



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

**AMA s.p.a.**

**13/05/2015**

Oggetto: AG32/2015/AP - Azienda Municipale Ambientale s.p.a. (AMA s.p.a.) – appalti sottoposti alla misura della straordinaria e temporanea gestione ex art. 32, comma 1, lett. b) d.l. 90/2014 conv. con mod. in l. 114/2014 – servizi di raccolta, trasporto e conferimento rifiuti organici (gara n. 18/2011) - richiesta di parere.

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al prot. n. 38479 del 31 marzo 2015, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 13 maggio 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

L’istanza in esame attiene all’appalto n. 18/2011, indetto da AMA s.p.a. per l’affidamento dei servizi di raccolta, trasporto, conferimento presso l’impianto di compostaggio o presso aree di trasferimento di rifiuti organici, ed aggiudicato al Consorzio Nazionale Servizi – Società cooperativa (lotti nn. 2, 3, 4) ed alla Edera soc. coop. sociale (lotto n. 1); tale appalto (unitamente all’appalto n. 30/2013) è stato oggetto del provvedimento del 14 gennaio 2015, a firma del Presidente dell’Autorità, ai fini dell’adozione da parte del Prefetto, della misura della straordinaria e temporanea gestione delle imprese appaltatrici ai sensi dell’art. 32, comma 1, lett. b), del d. l. 90/2014, conv. in l.114/2014, limitatamente alla completa esecuzione dei contratti *de quibus*.

Con riferimento ai quesiti formulati in relazione all’appalto n. 18/2011, sembra opportuno evidenziare in via preliminare che da quanto illustrato nella nota di richiesta parere, in ordine all’intenzione di AMA s.p.a. di bandire una procedura di gara per l’affidamento dei servizi oggetto degli appalti sottoposti a commissariamento, emerge che la società non ha posto in essere una adeguata programmazione dei servizi stessi.

A tal riguardo si evidenzia che l’Autorità ha affermato in molteplici pronunce (*ex multis* determinazione n. 5 del 6 novembre 2013, recante «Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture») che per i servizi e le forniture (così come per i lavori), ai sensi dell’art. 271 del d.p.r. 207/2010, la programmazione non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l’ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell’azione amministrativa. In questo senso, la fase della programmazione e quella della progettazione appaiono funzionali a garantire una visione di insieme dell’intero ciclo di realizzazione dell’appalto, migliorando le chance di un’efficiente gestione dello stesso, a partire dall’individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

L'importanza della fase di programmazione «appare con maggior evidenza ove si consideri che dalle attività di vigilanza dell'Autorità è emerso che negli appalti di servizi e forniture, la carenza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti genera criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa. Le criticità illustrate inducono a ritenere la fase della programmazione negli acquisti di beni e servizi come fondamentale ai fini di una compiuta valutazione delle strategie di approvvigionamento da parte delle stazioni appaltanti» (determinazione n. 5/2013 cit.).

Appare, dunque, evidente l'importanza di una tempestiva ed adeguata programmazione per l'acquisizione di beni e servizi da parte delle stazioni appaltanti, quale momento fondamentale dell'appalto, in quanto finalizzata a mettere in atto per tempo l'iter procedurale per il suo affidamento ed a definire al meglio le modalità di esecuzione dello stesso.

Dalle considerazioni svolte emerge, quindi, che AMA s.p.a. avrebbe dovuto programmare per tempo l'espletamento della procedura di gara per l'affidamento dei servizi già oggetto dell'appalto sopra indicato.

Quanto sopra appare ancor più evidente ove si consideri che i contratti relativi alla gara 18/2011 (distinta in 5 lotti), aggiudicati in data 5 dicembre 2012 ed attivati nello stesso mese con richiesta di anticipata esecuzione (poi sottoscritti in data 18 marzo 2013 con Edera soc. coop. soc. a r.l. e in data 28 febbraio 2013 con CNS soc. coop., per una durata di 24 mesi), devono ritenersi ormai *conclusi*, atteso che – come evidenziato dalla società istante - le risorse finanziarie ad essi riferibili sono di fatto esaurite, e inoltre per tali contratti è stata già esercitata sia l'opzione dell'incremento fino a un quinto dell'importo contrattuale, sia l'estensione contrattuale ai sensi dell'art. 57, comma 5, del d.lgs. 163/2006.

Tali considerazioni, oltre a confermare la carenza di adeguata programmazione degli acquisti da parte della società, nei termini in precedenza illustrati, rende altresì palese che non appare percorribile la prima delle soluzioni proposte nella nota di richiesta parere, in ordine alla possibilità di ritenere ancora “efficaci” i contratti *de quibus*.

Allo stesso modo, non può trovare accoglimento la seconda soluzione proposta dalla società, in ordine alla possibilità di procedere ai sensi dell'art. 57 del Codice, incaricando *ex novo*, per lo svolgimento del servizio, i soggetti attualmente operanti, per ragioni di urgenza e di non immediata fungibilità dei servizi.

La società si riferisce alla possibilità di attivare una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, al fine di concludere un contratto d'appalto con l'originario aggiudicatario, per ragioni di urgenza.

La norma invocata dispone, infatti, (tra l'altro) che le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre, nelle ipotesi ivi



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

indicate, tra le quali «(...) quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti» (art. 57, comma 2, lett. c) del d.lgs. 163/2006).

Anche con riferimento a tale disposizione l'Autorità è intervenuta con numerose pronunce, affermando che i presupposti previsti dall'art. 57 del Codice, costituiscono un'eccezione alla regola generale della massima concorsualità e come tali debbono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva. L'estrema urgenza può legittimare un affidamento diretto ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), quanto risulta da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili (anche per ritardo di attivazione dei procedimenti) (Parere sulla Normativa del 13/03/2013 - rif. AG28/12).

Dunque perché l'Amministrazione possa procedere all'affidamento di un appalto tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, nell'ipotesi di cui all'art. 57, comma 2 lett. c) del Codice, occorre che l'urgenza richiamata dalla norma non sia addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità (del. Aut. n. 30/2011, del. n. 22/2011, del. n. 21/2008).

Da quanto sopra, appare evidente che nel caso di specie non sussistono i presupposti tassativi per l'applicazione della disposizione dell'art. 57, comma 2, lett. c), del Codice, atteso che l'urgenza invocata da AMA s.p.a. a tali fini deriva, invero, da una evidente carenza di programmazione degli acquisti da parte della stessa società.

Quest'ultima, nel rispetto delle disposizioni dettate dal d.lgs. 163/2006 è, dunque, tenuta ad esperire una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi oggetto del precedente appalto n. 18/2011.

Si rappresenta a tal riguardo, che le stesse disposizioni del Codice stabiliscono all'art. 125, la possibilità di ricorrere ad acquisti in economia (anche) per forniture e servizi, nei limiti degli importi e nei casi indicati nei commi 9 e 10. Tale ultimo comma dispone, infatti, che «l'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze. Il ricorso all'acquisizione in economia è altresì consentito nelle seguenti ipotesi (...) d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, *ovvero per l'igiene e salute pubblica*, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale». L'art. 125, comma 11, stabilisce altresì che per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante (per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento). Infine, la norma specifica che l'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente.

Con riferimento agli acquisti in economia, deve altresì richiamarsi l'art. 329 del d.p.r. 207/2010 a tenore del quale nel rispetto degli atti di programmazione eventualmente previsti delle amministrazioni aggiudicatrici, le stazioni appaltanti possono fare ricorso alle procedure di acquisto in economia nelle ipotesi tassativamente indicate all'articolo 125 del Codice, nonché delle ipotesi specificate in regolamenti o in atti amministrativi generali di attuazione, emanati da ciascuna stazione appaltante con riguardo alle proprie specifiche esigenze, ai sensi dell'articolo 125, comma 10, del codice. Il successivo art. 331 precisa, al comma 2, che le procedure in economia devono essere espletate nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. L'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario (secondo la procedura definita dall'art. 334) è soggetto ad avviso di postinformazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.

Come chiarito dall'Autorità (determinazione n. 2 del 6 aprile 2011, recante «Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'articolo 122, comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163»), il cottimo fiduciario di cui all'art. 125 del Codice, nonostante il carattere semplificato, rimane una procedura negoziata, pertanto soggiace all'osservanza dei principi posti dal Codice in tema di affidamento dei contratti. Il cottimo fiduciario è, quindi, un contratto con contenuto semplificato affidato mediante procedura negoziata, la cui disciplina deve essere rinvenuta, oltre che nell'articolo 125, anche all'interno del Codice. Le stazioni appaltanti devono assicurare, comunque, che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori.

Il d.lgs. 163/2006 contempla, dunque, la possibilità per le stazioni appaltanti, di ricorrere alla procedura sopra descritta, ancorché nei casi indicati dall'art. 125 o negli atti regolamentari adottati dalle singole stazioni appaltanti con riferimento a proprie specifiche esigenze, e nel rispetto delle disposizioni recate dalla suindicata disposizione normativa e dalla relativa disciplina attuativa.

Tra tali casi, come visto, è inclusa l'urgenza determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, *ovvero per l'igiene e la salute pubblica*, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

Tale disposizione potrebbe trovare applicazione nel caso in esame, al fine di individuare tempestivamente un operatore economico al quale affidare - *per il tempo strettamente necessario per*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

*l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica - i servizi già oggetto del precedente appalto n. 18/2011, e garantire lo svolgimento degli stessi nelle more dell'espletamento della predetta gara, scongiurando così situazioni di pericolo per l'igiene e la salute pubblica.*

La stazione appaltante dovrebbe, quindi, avviare senza indugio la procedura contemplata nell'art. 125, comma 11, del Codice, per contratti di importo non superiore a quello indicato nel comma 9 della stessa disposizione (euro 207.000 per le stazioni appaltanti di cui all'art. 28, co.1, lett. b) e con i limiti temporali sopra definiti, e contestualmente provvedere all'indizione di una procedura di gara "ordinaria" per l'affidamento a terzi dei servizi stessi.

Pertanto, in relazione a tale gara e con riferimento all'esigenza di tutela dei posti di lavoro dei soggetti attualmente impiegati nello svolgimento dei servizi *de quibus* (ed evidenziata nella documentazione in atti), resta ferma la possibilità – ai sensi dell'art. 69 del Codice – di inserire, fra le condizioni di esecuzione del contratto, la cd. clausola sociale, chiamata anche di assorbimento del personale impiegato dal precedente aggiudicatario (in relazione a tale possibilità, peraltro, l'Autorità ha chiarito che l'obbligo di reperimento dei lavoratori dal precedente affidatario può essere consentito soltanto previa valutazione di compatibilità con l'organizzazione di impresa, nel duplice senso che sia il numero dei lavoratori sia la loro qualifica devono essere armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative previste; Parere Autorità AG44/2013).

\* \* \*

Alla luce di quanto sopra e con riferimento alla richiesta di parere formulata da codesta Società, si ritiene conclusivamente che la stessa sia tenuta ad espletare una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi oggetto dell'appalto n. 18/2011 e che, al fine di garantire la continuità del servizio, scongiurando situazioni di pericolo per l'igiene e la salute pubblica, possa ricorrere alla procedura prevista e disciplinata dall'art. 125 del Codice, per l'individuazione di un operatore economico in possesso dei prescritti requisiti di ordine generale e speciale, al quale affidare i predetti servizi per il tempo strettamente necessario allo svolgimento della gara d'appalto sopra indicata.

Si richiama, infine, la società ad una più attenta applicazione delle disposizioni del Codice e del Regolamento in tema di programmazione degli acquisti da parte delle stazioni appaltanti.

*Raffaele Cantone*