



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 773 del 6 luglio 2016

Fascicolo n. 5300/2015

Oggetto: Verifiche circa l'utilizzo della procedura negoziata e corretta applicazione dell'art. 29 del d.lgs. 163/2006.

Stazione Appaltante: ATAC S.p.A.

Riferimenti normativi: artt. 29, 57 e 125 d.lgs. 163/2006.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

- 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;
- Visti il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni e il d.lgs. 18 aprile 2016, n.50;
- Vista la relazione dell'ufficio UPVS.

1. Premessa

A seguito della segnalazione acquisita al protocollo Anac n.130180 dell' 8/10/2015 con cui l'ex Assessore alla mobilità e ai trasporti di Roma Capitale, Dott. Stefano Esposito, denunciando l'imponente esposizione finanziaria di ATAC S.p.A., chiedeva di attivare eventuali verifiche sulla gestione delle procedure di appalto della stessa società poste in essere, l'Autorità scrivente ha provveduto ad estrarre dalla banca dati nazionale (BDNCP) gli affidamenti attivati da ATAC S.p.A. nel periodo 2011/2015.

Dall'analisi dei dati estratti è emerso un frequente ricorso alla procedura negoziata nel periodo di riferimento e pertanto l'Autorità, al fine di acquisire maggiori informazioni circa l'utilizzo di tale modalità di scelta del contraente, ha predisposto una nota (prot. n. 134398 del 15/10/2015), con cui si chiedeva ad ATAC S.p.A. di inviare, entro 30 giorni, una relazione dettagliata sulle procedure poste in essere con riferimento alla su esposta circostanza ed alle modalità di individuazione dell'importo degli appalti, avuto riguardo a quanto disposto dall'art. 29 del Codice dei contratti pubblici.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In data 5/11/2015, con nota prot. ingresso ANAC n. 148093 del 6/11/2015, ATAC ha fornito un primo riscontro con cui illustrava alcuni aspetti di carattere generale connessi all'organizzazione della società, trasmetteva il disciplinare dell'albo dei fornitori corredato del relativo elenco, unitamente ad un documento riepilogativo delle norme e del regolamento interno di ATAC in materia di appalti di lavori, servizi e forniture e chiedeva, in considerazione dell'ampiezza del periodo considerato e della copiosità dei dati da verificare, una proroga di ulteriori 30 giorni rispetto al termine iniziale.

A seguito dell'accoglimento di tale richiesta (nota ANAC prot. n. 151367 dell'11/11/2015), ATAC ha fornito, in data 14/12/2015 (prot. ingresso ANAC n. 169389), una relazione contenente informazioni sull'utilizzo delle procedure poste in essere nel periodo 2011/2015, corredata dei seguenti documenti allegati: analisi del procedimento di acquisto di ATAC per il periodo 1/1/2011 - 30/6/2015, quadro di sintesi dei dati consuntivati sulla base dei CIG e SMARTCIG richiesti; la strategia di acquisto di ricambi e materiali vari attraverso l'uso della piattaforma di *e-procurement* e l'Albo fornitori; procedure negoziate senza pubblicazione del bando per l'acquisto di forniture (esclusi ricambi), lavori e servizi.

2. Ritenuto in fatto

La società ATAC S.p.A. ha rappresentato la forte precarietà economico-finanziaria dell'azienda protrattasi sin dalla fusione con Met.Ro S.p.A. e Trambus S.p.A. del 2010, con progressivo consolidamento di un indebitamento verso i fornitori di 440 milioni di euro. Tale condizione, così come specificato da ATAC, ha reso assai complessa la gestione dei contratti e la pianificazione delle nuove gare, anche a causa della parallela precarietà della titolarità dell'affidamento del servizio di TPL ad ATAC, scaduto il 31/12/2011 e da allora sempre prorogato, in molti casi per periodi anche inferiori all'anno solare, fino alla sottoscrizione, avvenuta il 10 settembre 2015, del nuovo contratto di servizio con scadenza 31/12/2019.

Con riferimento alle procedure di affidamento, ATAC ha evidenziato che le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando vengono espletate sulla base di quanto previsto dal "Regolamento per le spese, le gare e i contratti", che tali procedure sono caratterizzate da una "originaria dimensione di evidenza pubblica assicurata tramite l'utilizzo dell'Albo Fornitori aziendale", che il mancato ricorso all'evidenza pubblica per ogni singola gara viene "compensato" dal diffuso utilizzo dei sistemi di *e-procurement* attraverso i quali si realizza un larghissimo coinvolgimento di tutti gli operatori economici accreditati nell'Albo dei fornitori.

Riguardo alla circostanza che il ricorso alla procedura negoziata ha riguardato il 95,4% delle procedure di acquisto relative a materiali di ricambio e materiali vari, ATAC ha inoltrato, in virtù della peculiarità



Autorità Nazionale Anticorruzione

di tale categoria merceologica e dell'incidenza economica di tali acquisti, un documento di approfondimento tematico sul mercato della ricambistica, comprendente anche:

- a) l'elenco di tutti i *part number* (singolo articolo/pezzo di ricambio) acquistati, con l'indicazione per ciascuno di essi del numero di affidamenti, della quantità acquistata e del valore complessivo degli acquisti per ciascun anno compreso nel periodo 2011/2015;
- b) la suddivisione degli acquisti di materiali di ricambio tra operatore economico, per anno.

Nell'ambito di tale approfondimento ATAC ha evidenziato che sebbene nel mercato della ricambistica sia molto difficile trovare un'azienda grossista, commerciante o fabbricante di tutti i ricambi, vi operano comunque negozi di ricambi settoriali generici che trattano tutti i tipi di ricambi (ad esempio per autoveicoli ed autocarri) e ricambisti di settore altamente specializzati per ciascuna tipologia di veicoli e, all'interno della stessa, per singole parti.

La società ha inoltre rappresentato che la selezione dei contraenti non avviene per l'intero paniere ma per ogni singola tipologia di bene che lo compone, al prezzo più basso. In tal modo, ATAC ritiene di garantire la partecipazione di un maggior numero di fornitori tra cui piccole e medie imprese che hanno la possibilità di fornire i prodotti su cui riescono ad essere maggiormente competitive, senza necessariamente operare tramite grandi concessionari nazionali.

Contestualmente ATAC ha precisato anche che, relativamente alla categoria merceologica dei ricambi, il sistema informatico (SAP) utilizzato dalla società permette la pianificazione dei fabbisogni su base annua per i materiali connessi alla manutenzione ordinaria dei mezzi e su base trimestrale per quelli che invece impattano sulla manutenzione "a guasto" o "a rottura stock", vale a dire su quella quota di manutenzione non programmabile a monte. Ciò ha consentito, sempre secondo ATAC, di limitare il valore del magazzino con conseguenti effetti positivi sul bilancio.

È stato infine fatto presente che i dati di aggiudicazione per *part number* dimostrano valori aggiudicati su base annua per ciascun componente ben al di sotto della soglia comunitaria e che, pertanto, la strategia di acquisto di ATAC risulta essere la mera conseguenza di scelte di carattere industriale, coerenti con l'art. 29 del Codice dei contratti pubblici.

Dalla lettura dei documenti forniti da ATAC e dalle argomentazioni in essi contenute sono emerse le osservazioni che sono state trasmesse ad ATAC con nota prot. n. 26514 del 16.2.2016 per le eventuali osservazioni da parte della medesima. Con la nota in questione si è fatto, *in primis*, presente che l'utilizzo della piattaforma elettronica e dei sistemi di acquisizione ad elevato contenuto tecnologico come l'*e-procurement* sono meri strumenti che le stazioni appaltanti possono utilizzare per la gestione e



Autorità Nazionale Anticorruzione

L'esecuzione delle gare, e non procedure di scelta del contraente che devono comunque essere attivate nel rispetto delle norme e quindi secondo le regole in esse specificate. L'Autorità non ha pertanto ritenuto condivisibile la motivazione addotta da ATAC secondo la quale "il mancato ricorso all'evidenza pubblica per ogni singola gara viene compensato dal diffuso utilizzo dei sistemi di *e-procurement*", sebbene tale strumento abbia sicuramente un impatto positivo ai fini del coinvolgimento degli operatori economici accreditati nell'Albo e comporti vantaggi anche in termini di snellimento dei processi di gestione aziendali e di maggior integrazione tra gli stessi.

Riguardo al documento di approfondimento del mercato della ricambistica elaborato da ATAC al fine di rappresentare la particolare specificità di tale settore, che induce la società ad intraprendere strategie di acquisto fondate per lo più sull'utilizzo della procedura negoziata, l'Autorità, pur prendendo atto di quanto rappresentato, non ha riscontrato aspetti particolarmente critici tra quelli caratterizzanti il mercato di riferimento. Anzi, l'articolazione della domanda suddivisa tra mercato dei ricambi originali e mercato dei ricambi equivalenti, ossia quei ricambi forniti da operatori del settore della componentistica che non riportano il marchio della casa produttrice, registra una significativa sostituibilità fra gli stessi, così come la stessa ATAC ha affermato, escludendo con ciò la presenza nel mercato di fornitori esclusivi.

L'Autorità ha rilevato, indipendentemente dalle specifiche caratteristiche del settore, il mancato espletamento da parte di ATAC di procedure di aggiudicazione coerenti con le soglie comunitarie per oltre il 95% degli acquisti di beni rientranti nella medesima categoria merceologica. Ciò in quanto dagli elaborati trasmessi dalla società emerge, in particolare, che ATAC non ha effettuato le verifiche richieste dall'art. 29 del vecchio Codice, sia per i settori ordinari che per quelli speciali, per la definizione dell'importo dell'appalto ai fini dell'individuazione della soglia. Tale articolo, infatti, prevede al comma 10 che per gli appalti pubblici di forniture o di servizi che presentano carattere di regolarità il valore stimato dell'appalto deve essere calcolato tenendo conto del valore reale complessivo dei contratti analoghi conclusi nell'esercizio precedente, prendendo in considerazione eventuali cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale. Al riguardo, si osserva che il sistema informatico (SAP) utilizzato dall'azienda, come peraltro dalla stessa rappresentato, consente una programmazione dei fabbisogni su base annua per i materiali necessari alla manutenzione ordinaria e su base trimestrale per i beni necessari ai fini della manutenzione straordinaria, permettendo quindi di calcolare automaticamente il valore complessivo dei contratti analoghi di cui al comma 10 del citato art. 29.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Si segnala, inoltre, che il comma 11 del medesimo articolo espressamente stabiliva che la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria.

Le motivazioni addotte da ATAC relativamente alla circostanza che gli acquisti annui per singolo *part number*, quindi per singolo articolo di ricambio, sono di importo inferiore alla soglia comunitaria non giustifica le modalità operative di approvvigionamento attuate poiché tutti i beni in questione, rientrando nella medesima categoria merceologica, sono da considerarsi “analoghi” e quindi assoggettati alle su citate disposizioni sul calcolo del valore complessivo dell'appalto, finalizzate peraltro proprio ad evitare l'artificioso frazionamento degli acquisti e quindi l'utilizzo di procedure che non garantiscono adeguata pubblicità e competitività.

Tra l'altro, la società, in applicazione dell'art. 125 del Codice allora vigente, relativamente ai contratti attivati nei settori ordinari, ha definito, tramite il proprio Regolamento, ogni spesa inerente la fornitura di beni, la prestazione di servizi o l'esecuzione di lavori da effettuarsi entro i limiti stabiliti dallo stesso articolo, per la quale non è era una procedura ad evidenza pubblica piena, allo scopo di favorire lo snellimento dell'azione amministrativa per motivi di semplicità, urgenza o necessità, bensì il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, sempre selezionando gli operatori economici tra quelli iscritti nell'Albo Fornitori dell'azienda.

Il medesimo Regolamento per il settore speciale prevede la procedura in economia nei casi e fino agli importi previsti dall'art. 125 del vecchio Codice in quanto, pur non essendo tale articolo di diretta applicazione ai settori speciali, viene citato dal comma 6 dell'art. 238, dello stesso Codice. ATAC, secondo quanto riportato nel Regolamento, si è uniformata a quanto evidenziato dall'Autorità nella determinazione n. 2/2011 che sul punto recita “si ritiene che il limite di importo entro il quale ammettere gli affidamenti in economia, per servizi e forniture nei settori speciali, sia da intendersi riferito al valore delle soglie stabilito per i settori speciali dall'articolo 215 del Codice. Tale conclusione risulta in linea con il quadro normativo fornito dal Codice nel suo complesso che, in attuazione del criterio di semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia, ha previsto, tra le misure di semplificazione, la possibilità di acquisizione di servizi e forniture in economia fino all'importo corrispondente alle soglie di rilevanza comunitaria.”

Pertanto, gli affidamenti fatti tramite l'Albo dei Fornitori si configurano come affidamenti in economia, sebbene venga data adeguata pubblicità, anche a livello nazionale, dell'esistenza dell'Albo e della possibilità di iscriversi allo stesso.

ATAC ha rappresentato che, nell'ambito dei settori speciali, per l'acquisto di beni e servizi sotto soglia quando il criterio di aggiudicazione è il prezzo più basso (la maggior parte delle procedure di gara



Autorità Nazionale Anticorruzione

aziendali e la sostanziale totalità di quelle svolte tramite procedura negoziata senza bando) invita tutti gli operatori economici iscritti nella categoria merceologia dell'Albo corrispondente all'appalto. Nell'ambito dei settori ordinari, per l'acquisto di beni e servizi in economia, quando il criterio di aggiudicazione è il prezzo più basso (la maggior parte delle procedure di gara aziendali e la sostanziale totalità di quelle svolte tramite procedure negoziate senza bando), ATAC invita tutti gli operatori economici iscritti nella categoria merceologia dell'Albo corrispondente all'appalto.

Il mancato rispetto dei vincoli inerenti il valore dell'appalto ai sensi dell'art. 29 del vecchio Codice è stato riscontrato, oltre che per i materiali di ricambio, anche per altre categorie merceologiche, così come emerge dalle ulteriori elaborazioni effettuate dall'Autorità sulla base dei dati già comunicati ad ATAC. Infatti, aggregando, su base annua e per categoria merceologica, tutti gli affidamenti singolarmente inferiori alla soglia comunitaria ed aggiudicati tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione, procedura negoziata senza previa indizione di gara (ex art 221 d.lgs. 163/2006) e gli affidamenti in economia, è stato possibile estrapolare quelle categorie merceologiche nell'ambito delle quali ATAC ha acquistato beni e servizi per un importo complessivo annuo superiore alla soglia comunitaria.

In sintesi, dalle elaborazioni è emerso che ATAC, relativamente alle forniture di materiali di ricambio, ha annualmente affidato, se pur con un *trend* decrescente dal 2011 al 2015, migliaia di procedure negoziate per importi complessivi annui ben superiori alla soglia comunitaria; infatti, considerando il totale delle tre categorie merceologiche inerenti i materiali di ricambio (CPV 34913000-0 Varie parti di ricambio, CPV 34631000-9 Pezzi di ricambio per locomotive o materiale rotabile e CPV 34630000-2 Parti di ricambio di locomotive o materiale rotabile ferroviari o ferrotranvieri), si tratta, in termini di numerosità e di valore, di circa 5.400 procedure di affidamento a fronte di circa 27 milioni di euro effettuate nel 2011 e di circa 40 procedure di affidamento a fronte di circa 3,3 milioni di euro relative al 2015.

L'Autorità ha altresì evidenziato un ulteriore rilevante fenomeno riscontrato dai dati forniti da ATAC relativamente al valore degli acquisti di ricambi e materiali vari, suddivisi per singolo operatore economico. È emerso, infatti, da tali aggregazioni un'alta concentrazione del mercato di riferimento, vale a dire un grado di accentrimento degli acquisti tra poche imprese: si è rilevato che mediamente, in ognuno dei 5 anni compresi nel periodo di riferimento, 4 operatori economici si sono aggiudicati circa il 30% del valore economico di tutti gli acquisti di ATAC in quella categoria merceologica, con indici di concentrazione che variano annualmente tra il 28% ed il 36%.

L'ANAC ha evidenziato alla Stazione Appaltante che le modalità operative di acquisto poste in essere dall'azienda, ossia per singolo *part number*, scoraggiano gli operatori economici con sede



Autorità Nazionale Anticorruzione

geograficamente distante dalla sede di ATAC dal presentare offerte, in considerazione degli elevati costi di trasporto da sostenere a fronte della fornitura, e quindi della consegna, di esigue quantità di beni.

Quanto ritenuto da ATAC riguardo alla circostanza che gli acquisti frammentati per singolo *part number* garantirebbero la partecipazione di un maggior numero di piccole e medie imprese, non è da stato ritenuto condivisibile dall'ANAC poiché il Codice per favorire le piccole e medie imprese suggerisce l'utilizzo di altri strumenti operativi, così come delineati dal comma 8 dell'art. 29 del vecchio Codice (trasfuso nel comma 10, art. 35 del nuovo Codice). In sostanza, se ATAC utilizzasse per l'aggiudicazione delle proprie forniture la suddivisione in lotti secondo i criteri di cui alle richiamate norme, soddisferebbe l'esigenza sia di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nel rispetto di quanto previsto dall'art. 2, comma 1-bis del vecchio Codice (art. 51, comma 1 del nuovo Codice), sia di assicurare forme di pubblicità alle procedure di acquisto coerentemente alle disposizioni del Codice.

Ulteriori controdeduzioni di ATAC

Con nota del 19 aprile 2016 prot. 62722, ATAC, nel trasmettere le proprie controdeduzioni relative alle procedure attivate nel quinquennio di riferimento (2011/2015), ha comunicato che nel mese di febbraio 2016 l'Azienda ha rinnovato i propri organi sociali e con disposizione organizzativa n. 1 del 1.3.2016 è stata varata la nuova Macrostruttura di ATAC nella quale il settore Gare e Acquisti è incardinato presso la Direzione Corporate, a sua volta alle dipendenze del Direttore Generale con poteri di rappresentanza. Ha fatto altresì presente che è intenzione dei nuovi organi sociali realizzare un ampio processo di riforma delle procedure di aggiudicazione e affidamento dei contratti pubblici dell'Azienda, anche al fine di adeguare le predette procedure ai numerosi rilievi formulati dall'Autorità e alle novità che saranno introdotte con il nuovo Codice degli appalti.

ATAC, prendendo atto dei rilievi formulati, ha rettificato alcuni dati e illustrato le ragioni poste a fondamento di determinati provvedimenti tese a chiarire che l'Azienda non ha mai inteso eludere la normativa vigente. Ha infatti evidenziato che gli oggetti della maggior parte delle procedure analizzate dall'Autorità, pur avendo lo stesso codice CPV non sarebbero, comunque, risultate efficacemente aggregabili perché relative a prodotti eterogenei e quindi rivolte a platee diverse di potenziali concorrenti. Dall'analisi dei dati emergono, inoltre, anche errori di "comunicazione" con il sistema Simog, (errata codifica CPV, errata "scelta del contraente", ecc.) oppure la constatazione che si è trattato di riproposizione di procedure di gara andate "deserte" ovvero "annullate" e non sempre correttamente riportate in SIMOG. In altri casi ancora si è trattato di procedure affidate per ragioni di



Autorità Nazionale Anticorruzione

natura tecnica ex art. 57 comma 2 lett. b) che, nel sistema SIMOG sono catalogate a livello di "Scelta del contraente" come procedura negoziata senza previa pubblicazione.

ATAC ha evidenziato che per i servizi di assistenza software, secondo quanto attestato dal settore tecnico competente in fase di manifestazione del fabbisogno, utilizza prodotti software a sostegno dei diversi processi aziendali, per i quali è necessario garantire la continuità di funzionamento nonché ricorrenti attività di aggiornamento e supporto tecnico al fine di mantenere regolare il livello di servizio e garantire le implementazioni future. La maggior parte di tali attività sono state da sempre affidate ai proprietari dei software, come da prassi diffusa in molte Stazioni Appaltanti, attraverso una serie di atti autorizzativi con cadenza annuale, in quanto trattasi di prestazioni erogate direttamente dal distributore unico del prodotto per l'Italia, dal quale sono state acquistate le licenze del prodotto mantenuto. A titolo di esempio, si riporta di seguito quanto specificato da ATAC.

"Il pacchetto software "SAP Business One" è utilizzato da Atac a supporto della gestione della manutenzione degli apparati di vendita. Del prodotto, di proprietà di SAP AG, è stato acquistato nel 2005 da MIT S.r.l., uno dei distributori locali autorizzati da SAP alla rivendita, il diritto d'uso. La stessa società MIT S.r.l. ha realizzato sul prodotto negli anni numerose personalizzazioni e parametrizzazioni, di cui mantiene la titolarità dei diritti di proprietà, avendone concesso ad ATAC il solo diritto d'uso, come risulta dalla dichiarazione allegata.

Tale Applicativo è utilizzato da ATAC per gestire le attività di manutenzione su dispositivi tecnologici legati alla vendita di titoli di viaggio (quali varchi di accesso od uscita, MEB, parcometri, ecc.).

La piattaforma di CRM Unico è stata inizialmente sviluppata tra il 2000 ed il 2005 per gestire da un lato alcune informazioni sugli abbonati ATAC (non gestite dall'anagrafica del Sistema di Bigliettazione Elettronica - SBE) e dall'altro le sanzioni verso i trasgressori delle norme sull'uso del Trasporto Pubblico locale romano. Tale applicazione è stata sviluppata basandosi su un sistema di workflow proprietario denominato Wfplus, di cui URMET Sistemi S.p.A. ha acquisito (attraverso una serie di passaggi societari) la titolarità esclusiva per l'Italia, come da lettera allegata, e sul quale ha unica competenza funzionale.

ATAC utilizza la piattaforma ARCGIS come software GIS per la gestione di mappe e dati georeferenziati, posta a base delle applicazioni volte a fornire informazioni relative alla rete di trasporto urbano ed altre informazioni georeferenziate collegate o collegabili a servizi da ATAC direttamente erogati. Gli applicativi in oggetto sono prodotti programma dalla ESRI Inc, che detiene i programmi sorgente e tutti i diritti di privativa industriale sul software stesso, avendone concesso ad ATAC attraverso la sua controllata ESRI Italia S.r.l. il solo diritto d'uso. ESRI Inc ha altresì delegato in esclusiva ad ESRI Italia S.p.A. la distribuzione e commercializzazione delle attività di manutenzione del software, che è quindi l'unica società in grado di offrire ad ATAC quanto in oggetto.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Applicativo E-SIGEP di proprietà della società Data Management in ragione della sua esclusiva industriale e commerciale.”

Secondo ATAC, per ragioni di natura tecnica, le attività di manutenzione non possono che essere espletate esclusivamente dalle società che sviluppano e commercializzano i prodotti acquistati con carattere di esclusività, ai sensi dell'art. 57, comma 2 lettera b) - art. 221 comma 1 lett. c) del d.lgs. 163/2006 e s.m.i. In altri casi invece ATAC ha proceduto con l'indizione di procedure di gara, comunque, non aggregabili in quanto, nell'ambito della stessa CPV, sono ricomprese procedure destinate ai rivenditori autorizzati dai produttori dei software laddove, di norma, i partner di un produttore non sono partner di altri produttori di software concorrenti.

In particolare ATAC ha evidenziato i seguenti casi:

- Anno 2015 - CPV 72267000-4 :
i CIG non aggregati sono i seguenti: 6231262811 - 6344438BDA
- Anno 2014 - CPV 72267000-4:
i CIG non aggregati sono i seguenti: 5618785011 - 56763521DB - 5791246F5E
- Anno 2012 - CPV 72261000-2:
i CIG non aggregati sono i seguenti: 389797029A - 39388845E6

CPV Servizi di pulizia

Per quanto riguarda i servizi di pulizia, ATAC ha fatto presente che in seguito al completamento del processo di trasformazione societaria (gennaio 2010), per effetto del quale Trambus S.p.A., insieme a Met.Ro, S.p.A., è stata incorporata nella nuova ATAC S.p.A., gestore unico del servizio di trasporto, si è riscontrata, coerentemente con le nuove politiche societarie e strategie aziendali, la necessità di definire uniche modalità operative di esecuzione dei vari servizi di pulizia nelle sedi aziendali.

In considerazione delle scadenze dei vari contratti stipulati precedentemente alla fusione dalle varie società, ATAC ha ritenuto opportuno predisporre un piano di riordino del comparto appalti dei servizi di pulizia, anche nelle more della redazione ed elaborazione degli atti di gara propedeutici all'individuazione dei nuovi operatori economici, resa più complessa dalla inevitabile variazione delle superfici delle sedi aziendali con conseguente necessità di ulteriore rimodulazione delle stesse e del servizio di pulizia da svolgersi.

Considerata la complessità sia del processo di riorganizzazione che dell'*iter* della gara europea in tre lotti esperita in seguito alla pubblicazione del bando n. 28/2011, i rapporti contrattuali con i nuovi



Autorità Nazionale Anticorruzione

operatori economici hanno avuto decorrenza dal 1° febbraio 2013. Nel frattempo, ATAC si è trovata nella necessità di assicurare il servizio in questione, da rendersi senza soluzione di continuità in quanto strettamente connesso all'esercizio del trasporto pubblico, avvalendosi del supporto dei precedenti operatori economici.

Il Consiglio di Amministrazione di ATAC, prima con Deliberazione n. 19/2010 poi con Deliberazione n. 21 /2011, ha autorizzato la prosecuzione di tutti i contratti stipulati con le diverse società fino alla data del 31 gennaio 2012. Dapprima con Provvedimento n. 33/2012, poi con Provvedimento 62/2012, l'AD ha ratificato le prestazioni rese a febbraio 2012 e a marzo 2012. Con Deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 52/2012 sono state ratificate le prestazioni rese dai diversi fornitori nel periodo compreso tra il 1° aprile 2012 ed il 30 settembre 2012 ed è stato dato mandato per la regolarizzazione dell'ulteriore periodo di prosecuzione del servizio, ossia sino al 31.01.2013. Nel mentre, con Deliberazione n. 28/2011 è stata autorizzata l'indizione della gara, con la forma della procedura aperta, per l'affidamento in tre lotti del servizio triennale di pulizia. Al termine di tale procedura, con Deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 67/2012, è stata approvata l'aggiudicazione definitiva dell'appalto. Al fine di illustrare le dinamiche non prevedibili descritte nei documenti sopra citati che hanno determinato la necessità di prorogare i contratti, l'ATAC ha rappresentato che subito dopo la fusione, al fine di porre ordine all'intero comparto di che trattasi, era stata pianificata una procedura di gara unica per un appalto triennale suddiviso in lotti con l'indicazione di un cronoprogramma delle attività che avrebbe portato alla pubblicazione del bando nel mese di luglio 2010 e all'individuazione dei nuovi contraenti per il 1° aprile 2011. Considerate le variazioni poi intervenute della consistenza tecnica delle sedi oggetto dell'appalto (nuova sede Via Silone, chiusura Immobili Via Ostiense, Via Tiburtina e Salita del poggio Laurentino), è stato pianificato un nuovo *iter* di gara, autorizzato con Delibera n. 28 del luglio 2011, con bando n. 28 del 23/12/2011 che prevedeva quale termine di scadenza il 20.03.2012. L'aggiudicazione definitiva è intervenuta solo a dicembre 2012, in quanto in seguito all'aggiudicazione provvisoria è stata avviata, su richiesta del Collegio sindacale, un'indagine interna che ha portato il CdA a sospendere l'aggiudicazione stessa e a costituire una commissione grandi appalti, composta da membri esterni, volta ad approfondire le procedure degli appalti già assegnati a partire dall'anno 2011 e quelli in corso di esecuzione, che si è conclusa con la conferma della legittimità della procedura di gara.

Con riferimento alla criticità principale evidenziata dall'Autorità e riferita alla strategia di acquisizione di ricambi e materiali vari, ATAC ha rappresentato quanto segue.

Le procedure di gara in ATAC nell'acquisto di ricambi e materiali vari sono svolte non già a valere su generici listini, ma "accorpando le richieste d'acquisto per categoria merceologica omogenea (ad. es.



Autorità Nazionale Anticorruzione

apparato motore, carrozzeria .. .) in modo da formare un paniere composto da uno o più item, predisponendo il pacchetto da mettere a gara ed adottando la procedura d'acquisto prevista all'uopo indicata dalle regole aziendali". Ciò al solo fine di selezionare sul mercato il miglior fornitore (in quel momento) del singolo pezzo di ricambio nel rispetto del principio di aggregazione artificiosa e di accessibilità delle piccole e medie imprese.

Dall'elaborazione dei dati relativi all'esercizio 2015, estratti dal sistema informatico aziendale SAP di gestione del ciclo passivo, ATAC ha evidenziato l'apertura reale a un numero enorme di piccole e medie imprese.

Infatti, la concentrazione degli acquisti tra alcuni principali contraenti, come osservato dall'Autorità, è, anche, la naturale conseguenza del mercato di riferimento e della tipologia di flotta del parco mezzi di ATAC (es. circa il 70% degli autobus sono Iveco).

ATAC ha inoltre comunicato che sono già in corso di predisposizione Capitolati Speciali d'Appalto per alcune delle più rappresentative categorie merceologiche in termini di volumi/costi, come la fornitura biennale di olio motore/olio sintetico, per le batterie e per i compressori per tram, da affidare con procedure di gara aperte, ad evidenza europea, in coerenza con quanto evidenziato dall'Autorità. Inoltre, sono in fase di studio ulteriori tipologie di procedure di gara ad evidenza europea, al fine di superare le criticità evidenziate dall'Autorità, relative a:

- Individuazione di "distinte base" per veicolo e complessivo (listini materiali), su fabbisogno annuale o biennale, da mettere a gara con procedura aperta, ovvero, mediante Sistemi di Qualificazione ad evidenza europea, aventi lo scopo di definire elenchi di operatori economici di comprovata idoneità nell'ambito dei quali ATAC S.p.A., qualora ne ricorrano le condizioni, individua i soggetti da invitare alle procedure di affidamento senza preventiva pubblicazione del bando di gara, consentendo, comunque, la massima possibile apertura alla concorrenza;
- Ricorso, ove possibile, per le attrezzature di officina, DPI e materiali vari al Mercato elettronico ovvero, in alternativa, previsione di sistemi di qualificazione o di accordi quadro con più operatori economici, ad evidenza europea, per la gestione dei relativi approvvigionamenti attraverso listini e cataloghi forniti dai Fornitori qualificati; nell'arco di tempo di validità del sistema/accordo quadro saranno attivate, semestralmente o annualmente, singole procedure negoziate, al prezzo più basso, per la selezione del miglior contraente.

ATAC negli anni ha evidenziato, nella gestione delle procedure negoziate senza bando, un *trend* decrescente che la stessa azienda si sta già impegnando, tra l'altro, ad ottimizzare, in particolare, con la sottoscrizione del nuovo contratto di servizio avvenuta il 10 settembre 2015, con scadenza il 31 dicembre 2019, che potrà facilitare ed agevolare la pianificazione delle gare pluriennali.



Autorità Nazionale Anticorruzione

ATAC ha al riguardo sottolineato che nel pur complesso scenario gestionale, economico e finanziario che ha caratterizzato l'esperienza gestionale dalla fusione del 2010 fino alla recente stipula del nuovo Contratto di Servizio pluriennale, la società ha avviato, comunque, un percorso di ricomposizione di processi di definizione dei fabbisogni da acquisire con procedure di gara, anche nell'ottica del perseguimento di stringenti obiettivi di riduzione dei costi operativi. Un esempio riportato da ATAC riguarda la categoria merceologica dell'economato laddove alle 11 procedure negoziate senza bando del 2012, a seguito del processo di centralizzazione del fabbisogno, nel 2013 è stata espletata un'unica gara ad evidenza europea per il fabbisogno biennale; attualmente è in corso di formalizzazione la stipula del contratto a seguito della gara esperita dalla Centrale Unica degli Acquisti di Roma Capitale.

Tra l'altro presso ATAC è in corso lo studio di un nuovo "Regolamento interno per le spese, le gare ed i contratti", con la relativa "Procedura per gli acquisti" che, una volta recepite le novità introdotte con il nuovo codice degli appalti, disciplinerà gli acquisti per l'approvvigionamento di beni, servizi e lavori dalla loro pianificazione al loro monitoraggio, ivi comprese tutte le comunicazioni d'ufficio agli Enti competenti.

3. Ritenuto in diritto

Per quanto riguarda la fornitura di Software e la manutenzione degli stessi per i quali secondo ATAC non sarebbe possibile rivolgersi ad operatori diversi da quelli dell'originaria fornitura, si rileva che i contratti originari indicati da ATAC risalirebbero all'anno 2000 e all'anno 2005. Ciò posto si evidenzia che con le Linee Guida in consultazione per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili l'Autorità ha osservato come in diverse occasioni, per l'acquisizione di beni o servizi, le stazioni appaltanti ricorrano ad affidamenti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, adducendo motivazioni legate all'esistenza di privative, all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore, ecc. Si tratta di situazioni che caratterizzano diversi settori, tra cui, a titolo di esempio, il settore sanitario, le acquisizioni di servizi e forniture informatiche, i servizi di manutenzione e gli acquisti di materiali di consumo per determinate forniture/macchinari.

Con le linee guida in questione, sebbene in forma di consultazione, l'Autorità ha voluto fornire indicazioni puntuali alle stazioni appaltanti e agli operatori economici circa le condizioni che debbono verificarsi affinché si possa legittimamente fare ricorso alle deroghe previste per i casi di privative e infungibilità di beni e servizi, alle procedure da seguire per l'accertamento di situazioni di infungibilità e agli accorgimenti che le stazioni appaltanti devono adottare per evitare di trovarsi in situazioni in cui le decisioni di acquisto in un certo momento vincolino le decisioni future (fenomeno cosiddetto del *lock-*



Autorità Nazionale Anticorruzione

in). Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno. In altri termini, un bene può essere fungibile ad un altro soggetto a privativa industriale, in quanto permette di soddisfare il medesimo bisogno garantito dal secondo. Un bene o servizio può essere infungibile, anche se non vi è alcun brevetto sullo stesso. Per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe all'evidenza pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsi la gara e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Naturalmente, trattandosi di una deroga all'evidenza pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione.

Un bene o un servizio possono essere infungibili perché, a causa di ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale, non esistono possibili sostituti degli stessi, oppure a causa di decisioni passate da parte del contraente che lo vincolano nei comportamenti futuri o, infine, a seguito di decisioni strategiche da parte dell'operatore economico. Un operatore economico che offre un prodotto o un servizio infungibile potrà praticare un prezzo più elevato di quello che deriverebbe da un confronto concorrenziale, in quanto potrà sfruttare i vantaggi derivanti da una domanda inelastica, ovvero una domanda che reagisce poco a variazioni di prezzo.

Poiché l'esclusiva si riferisce ad un prodotto o ad un processo, l'esistenza di un diritto esclusivo non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi. Peraltro, anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto.

L'infungibilità che nasce a seguito di decisioni passate del contraente e/o di un comportamento strategico da parte dell'operatore economico è conosciuta nella letteratura economica e antitrust con il termine di *lock-in*.

Si tratta di un fenomeno spesso associato al settore della *Information and Communications Technology* (ICT), ma che può presentarsi anche in altri settori. La Commissione Europea ha recentemente fornito la seguente definizione di *lock-in* per gli appalti nel settore informatico: «Il *lock-in* si verifica quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché



Autorità Nazionale Anticorruzione

non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente».

Come già sottolineato, a parte il caso in cui il cliente è legato al fornitore dall'esistenza di privative industriali, il *lock-in* potrebbe essere l'effetto di scelte "razionali" del cliente e/o del fornitore o di comportamenti scorretti di quest'ultimo.

Esempi nei quali il *lock-in* è l'effetto di un comportamento del consumatore sono quelli legati alla presenza di elevati costi di investimento (iniziale) non recuperabili (*sunk costs*), per effetto dei quali cambiare il fornitore determina la perdita degli stessi; alla presenza di lunghi e costosi processi di apprendimento (*learning*) per l'utilizzo ottimale di un determinato servizio o prodotto, che andrebbero persi in caso di cambio del fornitore; o alla presenza di esternalità e di economie di rete, per cui il valore del bene è legato al numero di altri utilizzatori del bene stesso (si pensi, ad esempio, ai *social networks*), in questo caso, se un cliente cambia singolarmente il fornitore, ne perde la sua utilità.

Per quanto concerne i comportamenti del fornitore che possono condurre ad esiti di tipo *lock-in*, gli esempi tipici sono riconducibili al possesso di informazioni riservate, all'esclusiva di diritto o di fatto sui pezzi di ricambio o sui materiali di consumo (ad esempio, toner delle stampanti), alla conoscenza approfondita dei bisogni del cliente e/o alla cattura di fatto dello stesso.

In tutti questi casi, la Stazione Appaltante – ammesso che lo voglia – incontra elevate difficoltà a cambiare gestore/fornitore. Ciò è vero, indipendentemente dal numero di concorrenti presenti sul mercato; anzi si può ritenere che le singole imprese tenderanno ad adottare comportamenti strategici, tanto più aggressivi, quanto maggiore è il numero dei concorrenti e quanto più questi sono agguerriti.

In sostanza, per determinati servizi o forniture le scelte di acquisto finiscono con il dipendere dalle scelte effettuate in passato dalla Stazione Appaltante stessa; ovvero le scelte di acquisto attuali finiscono con il condizionare le scelte di consumo future (si tratta, in sostanza, del fenomeno cosiddetto degli *aftermarket*). La domanda per servizi e forniture per una singola impresa, in questi mercati, tende a divenire rigida o inelastica (ovvero poco sensibile a variazioni di prezzo); l'impresa potrà allora sfruttare questa situazione di vantaggio mediante un aumento di prezzi e/o una riduzione della qualità.

In altre parole, una Stazione Appaltante attenta nelle proprie strategie di acquisto, dovrebbe poter anticipare i maggiori oneri futuri determinati dalle proprie decisioni di acquisto attuali; naturalmente, ciò implica la necessità di prevedere esattamente il comportamento futuro delle imprese. Ne discende che, per determinati beni, le decisioni di consumo si basano su un orizzonte pluriennale. La possibilità di acquisti aventi a riferimento un orizzonte pluriennale rappresenta un'opzione, di regola, preclusa alla pubblica amministrazione dal Codice dei contratti pubblici, che prevede affidamenti per periodi limitati; peraltro, si deve osservare che il vincolarsi ad un determinato fornitore per un numero indefinito di



Autorità Nazionale Anticorruzione

anni, comporta spesso la rinuncia ai benefici che possono derivare dal progresso tecnico e, quindi, dalla disponibilità di nuovi beni e servizi.

Per le gare di appalto, una possibile soluzione per anticipare rischi di *lock-in*, soprattutto quando vi sono costi di apprendimento elevati, sta nell'affidare appalti cosiddetti *multi-sourcing*, ovvero con due o più vincitori. In questo caso, nelle gare a valle, la stazione appaltante potrà contare sulla partecipazione alla gara dei soggetti aggiudicatari della prima, i quali avranno acquisito quelle conoscenze specifiche sui bisogni della stessa, che gli permettono di formulare offerte competitive.

Un'ulteriore soluzione, ripresa recentemente con forza in sede europea, valida per i sistemi ICT è quella del passaggio all'utilizzo di sistemi di telecomunicazione non più basato su tecnologie proprietarie ma su standard. Secondo la Commissione, se in Europa tutte le gare fossero svolte su standard si potrebbe ottenere un risparmio annuo sui costi degli affidamenti pari a 1,1 miliardi di euro (anche se ovviamente vi sarebbe un costo iniziale per il passaggio alle nuove dotazioni) e un miglioramento della qualità dei prodotti, dovuti alla maggiore concorrenza e partecipazione di imprese alle gare.

In definitiva per i servizi e le forniture è possibile ricorrere ad una procedura negoziata «qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato» (art. 57, comma 2, lettera b) del vecchio Codice); o, per le forniture, «nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni» (art. 57, comma 3, lett. b, del Codice allora vigente).

Nella Direttiva 2014/24/UE, nel Considerando 50 è chiaramente indicato quando si può ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando per ragioni di infungibilità dei lavori, delle forniture o dei servizi e le relative modalità di accertamento. In particolare, l'infungibilità deve derivare da situazioni concrete, che non dipendono da comportamenti di acquisto passati della stessa amministrazione o da clausole contenute nella *lex specialis* di gara, rispetto alle quali le stazioni appaltanti hanno un obbligo stringente di motivazione, dovendo indicare ad esempio le ragioni per le quali non sia possibile ricorrere a canali distributivi alternativi, anche esteri, o prendere in considerazione lavori, forniture o servizi comparabili dal punto di vista funzionale, con quelli coperti da privata.

I paragrafi della Direttiva che consentono la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, per ragioni legate all'infungibilità del prodotto, sono il 2 (lettera b) e il 3 (lettera b) dell'art. 32. In base a tali paragrafi, la procedura negoziata è possibile, oltre che per le opere d'arte e le



Autorità Nazionale Anticorruzione

rappresentazioni artistiche uniche, anche laddove la concorrenza sia assente per motivi tecnici o per la presenza di diritti esclusivi, non derivanti da limitazioni artificiali dei parametri dell'appalto, o quando il cambio del fornitore impone all'amministrazione la scelta di soluzioni che comportano incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate. Quest'ultima rappresenta, però, una deroga che non può essere ripetuta all'infinito.

Come ricordato la Direttiva 2014/24/UE ha chiarito che è possibile ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando in casi eccezionali, quando vi è un unico fornitore, «se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto».

Nel predisporre il proprio capitolato tecnico, ATAC avrebbe dovuto considerare con attenzione, ovvero non sottovalutare, i rischi derivanti dal fatto che a seguito del primo affidamento veniva automaticamente definito anche il fornitore dei successivi affidamenti.

Per quanto concerne il *lock-in*, ATAC avrebbe dovuto affrontare due problemi distinti: a) produrre la documentazione di gara necessaria per prevenire il rischio di rimanere legati ad un unico fornitore; b) verificare la possibilità e la praticabilità di uscire da situazioni di *lock-in*.

In alternativa, ATAC, come suggerito dalla Commissione Europea per il settore dell'ICT, avrebbe dovuto agire sulle specifiche tecniche, mediante gare su standard e non su sistemi prioritari poiché secondo la Commissione, il ricorso a gare basate su standard, invece che su sistemi prioritari, permette (almeno nel lungo periodo), risparmi rilevanti sugli affidamenti, oltre a facilitare i contatti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni, l'interoperabilità tra le diverse amministrazioni e le relative banche-dati, il riutilizzo delle informazioni e l'innovazione tecnologica

Nella valutazione commerciale delle scelte ATAC avrebbe dovuto considerare non solo i costi immediati dell'acquisto, ma avere a riferimento l'intero ciclo di vita del prodotto, che include la manutenzione, l'aggiornamento, l'utilizzo e l'eventuale uscita, nel caso si renda necessario passare ad un nuovo prodotto. I costi per il cambio di fornitore includono, non solo i costi vivi di acquisto di un nuovo prodotto, ma anche quelli relativi alla formazione e all'aggiornamento del personale e al superamento dell'inerzia amministrativa, circostanza non illustrata nella documentazione trasmessa.

In definitiva, si ritiene che quanto riportato da ATAC, ed in particolare che *“ATAC utilizza prodotti software a sostegno dei diversi processi aziendali, per i quali è necessario garantire la continuità di funzionamento nonché ricorrenti attività di aggiornamento e supporto tecnico al fine di mantenere regolare il livello di servizio e garantire le implementazioni future. La maggior parte di tali attività sono state da sempre affidate ai proprietari dei software, come da prassi diffusa in molte Stazioni Appaltanti, attraverso una serie di atti autorizzativi con cadenza annuale, in quanto trattasi di prestazioni erogate direttamente dal distributore unico del prodotto per l'Italia, dal quale sono state acquistate le*



Autorità Nazionale Anticorruzione

licenze del prodotto mantenuto”, sia dipeso da comportamenti di acquisto effettuati in passato della stessa amministrazione e che le proroghe non siano state concesse per periodi limitati, determinando così un vincolo verso un determinato fornitore per un numero indefinito di anni e la rinuncia ai benefici che sarebbero potuti derivare dal progresso tecnico e, quindi, dalla disponibilità di nuovi beni e servizi.

Per quanto riguarda i servizi di pulizia, l’Autorità rileva che i contratti in essere propri di ATAC e quelli delle Società che con essa si sono fuse scadevano tutti in data successiva a quella di fusione avvenuta nel mese di gennaio nel 2010. I cinque contratti relativi al servizio di pulizia delle diverse società che si sono fuse scadevano secondo le date riportate nella tabella sottostante:

Società	Data di scadenza contratto
MET.RO S.p.A	28/02/2010
TRAMBUS S.p.A	31/03/2010
ATAC S.p.A	31/03/2010
ATAC S.p.A	31/05/2010
TRAMBUS S.p.A	31/12/2010

Con Deliberazione n. 28/2011 è stata autorizzata l’indizione della gara, con la forma della procedura aperta, per l’affidamento in tre lotti del servizio triennale di pulizie. Al termine di tale procedura, con Deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 67/2012 è stata approvata l’aggiudicazione definitiva dell’appalto.

Occorre rammentare che, per giurisprudenza consolidata, la proroga è un istituto utilizzabile solo in via eccezionale, in quanto di per sé costituisce una violazione dei principi di cui all’art. 2 del vecchio codice dei contratti pubblici (ora trasfuso nell’art. 30 del nuovo codice) ed in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Invero, come affermato dalla giurisprudenza, “in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio per l’autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio secondo cui, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l’amministrazione, una volta scaduto il contratto deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara” (CDS Sez. V 8/7/2008, n. 3391). Sulla medesima linea, “la stessa logica che presiede al divieto di rinnovo esclude che ad un effetto simile possa legittimamente pervenirsi attraverso la proroga dei rapporti già in essere”. La proroga quindi “è teorizzabile, ancorandola al principio di continuità dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.) 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” (CDS Sez. V 11/5/2009, n. 2882).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Analogamente l'Autorità, con Deliberazione n. 36 del 10/9/2008, si è espressa nel senso che «La proroga rappresenta un rimedio di natura eccezionale finalizzato ad assicurare la prosecuzione del servizio senza soluzione di continuità, nelle more della stipula del nuovo contratto».

La proroga deve essere distinta, ontologicamente e concettualmente, dal rinnovo. La giurisprudenza, da tempo, è ben chiara sul punto: «Mentre la proroga del termine finale di un contratto sposta solo in avanti la scadenza conclusiva, posticipando il termine finale di efficacia del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale» (Tar Puglia, sez. Lecce II, n. 3239/2007). Quindi, la proroga, a differenza del rinnovo, consiste in un mero differimento temporale di una convenzione, accordo o contratto, fermo restando tutte le altre condizioni della medesima. Ancor più recentemente, è stato statuito che «la differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario» (Tar Sardegna, sez. I, n. 755/2014). I principi ora richiamati, in materia di proroga e rinnovo dei contratti pubblici, sono espressione di una giurisprudenza consolidata. L'Autorità ha rilevato che nonostante i principi stabiliti dalla giurisprudenza, non mancano, per le più disparate motivazioni (quella più ricorrente: l'esigenza di non interrompere servizi essenziali nelle more delle procedure di gara per l'affidamento del servizio) esempi di provvedimenti adottati in totale difformità, sia della normativa sia dei consolidati orientamenti del giudice amministrativo. Ora, per comprendere appieno la posizione della giurisprudenza, occorre analizzare l'art. 23, legge n. 62/2005 (legge comunitaria 2004), normativa che trae il suo fondamento dalla procedura di infrazione 2003/2110, ex art. 226 del Trattato CE, posta in essere nei confronti dell'Italia. Come si vede, le originarie censure di «incompatibilità comunitaria» hanno colto nel segno, inducendo il Legislatore nazionale, fortemente condizionato dalla procedura di infrazione in essere, ad agire con un intervento abrogativo. Il comma 1 dell'art. 23 dispone la soppressione del solo ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, legge n. 537/1993, e successive modificazioni, cioè l'abrogazione dell'istituto del rinnovo espresso, ivi contemplato e disciplinato. Restano, invece, vigenti, il divieto di rinnovo tacito, in quanto normato dal primo periodo del citato art. 6, comma 2, fatto salvo, e la clausola di revisione periodica del prezzo, di cui al comma 4 dell'art. 6. Il comma 2 si occupa della proroga, disciplinandola in modo alquanto severo. Viene previsto, infatti, che «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



Autorità Nazionale Anticorruzione

seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge». Quindi, la proroga, nell'intervento legislativo, viene intimamente collegata ad un dato momento storico: non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge medesima. Ciò vuol dire che la proroga non ha, attualmente, un puntuale fondamento normativo generale, essendo oramai trascorsa la possibilità prevista dall'illustrato comma 2, dell'art. 23, legge n. 62/2005. L'unica proroga possibile è solo quella "tecnica", cioè quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento della nuova procedura di gara. La giurisprudenza ammette tale proroga, affermando che: «Per effetto dell'applicazione dei principi comunitari che considerano la proroga o il rinnovo di un contratto quale contratto nuovo soggiacente a regole competitive, è vietata la proroga tacita e la proroga può essere concessa, esclusivamente con provvedimento espresso, al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2151/2011). Dunque, è legittima la proroga solo se connessa ad una nuova gara e, quindi, non può che essere posta in essere ed approvata quasi simultaneamente con l'avvio della gara medesima. Ciò, al chiaro fine di non dar luogo a facili abusi. Anche l'Autorità di Vigilanza si è espressa favorevolmente in materia, sostenendo che «è pacifico che, in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici, non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità alla normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora, abbia la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro" (AVCP, deliberazione n. 33/2013). Invero, la proroga tecnica ha anche un, seppur limitato, fondamento normativo. Precisamente, il comma 10, lett. c), dell'art. 125 del Codice dei contratti pubblici, in tema di acquisizioni in economia, stabilisce che le medesime sono consentite anche in relazione a «prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria».

Inoltre, dalla lettura dei dati trasmessi da ATAC relativamente all'anno 2013 vi sono servizi di pulizia che non riguardano solo la sede ATAC, oggetto di giustificazione dettagliata dei rinnovi contrattuali da parte della stessa, bensì anche la pulizia di gallerie e metropolitane; si tratta quindi di servizi inizialmente affidati con procedura negoziata e poi prorogati nel corso degli anni, nel caso di specie fino al 2013, in difformità a quanto precedentemente riportato nell'ambito della ricostruzione sul concetto di proroga.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Per quanto riguarda invece le criticità emerse relativamente alle procedure di affidamento dei materiali di ricambio, ATAC ha semplicemente riportato le generiche giustificazioni fornite con la precedente nota circa il fatto che tale tipologia di beni non sarebbe comunque risultata efficacemente aggregabile poiché relativa a prodotti eterogenei, ovvero circa le ragioni di natura tecnica che hanno indotto all'utilizzo della procedura ex art. 57, co. 2, lett. b) del d.lgs. 163/2006 allora vigente, ovvero ancora circa la presenza di taluni errori di comunicazione dei dati nel sistema SIMOG. Pertanto, a tal riguardo, si conferma quanto già rappresentato nella comunicazione di risultanze istruttorie circa le strategie di acquisto di ATAC fondate per lo più sull'utilizzo della procedura negoziata. In particolare l'Autorità ribadisce che non sono stati riscontrati aspetti particolarmente critici tra quelli caratterizzanti il mercato di riferimento, essendo l'articolazione della domanda suddivisa tra mercato dei ricambi originali e mercato dei ricambi equivalenti, ossia quei ricambi forniti da operatori del settore della componentistica che non riportano il marchio della casa produttrice. Ciò comporta semmai una significativa sostituibilità fra gli stessi, così come la stessa ATAC ha affermato, escludendo la presenza nel mercato di fornitori esclusivi.

L'Autorità infine conferma quanto già rilevato circa il mancato rispetto da parte di ATAC di quanto disposto dall'art. 29 del vecchio Codice (art. 35 del nuovo Codice). Infatti ATAC, non avendo effettuato le verifiche richieste dal richiamato articolo, sia per i settori ordinari che per quelli speciali, per la definizione dell'importo dell'appalto ai fini dell'individuazione della soglia, ha operato un artificioso frazionamento degli acquisti di materiali di ricambio, adottando così procedure che non garantiscono adeguata pubblicità e competitività.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- Il mancato rispetto da parte di ATAC di quanto disposto dall'art. 29 del vecchio Codice (art. 35 del nuovo Codice), non avendo la società provveduto ad effettuare le verifiche richieste dal richiamato articolo per la definizione dell'importo dell'appalto ai fini dell'individuazione della soglia, operando così un artificioso frazionamento degli acquisti di materiali di ricambio ed adottando procedure che non garantiscono adeguata pubblicità e competitività;
- Il mancato rispetto della normativa di settore per quanto riguarda l'utilizzo dell'istituto della proroga per i servizi di pulizia di gallerie e metropolitane nell'anno 2013, in quanto la stazione appaltante aveva già utilizzato tale istituto nel 2012 per i medesimi servizi;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- Il mancato rispetto delle disposizioni, della giurisprudenza nonché dell'orientamento della Commissione Europea in materia di contratti pubblici per quanto riguarda gli affidamenti relativi all'*aggiornamento e supporto tecnico* dei prodotti software, poiché dipesi da comportamenti di acquisto adottati in passato dalla stessa amministrazione, in considerazione anche del fatto che le proroghe non sono state concesse per periodi limitati;
- L'invio della presente Deliberazione ad ATAC S.p.A. da parte dell'Ufficio Piani di Vigilanza e Vigilanze Speciali, con richiesta di pubblicarla sul sito istituzionale della società;
- L'invio del presente deliberato alla Procura della Repubblica di Roma ed alla Procura Generale della Corte dei Conti, per i profili di propria competenza.

Raffaele Cantone

Depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2016
Il Segretario, Maria Esposito