

A seguito dei chiarimenti pervenuti, l'Autorità, ha, pertanto, valutato in primo luogo, se la società consortile per azioni S.E.U.S., possa essere qualificata quale società *in house* della Regione Siciliana nonché dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Paolo Giaccone.

È stato, pertanto, accertato che la S.E.U.S. è a intera partecipazione pubblica e quindi possiede il primo requisito individuato dalla giurisprudenza comunitaria per qualificare una società *in house* (cfr. Causa c-26/03, Stad Halle) ovvero la partecipazione pubblica totalitaria delle S.A. al capitale della società affidataria poiché il 53,25% delle azioni è detenuto dalla Regione Siciliana e il restante 46,75% è detenuto dalle 17 Aziende Sanitarie Provinciali e Ospedaliere del Servizio Sanitario Regionale, titolari ciascuna del 2,75% del capitale sociale. Per quanto concerne, invece, l'ulteriore requisito del "controllo analogo" (cfr. Causa C-458/03, Parking Brixen e Causa C-371/05; Cons. St., Sez. V, n. 5/2007; Deliberazioni AVCP n. 12/2011 e 54/2010), l'esame è stato svolto anche alla luce dei principi espressi in una recente pronuncia del Consiglio di Stato (sent. del 08/03/2011 n. 1447) che ha ribadito la necessità che la verifica della sussistenza del controllo analogo debba essere fatta caso per caso, analizzando le norme statutarie e, più in generale, la disciplina dei rapporti tra affidatari (nel caso di specie la società S.E.U.S.) e i soci pubblici, non ritenendo che sussistano indici sintomatici, in qualche modo tipizzati, del controllo analogo.

Dall'esame è emerso che il modulo organizzativo della S.E.U.S., individuato dallo statuto sociale, non appare in grado di limitare i rilevanti poteri del Consiglio di Gestione, che è l'organo amministrativo della società cui spetta in via esclusiva la gestione della stessa e il compimento di tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (come recita l'art.11, comma 1, dello statuto) ed è investito dei più ampi poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società.

È stata, altresì, rilevata la peculiarità del caso di specie ascrivibile alla fattispecie dell'*in house* frazionato, in quanto il capitale sociale è ripartito fra ben 18 soci pubblici, ove tuttavia è ben evidente la prevalenza nella compagine societaria della Regione Siciliana, titolare da sola del 53,25%,

mentre i restanti 17 soci di minoranza, sono titolari ciascuno del solo 2,75% del capitale sociale. Gli enti costituenti la società hanno, inoltre, espressamente delegato al Consiglio di Sorveglianza il controllo analogo (art. 6, comma 1, statuto) anziché esercitarlo direttamente mediante organi statutari della società composti da propri rappresentanti.

Inoltre, i poteri di cui il Consiglio di Sorveglianza è dotato sono quelli ad esso attribuiti dal diritto societario, ai sensi dell'art. 2409 *terdecies* c.c. (art. 15, comma 8, statuto); mentre per ciò che attiene espressamente all'esercizio del controllo analogo, lo statuto non ne determina le modalità effettive di esercizio, limitandosi ad attribuire allo stesso un generico potere di vigilanza sulla corrispondenza dell'azione amministrativa alle direttive impartite, tra l'altro, dal solo socio di maggioranza e alle prescrizioni della convenzione quadro e dei contratti di servizio, rinviando all'art. 6 dello statuto per l'individuazione delle funzioni del controllo analogo.

Sulla base di tale premesse l'Autorità con apposita delibera n. 87/2011 ha, pertanto, rilevato che dallo statuto della società in questione emerge una vocazione commerciale, in contrasto con quanto previsto dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. C-458/03 Parking Brixen; C-29/04 Commissione c/ Austria) che indica che l'impresa non deve aver *"acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo"* da parte dell'ente pubblico che risulterebbe, tra gli altri, dall'ampliamento dell'oggetto sociale e dall'espansione territoriale dall'attività della società. Ciò appare, altresì, confermato dalla convenzione quadro in cui è previsto che l'Assessorato regionale alla Sanità e la società S.E.U.S. si impegnano a farsi parte attiva *"nell'individuazione e nella contrattualizzazione di ulteriori linee di attività in grado di portare ricavi ulteriori e assicurare l'ottimale utilizzo di tutte le risorse umane e strutturali a disposizione della medesima società"* e inoltre che la Regione Siciliana favorisce il programma di formazione e riconversione del personale della S.E.U.S. *"anche al fine di riqualificarli per lo svolgimento di compiti sanitari diversi da quelli relativi al servizio di emergenza urgenza 118, attraverso il concordamento di un programma di sostegno economico delle attività formative"* (art. 10, comma 3 e 4, convenzione) nonché dalla previsione che per il periodo transitorio (presumibilmente gli anni 2010,

2011, 2012 ex art. 5 convenzione) la Società “può perfezionare convenzioni o accordi con altri soggetti pubblici o privati” nell’attuazione e per il raggiungimento dei propri compiti istituzionali (art. 16, comma 3, convenzione).

Nella delibera si è, altresì, evidenziato che poiché la società S.E.U.S. dal 1° luglio 2010 è stata affidataria diretta (e lo è tutt’ora) di servizi pubblici, in base all’erroneo presupposto della qualificazione quale società *in house*, la stessa avrebbe dovuto invece, in qualità di organismo di diritto pubblico, applicare le regole del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) alle proprie acquisizioni di beni e servizi. Inoltre, la stessa sarebbe stata assoggettabile all’art. 18 D.L. n. 112/2008, e conseguentemente avrebbe dovuto adottare per il reclutamento di personale e il conferimento di incarichi, le procedure parapubblicistiche previste dalla citata normativa, con l’applicazione dei relativi divieti e/o limitazioni.

L’Autorità ha concluso evidenziando che sia la Regione Siciliana, relativamente all’affidamento del servizio Emergenza 118, sia l’Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico “Paolo Giaccone”, avuto riguardo alla sospensione della gara per l’affidamento del servizio di trasporto infermi non deambulanti e/o infortunati, mediante autoambulanze, hanno operato in violazione dei principi disciplinanti i cd. affidamenti “*in house providing*” e perciò stesso dei principi generali di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e pubblicità, nonché di economicità dettati dal D.Lgs. 163/2006, nonché dal Trattato CE.

Affidamento di
servizi di
emergenza 118
Regione Sicilia:
esiti dell’indagine

5.3.7 Le forniture nel settore sanitario

Nel corso del 2011 l’Autorità ha esaminato numerosi accordi quadro stipulati per le forniture di materiali nell’ambito del settore sanitario rilevando taluni e ripetuti profili di illegittimità nell’utilizzo di tale istituto. Un primo caso particolarmente rappresentativo ha riguardato il bando di gara con il quale l’Azienda Ospedaliera “Ospedali Riuniti Papardo-Piemonte” di Messina aveva indetto una procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro ai sensi dell’art. 59 del codice dei contratti per la fornitura triennale di materiale di consumo specialistico

Indagine su
accordi quadro
per forniture nel
settore sanitario

Caso Azienda
Ospedaliera di
Messina

necessario alle unità operative di cardiologia ed emodinamica delle aziende sanitarie facenti parte del Bacino Sicilia Orientale. La fornitura era suddivisa in 431 lotti, per un importo complessivo di € 86.854.218,00 oltre IVA, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del codice. Con riferimento a tale procedura erano state segnalate talune irregolarità, relative ai seguenti aspetti del capitolato speciale, quali:

- a) la mancata specificazione delle basi d'asta dei singoli lotti, prevedendo il capitolato speciale solo l'importo complessivo presunto per la totalità della fornitura;
- b) la previsione di una cauzione provvisoria del 2% calibrata sull'importo totale dell'appalto e non sul valore del singolo lotto.

A seguito delle richieste istruttorie emergeva che il capitolato tecnico era stato predisposto da una commissione di esperti, secondo le indicazioni fornite dal Comitato di Bacino Sicilia Orientale, costituito, per effetto della L.R. n°5/2009 recante *Norme per il riordino del Servizio sanitario regionale*, con la quale è stato avviato un percorso di omogeneizzazione delle procedure di gara delle varie aziende facenti parte del Bacino stesso attraverso iniziative centralizzate presso un'Azienda capofila individuata dall'Assessorato Regionale alla Salute.

In merito alle contestazioni sollevate, l'Azienda aveva replicato affermando che:

- a) il bando di gara conteneva, comunque, l'indicazione dell'importo complessivo della fornitura derivante dal valore storico dell'anno 2009 suddiviso per ciascuna azienda sanitaria aderente all'accordo quadro;
- b) la cauzione provvisoria era stata inizialmente fissata nella misura unica del 2% del valore annuale della gara e dunque pari a € 579.280,00, ma il Comitato di Bacino aveva poi deciso di stabilire un importo, per ogni singolo lotto, pari ad € 20.000, in modo tale da differenziarne l'ammontare in funzione del numero di lotti sui quali i concorrenti presentano offerta.

Nel corso dell'indagine è stata, altresì, disposta un'apposita audizione della Stazione Appaltante, durante la quale venivano, altresì, affrontate due

**Indagine su
forniture nel
settore sanitario:
profili critici**

ulteriori problematiche, rilevate dall'Autorità, ossia il disposto divieto di subappalto e la previsione di termini di pagamento delle fatture fissati in 90 giorni (artt. 18 e 12 del capitolato speciale). Sul primo punto, l'amministrazione ha fornito adeguati chiarimenti rappresentando che il divieto è stato posto in linea con le disposizione del codice dei contratti e al fine di avere garanzie che i prodotti provenissero dalle ditte produttrici/distributrici e non da altri soggetti. Si è, inoltre, illustrata la concreta difficoltà di applicazione dell'istituto, vista l'omogeneità dei vari lotti di gara all'interno dei quali sono previsti prodotti principali e accessori difficilmente subappaltabili. Sul secondo punto, si è argomentato che la clausola è frutto di un accordo di massima tra amministrazioni ed operatori economici che permette all'Azienda di ottenere risparmi facendo decorrere gli interessi di mora dal 91° giorno anziché dal 31° previsto per legge.

Al termine dell'istruttoria l'Autorità ha adottato apposita delibera n. 20 del 09.02.2011 con la quale è stato preliminarmente chiarito che l'istituto di cui all'art. 59, comma 4, del codice dei contratti, prevede che la competizione tra gli operatori si esaurisca nella fase di aggiudicazione dell'accordo quadro, senza necessità di una successiva riapertura del confronto concorrenziale come richiesto, invece, nel caso del cd. "accordo quadro incompleto" di cui al precedente art. 57, comma 8, in cui non tutte le condizioni sono fissate in partenza.

L'Autorità ha, inoltre, rilevato la non conformità alla vigente normativa dell'operato della Stazione Appaltante che pur ritenendo opportuno suddividere la fornitura in 431 lotti, indicando il valore complessivo stimato dell'anno 2009 per ciascuna azienda aderente all'accordo quadro, non ha comunque specificato, per ciascuno di essi, il prezzo unitario dei prodotti inclusi, ovvero il valore a base d'asta. Al contrario, si è ribadita la necessità di definire un importo massimo, se pur stimato, per singolo lotto sia sotto il profilo strettamente formale sia sotto quello sostanziale.

L'Autorità ha, infatti, chiarito che dal punto di vista formale, l'opportunità di fissare tale importo massimo si desume dalla lettura di varie disposizioni del Codice dei contratti quali l'Allegato IX A, l'art. 29 e l'art. 89.

**Indagine su
forniture del
settore sanitario:
esiti del caso
Azienda
Ospedaliera di
Messina**

Il quadro normativo delinea, quindi, uno stretto legame tra “offerta/ribasso” e “lotto/contratto” caratterizzante l’intera disciplina dei contratti pubblici, rinvenibile in molte disposizioni del codice come ad esempio gli artt. 75 e 113 in tema di cauzioni e l’art. 86 in materia di offerte anomale. In assenza di un valore economico a base di gara ovvero di un prezzo unitario e della quantità prevista per il singolo lotto, non è possibile, infatti, determinare il ribasso d’asta richiamato in più norme dal codice e procedere, conseguentemente, al calcolo delle cauzioni ed alla valutazione della congruità dell’offerta di cui all’art. 86 comma 1.

Sulla questione delle basi d’asta, l’Autorità era, tra l’altro, già intervenuta con Deliberazione n. 40 del 20/02/2007 che, proprio in un caso di accordo quadro, ha stabilito che tale *“tipologia contrattuale rientra nel novero dei contratti aperti e, ai fini della relativa stipulazione, è necessario che siano definiti i prezzi unitari da porre a base dell’affidamento”*.

La mancata specificazione delle basi d’asta per singolo lotto risulta in contrasto con i principi generali di trasparenza e correttezza fissati dall’art. 2 comma 1 del codice. L’Autorità ha, inoltre, evidenziato che anche sotto un profilo sostanziale, l’assenza di un prezzo base comporta potenziali effetti negativi sull’esito della gara, nonché una sostanziale incertezza sull’onere sostenuto dall’amministrazione. Tale assenza potrebbe, inoltre, non offrire adeguate garanzie circa la piena rappresentatività dei prezzi praticati alle diverse amministrazioni sanitarie al momento dell’aggiudicazione.

L’Autorità ha, pertanto, evidenziato la necessità di svolgere un’attenta e puntuale analisi dei prezzi di mercato e di quelli praticati presso altre amministrazioni per gli stessi prodotti preliminarmente alla procedura di affidamento, ossia in fase di predisposizione della documentazione di gara, al fine di arrivare ad una corretta ed adeguata stima del prezzo base. Siffatto approccio avrebbe permesso alla Stazione Appaltante di definire *ex ante* i valori a base d’asta per ciascun lotto nel pieno rispetto dei principi generali di trasparenza e correttezza sanciti dal codice dei contratti.

L’Autorità ha, inoltre, evidenziato un secondo potenziale effetto negativo che può derivare dalla difficoltà degli operatori economici a presentare un’offerta consapevole ed appropriata sui lotti di interesse. In assenza di un

Forniture nel settore sanitario: mancata specificazione della base d’asta per ogni singolo lotto

importo massimo gli operatori economici possono offrire prezzi diversi e potenzialmente più alti di quelli che avrebbero offerto in caso di una esplicita indicazione della base d'asta, anche in ragione della eventualità che la Stazione Appaltante confermi le condizioni proposte.

Per quanto concerne, invece, la possibilità di "*acquistare prodotti senza alcun vincolo o limite*" - prevista nel bando di gara- è stato evidenziato che se pur l'art. 3 comma 13 del codice dei contratti, nella definizione data di accordo quadro, lascia intendere che, in via generale, scopo della procedura è solo la definizione dei prezzi e non anche delle quantità, è anche vero che, nel caso di specie, si è fatto riferimento alla modalità prevista dall'art. 59 comma 4, ovvero all'accordo quadro in cui tutte le condizioni sono fissate già in partenza e che pertanto, non vi è necessità, come negli accordi quadro incompleti (art. 59 comma 8), di riaprire il confronto competitivo nell'ambito del quale sia anche ricompresa la puntuale definizione delle quantità. In sostanza appare implicita nella scelta dell'accordo quadro a condizioni complete la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice di definire *ex ante* tutti gli aspetti contrattuali e quindi anche quelli legati ai quantitativi oggetto dell'accordo stesso.

Pertanto, è stato evidenziato che nel caso specifico, l'amministrazione avrebbe dovuto indicare, per ciascun lotto di gara, i quantitativi stimati per il periodo di durata dell'accordo quadro, fermo restando la possibilità di esercitare, in base ad esigenze imprevedute ed imprevedibili, variazioni in aumento o in diminuzione nella misura del 20% .

Per quanto concerne, infine, la problematica relativa alla fissazione nel bando in questione della cauzione provvisoria nella misura di € 20.000 per lotto, è stato rilevato che la cauzione, così come previsto dall'art. 75 comma 1, deve essere richiesta in ragione del 2% del valore dell'appalto/lotto.

Infine per la questione relativa al pagamento delle fatture, si è provveduto, a richiamare l'amministrazione a prevedere termini conformi alle norme vigenti.

Sempre nel corso del 2011 l'Autorità si è occupata di un altro bando, indetto dall'Azienda Ospedaliera "Garibaldi" di Catania, concernente sempre una procedura di gara aperta per la conclusione di un accordo

quadro ai sensi dell'art. 59 del codice dei contratti per la fornitura quadriennale di vari prodotti necessari alle aziende sanitarie facenti parte del Bacino Sicilia Orientale.

La fornitura era suddivisa in 292 lotti, per un importo complessivo quadriennale di € 57.749.684,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i lotti dal n.1 al n.199, e con il criterio del prezzo più basso per i lotti dal n. 200 al n.292.

In merito alla procedura erano state segnalate le seguenti irregolarità:

- a) l'obbligo di offrire, pena l'esclusione, uno sconto sui prezzi di listino della ditta non inferiore alla misura indicata nel capitolato tecnico, nonché una percentuale di "extrasconto" per ordinativi di fornitura di valore superiore a € 100.000 (art. 4 del disciplinare di gara);
- b) l'assenza nel bando di gara di indicazioni circa i quantitativi a base di gara;
- c) la scarsa attinenza con l'offerta tecnica di quanto richiesto nel criterio di valutazione relativo alla "redditività" (art. 14.3 del disciplinare di gara);
- d) gli elevati oneri a carico dei partecipanti per la fornitura di campioni di cui all'art. 10 del disciplinare di gara;
- e) l'illegittimità del divieto di cessione del credito da parte dell'aggiudicatario condizionata all'esplicita e formale autorizzazione da parte dell'Azienda ospedaliera (art. 36 del disciplinare di gara).

A seguito delle richieste istruttorie l'Azienda illustrava in via preliminare di essere stata individuata come soggetto capofila per l'espletamento della gara centralizzata in questione, dal Comitato di Bacino Sicilia Orientale ed in applicazione della già richiamata L.R. n. 5/2009.

Relativamente alle specifiche contestazioni di cui ai punti sub a) - e) la Stazione appaltante precisava che:

- le percentuali di sconto erano state determinate in seguito ad un'indagine di mercato condotta dall'Assessorato Regionale della Salute ed operata confrontando le risultanze realizzate nelle gare centralizzate di area vasta espletate nelle regioni Emilia Romagna,

Veneto, Lombardia e Toscana. Relativamente alla richiesta di un extrasconto per forniture superiori a € 100.000, si precisava che il disciplinare non poneva vincoli sulle percentuali minime obbligatorie, ma lasciava liberi i concorrenti di indicare il valore ritenuto più idoneo rispetto alle economie di scala eventualmente realizzate;

- la mancata indicazione dei quantitativi per singolo lotto posto in gara, era dovuta al fatto che la stessa era stata indetta utilizzando l'istituto dell'accordo quadro il quale, per sua natura, risulta esperibile anche senza alcuna indicazione di dati afferenti al consumo presunto giusto quanto previsto dal comma 13 dell'art 3 del d.lgs. 163/06.

Relativamente alla questione della "redditività", punto sub c), l'Azienda evidenziava, invece, come tale elemento rientri tra i criteri di valutazione previsti dall'art. 83 comma 1 del D.lgs. 163/2006 e come lo stesso risulti pertinente rispetto alla tipologia della fornitura, essendo volto ad ottenere proposte operative di organizzazione della logistica, anche mutate dal sistema privato, in grado di ottimizzare i costi e migliorare la resa delle prestazioni sanitarie erogate.

Con riferimento al punto sub d) relativo ai campioni, la stazione appaltante rappresentava, infine, che il disciplinare di gara prevedeva espressamente la restituzione della campionatura, previa richiesta scritta, ad aggiudicazione provvisoria avvenuta, fatta eccezione per quei campioni che eventualmente dovessero essere utilizzati dalla commissione giudicatrice in sala operatoria per eseguire una prova.

In merito a tali controdeduzioni l'Autorità, in base agli elementi raccolti, ha ritenuto non sussistere particolari problematiche in ordine alle questioni, di minore rilevanza, indicate nei punti *sub d)* e *sub e)*. Con riferimento al punto *sub e)*, la SA ha opportunamente provveduto alla rettifica del bando relativamente alla questione della cessione del credito in conformità con l'art. 117 comma 3 del codice dei contratti che prevede soltanto una comunicazione alla S.A., e non già un'autorizzazione. Con apposita deliberazione n. 45 del 20.04.2011, l'Autorità ha invece

affrontato e chiarito le questioni di maggiore rilevanza di cui ai punti *sub a),b),c)*.

Il punto (a) attiene, in generale, alla modalità richiesta per la formulazione dell'offerta economica. Una prima questione sollevata riguarda l'obbligo per l'operatore economico di offrire un ribasso, non in rapporto ad un parametro predeterminato ed uguale per tutti i concorrenti, ovvero una base d'asta, bensì rispetto al proprio listino ufficiale (o quello della casa madre ovvero dell'importatore nazionale) che, in generale, può variare da ditta a ditta. Una seconda questione, collegata alle modalità di presentazione dell'offerta, attiene agli sconti obbligatori stabiliti nella misura compresa tra il 25% e il 58% del prezzo di listino a seconda del lotto. Nella disamina della questione si è tenuto conto di quanto previsto, sempre all'art. 8 del disciplinare di gara, in ordine alla necessità che i concorrenti presentino un'offerta comunque non superiore al prezzo unitario stabilito dal Decreto del Ministero della Salute 11.10.2007 recante Determinazione di taluni prezzi da assumere come base d'asta per le forniture al Servizio Sanitario Nazionale, ai sensi dell'articolo 1, comma 796, lettera v) della Legge 27.12.2006, n. 296 e del Decreto Assessoriale n.02924/07 dell'Assessorato per la Sanità della Regione Siciliana. Nel D.M. del 2007, come negli allegati al succitato Decreto Assessoriale vengono fissati, per alcuni dispositivi medici (tra cui rientrano, per citare un esempio, le suture chirurgiche), i prezzi unitari massimi che le amministrazioni devono adottare come basi d'asta nelle rispettive procedure di gara.

In base agli elementi raccolti, pertanto nella deliberazione n. 45/2011 è stato chiarito che se da un lato appare appropriata la scelta di prendere a riferimento i prezzi massimi stabiliti dai D.M. e D.A. del 2007, è altresì vero che, suscita molti dubbi il fatto che tali valori non siano stati indicati esplicitamente nel capitolato come prezzi a base d'asta sui quali richiedere il ribasso ai concorrenti.

Pur riconoscendo nel comportamento della SA l'intento di contenere i costi dei prodotti richiesti, si è infatti osservato che la modalità di valutazione dell'offerta mediante sconto sui listini non appare in linea con i principi di correttezza e trasparenza fissati dall'art. 2 comma 1 del codice. Tra l'altro,

**Accordo quadro
Azienda
Ospedaliera di
Catania: sconti su
prezzi di listino
del fornitore e
non su base d'asta
delle SA**

la previsione di uno sconto minimo sul prezzo di listino può favorire distorsioni legate, da un lato, all'impossibilità per alcuni concorrenti di partecipare alla gara qualora i propri prezzi non siano compatibili con gli sconti richiesti, dall'altro, a possibili comportamenti "opportunistici" messi in atto dalle imprese quali, ad esempio, la revisione in aumento dei listini finalizzata alla presentazione in gara di prezzi più alti.

Per quanto concerne l'altro aspetto relativo all'offerta economica, ossia quello concernente quanto stabilito dall'art. 15 del disciplinare di gara, secondo il quale per i lotti dal n.1 al n.47, è previsto l'obbligo per i concorrenti di offrire almeno l'80% delle voci indicate nel lotto, l'Autorità ha evidenziato diverse criticità.

In primo luogo, tale meccanismo potrebbe condurre a risultati paradossali ed economicamente sfavorevoli per la S.A. in quanto il prezzo complessivo offerto rischia di essere "inquinato" da elementi provenienti da offerte presentate da altri che non dovrebbero assolutamente entrare nella valutazione del prezzo offerto dall'operatore economico.

L'Autorità ha, inoltre, dimostrato che la motivazione addotta dalla SA a difesa del metodo scelto - ossia la massimizzazione del confronto competitivo - appare del tutto ingiustificata. Infatti, il più ampio confronto competitivo sarebbe potuto essere egualmente assicurato con strumenti assai più semplici e corretti, ad esempio aumentando il numero dei lotti (e contemporaneamente riducendo il numero di articoli per lotto) e vincolando il concorrente a presentare offerta su tutte le voci in essi previste.

Per quanto attiene alla problematica relativa alla mancanza di indicazioni circa quantitativi oggetto di gara (punto *sub b*), l'Autorità ha ribadito nella deliberazione n. 45 del 2011 quanto affermato dalla stessa nella delibera n.20/2011, precedentemente citata.

Per quanto concerne il punto *sub c*), relativo al parametro qualitativo della "redditività" di cui all'art. 14.3 del disciplinare, e a cui è stato assegnato un peso pari a 7,5/100 punti, l'Autorità ha, invece, rilevato il non emergere di particolari anomalie in ordine al contenuto del suddetto criterio.

Indagine per
accordo quadro
Azienda
Ospedaliera di
Catania:
inopportunità
della previsione
dell'obbligo di
offrire almeno
l'80 % delle voci

Tuttavia, è stato evidenziato che il criterio in questione presenta delle problematiche sotto un altro profilo. Nonostante siano stati previsti dei *sub-criteri*, quali ad esempio, “analisi delle criticità del sistema” ovvero “valutazione e quantizzazione di dettaglio in termini di redditività” non sono stati specificati i *sub-pesi* in base ai quali assegnare il punteggio tecnico. Il disciplinare, in particolare, precisa che la commissione per il singolo parametro (ovvero per ogni singolo sottoparametro) attribuirà ad ogni singola offerta e per ogni lotto ... un voto in decimi (ricompreso tra 0 e 10). La formulazione appare tutt’altro che trasparente poiché non risulta chiaro se il voto da 1 a 10 verrà assegnato ai singoli sotto-parametri previsti ovvero a ciascun parametro e, pertanto, la stessa non è rispettosa del principio di trasparenza di cui all’art. 2 comma 1 del Codice.

L’Autorità, ha inoltre, rilevato l’assenza di chiarezza nel bando in merito alla formula di assegnazione dei 45 punti relativi al parametro “pregio tecnico dei prodotti”.

Nel complesso è stato evidenziato che l’impianto di valutazione tecnica relativo ai tre parametri (pregio tecnico, servizio successivo alla vendita, redditività) non appare conforme con la disciplina dell’offerta economicamente più vantaggiosa contenuta nell’art. 83, comma 4, del Codice come modificata dal D.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, che impone alle stazioni appaltanti di stabilire, fin dalla formulazione della documentazione di gara, tutti i criteri di valutazione dell’offerta, precisando, ove necessario, anche i *sub-criteri* e la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi.

5.3.8 Gli appalti nel settore Facility Management

Nel corso del primo semestre 2011, l’Autorità ha svolto una vasta attività di vigilanza in merito agli appalti di *manutenzione, pulizia e gestione degli edifici*, a seguito di segnalazioni ed esposti indicanti: a) casi con presunte anomalie in sede di gara - tra le quali la tendenza a conferire appalti pubblici di servizi di pulizia sulla base esclusivamente, o prevalentemente, del prezzo più basso; b) casi attinenti la sicurezza dei lavoratori ed il costo della mano d’opera per imprese di pulizie.

**Indagine su
accordi quadro di
Trenitalia SpA**

In particolare, l'attenzione è stata rivolta a due gare per l'aggiudicazione di Accordi Quadro 2009-2011 per *"Servizi di pulizia dei treni e degli impianti industriali in ambito ferroviario, indette dalla società Trenitalia S.p.a."* .

La prima procedura, attivata con bando del 24.7.2008, ha riguardato 20 lotti geografici di valore complessivo pari a circa 218 milioni di euro nei 36 mesi di vigenza contrattuale. La seconda procedura, attivata con bando del 11.12.2008, ha riguardato 35 lotti geografici, per un valore complessivo dell'appalto pari a circa 368 milioni di euro nei 36 mesi di vigenza dell'Accordo Quadro. Su tali gare si sono riverberate le criticità derivanti dall'esecuzione dei contratti della precedente gestione 2005/2006, risolti per gravi carenze riscontrate nella pulizia dei treni da parte degli operatori economici coinvolti. Dette risoluzioni contrattuali hanno avuto, per gli operatori coinvolti, ripercussioni nelle successive procedure di gara, avendo la Stazione Appaltante rilevato la sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del D.lgs. 163/2006, e l'inefficacia delle aggiudicazioni definitive ai medesimi operatori. Le conseguenti azioni giudiziarie e le risoluzioni contrattuali disposte con riferimento a tali appalti hanno comportato un ritardo nella definizione dell'intera procedura, che si è tradotto, in alcuni casi, nella necessità di procedere d'urgenza ad affidamenti diretti o a proroghe dei contratti in essere per assicurare la gestione dei servizi di che trattasi. Inoltre, su due lotti risultati deserti a seguito delle citate esclusioni (lotto n. 15 Sicilia e lotto 24 Veneto) sono state avviate specifiche procedure ex art. 221, comma 1, lett. a) D.lgs. 163/2006.

Attualmente le principali problematiche evidenziate dall'Autorità nel corso dell'indagine sono state superate con la stipula dei relativi contratti in ambedue le gare. Tuttavia, alla luce di quanto rilevato, la Stazione Appaltante è stata invitata ad una più attenta osservanza delle vigenti disposizioni di legge in merito al ricorso a sistemi di affidamento in deroga ai principi dell'evidenza pubblica, nonché a mettere in atto tutte le possibili iniziative idonee a definire tempestivamente le procedure non concluse onde evitare di operare con provvedimenti di emergenza.

Un'ulteriore problematica è stata affrontata nell'istruttoria riguardante

“Affidamento del servizio di pulizia e igiene ambientale per gli immobili in uso a Poste Italiane S.p.A. nell’ambito delle Regioni Veneto e Trentino Alto Adige”, a seguito di segnalazione di alcune anomalie riscontrate nella fase contrattuale. La questione concerneva la modifica della compagine sociale del consorzio aggiudicatario rispetto a quella indicata in sede di offerta, e disposta successivamente alla stipula del contratto ed alla consegna del servizio. In particolare, il Consorzio aggiudicatario, previa autorizzazione della Stazione Appaltante, aveva proceduto alla sostituzione dei consorziati indicati in gara quali esecutori, assegnando, per il lotto 4, l’intero servizio a differente impresa nella misura del 100%, ed affidando, per il lotto 2, l’intero servizio ad una delle tre imprese originariamente designate con recesso delle altre.

A tal riguardo, l’Autorità ha espressamente chiarito che l’art. 34, comma 1, lett. e) del D.lgs. 163/2006 include tra i soggetti cui possono essere affidati contratti pubblici i “consorzi ordinari di concorrenti”, costituiti ai sensi dell’art. 2602 c.c. per i quali, data la loro assimilazione ai raggruppamenti temporanei, la norma rinvia al successivo art. 37 sulla partecipazione alle gare.

Nel caso di forniture e servizi il comma 4 di detto art. 37 stabilisce che nell’offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati. In tal modo la Stazione Appaltante potrà verificare che tale indicazione venga concretamente rispettata nella fase di attuazione del programma contrattuale, essendo necessario rispettare il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione (si v., Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 416).

Pertanto è necessario verificare che le modifiche della compagine consortile - che si collocano in una fase temporale successiva a quella della stipula del contratto - violino o meno il dettato normativo dell’art. 37 comma 9, secondo il quale “salvo quanto disposto ai commi 18 e 19 è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta”.

**Modifica
compagine
sociale dopo la
stipula del
contratto in
violazione della
norma**

Il principio sotteso al divieto posto dall'art. 37, comma 9, è quello di evitare che l'amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto con operatori economici i quali non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali, in particolare, non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine economico-finanziario (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964).

La giurisprudenza amministrativa al riguardo ha di recente fornito un'interpretazione restrittiva del suddetto divieto di modificazione, ritenendo che le uniche modifiche soggettive elusive del divieto ivi sancito siano quelle inerenti l'aggiunta o la sostituzione delle imprese partecipanti, rispetto a quelle indicate in gara e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento o consorzio, avendo in tal caso, l'amministrazione, già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle restanti imprese (Cons. St., sez. VI, n. 2964/2009 e Sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101).

Si è rilevato, infine, che l'inosservanza di tale divieto "comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto" (art. 37, comma 10, del D.lgs. n. 163/2006) in coerenza con il principio di tendenziale continua corrispondenza tra impresa partecipante, aggiudicataria e poi contraente.

Conclusivamente, dunque, l'indirizzo interpretativo illustrato, esteso alla fattispecie in esame, ha consentito all'Autorità di rilevare il contrasto con la norma rappresentata, nel mutamento della compagine consortile aggiudicataria del lotto n. 4, nel quale i componenti sono stati tutti sostituiti da un soggetto giuridico diverso, il quale ha assunto l'intero servizio.

È apparso, invece, ammissibile il mutamento soggettivo effettuato nel lotto n. 2, nel quale si è verificato il recesso di due consorziate con assunzione dell'intero servizio in capo alla rimanente, previa, necessaria verifica che il consorzio esecutore sia singolarmente in possesso dei requisiti indicati nella *lex specialis*.

La Società Poste Italiane, prendendo atto delle indicazioni fornite dall’Autorità ha annullato gli atti in essere, provvedendo ad attivare nuova gara per il riaffidamento del lotto n. 4 - Trento.

Nella gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici, laboratori e agenzie della Provincia Autonoma di Trento - Agenzia per i servizi (spesa complessiva di € 16.769.600,00, al netto degli oneri fiscali e durata di 60 mesi) è stata, invece, affrontata l’importante tematica dei criteri di valutazione contenuti nelle “Norme di partecipazione alla gara” e delle proroghe.

In particolare, erano state segnalate presunte anomalie concernenti i criteri di valutazione sull’offerta tecnica, ritenuti estremamente generici e la mancata puntuale applicazione dell’art. 83, c. 4, del D.lgs 12 aprile 2006, n. 163, dato che i *sub* criteri e *sub* punteggi non erano stati resi noti ai concorrenti prima della presentazione delle offerte. Era stato, inoltre, segnalato il limite posto dalla Stazione Appaltante sul numero di pagine consentite (quattro) della relazione descrittiva dell’offerta tecnica.

In merito alla prima criticità segnalata, si ricorda che l’attuale disposizione di cui all’art. 83, c. 4, del Codice, precisa che “...il bando di gara per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi”. La suddetta disposizione, secondo l’interpretazione affermatasi anche nella giurisprudenza amministrativa, apporta una limitazione alla discrezionalità della Commissione di gara, in merito alla specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e, quindi, facendo obbligo a quest’ultimo di prevedere e specificare criteri sufficientemente dettagliati, con l’individuazione del punteggio minimo e massimo attribuibile alle specifiche singole voci e sottovoci comprese nel paradigma di valutazione e costituenti i diversi parametri indicatori della valenza tecnica dell’offerta. (TAR Lazio, sez. I, 4 novembre 2009 n. 10828).

Tuttavia, la necessità di un grado particolarmente elevato di specificazione del punteggio dipende dalla natura delle prestazioni che sono oggetto di valutazione e dalla possibilità di tipizzarle in via preventiva.

Con riferimento al caso in esame, l’Autorità ha, pertanto, riscontrato la necessità di una più precisa predeterminazione dei rispettivi punteggi/*sub*