



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 867 del 25 settembre 2019

Parere ai sensi dell'art. 211 comma 1-ter del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50

Fascicolo n. 3618/2019

Oggetto: Affidamento del servizio di supporto assistenza e riabilitazione psichiatrica a soggetti residenti nell'ASL Napoli 3 Sud. Stazione appaltante: Asl Napoli 3 Sud.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto l'articolo 213 del d.lgs. n. 50/2016 che definisce i poteri di vigilanza e controllo sui contratti pubblici dell'Autorità;

Visto l'articolo 211 comma 1-ter, primo periodo, d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice, il potere di emanare, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, parere motivato nel quale indicare specificamente i vizi di legittimità riscontrati;

Visto l'articolo 211 comma 1-ter, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016 che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio se la stazione appaltante non si conforma al parere motivato reso ai sensi del primo periodo della richiamata norma, entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione;

Visto il Regolamento Anac sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. n. 50/2016, approvato con delibera 572 del 13 giugno 2018 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, che ha individuato i casi e le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali l'Anac esercita i poteri di legittimazione attiva attribuita dalle sopra richiamate disposizioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Premessa

Con nota acquisita al prot. Anac n. 66561 del 21.8.2019 è pervenuto all'Autorità un esposto dei sindacati FSi-Usae e Nursing.Up con la quale veniva segnalata una fattispecie di presunta tacita proroga/rinnovo contrattuale relativa all'affidamento del servizio di supporto assistenza e riabilitazione psichiatrica soggetti residenti, posta in essere dalla Asl Napoli 3 Sud.

Al fine di acquisire utili elementi di conoscenza, l'Ufficio istruttore, con nota prot. n. 67360 del 28.8.2019, ha inviato una richiesta di informazioni e documenti alla Asl Napoli 3 Sud, che ha riscontrato con nota del 6.9.2019, acquisita al prot. Anac n. 70176 del 9.9.2019.

Dall'esame della documentazione acquisita è emerso quanto segue.

Fatto

Con deliberazione del direttore generale della Asl Napoli 3 Sud n. 914 del 18.12.2012 veniva indetta la procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento annuale della fornitura del servizio di supporto all'assistenza ed alla riabilitazione psichiatrica di soggetti residenti.

Il bando di gara veniva pubblicato nella GURI del 28.1.2013 con CIG 45411156A4 e CPV 85111500-5 ovvero servizi ospedalieri di assistenza psichiatrica. Trattasi quindi di servizi sociali di cui all'allegato IIB del d.lgs. 163/2006, in parte esclusi dall'applicazione integrale del previgente Codice dei contratti pubblici.

Tuttavia la Asl si è autovincolata al rispetto delle disposizioni del d.lgs. 163/2006, in quanto l'art. 24 del Capitolato prevede espressamente che «il presente appalto è regolamentato dal d.lgs. 163/2006» e tutta la documentazione di gara contiene rinvii alla previgente disciplina codicistica.

L'importo stimato a base di gara veniva fissato in Euro 1.200.000,00 oltre Iva per una durata di 12 mesi a decorrere dalla data di effettivo affidamento.

Con deliberazione del direttore generale n. 221 del 3.4.2014 la gara veniva aggiudicata al raggruppamento temporaneo di imprese Litografi Vesuviani Servizi Salute e Lavoro Soc. Coop. Sociale Arl (mandataria)/Primavera Piccola Società Cooperativa Sociale arl Onlus (mandante)/Cooperativa Sociale Il Faro Onlus (mandante) ad un importo di € 1.140.000,00.

Il servizio veniva avviato il 1° maggio 2014 e a tutt'oggi viene svolto dal Rti Litografi Vesuviani Servizi Salute e Lavoro, sulla base dell'originario affidamento.

Dal 2014 ad oggi al suddetto Rti sono state liquidate fatture per un importo complessivo di € 5.903.400,94, così dettagliate:

Anno	Importo liquidato
2014	799.962,91
2015	1.110.304,91
2016	1.137.620,22
2017	1.127.176,67
2018	1.121.199,98
primo semestre 2019	607.136,25
Totale	5.903.400,94

Diritto

All'esito dell'esame della documentazione in atti è emerso che la Asl Napoli 3 Sud ha posto in essere «atti afferenti al rinnovo tacito dei contratti pubblici» che costituisce una fattispecie di gravi violazioni legittimante l'emanazione del parere motivato ai sensi dell'art. 211 comma 1-ter del d.lgs. 50/2016, individuata dall'art. 6 comma 2 lett. c) del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 del d.lgs. 50/2016, sulla base delle seguenti considerazioni.

1. Sottoscrizione del contratto di appalto

La Asl Napoli 3 Sud non ha prodotto, come richiesto dall'Ufficio istruttore, copia del contratto di appalto sottoscritto con il Rti dopo l'aggiudicazione della gara, avvenuta con d.d. n. 221 del 3 aprile 2014.

Nella nota del Servizio Acquisizione Beni e Servizi del 5.9.2019 il nuovo direttore del servizio ha dichiarato che non è stato possibile reperire agli atti dell'ufficio copia del contratto di appalto e che sta procedendo a richiedere all'Ufficio rogante l'eventuale possesso del contratto.

Il tenore della risposta lascia forti perplessità, in primo luogo sull'effettiva stipula del contratto, o quantomeno sul fatto che i preposti Uffici della Asl non abbiano agli atti copia del contratto che regola i termini e le modalità di un servizio tutt'ora in esecuzione.

Tanto più che la Asl ha dichiarato che il Rti aveva incluso nella propria offerta una serie di servizi migliorativi, per cui si ritiene che tali servizi potevano essere stati formalizzati solo nel contratto di appalto, essendo appunto migliorativi rispetto a quelli descritti nella documentazione di gara.

Nell'ipotesi in cui il contratto non fosse stato stipulato occorrerebbe rilevare come nel nostro ordinamento per i contratti della pubblica amministrazione vi sia 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.

La forma scritta, inoltre, assolve una funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo d'identificare con precisione le clausole destinate a disciplinare il rapporto contrattuale (cfr. Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 13 ottobre 2016 n. 20690).

Nondimeno va ricordato che l'art. 13 del d.lgs. 163/2006, nella formulazione applicabile all'appalto in questione¹ prevede espressamente che «Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata».

Pertanto la Asl Napoli 3 Sud dovrà reperire il contratto concluso con il Rti affidatario, in quanto l'assenza del contratto di appalto comporterebbe le conseguenze sopra descritte.

2. Rinnovo tacito del contratto di appalto

Il principio della forma scritta trova applicazione non soltanto alla conclusione del contratto, ma anche all'eventuale rinnovazione dello stesso.

Stante il principio generale del divieto del rinnovo dei contratti pubblici sancito dall'art. 23 della legge 62/2005, nella vigenza del d.lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, 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) dello stesso d.lgs. 163/2006 (art. 57 comma 3 lett. b per gli appalti di forniture).

L'art. 57 co. 7 del d.lgs. 1263/2006 enunciava 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 dall'ultimo 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.

Come già evidenziato, non avendo acquisito copia del contratto di appalto non è stato possibile verificare come fosse stato regolamentato l'aspetto del rinnovo.

Gli atti di gara in merito alla durata dell'appalto così disponevano:

- a) il bando di gara pubblicato sulla GURI prevedeva che «Il rapporto contrattuale avrà la durata di mesi 12 a decorrere dalla data di effettivo affidamento»;

¹ Modificato dall'art. 6, comma 3, legge n. 221 del 2012.

b) il Capitolato Speciale all'art. 3 prevedeva che «l'appalto avrà durata annuale a decorrere dal primo giorno del mese successivo alla data della comunicazione di affidamento del servizio, con possibilità di proroga o di rinnovo ai sensi di legge. Tuttavia la ditta aggiudicataria avrà l'obbligo di continuare, senza alcun preavviso, la fornitura alle condizioni pattuite fino a quando non si sarà provveduto all'espletamento della successiva gara di appalto e ciò comunque non oltre 180 giorni dalla scadenza naturale della presente gara»;

c) il disciplinare di gara all'art. 7 prevedeva che «l'appalto avrà durata annuale con facoltà di rinnovo per un ulteriore anno a decorrere dalla data di attivazione del servizio».

Sulla base di tali previsioni, si può affermare che l'appalto aveva durata di 12 mesi con possibilità di proroga/rinnovo per ulteriori 12 mesi, comunque in presenza delle condizioni e con le modalità previste dalle norme, dunque con atto espresso («ai sensi di legge»).

In base alla documentazione prodotta dalla Asl emerge che l'avvio del servizio è avvenuto in data 1° maggio 2014, per cui, in base al bando di gara ed al capitolato, l'affidamento del servizio si intendeva concluso il 30 aprile 2015, con possibilità di rinnovo – sempre in forma espressa tramite determina a contrarre- fino al 30 aprile 2016.

La Asl tuttavia ha ritenuto prorogato il contratto fino al 30 ottobre 2015, ma non si hanno documenti a riguardo; si può ipotizzare che sia stato applicato in qualche maniera il termine di 180 giorni previsto dal Capitolato. In una nota del 15 ottobre 2015 la UOC Acquisizione Beni e Servizi (ABS) scrive infatti al Dipartimento Salute Mentale chiedendo la redazione del nuovo Capitolato speciale di appalto, in vista «dell'imminente scadenza del contratto il 30.10.2015».

In riscontro, il Dipartimento Salute Mentale con nota del 27.10.2015 ha richiesto alla UOC ABS di prorogare il servizio nelle more della predisposizione del Capitolato.

Con nota prot. n. 101809 del 30.10.2015 il Direttore del servizio ABS corrisponde al Dipartimento Salute mentale nei seguenti termini «pur evidenziando il divieto di proroghe a qualsiasi titolo, al fine di scongiurare l'interruzione di pubblico servizio, tenuto conto della particolarità dello stesso, prende atto della nota [omissis] con la quale la SV chiede di prorogare il servizio in oggetto nelle more dell'espletamento della procedura di gara».

La proroga è comunicata al Rti affidatario con nota del Dipartimento Salute Mentale del 30 ottobre 2015, nella quale si afferma che «l'affidamento è temporaneamente prorogato nei modi e nei termini precedentemente stabiliti».

La nota prot. n. 101809/2015 del Direttore ABS contiene una mera presa d'atto di quanto comunicato dal Dipartimento salute Mentale, e dunque sia tale nota sia la successiva comunicazione al Rti non possono qualificarsi come validi atti di proroga/rinnovo. Infatti, in base alle disposizioni dell'art. 57 comma 1 del d.lgs. 163/2006, occorre l'emanazione di un provvedimento amministrativo debitamente motivato che formalizzi la proroga o il rinnovo sotto forma di delibera o determina a contrarre.

La Asl non ha prodotto ulteriore documentazione a riguardo né risultano agli atti ulteriori provvedimenti con i quali è stata formalizzata la proroga del servizio e/o il rinnovo dell'affidamento, a tutt'oggi svolto dal Rti affidatario, che dunque è avvenuto in forma tacita.

Ciò è comprovato dal fatto che le fatture vengono ancora liquidate in base alla originaria determina di aggiudicazione del Direttore Generale n. 221/2014, ed alla successiva nota di proroga del direttore del servizio Acquisizione Beni e Servizi prot. n. 101809 del 30.10.2015.

Per quanto concerne la futura gara che è stata indicata nelle comunicazioni relative alla proroga, risulta che il disciplinare tecnico è stato approvato con d.d. n. 279 del 14.7.2016 e poi rettificato con d.d. n. 124 del 14.3.2017.

Non risulta che la Asl Napoli 3 Sud abbia successivamente dato corso alla procedura, avendo unicamente emanato in data 5 settembre 2019 un «Atto di indirizzo» del Direttore Generale, peraltro

solo dopo la ricezione della richiesta di informazioni dell'Autorità (per le valutazioni su tale atto si veda il paragrafo seguente).

Alla luce di quanto sopra, in disparte i dubbi sulla effettiva sottoscrizione del contratto di appalto iniziale, si rileva come la prosecuzione del servizio sia frutto di una forma di rinnovo tacito dell'affidamento, 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 palese violazione di norme imperative dell'ordinamento giuridico (delibera Anac n. 263 del 14 marzo 2018).

3. L'atto di indirizzo del Direttore Generale della Asl emanato il 5 settembre 2019

In data 5 settembre 2019 il Direttore Generale della Asl con determinazione n. 755 ha emanato un «atto di indirizzo» per l'attivazione delle procedure finalizzate ad esperire autonoma procedura di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento annuale della fornitura del servizio di supporto all'assistenza ed alla riabilitazione psichiatrica a soggetti residenti.

Con tale provvedimento, nel quale si dà espressamente atto che le relative prestazioni risultano essere allo stato effettuate in regime di *prorogatio*, il direttore generale «esprime indirizzo» a che la Asl Napoli 3 Sud attivi le procedure preordinate all'indizione di gara finalizzata all'affidamento in esterno del servizio di supporto all'assistenza ed alla riabilitazione psichiatrica a soggetti residenti nella stessa ASL. Demanda quindi «al Dipartimento di Salute Mentale ed alla U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi, per la rispettiva competenza, di porre in essere con la massima sollecitudine, tenuto conto del perdurare del periodo di *prorogatio* meglio esplicitato in precedenza, ogni incombenza necessario per l'attuazione di quanto disposto al precedente punto 1, previa verifica che non risultino attive convenzioni Consip per la fornitura del servizio in questione e previa richiesta autorizzativa alla So. Re.Sa. S.p.A. ».

Relativamente a tale atto di indirizzo si osserva in primo luogo che il Direttore Generale della Asl si è limitato a prendere atto dei rinnovi taciti del contratto di appalto, senza nulla disporre a riguardo, per cui anche a seguito dell'emanazione dell'atto in questione continua a perdurare la fattispecie di grave violazione alle norme in materia di contratti pubblici.

L'atto di indirizzo, inoltre, non può valere come determina a contrarre, in quanto non contiene gli elementi costitutivi della stessa ai sensi dell'art. 32 comma 2 del d.lgs. 50/2016 (non vi è indicazione degli elementi essenziali del futuro contratto quali importo e durata, non si fa cenno ai criteri di selezione del contraente ed ai criteri di selezione delle offerte).

Tale atto si colloca inoltre in una fase ancora antecedente alla verifica della possibilità di aderire a convenzioni stipulate da So.Re.Sa. S.p.A. oppure all'invio al soggetto aggregatore della Regione Campania della richiesta di autorizzazione per l'espletamento di un'autonoma procedura di acquisto.

L'atto in questione appare dunque costituire una mera direttiva interna, che fissa un obiettivo da perseguire agli uffici subordinati alla cui discrezionalità è lasciata l'attuazione in ordine ai tempi e le modalità da seguire.

Tale atto, destinato ad esaurire la propria efficacia nei rapporti interorganici, presuppone l'adozione, a valle, di provvedimenti attuativi al fine dell'effettivo affidamento del servizio mediante adesione a convenzioni o mediante espletamento di autonoma procedura ad evidenza pubblica.

Alla luce di quanto sopra l'atto di indirizzo adottato dal Direttore Generale della Asl, oltre a non essere idoneo a sanare la fattispecie di gravi violazioni derivante dal rinnovo tacito, non appare nemmeno sufficiente per comprovare l'avvio effettivo della nuova procedura di acquisizione del servizio che interromperebbe la situazione di fatto creatasi nel tempo.

Si ritiene che, per conformarsi alle indicazioni dell'Autorità e superare la situazione di fatto cagionata dal rinnovo tacito dell'affidamento, la Asl Napoli 3 Sud dovrà verificare la possibilità di aderire a

convenzioni stipulate da So.Re.Sa. S.p.A o Consip S.p.A., ovvero presentare al suddetto soggetto aggregatore della Regione Campania richiesta di autorizzazione per l'espletamento di autonome procedure di acquisto, emanando in entrambe le ipotesi la relativa determina a contrarre.

Sulla base di quanto sopra rappresentato, il Consiglio

DELIBERA

- la Asl Napoli 3 Sud ha posto in essere atti afferenti al rinnovo tacito del contratto avente ad oggetto il servizio di supporto assistenza e riabilitazione psichiatrica a soggetti residenti, che costituiscono una fattispecie di gravi violazioni delle norme in materia di contratti pubblici ai sensi dell'art. 6 comma 2 lett. c) del Regolamento Anac sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016, per cui l'Autorità è legittimata ad emettere il presente parere motivato ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, d.lgs. n. 50/2016;
- dà mandato all'Ufficio istruttore di trasmettere il presente parere motivato alla Asl Napoli 3 Sud, al fine di segnalare ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, d.lgs. n. 50/2016 le riscontrate gravi violazioni delle norme in materia di contratti pubblici, così come illustrate nella parte in diritto;
- assegna alla Asl Napoli 3 Sud il termine di 60 giorni per conformarsi al presente parere, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità potrà essere legittimata ad impugnare gli atti afferenti al rinnovo tacito del contratto;
- dà altresì mandato all'Ufficio istruttore di inviare il presente parere al Rti Litografi Vesuviani Servizi Salute e Lavoro Soc. Coop. Sociale Arl/Primavera Piccola Società Cooperativa Sociale arl Onlus/Cooperativa Sociale Il Faro Onlus;
- ai sensi dell'art. 13 del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 dispone la pubblicazione del presente parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 ottobre 2019

Il Segretario
Rosetta Greco