



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 536 del 6 giugno 2018

Fascicolo n. 2834/2016

Oggetto: Isp. 33/2015 Visita ispettiva ai sensi dell'art. 213, commi 3, 5 del d.lgs. 50/2016 (già art. 6, comma 9, lettere a) e b) del d.lgs. 163/2006) presso l'Automobile Club d'Italia.

Il Consiglio

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

Premesse

A seguito del mandato presidenziale del 19 ottobre 2015 e pertinente relazione ispettiva approvata in Consiglio nell'adunanza del 18 maggio 2016, l'ANAC ha inoltrato una comunicazione di risultanze istruttorie (CRI) con nota del 4.7.2016, con la quale sono stati contestati diffusi errori nella catalogazione delle procedure nel sistema SIMOG dell'Autorità nonché un ricorso frequente agli affidamenti in economia e alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando.

Con la stessa CRI si è rilevato che nel periodo oggetto di verifica ispettiva (1.7.2012/30.6.2015) l'ACI ha acquisito approssimativamente n. 3620 CIG/SmartCIG, per un valore economico pari a circa € 173.500.000 (centosettantatremilioni e cinquecentomila euro), a cui corrisponde un'acquisizione media di n. 4 GIG/SmartCIG al giorno.

Questi ultimi dati hanno evidenziato una considerevole attività di negoziazione da parte dell'ACI in termini di numero di procedure e di importi modesti, che rivelano una parcellizzazione delle acquisizioni, in particolare, di servizi e forniture.

Dall'esame istruttorio sulle procedure di affidamento selezionate, ad esclusione delle procedure (n. 182) relative al servizio di riscossione, sono emersi, in estrema sintesi, i seguenti profili di anomalia rispetto ad alcuni principi generali di cui alla disciplina del Codice dei contratti pubblici e del Regolamento di attuazione, quali:

1. frequente ricorso a procedure negoziate con un unico operatore economico, in alcuni casi anche

di importo consistente. Per tali affidamenti è stato invocato il diritto di esclusività quasi sempre non sufficientemente documentato e comunque non preceduto da un'indagine di mercato, preliminare alla selezione degli operatori economici, che dimostri l'oggettiva esistenza di un unico operatore in grado di offrire quanto richiesto dalla stazione appaltante;

2. assenza della documentazione preliminare alle procedure di affidamento con particolare riferimento alla stima dell'importo del contratto ed alla determina a contrarre;
3. mancato inserimento dei dati degli appalti riferiti alle procedure espletate i cui CIG non erano stati perfezionati dai responsabili dei procedimenti;
4. non correttezza dell'inserimento dei dati nel sistema SIMOG.

Alla luce dei precedenti rilievi riportati nella citata nota di comunicazione di risultanze istruttorie, l'ACI ha replicato con nota protocollo n. 117667 del 3.8.2016, nei termini che seguono.

L'ACI, per quanto assunto, si sta impegnando alla razionalizzazione ed alla minimizzazione del rischio di ulteriori difformità procedurali attraverso un articolato processo di revisione ed ottimizzazione degli assetti organizzativi, tenendo sempre presente - oltre agli esiti delle verifiche ispettive portate avanti dall'Autorità in indirizzo - anche la novella legislativa contenuta nel d.lgs. 50/2016 e le correlate linee guida dell'Autorità in ottica di approccio sistemico alla prevenzione dei fenomeni corruttivi in ambito negoziale.

Quanto precede trova conferma, per quanto dedotto da ACI, nel processo già avviato con l'adozione nell'ambito del Regolamento di attuazione del Piano Triennale di prevenzione della corruzione 2015/2017, di una sezione specificamente dedicata alla disciplina delle procedure negoziali alla stregua della quale si prevede l'adeguamento del manuale delle procedure negoziali. Inoltre, in linea con quanto sopra, l'Ente sostiene di aver avviato il processo di centralizzazione delle procedure negoziali di maggior valenza economica. In merito agli affidamenti diretti ad unico operatore, oggetto di disamina, la valutazione della congruità e sostenibilità dell'offerta è stata, per quanto sostenuto dall'ACI, comunque svolta, ciò sarebbe comprovato dalla circostanza che le risultanze ispettive non muovono rilievi sulla congruità sostanziale dei valori coinvolti.

In ordine al mancato inserimento dei dati degli appalti dei CIG acquisiti, l'ACI dichiara la più ampia disponibilità al perfezionamento anche sotto il profilo economico.

L'ACI assicura, inoltre, l'avvenuta correzione dei dati nel sistema SIMOG entro il primo semestre del 2017 e con riferimento, in particolare, agli SmartCIG erroneamente acquisiti per affidamenti pari o superiori a €. 40.000,00, trattandosi di contratti già conclusi e processati sotto il profilo della tracciabilità dei flussi finanziari, sottopone all'Autorità la valutazione in ordine all'opportunità di annullarli onde assumere un nuovo CIG nel sistema SIMOG.

Infine l'ACI aveva manifestato l'intendimento di ricorrere alla stipula di un protocollo di vigilanza collaborativa con l'Autorità per una definizione della documentazione a supporto delle procedure di affidamento di servizi e forniture di notevole rilevanza economica.

Considerazioni

Preliminarmente appare utile analizzare alcuni aspetti di particolare rilevanza relativi alla natura giuridica dell'Automobile Club d'Italia ed alle funzioni che essa svolge.

L'ACI è un ente pubblico non economico a struttura associativa, essendo una federazione che associa 106 Automobile Club territoriali. La legge n. 70/1975 lo annovera tra gli enti preposti a servizi di pubblico interesse (parte IV della tabella allegata alla citata legge).

Gli Automobile Club territoriali a loro volta sono stati riconosciuti, ai sensi dei d.p.r. n. 665/1977 e n. 244/1978, "enti necessari ai fini dello sviluppo economico, civile, culturale e democratico del Paese" ed inseriti nella stessa categoria degli "enti preposti a servizi di pubblico interesse", nella quale la citata legge n. 70/1975 ha ricondotto l'ACI (cfr. delibera ANAC n. 11 del 20 febbraio 2013).

Tale qualificazione fa ricomprendere tra gli enti pubblici non economici tanto ACI che gli A.C. territoriali che pertanto sono qualificabili "amministrazioni pubbliche" nel contesto del d.lgs. n. 175/2016.

Oggetto sociale dell'ACI è la rappresentanza e tutela degli interessi generali dell'automobilismo italiano". Questo obiettivo viene perseguito mediante lo svolgimento delle attività indicate dallo statuto, il quale distingue tra attività "istituzionali" (art. 4) e attività "delegate" (art. 5).

Attività istituzionali sono la promozione dell'automobilismo, l'istruzione ed educazione automobilistica, l'attuazione di forme di assistenza tecnica, stradale, economica, legale, tributaria, assicurativa dirette a facilitare l'uso degli autoveicoli, la promozione dello sport automobilistico (quale federazione sportiva nazionale affiliata al CONI, ed internazionale quale affiliata alla F.I.A.).

Attività delegate dallo Stato, dalle Regioni e dalle Province sono invece le attività d'interesse pubblico volte alla gestione del Pubblico Registro Automobilistico (PRA), alla riscossione dell'imposta provinciale di trascrizione (IPT), alla riscossione delle tasse automobilistiche sulla base di apposite convenzioni con le Regioni. Tutte queste funzioni sono svolte dall'ACI con la propria organizzazione e con distinta evidenza contabile nell'ambito del proprio bilancio.

La gestione del PRA è pacificamente configurabile come attività di diritto pubblico ed è attribuita all'ACI in via esclusiva. La riscossione delle imposte e tasse invece è soggetta ad un regime concorrenziale.

Si rileva, conseguentemente, come l'ACI, nella sua veste di Ente pubblico non economico, così come statuito con la sentenza del Consiglio di Stato del 5 marzo 2012, n. 1230, nello svolgere l'attività di diritto pubblico (gestione pubblico registro automobilistico, riscossione tasse automobilistiche etc.), abbia l'obbligo di adeguarsi alla normativa del Codice dei contratti pubblici.

Ciò premesso, nel merito si procederà alla trattazione delle questioni emerse in sede di risultanze istruttorie per capitoli - ciascuno relativo alle criticità emerse in sede di verifica ispettiva e meritevole di approfondimento - evidenziando per alcune delle fattispecie rilevate con

CRI/relazione ispettiva, la controdeduzione dell'ACI con le rispettive osservazioni dell'Ufficio istruttore.

Il calcolo del valore stimato dei contratti pubblici e verifica procedure

SmartCIG (relazione ispettiva)

Gli affidamenti selezionati risultano essere n. 201. In sede di verifica degli atti trasmessi dall'ACI si è

rilevato che n. 182 riguardavano il "Servizio di riscossione dei tributi - Tasse automobilistiche" per i quali è stato richiesto un Parere all'Ufficio Anac competente in materia (UMFI) circa la necessità di acquisire il CIG, stante che trattasi, come assunto da ACI, di tracciare il trasferimento dell'aggio di riscossione fra i soggetti autorizzati mediante contratto di mandato trilaterale tra: ACI (Automobile Club d'Italia) - AC (Automobile Club Provinciale) - Delegato AC (Mandatario).

Per i restanti n. 19 SmartCIG si è rilevato che per n. 18 vi è stata l'erronea catalogazione della procedura in SIMOG e per n. 15 di questi ultimi, in considerazione dell'importo della procedura (superiori a 40.000 euro), ovvero non ricorrendone le condizioni previste per l'acquisizione di un CIG semplificato (SmartCIG), l'erronea acquisizione dello stesso. Dall'erronea acquisizione degli SmartCIG è conseguita la mancata contribuzione all'Autorità da parte dell'Ente per gli affidamenti fino a 150.000,00 euro e anche da parte degli operatori economici per gli affidamenti di importo maggiore di 150.000,00 euro.

Per n. 7 casi è risultata l'assenza della determina a contrarre/indizione della procedura. Quest'ultimo, documento essenziale, previsto dal codice dei contratti pubblici, deve contenere tutti gli elementi che sono alla base della procedura che si intende attivare (impegno spesa, modalità di scelta del contraente, valore del contratto, ecc.).

In n. 3 casi è stata rilevata l'assenza della stima preliminare dell'importo posto a base della procedura di affidamento mentre in n. 2 casi di affidamento diretto l'importo del contratto era quello offerto dall'operatore economico interpellato.

Controdeduzioni ACI

Con riferimento alla fattispecie in esame, ACI evidenzia che la maggior parte delle osservazioni attengono all'attività negoziale posta in essere dalla stessa ACI con specifico riferimento a quella di riscossione tributi. Nel dettaglio, è stato evidenziato che ACI ha richiesto, nel corso degli anni, numerosi SmartCIG, sia per tracciare i compensi di spettanza dei Punti di Servizio (PdS) e dei Poli telematici per i servizi di riscossione ed assistenza erogati in favore dei contribuenti sia, soprattutto, per i vincoli imposti dalla procedura SW interna denominata "Gestione Integrata Clienti" che richiedeva l'inserimento dello SmartCIG e/o CIG anche in presenza di contratti attivi per ACI. È stato appurato, altresì, che l'attività in parola non genera costi a carico di ACI e che si tratta esclusivamente di movimentazioni finanziarie di incasso e riversamento retrocessione tra i vari attori (ACI, AC e Delegazioni AC). Per il futuro, ad ogni modo, l'Ente non procederà più alla richiesta di tali SmartCIG per le movimentazioni finanziarie, salvo diverso avviso di codesta Autorità.

Relativamente agli altri affidamenti ACI rileva che il ricorso all'affidamento in economia, sub specie di cottimo fiduciario ex articolo 125 del vecchio codice dei contratti (d.lgs. 163/2006), trova richiamo nella normativa interna dell'Ente in vigore *ratione temporis*, che ammetteva il ricorso alle procedure in economia per le spese per: "abbonamenti anche on line a riviste, periodici, banche dati, agenzie di informazioni ... ". Ciò tenuto conto anche della particolare natura del servizio oggetto della procedura e delle ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi che consentono l'affidamento unicamente ad un operatore economico determinato, rappresentando, inoltre, che il tutto va messo in relazione alla particolare situazione di mercato che contraddistingue l'offerta informativa agenziale. Infatti, tale mercato è caratterizzato da una situazione di oligopolio.

In merito alla mancata stima del valore dell'affidamento ACI assume che è stato - anche se irrualmente - effettuato *ex ante* in modo implicito e corrisponde all'offerta delle Agenzie.

Osservazioni

Relativamente alla necessità o meno di acquisire gli SmartCIG per tracciare il servizio di riscossione delle tasse automobilistiche, non si esprimono osservazioni stante l'interessamento del competente Ufficio ex UMFI.

Viceversa, sulle altre questioni si ritiene di non condividere le giustificazioni addotte da ACI poiché con la delibera n. 853 del 20 luglio 2016, l'Anac, specificatamente sul caso dei servizi agenziali, ha ritenuto che, sia le disposizioni previgenti (l'articolo 7, comma 2, lettera b), del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e l'art. 57, co. 2, lett. b), del d.lgs. 163/2006.), sia la normativa attuale, consentono il ricorso alla trattativa privata (o procedura negoziata) soltanto nelle ipotesi - e non è il caso di specie - in cui esista un solo operatore sul mercato in grado di produrre un determinato bene per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi.

Infatti, nei casi in cui una fornitura o un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe all'evidenza pubblica, ma conseguentemente, ha richiesto che l'infungibilità fosse debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione. Documentazione, quest'ultima, risultata diffusamente assente e per cui occorre chiarire che:

- la determina a contrarre è l'atto, di spettanza dirigenziale, con il quale la stazione appaltante, pubblica amministrazione, manifesta la propria volontà di stipulare un contratto;
- l'articolo 11, comma 2 del decreto legislativo n. 163/2006 stabilisce, al secondo comma, che "prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni pubbliche decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti ...". Inoltre la determina a contrarre deve essere richiamata nel bando di gara (l'articolo 55, comma 3, del Codice dei contratti pubblici dispone che se ne "fa menzione");
- il medesimo articolo 11, comma 2, del d.lgs. 163/2006 stabilisce che con la determina a contrarre devono essere individuati "gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte". In sostanza, con tale atto devono essere individuati la prestazione contrattuale, il suo valore economico, il sistema di gara e il criterio di aggiudicazione;
- la mancata adozione della determina a contrarre, in quanto atto amministrativo, la sua eventuale nullità o la presenza di un vizio di legittimità che la renda annullabile, determinando

un vizio dell'iter procedimentale che riguarda la formazione della volontà contrattuale del soggetto pubblico, si riflette su tutti gli atti del procedimento di gara compreso il provvedimento di aggiudicazione ed il successivo contratto.

Infine, occorre chiarire una volta per tutte che la stima degli affidamenti (*rectius*: calcolo della spesa necessaria all'acquisizione) nei servizi e forniture è espressamente disciplinata in forza del combinato disposto di cui agli articoli 5, comma 5, lett. *d*) e 94 del d.lgs. 163/2006 nonché articolo 279 del d.P.R. 207/2010, quale elemento della progettazione e non può mai essere "implicita" in virtù della dizione della norma per cui "*il progetto contiene: a) la relazione tecnica... c) il calcolo della spesa ...*" e del principio del buon andamento della PA che, per evitare abusi lesivi della trasparenza dell'azione amministrativa, richiede che l'atto amministrativo sia rappresentato in forma scritta e debitamente motivato (cfr. articoli 2 e 3 della legge 241/1990).

Cottimi fiduciari (relazione ispettiva)

Con riferimento alle 21 procedure di affidamento mediante cottimo fiduciario, selezionate per le verifiche ispettive, si rileva che in 5 casi risulta assente la determina a contrarre/indizione procedura e in 7 casi l'assenza della documentazione comprovante la stima preliminare a supporto dell'importo del contratto da affidare. In 4 casi è stata erroneamente indicata la procedura nella banca dati SIMOG. Con riferimento alle procedure per le quali è risultata assente la determina a contrarre si rileva anche il mancato adempimento alle indicazioni previste all'art. 10 del Manuale delle procedure negoziali dell'Ente.

Per quanto attiene la procedura di cui al CIG 480806089F si rileva che la convenzione stipulata tra l'ACI e la Fondazione Caracciolo sembrerebbe non contenere tutte le condizioni indicate al punto 3) dell'art. 7 del manuale delle procedure negoziate dell'Ente ed in particolare quelle relative al sistema di controllo, monitoraggio e di governo-auditing del contratto e gli strumenti gestionali a supporto ovvero la previsione del ricorso alla normativa in materia di appalti pubblici per gli affidamenti di forniture, lavori e servizi.

Controdeduzioni ACI

Relativamente all'affidamento contraddistinto dal n. CIG 480806089F (Attività di supporto per erogazione servizi nell'ambito del completamento del CRISS [Centro Regionale Integrato per la Sicurezza Stradale] Campania, importo: € 615.000,00) ACI assume che la classificazione corretta doveva rientrare nell'ambito della procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ex art. 57 d.lgs. 163/2006 e che l'esclusività dell'operatore economico è data dal fatto che la Fondazione Filippo Caracciolo è stata costituita dall'ACI per l'appunto quale Centro Studi dell'Ente a supporto delle attività di promozione e sviluppo degli studi e della ricerca scientifica nei settori dei trasporti, della sicurezza stradale e della mobilità sostenibile.

Precisa ACI che la Fondazione, impegnata sin dalla sua istituzione nelle attività di formazione specialistica, ha acquisito e sviluppato uno specifico *know how* intrecciato con quello di ACI nel settore delle tecnologie applicate alla mobilità, ricercando soluzioni tecnologiche per accrescere la sicurezza stradale. Inoltre ACI evidenzia che la natura dell'affidamento non è stata ricondotta a quelle indicate al punto 3) dell'art. 7 del Manuale delle procedure negoziate dell'Ente (*in house providing*), poiché il Manuale, adottato con determinazione del Segretario Generale n. 3083 del 21 novembre 2012, è successivo sia alla data della delibera del Comitato Esecutivo dell'ACI del 25

luglio 2012 che alla data di sottoscrizione dell'Atto convenzionale tra l'Ente e la Fondazione Caracciolo del 25 settembre 2012. Evidenzia, altresì, che l'incarico di specie, iniziato il 25 settembre 2012, si è esaurito in data 31 luglio 2014 e che, dall'entrata in vigore del D.L. 92/2012 convertito con modificazioni con Legge di conversione n. 135/2012, non sono stati più conferiti altri incarichi alla Fondazione Caracciolo.

La procedura contraddistinta dal n. CIG 5364382COE afferisce alla Fornitura di servizi organizzativo-logistici (determinazioni n. 74 del 18 ottobre e n. 84 del 14 novembre 2013), di ospitalità alberghiera e di ristorazione (determinazione n. 97 del 12 dicembre 2013) in occasione del 60° Forum Internazionale delle Polizie Locali, svoltosi a Riva del Garda dal 21 al 23 ottobre 2013. La manifestazione è stata organizzata dall'ACI in attuazione dell'Accordo Quadro di collaborazione istituzionale, stipulato tra l'Automobile Club d'Italia e la Provincia Autonoma di Trento, che prevedeva, ai fini della realizzazione della citata iniziativa, il riconoscimento di un contributo di natura economica da parte della suddetta Provincia all'ACI che, per l'anno 2013, è stato pari ad € 300.000,00. Secondo ACI, nel caso di specie, trattasi di procedura di affidamento del servizio ex art. 57, c. 2, lett. b), del d.lgs. n.163/2006 (procedura negoziata senza pubblicazione di bando) e non di procedura in economia cottimo fiduciario.

Riguardo alla procedura contraddistinta con il CIG n. 5801969049 ACI assume che il valore stimato del contratto è stato determinato preliminarmente in base ad un'indagine di mercato e che il riferimento all'eventuale proroga è prevista nella determina di aggiudicazione e non nella determina a contrarre, si precisa che, comunque, l'importo a base d'asta, pari ad € 80.000,00, oltre IVA, è comprensivo dell'importo necessario al sostenimento della spesa nell'eventuale periodo di proroga, essendo stata aggiudicata la procedura per un quadriennio e per un importo annuo ed onnicomprensivo di € 15.234,40 oltre IVA.

La procedura n. CIG 5385732EA1 afferisce alla partecipazione da parte dell' ACI all'edizione 2013 del

Salone di Auto e Moto d'Epoca che costituisce la più importante manifestazione organizzata in Italia nel settore motoristico storico e che si svolge annualmente presso la Fiera di Padova - struttura fieristica gestita dalla Padova Fiere S.p.A. In attuazione di quanto deciso dal Presidente dell'ACI in ordine alla partecipazione dell'Ente all'iniziativa, secondo le modalità indicate nel contratto sottoscritto dallo stesso Presidente in qualità di legale rappresentante dell'Automobile Club d'Italia, è stata adottata la determinazione n. 75 del 18 ottobre 2013 relativa all'affidamento alla Padova Fiere SPA dell'incarico per la fornitura dei complessivi servizi organizzativo-logistici connessi alla partecipazione dell'ACI in veste espositiva al Salone di Auto e Moto d'Epoca. La relativa fornitura di servizi, così come motivato nella determinazione sopra indicata, poteva essere affidata unicamente al citato operatore economico, tenuto anche conto della privativa industriale connessa alla manifestazione di cui trattasi ed alla tutela di diritti esclusivi da ciò derivanti. Infine ACI evidenzia che la stima dell'offerta formulata dall'operatore è stata effettuata dall'Ente ma non ne è stata data evidenziazione nell'ambito della relativa determinazione di spesa, a causa di carenze nei processi adottati dall'Ente secondo le prassi dell'epoca.

La procedura n. CIG 4693608708 afferisce alla fornitura da parte della Società ACI Vallelunga all'Automobile Club d'Italia dei complessivi servizi organizzativo-logistici connessi alla presentazione della Scuola e dei Corsi di Guida Sicura ACI, mediante test e dimostrazioni di Guida Sicura eseguiti dagli Istruttori della predetta Scuola gestita dalla Società ACI Vallelunga nel contesto dell'edizione 2012 del "Motorshow - Salone Internazionale dell'Automobile", che si è svolta dal 5 al 12 dicembre 2012. In sintesi, la specificità e peculiarità del servizio è data dalle caratteristiche della scuola di formazione, dall'esperienza e competenza degli istruttori, dalle caratteristiche strutturali degli impianti dove sono erogati i corsi, dalla presenza nel territorio di più impianti e dalla relativa ubicazione oltre che dalle strutture tecnologiche e dalle procedure utilizzate per la gestione delle emergenze. Pertanto anche in questo caso, secondo ACI, trattasi, in verità, di affidamento ex articolo 57, c. 2, lett. b) del d.lgs. 163/06. Infine ACI rappresenta che, con riferimento alla stima dell'offerta formulata dall'operatore economico, la stessa è stata oggetto di trattativa con lo stesso operatore per il contenimento dei costi a carico dell'ACI, nonostante l'unicità del servizio svolto per conto dell'ACI dalla ACI Vallelunga S.p.A. Tuttavia, tale valutazione non è stata oggetto di evidenziazione nell'ambito della relativa determinazione di spesa, a causa di carenze nei processi adottati dall'Ente secondo le prassi dell'epoca.

Osservazioni

Preliminarmente occorre evidenziare che l'articolo 125, comma 4, del Decreto legislativo n. 163/2006 stabilisce che "Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata per acquisizioni di lavori beni o servizi, di entità economica non elevata, ammissibile solo nelle seguenti ipotesi: a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto; b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporre l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo; c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria; 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 (art. 125 comma 10); e previa individuazione da parte della stazione appaltante dei lavori, beni o servizi acquisibili in economia¹.

Ciò premesso, la presa d'atto dell'ACI circa l'erronea classificazione delle procedure di cui sopra e la riclassificazione delle stesse ai sensi dell'articolo 57, comma 2, lett. b) del d.lgs. 163/2006 non è condivisibile e men che meno sanante delle illegittimità con esse registrate. In particolare occorre ribadire che anche nelle ipotesi sopra rappresentate da ACI, non si rinvengono i presupposti per non ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica. Infatti, come ribadito in precedenza, l'art. 57, co. 2 lett. b) del d.lgs. 163/2006 consente il ricorso alla trattativa privata (o procedura negoziata) soltanto nelle ipotesi - e non è il caso di specie - in cui esista, e venga rigorosamente documentato, un solo operatore sul mercato in grado di produrre un determinato bene per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, ossia nelle intransigenti ipotesi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili.

¹ Cfr. Consiglio di Stato con la sentenza n. 5808 del 21 dicembre 2015

Viceversa nelle procedure oggetto d'esame e nella correlata documentazione, tale necessità viene declinata, senza la necessaria e rigorosa motivazione predetta, in ragioni di opportunità, così come nell'ipotesi che ACI dovesse necessariamente partecipare alla fiera dei veicoli d'epoca di Padova e che gioco forza fosse obbligata per ragioni di diritti esclusivi a affidare direttamente alla società gestore, ovvero che la Provincia di Trento – anch'essa giova ribadire amministrazione aggiudicatrice al pari di ACI – potesse revocare l'apporto economico all'iniziativa promozionale del Forum delle polizie se non si fosse svolta nel medesimo luogo dell'anno precedente, o ancora che la Fondazione Caracciolo sia riconosciuta, in maniera alquanto opinabile, come l'unica detentrica del *know how* scientifico sull'automobilismo, con particolare riferimento alla mobilità, alla sicurezza stradale. Inoltre permane la criticità della mancanza di una specifica indagine preliminare alla selezione degli operatori economici, che dimostri l'oggettiva esistenza di un unico operatore in grado di offrire quanto richiesto dalla stazione appaltante (cfr. AVCP Deliberazione n. 39 del 18/04/2012; Determinazioni n. 2 e n. 8 del 2011).

A tal fine si ribadisce come la giurisprudenza ha puntualizzato che la "unicità" dello "operatore economico determinato" e/o del prodotto e/o del servizio, chiesta dalla norma in parola, non esprime un concetto astratto e che la procedura di scelta del contraente prevista dall'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006, sostanziandosi in una vera e propria trattativa privata, deve essere considerata di carattere eccezionale, poiché determina una menomazione ai fondamentali principi generali di pubblicità e di massima concorsualità. Essa è pertanto utilizzabile solo in quelle peculiari situazioni dettagliatamente previste dal citato art. 57, nella sussistenza di tutti i presupposti fissati dalla legge che devono essere accertati con il massimo rigore (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2272).

Affidamenti diretti in economia (relazione ispettiva)

Gli affidamenti diretti selezionati ammontano a n. 17.

Per 14 CIG la procedura è stata da ACI erroneamente catalogata nel sistema SIMOG come affidamento diretto in economia. In 9 casi trattasi di procedura negoziata senza pubblicazione di un bando ex art 57 d.lgs. 163/2006. In 2 casi trattasi di cottimo fiduciario e negli altri 3 di affidamenti a società *in house*.

È da evidenziare sin da subito che per nessuno dei 9 CIG poteva farsi ricorso all'affidamento diretto in quanto tutti di importo maggiore di 40.000,00 euro. In 8 procedure si rileva l'assenza della determina a contrarre/indizione procedura e in 4 casi l'assenza della documentazione a supporto della stima preliminare (offerta o.e.).

Con riferimento alle procedure per le quali è risultata assente la determina a contrarre si rileva anche il

mancato adempimento alle indicazioni previste all'art. 10 del Manuale delle procedure negoziali dell'Ente.

Per quanto attiene la procedura di cui al CIG 4850000A9A si rileva che la convenzione stipulata tra l'ACI e la Fondazione Caracciolo sembrerebbe non contenere tutte le condizioni indicate al punto 3) dell'art. 7 del manuale delle procedure negoziate dell'Ente ed in particolare quelle relative al sistema di controllo, monitoraggio e di governo-auditing del contratto e gli strumenti

gestionali a supporto ovvero la previsione del ricorso alla normativa in materia di appalti pubblici per gli affidamenti di forniture, lavori e servizi.

Con riferimento ad alcuni casi specifici merita di essere analizzato l'affidamento diretto a Poste Italiane S.p.a., contraddistinto con il CIG 47535029EF, di importo di € 3.000.000,00 ed avente ad oggetto il servizio di "invio postale", ossia di recapito posta massiva ordinaria per note di cortesia o avvisi di scadenza, avvisi bonari per il recupero delle tasse automobilistiche non corrisposte a termini di legge e note di risposta alle contestazioni presentate dai contribuenti e, quindi, non come erroneamente indicato da ACI nell'oggetto della banca dati SIMOG (Notifica atti giudiziari). Tuttavia si è osservato che a seguito dell'intervenuto d.lgs. 58/2011, l'AGCOM ha chiarito che i servizi rientranti nel servizio postale universale "riservati all'operatore individuato *ex lege*" consistono nella notificazione degli atti giudiziari e delle contravvenzioni del Codice della strada e che la posta oggetto dell'affidamento *de quo* non rientri in tale casistica e, pertanto, lo stesso affidamento deve ritenersi illegittimo.

Controdeduzioni ACI

Anche per questo campione di affidamenti si registrano le giustificazioni precedentemente addotte, ossia erronea catalogazione SIMOG delle procedure; le stesse rientrano nel novero delle procedure negoziate ex articolo 57, in virtù dell'esclusività dell'operatore economico, in luogo dei cottimi fiduciari ex articolo 125 del previgente codice dei contratti pubblici. L'assenza della determina a contrarre è ritenuta superata da altri atti (*id est* delibera programmatica, delibera di approvazione del consuntivo etc.). L'affidamento diretto alla Fondazione Caracciolo non rientra nell'*in house providing*, bensì nell'affidamento ex articolo 57. Le considerazioni riguardanti l'analisi dei costi e le indagini di mercato sono state svolte all'epoca dell'affidamento ma non sono state documentate per carenza di procedure.

In merito all'affidamento dei servizi postali ACI rileva che l'importo di euro 3 milioni è stato impropriamente indicato come destinato integralmente all'acquisizione dei servizi di posta massiva. In realtà, tale importo è stato determinato in un quadro gestionale dove, rispetto ai servizi principali di notificazione degli avvisi di accertamento, la quota destinata ai servizi di posta massiva si presentava comunque minoritaria. Per quanto concerne la rilevata assenza della determina a contrarre, si precisa che, nella fattispecie, la determina n. 3192 del 28 novembre 2013 del Segretario Generale è stata adottata per autorizzare la spesa a consuntivo relativa all'anno 2013, nell'ambito di un contratto di accesso al servizio postale universale stipulato nel 2012. Le comunicazioni prodromiche *ex lege*, avvisi bonari e di scadenza nonché le note di risposta che hanno tutta esclusiva attinenza tributaria, sono ritenute, in quanto atti prodromici, meritevoli, sotto il profilo della garanzia e del formalismo della consegna, di essere attratti nell'ambito degli atti impositivi dei servizi riservati a Poste Italiane.

Inoltre, secondo ACI, il valore economico della spesa per la spedizione degli atti prodromici è minoritaria in quanto inferiore al 36 % rispetto alla spesa complessiva. Infine, con riguardo alla procedura, le attività principali in tema di sollecitazione e contrasto all'evasione constano, per quanto sostenuto da ACI, nella notifica degli avvisi di accertamento emessi formalmente dalle Amministrazioni Pubbliche ed in quanto tali sono equiparati agli atti giudiziari, ossia ricadenti

nel servizio universale riservato. Infine il gestore del servizio postale universale è l'unico operatore postale che assicura la presenza in ogni Comune e nei Comuni con più elevata popolazione ed estensione territoriale anche con più uffici postali assegnati a più CAP; una ridotta capacità di presenza territoriale avrebbe creato grave nocimento ai cittadini ed ai contribuenti.

A conforto della correttezza dell'azione amministrativa l'ACI richiama la posizione della giurisprudenza tributaria che, fin dal 2008, in materia di validità delle notificazioni, ha abbracciato un orientamento che tende sempre più ad affermare Poste Italiane Spa quale unico fornitore del servizio postale universale, riconosciuto giuridicamente valido, ai fini della notifica degli atti con rilevanza processuale che, nel processo tributario, non sono solo quelli di notifica giudiziaria in senso stretto. A sostegno della tesi sopra esposta l'ACI ha citato copiosa giurisprudenza tra cui *ex plurimis* la Corte di Cassazione che, per quanto sostenuto, con la sentenza n. 2922 del 13.02.2015, ha avvalorato la tesi secondo cui solo il servizio offerto da Poste Italiane SPA è idoneo al perfezionamento del processo notificatorio; nella stessa sentenza viene fatta una distinzione tra atto notificato a contribuente e atto notificato all'ufficio finanziario, asserendo che, nel primo caso, il servizio affidato ad un agente postale privato non può essere considerato valido né per quanto attiene alla notificazione degli atti giudiziari né per la raccomandata diretta. Pertanto, al fine di garantire una corretta e sana gestione, si è ritenuto doveroso tenere conto degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione che ha riaffermato che la notifica di un atto impositivo in genere effettuato con affidamento diretto ad una agenzia privata di recapiti è a tutti gli effetti inesistente (v. sentenza n.2922 del 13.02.2015). Sulla scorta dell'indirizzo giurisprudenziale di cui sopra ed in omaggio alla corretta azione amministrativa, anche gli atti prodromici e successivi (avvisi bonari e avvisi di scadenza e note di risposta che oggi sono ritenuti atti autonomamente impugnabili anche in sede di reclamo-mediazione), sono stati ritenuti meritevoli, sotto il profilo della garanzia e del formalismo della consegna, di essere attratti nell'ambito degli atti impositivi dei servizi riservati a Poste Italiane.

Osservazioni

Valgono le medesime considerazioni formulate per il campione degli affidamenti mediante cottimo fiduciario in merito all'erronea classificazione ed assenza dei presupposti di cui all'articolo 57, c. 2, lett. b) citato, stante anche l'assenza di documentazione comprovante l'indagine di mercato e la rigorosa motivazione dell'esclusività ed infungibilità del servizio in termini della necessità teleologica dello stesso servizio alle funzioni di pubblico interesse che è chiamata ad assolvere e perseguire ACI quale ente pubblico.

Relativamente all'affidamento del servizio postale occorre giustamente compiere una riflessione circa la ragionevolezza delle motivazioni addotte da ACI alla luce della giurisprudenza formatasi sulla materia, anche a dispetto delle previsioni normative comunitarie e non, che vedono assimilare la corrispondenza degli atti sostanziali tributari alla corrispondenza degli atti giudiziari, tra cui si cita la sentenza TAR Catania, Sez. III, del 21 luglio 2011, n. 1942 oltre alla recente pronuncia della Corte di Cassazione, Sezione I Civile, con la sentenza del 1 giugno 2017, n. 13870.

Tuttavia, sul punto occorre ribadire che con il D.Lgs n. 261 del 22.07.1999, il Legislatore italiano ha introdotto nel nostro ordinamento, in attuazione della direttiva n. 97/67/Ce, la disciplina di liberalizzazione dei servizi postali (concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio). L'art. 4 co. 5, stabiliva la riserva in via esclusiva al c.d. "fornitore del servizio universale, ovvero sia all'organismo che fornisce l'intero servizio postale universale su tutto il territorio nazionale (id est all'Ente Poste), degli invii raccomandati attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie". L'interpretazione della norma fornita dalla giurisprudenza era chiara e consolidata: "quando il legislatore prescrive, per l'esecuzione di una notificazione, il ricorso alla "raccomandata con avviso di ricevimento", non può che fare riferimento al cosiddetto "servizio postale universale" fornito dall'Ente Poste su tutto il territorio nazionale, in virtù della riserva ad esso attribuita in via esclusiva dall'art. 4, co. 5, d.lgs. 261/1999. Ne consegue che, qualora la spedizione del plico sia effettuata da un'agenzia privata di recapito, essa non è conforme alle formalità prescritte dalla legge e la notifica è, pertanto, inesistente². Sulla questione poi è intervenuto l'art. 1 del d.lgs. n. 58 del 31/03/2011, in attuazione della Direttiva 2008/6/Ce (modificativa della Dir. 97/67/Ce), che ha apportato alcune modifiche al d.lgs. 261/99 ed in particolare si è intervenuti sull'art. 23 per cui il servizio universale è affidato a Poste Italiane S.p.A. per un periodo di quindici anni dall'entrata in vigore del citato decreto n. 58/2011 e sull'art. 4 del d.lgs. 261 indicato.

A seguito delle modifiche apportate, l'art. 4 citato statuisce espressamente che:

"Per esigenze di ordine pubblico, sono affidati in via esclusiva al fornitore del servizio universale:

- a) i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890, e successive modificazioni;
- b) i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'articolo 201 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285".

Sulla disposizione *de qua*, così come novellata, è intervenuta la Corte di Cassazione con due importanti ordinanze.³ La Suprema Corte, con le pronunce richiamate, ha chiarito in maniera inequivocabile che sostenere che l'art. 4 citato, così come modificato dal d.lgs. 58/2011, riserva al fornitore del servizio universale solo le notificazioni degli atti giudiziari ex l. 890/1982 e le notifiche di violazioni al codice della strada è tesi errata poiché in netto contrasto con la lettera della legge. Per il giudice di legittimità, infatti, dall'analisi della disposizione in esame emerge che la riserva in favore del fornitore del servizio universale è stabilita dalla legge senza alcuna distinzione tra notificazioni di atti processuali e sostanziali a mezzo posta effettuate dall'ufficiale giudiziario ai sensi della legge n. 890/1982 e notificazioni a mezzo posta effettuate da soggetti diversi dall'ufficiale giudiziario in base a diverse disposizioni di legge.

Una soluzione interpretativa circa la correttezza dell'operato di ACI nell'affidamento *de quo*, quindi, non può prescindere dall'attribuzione di rilevanza della natura, sostanziale o processuale, dell'atto che si deve notificare, distinzione dalla quale dipende la corretta individuazione della disciplina applicabile al procedimento notificatorio.

² Corte di Cass. ord. n. 2262 del 31/01/2013; Corte di Cass. ord. n. 3932 del 17/02/2011; Corte di Cass. ord. n. 10326 del 10/05/2011; Corte di Cassazione, sez. civ., sentenza n. 20440 del 21/09/2006

³ Corte di Cass. ord. nn. 26705 e 26704 del 18/12/2014

In particolare, sottolinea in maniera cristallina la Corte di Cassazione che: "...Il Decreto Legislativo n. 261 del 1999, articolo 4, (novellato dal Decreto Legislativo n. 58 del 2011) nella lettera a), riserva in favore del fornitore del servizio universale i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla Legge 20 novembre 1982, n. 890, e successive modificazioni.

La congiunzione "e" significa che rientrano nella riserva i servizi inerenti:

- 1) tanto le notificazioni di atti a mezzo posta;
- 2) quanto le notificazioni ... di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla Legge 20 novembre 1982, n. 890, e successive modificazioni.

L'indicazione sub 1) esprime la volontà del legislatore di riservare al fornitore del servizio universale le trasmissioni a mezzo posta di atti, anche non giudiziari, quando tali trasmissioni siano destinate ad integrare la procedura notificatoria degli atti medesimi; tale indicazione contempla, quindi:

- a) le raccomandate postali spedite dagli ufficiali giudiziari nell'ambito della procedura notificatoria di cui all'articolo 149 c.p.c. ed alla legge n. 890 del 1982;
- b) le raccomandate postali spedite da soggetti diversi dagli ufficiali giudiziari nell'ambito di procedure notificatorie previste e regolate da altre disposizioni.

L'indicazione sub 2), invece, esprime la volontà del legislatore di riservare al fornitore del servizio universale le trasmissioni a mezzo posta delle comunicazioni connesse con le notificazioni degli atti (soltanto) giudiziali effettuate dall'ufficiale giudiziario ai sensi della legge n. 890 del 1982.

Per il giudice di legittimità, la *ratio* della disposizione in commento si fonda su esigenze di ordine pubblico derivanti dalla necessità di assicurare l'effettività della funzione probatoria dell'invio raccomandato.

Un ulteriore elemento di criticità evidenziato dalla Cassazione, infatti, è rappresentato dal fatto che la spedizione mediante raccomandata affidata ad un servizio di posta privata non assicura l'effettività della funzione probatoria dell'invio raccomandato atteso che l'incaricato di un servizio di posta privata non riveste, a differenza dell'agente del fornitore del servizio postale universale, la qualità di pubblico ufficiale.

Ne consegue che, mentre l'attività svolta da quest'ultimo è assistita dall'efficacia probatoria di cui all'art.2700 C.C. fino a querela di falso, gli atti redatti dall'incaricato di un servizio di posta privata non godono di alcuna presunzione di veridicità. Dello stesso tenore la sentenza n. 2886/2014 dove, peraltro, la Cassazione evidenzia la fondamentale distinzione tra "spedizione" e "notificazione".

La questione concerneva la regolarità della proposizione di un atto di appello ad una sentenza penale di condanna spedito a mezzo raccomandata tramite posta privata anziché del servizio di Poste Italiane spa. La Corte, previo un puntuale *excursus* normativo, puntualizza che tra i servizi ancor oggi riservati in via esclusiva a Poste Italiane non rientra il servizio di spedizione con raccomandata dell'atto di impugnazione di cui all'art. 583 c.p.p. il quale dispone che le parti e i difensori possono proporre l'impugnazione anche con atto da trasmettersi a mezzo raccomandata. Ma il *decisum* non si poggia sulla avvenuta equiparazione tra la spedizione raccomandata per mezzo Poste Italiane e Agenzie private nell'ambito di un procedimento notificatorio, bensì sulla circostanza che "... la "spedizione" di cui all'art. 583 c.p.p. sia atto

concettualmente diverso da quello della “notificazione a mezzo posta”, risolvendosi, appunto, la prima, in una “spedizione” sia pure a mezzo posta volta a far pervenire non ad una controparte, bensì ad un ufficio giudiziario (...) l’atto di gravame.

Non vi è equivoco di sorta, quindi.

Il *dictum* della Corte di Cassazione è, infatti, chiaro ed inequivocabile: ogni atto tributario, processuale e sostanziale, che deve essere notificato e per il quale si sceglie la modalità di notifica a mezzo posta con raccomandata a.r. è soggetto alla riserva prevista dall’art. 4 del d.lgs. 261/1999 (anche dopo le modifiche del d.lgs. n. 58/2011) nei confronti del fornitore universale Poste Italiane S.p.A., pena l’inesistenza della notifica.

Non si può, infatti, equivocare tra strumento e scopo. Se lo strumento è la spedizione a mezzo raccomandata a.r., la liberalizzazione del servizio postale che consente alle poste private di recapitare plichi raccomandati al pari del servizio reso da Poste Italiane, non implica che il servizio reso rappresenti, comunque, una notificazione. Invero, ogni atto, anche non giudiziario che per espressa disposizione di legge deve essere notificato e quindi portato a legale conoscenza del suo destinatario perché collegato a diritti, preclusioni e decadenze (sia per il notificante che per il notificato) qualora il procedimento di notificazione prescelto dal notificante preveda la spedizione tramite raccomandata a.r., allo stato dell’arte della legislazione vigente e della giurisprudenza di legittimità, deve essere spedito per il tramite del fornitore del servizio universale Poste Italiane S.p.A.

Conseguentemente, e contrariamente a quanto comprensibilmente sostenuto da ACI, gli avvisi bonari e le note di cortesia non si possono annoverare tra gli atti tributari sostanziali (avviso di accertamento, cartella esattoriale o ingiunzione fiscale), in quanto non implicanti diritti, preclusioni e decadenze, né per l’Ente, né per il contribuente, per i quali una norma di legge prescrive la notificazione degli stessi. Inoltre l’invio di tali note copre, per quanto sostenuto da ACI, il 36 % del servizio postale, quindi si sarebbe potuto affidare il servizio di recapito della posta massiva con affidamento precipuo mediante gara ad evidenza pubblica.

Procedure ristrette (relazione ispettiva)

Per questa tipologia di affidamento sono stati selezionati n. 4 appalti.

Dall’istruttoria è emerso, per ammissione della stessa ACI, che per una procedura (CIG 507686163A) la classificazione SIMOG era errata trattandosi di procedura negoziata previa pubblicazione di bando di gara su MEPA.

Dall’esame degli atti si rileva l’assenza della determina a contrarre/indizione procedura e l’assenza della stima preventiva dell’importo del contratto.

Per le altre tre procedure non si rilevano particolari criticità. Le stesse sono avvenute ricorrendo alla

procedura con asta elettronica (riferimenti normativi indicati: art. 55, 82 (prezzo più basso) e 85 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i. e artt. 288 e SS. del d.P.R. 207/2010 e s.m.i. in due casi ed artt. 55, 85 e 124 del Codice nel caso del contratto sotto soglia).

Controdeduzioni ACI

Non vi sono questioni rilevanti

Osservazioni

Nulla da osservare

Procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando di gara (relazione ispettiva)

Le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara selezionate ammontano a n. 50.

Dalla documentazione acquisita si rileva che per n. 12 di esse è risultata assente la determina a contrarre / indizione procedura.

Per n. 10 casi non risulta la documentazione comprovante la stima preliminare a supporto dell'importo del contratto da affidare.

Si rileva, altresì, che per n. 28 procedimenti vi è stato un erroneo inserimento dei dati in SIMOG con riguardo ai riferimenti normativi adottati per l'espletamento della procedura.

Con riferimento alla tipologia di procedura senza previa pubblicazione di bando, ed in particolare alle procedure ex art. 57, comma 2, lett. b), del codice (si rammenta che essi riguardano i contratti che - qualora per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi - possono essere affidati unicamente ad un operatore economico determinato), in generale, si osserva che dal complesso dei casi esaminati è emersa l'assenza di una indagine di mercato, preliminare alla selezione degli operatori economici, che dimostri l'oggettiva esistenza di un unico operatore in grado di offrire quanto richiesto dalla stazione appaltante (cfr. AVCP Deliberazione n. 39 del 18/04/2012; Determinazioni n. 2 e n. 8 del 2011).

Anche la ricerca di mercato che deve precedere la selezione degli operatori economici (da invitare poi alla procedura negoziata con lettera d'invito, nel rispetto dei principi di par condicio e trasparenza, al fine di scegliere la migliore offerta sulla base dei criteri di valutazione nella stessa indicati), deve essere soggetta a modalità di esecuzione rispettose del principio di trasparenza. Inoltre, la S.A. aveva l'obbligo di chiarire nella determina a contrarre, peraltro in molti casi risultata assente, i criteri che sarebbero stati utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare, in caso di avviso preventivo per l'indagine di mercato.

Infine si rileva che per n. 10 casi (dei 28) per i quali è stata erroneamente indicata la procedura adottata, riguardanti la fornitura dei buoni pasto riferita a parte dell'anno 2013, l'ACI è ricorsa di fatto all'affidamento diretto per importi superiori alla soglia dei 40.000,00 euro stabilita dal codice per tale tipologia.

Controdeduzioni ACI

ACI conferma le giustificazioni fornite in occasione di precedenti rilievi ANAC in merito alla erronea acquisizione del CIG.

Conferma, in particolare, che l'affidamento contraddistinto dal n. CIG 50478544E5 (concernente lo sviluppo e la manutenzione della piattaforma tecnologica necessaria all'estensione del Servizio di infomobilità della Regione Lazio) è stato affidato con procedura negoziata senza pubblicazione di bando ex art. 57, comma 2, lett. b) d.lgs. 163/2006, in virtù dei termini e delle condizioni del

contratto stipulato nel 2003 tra ACI e DUEL S.p.A. per l'infomobilità sviluppata in Campania; ciò in quanto la prestazione implicava, per assicurare una piattaforma unitaria tra i diversi servizi regionali, un'attività di modifica e/o integrazione su software di cui la stessa società (DUEL) deteneva i relativi diritti di modifica e riproduzione ed i necessari codici sorgente, nonché l'aggiornamento di dati di cui solo la stessa DUEL era detentrica.

In merito agli affidamenti contraddistinti con i nn. CIG 5132900611; 48830189E6; 4009291696, ed aventi ad oggetto servizi di prestazione di servizi assicurativi - tutela legale, ACI sostiene che la qualificazione dell'unicità del prodotto/servizio offerto da ACI Global/Ala, integra e somma gli elementi caratterizzanti l'infungibilità, inscindibilità e distinguibilità (es. titolarità del marchio dell'assistenza e del numero verde di accesso ad essa) unico nel panorama e nel mercato di riferimento, sia a livello nazionale che internazionale. Nell'ambito del rapporto di convenzione con ACI Global e con ACI Global come Agente generale di ALA, a causa del quale il rapporto fondante ed istituzionale fra ACI/Socio e le relative obbligazioni di ACI vengono ribaltate e trasferite ad ACI Global/Ala (che, quindi, agisce ed opera come società strumentale dell'Ente a ciò deputata per raggiungere i fini e gli scopi istituzionali della Federazione sanciti dall'art. 4 dello Statuto dell'ACI), vi sono servizi tipici di assistenza, che sono offerti dall'Ente al socio, a tale titolo, tramite la società non assicurativa, capillarmente dislocata e diffusa sul territorio, mentre le altre prestazioni, tipiche della classificazione delle prestazioni del ramo assicurativo 18 "Assistenza" (art. 175 CAP), facenti parte del pacchetto, sono validamente offerte dall'Ente al socio tramite polizza assicurativa. dallo stesso contratta per il tramite dell'intermediazione assicurativa affidata alla stessa società multi servizi, a ciò titolata. Ne consegue che il rapporto di convenzionamento di ACI non può che essere con ACI Global in via diretta e come Agente Generale per i servizi integrati di cui ALA dispone, andando a costituire e ad offrire un pacchetto di servizi unico e non scomponibile. ACI dà conto di aver avviato un processo di riorganizzazione strutturale e funzionale delle società (per es. l'acquisizione, da parte di SARA, di ALA) ed in questo nuovo assetto societario ACI intende affidare mediante procedure ad evidenza pubblica l'acquisizione dei servizi assicurativi.

ACI rileva in merito all'affidamento diretto in favore di Poste Italiane Spa (CIG 589156513E), avvenuto in quanto titolare dei servizi in esclusiva della notificazione degli atti giudiziari e degli atti sostanziali tributari, la necessità di assicurare alle Amministrazioni convenzionate con ACI l'espletamento, nei tempi richiesti dalla normativa stessa e dalle Amministrazioni titolari dei tributi, delle attività di notificazione degli avvisi di accertamento e dei correlati e prodromici avvisi bonari e avvisi di scadenza (c.d. nota di cortesia) e successive note di risposta. ACI ritiene che le predette comunicazioni prodromiche e successive *ex lege*, seppure contrattualmente qualificate come posta massiva omologata, sono state assimilate agli atti oggetto di riserva a favore di Poste ed hanno seguito la medesima condizione di garanzia del recapito, avendo ad oggetto e contenuto atti impositivi.

Osservazioni

Permangono, nella generalità degli affidamenti, le criticità evidenziate dalla relazione ispettiva; merita un approfondimento la questione afferente all'affidamento alla DUEL che sembrerebbe

connaturato ad una situazione di *lock in*. Si tratta di un fenomeno spesso associato al settore della *Information and Communications Technology (ICT)*, ma che può presentarsi anche in altri settori. La Commissione Europea ha recentemente fornito la seguente definizione di *lock-in* per gli appalti nel settore informatico: «Il *lock-in* si verifica quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente»⁴. Esempi nei quali il *lock-in* è l'effetto di un comportamento del consumatore/stazione appaltante sono quelli legati alla presenza di elevati costi di investimento (iniziale) non recuperabili (*sunk costs*), per effetto dei quali cambiare il fornitore determina la perdita degli stessi; alla presenza di lunghi e costosi processi di apprendimento (*learning*) per l'utilizzo ottimale di un determinato servizio o prodotto, che andrebbero persi in caso di cambio del fornitore; o alla presenza di esternalità e di economie di rete, per cui il valore del bene è legato al numero di altri utilizzatori del bene stesso (si pensi, ad esempio, ai social networks), in questo caso, se un cliente cambia singolarmente il fornitore, ne perde la sua utilità. Ne discende che per alcuni beni e servizi le decisioni di consumo si basano su un orizzonte pluriennale e richiedono un'adeguata ponderazione del rapporto costi-benefici in quanto il vincolarsi ad un determinato fornitore per un numero indefinito di anni implica spesso la rinuncia ai benefici, che possono derivare dal progresso tecnico e, quindi, dalla disponibilità di nuovi beni e servizi.

A tal fine si evidenzia che, nel caso di specie, tale diseconomicità non si riscontra da quanto assunto da ACI, posto che il contratto in oggetto prevede l'implementazione di servizi nuovi ed aggiuntivi al servizio infomobilità della regione Lazio, in virtù degli acquisiti diritti di estensione e commercializzazione del *software* sviluppato per ACI nel 2003 al momento della realizzazione del servizio infomobilità per la regione Campania, che prevedeva, peraltro, una durata novennale. Anzi tale situazione risultava essere il momento propizio per ACI di aprirsi al mercato ITC che è notoriamente contraddistinto da elevata obsolescenza e che verosimilmente vedeva la presenza di operatori di mercato potenzialmente interessati e competitivi.

In merito all'altro affidamento che vede ACI Global si confermano le perplessità in considerazione del fatto che gli affidamenti alla ALA Assicurazioni, che avvengono per il tramite della ACI GLOBAL (soc. *in house* di ACI), non sono legittimi in considerazione del fatto che la società ALA risulta partecipata da ACI e SARA S.p.A., la quale SARA è una società mista partecipata da ACI al 54,22% e privati (Generali, Reale M.), pertanto non si rinviene uno dei requisiti "*teckal*", ossia la partecipazione interamente pubblica dell'organismo *in house* affidatario del servizio⁵.

Relativamente all'affidamento contraddistinto dal CIG 589156513E ed avente ad oggetto il servizio di "invio postale", ossia di recapito posta massiva ordinaria per note di cortesia o avvisi

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Contro il *lock-in*: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici, Com (2013) 455 final del 25 giugno 2013.

⁵ in tal senso, si veda la pronuncia, Corte Giust. CE, sez. I, 11 gennaio 2005, C26/03, caso cd. Standt Halle, punti 49 e 51, in Giorn. dir. amm., 2005, 271 ss.) Le stesse conclusioni sono state fatte proprie dalla nostra giurisprudenza: in tal senso, Cons. St., sez. V, 11 settembre 2015, n. 4253, in Foro amm., 2015, 2264; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2260, cit.; Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079, ivi, 2014, 2547; in senso contrario, però, Cons. St., sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298, in Giur.it., 2015, 1976.

di scadenza, avvisi bonari per il recupero delle tasse automobilistiche non corrisposte a termini di legge e note di risposta alle contestazioni presentate dai contribuenti. La procedura adottata dall'Ente è stata quella dell'affidamento diretto all'unico operatore economico autorizzato ex lege ad effettuare l'attività di recapito, individuato in Poste Italiane S.p.A. L'affidamento risulta essere avvenuto prima per un importo di € 6.600.000,00 (Determinazione spesa giugno 2014) e successivamente integrato per ulteriori € 5.490.000,00 (Determinazione spesa dicembre 2014), al riguardo si ribadisce quanto già evidenziato in relazione all'affidamento diretto contraddistinto dal n. CIG 47535029EF.

4.3.2.4 Procedure aperte (relazione ispettiva)

In questa tipologia di procedura sono stati selezionati n. 32 affidamenti. Anche in questo caso vi sono stati errori nella classificazione della tipologia di affidamento nel sistema SIMOG (18 CIG). Per quanto riguarda l'importo stimato del contratto si rileva che in 9 casi negli atti di gara ed in quelli ad essa propedeutici non risultano documenti ufficiali riferiti a tale stima ovvero si rilevano irregolarità nella determinazione degli stessi.

Con riferimento ai 17 casi aventi ad oggetto la fornitura di buoni pasto, per i quali è risultata l'erronea indicazione su SIMOG della procedura adottata, si rileva che gli affidamenti (forniture per una parte dell'anno 2013) sono avvenuti in forma diretta agli stessi operatori economici aggiudicatari dei corrispondenti lotti affidati da Consip (convenzione buoni pasto 5) a seguito dell'esaurimento della relativa convenzione e nelle more della nuova gara da parte della medesima Consip. Tali affidamenti diretti non appaiono conformi alle norme del codice dei contratti pubblici. L'affidamento diretto si rammenta è consentito fino alla soglia dei 40.000 euro. L'Amministrazione avrebbe potuto, nel rispetto di principi di evidenza pubblica e di buon andamento della pubblica amministrazione, ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, tenuto conto del regime in deroga che caratterizza i contratti in parte esclusi, nell'ipotesi di sussistenza delle ragioni di urgenza e se il servizio/fornitura da affidare con procedura negoziata aveva natura provvisoria dovendo garantire la copertura del servizio sino a quando non sia aggiudicata l'apposita gara comunitaria indetta dalla stazione appaltante/Consip per l'affidamento del servizio stesso (cfr. Deliberazione AVCP n. 15 del 26.2.2009).

Si osserva altresì che per la restante parte dell'anno 2013 l'ACI ha affidato la fornitura dei buoni pasto con le medesime modalità, indicando in SIMOG, anche in questo caso non correttamente, la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, avendo l'Ente proceduto, di fatto, ad affidamenti diretti agli operatori economici aggiudicatari dei lotti Consip esauriti.

Controdeduzioni ACI

Nel prendere atto delle osservazioni formulate in relazione all'errata catalogazione in SIMOG si comunica che per tutte le procedure evidenziate è stata portata a termine la procedura di rettifica in linea con le indicazioni di codesta Autorità trattandosi di affidamento ex articolo 57 comma 2 lettera c) del d.lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni.

L'acquisizione è avvenuta nella misura strettamente necessaria determinata dall'urgenza qualificata di evitare soluzione di continuità nell'erogazione dei buoni pasto ai dipendenti,

limitatamente al periodo di *vacatio*, usualmente breve, rispetto al perfezionamento della nuova gara da parte di CONSIP, atteso che i tempi tecnici per l'espletamento di una nuova procedura ordinaria avrebbero impedito di consegnare ai dipendenti i buoni pasto nei tempi periodici programmati.

Si evidenzia che l'acquisizione dei beni in parola è avvenuta alle medesime condizioni contrattuali previste nella predetta Convenzione, nei confronti della società che, risultata aggiudicataria nella Convenzione CONSIP, che aveva evidentemente rappresentato l'offerta ritenuta più vantaggiosa sul mercato.

Osservazioni

Non vi sono rilievi sul punto, stante che la necessità di ricorrere alla proroga tecnica per il tempo necessario alla nuova gara non è neanche imputabile all'ACI.

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

DELIBERA

- di ritenere confermate le criticità contestate all'Automobile Club d'Italia con la comunicazione di risultanze istruttorie e, in specie, relativamente al periodo oggetto di verifica ispettiva (1.7.2012/30.6.2015) rileva quanto segue:
 - la frequente mancata predisposizione di una specifica determina a contrarre ex art. 11, comma 2 del d.lgs. 163/2006, nella quale sono individuati gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte;
 - la frequente mancata stima preliminare delle commesse, espressamente disciplinata dal combinato disposto degli artt. 5, comma 5, lett. d) e 94 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 279 del d.P.R. 207/2010, nonché la conseguente arbitraria individuazione della procedura di affidamento da adottare;
 - una carente attività di programmazione e di analisi dei fabbisogni dell'Ente;
 - la frammentazione degli affidamenti frutto di una sistematica non corretta applicazione dei principi e dei metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici di cui all'art. 29 del d.lgs. 163/2006.
 - la violazione di disposizioni del codice in tema di affidamento degli appalti tra cui, in particolare, il mancato rispetto dei principi enunciati dall'art. 57, comma 2 lettera b) del d.lgs. 163/2006 in numerosi affidamenti diretti, effettuati senza aver oggettivamente comprovato l'unicità del fornitore, anche mediante un'accurata indagine di mercato, eludendo in tal modo il principio di libera concorrenza.
 - l'erronea catalogazione di numerose procedure di gara nel sistema SIMOG avendo riportato una tipologia di gara diversa da quella realmente adottata nonché l'erroneo utilizzo della procedura relativa all'acquisizione di Smart CIG che, secondo la vigente normativa, è riconducibile esclusivamente ad importi inferiori a euro 40.000,00.

- dà mandato all'Ufficio istruttore di interessare l'Ufficio Risorse finanziarie e l'Ufficio Osservatorio contratti pubblici ed analisi economiche, per quanto di competenza, per una verifica della posizione contributiva dell'ACI in merito all'attività contrattuale svolta, dando atto che la stessa ACI ha manifestato la disponibilità a corrispondere quanto dovuto per le attività oggetto di verifica ispettiva.
- dà mandato all'Ufficio istruttore di interessare l'Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti e l'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni per gli eventuali seguiti di competenza, stante i considerevoli affidamenti operati da ACI ai propri organismi/società partecipate e/o controllate.
- dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente deliberazione all'ACI e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che esercita funzioni di vigilanza nei confronti dell'ACI;
- dà parimenti mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alla Procura della Corte dei Conti per l'eventuale seguito di competenza ai sensi dell'art. 213, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 giugno 2018
Il Segretario Maria Esposito