



DELIBERA N. 770

7 ottobre 2020

Fasc. Anac n. 3926/2019

Oggetto: Servizio di trasporto su strada dei pazienti diversamente abili dai rispettivi domicili alle sedi dei Servizi Riabilitativi di riferimento della Asl di Lecce e ritorno. S.A. ASL Lecce.

Riferimenti normativi

art. 57 comma 7 d.lgs. 163/2006

Parole chiave

Rinnovo tacito

Massima

Il rinnovo tacito dei contratti pubblici è vietato ed i contratti rinnovati tacitamente sono nulli.

VISTO

l'articolo 19, comma 2, del 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;

VISTO

il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ed il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

VISTO

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture.

Premessa

Sono pervenute alcune segnalazioni relative all'appalto del servizio di trasporto dei diversamente abili svolto per l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce dall'Associazione temporanea di imprese ditte Tundo Vincenzo S.r.l. (mandataria capogruppo) /Arfune Silvio – Antonazzo Cosimo – Nicolì Andrea – Sancesario Roberto (mandanti).

In particolare, il legale delle mandanti esponeva che la mandataria capogruppo non avrebbe provveduto alla ripartizione pro quota con le associate del corrispettivo dell'appalto incassato dalla Asl di Lecce.

Nel testo delle segnalazioni si leggeva, tra l'altro che il contratto di appalto sarebbe scaduto il 31 maggio 2016 e le mandanti non sarebbero a conoscenza di atti di proroga del contratto.

Relativamente a tale aspetto, la Asl di Lecce, Area Gestione del Patrimonio, nella nota prot. n. 107920 del 22.7.2019 indirizzata anche all'Autorità, ha dichiarato di aver prorogato di fatto il servizio di cui si tratta e che si troverebbe in fase conclusiva lo studio di una nuova procedura di gara.

Al fine di effettuare un accertamento preliminare dei fatti l'Ufficio istruttore, con nota prot. 950 dell'8.1.2020, ha inviato alla Asl di Lecce una nota di richiesta di informazioni, chiedendo di chiarire quale fosse il titolo contrattuale in base al quale l'Ati stesse eseguendo il servizio di trasporto dei disabili. Nella richiesta di informazioni l'Ufficio ha inoltre richiesto alla Asl di determinare a contrarre, il bando di gara ed il capitolato speciale; il contratto di appalto sottoscritto con l'Ati affidataria e gli atti di proroga tecnica o altri atti adottati per l'affidamento del servizio. Infine sono stati chiesti chiarimenti sullo stato attuale della nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio di cui si tratta.

La Asl di Lecce ha riscontrato con nota acquisita al prot. Anac n. 9659 del 5.2.2020 allegando la documentazione richiesta, ad eccezione degli atti di proroga o rinnovo contrattuale.

Valutata la documentazione acquisita, l'Ufficio istruttore ha avviato il procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 13 del Regolamento di Vigilanza, dando comunicazione alla Asl di Lecce ed alla controinteressata Tundo Vincenzo S.r.l. in qualità di mandataria capogruppo dell'Ati appaltatrice del servizio con nota prot. n.17022 del 28.2.2020.

La ASL di Lecce, con nota acquisita al prot. Anac n.18013 del 4.3.2020 ha inviato la determinazione dirigenziale n. 1128 del 3.3.2020 con la quale ha indetto la nuova procedura di gara volta all'affidamento del servizio di trasporto dei diversamente abili.

Successivamente, tramite il proprio Legale, la Asl di Lecce ha inviato una memoria difensiva formulando le controdeduzioni ai rilievi contenuti nella comunicazione di avvio dell'istruttoria (memoria del 27 marzo 2020 acquisita al prot. Anac n.24660 del 30.3.2020).

Nella medesima memoria difensiva, il Legale della Asl ha richiesto l'audizione prevista dall'art. 16 del Regolamento di vigilanza.



L'Ufficio istruttore, nella nota prot. n. 26968 dell'8.4.2020 di comunicazione alle parti della sospensione dei termini procedurali in applicazione della Delibera n. 268 del 19 marzo 2020, relativamente alla richiesta di audizione formulata dal Legale della Asl, ha chiesto di indicare gli elementi di fatto e di diritto sottesi alla richiesta di audizione, diversi e ulteriori rispetto a quelli già formulati nella precedente corrispondenza, al fine di valutarne l'ammissibilità, terminata la sospensione procedimentale.

Nel termine risultante a seguito della sospensione dei termini procedurali, ovvero il 13 agosto 2020, la Asl di Lecce non ha fornito riscontro in merito alla richiesta di audizione.

Inoltre, non sono pervenute controdeduzioni da parte dell'Ati appaltatrice.

Relativamente alla questione sollevata dalla società esponente, che attiene alla mancata ripartizione pro-quota alle mandanti delle somme incassate dalla mandataria, nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato rappresentato alle parti di non ritenere di poter intervenire con una specifica attività di vigilanza.

Si tratta infatti di una controversia concernente l'adempimento del mandato conferito alla società Tundo da parte delle ditte mandanti con il contratto di Associazione temporanea di imprese costituita con scrittura privata autenticata del 10.12.2010.

Alla fattispecie non risulta applicabile la disciplina oggi codificata dall'art. 48 comma 13 del d.lgs. 50/2016 in quanto il contratto di appalto è stato stipulato nel 2010 ed è regolato dalle norme del d.lgs. 163/2006.

In base all'art. 37 comma 16 del d.lgs. 163/2006 la stazione appaltante si relaziona di regola con la mandataria, alla quale spetta la rappresentanza esclusiva nei confronti delle mandanti per tutti gli atti dipendenti dall'appalto, per cui la stazione appaltante rimane del tutto estranea ai rapporti intercorrenti tra i soggetti componenti il raggruppamento.

Il contratto di mandato del 10.12.2010 non prevede espressamente la possibilità che la stazione appaltante paghi direttamente le imprese mandanti, né la Asl ha prodotto atti aggiuntivi o successivi atti di cessione di credito da parte della mandataria verso le mandanti notificati ed accettati dalla stessa Asl.

Alla fattispecie infine non risulta applicabile l'art. 5 del d.p.r. 207/2010 in quanto l'intervento sostitutivo della stazione appaltante ivi disciplinato riguarda il diverso caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore.

Per quanto riguarda il tema oggetto di istruttoria, ovvero il del rinnovo tacito dell'affidamento, l'Ufficio istruttore ha ritenuto di aver acquisito tutti gli elementi di valutazione in fatto ed in diritto, in base alle seguenti considerazioni.

Fatto

Con deliberazione del direttore generale n. 532 del 1° marzo 2010, l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce ha indetto una gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. 163/2006 per l'affidamento del servizio del trasporto su strada dei diversamente abili dai rispettivi domicili alle sedi dei Servizi Riabilitativi di riferimento della Asl di Lecce e ritorno.

Il bando di gara è stato pubblicato in data 1° aprile 2010 e la procedura è stata aggiudicata all'Ati costituita dalle ditte Tundo Vincenzo S.r.l. (mandataria capogruppo) /Arfune Silvio – Antonazzo Cosimo – Nicolì Andrea – Sancesario Roberto (mandanti).

Il contratto di appalto tra la Asl di Lecce e l'Ati Tundo Vincenzo (costituito in data 10.12.2010) è stato sottoscritto in data 25 maggio 2011 con una durata prevista di cinque anni, con decorrenza dal 1° giugno 2011 e dunque scadenza il 31 maggio 2016. Il corrispettivo contrattuale complessivo per l'esecuzione del servizio nei cinque anni è stato fissato nella somma di € 9.738.548,30 oltre Iva.

Alla data della comunicazione di avvio dell'istruttoria, ovvero il 28 febbraio 2020, l'appalto risultava ancora in esecuzione da parte della stessa Ati Tundo Vincenzo.

Con determinazione del Direttore Area Gestione Patrimonio n. 1128 del 3 marzo 2020 la Asl di Lecce ha indetto una procedura di gara aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016 tramite la piattaforma EmpULIA, per l'affidamento del servizio di trasporto su strada dei diversamente abili dai rispettivi domicili alle sedi dei Servizi Riabilitativi di riferimento della Asl Lecce e ritorno. La durata dell'affidamento è stata fissata in cinque anni con un importo a base di gara di € 6.797.374,80 oltre Iva. L'importo complessivo, comprensivo dell'opzione di ripetizione di servizi analoghi ai sensi dell'art. 63 comma 5 del d.lgs. 50/2016 è stato stimato in € 9.516.324,72 oltre Iva.

Tramite le notizie contenute nel profilo di committente della stazione appaltante l'Ufficio istruttore ha verificato che in data 29 luglio 2020 la Commissione giudicatrice, in seduta pubblica, ha proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche presentate dai concorrenti.

Diritto

Dalle risultanze istruttorie è emerso che il contratto di appalto tra la Asl di Lecce e l'Ati Tundo Vincenzo è stato sottoscritto in data 25 maggio 2011, con decorrenza dal 1° giugno 2011 per cinque anni e dunque con scadenza al 31 maggio 2016, per un importo complessivo di € 9.738.548,30 oltre Iva.

Nel contratto non sono previste forme di rinnovo o proroga tecnica, per cui l'affidamento del servizio si intende contrattualmente concluso a tale data; tuttavia il servizio è stato svolto dall'Ati Tundo Vincenzo quantomeno fino al mese di febbraio 2020 (momento della comunicazione di avvio del procedimento di vigilanza). Nel corso dell'istruttoria non sono emersi ulteriori elementi dai quali possa evincersi l'esecuzione del servizio da parte di un diverso appaltatore, ciò induce a ritenere che il servizio di cui si tratta sia ancora svolto dall'Ati Tundo Vincenzo.

La Asl di Lecce nella nota del 22.7.2019 ha dichiarato di aver prorogato di fatto il servizio di cui si tratta e, dietro specifica richiesta dell'Ufficio, non ha prodotto ulteriore documentazione a riguardo né ulteriori provvedimenti con i quali è stata formalizzata la proroga del servizio e/o il rinnovo dell'affidamento, che dunque è avvenuto in forma tacita a far data dal 1° giugno 2016. Come evidenziato nella comunicazione di avvio dell'istruttoria, a riguardo occorre ricordare il principio generale del divieto del rinnovo dei contratti pubblici sancito dall'art. 23 della legge



62/2005, per cui l'unica forma di «rinnovo» ammissibile era quello espresso, sotto forma di ripetizione dei servizi analoghi, adottato con provvedimento espresso ed alle peculiari condizioni individuate, per gli appalti di servizi, dall'art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. 163/2006 applicabile *ratione temporis* (art. 57 comma 3 lett. b per gli appalti di forniture).

L'art. 57 comma 7 del d.lgs. 163/2006 enuncia il principio per cui è in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli.

La necessità dell'adozione di un provvedimento espresso si evince anche dal primo capoverso dell'art. 57 del d.lgs. 163/2006, per cui l'amministrazione, laddove opti per una delle forme di procedura negoziata, deve darne conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato quindi rilevato come la prosecuzione del servizio da parte dell'Ati Tundo fosse stata frutto di una forma di rinnovo tacito dell'affidamento, posta in essere dalla Asl di Lecce ed inammissibile nel nostro ordinamento. Ne consegue che il contratto tacitamente rinnovato è nullo e improduttivo di effetti, ed anche gli atti di liquidazione e pagamento sono illegittimi in quanto disposti in violazione di norme imperative dell'ordinamento giuridico (delibera Anac n. 263 del 14 marzo 2018).

Infatti più generale, per i contratti della pubblica amministrazione vi è l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*, per cui la pubblica amministrazione non può assumere impegni o concludere contratti se non in forma scritta, né può darsi rilievo a comportamenti taciti o manifestazioni di volontà altrimenti date.

Controdeduzioni

La Asl di Lecce, nella memoria difensiva, ha illustrato preliminarmente le caratteristiche del servizio oggetto di gara, ovvero il trasporto degli assistiti diversamente abili, caratterizzato da particolare rilevanza e complessità, così come si evince dal capitolato speciale di appalto.

Si tratta infatti di servizio essenziale che non può essere sospeso o interrotto, onde evitare gravi disservizi all'utenza finale. Dunque la Asl sostiene che la proroga dell'affidamento del servizio sarebbe stata una scelta obbligata, in quanto finalizzata ad assicurare una copertura del servizio sostanzialmente equivalente a quella svolta in precedenza. La Asl di Lecce avrebbe dunque agito in perfetta buona fede e con l'unico fine di prevenire qualsiasi *vulnus* ai soggetti disabili destinatari del servizio.

La Asl ha inoltre illustrato la disciplina dei servizi di trasporto per utenti disabili a fini socio-riabilitativi vigente nella Regione Puglia, di cui all'art. 46 della L.R. Puglia n. 4/2010.

In base a tale norma, l'attivazione di una nuova gara secondo le procedure di evidenza pubblica è subordinata alla previa apposita sottoscrizione, da parte della Asl di Lecce e dei Comuni associati in ambiti territoriali, di specifiche intese finalizzate a specificare le modalità organizzative del servizio e la ripartizione della relativa spesa tra Asl e Comuni.

In esecuzione dell'art. 46 della L.R. 4/2010, in data 30 giugno 2020 la Regione Puglia e l'A.N.C.I. Puglia hanno sottoscritto un Protocollo di Intesa relativo alla definizione delle pendenze

economiche tra le Aziende Sanitarie Locali ed i Comuni in merito alla gestione del servizio di trasporto assistito per disabili, sia a fini scolastici che riabilitativi.

Il Protocollo, nel disciplinare il trasporto utenti disabili a fini socioriabilitativi presso centri pubblici di riabilitazione ovvero convenzionati con le Asl pugliesi, ha posto il 60% del costo del servizio a carico dei Comuni ed il restante 40% a carico delle Aziende Sanitarie Locali.

Lo stesso Protocollo ha attribuito alla Asl competente per territorio la gestione organizzativa del servizio trasporto disabili (la competenza territoriale si definisce in base al Comune di residenza dell'utente).

La Asl di Lecce ha quindi evidenziato come in base alla normativa regionale ed al Protocollo di intesa, l'attivazione del servizio per il trasporto dei disabili, con oneri a carico della Asl e del Comune territorialmente competenti, può essere richiesta solo con riguardo a centri pubblici di riabilitazione ovvero a centri convenzionati con le Asl pugliesi. Inoltre, l'obbligo della Asl di provvedere alla gestione organizzativa del servizio di trasporto disabili presso i centri, pubblici o convenzionati, è delimitato all'ambito territoriale di competenza.

Con riferimento alla fattispecie oggetto di istruttoria la Asl di Lecce ha inoltre rappresentato di essersi attivata prima della scadenza del contratto, fin dal 2016¹, per garantire la piena attuazione delle norme regionali, chiedendo più volte ai Comuni interessati di procedere alla sottoscrizione delle intese prodromiche all'organizzazione del servizio ed al conseguente affidamento dello stesso mediante l'espletamento di apposita gara.

La Asl di Lecce ha riferito di aver dovuto sopportare integralmente il relativo onere, ponendosi comunque l'esigenza di assicurare il servizio di cui trattasi, a fronte del decorso del tempo e stante il silenzio degli ambiti territoriali.

Valutazioni

Relativamente a quanto sopra, pur comprendendo le ragioni di carattere economico ed organizzativo che possono aver costituito degli ostacoli all'indizione di una nuova gara, si ritiene che le controdeduzioni presentate dalla Asl di Lecce non siano idonee a superare le criticità rilevate nella comunicazione di avvio dell'istruttoria.

Infatti, i rilievi formulati attengono ad una fattispecie di rinnovo tacito e le motivazioni addotte per giustificare il rinnovo dell'affidamento, a prescindere dal merito delle stesse, non sono contenute in alcun provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante, essendo emerse solo nell'ambito della presente istruttoria.

Non è stato dunque formalizzato né un provvedimento di rinnovo/proroga dell'affidamento né il relativo contratto di appalto.

¹ La Asl di Lecce riferisce come già in data 29.3.2016 con nota prot. n. 53459, la stessa avesse invitato agli ambiti territoriali interessati all'adozione intese di cui all'art. 46 della L.R. 4/2010 a sottoscrivere le stesse con assunzione rispettive quote di copertura dei costi legati al servizio, rinnovando per altre tre volte la richiesta con note prot. n. 98000 del 15.6.2017, prot. n. 125953 dell'8.8.2017 e prot. n. 41467 del 15.3.2018, senza ricevere riscontro.



A quanto fin ora rilevato può aggiungersi che il tenore del contratto di appalto sottoscritto in data 25 maggio 2011 non ammetteva forme di rinnovo o proroga, nemmeno in forma espressa. Va detto pure come il valore del servizio affidato nel periodo successivo al 1 giugno 2016, quindi dopo la scadenza del contratto ed in regime di rinnovo tacito, sia di una certa entità, in quanto ammonta a circa 6,9 milioni di euro.

La seguente tabella è stata elaborata in base alla documentazione fornita dalla Asl di Lecce in allegato alla memoria difensiva, in merito ai costi effettivamente sostenuti per garantire la corretta e continuativa esecuzione del servizio.

Periodo	Importo autorizzato
2016 giugno/dicembre)	€ 1.101.912,33
2017	€ 1.874.255,66
2018	€ 1.830.130,68
2019	€ 1.862.076,72
2020	€ 310.830,00
TOTALE	€ 6.979.205,39

Relativamente alla procedura di gara indetta con determinazione n. 1128 del 3 marzo 2020 la Asl di Lecce ha chiarito come l'avvio della procedura sia stato preventivamente comunicato agli ambiti territoriali con nota della Asl di Lecce prot. n. 29224 del 26.2.2020 nella quale, con riferimento al previsto concorso alla spesa, ha precisato che la ripartizione della stessa avverrà in parti uguali — ossia 50% a carico della Asl e 50% ripartito tra ciascun ambito territoriale — e che, all'esito della gara, il servizio sarà garantito unicamente negli ambiti territoriali sottoscrittori di specifico accordo finalizzato al concorso alle spese cessando invece, negli altri ambiti.

La Asl ha inoltre evidenziato che l'importo totale a base di gara per la durata annuale del contratto, pari a € 1.359.474,96 (Iva esclusa), è inferiore rispetto all'importo annuale del contratto precedentemente stipulato con l'Ati Tundo Vincenzo, pari a € 1.947.165,66 all'anno. Infatti, come precisato nella determina di indizione della nuova gara, vi è stata una rimodulazione del servizio in senso riduttivo a seguito della espunzione, dal novero delle prestazioni oggetto di affidamento, del "servizio riferito al trasporto di pazienti da e per strutture del Dipartimento di salute mentale e/o collegate alla rete dei servizi in neuropsichiatria infantile".

Si prende atto di quanto rappresentato dalla Asl di Lecce in merito all'indizione della nuova gara.

Alla luce delle considerazioni che precedono,

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 7 ottobre 2020

DELIBERA

- l'illegittimità dell'affidamento all'ATI Tundo Vincenzo S.r.l., successivamente al 31 maggio 2016, del servizio di trasporto su strada dei pazienti diversamente abili dai rispettivi domicili alle sedi dei Servizi Riabilitativi di riferimento della Asl di Lecce e ritorno, in quanto avvenuto tramite atti di rinnovo tacito del contratto originario;

- di dare mandato al competente Ufficio dell’Autorità di inviare la presente delibera alla Asl di Lecce ed alla società Tundo Vincenzo S.r.l. in qualità di mandataria capogruppo dell’Ati Tundo Vincenzo S.r.l.-Arfuno Silvio - Antonazzo Cosimo - Nicolì Andrea -Sancesario Roberto (mandanti);
- di dare altresì mandato al competente Ufficio dell’Autorità di inviare la presente delibera alle ditte esponenti Arfuno Silvio; Antonazzo Cosimo; Nicolì Andrea e Sancesario Roberto, con comunicazione presso il Legale delle ditte stesse.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 ottobre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente