



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 427 del 2 maggio 2018**

**Fascicolo n. 542/2017**

**Oggetto:** ASL Napoli 2 Nord - Procedura per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione ambientale.

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

**Visti** il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

**Visto** il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 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**

Con nota prot. n° 35662 del 08.03.2017 viene formulato da questa Autorità avvio del procedimento relativamente al fascicolo in oggetto. La Asl Napoli 2 Nord riscontra l'avvio con nota acquisita al protocollo con n° 42362 del 20.03.2017. L'Autorità, sulla base degli atti acquisiti, procede successivamente ad integrare il precedente avvio con nota prot. n° 129466 del 23.11.2017, ciò al fine di approfondire alcuni elementi della vicenda.

Atteso che dalla lettura degli atti, le scelte della stazione appaltante nelle modalità di affidamento del servizio risultano influenzate da alcune note della centrale di committenza regionale (So.Re.Sa), l'Autorità invia l'atto di integrazione dell'avvio anche a quest'ultima.

La ASL Napoli 2 Nord riscontra l'integrazione di avvio con nota acquisita al protocollo dell'Autorità con n° 139585 del 28.12.2017, successivamente integrata con missiva prot. n° 275 del 02.01.2018, fornendo i seguenti atti:

- ✓ deliberazione n° 851 del 29.11.2004 ad oggetto: "*Servizio di pulizia e sanificazione. Determinazioni*";
- ✓ Nota Prefettura di Napoli del 16.11.2004 con cui si confermano a carico della EPM srl ipotesi di infiltrazione mafiosa;

- ✓ Aggiudicazione provvisoria alla ditta EPM con trasformazione della stessa in Multiservizi s.r.l.; tale atto recava in allegato il bando di gara e il disciplinare tecnico,
- ✓ deliberazione n° 234 del 06.03.2013 di rinnovo del contratto dal 07.03.2013 al 06.03.2015,
- ✓ contratto rogato tra EPM srl e Azienda sanitaria.

Riscontra anche So.Re.Sa con nota prot. n. 7958 del 26.01.2018 e, dopo aver ampiamente illustrato l'attuale assetto normativo, allega la stessa documentazione (consistente in uno scambio di corrispondenza con la stazione appaltante) inviata dalla Asl Napoli 2 con la nota di gennaio 2018.

In seguito, previa deliberazione del Consiglio dell'Autorità del 01.03.2018, vengono notificate, alla Stazione appaltante e a So.Re.Sa, le comunicazioni di risultanze istruttorie con prot. n° 20163 del 05.03.2018.

Con missiva acquisita al prot. n° 32794 del 13.04.2018 la stazione appaltante fornisce la documentazione consistente:

- ✓ in una nota del direttore generale (prot. n° 172912 del 12.04.2018);
- ✓ nella delibera n° 442 del 11.04.2018 della stazione appaltante avente ad oggetto: "Indizione procedura aperta per l'affidamento del servizio triennale di pulizia e sanificazione ambientale Presidi, Uffici e strutture ASL Napoli NA 2 Nord";
- ✓ nelle valutazioni della stazione appaltante sulla comunicazione di risultanze istruttorie.

## **1. Affidamento con aggiudicazione provvisoria e rinnovo contrattuale**

### **Fatto**

Dalla lettura degli atti emerge che la ASL Napoli 2 Nord avvia procedura ad evidenza pubblica attraverso licitazione privata con deliberazione n° 851 del 29.11.2004, previa revoca del contratto in corso per il servizio di pulizie con la società EPM srl con sede in Napoli, in quanto colpita da informativa antimafia (nota n° 21559/2004 della Prefettura di Napoli).

Con deliberazione n° 968 del 28.10.2005, la stessa azienda sanitaria, prende atto del cambio di denominazione della EPM (partecipante alla nuova gara) in Multiservizi srl con sede in Fiorenzuola d'Arda (PC), a cui viene affidato il nuovo appalto per anni 5 per un valore complessivo di €. 23.887.398,15.

L'Azienda Sanitaria, tra gli atti forniti in controdeduzione all'avvio, produce anche gli atti di gara da cui emerge la sussistenza di una possibilità di rinnovo dell'affidamento di anni 2 (art. 4 del bando di gara).

Tra gli atti allegati risulta inoltre la deliberazione n° 234 del 06.03.2013, da cui è stato possibile avere contezza degli avvenimenti successivi alla gara che di seguito si riepilogano:

- ✓ risulta affidato alla Multiservizi, prima della stipula del contratto, l'affidamento del servizio di pulizia per i mesi di novembre e dicembre 2005 per un valore di €. 796.246,00 con la deliberazione di aggiudicazione provvisoria n° 968 del 28.10.2005;
- ✓ la Multiservizi srl, aggiudicataria della gara, si trasforma nuovamente in EPM srl mantenendo la sede in Fiorenzuola d'Arda (PC);
- ✓ il contratto di cui alla gara indetta nel 2005 viene stipulato nel 2008 a seguito della sentenza del TAR Lazio n° 10661 del 10 ottobre 2007 con cui sono stati annullati, tra l'altro, la delibera n° 851 del 29.11.2004 e la nota della Prefettura n° 21559/2004;
- ✓ il contratto stipulato ha durata quinquennale con scadenza nel 2013;

- ✓ con la deliberazione 234 del 06.03.2013 viene applicato l'art. 57 co. 5 del D. Lgs. 163/2006 con possibilità di ripetizione del servizio analogo per anni due, dando atto della sussistenza dei relativi requisiti di legge per un valore di €. 15.872.154,72 + IVA.

### Considerazioni

Con la comunicazione di risultanze istruttorie sono stati effettuati, riguardo alla vicenda, i seguenti rilievi:

- ✓ l'aggiudicazione provvisoria del 2005 (deliberazione n° 968 del 28.10.2005) è stata effettuata a favore dell'operatore economico Multiservizi s.r.l., azienda derivata dal cambio di denominazione della EPM srl (a cui il precedente appalto risulta essere stato revocato), senza il preventivo accertamento dei requisiti stabiliti dalla legge (D. lgs 157/2005 vigente in epoca) per la partecipazione alla procedura di gara e per la stipula dei relativi contratti;
- ✓ risulta effettuato un affidamento diretto a favore dell'azienda Multiservizi s.r.l., aggiudicataria provvisoria della procedura di licitazione privata, per i mesi di novembre e dicembre 2005 per un valore di €. 796.246,60, poi presumibilmente protratto fino alla stipula del contratto avvenuta il 07.03.2008, data da cui si fa decorrere il quinquennio della gara indetta nel 2005;
- ✓ la ditta Multiservizi s.r.l., poi trasformatasi di nuovo in EPM srl, è risultata affidataria del servizio, sulla base della semplice aggiudicazione provvisoria, per il periodo novembre 2005 - febbraio 2008, in violazione delle norme vigenti all'epoca dell'affidamento stesso, per un valore di €. 11.147.452,40, nonostante il procedimento di informativa antimafia pendente e la precedente revoca della stazione appaltante;
- ✓ tale meccanismo di affidamento diretto è stato realizzato fino alla sentenza con cui sono state annullate rispettivamente, l'informativa antimafia e la deliberazione di revoca posta in essere dalla stazione appaltante a cui è seguita la stipula del contratto quinquennale di cui alla gara, dal 07.03.2008 al 06.03.2013, anche se il servizio era già effettivamente gestito dalla Multiservizi s.r.l., poi EPM, già dal 2005 sulla base della sola aggiudicazione provvisoria;
- ✓ con la deliberazione n° 234 del 06.03.2013, ritenendo sussistenti i presupposti per l'applicazione dell'art. 57 co. 5 lett. b) del D. lgs. 163/2006, la ASL di Napoli procede al rinnovo del contratto a favore della EPM srl (*Non è stato possibile rilevare dagli atti l'accertamento dei requisiti sulla EPM srl*). Tale provvedimento risulta carente dei presupposti di legittimità stabiliti dalla norma. In proposito si evidenzia che l'Autorità già in precedenti casi si è espressa sul rinnovo stabilendo quanto segue: *“l'Autorità ha rilevato residuali margini di applicabilità del rinnovo espresso a determinate condizioni e nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e par condicio alla base dell'evidenza pubblica. In particolare, l'art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. n. 163/2006 ripristina indirettamente la possibilità di ricorrere al rinnovo dei contratti, ammettendo la ripetizione dei servizi analoghi, purché tale possibilità sia stata espressamente prevista e stimata nel bando e rientri in determinati limiti temporali (cfr. Parere n. 242/2008; Deliberazione n. 183/2007 della ex Avcp). Ma, soprattutto, condizione inderogabile per l'affidamento diretto dei servizi successivi è che il loro importo complessivo stimato sia stato computato per la determinazione del valore globale del contratto iniziale, ai fini delle soglie di cui all'art. 28 del citato d.lgs. 163 e degli altri istituti e adempimenti che la normativa correla all'importo stimato dell'appalto. Si rinvia, ex plurimis, alla delibera n. 6 del 20.02.2013 e al parere AG 38/13 del 24.07.2013”*. E' evidente che nel caso di specie il rinnovo pur essendo previsto nell'art. 4 del bando di gara non è stato computato nel valore complessivo della procedura, né il provvedimento appare sostenuto da specifica motivazione (CDS n° 3580/2013), ne

consegue che la dichiarazione inserita dalla stazione appaltante nella deliberazione sopra citata appare viziata.

### **Valutazioni conclusive**

Rispetto a tale punto la stazione appaltante, nella relazione sulla comunicazione di risultanze istruttorie, nulla osserva, con la conseguenza che si conferma integralmente quanto ivi evidenziato, sottolineando la contrarietà all'ordinamento degli affidamenti diretti realizzati a favore della ditta aggiudicataria provvisoria della procedura di licitazione privata bandita nel 2004, con palese violazione dei principi generali di evidenza pubblica.

Nella sostanza la stazione appaltante, in considerazione del giudizio pendente sull'interdittiva antimafia, ha proceduto ad un affidamento sulla base della sola aggiudicazione provvisoria e senza effettuare alcun controllo, per anni tre, per poi procedere alla stipula del contratto per anni cinque.

## **2. Proroga**

### **Fatto**

Dopo il periodo di rinnovo, sul quale valgono gli elementi di criticità sopra evidenziati, la Asl Napoli 2 Nord, ricevuta da So.Re.Sa l'autorizzazione per l'espletamento della procedura di appalto per le pulizie della ASL Napoli 3, chiede (prot. n° 52852/2014) alla stessa Centrale di Committenza Regionale, l'autorizzazione preliminare per l'espletamento in via autonoma anche della procedura per l'affidamento delle pulizie della Asl Napoli 2 Nord in scadenza nel marzo 2015.

So.Re.Sa risulta aver riscontrato detta richiesta (prot. n° 549 del 15.01.2015) ricordando all'azienda sanitaria il disposto dell'art. 15 co. 13 lett. d) del D.L. 95/2012, circa l'obbligo di utilizzare gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione da Consip e, evidenziando, che i contratti stipulati in violazione di detta disposizione sono nulli. Contestualmente So.Re.Sa informa la Asl della pubblicazione di Consip del bando di gara "Servizi di pulizia per enti del SSN" rappresentando che la data presunta di fine procedimento è fissata per il 02.03.2016.

La stazione appaltante, sulla scorta di quanto sopra, motiva la proroga del servizio in oggetto dal 07.03.2015 al 31.03.2016 con deliberazione n° 281 del 29.04.2015.

In seguito la Asl Napoli 2 Nord con nota prot. n° 12085 del 09.03.2016 propone a So.Re.Sa in ordine agli affidamenti già in proroga due soluzioni alternative: disporre la proroga del servizio o predisporre una gara ponte, evidenziando favore per la prima soluzione in considerazione di supposte ragioni di economicità del procedimento e per paventate ragioni economiche derivanti da possibili prezzi di aggiudicazione superiori a quelli in corso.

So.Re.Sa riscontra tale nota con propria missiva prot. n°3632 del 22.03.2016 autorizzando autonoma procedura e precisando che la *"responsabilità circa le modalità di scelta del contraente, la tipologia, le condizioni economiche dell'acquisito e il finanziamento della spesa ricadono esclusivamente sulla stazione appaltante"*.

In seguito la ASL con nota prot. n° 20143 del 14.04.2016, in riscontro della autorizzazione di So.Re.Sa comunica che nelle more della gara ponte procederà con proroga di almeno quattro mesi.

So.Re.Sa riscontra tale ultima missiva della ASL (prot. n. 5309 del 21.04.2016) evidenziando che l'autorizzazione a provvedere in autonomia comporta anche l'individuazione della modalità più opportuna di azione, per garantire la continuità dei servizi di cui trattasi, tra: *"quelle previste dalla legge di stabilità (L. 208/2015) art. 1 co. 550 ovvero la proroga del contratto in essere fino alla data di attivazione della*

*convenzione aggiudicata da Consip e dalla nota congiunta 20518/2016 del MEF e Ministeri della Salute che prevede un Contratto-Pontè”.*

Sulla scorta di tale indicazione la ASL Napoli 2 Nord procede con la formalizzazione della deliberazione n° 417 del 03.05.2016 con cui, tra l'altro dispone:

- ✓ la prosecuzione del contratto in essere con la società EPM srl per la ASL Napoli 2, di quello a favore del gruppo Sam per Asl Napoli 3 (accorpata con Asl Napoli 2) e del Consorzio Cem per i distretti di Acerra e Casalnuovo (accorpata con Asl Napoli 2 per L.R. 16/08), dal 01.04.2016 fino all'aggiudicazione della gara Consip spa per una spesa complessiva **mensile** di €. 835.793,04;
- ✓ di predisporre comunque gli atti amministrativi e tecnici dell'affidamento qualora la gara Consip non fosse terminata con l'individuazione del nuovo contraente entro il mese di ottobre 2016.

Con deliberazione n° 204 del 28.10.2016 la Asl conferma quanto deliberato con l'atto n. 417 del 03.05.2016 e approva un accordo con gli operatori economici interessati con migliori qualitative nel servizio.

A sostegno della proroga la Asl cita la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sentenza n° 2282/2009), la deliberazione dell'Anac n° 1 del 20.01.2014, l'art. 23 della L. 62/2005.

### **Considerazioni**

Nella Comunicazione di risultanze istruttorie l'Autorità con riferimento alla proroga posta in essere con la deliberazione n. 281 del 29.04.2015 rileva alcuni elementi di criticità per contrarietà con l'ordinamento in materia.

Dall'esame degli atti sembra che la nota di So.Re.Sa, in ordine alla richiesta di autorizzazione della Asl Napoli 2 nord (prot. n° 549 del 15.01.2015), risulti mal interpretata dall'azienda sanitaria. La stessa infatti non può essere considerata un diniego alla richiesta di autorizzazione a procedere autonomamente alla procedura di gara, ma costituisce monito al rispetto della normativa ivi richiamata, che presuppone, ovviamente, l'esistenza della convenzione. L'assenza di quest'ultima, non può comunque giustificare il ricorso alla proroga. La stazione appaltante avrebbe dovuto, in tal caso, procedere con nuova gara nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, magari evitando lunghi periodi contrattuali, al fine di poter poi aderire alla convenzione, qualora la stessa fosse stata successivamente stipulata da Consip o dalla centrale di committenza regionale.

Ne consegue che la proroga tecnica posta in essere fino al 31.03.2016 con la delibera n° 281 del 28.04.2015 appare priva dei requisiti stabiliti dalla legge.

Infatti la proroga, per l'ordinamento, già prima dell'introduzione del nuovo Codice dei Contratti (D.lgs. 50/2016), trova la propria ragion d'essere nel requisito dell'eccezionalità potendosi ricorrere a una proroga del rapporto in essere *“nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente”* (cfr. C.d.S. Sez. V 11/5/2009, n. 2882).

Anche l'Autorità si è espressa nel senso che la proroga costituisce un rimedio eccezionale teso ad assicurare la prosecuzione del servizio senza soluzione di continuità, nelle more della stipula del nuovo contratto (cfr. Deliberazione n. 36 del 10.9.2008; Deliberazione n. 86/2011), con gara che peraltro, dovrebbe essere già stata avviata al momento dell'adozione della proroga stessa (Parere Anac AG n° 33/13).

Il legislatore in tema di proroga ha inoltre disposto chiaramente con l'art. 23 della L. 62/2005 che *“2. I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi...”*.

Non vi è dubbio che nel caso in questione risultano prorogati, fuori dai limiti normativi citati, sia il contratto a favore di EPM srl per il servizio di pulizie della Asl Napoli 2, ma anche quelli a favore di Sam e Consorzio CEM riferiti al servizio di pulizie, rispettivamente, per la ASL Napoli 3 e per i distretti sanitari di Acerra e Casalnuovo.

Anche in ordine alla successiva proroga disposta con la deliberazione n. 417 del 03.05.2016 che tra l'altro, non prevede certezza nel termine finale, essendo disposta fino all'aggiudicazione della gara Consip Spa, emergono elementi di contrasto con l'ordinamento. Si rileva, in particolare, che la centrale di committenza So.Re.Sa, autorizza la nuova procedura di gara (prot. n° 3632 del 22.03.2016) e successivamente, in ordine alla necessità di garantire la continuità del servizio, indirizza la Asl (prot. n. 5309 del 21.04.2016) sulle seguenti alternative:

- ✓ proroga del contratto fino alla data di attivazione della convenzione aggiudicata da Consip;
- ✓ contratto ponte ex art. 57 co. 2 lett. c) o comma 5 lett. b) così come indicato dalla nota congiunta 20518/2016 MEF- Ministero della Salute;

E' evidente che il punto desta particolare evidenza in quanto, a sostegno della tesi della proroga, viene citato l'art. 1 co. 550 della L. 208/2015 che testualmente recita: *"550. I singoli contratti relativi alle categorie merceologiche individuate dal decreto di cui al comma 548, in essere alla data di entrata in vigore della presente legge, non possono essere prorogati oltre la data di attivazione del contratto aggiudicato dalla centrale di committenza individuata ai sensi dei commi da 548 a 552. Le proroghe disposte in violazione della presente disposizione sono nulle e costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa"*. Tale previsione, che disciplina la proroga, deve essere utilizzata tenuto conto degli elementi fondamentali che caratterizzano tale istituto i cui termini di eccezionalità, oltre ad essere costantemente ribaditi da questa Autorità e dalla giurisprudenza normativa, trovano riscontro anche nella circolare congiunta MEF- Ministero Sanità sopra citata, il cui scopo era quello di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti in ordine all'attuazione delle norme sull'acquisizione di beni e servizi del settore sanità.

Sul punto, in particolare, la Circolare stabilisce che la proroga del contratto, presuppone la espressa previsione della relativa clausola nel bando di gara iniziale (procedura aperta e ristretta) e nei termini in esso disciplinati e comunque non oltre la data di attivazione del contratto da parte del soggetto aggregatore.

E' evidente che il significato da attribuire alla Circolare esplicativa sopra citata è ben diverso da quello attribuito alla stessa dalla Stazione Appaltante e da So.Re.Sa e non può essere interpretato come proroga *"senza termine finale"* dell'affidamento. Proprio la lettura congiunta dell'art. 1 co. 550 della L. 208/2015 e della Circolare avrebbero dovuto indurre sia la stazione appaltante, sulla quale incombe la responsabilità del procedimento, che la stessa Centrale di Committenza, a considerare l'appalto in questione non più prorogabile, perché fatto già oggetto di ripetizione e di proroghe con evidente violazione dei principi di evidenza pubblica.

Ne consegue che, anche per la proroga in esame valgono le considerazioni formulate con riguardo a quella disposta con la deliberazione n. 281/2015. A nulla vale per la stazione appaltante richiamare l'art. 23 della L. 62/2005 a fondamento della propria azione, in quanto proprio detta norma pone il limite massimo della proroga tecnica a sei mesi, termine che nel caso in questione è stato decisamente superato, senza attivazione di nuova procedura, e quindi in evidente violazione del concetto di proroga tecnica (limitata al tempo necessario ad individuare il nuovo operatore su gara già avviata), che la stazione appaltante richiama a sostegno del proprio *"modus operandi"*.

La stazione appaltante nelle controdeduzioni di cui alla nota prot. n. 32794 del 13.04.2018, si esprime sul punto come segue:

- ribadisce l'esclusione della propria responsabilità nelle proroghe in quanto indotta nelle stesse dalle indicazioni di So.Re.Sa e dai rinvii di Consip;
- afferma che trattasi di un problema generale tanto che il legislatore per gli istituti scolastici ha stabilito specifica disciplina di proroga del servizio di pulizia nella L. 208/2017 art. 1 co. 687;
- richiama un comunicato dell'Autorità del 18 novembre 2015 ove viene rilevato il ricorso alle proroghe tecniche anche per la mancata conclusione di gare centralizzate, a fronte del divieto di bandire nuove gare e di avvalersi di gare indette dalle centrali di committenza;
- cita a proprio favore la sentenza del TAR Lombardia n° 21287/2017;
- cita una nota di So.Re.Sa prot. n. 1238/2015 dove sembra vengano autorizzate per le stazioni appaltanti proroghe di anni uno e contestuale annullamento di gare in corso di indizione/espletamento nei servizi di: lavanolo, ristorazione, vigilanza, raccolta smaltimento e rifiuti speciali, global service manutentivo apparecchiature e sistemi elettromedicali.

### **Valutazioni conclusive**

Sul punto in questione si ritiene di confermare interamente quanto già affermato in sede di comunicazione di risultanze istruttorie.

Inoltre si evidenzia che l'istituto della proroga, proprio perché eccezionale, non può essere utilizzato per periodi lunghi, stante anche quanto previsto dal comma 2 dell'art. 23 della L. 62/2005. Ne può considerarsi esclusa la responsabilità della stazione appaltante per le indicazioni dettate da So.Re.Sa e per i rinvii di Consip, perché la scelta sulla modalità procedurale dell'affidamento resta di pertinenza esclusiva della stazione appaltante. La stazione appaltante ha contezza dell'ordinamento e risponde in proprio degli atti posti in essere nella piena discrezionalità dell'agire amministrativo con la conseguenza che se eventuali indicazioni, derivanti da altri enti, non vengono condivise ci si discosta dalle stesse motivando. In merito, tra l'altro, risulta operante anche la circolare congiunta MEF- Ministero Sanità, che ben spiega alle stazioni appaltanti come operare, ponendo come limite alla proroga la conformità della stessa all'ordinamento e la espressa previsione nel bando di gara iniziale (procedura aperta e ristretta), secondo quanto già ampiamente affermato nella considerazioni istruttorie finali.

A nulla vale richiamare a fondamento della propria tesi di “*non responsabilità*”:

- l'art. 1 comma 687 della L. 205/2017, in quanto tale legge è stata posta in essere per consentire la chiusura e l'avvio degli istituti scolastici e quindi ha specifico ambito attuativo: inoltre regola un breve periodo transitorio e non potrebbe in alcun modo essere richiamata dalla stazione appaltante a fronte di rinnovi e proroghe posti in essere dal lontano 2013;
- il richiamo effettuato al Comunicato del Presidente del 18 novembre 2015 deve essere completato con quanto ulteriormente specificato da detto documento nel prosieguo di lettura, ove si specifica che proprio in tali casi, la proroga, da strumento di “transizione” per qualche mese di ritardo derivante da fatti imprevedibili, *“diventa ammortizzatore pluriennale di palesi inefficienze di programmazione e gestione del processo di individuazione del nuovo assegnatario e può assumere profili di illegittimità e di danno erariale, allorquando le amministrazioni interessate non dimostrino di aver attivato tutti quegli strumenti organizzativi amministrativi necessari ad evitare il generale e tassativo divieto di proroga dei contratti in corso e le correlate distorsioni del mercato”*;
- la sentenza del TAR Lombardia citata (21287/2017) è orientata proprio ad affermare quanto sostenuto dalla scrivente Autorità, ovvero che “non esiste alcuna norma di legge che imponga alle amministrazioni di prorogare i contratti scaduti in attesa dell'esito della gara della centrale di committenza; si deve anzi ritenere che ogni amministrazione appaltante, nell'ambito della propria

discrezionalità possa provvedere, nelle more, all'approvvigionamento nelle forme consentite dall'ordinamento", tra cui anche la proroga i cui atti devono però essere conformi ai presupposti giuridici richiesti dall'ordinamento, presupposti che non si ritengono sussistenti nei casi in questione.

- il riferimento alla citata nota di So.Re.Sa appare inconferente al servizio in oggetto.

Le proroghe poste in essere appaiono pertanto, alla luce delle considerazioni svolte, contrarie all'ordinamento.

Sulla scorta di quanto ricostruito da questa Autorità, la situazione economica finanziaria degli affidamenti posti in essere fuori dal contratto risulta la seguente:

<b>Situazione Affidamenti fuori contratto</b>				
<b>Isituto giuridico utilizzato</b>	<b>Provvedimento</b>	<b>Periodo</b>	<b>Importo in EURO</b>	<b>Operatore economico</b>
Affidamento effettuato in seguito alla sola aggiudicazione provvisoria della gara ma fuori dal contratto	Deliberazione n° 968 del 28.10.2005	Novembre 2005 febbraio 2008	11.147.452,40	Multiservizi poi EPM
Ripetizione	Deliberazione n° 234 del 06.03.2013	07.03.2013 al 06.03.2015	15.872.154,72	EPM s.r.l.
Proroga	Deliberazione n° 281 del 28 aprile 2015	Aprile 2015 a marzo 2016	7.936.077,36	EPM s.r.l.
proroga Asl Na 3	contratto scadeva febbraio 2013	dal 2013 al marzo 2016 (37 mesi)	7.498.091,44	SAM (prezzo calcolato in base all'affidamento originario)
Proroga Asl Acerra e Casalnuovo	contratto scadeva febbraio 2013	dal 2013 al marzo 2016 (37 mesi)	773.337,33	CEM (prezzo calcolato in base all'affidamento originario)
Proroga Asl Na 2+ Na 3+ Acerra e Casalnuovo	Deliberazione n° 417 del 03.05.2016	2016 (9 mes)	7.522.137,36	EPM-SAM-CEM
Proroga Asl Na 2+ Na 3+ Acerra e Casalnuovo	Deliberazione n° 417 del 03.05.2016 confermata da del. 204 del 28.10.2016	2017	10.029.516,48	EPM-SAM-CEM
<b>Totale complessivo</b>			<b>60.778.767,09</b>	

### **3. Procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ex art. 63 co. 2 lett. c) d.lgs. 50/2016**

#### **Fatto**

Nella comunicazione di risultanze istruttorie, come relazionato dall'azienda sanitaria (prot. n. 275 del 02.01.2018) nella comunicazione di riscontro all'avvio, si prendeva atto, tra l'altro, che la ASL:

- ✓ aveva provveduto con deliberazione n° 1316 del 29.11.2017 ad inserire l'acquisto nella programmazione 2018/2019, costituendo specifico gruppo di lavoro;
- ✓ avrebbe provveduto ad esperire apposita procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ex art. 63 co. 2 lett. c) e co. 6 del D. lgs. 50/2016;
- ✓ gli operatori economici sarebbero stati individuati e consultati previa pubblicazione sul sito web istituzionale di apposito avviso di preinformazione/manifestazione di interesse.

## Considerazioni

In relazione a tali aspetti, rilevando elementi di criticità, nella comunicazione di risultanze istruttorie si è evidenziato che:

- l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, di cui all'art. 63 co. 2 lett. c), presuppone l'esistenza dei requisiti ivi previsti che di seguito si riportano:
  - ✓ *“c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”.*
- nel caso in questione non sembrano sussistenti le motivazioni richieste dalla norma per il ricorso a tale procedura, in quanto la stazione appaltante già da tempo avrebbe potuto attivarsi per procedere a nuova gara. Voler ricollegare le proroghe a fatti che attengono alla mancata attivazione della convenzione da parte di Consip non appare sostenibile, stante comunque l'illegittimità delle proroghe poste in essere e il fatto che la gara poteva essere bandita con clausola risolutiva espressa in caso di attivazione della convenzione, così come anche indicato nella Circolare congiunta MEF-Ministero della Salute sopra indicata, dalla cui data sono decorsi ad oggi quasi due anni. Ne consegue che anche le modalità procedurali di cui al comma 6 dell'art. 63 che si intendono richiamare nella fattispecie de qua, in assenza delle condizioni normative indicate dall'articolo, non possono essere utilizzate;
- l'uso del comma 6 non implica una ridotta pubblicità della procedura, atteso che l'avviso necessario a selezionare gli operatori, deve seguire, in termini di pubblicità, quanto indicato dal Codice, con la conseguenza che se l'importo supera la soglia comunitaria di cui all'art. 35 del D. Lgs. 50/2016, la pubblicità dell'avviso deve rispettare le norme indicate dagli art. 72 e 73 del D. lgs. 50/2016 e dal Decreto Ministeriale del 2 dicembre 2016 pubblicato nella G.U. n° 20 del 25 gennaio 2017.

Rispetto a tale punto la stazione appaltante, con le controdeduzioni prot. n. 32794 del 13.04.2018, comunica di volersi conformare alle indicazioni espresse dall'Autorità nella comunicazione di risultanze istruttorie. Allega quindi, tra gli atti inviati con prot. n. 32794 del 13.04.2018, deliberazione n. 442 del 11.04.2018 di indizione di nuova gara per un importo complessivo triennale di €. 42.439.3356,00 più proroga di mesi sei per un totale complessivo di €. 49.512.582,00 con allegati atti di gara in bozza.

## Valutazioni conclusive

Sul punto in questione si ritiene di confermare interamente quanto già comunicato in sede di risultanze istruttorie, pur prendendo atto della manifestata volontà della stazione appaltante di conformarsi alle considerazioni effettuate sul punto dall'Autorità ponendo in essere una nuova gara.

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

## DELIBERA

- ✓ di ritenere confermate le criticità contestate alla Asl Napoli 2 Nord con la comunicazione di risultanze istruttorie prot. n° 20163 del 05.03.2018 e, in specie, rileva quanto segue.
  1. In relazione alla gestione della fase precontrattuale e al rinnovo posto in essere con la deliberazione n° 234 del 06.03.2013:

- Violazione dei principi generali dell'evidenza pubblica realizzando affidamenti diretti dal 2005 al 2008, nelle more della stipula del contratto per €. 11.147.452,40, determinando di fatto un affidamento sulla base della sola aggiudicazione provvisoria e senza effettuare alcun controllo per anni tre, per poi procedere alla stipula del contratto per anni cinque;
  - carenza dei presupposti giuridici per ricorrere al rinnovo contrattuale di cui all'art. 57 co. 5 lett. b) del d.lgs. 163/2006 richiamato nella deliberazione n° 234 del 06.03.2013;
2. In riferimento alle proroghe poste in essere con le deliberazioni n. 281 del 29.04.2015 e n. 417 del 03.05.2016:
- assenza dei presupposti giuridici per ricorrere all'istituto della proroga tecnica così come esplicitati nelle deliberazioni Anac e nella giurisprudenza amministrativa richiamate in precedenza;
  - mancato rispetto di quanto disposto dall'art. 23 co. 2 della l. 62/2005 in ordine ai limiti temporali per il ricorso alla proroga;
3. In relazione all'avviso per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di cui all'art. 63 co. 2 lett. c) del d. lgs. 50/2016:
- si conferma l'assenza dei presupposti giuridici per l'utilizzo di tale procedura negoziata e di conseguenza del correlato co. 6 stesso articolo, ciò anche in considerazione della rilevanza comunitaria dell'affidamento stesso;
  - si prende atto della volontà manifestata dalla stazione appaltante di volersi conformare ai rilievi dell'Autorità, procedendo a bandire una procedura aperta comunitaria ex art. 60 del d.lgs. 50/2016.
- ✓ dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alla ASL Napoli 2 Nord, a So.Re.Sa S.p.A, nonché all'esponente;
- ✓ dà parimenti mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alla Procura Generale della Corte dei Conti e alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli per l'eventuale seguito di competenza, ai sensi dell'art. 213 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016.

Il Presidente  
*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2018

Il Segretario  
*Maria Esposito*