



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1149 del 11 dicembre 2019

Fascicolo 2506/2019

Oggetto: Accertamenti in ordine all'attività negoziale svolta dall'Asl Napoli 2 Nord nelle annualità 2017, 2018 e 2019 con riferimento agli appalti di lavori.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell'adunanza del 11.12.2019

Visto il d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

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 Lavori,

Premesse

In data 03.06.2019 risulta pervenuto all'Autorità l'esposto acquisito al protocollo ANAC numero 44416, nel quale si segnalavano presunte irregolarità relative a procedure afferenti a lavori di ristrutturazione, sistemazione, manutenzione ordinaria e straordinaria di varie strutture di competenza dell'Asl Napoli 2 Nord, tra cui presidi ospedalieri e distretti sanitari, realizzati tramite affidamenti diretti ex art. 36 D.lgs. 50/2016 di importo inferiore a 40.000,00 euro, al fine di eludere le procedure di gara. Nell'esposto si evidenziava, ulteriormente, che gli appalti venissero affidati, con grande frequenza, ai medesimi operatori, in violazione del principio di rotazione degli incarichi, con il conseguente consolidarsi di posizioni di potere in capo ad alcuni di essi, in assenza di un apparato motivazionale stringente che giustificasse il riaffidamento.

L'Ufficio competente, preso atto del contenuto di tale esposto, ha inoltrato, con comunicazione prot. n. 49207 del 18.06.2019 richiesta di informazioni preliminari al fine di chiarire le anomalie evidenziate, chiedendo di fornire una tabella, in formato digitale elaborabile, di tutti gli appalti di lavori dal 1.1.2017 all'attualità, specificando affidatario, soggetti partecipanti alle procedure selettive, modalità di affidamento, oggetto dei lavori, CIG, importo di contratto, importo effettivamente liquidato.

Previa richiesta di concessione proroga del termine di 15 giorni, inoltrata all'Autorità con nota prot. n. 54173 del 04.07.2019, e concessa dallo scrivente ufficio con nota prot. n. 54514 del 05.07.2019, in data 18.07.2019, l'Azienda ha provveduto a fornire il riscontro richiesto con le note prot. nn. 58530, 58562 e 58574 rappresentando le considerazioni in merito alle criticità rappresentate tuttavia non considerate esaustive da parte dell'Ufficio competente. In particolare, in seguito alle verifiche effettuate tramite gli strumenti informatici a disposizione dell'Autorità, si è riscontrata la non completezza della tabella allegata in cui risultavano essere omessi vari appalti, anche di importo molto rilevante.

Per tale motivo, con nota prot. n. 67162 del 27.08.2019 si è proceduto all'avvio del procedimento istruttorio, formulando all'amministrazione interessata la richiesta di ulteriori chiarimenti documentali, relativamente alle criticità ancora sussistenti, ed un'altra tabella aggiornata ed integrata rispetto a quella fatta pervenire.

In seguito ad un'ulteriore richiesta di proroga, con riferimento alle contestazioni avanzate, l'Azienda ha fatto pervenire la nota acquisita al prot. ANAC n. 80949, in data 14.10.2019 rappresentando le considerazioni di seguito riportate.

Considerato in fatto

L'Azienda Sanitaria Locale Asl Napoli 2 Nord, con plurimi verbali a contrarre a firma del Responsabile ufficio Tecnico/Direttore dell'Unità Operativa Complessa Gestione Risorse Tecniche e Tecnologiche, ha provveduto ad affidare con procedure semplificate, e soprattutto in via diretta ex art. 36 D.lgs. 50/2016, molteplici lavori di ristrutturazione, sistemazione, manutenzione ordinaria e straordinaria di varie strutture di competenza dell'Azienda, tra cui presidi ospedalieri e distretti sanitari.

Dalla documentazione acquisita a seguito dell'avvio del procedimento emerge che, nelle tre annualità di riferimento oggetto della presente indagine (dal 1.1.2017 ad oggi), l'Azienda avrebbe commissionato 3.383 appalti di lavori (tra cui ricorrono anche, in minor misura, appalti misti di lavori/servizi/forniture), per un ammontare complessivo che supera i 40 milioni di euro, con un esborso effettivo che raggiunge i 30 milioni. In particolare, nel 2017 risultano essere state affidate 1264 commesse per un totale che supera i 10.120.000,00 euro a base di gara, per un importo netto contrattuale superiore a 8.050.000 euro, nel 2018 risultano affidati 1484 appalti il cui valore a base d'asta supera i 23.200.000 euro, con importo contrattuale netto di circa 13.387.000 euro, ed infine nel 2019 emerge siano stati affidati 636 appalti per un totale a base d'asta superiore a 8.280.000 euro con un importo contrattuale di circa 6.040.000 euro.

In tale molteplicità di affidamenti, la maggior parte di questi risulta essere stata affidata in via diretta ex art. 36 D.lgs. 50/2016 in quanto, nel lasso di riferimento temporale sopra analizzato emerge siano state esperite solo 43 procedure negoziate/aperte, e nello specifico 8 nel 2017 (su un totale di 1264 commesse), 15 nel 2018 (su un totale di 1484) e 20 nel 2019 (su un totale di 636) per un totale complessivo di circa 16 milioni di euro. Da ciò discenderebbe che nel triennio sono stati affidati in via diretta appalti per un valore di circa 24 milioni di euro.

Un numero rilevante di appalti avrebbero ad oggetto, in particolare, lavori di ristrutturazione, manutenzione ordinaria e straordinaria, riparazione ed interventi tecnici urgenti (ma spesso disposti in assenza della somma urgenza) realizzati presso il Presidio Ospedaliero Santa Maria delle Grazie di Pozzuoli, che nel corso delle 3 annualità ammontano complessivamente a circa 500, per un importo

totale superiore a 2.000.000,00 euro.

Nello specifico, solo nel 2017 risulterebbero essere state affidate n. 240 commesse, nel 2018 n. 198, nel 2019 n. 65, la maggior parte delle quali disposte in via diretta senza ricorso ad alcuna procedura, in quanto in 3 anni risulterebbero esperite solo 12 procedure aperte/negoziate. La quasi totalità delle commesse, risulta affidata in via diretta.

Alcune procedure, inoltre, risultano di rilevante importo, tra cui preme evidenziare le procedure aventi ad oggetto: “Lavori di ristrutturazione U.O.C. Oncologia P.O. S.Maria delle Grazie di Pozzuoli” (CIG: 75022951B0) aggiudicata da Technology Impianti s.r.l. con delibera n. 779 del 22.06.2018 (importo a base d’asta: 348.135 €), “Realizzazione interventi necessari per la predisposizione all’installazione del Sistema Tomografico Assiale nei nuovi locali destinati alle attività di Pronto Soccorso del P.O. di Pozzuoli” (CIG: 7458194862) aggiudicata a Zeta s.r.l. con la delibera numero 609 del 17.05.2018 (importo a base d’asta: 213.197 €); “Lavori urgenti di riqualificazione e ristrutturazione reparto Pediatria del P.O. di Pozzuoli” (CIG: 749146587B), di cui alla delibera di aggiudicazione n. 774 del 22.06.2018 (importo a base d’asta: 292.699 €), nonché “Lavori di rifacimento pavimentazione, rivestimento, controsoffittatura e wc reparto di rianimazione del P.O. di Pozzuoli” (CIG: 7547448F1B) di cui alla determina n. 872 del 11.07.2018 (importo a base d’asta: 371.601€), realizzati, entrambi, in favore del medesimo operatore.

Ulteriori affidamenti di rilevante importo inerenti al complesso P.O. di Santa Maria delle Grazie di Pozzuoli riguardano poi le procedure di “Ampliamento della zona di appoggio del silos ossigeno con spostamento dell’ingresso principale del Presidio Gas Medicali dell’Ospedale Santa Maria delle Grazie – Pozzuoli” (CIG: 7789473C75, importo a base d’asta: 149.324 euro) aggiudicata da Adiramef s.r.l., e di “Lavori di adeguamento degli ambienti interni alla U.O.C. Cardiologia, realizzazione di nuovo impianto elettrico, quadro di reparto, installazione di nuovo UPS, nuova saletta di ingresso ed attesa, locale aritmologia e Corpo di Guardia P.O. Pozzuoli” aggiudicata da Favorita 81 Soc. Coop. (CIG: 7909246446, importo a base d’asta: 161.240 euro).

Il medesimo modus operandi si rinviene anche negli affidamenti aventi ad oggetto lavori di ristrutturazione, manutenzione ordinaria e straordinaria, riparazione ed interventi tecnici realizzati presso il presidio ospedaliero di Frattamaggiore, che nelle tre annualità ammontano a 425, per un importo complessivo superiore a 3.300.000 euro, la maggior parte delle quali, affidati in via diretta ex art. 36 D.lgs. 50/2016, risultando esperite solo 11 procedure aperte/negoziate.

Dalla documentazione acquisita è emerso un generale ricorso ad affidamenti diretti, anche di piccolo importo (da poche centinaia di euro) effettuati nel tempo in riferimento a tutte le strutture coinvolte, ovvero presso i DDSSM Asl Napoli 2 Nord, P.O.S. di Giuliano, di Procida, D.M. di Acerra, D.S di Caivano, Casoria e Ischia.

In particolare preme evidenziare che in 3 anni siano stati affidati in via diretta ben 80 commesse di importo oscillante tra 39.200 euro e 39.990 euro, ovvero prossimo al limite massimo consentito per l’affidamento diretto, nonché altrettante commesse di importo superiore a 38.500 euro.

In relazione alle contestazioni avanzate, l’Azienda ha fatto pervenire le proprie controdeduzioni rilevando preliminarmente che *“le strutture dell’Asl Napoli 2 Nord sono n. 76 e di variegata consistenza (tra cui 5 presidi ospedalieri) ma soprattutto che le stesse sono disseminate su un territorio che comprende 32 comuni ed un utenza di 1.150.000 abitanti)”* per cui *“le richieste dei responsabili delle strutture (ospedali e strutture territoriali) arrivano al Servizio Tecnico centrale il quale, vagliata l’oggettività, smista al preposto tecnico referente le richieste con ordine a*

provvedere. Il tecnico preposto, ricevuto l'ordine a provvedere, procede alla sua quantificazione (computo metrico ed analisi prezzi) e lo sottopone, con un "Verbale a Contrarre" riportante tutti gli aspetti amministrativi contemplati dal Codice, al dirigente il quale, previa negoziazione dell'importo proposto a base di contrattazione, provvede a firmarlo. Successivamente la documentazione passa di nuovo al preposto per la richiesta del CIG (smart CIG) e, quindi, ritorna al dirigente per l'ordinativo alla ditta esecutrice, che, previa negoziazione, accetta l'incarico sottoscrivendo lo stesso per accettazione incondizionata."

Circa l'asserito artificioso frazionamento di appalti di lavori, realizzato tramite continui affidamenti diretti di importo inferiore ai 40.000 euro, la Stazione appaltante sul punto, lamentando la necessità di far fronte con immediatezza ed in modo mirato alle variegate richieste che quotidianamente pervengono al servizio tecnico centrale dall'enorme quantitativo di strutture sanitarie ubicate sul territorio, immediatezza dettata dal non incorrere in criticità ben maggiori in caso di mancato intervento e/o dall'impossibilità di procrastinare interventi (anche banali) che comportano o potrebbero comportare gravi disservizi nell'erogazione delle prestazioni sanitarie", evidenzia che "gli interventi, quindi, vengono trattati così come pervengono e le richieste non sono mai oggetto di frazionamento, tantomeno artificioso, data la natura specifica delle richieste, così come gli importi che derivano esclusivamente da una quantificazione applicando le tariffe vigenti delle OO.PP. o in mancanza (come previsto dal Capitolato Generale d'Appalto) procedendo ad analisi del prezzo delle singole lavorazioni. le procedure di gara esperite (negoziata e/o aperta) trovano sempre motivazioni in specifiche richieste e/o esigenze aziendali e, non sono mai oggetto di frazionamento artificioso, nemmeno nei casi previsti dal comma 6 dell'art. 35 del Codice" ... *tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificano ...*". Infatti esse riguardano lavorazioni da eseguirsi in allocazioni diverse e/o in immobili diversi, richieste in differiti termini temporali, relativi a variegata tipologie di lavori."

Nelle procedure sopra menzionate, ed in ulteriori, acquisite a seguito dell'avvio del procedimento, si rileva, inoltre, che le stesse sono state affidate, con grande frequenza, ai medesimi operatori, in violazione del principio di rotazione degli incarichi, con il conseguente consolidarsi di posizioni di potere in capo ad alcuni di essi, in assenza di un apparato motivazionale stringente che giustificasse il riaffidamento. In particolare, in soli 3 anni Cor.Ser s.r.l. risulta affidataria di circa 232 commesse (in particolare 94 solo nel 2018, per una media statistica di circa 7 affidamenti al mese), Adiramef s.r.l. risulta affidataria di circa 230 commesse (di cui almeno 114 solo nel 2018), mentre Zeta s.r.l. risulta aggiudicataria di più di 150 commesse (nel 2018 ben 93) aventi ad oggetto in via quasi esclusiva vari appalti di lavori presso il P.O di Pozzuoli; parimenti Tecnology Impianti s.r.l. risulta affidataria di ben 120 commesse in 3 anni riguardanti in via quasi esclusiva lavori e forniture di carattere elettrico. Affidamenti ricorrenti si riscontrano anche in riferimento a Ferrotecnica s.r.l. (90 nel triennio) Edil Fergi s.r.l. (76 commesse), Lima Petroli (64) AN.TI (55), Soc. Coop. La Nuova Napoli (40), Aquilea (38).

In minor misura, purtuttavia ricorrente e sintomatica di un rapporto clientelare appare, inoltre l'affidamento a molti altri operatori tra cui basta citare Ital Costruzioni, Gi.ma, Mec. San Service, Meca, Mgm, Pama, Peretti.

In relazione a tale contestazione, l'Asl Napoli 2 Nord, nelle proprie controdeduzioni, ha evidenziato il pieno rispetto del principio di rotazione di cui all'art. 36 D.lgs. 50/2016, rilevando preliminarmente che "Nella comunicazione di avvio del procedimento si fa rilevare in particolare il reiterare degli inviti ad alcune società quali: Zeta s.r.l., La Nuova Napoli Soc. Coop. , Edil Fergi s.r.l. e Cytex s.r.l.;Ebbene, tale rilievo risulta infondato in quanto il mero invito non ha determinato la violazione del principio di rotazione ma è stato finalizzato a conseguire la massima partecipazione nel rispetto del principio di concorrenza; ciò in linea con l'orientamento giurisprudenziale soprarichiamato

ed al fine di ottenere l'offerta più vantaggiosa per la Stazione Appaltante”, pur dando, conclusivamente, atto che “se da una "prima" lettura dei dati (nominativo ditta, CIG, importi e sintetiche descrizioni) potrebbe rilevarsi una presunta violazione del principio di rotazione degli operatori economici, deve ritenersi che in concreto non si è determinata alcuna violazione, se solo si consideri, che la scelta dell'operatore è avvenuta nel rispetto del principio di concorrenzialità e della massima partecipazione, tenendo in debito conto che trattasi di affidamenti riguardante settori speciali qual è quello sanitario.”

In particolare nella relazione si fa riferimento al fatto che “buona parte degli affidamenti posti in essere vengono eseguiti in ambienti sanitari ove, oltre alle normali accortezze che le imprese devono prestare, è opportuno e necessario che le stesse siano dotate di quelle capacità e professionalità tali da poter eseguire lavori ed in genere attività in ambienti sanitari. Questo presuppone che le aziende affidatarie siano a conoscenza, in modo approfondito, delle "dinamiche" dei reparti, degli impianti in dotazione al luogo in cui intervenire, nonché di quella formazione professionale tale da "contenere" il livello di interferenze e di disagio, posto che i lavori vengono svolti in "contiguità" con le attività sanitarie; ne consegue che nell'affidamento di lavori, come detto innanzi, in maggior parte da eseguire in ambiti sanitari, assume particolare importanza l'idoneità professionale dell'affidatario che non può essere il "primo" risultante da una semplice procedura amministrativa, previa selezione operata da un elenco generale disponibile sulla rete, al fine di garantire una concorrenzialità e la migliore offerta. La selezione tra gli operatori viene effettuata, come detto, mediante l'utilizzo di un elenco in possesso della stazione appaltante, ove sono inserite le imprese per categorie e classifiche che hanno partecipato a selezioni negli ultimi quattro anni e che ne hanno fatto richiesta. Detto elenco viene aggiornato periodicamente nell'interesse della stazione appaltante.”

Ritenuto in diritto

1. Dell'artificioso frazionamento degli appalti

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame attiene all'artificioso frazionamento di appalti di lavori, realizzato tramite continui affidamenti diretti ex art. 36 D.Lgs. n. 50/2016, di importo inferiore ai 40.000 euro, al fine di eludere le procedure di gara.

Preliminarmente si osserva la non conformità delle procedure esaminate nell'atto di avvio del procedimento, nonché di quelle di cui alla tabella allegata nelle controdeduzioni, con la normativa di cui all'art. 35 D.lgs. n. 50/2016, secondo cui al fine di evitare un'applicazione strumentale del criterio di calcolo del valore di un appalto, la scelta del metodo per il calcolo non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificino.

Secondo quanto disposto dalle Linee Guida Anac n. 4, approvate con delibera n. 1097 del 26.10. 2016 e aggiornate con delibera n. 206 del 1.3. 2018, tale disposizione si applica anche agli appalti sotto soglia, per cui è da ritenersi illegittimo il frazionamento elusivo di un appalto avente lo scopo di sottrarlo dalle procedure di evidenza stabilite dal codice per le diverse soglie di affidamenti.

Il divieto di frazionamento di un appalto assurge, infatti, a principio generale, avente la finalità di sottrarre da indebite ed arbitrarie scelte di “comodo” l'affidamento diretto di commesse che richiedono procedure di evidenza pubblica.

Orbene, nel caso di specie, l'Azienda Asl Napoli 2 Nord, attraverso continui affidamenti diretti di importo inferiore ai 40.000,00 €, o con ricorso a procedure semplificate, ha frazionato in maniera

artificiosa vari appalti di lavori, nonché misti di servizi e forniture, relativi non solo alle procedure oggetto dell'avvio dell'istruttoria, ma anche ulteriori, al fine di evitare il ricorso a procedure ad evidenza pubblica maggiormente concorrenziali.

In particolare, dalla documentazione acquisita si può rilevare che in 3 anni l'Azienda ha operato quasi esclusivamente affidamenti diretti, avendo disposto, in un totale di circa 3.830 appalti, solo 45 procedure negoziate/aperte; da ciò discenderebbe che la medesima avrebbe affidato in via diretta senza il ricorso ad alcuna procedura più di 3600 commesse, aventi un valore complessivo superiore a 20 milioni di euro, la maggior parte dei quali inerenti a lavori di manutenzione, ordinaria e straordinaria, riparazione ed interventi tecnici urgenti.

In particolare il riscontro di un notevole numero di affidamenti diretti di importo prossimo alla soglia dei 40.000 euro, nei termini sopra analizzati, induce a rilevare che l'importo degli stessi sia stato artificialmente ridotto al fine di far rientrare l'intervento nelle soglie massime indicate dalla legge per ricorrere all'affidamento diretto, ovvero a procedure di scelta del contraente semplificate, che limitano la concorrenza, con evidenti ripercussioni in materia di trasparenza, pubblicità, tutela ed apertura del mercato, condizionando drasticamente la possibilità di confronto tra gli operatori.

A titolo puramente esemplificativo basti rilevare che nella medesima data del 19.04.2017 la S.A. abbia disposto in via diretta n. 3 affidamenti in favore di Coser s.n.c. e di Edil Sar tutti aventi ad oggetto lavori di manutenzione straordinaria presso i locali di Via Staffetta in Giugliano.

Parimenti, in riferimento ai lavori di manutenzione sopra analizzati presso il P.O. Santa Maria delle Grazie di Pozzuoli, si rileva che in 2 giornate consecutive siano stati affidati in via diretta lavori a Co.Ser (determina del 20.03.2018 - 27.109 €), ed in favore di Edil Sar Società Cooperativa (determina del 21.03.2018 - importo 3.750 €). Ulteriori affidamenti ravvicinati, derivanti da procedure negoziate, inoltre vengono in considerazione, sempre in riferimento ai lavori de quo, anche nelle procedure aggiudicate a Technology Impianti s.r.l. con delibera n. 779 del 22.06.2018 (importo a base d'asta: 348.135 €), Zeta s.r.l. con le delibere numero 609 del 17.05.2018 (importo a base d'asta: 213.197 €), 774 del 22.06.2018 (importo a base d'asta: 292.699 €), 872 del 11.07.2018 (importo a base d'asta: 371.601€), e 895 del 09.07.2019 (importo a base d'asta: 7.192.063 €), in quanto in poco più di due mesi risultano espletate procedure negoziate per un importo complessivo superiore a 8 milioni di euro aventi ad oggetto lavorazioni analoghe da effettuarsi presso la medesima struttura.

L'affidamento diretto, peraltro, rappresenta, un'eccezione rispetto alla regola della procedura di evidenza pubblica, e necessita, dunque, di un apparato motivazionale non riscontrabile nei verbali a contrarre forniti dalla stazione appaltante in sede di riscontro, né nella relazione esplicativa in cui si fa riferimento, esclusivamente alla necessità di una risposta immediata e mirata alle variegate richieste che pervengono all'ufficio.

Come espresso da Questa Autorità con delibera n. 1041 del 14.12.2018, nonché dalle sovramenzionate Linee Guida, infatti, il ricorso all'affidamento diretto deve essere debitamente motivato in ordine alle ragioni del ricorso a tale procedura, ed in merito ai criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte, elementi, peraltro, non rinvenibili delle determinate adottate dalla stazione appaltante.

Inoltre, secondo le medesime Linee Guida *“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 ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo”*.

Emerge, dunque, la necessità di una programmazione mirata ed efficace, che tenga conto sia delle

effettive disponibilità finanziarie, sia della necessità degli interventi da realizzare.

Per tale motivo si ritiene di non poter condividere le eccezioni sollevate dall'Azienda in merito alla *“necessità di far fronte con immediatezza ed in modo mirato alle variegate richieste che quotidianamente pervengono al servizio tecnico centrale dall'enorme quantitativo di strutture sanitarie ubicate sul territorio, immediatezza dettata dal non incorrere in criticità ben maggiori in caso di mancato intervento e/o dall'impossibilità di procrastinare interventi (anche banali) che comportano o potrebbero comportare gravi disservizi nell'erogazione delle prestazioni sanitarie”*.

Tale assunto non può ritenersi accoglibile in quanto, pur dando atto dell'ampiezza del territorio di competenza dell'Asl, è purtuttavia necessario rilevare che gli appalti oggetto della presente indagine riguardano quasi esclusivamente lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, ed in quanto tali, necessitanti di una programmazione mirata ed efficace. Un'attività di previsione oculata consente infatti un'organizzata disponibilità di risorse e tempi necessari per l'espletamento delle attività necessarie, soprattutto con riferimento ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, oggetto delle procedure de quo; pertanto l'Azienda non può assurgere a scusante proprie carenze organizzative e redazionali degli atti di programmazione.

Si rileva, infatti, che i lavori oggetto di affidamento sono per la gran parte fungibili e dunque realizzabili da una pluralità di operatori, inoltre si osserva che anche in riferimento al medesimo settore d'intervento, sono stati effettuati diversi affidamenti al medesimo operatore “specializzato”.

Si osserva, conclusivamente, che al fine di garantire la continuità dei servizi e l'eventuale realizzazione di “lavorazioni” distinte, l'Azienda avrebbe potuto, per esempio, indire un'unica procedura e articolarla in lotti, ovvero ricorrere ad un accordo quadro trattandosi principalmente di manutenzione ordinaria. Queste soluzioni, maggiormente confacenti alla ratio del divieto di artificioso frazionamento dell'appalto, avrebbero consentito il più puntuale rispetto della normativa italiana e comunitaria, insieme al soddisfacimento delle esigenze della S.A.

2. Della violazione del principio di rotazione

Come sopra esposto, ulteriore criticità riscontrabile nell'operato della S.A. attiene alla violazione del principio di rotazione degli affidamenti, previsto e sancito dall'art. 36 D.lgs. 50/2016.

Come ribadito da Questa Autorità in varie determinazioni e nelle Linee Guida n. 4, approvate con delibera n. 1097 del 26.10. 2016 e aggiornate con delibera n. 206 del 1.3. 2018, tale principio assume valenza generale, valevole anche per gli affidamenti diretti, nei quali deve essere garantita l'effettiva possibilità di partecipazione alle micro, piccole e medie imprese ed evitare lo stabilizzarsi di rendite di posizione in capo ad alcuni operatori, cui possono derivare vantaggi dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti non è elevato.

La stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese (delibera 1180 del 18.12.2018; delibera n. 397 del 17.04.2018).

Tale principio, che nelle procedure negoziate comporta il divieto di reinvito dell'aggiudicatario, nonché dell'operatore invitato non aggiudicatario, negli affidamenti diretti ex art. 36 comma 2 lett. a) D.lgs. 50 /2016 prevede il divieto di riaffidamento nei confronti del contraente uscente.

L'applicabilità del principio di rotazione anche alle procedure semplificate è, infatti, espressamente

sancita dalla Linee Guida secondo cui *“l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione degli inviti e degli affidamenti, di tutela dell'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, nonché dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale e del principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi.”*

Per tale motivo non pare, preliminarmente, accoglibile l'assunto prospettato dalla S.A. secondo cui *“in relazione alle procedure di affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 36 del D. Lgs. n. 50 del 2016, definite "semplificate", l'orientamento pressoché unanime della giurisprudenza è nel senso del riconoscimento dell'ampia discrezionalità dell'Amministrazione, anche nella fase dell'individuazione delle ditte da consultare (cfr. TAR Campania sez. II n. 1336/2017).*

Né parimenti pare condivisibile il rilievo secondo cui *“il principio di rotazione in tali procedure semplificate non ha una valenza precettiva assoluta, nel senso di vietare alle stazioni appaltanti, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Ed infatti, il combinato disposto dagli artt. 36, I comma e 30, I comma del codice degli appalti pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, per cui non parrebbe sussistere ostacoli ad invitare (anche) il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale, e ciò alla stregua del criterio della massima partecipazione.”*

Sebbene infatti il divieto di riaffidamento non assuma valenza assoluta, ritenendo ammissibile una deroga, è necessario, tuttavia che la stazione appaltante che reinvi o riaffidi al contraente uscente motivi in maniera puntuale la scelta *“in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento”* (Linee Guida n. 4). Sul punto, anche il Supremo Consesso rileva la necessità che la stazione appaltante motivi in maniera puntuale *“ferma la necessità che la motivazione relativa dia esplicitamente conto della non ricorrenza nel singolo caso dell'ipotesi di un arbitrario ed elusivo frazionamento della commessa, assumendo a tal fine come riferimento un periodo pari a tre anni solari”* (Consiglio di Stato, parere 361/2018).

Ebbene, nel caso di specie non risultano in alcun modo motivati i frequenti riaffidamenti effettuati in favore di Cor.Ser s.r.l., Adiramef s.r.l., Zeta s.r.l., Tecnology Impianti s.r.l., Ferrotecnica s.r.l. e Edil Fergi s.r.l.

Né possono essere accolte le considerazioni svolte dalla Stazione Appaltante in merito ai riaffidamenti secondo cui *“buona parte degli affidamenti posti in essere vengono eseguiti in ambienti sanitari ove, oltre alle normali accortezze che le imprese devono prestare, è opportuno e necessario che le stesse siano dotate di quelle capacità e professionalità tali da poter eseguire lavori ed in genere attività in ambienti sanitari. Questo presuppone che le aziende affidatarie siano a conoscenza, in modo approfondito, delle "dinamiche" dei reparti, degli impianti in dotazione al luogo in cui intervenire, nonché di quella formazione professionale tale da "contenere" il livello di interferenze e di disagio, posto che i lavori vengono svolti in "contiguità" con le attività sanitarie; ne consegue che nell'affidamento di lavori, come detto innanzi, in maggior parte da eseguire in ambiti sanitari, assume particolare importanza l'idoneità professionale dell'affidatario che non può essere il "primo" risultante da una semplice procedura amministrativa, previa selezione operata da un elenco generale disponibile sulla rete, al fine di garantire una concorrenzialità e la migliore offerta.”* Sebbene, infatti, l'elevato grado di soddisfazione, inerente all'esecuzione a regola d'arte, alla qualità della prestazione, al rispetto dei tempi e dei costi pattuiti dei precedenti contratti conclusi, e la specificità del

settore possa, in linea astratta, giustificare il riaffidamento e consentire una deroga al principio di rotazione, tuttavia, l'applicazione dello stesso "non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento." (Linee Guida n. 4) Tale ipotesi sembra ricorrere proprio nel caso di specie, in cui la stazione appaltante, spaccettando in maniera artificiosa vari appalti ha affidato gli stessi, in via diretta e senza alcuna procedura ai medesimi operatori, in assenza di qualsiasi motivazione.

Devesi, altresì, rilevare che la maggior parte di tali appalti, pur da realizzarsi in ambito "sanitario" riguarda, come anzi detto, lavori di manutenzione ordinaria fungibili, e come tali, prestabili da una molteplicità di operatori, soprattutto in un ambiente vasto come quello di competenza dell'azienda.

Per quanto attiene l'ambito oggettivo di applicazione del criterio di rotazione, l'Autorità, nelle sovramentionate Linee Guida, ha provveduto a circoscriverlo ai casi in cui vi sia omogeneità merceologica con la gara immediatamente precedente.

Muovendo dalla ratio di esclusione dall'invito dei soggetti aggiudicatari di precedenti procedure dirette all'assegnazione di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare, si è estesa "*la portata del canone ermeneutico alle gare aventi oggetto analogo, declinando il concetto in ragione del tipo di appalto*", con riferimento all'affidamento immediatamente precedente avente ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi, rispetto all'affidamento attuale. "*Per gli appalti di lavori l'Autorità ha quindi ritenuto quale necessario presupposto oggettivo di applicazione del principio di rotazione che le due gare, quella da aggiudicare e quella immediatamente precedente, riguardino opere rientranti nella stessa categoria*" (delibera n. 539 del 06.06.2018).

Un'interpretazione evolutiva della norma di cui all'art. 36 comma 2 D.lgs. n. 50/2016, volta a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, consente di ritenere integrata la violazione del suddetto principio non solo nel caso di riaffidamento del medesimo appalto, tale da ingenerare una sorta di proroga contrattuale, bensì anche il riaffidamento di appalti rientranti nella medesima categoria senza soluzione di continuità. Secondo la giurisprudenza più recente si profila una situazione di riaffidamento a prescindere dal fatto che i diversi affidamenti debbano essere ognuno l'esatta "fotocopia" degli altri, poiché "*ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque – nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) – che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime*" (Consiglio di Stato sez V n. 1524 del 05.03.2019). La ratio della rotazione è, infatti, quella di evitare che la procedura di scelta del contraente si risolva in "una mera rinnovazione – in tutto o in parte, e comunque nei suoi contenuti qualificanti ed essenziali – del rapporto contrattuale scaduto, dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza a discapito degli operatori più deboli del mercato cui, nel tempo, sarebbe sottratta la possibilità di accedere ad ogni prospettiva di aggiudicazione".

Orbene, nel caso di specie si evidenzia che gli operatori di Cor.Ser s.r.l., Adiramef s.r.l., Zeta s.r.l., Tecnologia Impianti s.r.l., Ferrotecnica s.r.l. e Edil Fergi s.r.l. risultano affidatari di appalti rientranti nella medesima categoria merceologica. In particolare si fa riferimento, rispettivamente ad opere di

manutenzione ordinaria e riparazione di serramenti, finestre, porte, tapparelle ed in genere piccoli interventi di carattere edile, (Cor.Ser s.r.l), interventi di carattere edile e mobiliare per Adiramef s.r.l., Zeta s.r.l. e Ferrtotecnica s.r.l., e di carattere elettricistico/elettronico per Technology Impianti s.r.l.

Tutto quanto sopra ritenuto e considerato,

DELIBERA

- La non conformità delle procedure in analisi ai disposti di cui agli artt. 30, 35 e 36 D.lgs. 50/2016, in quanto lesive del divieto di artificioso frazionamento degli appalti e dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, e di rotazione degli affidamenti,
- di trasmettere, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione all'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord sollecitando la stessa al rispetto del disposto normativo, delle Linee Guida e dei principi più volte espressi da questa Autorità in merito alle illegittimità rilevate, in occasione dell'affidamento di lavori sottosoglia;

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 dicembre 2019

Il Segretario

Rosetta Greco