 2015, sono state, tuttavia, caratterizzate da varie vicissitudini operative, giungendo solo nel 2015 all'aggiudicazione del servizio di lavanolo.

Al riguardo, l'Asl Bari ha affermato che già nell'anno 2010 aveva avviato l'istruttoria di una nuova procedura di gara, indetta con Delibera del D.G. n. 343 del 21.02.2011, prevedendo quale criterio di aggiudicazione il minor prezzo, *“sul presupposto che la descrizione delle specifiche tecniche del servizio inserite nel capitolato tecnico, posto in gara, fosse sufficientemente dettagliata e, dunque, tale da giustificare una competizione basata unicamente sull'elemento prezzo”*. Tale provvedimento indittivo è stato successivamente revocato con Delibera del D.G. n. 1517 del 30.08.2011 ed è stata avviata una rivisitazione dell'istruttoria atta a superare le criticità contestate.

È stato, quindi, approvato il nuovo bando, mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 163/2006, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, come argomentato dalla Stazione Appaltante, tale procedura concorsuale si è protratta per un arco temporale irragionevolmente lungo e dalla stessa non prevedibile, dal momento che *“l'operato della Commissione Giudicatrice che avrebbe dovuto concludere i lavori entro 90 giorni [...], ha invece operato, senza sortire alcun risultato, per oltre 3 anni nonostante le diverse missive del RUP”*.

Constatata la sopravvenuta impossibilità di funzionamento della Commissione per successive dimissioni dei vari componenti, la Direzione Strategica, con Delibera del D.G. n. 887 del 3.06.2015, ha formalizzato la revoca della procedura di gara indetta con Delibera del D.G. n. 1197 del 29.06.2012.

Si è, quindi, proceduto alla indizione di una nuova procedura di gara, c.d. “gara ponte” (D.D.G. n. 2168 del 29.12.2015), della durata di 12 mesi, nelle more dell'istruttoria ed espletamento della procedura di gara centralizzata, fatta salva la clausola di risoluzione anticipata del contratto in caso di sopravvenuta aggiudicazione della gara regionale. La procedura in parola è stata aggiudicata con Delibera del D.G. n. 1090 del 10.06.2016, interrompendo così il periodo di proroga tecnica.

In relazione alle reiterate proroghe del servizio di lavanolo l'ASL Bari ha affermato di aver agito nel rispetto dei generali principi di buon andamento dell'azione amministrativa: ha precisato, infatti, che *“gli atti di prosecuzione contrattuale adottati medio tempore costituivano l'unica opzione praticabile, considerato che, per tutto il periodo di riferimento, l'Amministrazione aveva attivato o aveva in corso di espletamento procedure concorsuali e che, nelle more, l'espletamento di ulteriori contestuali procedure di gara avrebbe potuto determinare il rischio di turbative d'asta. Si rileva, inoltre, che trattandosi di servizio di pubblica utilità, necessario a garantire l'igiene e salubrità dei pazienti e dei fruitori delle strutture sanitarie, non sarebbe stato possibile interrompere l'erogazione senza arrecare grave*

danno alla salute pubblica”.

La S.A. ha, altresì, chiarito che il prolungamento dei tempi di lavoro della Commissione Giudicatrice ha comportato la difficoltà di programmare la conclusione della procedura concorsuale in corso di espletamento e di adottare in tempi utili i provvedimenti di proroga, determinando così la mera presa d'atto del servizio anziché la preventiva autorizzazione delle diverse propoghe tecniche.

Per quanto concerne la censura relativa alla mancata riduzione dei prezzi per il periodo antecedente l'1.10.2015, la S.A. ha riferito di essersi comunque attenuta, nell'esercizio della proroga tecnica, al principio di economicità, verificando in sede di affidamento la congruità dei prezzi praticati dagli affidatari, di gran lunga inferiori ai prezzi di riferimento pubblicati dall'ANAC. Tale congruità risulterebbe confermata, a detta dell'ASL Bari, dall'esito del confronto concorrenziale, che avrebbe sostanzialmente confermato i prezzi applicati con un leggero ribasso sui prezzi a base d'asta.

Valutazioni

Alla luce di quanto rappresentato dalla Stazione Appaltante, si ritiene di poter superare solo alcune delle criticità emerse in sede di risultanze istruttorie.

In primo luogo, sia pur comprendo le esigenze espresse dalla Asl Bari riguardo la necessità di assicurare la continuità del servizio di lavanolo, non si può, tuttavia, giustificare in pieno il ricorso all'istituto della proroga, soprattutto in considerazione del lungo arco temporale durante il quale il servizio in parola è stato sottratto al confronto concorrenziale. Il ricorso a tale istituto, infatti, non può dirsi determinato da eventi oggettivi e insuperabili non imputabili alla S.A.

Invero, occorre rilevare che il servizio di lavanolo di cui ai CIG in oggetto risultava essere in regime di proroga già nel 2008 e, tuttavia, ancora nel 2010 era stata unicamente avviata l'istruttoria in vista della nuova procedura di gara, la quale è stata poi indetta solo nel 2011 (D.D.G. n. 343/2011). La stessa gara, inoltre, è stata successivamente annullata in autotutela per le illegittimità riscontrate, tra l'altro, in ordine al criterio di aggiudicazione prescelto dalla Stazione Appaltante, non risultando soddisfatto il presupposto della sufficiente determinatezza dell'oggetto del contratto, necessario per procedere con il criterio del minor prezzo.

In secondo luogo, anche i ritardi nella conclusione della procedura di gara che si sono registrati nel periodo compreso tra il 2012 ed il 2015 devono, in definitiva, imputarsi all'amministrazione, dal momento che la Commissione Giudicatrice viene nominata dalla S.A. e che il RUP ha essenzialmente una funzione di controllo sull'operato della stessa. Pertanto, sebbene si prenda atto delle reiterate sollecitazioni che il RUP ha rivolto alla Commissione Giudicatrice affinché ultimasse i lavori, non può comunque giustificarsi l'eccessiva protrazione delle operazioni di gara.

Infine, pur prendendo atto delle difficoltà operative evidenziate dall'Asl Bari, le quali hanno impedito un'adeguata programmazione, non è da ritenersi ammissibile l'adozione tardiva o, addirittura, a sanatoria dei provvedimenti autorizzatori delle diverse proroghe.

Si segnalano, altresì, talune incongruenze in ordine al fondamento normativo della procedura indetta con D.D.G. n. 2168/2015. Nel testo della delibera, infatti, si legge che la cd. "gara ponte" doveva espletarsi nelle forme del cottimo fiduciario ex art. 125, comma 10, lett. c) d.lgs. n. 163/2006; tale disposizione legittima l'acquisizione in economia di beni e servizi nel caso di prestazioni periodiche di servizi e forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria. In sede di controdeduzioni, invece, la S.A. ha affermato che la gara ponte è stata indetta ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 163/2006, ossia mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando giustificata dall'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili non imputabili alle stazioni appaltanti, non compatibile con i termini imposti dalle procedure ordinarie.

Tale discrasia assume rilevanza laddove si osservi che il ricorso alla procedura di cottimo fiduciario previsto in delibera è ammesso solo per importi inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria, le quali risultano ampiamente superate nel contratto in esame, il cui valore stimato è di euro 3.785.110,00 Iva esclusa. Ne consegue che la procedura *de qua* risulta sprovvista di adeguata base normativa.

L'Asl Bari non ha, invece, fornito alcuna controdeduzione in ordine alle contestate carenze nei controlli (certificazione antimafia, dichiarazioni dell'Agenzia delle Entrate e delle Cancellerie Misure di Prevenzione) relativamente alla procedura di cui al CIG 6540229FB1. Pertanto, in relazione a tale profilo devono confermarsi le criticità emerse in sede di comunicazione di risultanze istruttorie.

Con riferimento alla censura relativa alla mancata riduzione dei prezzi per il periodo antecedente l'1.10.2015, si prende atto di quanto controdedotto dall'Asl Bari circa il rispetto del principio di economicità nell'esercizio della proroga tecnica.

SERVIZIO DI RISTORAZIONE

- **CIG: 62163083A4.** Affidamento temporaneo del servizio di ristorazione ASL Bari. Continuità contrattuale del servizio di ristorazione degenti, scaduto in data 28.02.2015, per il periodo 1.03.2015 – 31.12.2015, di importo pari ad euro 3.500.000,00 Iva esclusa, affidato direttamente a RTI Ladisa spa/Cascina Global Service (già Mediterranea soc. coop. sociale).

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Il CIG in oggetto si riferisce alla presa d'atto a sanatoria della proroga di fatto della fornitura del servizio di ristorazione dal 1.03.2015 al 31.12.2015; gli ispettori RGS hanno, inoltre, evidenziato che l'affidamento del servizio ai medesimi fornitori era già avvenuto in precedenza con due diversi provvedimenti, prorogando prima di sei mesi e successivamente di ulteriori 5 mesi il servizio *de quo*.

La deliberazione del Direttore Generale n. 508 del 10.04.2015 reca quale giustificazione di tale *modus operandi* il mancato completamento della procedura di gara indetta con la DDG n. 2241 del 24.11.2014 ed in particolare “[...] a seguito di alcune criticità rilevate sugli atti di gara”, gara poi sospesa e infine annullata d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, per profili di illegittimità negli atti di gara.

Si osserva, infine, che nelle more della definizione della nuova procedura unica regionale, il servizio, dopo la proroga disposta con DDG n. 508/2015, è stato ulteriormente prorogato di 4 mesi (fino al 30.04.2016).

Lo stesso servizio, inoltre, è stato prorogato anche con diversi provvedimenti successivi, come più ampiamente descritto al CIG seguente.

- **CIG: 7022730C1E.** Presa d'atto della continuità contrattuale del servizio di ristorazione relativa al periodo dall'1.05.2016 al 31.12.2016, di importo pari ad euro 3.000.000,00, affidato direttamente all'RTI Ladisa spa/Cascina Global Service.

Criticità rilevate in sede di risultanze istruttorie

Analogamente a quanto rappresentato in relazione ai CIG precedentemente esaminati, la S.A. ha nuovamente proceduto a prorogare il servizio di ristorazione in mancanza di un provvedimento autorizzatorio, dall'1.05.2016 al 31.12.2016, ricorrendo poi ad una mera presa d'atto a sanatoria della stessa proroga da parte dell'Azienda con la deliberazione del D.G. n. 489 del 15.03.2017.

Anche nella procedura in esame le motivazioni addotte dall'ASL Bari a supporto della proroga attengono alle *“more di una completa definizione della nuova procedura unica regionale”* nonché alla necessità di *“acquisire dalla stessa ditta, in nome e per conto dell'intero R.t.i., la disponibilità per aderire ad una rinegoziazione del contratto, a prezzi inferiori e più convenienti rispetto a quelli attualmente praticati, e comunque deliberati fino alla data del 30.04.2016”*.

Tali argomentazioni sono state poste alla base anche delle successive proroghe deliberate fino al 31.12.2018 (prima per il periodo 1.01.2017 – 31.12.2017 con la deliberazione n. 772 del 18.04.2017, con una nuova rideterminazione dei prezzi concordata con le ditte fornitrici, poi ulteriormente per il periodo 1.01.2018 – 31.12.2018 con la deliberazione n. 715 dell'11.04.2018 alle medesime condizioni economiche precedenti).

Al riguardo, gli ispettori RGS hanno evidenziato che, al momento dell'ispezione, il bando di gara unica regionale non era ancora stato pubblicato e che le condizioni economiche frutto di rinegoziazione risultano, in realtà, migliorative, passando da euro 14,62 ad euro 14,52, esclusivamente per i pasti “veicolati”, cioè predisposti fuori dal centro di cottura e poi portati nelle strutture della ASL.

Si osserva, infine, che con la circolare del MEF – Ministero della Salute di febbraio 2016 è stato previsto che, in caso di mancata operatività del soggetto aggregatore di riferimento (per la Regione Puglia è Innovapuglia SpA), la S.A. si debba rivolgere ad altra centrale di committenza da questi indicata ovvero a Consip e che, in mancanza di iniziative anche da parte di tali soggetti, l'Amministrazione possa ricorrere ad un “contratto ponte” ai sensi dell'art. 57, co. 2, lett. c) d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 63, co. 2 d.lgs. n. 50/2016). Nella procedura *de qua* tali indicazioni ministeriali sono state disattese, poiché la S.A. ha proceduto con una proroga in affidamento diretto ai medesimi fornitori.

Controdeduzioni della Stazione Appaltante

In relazione al servizio di ristorazione di cui ai CIG sopra indicati, l'Asl Bari ha chiarito l'iter che ha caratterizzato l'affidamento dello stesso e le vicende che hanno condotto all'adozione dei successivi provvedimenti di proroga.

Con Deliberazione del D.G. n. 1579 del 14.09.2011 è stata indetta gara, mediante procedura negoziata, ai sensi degli artt. 20 e 27 del d.lgs. n. 163/2006, per l'affidamento temporaneo del servizio di ristorazione a favore dei degenti delle Strutture Ospedaliere dell'Asl della Provincia di Bari, per la durata di 12 mesi più eventuale proroga di 6 mesi. La gara è stata aggiudicata in via definitiva con D.D.G. n. 2109 del 12.12.2012; il contratto è stato sottoscritto in data 5.03.2013, con decorrenza dello stesso a far data dal 25.03.2013.

Non essendo stata conclusa la procedura di gara per l'appalto pluriennale, alla scadenza del contratto è stata esercitata l'opzione di proroga sino alla data del 24.09.2014 (D.D.G. n. 574 del 31.03.2014).

Con successiva Deliberazione del D.G. n. 2241 del 24.11.2014, è stata indetta una nuova gara, mediante procedura aperta, per l'affidamento del servizio in esame, per la durata di 7 anni più eventuale proroga di 2 anni. Nelle more, con D.D.G. n. 2348 del 9.12.2014, veniva data continuità al servizio espletato sino alla data del 28.02.2015.

In data 26.02.2015, a seguito di alcune criticità rilevate sugli atti pubblicati, con nota prot. 39827/5, la procedura di gara veniva sospesa. Avendo riscontrato criticità e profili di illegittimità negli atti di gara, richiedenti modifiche e/o integrazioni tali da incidere notevolmente sulla possibilità di

massima partecipazione delle ditte del settore, al fine di evitare futuri contenziosi con rischio di soccombenza per la ASL, la Direzione Strategica stabiliva di annullare in autotutela la procedura di gara di cui alla citata D.D.G. n. 2241/2014 e di indirne una nuova, emendata dalle difformità rilevate.

Contestualmente, la Regione Puglia, con Deliberazione di Giunta Regionale n. 2256/2015, ha impartito disposizioni per supportare il soggetto aggregatore InnovaPuglia nell'indizione e gestione delle 14 categorie di acquisti individuate dal Tavolo degli Aggregatori Nazionali, tra le quali rientra anche il servizio di ristorazione. L'Asl Bari è stata individuata quale capofila incaricata di aggregare i fabbisogni a livello regionale, di provvedere alla definizione del capitolato e del disciplinare di gara, di supportare il Soggetto Aggregatore nell'espletamento della procedura di gara.

La circolare del MEF – Ministero della Salute di febbraio 2016 consente la stipula di un “contratto ponte” ai sensi del previgente art. 57, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 163/2006, per il tempo strettamente necessario all'avvenuta attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o di Consip, inserendo un'apposita clausola di autotutela che consenta la risoluzione anticipata del contratto.

Sulla base delle circostanze sopra rappresentate e tenuto conto che si considerava imminente la scadenza entro la quale sarebbe stata bandita la nuova gara unica regionale per il servizio ristorazione, la S.A. ha rilevato l'inopportunità di avviare una procedura ponte con una durata contrattuale esigua in rapporto alla complessità del servizio, che non avrebbe generato la necessaria concorrenzialità, e la non convenienza, allo stato, di stanziare fondi aziendali da destinare a lavori di intervento strutturali per il ripristino dei centri cottura, nelle more della definizione della strategia di gara da parte del Soggetto Aggregatore.

L'Asl Bari ha evidenziato come il continuo slittamento dei termini di indizione della gara unica regionale da parte del Soggetto Aggregatore InnovaPuglia, ha indotto l'Amministrazione a dare continuità al servizio e contestualmente ad indire, con D.D.G. n. 770 del 3.05.2019, una procedura aperta di carattere interinale, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di ristorazione, per un periodo di 24 mesi, rinnovabili per un ulteriore periodo di 12 mesi.

Valutazioni

Le argomentazioni addotte dall'Asl Bari non si ritengono sufficienti al superamento delle criticità rilevate in sede di comunicazione di risultanze istruttorie, pertanto si conferma quanto precedentemente contestato.

La proroga cd. tecnica, espressione del principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), ad oggi è disciplinata dall'art. 106, comma 11 d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale *«La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante»*.

Nel caso in esame, trattandosi di proroga tecnica di un contratto sorto in vigenza del d.lgs. 163/2006, in base al Comunicato del Presidente dell'Autorità dell'11 maggio 2016, alle proroghe continuano ad applicarsi le norme dello stesso d.lgs. 163/2006, che tuttavia non differiscono, nella sostanza, da quelle dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016.

Sull'istituto della proroga, anche nella vigenza del d.lgs. 163/2006, l'Autorità ha preso posizione in numerosi casi. Come evidenziato nel Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015, la proroga è un istituto assolutamente eccezionale e, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione. Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge (art. 23, legge 62/2005), la proroga dei contratti pubblici costituisce una

violazione dei principi enunciati all'art. 2 del d.lgs. 163/2006 e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (deliberazione Avcp n. 34/2011). Per giurisprudenza costante *“La cd. “proroga tecnica” – istituto volto ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità – rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali”* (ex multis, Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1521).

In relazione al caso di specie, si osserva che, dopo la prima proroga disposta sino al 24.09.2014 (D.D.G. n. 574) nell'esercizio dell'opzione a tal fine prevista nella delibera di indizione della gara oltre che nell'originario contratto, le successive proroghe, protrattesi ininterrottamente dal 2014 ad oggi¹, si pongono in contrasto con il quadro normativo di riferimento.

Si osserva, infatti, che la gara di cui alla D.D.G. n. 2241 del 24.11.2014 è stata indetta successivamente alla scadenza del contratto già in regime di proroga (prevista per il 24.09.2014), rendendo così inevitabilmente necessario ricorrere nuovamente all'istituto della proroga per assicurare la continuità del servizio di ristorazione. Una più attenta programmazione avrebbe consentito di giungere all'espletamento della nuova gara e all'individuazione del nuovo contraente senza la necessità di prorogare ulteriormente il servizio al precedente aggiudicatario.

Inoltre, dopo l'annullamento della gara predetta, avvenuto in data 3.06.2015 (D.D.G. n. 889), l'Asl Bari non ha provveduto ad indirne un'altra immediatamente dopo, ma ha ripetutamente prorogato il servizio nelle more dell'espletamento della gara unica regionale da parte del Soggetto Aggregatore InnovaPuglia, gara che, tra l'altro, ad oggi non è ancora stata indetta. Con riferimento al predetto annullamento d'ufficio, peraltro, si sottolinea che la necessità dell'amministrazione di agire in autotutela è stata determinata dalle illegittimità riscontrate dei documenti di gara predisposti dalla stessa S.A. *“tali da non poter sopperire con semplici chiarimenti, ma modificati e/o integrati in modo tale da incidere notevolmente sulla possibilità di massima partecipazione da parte delle ditte del settore, ed evitare, di conseguenza, di incorrere in contenziosi con rischio di soccombenza per la ASL”*. Pertanto, gli ulteriori ritardi nell'espletamento della procedura di gara per l'affidamento del servizio di ristorazione appaiono soggettivamente riconducibili all'operato dell'Asl Bari e, come tali, non giustificabili.

Si deve, altresì, rilevare che per tutte le diverse proroghe disposte dalla S.A. manca un preventivo provvedimento autorizzatorio, essendo l'Asl Bari ricorsa all'adozione di provvedimenti di mera presa d'atto a sanatoria della continuità contrattuale.

Solo nel 2019 l'Amministrazione ha indetto la gara ponte, mediante procedura aperta, per l'affidamento del servizio di ristorazione (D.D.G. n. 770 del 3.05.2019), dovendo, medio tempore, dare continuità al servizio fino al 30.09.2019.

Da quanto detto discende l'illegittimità delle disposte proroghe, in quanto dovute non ad oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della gara, ma ad un'indizione tardiva della stessa che appare in realtà soggettivamente addebitabile all'Amministrazione.

Tutto ciò considerato e ritenuto,

¹ Con la Deliberazione del D.G. n. 770 del 3.05.2019 l'Asl Bari ha dato continuità al contratto in essere, per il periodo 1.01.2019 – 30.09.2019.

DELIBERA

- Di ritenere confermate le criticità contestate all'Asl Bari, così come espresso nelle valutazioni sopra riportate. In particolare:
 - Carenze nella programmazione delle procedure di gara, con conseguente eccessivo prolungamento delle stesse e reiterato ricorso all'istituto della proroga del contratto, nonché adozione a sanatoria dei relativi provvedimenti autorizzatori (CIG 654507340 e 6545522F9D; CIG 62163083A4; CIG 7022730C1E);
 - Carenze nei controlli concernenti le certificazioni antimafia, le dichiarazioni dell'Agenzia delle Entrate e delle Cancellerie Misure di Prevenzione (CIG 6540229FB1);
 - Applicazione non conforme alle disposizioni normative nella procedura seguita per la scelta del contraente, con particolare riferimento all'affidamento effettuato tramite cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125, comma 10, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 (CIG 6540229FB1).

- Dà mandato all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture di trasmettere la presente Delibera all'ASL Bari, nonché alla Regione Puglia, che esercita funzioni di vigilanza nei confronti dell'Azienda e delle altre strutture che operano nell'ambito della centralizzazione regionale degli appalti.

- Dà altresì mandato all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture di trasmettere la presente Delibera alla Procura regionale della Corte dei conti presso la Sezione Giurisdizionale per la Regione Puglia per gli eventuali profili di interesse.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 ottobre 2019

Il Segretario
Maria Esposito