



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 308 del 1 aprile 2020

Fascicolo n. 1436/2019

Oggetto: Estensione appalti dell'Azienda Sanitaria Locale di Frosinone.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

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

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Considerato in fatto

Con nota acquisita al prot. Anac n. 7885 del 31.1.2019, è pervenuta all'ANAC una comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), con allegata una segnalazione dell'Ispettorato del Lavoro, con cui venivano evidenziati alcuni presunti profili di anomalia relativi all'estensione di contratti in essere tra la S.A. ASL Frosinone e alcuni Operatori economici affidatari di diversi servizi. In tale comunicazione veniva rappresentato che l'ASL Frosinone per il contratto del servizio di pulizia e sanificazione dell'Ospedale di Cassino, affidato all'O.e. "Tecnica Facility Management S.p.a." con delibera n. 957 del 11.10.2013, estendeva detto affidamento ad ulteriori servizi aggiuntivi tra cui il "ritiro dei farmaci", la "raccolta di prelievi ematici e invio al Laboratorio di analisi", la "consegna di materiale cartaceo ai reparti/uffici", la "movimentazione dei materiali per dialisi" e la "movimentazione dei pazienti" per il servizio di radiologia, per i poliambulatori, l'osservazione breve e il pronto soccorso. Alla medesima ditta "Tecnica Facility Management S.p.a.", in data 11.8.2016 e 1.9.2016, l'ASL Frosinone aveva comunicato di avviare il servizio di ausiliario presso UOC Farmacia e Magazzino Economale Ospedale "Spaziani" di Frosinone e presso la Farmacia dell'Ospedale di Alatri. Con atto deliberativo n.1564 del 29.9.2017 la stessa ASL prendeva atto della proroga del contratto originario e della successiva estensione delle attività aggiuntive.

Con atto deliberativo n.785 del 5.4.2018 la ASL Frosinone ha affidato al RTI "Vivenda/Cooperativa Solidarietà e Lavoro s.c." la fornitura del servizio di ausiliario in estensione al servizio di ristorazione, ex art.57, c.5 lett. a), a1) e a2) d.lgs. 163/2006 per mesi 5 fino alla scadenza del contratto fissata al 31.8.2018. Con nota n.40537 del 8.5.2018 la ASL in indirizzo richiedeva all'O.e. "Vivenda S.p.a." di

incrementare il personale del presidio sanitario di Isola del Liri, servizio demandato all'O.e. "La Cascina Global Service S.r.l." affidatario del servizio di ristorazione.

Con nota n. 37793 del 3.5.2017 la ASL Frosinone, nel riconvertire il servizio di pulizia presso il presidio di Arpino, precedentemente svolto dall'O.e. "La Cascina Global Service S.r.l.", affidava al medesimo O.e. anche il servizio di ausiliario per i locali Hospice di Isola del Liri.

Riguardo alle suddette estensioni contrattuali, una ispezione effettuata dall'Ispettorato del Lavoro, prot. AGCM n.79075 del 28.11.2018, segnalava che gli affidamenti sopra descritti non fossero appalti di servizi ma mere somministrazioni di lavoro, in contrasto con l'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003 n.276, in quanto prevedevano esclusivamente una somministrazione "abusiva", sempre secondo il suddetto d.lgs. 276/2003, di forza lavoro alla S.A. per sopperire a sopravvenute carenze di organico interne.

In data 31.1.2019, prot. ANAC n.7885, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) inviava la suddetta relazione degli Ispettori del lavoro all'ANAC per le valutazioni del caso.

In data 17.4.2019, prot. ANAC n.31769, l'Autorità inviava all'ASL Frosinone una comunicazione di avvio del procedimento istruttorio riguardante i suddetti profili di anomalia relativi a tali estensioni degli affidamenti dei servizi.

In data 17.5.2019, prot. ANAC n.39877, perveniva all'Autorità una nota di risposta dell'ASL Frosinone con la quale venivano rappresentate le esigenze che avevano comportato tale estensione degli affidamenti da parte dell'Azienda sanitaria.

In data 5.2.2020, prot. ANAC n.9728, l'ufficio istruttore dell'Autorità, a seguito della positiva valutazione del Consiglio nell'adunanza del 11.12.2019, inviava all'ASL Frosinone la comunicazione delle risultanze istruttorie relative alle anomalie riscontrate negli appalti in oggetto.

In data 10.3.2020, prot. ANAC n.10005, l'ASL Frosinone inviava le proprie controdeduzioni alla CRI dell'ufficio istruttore.

Al riguardo, in sede di valutazione dei provvedimenti estensivi applicati dall'ASL Frosinone si evinceva che, in dipendenza di specifiche richieste di alcuni responsabili sanitari trovatisi in situazioni di grave carenza di personale, l'ASL estendeva i contratti di pulizia in essere con l'O.e. Tecnica Facility Management S.p.a. e con l'O.e. "La Cascina Global Service" per la copertura di tali carenze di organico. Inoltre, all'O.e. "Vivenda S.p.a." assegnava un servizio di ausiliario in aggiunta al già assegnato servizio di ristorazione che la stessa ditta svolgeva presso le strutture di Isola del Liri e Arpino.

In particolare, dall'esame della documentazione fornita dalla stessa Azienda, si è potuto rilevare che con l'Atto deliberativo n.1297 del 13.10.2016 l'ASL Frosinone decideva di affidare all'O.e. Tecnica Facility Management S.p.a. il servizio di ausiliario presso i presidi ospedalieri di Frosinone per mesi 6 per un costo presunto di €.265.594,00 (IVA inclusa). Inoltre, la stessa Azienda sanitaria con Atto deliberativo n. 1564 del 29.9.2017 assegnava il servizio di ausiliario, fino alla data del 28.2.2018, in estensione del contratto in essere di pulizie alla sopra citata ditta Tecnica Facility Management S.p.a per l'importo di €.1.628.442,57 (più IVA) per il 2017 ed €. 325.688,51 (più IVA) per l'anno 2018. Altresì, con Atto

deliberativo n.785 del 5.4.2018 la S.A. affidava un servizio di ausiliario, fino al 31.8.2018, all'O.e. RTI Vivenda/Cooperativa Solidarietà e Lavoro s.c. affidatario di un appalto per il servizio di mensa per l'importo di €.485.941,09 (IVA inclusa).

L'ASL Frosinone nelle sue controdeduzioni rappresentava che, in dipendenza di circostanziate necessità rappresentate da vari Direttori sanitari di Presidi Ospedalieri l'Azienda, applicando la normativa che consente l'estensione, ha adottato alcuni atti deliberativi, tra cui la delibera n.1297 del 13.10.2016 "nei limiti contrattuali del quinto d'obbligo", la delibera n. 1564 del 29.9.2017 con la quale, ai sensi dell'art.57, c.5, lett. 1), a1) e a2) del d.lgs. 163/2006, ha formalizzato l'affidamento dei servizi d'ausiliario "nei limiti del 50%, nelle more dell'espletamento della nuova procedura di affidamento del servizio". Con tale ultimo provvedimento veniva richiamata la nota prot.19300 del 28.2.2017 di proroga del servizio sempre a favore dell'O.e. Tecnica Facility Management S.p.a. Con atto deliberativo n.785 del 5.4.2018 l'ASL affidava al RTI Vivenda/Cooperativa Solidarietà e Lavoro s.c. la fornitura del servizio di ausiliario, in estensione al servizio già effettuato di ristorazione, sempre in virtù del richiamo all'art.57 del d.lgs. 163/2016 per un monte ore lavorative pari a 24.140,14 e per un corrispettivo di €.441.764,63 (IVA escl.) per la durata di mesi 5 fino al 31.8.2018. Con atto n.40537 del 8.5.2018 l'Azienda chiedeva sempre a "Vivenda S.p.a." di incrementare di una unità il personale assegnato alla struttura operativa di Isola del Liri, ove già operava l'O.e. "La Cascina Global Service". Infine, con nota prot. 37739 del 3.5.2017 l'Azienda, nel riconvertire il servizio di pulizia svolto dalla stessa "La Cascina Global Service" presso il presidio di Arpino, affidava alla stessa ditta il servizio di ausiliario presso i locali "Hospice" di Isola del Liri per un totale di 72 ore settimanali al costo mensile di €. 6.110,50 (IVA escl.).

Nella sua risposta alla CRI dell'Autorità, prot. ANAC n.10005 del 10.3.2020, la stessa ASL ribadiva a supporto delle scelte effettuate, che "si tratti di un servizio, e quindi di una obbligazione di risultato, è testimoniato dal fatto che il personale assegnato alle strutture aziendali in ragione di tali estensioni, non opera affatto in maniera subordinata alle dipendenze dei Responsabili dei vari servizi, ma è coordinato ed organizzato esclusivamente dall'Operatore Economico, in capo al quale resta il potere gestionale come il rischio di impresa". Inoltre, continuava la stessa ASL "In ragione della necessità e dell'urgenza e per evitare una assai probabile interruzione o mancato espletamento del servizio essenziale (come a mero titolo di esempio, la pulizia sale operatorie, la pulizia dei ferri, il trasporto farmaci, ecc.) l'Amministrazione, atteso che la conclusione delle procedure previste dal Codice degli appalti, anche la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, avrebbe richiesto tempi non compatibili con le rappresentate esigenze, ha ritenuto di dover ricorrere all'affidamento complementare (del servizio de quo) alle ditte che già espletavano il servizio di pulizia presso le strutture aziendali. La stessa ASL faceva, inoltre, rilevare che la questione che si tratti di attività complementari è dimostrata dal fatto che le stesse figurano nell'elenco di quei compiti che la ditta aggiudicataria è chiamata ad assicurare, elenco riportato nel capitolato di gara e già inoltrato a codesta Autorità".

Considerato in diritto

Premettendo che già dalla verifica dell'oggetto del contratto originario con Vivenda, non si rinvenivano sussistere i presupposti di una qualsivoglia estensione di un contratto di ristorazione/mensa a cui venivano, altresì, "aggiunti" eterogenei servizi generici di ausiliario, come anche rilevato dagli Ispettori del lavoro; tali estensioni degli appalti, risultano avere ad oggetto la semplice somministrazione di

personale, attività che tuttavia deve essere riservata per legge esclusivamente alle Agenzie per il Lavoro iscritte all'apposito Albo del Ministero del Lavoro. Infatti, si deve evidenziare in tali affidamenti la carenza del requisito sostanziale, previsto dall'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 10 settembre 2003, della permanenza in capo alle ditte affidatarie dell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti del personale assegnato, in dipendenza di tali estensioni, alle varie unità operative dell'ASL. Infatti, si evince che tale personale operi, anche se la S.A. sostiene una subordinazione diretta all'appaltatore, verosimilmente alle dipendenze dei vari responsabili dei servizi dell'ASL, senza alcuna distinzione da un contratto di somministrazione di lavoro in quanto semplice fornitura di forza lavoro priva di alcun rischio di impresa da parte dell'O.e. somministratore.

Inoltre, per l'applicazione dell'art.57, c.5 lett. a), a1) e a2) del d.lgs. 163/2006, tale disposto normativo consente il ricorso all'estensione contrattuale solo: lett. a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale.

Valutazioni finali

L'ipotesi prospettata dall'Azienda Sanitaria Locale di Frosinone, per poter ricorrere a tali norme, non può applicarsi al caso di specie, in quanto tale necessità indicata dalla S.A. deriva principalmente da strutturali carenze di organico, dovute al normale "turn-over" derivante dal pensionamento del personale dipendente precedentemente occupato in tali mansioni. Tale circostanza, pertanto, non può catalogarsi come imprevista per una Azienda Sanitaria che dovrebbe teoricamente programmare, con un congruo anticipo, il normale flusso del personale alle sue dipendenze. Inoltre, che si tratti di semplice prestazione di mano d'opera lo si evince anche dai compiti "ulteriori" di ausiliario assegnati, che non comportano una specifica professionalità per il loro espletamento. Come più volte chiarito dalla giurisprudenza in materia, con riferimento agli appalti endoaziendali, è illegittimo l'appalto in cui non sia provata l'esistenza di un know-how da parte del lavoratore, inteso come fattore distinto dalla manodopera e consistente in un patrimonio di conoscenze e di pratiche di uso non comune, non brevettate, derivanti da esperienze e prove, che avrebbero costituito quel *quid pluris* rispetto alla mera capacità professionale dei lavoratori impiegati, tale da rendere legittima l'utilizzazione della manodopera stessa (cfr. Cassazione, sezione lavoro sentenza n. 7796 del 27 marzo 2017). Inoltre, sempre la giurisprudenza indica che: "è legittimo l'appalto che abbia per oggetto un servizio specializzato, compiuto e autonomo, ossia un complesso di operazioni che costituiscono una sezione del processo produttivo, che sia esperibile autonomamente dall'appaltatore nell'ambito dell'organizzazione complessa del committente e che richieda l'applicazione di specifiche tecniche operative (il cosiddetto *know how*) e anche l'organizzazione del personale specializzato impiegato nell'attività, in funzione della più efficiente gestione dell'impresa. (cfr. Tribunale di Milano, sentenza 3248 del 31 gennaio 2015). Nel caso in esame, tuttavia, non si riscontrano richieste di professionalità specifiche per lo svolgimento di tali mansioni suppletive.

Per i servizi di pulizia e di ristorazione, si rimanda alle perplessità generali in tema di utilizzo dell'estensione ex art. 57, comma 5, d.lgs. 163/2006 e della proroga contrattuale. In particolare, inoltre, per il secondo atto aggiuntivo siglato nel servizio di ristorazione per "servizi complementari di ausiliario", si osserva come lo stesso sia stato motivato dalla carenza di personale ausiliario.

Al riguardo, ci si limita in questa sede ad osservare che in sanità esistevano varie figure di ausiliari distinte, in base alla formazione e alla qualifica, in: operatori socio assistenziali (OSA), ausiliari socio assistenziali (ASA), operatori tecnico assistenziali (OTA) e operatori socio sanitari (OSS). Questi ultimi sono quelli che, per tipo di qualifica, più si adattano, dal punto di vista pratico, rispetto alle altre figure di ausiliari, ad affiancare tecnicamente gli infermieri (ai quali sono subordinati). Chi possedeva un attestato OSA o ASA, previo percorso di formazione, con modalità stabilite in generale dal provvedimento della Conferenza Stato-Regioni del 22 febbraio 2001 e nello specifico dalle singole Regioni, ha avuto la possibilità di ottenere la riqualifica in OSS.

In base al vigente CCNL settore turismo, i lavoratori del sesto livello - ristorazione collettiva, svolgono "attività che richiedono elementari conoscenze professionali e un normale addestramento pratico" ad esempio: lavandaia; guardiano notturno; addetto alle consegne con o senza mezzi di locomozione; commis di cucina, sala, tavola calda, self service; caffettiere non barista; addetto al servizio di mensa con meno di un anno di anzianità nel Settore; preparatore catering; stiratrice; guardarobiera, ecc.

Nella specie, si ignorano le specifiche mansioni alle quali gli "ausiliari" forniti dal RTI Vivenda/Cooperativa Solidarietà e Lavoro siano stati adibiti, ove si escluda che non occorranza per le consegne dei pasti ai letti dei pazienti, finalità del primo atto aggiuntivo; mentre, al contrario, risulta siano stati utilizzati con funzioni di supporto logistico, ad esempio per le attività di accompagnamento dei pazienti, trasporto dei farmaci e campioni biologici, configurando un utilizzo improprio degli strumenti contrattuali e un abuso di discrezionalità, oltre che fare scaturire un'illegittimità dell'estensione contrattuale in questione.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa (da ultimo CdS, sez. III, n. 1571 del 1/3/2018), richiamando quella della Corte di Cassazione, è intervenuta a dettagliare in modo ancor più specifico gli indici sintomatici della non genuinità di un affidamento formalmente qualificato come "appalto", ma in realtà dissimulante una somministrazione di personale, ravvisandoli nei seguenti elementi:

- a) la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro;
- b) l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente;
- c) l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente;
- d) la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività;
- e) l'organizzazione da parte del committente dell'attività dei dipendenti dell'appaltatore (Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2017, n. 3178).

Si tratta di indici che sembrano ricorrere anche nella fattispecie "de qua" e, complessivamente, rappresentativi dell'ipotesi del carattere fittizio dell'ampliamento dell'appalto. Seguendo, infatti, la successione dei criteri sopra richiamati sotto il profilo della natura della prestazione richiesta, risulta che le prestazioni richieste dalla Asl siano identificate non già in "servizi", bensì in numero di ore di lavoro annue; e questo primo dato sembrerebbe dimostrare che l'Azienda voglia sostanzialmente

integrare il proprio personale interno, dimostratosi insufficiente, con altro personale esterno, in modo da garantire il regolare svolgimento delle proprie attività di servizio.

Un simile scenario, sfuggirebbe alla logica tipica dell'appalto di servizi - in cui l'appaltante affida all'appaltatore lo svolgimento di prestazioni connesse ad un preciso risultato, finalizzate alla realizzazione di un opus dotato di consistenza autonoma – manifestando, al contrario, affinità con lo schema tipico della "somministrazione di lavoro" a tempo determinato, la quale si caratterizza per la ricerca di lavoratori da utilizzare per i generici scopi del committente, in chiave d'integrazione del, sia pur insufficiente, personale già presente in organico.

Anche con riguardo all'ulteriore profilo concernente l'inserimento del personale nel ciclo produttivo del committente, sembrano prevalere elementi indicatori di una sostanziale contaminazione tra l'attività dei lavoratori della Asl ed i lavoratori inviati dall'appaltatore. Questi ultimi, infatti, come mostra la motivazione della delibera n. 785/2018, citata nella parte in fatto, “a causa della progressiva riduzione della disponibilità del personale interno che sta andando in pensione senza che vi sia adeguata sostituzione”, risultano aver fornito un contributo di supporto nell'attività della Asl e la declinazione di detta funzione di supporto evidenzia come essa si sia molto probabilmente tradotta nella semplice "collaborazione" dei lavoratori dell'appaltatore con i dipendenti della Asl. Appare, dunque, che l'appaltatore non abbia svolto alcun servizio "diverso" da una mera attività di ausilio collaborativo al personale dipendente della Asl, con prestazioni di carattere omogeneo alle attività svolte dal personale stabilmente inserito nella pianta organica dell'Azienda.

Non vi è traccia, infine, del fatto che il personale dell'appaltatrice sia munito di un know-how specifico, ovvero di un patrimonio di conoscenze e di pratiche di uso non comune, quindi di un “quid pluris” rispetto alla mera capacità professionale dei lavoratori già impiegati presso la Asl, tale da far emergere un apporto qualitativo specifico riconducibile all'appalto di servizio, né risulta esservi traccia di una qualche attività di organizzazione di mezzi e di attrezzature destinate alla esecuzione del servizio, dovendo l'aggiudicatario limitarsi a "fornire" lavoratori. In conclusione, si evince chiaramente la causa tipica della somministrazione di lavoro, il cui fine è proprio l'integrazione del personale nell'organigramma del committente (cfr. Cass. civ., sez. lav., 27 marzo 2017, n. 7796).

Risulta, pertanto, evidente come non si possa giustificare il ricorso alla procedura ai sensi dell'art.57, c.5, lett. 1), a1) e a2) del d.lgs. 163/2006 dal momento che l'ASL avrebbe dovuto illustrare, con precisione, le circostanze “impreviste”, a sé stessa non imputabili, alla base della procedura in esame. La ASL Frosinone, di conseguenza, avrebbe dovuto fornire una reale e motivata giustificazione per il ricorso all'aumento del servizio, anziché postulare il semplice rispetto formale delle norme del Codice e non prospettare semplicemente le oggettive, ma sanabili con una preventiva adeguata programmazione, difficoltà organizzative e funzionali invocate a danno dei principi a tutela della massima concorrenzialità.

Riguardo alla procedura di gara relativa all'affidamento del servizio di pulizia delle varie sedi dell'Azienda, per cui il precedente affidatario, in dipendenza delle proroghe sopra indicate e di due ulteriori rinvii nell'anno in corso della procedura aperta relativa a detto servizio, risulta ancora titolare dell'affidamento di un contratto la cui naturale scadenza era prevista per il 28.2.2017, si prende atto delle giustificazioni dell'Azienda che ha comunicato che il compito della relativa procedura è demandato alla Regione Lazio e che, nelle more di detta procedura, la stessa ASL ha provveduto a

bandire una gara “ponte” in via di perfezionamento. Nondimeno, si stigmatizza l’uso, anche in questo caso, dello strumento delle proroghe contrattuali e dei suddetti rinvii che hanno comportato una illegittima prosecuzione del contratto stipulato “ab origine”. Infatti, la prospettata necessità di provvedere a garantire la continuità dei servizi c.d. indispensabili comporta per le amministrazioni la prosecuzione con i contratti in essere anche ripetutamente nel tempo, per cui la proroga cd. tecnica si trasforma da strumento di transizione per brevi periodi, determinato da fatti imprevedibili, in paravento di carenze di programmazione.

Tutto ciò considerato e ritenuto,

DELIBERA

- I rilievi e le criticità contestate all’Azienda Sanitaria Locale di Frosinone con comunicazione delle risultanze istruttorie in data 5.2.2020, prot. ANAC n.9728, sono confermate in questa sede, essendo emerso:
 - illegittimità nel ricorso alle estensioni contrattuali, in contrasto con l’art. 57, c.5, lett. 1), a1) e a2) del d.lgs. 163/2006 e l’art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003 n.276, riguardando una somministrazione di forza lavoro non qualificata alla stessa S.A. per sopperire a sopravvenute carenze di organico interne;
 - utilizzo reiterato nel tempo di varie proroghe cd. tecniche ed ulteriori rinvii, al posto dell’indizione di apposite procedure ad evidenza pubblica, comportando la violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento e trasparenza, enunciati al comma 1 dell’art. 2 del d.lgs. 163/2006 (ora art. 30 del d.lgs. 50/2016);
- Dà mandato all’Ufficio di Vigilanza Servizi e Forniture di trasmettere la presente delibera all’Azienda Sanitaria Locale di Frosinone, nonché alla Regione Lazio che esercita funzioni di vigilanza nei confronti dell’Azienda.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 aprile 2020

Per il Segretario Maria Esposito
Il Segretario Angela Lorella Di Gioia