

DELIBERAZIONE N. 3 seduta del 01 febbraio 2021

ORGANISMO REGIONALE PER LE ATTIVITA' DI CONTROLLO - ORAC

Sono presenti, in collegamento video, i seguenti componenti dell'Organismo:

Giovanni Canzio	-	Presidente
Alessandro Bernasconi	-	Componente
Stefano Bignamini	-	Componente
Marcello Crivellini	-	Componente
Umberto Fantigrossi	-	Componente
Mario Forchetti	-	Componente
Saveria Morello	-	Componente
Simona Piazza	-	Componente
Enrico Gasparini	-	Componente dirigente della struttura audit
Giuseppina Panizzoli	-	Componente dirigente della U.O. Rapporti Istituzionali

Assente alla seduta: Arturo Soprano – Componente

Segretario della seduta: Simona Piazza

<p>OGGETTO: Determinazioni in ordine alla segnalazione prot. ORAC n. 0000270 del 09.07.2020</p>
--

UDITI i componenti che hanno presentato la relazione istruttoria avente ad oggetto: “Pratica affidamento servizi ASST Settelaghi e ASST Melegnano e della Martesana”;

VISTA la Legge Regionale 28 settembre 2018, n. 13 “Istituzione dell’Organismo Regionale per le Attività di Controllo” e successive modifiche integrazioni;

con il voto unanime di tutti i presenti, l’Organismo Regionale per le Attività di Controllo

DELIBERA

1. di approvare la relazione istruttoria avente ad oggetto: “Pratica affidamento servizi ASST Settelaghi e ASST Melegnano e della Martesana”, allegata quale parte integrante al presente atto;
2. di demandare al Presidente la trasmissione della deliberazione e della allegata relazione ai soggetti interessati;
3. di pubblicare la presente deliberazione e il relativo allegato, con le modalità di legge e regolamento, nel sito istituzionale e di conservarli agli atti.

Il Segretario

Simona Piazza

Il Presidente

Giovanni Canzio

Documento firmato digitalmente ai sensi del testo unico del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, del D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82 e norme collegate

Pratica affidamento servizi ASST Settelaghi e ASST Melegnano e della Martesana

Un medico ha segnalato all'Amministrazione regionale di avere eseguito prestazioni professionali presso il Pronto soccorso di Tradate per conto di una Cooperativa, La Cometa, nell'ambito di un contratto di appalto di servizi alla stessa affidato dall'ASST 7 Laghi, senza ricevere dalla stessa cooperativa il compenso pattuito (retribuzione), nonostante i solleciti effettuati; il segnalante evidenzia anche che l'ASST di Melegnano e della Martesana ha affidato analogo servizio ad altra cooperativa, La Fenice, che a suo dire farebbe capo allo stesso gestore della Cooperativa La Cometa.

La segnalazione ripercorre l'iter della vicenda portando all'attenzione dell'Organismo due questioni: 1) il mancato adempimento degli obblighi retributivi e contributivi dei dipendenti di un appaltatore nell'ambito di un contratto pubblico;

2) il rispetto dei parametri regolamentari vigenti da parte dell'ASST in relazione all'affidamento a cooperative di servizi pubblici essenziali, quali quelli oggetto delle vicende descritte.

Le questioni poste rientrano nella competenza di Orac riconosciuta dalla legge regionale e, in particolare, dell'art. 1 n.13/2018 che attribuisce all'Organismo il potere/dovere di vigilanza *"sulla trasparenza e regolarità degli appalti e sulla fase esecutiva dei contatti"* stipulati dagli enti del SIREG. Pertanto, l'attenzione del collegio si concentra sulla regolarità e trasparenza della fase esecutiva dei contratti pubblici, ambito in cui si colloca l'obbligo retributivo/contributivo dell'appaltatore ai sensi dell'art. 30 commi da 4, 5, 5-bis e 6 del d.lgs 50 /2016.

ORAC ha quindi richiesto alle Aziende committenti, un approfondimento istruttorio in merito alla veridicità di quanto affermato dall'esponente e iniziative assunte per porre rimedio a tale inadempienza, ove questa fosse accertata, in ossequio al disposto di cui all'art. 30.

All'ASST SETTELAGHI è stata richiesta la seguente documentazione:

- Copia provvedimento di affidamento servizio con relativa copia del contratto riguardante il servizio di effettuazione di turni di guardia medica notturna presso la s.c. Pronto Soccorso del Presidio Ospedaliero di Tradate CIG N. 7686781459 della durata di 3 mesi prorogabile di ulteriore tre a far data dal 01/12/2018 per un complessivo di spesa paria € 54.000 per i primi tre mesi; ulteriori e 54.000 per il

periodo di proroga e ulteriori € 20.400 per l'incremento dei turni da svolgersi nel periodo di proroga;

- Copia del contratto stipulato con La Cometa;
- Le ragioni del contenzioso che risulta aperto di cui alla delibera n. 62 del 12 febbraio 2020;
- Informazioni relativamente alla regolarità retributiva e/o contributiva dell'appaltatore.

La documentazione è stata fornita con l'eccezione dei seguenti atti:

- 1) copie delle garanzie fideiussorie che l'ente afferma di non aver richiesto, dato il limitato termine temporale (3 mesi) del servizio;
- 2) l'elenco dei dipendenti e collaboratori impiegati nel servizio che l'ente ha ritenuto informazione non necessaria ai fini dell'affidamento.

Dalla disamina della documentazione emerge che:

- nella Richiesta di offerta prot. n. 0063832 del 09 novembre 2018 relativo a servizio di turni di guardia medica notturna non è richiesto il rilascio di fideiussione, provvisoria o definitiva, come invece previsto dall'art 103 del D.Lg. 50/2016;
- ASST non reputa necessario avere i nominativi dei dipendenti/collaboratori dell'appaltante per la realizzazione del servizio e, altresì, avere la certezza che il servizio venga espletato dalle persone menzionate nella relazione tecnica dopo la disamina dei curricula allegati;
- non è stata verificata la regolarità del DURC (scaduta dal 17 aprile 2019) prima della sottoscrizione della prosecuzione del contratto avvenuto con determinazione dirigenziale n. 50 del 19 aprile 2019. Solo in data 12 giugno 2019 la ASST sette laghi chiede informazioni a La Cometa relativamente a segnalazioni ricevute riguardanti il mancato pagamento delle retribuzioni dei dipendenti impiegati nelle attività oggetto di appalto e in quella sede segnala anche l'irregolarità del DURC chiedendo di valutare l'attivazione dell'istituto per l'intervento sostitutivo di cui all'art. 30 commi 5 e 6 del D. Lgs n. 50/2016;
- pur essendo a conoscenza delle problematiche di cui sopra, l'ASST ha integrato il budget di spesa con determinazione dirigenziale n. 200 del 26 luglio 2019 per i turni aggiuntivi anche se il contratto era cessato in data 17 giugno 2019.

Quanto, invece, all'ASST Melegnano e della Martesana, si è appreso dal carteggio acquisito, che in data 19/09/2019 la Cometa ha affittato la sua azienda alla Cooperativa la Fenice, società neo costituita; quest'ultima, grazie a questo atto, ha potuto accedere alla procedura negoziata ai sensi dell'art 36, comma 2, lett. b) del d.lgs n. 50/2016 per l'aggiudicazione del capitolato d'appalto indetto dalla ASST Martesana relativo al servizio di assistenza medica di medicina di pronto soccorso del PO di Melzo (lotto 1) per € 224.640 e servizio notturno di guardia ostetrica ginecologica del PO di Melzo (lotto 2) per € 123.120 di cui al deliberazione del direttore generale n. 116 del 06 febbraio 2020.

Alla ASST MELEGNANO è stata richiesta la seguente documentazione:

- Copia provvedimento di affidamento del servizio alla ~~la~~ Fenice Società Cooperativa Sociale A R.L. e del relativo contratto stipulato;
- Informazioni relativamente alla regolarità retributiva e/o contributiva dell'appaltatore.

L'esame della documentazione ha reso necessario approfondire l'istruttoria con l'acquisizione di ulteriori documenti e informazioni richiesti all'ASST:

Lettera d'invito agli operatori economici relativi ai 2 lotti;

- Copia delle Istanze di partecipazione, delle offerte tecniche ed economiche presentate dalla Cooperativa la Fenice;
- Verbali della commissione aggiudicatrice per entrambi i lotti;
- Copia della garanzia definitiva presentata dalla Cooperativa Fenice e informazioni relative alla escussione della stessa ~~se~~ a seguito della risoluzione per inadempienza
- Elenco qualifiche e curricula dipendenti.

Dall'esame della documentazione e delle informazioni ricevute è emerso che l'iter procedurale, dall'offerta di gara all'affidamento, è risultato corretto – ma con la essenziale riserva di cui si dirà a breve- e tutti i requisiti formalmente esposti nel capitolato hanno rispettato i parametri richiesti.

Le eccezioni riscontrate sono le seguenti:

- Mancata stipula del Contratto, in quanto affermano non essere mai stato redatto vista la brevità del periodo di appalto a causa della precoce risoluzione del rapporto;
- Il risultato della verifica on line effettuata sulla validità del codice di controllo delle polizze di garanzia provvisoria per entrambi i lotti, emesse da ABC Asigurari Reasigurari SA società assicurativa con sede a Bucarest, evidenzia la dicitura "record

non trovato”, circostanza che fa emergere un fondato dubbio sulla regolarità delle stesse;

- La mancata trasmissione da parte dell’ASST dell’elenco dei nominativi dei soggetti effettivamente impiegati per lo svolgimento del servizio non ha consentito di verificarne la corrispondenza con l’elenco dei dipendenti indicati, medici con specializzazione, come richiesto dal capitolato;
- La società La Fenice ha iniziato il suo operato in data 01/03/2020 ma a causa dell’abbandono ingiustificato del pronto soccorso in data 08/03/2020 da parte di un medico, l’ASST ha prontamente, con delibera n. 243 del 10/03/2020, risolto i contratti *ope legis* ai sensi e per gli effetti dell’ art. 1456 del C.C., richiesto di escutere la cauzione e comunicato all’Anac la risoluzione per grave inadempimento.

Sia nel caso dell’ASST 7 laghi che dell’ASST di Melegnano e della Martesana sono insorti contenziosi con gli appaltatori, nel primo caso per il mancato pagamento di fatture, avendo l’azienda trattenuto le somme dopo aver conosciuto gli inadempimenti retributivi a danno del personale operante, nel secondo caso in ordine alla risoluzione del contratto.

Conclusioni

Dopo aver ripercorso l’iter istruttorio seguito, è opportuno sia evidenziare, in sintesi, le principali incongruenze rilevate nei due procedimenti esaminati sia enucleare da tali vicende paradigmatiche considerazioni di sistema e raccomandazioni su due tematiche di ordine generale.

Evidenze specifiche

La vicenda esaminata ha fatto emergere incongruenze e inadempimenti da parte dell’ASST 7 Laghi; le più rilevanti concernono:

- la mancata acquisizione del DURC (online) al momento della proroga. Adempimento non collegato all’obbligo del CIG che è richiesto solo in caso di rinnovo. E’, infatti interesse della PA verificare costantemente la correttezza contributiva e previdenziale del suo appaltatore, stante anche gli obblighi solidaristici in caso di irregolarità. Diverso è il caso della correttezza retributiva, che non emerge dal DURC, anche se lo stesso può aiutarne l’emersione in via indiretta;

- la mancata acquisizione delle cauzioni. Se la giustificazione addotta, la breve (trimestrale) durata del contratto, può risultare persuasiva riguardo alla cauzione provvisoria (sostanzialmente finalizzata a garantire la stipula del contratto), non è accettabile nel caso delle garanzie definitive, finalizzate ad assicurare l'esatto adempimento. L'art 103 del codice contratti ammette, al comma 11, soltanto alcune eccezioni che non sembrano evocabili nel caso di specie, comunque subordinate ad un miglioramento del prezzo dell'aggiudicazione.
- la mancata richiesta dei nominativi del personale che ha eseguito le prestazioni, avendo la PA l'obbligo di verificare a loro carico il possesso dei requisiti di legge e professionali (abilitazione, iscrizione Albo, specializzazione, assenza di causa ostative all'esercizio etc). Regola normalmente stabilita nei contratti d'appalto di servizi di una certa complessità è la cd. "riserva di gradimento da parte della s.a." relativamente ai lavoratori destinati all'esecuzione del servizio. La ditta aggiudicataria prima di immettere detto personale deve darne comunicazione alla committente comunicando i dati anagrafici, curriculari (titoli di studio, iscrizione ordini professionali, percorsi formativi), assicurazione infortuni, tesserino sanitario ed anche copia del contratto di lavoro sottoscritto con la ditta aggiudicataria (nelle clausole migliori). A volte è anche previsto un periodo di prova all'esito del quale la committente pubblica soglie la riserva sul gradimento dell'operatore.

Per quanto riguarda l'ASST Melegnano e della Martesana, i profili critici concernono:

- la non completa verifica della congruità (in termini di esigibilità) della polizza fedejussoria;
- la verifica relativa all'accollo dei debiti da lavoro da parte del locatario.

Considerazioni di interesse generale

Al di là della specifica vicenda, la disamina porta ad evidenziare due tematiche di ordine generale, di probabile impatto e comunque di interesse per il SSSL.

La prima concerne la "non" liceità degli affidamenti di solo personale (nel caso di specie medici per coprire dei turni in PS).

Un appalto di servizi non può, infatti, prevedere la semplice messa a disposizione di un pacchetto di ore di lavoro in favore di un terzo, rese da addetti coordinati dal soggetto che

riceve la prestazione: questa operazione configura una somministrazione di personale e, come tale, può essere realizzata solo dalle agenzie per il lavoro autorizzate a tale scopo dal ministero del Lavoro (cfr. Cons. Stato, sent. n. 1571/2018).

Il secondo tema, di rilevanza generale, concerne il non raro ricorso da parte delle imprese, a contratti di affitto di rami di azienda che tendono a costituire nuove imprese in bonis senza l'accollo delle passività in carico al cedente.

Gli appalti pubblici sono contratti connotati dall'*intuitu personae*, vale a dire dall'essenzialità delle qualità soggettive dell'appaltatore (Consiglio di Stato, Commissione speciale- Parere 22 gennaio 2008, n.4575/2007; Cass., sez. I, 13 settembre 2007 n. 19165). Come tali essi hanno carattere personale e sono pertanto esclusi dalla disciplina del subentro automatico prevista dall'art. 2558 cod. civ. (cfr. parere del 13 settembre 2012 dall' AVCP - ora ANAC).

Con riferimento ai crediti il concedente, salvo diversa pattuizione, resta titolare dei crediti aziendali esistenti al momento del conferimento, li amministra ed è l'unico soggetto legittimato alla loro riscossione.

Con riferimento ai debiti aziendali sorti anteriormente alla stipula del contratto di affitto, non trova applicazione l'art. 2560 c.c., mancando nella norma un espresso richiamo all'affitto di azienda. Dei debiti aziendali risponderà, quindi, sempre ed esclusivamente il locatore, non essendo contemplata la possibilità di un diverso accordo tra le parti. Il codice civile prevede una sola eccezione per i debiti relativi al lavoro dipendente anteriori alla stipula del contratto di affitto, in quanto il titolare del diritto di godimento può pattuire un acollo (art. 2112, comma 4 c.c.).

Inoltre, il subentro all'aggiudicatario iniziale *“deve soddisfare i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice”* (art. 106, comma 1 lett d, cod. contratti).

Alla luce di tali principi, ed in particolare della disposizione da ultimo richiamata, si potrebbe quindi sostenere che l'operatore economico che, all'atto della cessione di ramo d'azienda non sia in possesso di requisiti di affidabilità morale e professionale, non possa disporre

validamente del contratto, risultando la cessione preordinata ad “eludere l’applicazione” del codice dei contratti.

Più complessa è, invece, la gestione non del caso di modificazioni soggettive in un contratto in essere, bensì quello, esemplificato nella vicenda La Fenice/ASST Melegnano, in cui si stipula un contratto (previa aggiudicazione) con impresa che ha affittato il ramo d’azienda o l’intera azienda di altra impresa.

Pacifico è che la stazione appaltante debba verificare se in capo al contraente sussistono i requisiti generali e specifici previsti dal codice: a) adeguata capacità economica e finanziaria; b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa; c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche; d) adeguato organico medio annuo.

Quanto, invece, ai debiti e crediti, ci si può riferire alla deliberazione dell’Autorità (vicenda D’Amato) per escludere in generale il subentro del locatario nei debiti aziendali che restano in capo al locatore, con l’eccezione però -rilevante ai nostri fini- dei debiti di lavoro.

Ne consegue che l’ASST Melegnano avrebbe dovuto verificare, ai fini della contrattualizzazione, la pendenza di debiti da lavoro in capo al locatore e l’intervenuto accollo degli stessi da parte del locatario.

Raccomandazioni

Si raccomanda alla DGW di fornire a tutti gli enti del SSSL le seguenti indicazioni:

1. Durante l’esecuzione degli appalti verificare costantemente la correttezza contributiva e previdenziale dell’appaltatore, e in ogni caso in occasione di rinnovi o proroghe qualora consentite.
2. Verificare il puntuale rispetto delle previsioni del codice appalti in ordine all’acquisizione delle cauzioni provvisorie e definitive, a prescindere dalla durata del rapporto, e necessità di verificarne la regolarità
3. Non disporre affidamenti di sole quote orarie di lavoro che si configurino quale illecita intermediazione di lavoro;
4. Nella acquisizione di servizi di prestazioni specialistiche che rispettino le condizioni per essere realmente qualificati appalti, procedere all’attenta verifica, tra i requisiti specifici, del possesso in capo ai singoli prestatori dei requisiti di legge e professionali, possibilmente ricorrendo, per quelli di maggiore complessità, alla clausola di “riserva di gradimento da parte della s.a.” relativamente ai lavoratori destinati all’esecuzione del servizio.

5. Nel caso di modificazioni soggettive in contratti in essere, verificare il possesso dei requisiti generali oggetto di trasferimento o avvalimento anche in relazione allo stato patrimoniale del cedente con riferimento alle passività maturate
6. Nel caso di partecipazione alla gara di una impresa costituita in forza di un contratto di locazione o di affitto di azienda o ramo d'azienda appartenente ad altro operatore, verificare, in caso di debiti di natura lavoristica, l'avvenuto accollo degli stessi da parte del locatario.