



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 384 del 17aprile 2018

Fascicolo UVSF n. 5149/2017

Oggetto: Provincia di Varese - 1. Servizio di gestione clima, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria, la messa a norma e la riqualificazione tecnologica degli impianti di climatizzazione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti idricosanitari, degli impianti elettrici e correnti deboli, a servizio degli edifici della Provincia. Lotto 1- Lotto 2 e lotto 3. Proroga tecnica contrattuale stagioni di servizio 2017/2018 e 2018/2019.

2. Affidamento del Servizio concernente la progettazione esecutiva del nuovo appalto di Global service.
3. Affidamenti della manutenzione del verde pubblico.

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

A seguito dell'esposto prot. n°122966 del 02.11.2017 presentato da un consigliere provinciale in ordine agli affidamenti in oggetto, questo ufficio, con nota prot. n° 127420 del 16.11.2017, comunica l'avvio del procedimento, relativamente ai punti 1 e 2 dell'oggetto.

La Provincia di Varese ha riscontrato l'avvio fornendo la seguente documentazione:

1. prot. n° 136197 del 15.12.2017 (nota del Segretario Generale) con relativi allegati, tra cui anche parere avvocatura interna sulla procedura di rinegoziazione dei contratti dell'affidamento di cui al punto 1 dell'oggetto;
2. prot. n° 136199 del 15.12.2017 con cui venivano forniti in copia gli atti della gara per il servizio di cui al punto 1 dell'oggetto bandita nel 2009;
3. prot. n° 136201 del 15.12.2017 con cui è stata inviata la determinazione a contrarre dell'affidamento del 2009, relazione sull'importo stimato per la progettazione per il nuovo appalto, report sulla procedura di affidamento diretto effettuata per il servizio di cui al punto 2 dell'oggetto, contratti stipulati in seguito alla gara e variazioni contrattuali effettuate.
4. prot. n° 136202 del 15.12.2017 contenente: disciplinare di affidamento relativo al servizio tecnico, relazione sull'importo stimato della proroga, relazione tecnica illustrativa (non sottoscritta) sul calcolo dell'affidamento del servizio tecnico; relazione sulla mancata acquisizione del cig nella proroga, determina di proroga dell'affidamento di cui al punto 1.

All'esito dell'esame della documentazione pervenuta l'Ufficio competente, predispone la comunicazione di risultanze istruttorie, che viene integrata di altro punto, in relazione ad un nuovo esposto pervenuto relativamente al servizio di manutenzione del verde pubblico.

L'ufficio, previa deliberazione conforme del Consiglio nell'Adunanza del 07.02.2018, procede quindi a notificare la comunicazione di risultanze istruttorie alla stazione appaltante con nota prot. n° 13053 del 12.02.2018.

Con nota acquisita al protocollo dell'Autorità con n° 22893 del 13.03.2018 la provincia riscontra nella persona del dirigente dell'Area Edilizia e Viabilità fornendo controdeduzioni alle risultanze istruttorie trasmesse.

1. *“Servizio di gestione clima, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria, la messa a norma e la riqualificazione tecnologica degli impianti di climatizzazione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti idricosanitari, degli impianti elettrici e correnti deboli, a servizio degli edifici della Provincia”.* Lotto 1- Lotto 2 e lotto 3. **Proroga tecnica contrattuale stagioni di servizio 2017/2018 e 2018/2019.**

Fatto

La Provincia di Varese con determinazione dirigenziale n° 1931 del 14.05.2010 aggiudica definitivamente il servizio in esame, suddiviso in tre Lotti, per anni sette, rispettivamente:

- a) il Lotto 1 alla Ditta Nelsa s.r.l. di Lurate Caccivio (CO) per un corrispettivo settennale complessivo di €. 7.078.631,70 (IVA esclusa) con contratto stipulato con rep. 21921 del 02.08.2010;
- b) il Lotto 2 alla Ditta Manutencoop Facility Management S.p.a. di Zola Predosa (BO) per un corrispettivo settennale complessivo di €. 7.572.000,00 (IVA esclusa) con contratto stipulato con rep. 21928 del 13.09.2010;

- c) il Lotto 3 alla Ditta Olicar di BRA (CN) in ATI con Impresa Devi Impianti s.r.l. – Enenso s.r.l. per un corrispettivo complessivo settennale di €. **8.544.532,80** (IVA esclusa) con contratto stipulato con rep. 21920 del 28.07.2010.

Con la determinazione dirigenziale n° 1414 del 22.06.2017 l'Amministrazione, sulla scorta di una supposta clausola presente nel paragrafo B.2 del capitolato d'oneri, ove sembrerebbe presente l'esercizio della facoltà di proroga *“per ulteriori 2 anni agli stessi prezzi, patti e condizioni”*, procede con una proroga tecnica di anni 2 dell'affidamento sopra evidenziato per tutti e tre i lotti, dichiarando altresì, di aver dato avvio, ad un'attività di progettazione del nuovo servizio da porre a base di una nuova gara. Quest'ultimo affidamento viene attribuito in via diretta, all'Ing. Silvano Pippan, con determinazione dirigenziale n° 1372 del 19.06.2017, che sarà oggetto di approfondimento nel punto 2 del presente atto. La stazione appaltante motiva l'affidamento in proroga in ragione, anche, di un tentativo di rinegoziazione del contratto di servizio settennale in essere, non andato a buon fine, sulla base di un supposto specifico strumento giuridico rinvenibile nel D. Lgs. 115/2008 rubricato: *“Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE”* applicabile ai contratti “servizio Energia” che per definizione normativa ex art. 1 co. 1 lett. p) del DPR 412 del 26 agosto 1993 rappresenta: *“l'atto contrattuale che disciplina l'erogazione dei beni e servizi necessari a mantenere le condizioni di comfort negli edifici nel rispetto delle vigenti leggi in materia di uso razionale dell'energia, di sicurezza e di salvaguardia dell'ambiente, provvedendo nel contempo al miglioramento del processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia”*.

Proroga

La proroga riguarda tutti e tre i lotti e viene posta in essere con le caratteristiche e negli importi di seguito riportati:

- a) il Lotto 1 viene prorogato alla Ditta Nelsa s.r.l. per due anni (2017/2018 e 2018/2019) per un importo complessivo di €. **3.148.593,08** (IVA 22% inclusa);
- b) il Lotto 2 viene prorogato alla Ditta Manutencoop Facility Management S.p.a. per due anni (2017/2018 e 2018/2019) per un importo complessivo di €. **2.560.003,59** (IVA 22% inclusa);
- c) il Lotto 3 viene prorogato per due anni (2017/2018 e 2018/2019), ad un soggetto non perfettamente sovrapponibile all'originario affidatario, in quanto l'ATI risulta composta dall'impresa Devi Impianti s.r.l. (capogruppo ATI al 67%) e alla ditta Enenso s.r.l. individuata come (Mandante ATI al 33%) per un importo complessivo di €. **3.300.962,03** (IVA 22% inclusa).

Particolare interesse e attenzione necessita l'affidamento del terzo lotto, per le vicende soggettive che hanno caratterizzato l'ATI aggiudicataria dello stesso.

In proposito si evidenzia che il terzo lotto del contratto originario risulta affidato, con determinazione dirigenziale n° 1931 del 14.05.2010, all'ATI così costituita: Olicar S.p.a. (mandataria/capogruppo) nella misura del 46%, Devi Impianti srl (mandante) per la misura del 27% e Enenso s.r.l (mandante) per la misura del 27%, giusto atto rep. n° 18801 del 01.06.2010. Da tale atto risulta chiaramente al punto 5 rubricato: *“Ripartizione dei servizi oggetto dell'appalto”*,

che tutte le imprese avrebbero svolto: “tutte le prestazioni oggetto dell’appalto”. Ne consegue che l’ATI è stata costituita nella forma di ATI orizzontale.

Successivamente con atto notarile rep. n° 216915 del 14.03.2017 viene formalizzata, attesa la difficoltà economica della società Olicar, la modifica della quota di esecuzione delle prestazioni di tutti i servizi oggetto dell’appalto, con effetto dal 07.03.2017, come segue:

- ✓ Olicar s.p.a 34% del valore complessivo;
- ✓ Devi Impianti srl 33% del valore complessivo;
- ✓ Enenso srl 33% del valore complessivo.

In seguito la società Olicar S.p.a. concede con atto notarile rep. n° 140965 del 29.03.2017 affitto di ramo d’azienda alla società Olicar Gestione s.r.l., sottoponendo l’atto de qua alla seguente condizione sospensiva: 5.1 *“Il contratto diverrà efficace a seguito dell’avverarsi della condizione sospensiva consistente nell’asseverazione della perizia di cui all’art. 76 del D.P.R. 207/2010 s.m.i., secondo quanto previsto al punto 3.5 che precede necessaria per il conseguimento dell’attestazione di qualificazione SOA da parte dell’Affittuaria”* il punto 3.5 dello stesso atto stabiliva che: *“la concedente dichiara che il ramo d’Azienda rappresenta un’autonoma articolazione funzionale di Olicar idonea di per se stessa all’esercizio delle attività riconducibili alle categorie o classifiche di opere generali e specializzate di cui all’allegato A del DPR 207/2010 s.m.i. oltre alle categorie e classifiche complementari e scorporabili nell’ambito delle commesse alla data di efficacia”*. Nell’atto notarile fornito risultano in bianco i paragrafi 3.6-5.5-5.6.

Risultano inoltre forniti dalla stazione appaltante, con riguardo alla fattispecie de qua, i seguenti atti:

1. Atto di recesso dall’ATI rep. n° 216916 del 14.03.2017. Tale atto è sospensivamente condizionato all’autorizzazione della stazione appaltante;
2. Atto di modifica di associazione temporanea di imprese effettuata con scrittura privata autenticata rep. n° 32253 del 09.06.2017;
3. Determinazione dirigenziale n° 1836 del 02.08.2017 con oggetto la “presa d’atto dell’affitto del ramo d’azienda tra Olicar s.p.a e Olicar gestione s.r.l. e di conseguenza attività e contratti in corso di esecuzione.

Con la comunicazione delle risultanze istruttorie è stata contestata la proroga effettuata dalla Provincia di Varese in quanto contraria all’ordinamento. In particolare è stato richiamato quanto già evidenziato in merito da questa Autorità, con il Comunicato del Presidente del 11.05.2016 ove si afferma che la proroga può essere consentita purché limitata *“al tempo strettamente necessario per l’aggiudicazione della nuova gara”*. Infatti la proroga, per l’ordinamento, già prima dell’introduzione del nuovo Codice dei Contratti (D.lgs. 50/2016), e quindi in vigenza del D. Lgs. 163/2006, come nel caso di specie, 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..."*.

Il paragrafo B2 del capitolato speciale d'appalto, che si cita a fondamento della proroga prevede: *"la Provincia di Varese si riserva l'insindacabile facoltà di prorogare il contratto nelle more dell'espletamento delle procedure di aggiudicazione di un nuovo appalto, agli stessi patti e condizioni del contratto principale, entro i limiti consentiti dalla legislazione vigente al momento della fine naturale dell'appalto"*; ma è risultato evidente che, in sede di elaborazione della proroga non si è tenuto conto della legislazione e degli orientamenti vigenti al momento della determinazione oggetto di esposto. Nel caso di specie la stazione appaltante, sulla scorta della previsione inserita nel bando europeo di una proroga di due anni (così risulterebbe dall'importo quantificato), ha proceduto con la formulazione della determinazione dirigenziale n°1414 del 22.06.2017, in spregio delle norme e degli orientamenti giurisprudenziali in essere al momento della formalizzazione della proroga stessa, che pertanto non è stata effettuata in armonia con quanto previsto nel paragrafo B2 sopra riportato.

Non risulta nemmeno giustificabile il ricorso alla proroga attraverso il tentativo di rinegoziazione del contratto di global service posto in essere dalla stazione appaltante e formalizzato in una proposta di deliberazione (n° 199 del 07.06.2017, poi comunque non adottata) a firma del dirigente del settore 5 Area Edilizia e Viabilità, in quanto, tale atto è stato posto in essere, tra l'altro, in modo contrario a quanto espresso dall'Avvocatura Comunale con parere reso in data 20.10.2016.

Il Rup era nelle condizioni di procedere con la progettazione del nuovo affidamento, conoscendo già, dal 24.10.2016, le problematiche giuridiche sottese alla proposta di rinegoziazione avviata.

Anche l'importo stabilito per le proroghe dei tre lotti sopra citati desta alcune perplessità. I contratti originari sono stati fatti oggetto di diverse estensioni contrattuali documentate attraverso la stipula di specifici contratti e/o addendum contrattuali. In tali atti non viene però riportata la norma di riferimento in virtù della quale viene stipulato il nuovo contratto.

La relazione del RUP inviata sul fascicolo in oggetto rileva che oltre alle modifiche contrattuali per variazioni aggiuntive, i contratti sono stati oggetto di adeguamento prezzi, di cui non si conoscono gli atti di approvazione, per cui i dati indicati non risultano riscontrabili.

Le risultanze istruttorie rilevano, quindi, che la proroga posta in essere non risulta, in alcun modo rispettosa delle disposizioni normative vigenti al momento della formulazione dell'atto di proroga per i seguenti motivi:

- ✓ la stazione appaltante aveva avuto tutto il tempo necessario per programmare il nuovo affidamento, stante anche quanto dichiarato dall'Avvocatura Comunale in ordine alla

paventata ipotesi di rinegoziazione contrattuale ex D. lgs. 115/08 ritenuta non conforme a norma dall'Avvocatura stessa;

- ✓ la proroga risulta effettuata per un periodo di due anni rispetto ai sei mesi indicati nella L. 62/2005 come limite massimo;
- ✓ l'atto non si configura come proroga tecnica, consentita *“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”*. Il provvedimento di proroga non riporta il contestuale avvio della nuova procedura (Parere Anac AG n° 33/13); sul punto si evidenzia che il D. Lgs. 50/2016 chiarisce quali sono gli atti propedeutici necessari all'avvio di un nuovo affidamento, in particolare l'art. 32 co. 2 prima parte, dispone che: *“Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”*. Nel caso di specie non risulta presente nemmeno la progettazione;
- ✓ l'importo inserito nella proroga appare superiore all'originario importo contrattuale, anche tenendo conto delle modifiche contrattuali avvenute e accertate con specifici atti allegati dalla stazione appaltante.

Nelle controdeduzioni pervenute con nota prot. n° 22893 del 13.03.2018, a firma del solo dirigente del Servizio Area 5 edilizia e Viabilità, lo stesso motiva il ricorso alla proroga per esigenze legate allo svolgimento, senza soluzione di continuità del servizio, affermando che gli edifici ove lo stesso viene svolto siano tutti adibiti ad attività scolastica.

Inoltre si afferma nelle controdeduzioni che l'importo della proroga del lotto 3 è di €. 1.089.317,47.

In relazione ai presupposti giuridici di applicazione dell'istituto della proroga la stazione appaltante afferma, in sintesi:

- che la proroga ha la finalità di garantire il rispetto della continuità dell'azione amministrativa e pertanto la stessa si configura legittima se prevista ab origine e a determinate condizioni;
- tra i presupposti della proroga non vi è il necessario avvio di una nuova procedura di gara;
- il riferimento all'art. 23 della L. 62/2005 non deve considerarsi più attuale;
- il prezzo in aumento delle proroghe viene giustificato facendo riferimento a variazioni Istat e a variazioni di consistenza patrimoniale in aumento.

Valutazioni conclusive

Le considerazioni svolte dalla stazione appaltante in merito all'argomento non possono essere prese in considerazione per i seguenti motivi.

Preliminarmente si osserva che dalla lettura dell'oggetto l'affidamento del servizio *di gestione clima, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria, la messa a norma e la riqualificazione tecnologica degli impianti di climatizzazione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti idricosanitari, degli impianti elettrici e correnti deboli, a servizio degli edifici della Provincia. Lotto 1- Lotto 2 e lotto 3*, non si riferisce in modo esclusivo alle scuole ma riguarda tutti

gli edifici di proprietà della Provincia, ma in ogni caso tale elemento non avrebbe prodotto effetti ulteriori sulla valutazione giuridica della proroga.

Si ribadisce in merito che il paragrafo B2 del capitolato speciale d'appalto, che si cita a fondamento della proroga, prevede la necessità, da parte della provincia di Varese, per attivare detto istituto, di una valutazione sui limiti consentiti dalla legislazione vigente al momento della fine naturale dell'appalto.

Tale valutazione non risulta invece effettuata nell'atto di proroga, per le ragioni manifestate nelle risultanze istruttorie che qui si intendono confermate.

In aggiunta si ribadisce l'eccezionalità del ricorso alla proroga, il cui utilizzo sottrae infatti, al confronto concorrenziale tutta quella parte di contratto che viene proseguita attraverso il mero slittamento in avanti del termine di scadenza del rapporto obbligatorio convenuto. Conformemente a parte della giurisprudenza, l'Autorità ha individuato alcune ristrettissime ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa sopra richiamato, restringendo però tale possibilità a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente (*ex multis*, *Deliberazione 19 gennaio 2011, n. 7, Deliberazione 19 dicembre 2012, n. 110, Deliberazione 19 settembre 2012, n. 82, Deliberazione 10 settembre 2008, n. 36, Deliberazione 6 ottobre 2011, n. 86; in giurisprudenza, Consiglio di Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2882, Consiglio di Stato, V, 7 aprile 2011, n. 2151*).

Sempre questa Autorità afferma chiaramente con riferimento all'istituto della proroga che: *"Fermo restando che ogni decisione di merito compete all'amministrazione istante, ove quest'ultima optasse per una proroga tecnica, la stessa dovrebbe protrarsi per il tempo strettamente necessario ad espletare la nuova procedura - che dovrebbe essere già avviata al momento dell'adozione della proroga - ed avviare l'esecuzione da parte del/i nuovo/i aggiudicatario/i, nei limiti di proporzionalità e adeguatezza e previa motivata e documentata istruttoria in tal senso"*(parere Anac AG n° 33/13). Ne consegue che come chiaramente affermato:

- ✓ la proroga è un rimedio eccezionale utilizzabile *per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione*, che nel caso in questione non sono rinvenibili, avendo avuto l'Amministrazione il tempo (il contratto originale aveva una durata di 7 anni) per effettuare nuova procedura di gara. Invece risulta avviato un percorso finalizzato all'approvazione di una rinegoziazione del contratto di global service in corso formalizzato in una proposta di deliberazione (n° 199 del 07.06.2017, poi comunque non adottata) a firma del dirigente del settore 5 Area Edilizia e Viabilità, con il parere contrario dall'Avvocatura Comunale (parere risulta reso in data 20.10.2016);
- ✓ la proroga presuppone l'avvio di una nuova procedura di gara, in quanto la caratteristica fondamentale della proroga tecnica è che la stessa è finalizzata al *reperimento di un nuovo contraente, ma per esigenze non dipendenti dalla responsabilità della stazione appaltante*", responsabilità, che per quanto detto, è ascrivibile invece all'amministrazione provinciale;
- ✓ in relazione al termine indicato dall'art. 23 della l. 62/2005, erra la stazione appaltante nel considerare la norma superata perché riferita ad un determinato momento storico, in quanto

il riferimento legislativo è esistente e non ha cessato di produrre i propri effetti. Infatti, l'importanza giuridica di tale norma è notevole, perché costituisce il risultato di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti del nostro Paese per violazione degli articoli 43 e 49 del Trattato CE ad opera della normativa nazionale. Ne consegue che detto intervento normativo oltre ad avere la finalità di escludere ed impedire, in via generale e incondizionata, la rinnovazione dei contratti di appalto scaduti, è volto anche ad impedire che altre disposizioni dell'ordinamento, possano essere interpretate come deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, come nel caso dell'istituto della proroga.

Non risulta corretta l'indicazione riportata in relazione che l'importo della proroga per il terzo lotto sia di soli €. 1.089.317,47 (IVA inclusa), perché tale cifra è relativa alla quota della mandante a cui deve sommarsi quella della mandataria pari a €. 2.211.644,56 (IVA inclusa) per un totale quindi di €. 3.300.962,03 (IVA 22% inclusa), come indicato da questa Autorità nella comunicazione di risultanze istruttorie. Resta invariato anche il rilievo sull'importo della proroga. Lo stesso appare, infatti, superiore all'originario valore contrattuale e ciò, anche tenendo conto delle modifiche contrattuali avvenute e accertate con specifici atti allegati dalla stazione appaltante. Nelle controdeduzioni la Provincia fornisce tabelle esplicative degli atti aggiuntivi posti in essere, ma dalle stesse non risulta possibile risalire all'atto di riferimento, tanto che alcuni documenti depositati, come per esempio l'atto aggiuntivo effettuato il 13 luglio 2017 (rep. 22394) relativo al lotto 1 di rilevante importo (€. 412.495,65) non trova collocazione esatta nella tabella inviata e, a parte il riferimento contrattuale, non risulta chiaro, il fondamento giuridico della variante al fine di valutarne il rispetto. Tali elementi non sono rinvenibili nemmeno nelle controdeduzioni fornite in ultimo dalla stazione appaltante. Non risultano inoltre forniti atti amministrativi che approvino le variazioni all'indice dei prezzi Istat.

Vicende soggettive ATI aggiudicataria terzo Lotto

Dalla lettura della documentazione inviata dalla stazione appaltante risulta che l'atto di recesso dall'ATI della mandataria si è configurato come un atto obbligatorio conseguente ad un accordo tra le parti repertoriato con n° 216914 del 14.03.2017, non presente tra gli atti allegati, in cui Olicar si è *“impegnata a garantire il ripianamento del debito nei confronti della mandante Devi Impianti s.r.l. assumendo a garanzia del corretto adempimento degli obblighi previsti nel punto f.2) di tale atto, l'obbligo al recesso dall'ATI a decorrere dal 09.06.2017 in caso di inadempienza”*. (rif. lett. i dell'atto di modifica di associazione temporanea di imprese).

L'avvenuto mancato adempimento di Olicar ha determinato il recesso della società medesima, che evidentemente ha dovuto anche procedere alla cessione del ramo d'azienda a favore di altra società che supplisse la propria mancanza di requisiti di ordine generale, tanto che per il periodo che intercorre tra l'atto di affitto del ramo d'azienda e il termine del contratto originario viene riconosciuto a favore dell'affittuaria Olicar Gestione s.r.l. la titolarità del contratto di Global Service per il lotto 3 quale mandataria. Tale affitto di ramo d'azienda viene riconosciuto dalla stazione appaltante solo diverso tempo dopo nell'agosto 2017, quando già era stata effettuata la modifica soggettiva nella composizione dell'ATI (rep. n° 32253 del 09.06.2017). Nella

determinazione dirigenziale sopra citata si dà atto della presentazione, tra l'altro, da parte della impresa affittuaria delle autocertificazioni attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale (art. 80 del D. lgs. 50/2016), della copia del certificato di qualità e della copia dell'attestato SOA Olicar Gestione srl, ma non si chiarisce se i requisiti, siano stati posseduti dalla cedente e quindi dalla cessionaria "senza soluzione di continuità" o se si sia prodotta interruzione degli stessi stante quanto stabilito nel punto 5.1 sopra citato dell'atto notarile rep. n° 140965 del 29.03.2017 concernente l'affitto del ramo d'azienda. Risultano inoltre acquisite le autocertificazioni sul possesso dei requisiti di ordine generale, ma non si dà atto della verifica delle stesse, da effettuarsi necessariamente, stante il disposto dell'art. 51¹ del D. lgs. 163/2006 (applicabile all'affidamento in oggetto) sull'azienda affittuaria. Sul punto si richiama la sentenza del C.d.S. n° 55 del 14 gennaio 2015 ove si afferma che *"l'art. 51 ammette espressamente che la cessione dell'azienda o di un suo ramo comporta il subentro della cessionaria alla cedente... e condiziona tale effetto alla sola verifica (vincolata e vincolante) del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo alla cessionaria"*.

La norma espressamente prevede l'accertamento dei requisiti e non solo l'acquisizione della dichiarazione sul possesso degli stessi. Tale accertamento, stante quanto indicato negli atti non risulta effettuato.

Dalla dinamica degli atti si desume che, non essendosi verificata la condizione del ripianamento dei debiti a cui la società Olicar si era impegnata con la mandante, la mandataria (Olicar) è receduta dall'ATI e le imprese restanti Devi Impianti s.r.l. ed Enenso s.r.l. hanno formulato l'atto di modifica di associazione temporanea di imprese con scrittura privata autenticata del 09.06.2017 attraverso il quale la società Devi Impianti è divenuta mandataria con il possesso della quota dell'ATI del 70,34% e la società Enenso srl, mandante, con una quota del 29,66%. Nell'atto si chiarisce che la società Devi Impianti realizza in via esclusiva le prestazioni impiantistiche di cui alla categoria OG11 e la società Enenso srl tutte le prestazioni, tranne le impiantistiche. Con l'atto in questione sostanzialmente si dà vita ad un'ATI mista: verticale per la categoria impianti, orizzontale per le altre prestazioni.

Tale assetto è modificativo del precedente, costituito come ATI orizzontale, dove tutte le imprese realizzano tutte le prestazioni.

Sul punto si ritiene necessario osservare quanto segue.

Vero è che la giurisprudenza ha temperato il principio di immodificabilità dell'ATI stabilito nell'art. 37 comma 9 del D. lgs. 163/2006 consentendo il recesso di una o più imprese dall'ATI dopo l'aggiudicazione, ma solo se le imprese rimanenti siano in possesso dei requisiti di partecipazione all'ATI.

La modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo, però, deve avvenire per esigenze organizzative dell'ATI e non può essere posta in essere per eludere la legge di gara e/o per evitare una sanzione di esclusione dovuta alla perdita di qualche requisito da parte dell'impresa uscente. Nel caso di specie, risulta chiara la presenza di una difficoltà economica-

¹ Art. 51 d. Lgs. 163/2006 1. *Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice*".

finanziaria da parte dell'impresa mandataria che potrebbe essersi tradotta anche nella perdita dei requisiti di ordine generale determinando la mandataria a procedere con l'affitto del ramo d'azienda ad azienda affittuaria. Il punto non risulta chiarito in modo adeguato negli atti della stazione appaltante.

Anche la verifica dei requisiti sulle imprese residue dal recesso della mandataria, necessità di ulteriore approfondimento. Il RUP nella relazione allega i documenti e i requisiti di capacità verificati, nonché un quadro riepilogativo, da cui si desume che detti requisiti sono stati verificati con riferimento al valore della proroga e non in base a quanto indicato nella lex specialis. In proposito si richiama il parere di questa Autorità delibera n° 334 del 23 marzo 2016 ove stabilisce: *“la possibilità di sostituire la mandante divenuta incapace con altro soggetto ovvero della stessa mandataria in proprio (o dalle residue mandanti in proprio) laddove in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione della prestazione aggiudicata”*, ciò in coerenza con quanto chiaramente affermato dal CdS n° 3701 del 28.07.2015, sulla necessità che *“i requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici, generali e di qualificazione, devono essere posseduti per tutta la durata della gara e anche durante l'esecuzione del contratto”*.

Non risulta effettuato l'accertamento del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D. lgs. 163/2006, di cui non si dà atto nemmeno nella determinazione dirigenziale n° 1331 del 14.06.2017 di presa d'atto del recesso della capogruppo Olicar s.p.a.

Non da ultimo si evidenzia che con la modifica dell'ATI vi è stato anche un cambio giuridico del raggruppamento, che originariamente costituito come ATI orizzontale, viene modificato in seguito al recesso della mandataria in ATI mista. In ordine all'originaria composizione come ATI orizzontale risulta opportuno evidenziare che la caratteristica dell'ATI orizzontale è appunto quella per cui tutti gli operatori economici eseguono tutte le prestazioni. Dagli atti di accertamento dei requisiti allegati la società mandante denominata Enenso srl non risulta avere la categoria OG11. Essendo l'ATI originaria costituita in forma orizzontale il requisito doveva essere verificato anche su tale mandante. Non si comprende pertanto come sia avvenuto in sede di gara l'accertamento di detto requisito. Vero è che nel bando viene specificato che il requisito deve essere posseduto dall'impresa che esegue il lavoro, ma la costituzione di un'ATI orizzontale imponeva l'accertamento del requisito su tutte le imprese facenti parte di detto raggruppamento, perché in sede costitutiva avevano dichiarato di eseguire tutte le diverse prestazioni.

Ne deriva che l'affidamento all'ATI del Lotto 3, sia in origine che in sede di proroga presenta gli elementi di criticità sopra rappresentati.

Nelle controdeduzioni rispetto a questo punto la stazione appaltante sostiene che:

- ✓ Le condizioni finanziarie non favorevoli della Olicar S.p.a, mandataria della RTI aggiudicataria dell'appalto non hanno influito sul possesso del requisito di moralità;
- ✓ il contratto di affitto di ramo d'azienda tra Olicar S.p.a. e Olicar Gestioni s.r.l. non ha influito sulla prosecuzione del contratto;
- ✓ la Olicar S.p.a ha presentato nel gennaio 2017 domanda di ammissione al concordato preventivo in bianco con la conseguente applicazione della determinazione ANAC n°

5/2015, non applicandosi in tal caso, spiega la stazione appaltante, “la risoluzione di diritto” dei contratti in corso”;

- ✓ a seguito del recesso della mandataria Olicar e di modifica del raggruppamento la provincia di Varese ha “avviato il relativo procedimento di verifica”, conclusosi con la determinazione di autorizzazione n° 1313 del 14 giugno 2017;
- ✓ i requisiti di partecipazione alla procedura sul nuovo assetto della RTI vengono parametrati, dalla stazione appaltante, solo agli anni della proroga posta in essere.

Valutazioni conclusive

Si conferma quanto già espresso in sede di comunicazione di risultanze istruttorie sul punto de qua. Il quadro fattuale e documentale conferma infatti quanto indicato nella comunicazione di risultanze istruttorie.

La stazione appaltante nella propria ricostruzione non accenna in alcun modo alla reale ragione che ha indotto Olicar Spa (mandataria) a recedere dal contratto. La società Olicar in grave crisi finanziaria e in debito con la mandante Devi Impianti ha assunto come obbligazione il recesso dall’ATI, qualora non fosse stata in grado di ripianare i debiti. Il recesso costituisce pertanto la condizione risolutiva che, avveratasi, determina l’obbligatorio recesso dell’ATI. In tale fase la società Olicar si trova in una situazione di stallo organizzativo e funzionale. Inoltre, non corrisponde al vero quanto dichiarato dalla stazione appaltante, ovvero che la società Olicar ha presentato nel gennaio 2017 domanda di ammissione al concordato preventivo. Infatti sia nell’atto di modifica delle variazioni di quote dell’ATI rep. n° 216915 del 7 marzo 2017, sia nella dichiarazione di recesso dall’ATI, formalizzata con atto rep. n° 216916 del 7 marzo 2017, risulta dichiarata la deliberazione di Olicar del 13 gennaio 2017 di presentare al tribunale competente della domanda di concordato preventivo ex art. 161 sesto comma R.D. 267/1942 o in alternativa accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 (R.D. 267/1942), ma si dà atto “*che tale ricorso non è stato ad oggi presentato*”. Ne consegue che non risulta possibile applicare nel caso in questione la deliberazione Anac n° 5/2015 perché nessuna domanda di concordato in bianco risulta presentata nel gennaio 2017. In ogni caso la determinazione citata prevede che affinché possa ritenersi non pendente un procedimento per concordato ordinario o liquidatorio (che costituirebbe causa ostativa alla prosecuzione del rapporto contrattuale) deve essere presentata domanda “in bianco” con riserva espressa di produrre un piano recante proposta di esecuzione dell’attività d’impresa; nella sostanza devono sussistere, in modo chiaro ed inconfutabile, effetti “prenotativi” del concordato preventivo “con continuità aziendale”. Tali elementi non sono rinvenibili nel caso di specie fino a marzo 2017 (data dell’atto di recesso dall’ATI). Ne consegue che la situazione fino a quella data era rilevante ai fini della verifica del possesso dei requisiti, che devono rimanere inalterati non solo al momento dell’aggiudicazione ma per tutto il periodo di esecuzione del contratto, ciò anche in considerazione del fatto che l’efficacia dell’atto di recesso dall’ATI da parte di Olicar s.p.a. risulta spostato al periodo successivo alla scadenza naturale del contratto di appalto fissata dal 09.06.2017 (risulta chiaramente dall’atto notarile). Ciò motiva altresì, la necessità di Olicar di procedere, proprio in data successiva all’atto di recesso (14.03.2017), alla cessione del ramo d’azienda a favore di Olicar Gestione s.r.l., contratto

subordinato nell'efficacia al conseguimento da parte di Olicar Gestione della qualificazione SOA. Quindi erra la stazione appaltante nel considerare influente sull'appalto in oggetto l'atto di cessione, (di cui non risultano i paragrafi 3.6, 5.5, e 5.6), perché lo stesso ha avuto evidentemente la finalità di "traghetare" la Olicar, nel caso in oggetto, fino alla scadenza naturale del contratto fissata al 09.06.2017. Tale atto di cessione risulta approvato dalla stazione appaltante solo con la determinazione n°1836 del 02.08.2017, ovvero dopo che l'intervento della Olicar Gestione di "traghetamento" era terminato, perché il contratto era scaduto (09.06.2017). Ma tale passaggio risulta sottovalutato dalla stazione appaltante "ritenendolo superato dall'intervenuta autorizzazione della Provincia alla modifica della RTI" (nuova costituita tra le due mandanti). Ma anche tale affermazione non può essere condivisa in quanto non tiene conto di un passaggio fondamentale: la stazione appaltante effettua con la determinazione n° 1836 del 02.08.2017 e quindi a contratto largamente scaduto la presa d'atto della cessione del ramo d'azienda, senza verificare il possesso dei requisiti sulla Olicar Gestione s.r.l. Infatti, i requisiti di ordine generale risultano autocertificati, risultano acquisite la copia del certificato di qualità e dell'attestazione SOA, ma non risultano verificati gli ulteriori requisiti di capacità previsti per la partecipazione alla procedura. Si richiama in merito il co. 1 dell'art. 116 del d.lgs. 163/2006 che recita quanto segue: *"1. Le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna stazione appaltante fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal presente codice"*. Come noto, per costante interpretazione, il riferimento fatto nella norma al requisito di qualificazione non si applica solo alle SOA ma anche ai requisiti previsti per i servizi e le forniture. Infatti l'Autorità, nell'atto AG del 06.11.2008 evidenzia: *"la previsione relativa "al possesso dei requisiti di qualificazione" di cui all'art. 116, co. 1, del codice, non può intendersi riferita alle sole certificazioni SOA, previste dall'art. 40, e, dunque, afferente ai soli lavori, bensì a tutti i requisiti richiesti ai fini dell'ammissione alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto sia di ordine generale (art. 38) sia di ordine speciale, quali quelli relativi all'idoneità professionale (art. 39), alla capacità economico-finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 41) e alla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 42)"*.

Non in ultimo si conferma quanto già indicato nella comunicazione di risultanze istruttorie in ordine ai requisiti che dovevano essere accertati sulla nuova ATI costituita il 9 giugno 2017 tra le due mandanti, a seguito del quale la Devi Impianti srl ha assunto il ruolo di mandataria e la Enenso s.r.l. il ruolo di mandante. Il RUP sostiene la possibile parametrizzazione dei requisiti all'importo della proroga, ma questa Autorità ribadisce sul punto quanto già affermato nella comunicazione di risultanze istruttorie dove si richiama il parere di questa Autorità espresso nella delibera n° 334 del 23 marzo 2016 ove stabilisce: *"la possibilità di sostituire la mandante divenuta incapace con altro soggetto ovvero della stessa mandataria in proprio (o dalle residue mandanti in proprio) laddove in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione della prestazione aggiudicata"*, ciò in coerenza con quanto chiaramente affermato dal CdS n° 3701 del 28.07.2015,

sulla necessità che “*i requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici, generali e di qualificazione, devono essere posseduti per tutta la durata della gara e anche durante l’esecuzione del contratto*”. Ciò che deve essere accertata è la permanenza dei requisiti per tutta la durata del contratto che prosegue nella proroga. Ciò vale anche per il requisito di qualificazione dell’OG11 per la società Enenso s.r.l. che doveva mantenersi inalterato per tutta la durata dell’appalto senza soluzione di continuità (parere ANAC n° 103 del 21/05/2014, nonché delibera Anac n° 61 del 7 giugno 2011), soprattutto in considerazione che l’ATI originaria era un’ATI orizzontale. Non si comprende infatti la soluzione indicata nella relazione della stazione appaltante dove si dichiara che i lavori sono stati realizzati solo da Olicar e Devi impianti, in quanto tale dichiarazione non risulta coerente con l’assetto dell’ATI e con gli obblighi contrattuali assunti da parte delle imprese. Tale ultimo punto è anche sintomatico di una carenza di controllo nella fase di esecuzione del contratto da parte della stazione appaltante.

2. *Affidamento del Servizio concernente la progettazione esecutiva del nuovo appalto di Global service.*

Fatto

La vicenda oggetto del punto 2: “*Affidamento del Servizio di Architettura ed ingegneria concernente la progettazione esecutiva dell’appalto*”, attiene alla determinazione dirigenziale n° 1372 del 19.06.2017 concernente: “*Servizio di energia, l’esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria, la messa a norma e la riqualificazione tecnologica degli impianti di climatizzazione, l’esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti idrico-sanitari, degli impianti elettrici e correnti deboli a servizio degli edifici della provincia di Varese. Aggiudicazione definitivo del servizio di Architettura ed ingegneria concernente la progettazione esecutiva dell’appalto*”.

L’Autorità, con l’avvio, chiede spiegazioni in ordine all’affidamento diretto posto in essere in favore dell’Ing. Pippan, già direttore dell’esecuzione del contratto di Global service di cui al punto 1 dell’oggetto, in merito:

- ✓ alla configurazione giuridica dell’affidamento (attività di supporto al RUP e servizi tecnici);
- ✓ sulla modalità di calcolo dell’affidamento;
- ✓ sui contenuti del riscontro all’interrogazione consiliare di cui all’adunanza del 25 settembre 2017 avente ad oggetto proprio l’affidamento in esame.

Sul punto, in controdeduzione all’avvio, risulta trasmessa dalla stazione appaltante la seguente documentazione di rilievo per la trattazione dell’argomento:

- ✓ relazione illustrativa della valutazione dell’importo di progettazione del futuro appalto (*allegato alla nota acquisita al protocollo con n° 136197 del 15.12.2017*);
- ✓ calcolo importo affidamento (*allegato alla nota acquisita al protocollo con n° 136197 del 15.12.2017*);
- ✓ report procedura di affidamento diretto all’Ing. Pippan (*allegato alla nota acquisita al protocollo con n° 136201 del 15.12.2017*);

- ✓ disciplinare di incarico dell'affidamento della direzione dell'esecuzione del contratto per anno 2016/2017 (*allegato alla nota acquisita al protocollo con n° 136202 del 15.12.2017*);
- ✓ relazione tecnica illustrativa del 20.11.2017 sull'affidamento dell'incarico(*allegato alla nota acquisita al protocollo con n° 136202 del 15.12.2017*).

Nella comunicazione di risultanze istruttorie l'Autorità solleva con riguardo a tale affidamento i seguenti elementi di criticità.

Valore dell'affidamento

L'affidamento all'Ing. Pippan, come risulta dalla determinazione n° 1372 del 19.06.2017, ha ad oggetto la progettazione dell'appalto consistente nel *“Servizio di energia, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria, la messa a norma e la riqualificazione tecnologica degli impianti di climatizzazione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti idrico-sanitari, degli impianti elettrici e correnti deboli, a servizio degli edifici della provincia di Varese”*. Nei documenti forniti dalla stazione appaltante vi è specifica relazione che, riprendendo quanto già indicato in sede di interrogazione consiliare con l'allegato PV 45 alla deliberazione del 25.09.2017, fissa il valore dell'affidamento in questione in €. 235.898,14.

Tale importo, invece di essere messo a gara, (doveva esperirsi gara europea) viene direttamente negoziato dall'Amministrazione con il professionista poi incaricato (così come indicato nella risposta all'interrogazione consiliare di cui non si conosce l'autore) fino a giungere ad importo inferiore a €. 40.000,00, e il RUP motiva tale atto come segue: *“il summenzionato professionista, forte dell'esperienza e dettagliata conoscenza del patrimonio impiantistico dell'Ente, ha potuto assumere l'impegno temporale di cui sopra nonché abbattere i costi dell'onorario”*.

E' evidente l'assoluta contrarietà alle norme di tale modus operandi che risulta violativo delle regole di evidenza pubblica: la stazione appaltante, stabilito il valore dell'affidamento, deve procedere come indicato dal codice e indire procedura comunitaria nel rispetto di quanto indicato nel D. lgs. 50/2016 ed in particolare dei principi generali stabiliti nell'art. 30 dello stesso decreto.

Invece, nel caso de qua, la stazione appaltante negozia direttamente con l'operatore, utilizzando quale criterio di aggiudicazione quello del minor prezzo in spregio, tra l'altro dei contenuti dell'art. 95 comma 3 lett. b) del D. lgs. 50/2016 che afferma: *“3. Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:*

- a) *.....b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro”*.

Si rileva inoltre la seguente criticità: il RUP allega alla documentazione presentata un elaborato denominato *“Progettazione esecutiva appalto per il servizio di energia, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria, la messa a norma e la riqualificazione tecnologica degli impianti di climatizzazione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti idrico-sanitari, degli impianti elettrici e correnti deboli, a servizio degli edifici della provincia di*

Varese”, avente lo scopo di giustificare l’importo dell’affidamento effettuato a favore dell’Ing. Pippan. In tale elaborato che non risulta sottoscritto dal RUP, né approvato in nessun atto, si misura l’affidamento avuto riguardo alle sole opere di impiantistica di €. 3.500.000,00, rispetto alle quali, applicando il DM 17.06.2016, viene calcolato l’importo della prestazione tecnica in esame. Tale atto risulta datato 20.11.2017, quindi formulato in data successiva non solo alla determinazione di affidamento, ma anche all’avvio del procedimento della scrivente Autorità. E’ evidente che tale documento non può essere preso in considerazione nella valutazione del processo di affidamento in quanto costituisce tentativo di giustificazione postuma dell’importo affidato.

Procedura di affidamento

La stazione riporta nella determinazione che la procedura è avvenuta attraverso la piattaforma Sintel di Arca Lombardia, attribuendo alla procedura la seguente numerazione RDO n° 86731823. Questa Autorità interrogato il sistema Sintel alla data del 16.01.2018, ha ottenuto un report delle procedure di affidamento poste in essere attraverso detta piattaforma dalla Provincia di Varese, tra cui non risulta la procedura in questione.

Si chiede pertanto di chiarire se il report della procedura allegato agli atti costituisca report d’ufficio sviluppato dalla stazione appaltante medesima.

Principio di rotazione

L’affidamento risulta effettuato in violazione anche del principio di rotazione degli affidamenti, in quanto trattasi sempre di un servizio di natura intellettuale come il precedente (affidamento del servizio di direzione dell’esecuzione del contratto) fatto a favore dell’Ing. Pippan e correlato allo stesso servizio di Global service, rispetto al quale non risulta effettuata nessuna consultazione di mercato. In proposito ci si riporta, totalmente a quanto già rilevato sul punto con l’avvio del procedimento.

La stazione appaltante controdeduce ai rilievi effettuati dall’Autorità non fornendo, però, ulteriori elementi in grado di eliminare le criticità sollevate in sede di comunicazione di risultanze istruttorie. La stazione appaltante tenta di dare giustificazioni postume all’affidamento sul calcolo dell’importo. Si considerano le spese generali relative alla tariffa professionale non incluse nel calcolo dell’importo dell’appalto, da ciò la considerazione della stazione appaltante che l’affidamento sarebbe al di sotto di €. 40.000,00.

La stazione appaltante ritiene non violato il principio di rotazione in considerazione della conoscenza degli edifici da parte del tecnico aggiudicatario dell’affidamento.

Valutazioni conclusive

Con riferimento a tale punto si ritengono confermate le criticità avanzate in sede di comunicazione di risultanze istruttorie in specie con riferimento all’errato calcolo dell’importo del servizio.

Nelle controdeduzioni alla CRI la stazione appaltante non pone alcuna giustificazione rispetto a quanto rilevato dal riscontro all’interrogazione consiliare che costituisce allegato B alla deliberazione consiliare prot. n° 52531/1.0 P.V. n° 45, i cui contenuti appaiono

straordinariamente violativi delle norme sull'evidenza pubblica. L'affidamento della progettazione del servizio di progettazione esecutiva per l'appalto del *"servizio di energia, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria, la messa a norma e la riqualificazione tecnologica degli impianti di climatizzazione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti idrico-sanitari, degli impianti elettrici e correnti deboli, a servizio degli edifici della provincia di Varese"* il cui importo risulta determinato in €. 235.898,14 (come da relazione tecnica allegata alla suddetta delibera) a seguito di motivazioni illogiche e prive di qualsiasi riferimento normativo, con negoziazione privata, viene affidato all'Ing. Pippan per un importo superiore, tra l'altro, alla soglia di €. 40.000,00 e pertanto rispetto al quale non è assolutamente possibile procedere con affidamento diretto e con negoziazione al prezzo più basso.

In particolare il report indica come base d'asta della procedura €. 43.723,26. Nella tabella prodotti si specifica poi che il compenso tabellare è pari a €. 35.421,38, mentre le spese e oneri accessori corrispondono complessivamente a € 8.301,00. Nella relazione la stazione appaltante indica che solo le spese generali ammonterebbero a €. 4.207,86 il cui importo viene determinato con riferimento all'art. 5 del D.M. 143 del 31.10.2013, ormai superato dal D.M. del 17.06.2016.

Si ribadisce l'assoluta estraneità del documento prodotto (relazione tecnica) con cui si vuole procedere a motivare il calcolo del servizio in quanto, come evidenziato dall'elaborato medesimo lo stesso reca la data del 20.11.2017 e quindi risulta prodotto ben oltre la data dell'affidamento in questione. In ordine alle spese generali sopra citate le stesse devono ritenersi parte del compenso e come tali sottoposte a ribasso. Ne consegue che la procedura di affidamento posta in essere oltre ad essere violativa dei principi generali che governano gli affidamenti pubblici contrasta anche con le disposizioni che regolano gli affidamenti sotto-soglia.

In relazione alla violazione del principio di rotazione si richiama la sentenza del Consiglio di Stato n° 4125 del 31.08.2017 ove si afferma, tra l'altro, che: *"il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4). La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti – il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore – amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione"*.

Nell'atto oggetto di esposto si motiva la scelta dell'aggiudicatario per *"l'esperienza pluriennale acquisita nel settore di interesse come Direttore dell'esecuzione del Contratto e della particolare conoscenza consolidata degli edifici scolastici di proprietà provinciale e dei loro impianti"*, ma tali motivazioni non sembrano in linea con quanto indicato nelle Linee Guida dell'Autorità e dal Consiglio di Stato, non avendo la stazione appaltante adeguatamente verificato il mercato accertando l'inesistenza di professionalità similari, né, tantomeno, la conoscenza degli edifici può considerarsi una motivazioni sufficiente per evitare l'apertura della procedura ad altri concorrenti. Tali concetti risultano ribaditi in modo più analitico anche nella recente

approvazione delle Linee guida sul sotto-soglia aggiornate (delibera del consiglio n° 206 del 01 marzo 2018) ove si specifica: *“Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi”*.

Non da ultimo, se il valore dell'affidamento supera €. 40.000,00 come indicato nel report in cui la base d'asta è fissata in €. 43.723,26 è evidente che non poteva realizzarsi nemmeno l'affidamento diretto, ma una procedura ex art. 36 co. 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016. Inoltre non poteva utilizzarsi nemmeno il criterio del minor prezzo ma quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in conformità a quanto indicato nell'art. 95 co. 3 lett. b).

Ne consegue che le norme appena citate si intendono violate.

3. Affidamenti della manutenzione del verde pubblico.

In ordine agli affidamenti del verde negli immobili di proprietà e/o di competenza provinciale, comprendente anche gli istituti scolastici si evidenzia che con l'avvio e contestuale comunicazione di risultanze istruttorie (prot. n° 13053 del 12.02.2018) sono stati contestati i seguenti ipotetici profili di illegittimità negli atti di affidamento:

a) Violazione dell'art. 35 del D. lgs. 50/2016 attraverso il sistema dello “spacchettamento” nel calcolo del valore degli affidamenti.

Si è riscontrato in diverse determinazioni dirigenziali, quali a titolo esemplificativo e non esaustivo: n° 3234 del 23.12.2015 - n° 1317 del 26.05.2016 - n° 2296 del 29.09.2016 – n°912 del 21.04.2017- n°914 del 21.04.2017- n°1669 del 13.07.2017- n°1670 del 13.07.2017, un evidente spacchettamento (vengono effettuati affidamenti per pochi mesi). Inoltre pur prevedendo la suddivisione in lotti (Zona A e Zona B), gli stessi non vengono considerati, come parte di un importo complessivo dell'affidamento, ma affidati singolarmente. Sul punto si rileva che tali atti appaiono in contrasto, rispettivamente, con quanto indicato nell'art. 35 del D. lgs. 50/2016 al comma 12 e con quanto indicato al comma 9 dello stesso articolo che testualmente recitano:

co. 12 *“Se gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano caratteri di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, è posto come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto:*

a) il valore reale complessivo dei contratti analoghi successivi conclusi nel corso dei dodici mesi precedenti o dell'esercizio precedente, rettificato, ove possibile, al fine di tenere conto dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale;

b) il valore stimato complessivo dei contratti successivi aggiudicati nel corso dei dodici mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio, se questo è superiore ai dodici mesi”.

Co.9 *“Per i contratti relativi a lavori e servizi:*

- b) *quando un'opera prevista o una prestazione di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti;*
b) *quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai comini 1 e 2, le disposizioni del presente codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto”.*

c) Violazione reiterata del principio di rotazione di cui all'art. 36 del D. lgs. 50/2016

Gli affidamenti di cui alle determinazioni sopra citate risultano affidate in via diretta, prevalentemente a favore degli stessi operatori economici: Società cooperativa officina Onlus e Vivai Barretta in violazione del principio di rotazione degli affidamenti stabilito nell'art. 36 co. 1 del D. lgs. 50/2016.

d) Proroga illegittima degli affidamenti

Dagli atti si rilevano, inoltre, diverse proroghe, a titolo esemplificativo e non esaustivo: determinazioni dirigenziali n° 2296 del 29.09.2016 - n° 74 del 16.01.2017- n° 2458 del 31.10.2017, effettuate fuori degli elementi stabiliti dal Codice dei Contratti, sia perché non effettivamente previste nelle determinazioni di affidamento principale, sia perché il relativo importo non è stato calcolato nel valore dell'affidamento, così come stabilito dal combinato disposto degli artt. 106 co. 11 e 35 co. 4 del D. lgs. 50 del 2016.

e) Violazione delle procedure di cui all'art. 36 co. 2 lett. b).

Risultano effettuati affidamenti di importo superiore a € 40.000,00 (es. determinazione dirigenziale n° 1317 del 26.05.2016) senza rispettare le prescrizioni contenute nell'art. 36 co. 2 lett. b) del D. lgs. 50/2016. Le procedure divise in due lotti (A e B), complessivamente di importo superiore a € 40.000,00, vengono effettuate disgiuntamente e attraverso singoli affidamenti diretti ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. a), senza rispettare quanto indicato nel predetto art. 35 sul calcolo del valore stimato degli appalti e senza effettuare preventiva indagine di mercato, in contrasto con quanto disposto dalle norme vigenti e dalle Linee Guida Anac n° 4/2016.

La stazione appaltante controdeduce allegando le determinazioni collegate all'affidamento del servizio in oggetto e relazionando come segue.

Nel 2012 per la gestione del servizio di manutenzione del verde è stata effettuata una procedura comunitaria con gara unica divisa in due lotti per una durata contrattuale di anni 2. Il primo lotto è stato vinto dalla cooperativa Officina onlus in RTI con Charis società cooperativa, il lotto 2 è stato aggiudicato all'operatore economico Vivai Barretta s.r.l.. Nel 2014, secondo quanto relazionato dalla stazione appaltante, in virtù di una previsione opzionale è stata applicata la ripetizione dei servizi ai sensi dell'art. 57 co. 5 lett. b) (nella determina di affidamento si cita l'art. 57 co. 5 lett. c). Successivamente, secondo quanto si legge in relazione *“a fronte della necessità di garantire lo svolgimento dei servizi in discorso senza soluzione di continuità..”*, la stazione appaltante procede con proroga per il lotto 1 con determina n° 3234 del 23 dicembre 2015 per due mesi (€ 12.7312,00), con determina n° 1317 del 26.05.2016 per tre mesi (€ 21.997,52). Per il lotto 2 si procede con determinazione n° 3234 del 23.12.2015 per € 13.775,00

per due mesi, con determinazione n° 1317 del 26.05.2016 per tre mesi € 21.519,93. La stessa amministrazione dichiara che anche per il periodo tra gennaio 2016 e maggio 2017 si è utilizzato lo strumento della proroga. In seguito, l'amministrazione, sulla base di un'indagine denominata "esplorativa", affida direttamente con le determinazioni n° 912 e 914 del 21.4.2017 il servizio per il lotto zona A, a Vanoni Giardinaggio snc per €. 18.190,37, e il lotto zona B a Vivai Barretta s.r.l. per €. 18.280,73.

Con successive determinazioni n° 1669 e 1670 del 13.07.2017 è stato affidato, con procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ex art. 63 co. 2 lett. c), a Vanoni Giardinaggio il servizio per €. 43.549,87 (zona A) per mesi 4 e per €. 41.374,69 (zona B), sempre per mesi 4, a Vivai Barretta.

In seguito, sulla scorta di ipotetica clausola di proroga ex art. 106 co. 11 del D. lgs. 50/2016 si procede con proroga dell'affidamento effettuato con procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando fino ad aprile 2018.

La stazione appaltante afferma inoltre che fino a marzo 2017 non trova applicazione nei servizi in oggetto il nuovo codice (d.lgs. 50/2016) ed il principio di rotazione. Evidenzia inoltre che gli affidamenti per l'anno 2017 sono stati effettuati a seguito di un'indagine esplorativa e che ugualmente è stata effettuata procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando dove comunque le offerte migliori sono risultate sempre quelle delle ditte Vanoni Giardinaggio snc e Vivai Barretta s.r.l..

In ordine all'ipotetico "spacchettamento" dell'appalto la stazione appaltante introduce motivazioni di ordine economico richiamando in proposito il regime di esercizio provvisorio di cui all'art. 163 della L. 267/2000.

Valutazioni conclusive

Sulla scorta degli atti ricevuti si è provveduto a riepilogare, in una tabella esplicativa, i numerosi atti forniti dalla stazione appaltante con riguardo al servizio in oggetto, che di seguito si riportano:

Anno	N° atto	Data	Modalità di affidamento	Importo in euro	Durata contrattuale	Aggiudicatario	Lotti
2016	3234	23/12/2015	Affidamento mediante richiesta diretta di cinque preventivi	12.731,00	2 mesi	Società cooperativa Officina Onlus in ATI con Charis	A
2016	3234	23/12/2015	Affidamento mediante richiesta diretta di cinque preventivi	13.775,60	2 mesi	Vivai Barretta	B
2016	Vedi relazione		Ulteriori proroghe	19.096,50	3 mesi	Società cooperativa Officina Onlus in ATI con Charis	A
2016	Vedi relazione		Ulteriori proroghe	20.663,40	3 mesi	Vivai Barretta	B
2016	1121 e 1317	06/05/2016	Affidamento diretto	21.997,52	3 mesi	Società cooperativa Officina Onlus in ATI con Charis	A
2016	1121 e 1317	06/05/2016	Affidamento diretto	21.159,93	3 mesi	Vivai Barretta	B
2016	2296	29/09/2016	proroga affidamento diretto	47.000,00		Società cooperativa Officina Onlus in ATI con Charis	A
2016	2296	29/09/2016	proroga affidamento diretto	42.000,00		Vivai Barretta	B
2017	74	16/01/2017	proroga affidamento diretto	14.541,66	4 mesi	Società cooperativa Officina Onlus in ATI con Charis	A
2017	74	16/01/2017	proroga affidamento diretto	14.541,66	4 mesi	Vivai Barretta	B
2017	914	21/04/2017	Affidamento diretto	18.190,37	2 mesi	Vanoni Giardinaggio	A
2017	912	21/04/2017	Affidamento diretto	18.280,73	2 mesi	Vivai Barretta	B
2017	1670	13/07/2017	Art. 63 co. 2 lett. c)	43.549,87	4 mesi	Vanoni Giardinaggio	A
2017	1669	13/07/2017	Art. 63 co. 2 lett. c)	41.374,69	4 mesi	Vivai Barretta	B
2017	2458	31/10/2017	Proroga affidamento ex art. 63	11.868,00	3 mesi	Vanoni Giardinaggio	A
2017	2460	31/10/2017	Proroga affidamento ex art. 63	14.997,98	3 mesi	Vivai Barretta	B
2018	231	31/01/2018	Proroga affidamento ex art. 63	20.000,00	2,5 mesi	Vanoni Giardinaggio	A
2018	232	31/01/2018	Proroga affidamento ex art. 63	20.000,00	2,5 mesi	Vivai Barretta	B
totale				415.768,91			

Dall'esame degli atti risultano confermate le osservazioni formulate in sede di comunicazione di risultanze istruttorie che pertanto si confermano specificando quanto segue.

Violazione dell'art. 35 del D. lgs. 50/2016 attraverso il sistema dello "spacchettamento" nel calcolo del valore degli affidamenti.

Dall'esame degli atti forniti dalla stazione appaltante è evidente il ricorso sistematico ad affidamenti di pochi mesi reiterati nel tempo attraverso proroghe sempre agli stessi soggetti.

Tale modus operandi contrasta con quanto indicato nell'art. 35 commi 9 e 12 del d.lgs.50/2016. Il calcolo dell'importo del servizio da affidare deve seguire le regole indicate nel comma 12 dell'articolo citato ove si afferma: *"Se gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano caratteri di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, è posto come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto:*

a) il valore reale complessivo dei contratti analoghi successivi conclusi nel corso dei dodici mesi precedenti o dell'esercizio precedente, rettificato, ove possibile, al fine di tenere conto dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale;

b) il valore stimato complessivo dei contratti successivi aggiudicati nel corso dei dodici mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio, se questo è superiore ai dodici mesi”.

Inoltre la suddivisione del servizio in lotti, comporta il cumulo dei valori dei lotti ai fini della determinazione dell'importo complessivo dell'affidamento come indicato nel comma 9 del predetto art. 35 del d.lgs. 50/2016: “Per i contratti relativi a lavori e servizi: a) quando un'opera prevista o una prestazione di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti; b) quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai comini 1 e 2, le disposizioni del presente codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto”.

Si è riscontrato, invece, in diverse determinazioni dirigenziali, quali a titolo esemplificativo e non esaustivo: n° 3234 del 23.12.2015 - n° 1317 del 26.05.2016 - n° 2296 del 29.09.2016 – n° 912 del 21.04.2017- n° 914 del 21.04.2017- n° 1669 del 13.07.2017- n° 1670 del 13.07.2017, un evidente spacchettamento (vengono effettuati affidamenti per pochi mesi). Inoltre pur prevedendo la suddivisione in lotti (Zona A e Zona B), gli stessi non vengono considerati, come parte di un importo complessivo dell'affidamento, ma affidati singolarmente.

Non appare inoltre condivisibile la motivazione sulla necessità del frazionamento legato all'esercizio provvisorio dell'Ente in quanto giustificare in tal modo il proprio *modus operandi* contrasta proprio con i principi generali che il legislatore ha voluto introdurre nell'ordinamento con l'armonizzazione contabile, perché, se tale fosse l'interpretazione della norma, gli enti si troverebbero ad incentivare l'esercizio provvisorio, che invece costituisce strumento eccezionale rispetto alla regola generale dell'approvazione del Bilancio entro il 31 dicembre di ogni anno.

Violazione reiterata del principio di rotazione di cui all'art. 36 del D. lgs. 50/2016

Nelle controdeduzioni la stazione appaltante sostiene che negli affidamenti richiamati non si applica il principio di rotazione “quanto meno fino a marzo 2017”, sulla scorta del fatto che i primi atti di proroga si collegano ad affidamenti effettuati in vigore del d.lgs. 163/2006. Ma in realtà già nell'affidamento di cui alla determinazione n° 1121 del 06.05.2016 e successiva determinazione di affidamento n° 1317 del 26.05.2016, la stazione appaltante richiama le norme del d.lgs. 50/2016 e di conseguenza i principi dallo stesso affermati, tra cui il principio di rotazione. Si legge infatti chiaramente già nella determinazione di indizione della procedura (n° 1121 del 06.05.2016) l'applicazione per l'affidamento dell'art. 36 co. 2 lett. a) del d.lgs. 50/2016. Ne consegue che l'osservazione formulata in sede di controdeduzioni è priva di fondamento. In ogni caso anche per il periodo precedente deve ritenersi violato il principio di rotazione, perché la stazione appaltante violando il divieto di frazionamento degli appalti ha dato vita a procedure frazionate, infra €. 40.000,00, quando invece avrebbe dovuto procedere, sulla scorta di quanto previsto nell'art. 29 co. 10 del d.lgs. 163/2006, ad un affidamento, almeno di base annuale, che,

per gli importi rilevati, sarebbe risultato certamente superiore a €. 40.000,00, con la conseguente violazione del principio di rotazione di cui all'art. 125 co. 11 del d.lgs. 163/2006.

Proroga illegittima degli affidamenti

Dagli atti riepilogati si rilevano inoltre, diverse proroghe, delle quali non si rinvencono negli atti i presupposti applicativi.

In particolare nella relazione su dichiarazione stessa della stazione appaltante si legge: *“per il periodo compreso tra gennaio 2016 e aprile 2017 ..è stato necessario prorogare le gestioni esistenti”*.

Sul punto risulta opportuno evidenziare che per le proroghe poste in essere in vigore del d.lgs. 163/2006 non sussistono i presupposti giuridici per il relativo ricorso a tale istituto, già richiamati e articolati nel punto 1 che qui si intendono riportati e confermati.

Con l'avvento del d.lgs. 50/2016 per procedere con la proroga occorre, oltre alla sussistenza dei presupposti giuridici già ribaditi, alla previsione della stessa negli atti di gara con inclusione del relativo valore nell'importo complessivo dell'affidamento, in virtù di quanto indicato dall'art. 35 co. 4 del d.lgs. 50/2016 da leggere in combinato disposto con l'art. 106 co. 11² dello stesso decreto. Negli atti nei quali risulta applicato il d.lgs 50/2016 gli elementi citati quale presupposto applicativo dell'istituto della proroga non risultano sussistenti.

Violazione delle procedure di cui all'art. 36 co. 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016.

Si conferma rispetto, a tale elemento, quanto indicato nella comunicazione di risultanze istruttorie, che di seguito si riporta: *“Risultano effettuati affidamenti di importo superiore a € 40.000,00 (es. determinazione dirigenziale n° 1317 del 26.05.2016) senza rispettare le prescrizioni contenute nell'art. 36 co. 2 lett. b) del D. lgs. 50/2016. Le procedure divise in due lotti (A e B), complessivamente di importo superiore a €. 40.000,00, vengono effettuate come disgiunti e singoli affidamenti diretti ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. a), senza rispettare quanto indicato nel predetto art. 35 sul calcolo del valore stimato degli appalti e senza effettuare preventiva indagine di mercato, in contrasto con quanto disposto dalle norme vigenti e dalle Linee Guida n° 4/2016”*.

In ordine a quanto affermato dalla stazione appaltante sull'ipotetica indagine esplorativa posta in essere, va evidenziato che la stessa si pone in contrasto con quanto disciplinato dal Codice e dalle Linee Guida sopra citate perché in realtà la stazione appaltante non formula avviso a cui dà adeguata pubblicità, ma procede con richiesta di preventivi ad operatori economici dalla stessa individuati, tra cui anche le ditte già aggiudicatrici dell'affidamento.

Ciò determina la violazione dei principi enunciati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016 e richiamati nell'art. 36 co. 1 dello stesso decreto.

² Art. 106 co. 11: *“La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante”*.

Art. 35 co. 4: *“Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto”*.

Violazione dei presupposti applicativi dell'art. 63 co. 2 lett. c) del d.lgs.50/2016

Risultano contrari alle disposizioni del codice dei contratti anche gli affidamenti realizzati con le determinazioni n° 1669/2017 e 1670/2017 e con i successivi e correlati atti di proroga indicati nella sopra riportata tabella, in quanto, gli stessi affidamenti risultano effettuati in assenza dei presupposti giuridici indicati dall'art. 63 co. 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016. In particolare la procedura di affidamento che si intende utilizzare viene specificata solo nelle determinazioni di indizione e approvazione del progetto esecutivo degli affidamenti (1357 del 16.06.2017 e 1390 del 20.06.2017), acquisite in sede di controdeduzione alla comunicazione di risultanze istruttorie, e non negli atti di aggiudicazione citati. L'art. 63 co. 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016 recita: *“Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata: ... 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”*. Negli atti indicati e allegati alla relazione non risultano in alcun modo esplicitati gli elementi indicati nella norma, con evidente violazione dei principi generali dell'evidenza pubblica. Stessa considerazione vale per gli affidamenti successivi disposti come proroga della procedura attivata ex art. 63 co. 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016.

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

DELIBERA

- ✓ di ritenere confermate le criticità contestate alla Provincia di Varese con la comunicazione di risultanze istruttorie prot. n° 13053 del 13.02.2018 e, in specie, rileva quanto segue.
 1. In relazione alla proroga del Servizio di gestione clima, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria, la messa a norma e la riqualificazione tecnologica degli impianti di climatizzazione, l'esercizio, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti idricosanitari, degli impianti elettrici e correnti deboli, a servizio degli edifici della Provincia. Lotto 1- Lotto 2 e lotto 3 si rilevano i seguenti elementi di criticità ed anomalia del procedimento posto in essere dalla stazione appaltante:
 - assenza dei presupposti giuridici per ricorrere all'istituto della proroga tecnica come citati nel Comunicato del presidente Anac del 11.05.2016, deliberazioni Anac e 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;
 - in relazione alle vicende soggettive relative all'ATI aggiudicataria del 3° lotto si rileva il mancato rispetto, di quanto previsto negli art. 51 e 116 del d.lgs. 163/2006 (applicabili al caso in questione) e in generale la mancata verifica della permanenza

nell'ATI aggiudicataria, dei requisiti di aggiudicazione, con carenza di controllo nella fase esecutiva del contratto.

2. In ordine all'affidamento del servizio tecnico per la progettazione esecutiva del nuovo servizio di global service:
 - violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016;
 - violazione dell'art. 36 co. 1 del d.lgs. 50/2016 con particolare riferimento alla violazione del principio di rotazione degli affidamenti;
 - violazione della procedura di cui all'art. 36 co. 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016.

 3. In ordine agli affidamenti del verde pubblico si rileva:
 - violazione dell'art. 35 co. 9 e 12 del d. lgs. 50/2016;
 - violazione reiterata del principio di rotazione di cui all'art. 36 del d.lgs. 50/2016;
 - violazione dei presupposti giuridici per il ricorso alla proroga nonché violazione dell'art. 106 co. 11 del d. lgs. 50/2016 in combinato disposto con l'art. 35 co. 4 dello stesso decreto;
 - violazione dei principi enunciati negli artt. 30 e 36 del d.lgs. 50/2016;
 - violazione dei presupposti giuridici per l'applicazione dell'art. 63 co. 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016 e delle conseguenti proroghe dei relativi affidamenti.
-
- ✓ dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alla provincia di Varese 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 Varese 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 27 aprile 2018
Il Segretario Maria Esposito