

Oltre che su specifici affidamenti disposti dalle singole stazioni appaltanti, sono state svolte indagini di carattere generale anche per particolari settori merceologici o per talune ricorrenti patologie.

Inoltre, sulla base del programma annuale del 2013 approvato dal Consiglio sono state avviate le attività di indagine ispettiva. Il Piano ha previsto lo svolgimento di ispezioni su 36 specifiche procedure di affidamento, che sono state selezionate nell'ambito dei dati a disposizione dell'Autorità, in ragione della rilevanza dell'importo. Il criterio metodologico utilizzato per la scelta degli interventi ha tenuto conto del peso relativo dei tre settori (lavori, servizi e forniture) nell'ambito mercato di riferimento, nonché di quello delle singole categorie merceologiche per ciascun settore; infine, sono stati adottati opportuni correttivi, per garantire una omogenea copertura del territorio nazionale.

Esercizio
della
funzione di
vigilanza:
brevi cenni
procedurali

Secondo le disposizioni regolamentari, il procedimento può essere definito direttamente dagli Uffici, senza la sottoposizione al Consiglio, quando non sussistono dubbi interpretativi e nelle ipotesi in cui possa applicarsi un precedente pronunciamento dell'Autorità¹.

In questi casi, sebbene non sia adottata una deliberazione del Consiglio, la SA è comunque invitata dagli uffici istruttori al rispetto di indicazioni già fornite, al fine di sollecitare provvedimenti correttivi immediati che risultano spesso risolutivi (come ad esempio nelle ipotesi di contestazione dei requisiti fissati per la partecipazione alla gara). Tale modalità d'intervento è stata spesso utilizzata nell'anno e si è rivelata particolarmente efficace, in quanto consente di prospettare con grande tempestività alla SA, sia le problematiche rilevate che le indicazioni per applicare correttamente, nel caso concreto, gli orientamenti già espressi dall'Autorità sulla normativa generale sui contratti pubblici e su quella speciale della categoria merceologica interessata.

Con riferimento soprattutto ai servizi ed alle forniture, occorre, infatti, evidenziare che - in seguito all'assegnazione delle nuove competenze con

¹ Ai sensi dell'art.2, co. 4 lett. a) e b) del Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell'AVCP di cui all'art. 8 co. 3 del D.lgs.163/2006, pubblicato in GU Serie Generale n. 189 del 16 agosto 2011.

l'entrata in vigore del codice dei contratti - proprio l'attività di vigilanza svolta dall'Autorità sui singoli affidamenti segnalati ed individuati, ha consentito di conoscere tutte le criticità interpretative ed applicative della specifica tipologia di attività, correlate alla relativa disciplina settoriale; sicché, in alcuni casi - come ad esempio per il servizio di somministrazione temporanea di lavoratori - le deliberazioni del Consiglio hanno assunto una valenza generale, giacché la fattispecie esaminata si è poi rivelata emblematica delle criticità più ricorrenti nelle gare aventi ad oggetto lo stesso servizio.

Altre volte, invece, l'Autorità ha ritenuto opportuno trattare contestualmente tutte le problematiche rilevate rispetto al ciclo di vita dell'appalto di un particolare servizio, mediante atti generali di regolazione, come nel caso dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto e dei servizi assicurativi e di brokeraggio; sicché, nel corso dei successivi singoli procedimenti istruttori, è stato possibile orientare l'operato delle stazioni appaltanti, applicando al caso concreto le indicazioni di carattere generale già rese.

Al riguardo, un esempio è costituito dall'istruttoria, avviata dall'Autorità a seguito di segnalazione, con riferimento all'evento di negoziazione on-line per l'affidamento dei servizi di brokeraggio per la gestione del rischio di tutte le società del Gruppo S.E.A., concessionario della gestione degli aeroporti di Milano Linate e Milano Malpensa. All'esito è stato rilevato che la società avrebbe dovuto conformarsi alle disposizioni relative agli appalti nei settori speciali, di cui alla parte III del Codice, nonché al principio valevole per gli affidamenti nel settore assicurativo secondo il quale, in seguito alla scelta del broker, anche la compagnia assicurativa deve essere selezionata mediante procedura di evidenza pubblica. Proprio in applicazione degli orientamenti già forniti in una precedente determinazione dell'Autorità, è stato ritenuto sussistente un rapporto di strumentalità tra i servizi di copertura dei rischi e le attività del settore speciale in cui opera la società, come definite dal codice dei contratti, in quanto nella convenzione che regola i rapporti tra concedente e concessionario, la copertura dei rischi, correlati allo svolgimento delle

attività concernenti la gestione delle infrastrutture aeroportuali, è stata individuata quale elemento imprescindibile, in assenza del quale non sarebbe consentito mettere l'aeroporto a disposizione dei vettori aerei.

Quando non sussistano i presupposti per la definizione immediata del procedimento, le evidenze emerse sono sottoposte al Consiglio, che verificata la fondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti, autorizza l'invio di una comunicazione delle risultanze istruttorie ai soggetti interessati. Si tratta di una delle forme di garanzia attraverso le quali, il regolamento adottato dall'Autorità intende assicurare che l'esercizio dei poteri di vigilanza avvenga nel rispetto dei principi di partecipazione e trasparenza. In alcuni casi, la preventiva comunicazione delle contestazioni che l'Autorità intende formulare alle SA, induce le stesse ad adeguarsi, rendendo non più necessario il ricorso ad un'ulteriore deliberazione del Consiglio.

Ove non vengano fornite controdeduzioni idonee a superare i rilievi o la previa comunicazione delle risultanze istruttorie non sortisca l'effetto di un "ravvedimento operoso", il Consiglio dell'Autorità approva l'atto finale che viene comunicato ai soggetti interessati; della decisione adottata è data notizia mediante pubblicazione sul sito web della Autorità. Nella deliberazione sono evidenziate le difformità riscontrate rispetto alla normativa nazionale e comunitaria, in modo che la SA possa adottare i più opportuni provvedimenti di adeguamento; nelle ipotesi in cui sono stati riscontrati fatti integranti reato o un possibile danno erariale è stata, altresì, disposta la segnalazione rispettivamente alla Procura della Repubblica ed alla Corte dei Conti.

Le deliberazioni adottate dall'Autorità nell'esercizio delle funzioni di vigilanza non sono annoverabili tra gli atti a natura provvedimentale, in quanto la legge non prevede che le stesse possano modificare le situazioni ritenute *contra legem*, né è prevista alcuna sanzione a carico degli operatori in caso di mancato adeguamento; tuttavia, come più volte rilevato anche dalla giurisprudenza, attraverso le diverse forme d'intervento sopra descritte, l'Autorità assolve il compito di orientare gli operatori del mercato degli appalti, come conferma l'elevato numero di casi in cui le stazioni

appaltanti si sono conformate spontaneamente alle indicazioni fornite, disponendo l'annullamento e/o l'integrazione e/o la correzione degli atti di gara.

5.2 Analisi numerica degli esposti

L'attività istruttoria svolta a seguito di segnalazione nel corso del 2013 può sintetizzarsi nei numeri che seguono.

Per il settore dei lavori sono pervenuti 523 esposti, corrispondenti ad affidamenti per quasi otto miliardi di euro. Il settore dei servizi si conferma quello con il maggior numero di segnalazioni (630), che tuttavia corrispondono a quasi sei miliardi di euro di affidamenti.

Può essere interessante osservare le istanze pervenute classificate per oggetto:

Tab.1 Istanze pervenute classificate per oggetto relative ai LAVORI

Oggetto	Numero	Importo (€)
Concessione di Lavori	10	€ 84.518.167,00
Lavori di natura elettrica	14	€ 17.778.967,00
Lavori di natura energetica	1	n.d.
Lavori Ferroviari	24	€ 1.001.803.413,98
Lavori sulle reti fognarie	14	€ 22.007.278,00
Settore idrico	18	€ 1.002.002.002,38
Servizi di ingegneria ed architettura	102	€ 1.764.752.547,49
Lavori di messa in sicurezza	18	€ 6.889.407,00
Metropolitane	1	€ 3.000.000.000,00
Project Financing	6	€ 315.113.096,00
Restauro	7	€ 12.659.577,00
Opere Viarie	44	€ 237.700.237,50
Videosorveglianza	1	€ 129.800,00
Altro	263	€ 276.468.489,93
TOTALE	523	€ 7.741.822.983,28

Tab. 2 Istanze pervenute classificate per oggetto relative a SERVIZI E FORNITURE

Oggetto	Numero	Importo (€)
Servizi Antincendio	2	€ 5.320.000,00

Fornitura di Arredi e Cancelleria	9	€ 3.058.634,00
Servizi Finanziari	30	€ 123.993.180,00
Servizi informatici e di archiviazione	62	€ 263.592.918,17
Servizi meccanici	1	€ 5.193.000,00
Pubblica illuminazione	64	€ 150.212.592,00
Servizi di Pulizia	46	€ 73.978.339,00
Servizi di raccolta e smaltimento rifiuti	125	€ 905.174.403,15
Servizi di refezione	20	€ 276.539.819,00
Servizi sanitari e sociali	43	€ 1.187.499.244,30
Servizi di sicurezza	18	€ 12.228.921,77
Sistemi idrici	3	€ 1.646.800,00
Servizi Balneari	6	€ 167.265,00
Servizi di trasporto	111	€ 523.619.223,36
Servizi di gestione del verde pubblico	23	€ 53.555.715,00
Servizi di vigilanza	10	€ 6.926.125,00
Fornitura di energia	15	€ 1.642.318.519,00
Risparmio energetico	14	€ 224.802.051,00
Altro	28	€ 259.640.929,08
TOTALE	630	€ 5.719.467.678,83

Nella tabella che segue sono, invece, riportati i dati concernenti l'attività di vigilanza svolta dagli uffici.

Tab. 3 Istanze trattate degli uffici (periodo 01/01/2013 - 11/03/2014)

LAVORI

Esito	Numero	Importo (€)
Istanze trattate dagli Uffici	133	€ 287.523.406,86
Definite ai sensi dell'art. 2 c. 4	240	€ 5.983.718.508,06
Istanze inoltrate al Consiglio	32	€ 2.949.620.682,00
TOTALE	405	€ 9.220.862.596,92

SERVIZI E FORNITURE

Esito	Numero	Importo (€)
Istanze trattate dagli Uffici	153	€ 2.095.607.287,11
Definite ai sensi dell'art. 2 c. 4	228	€ 1.576.123.350,83
Istanze inoltrate al Consiglio	35	€ 743.112.516,00
TOTALE	416	€ 4.414.843.153,94

E' possibile classificare le istanze pervenute per tipologia di segnalazione:

Tab. 4 Tipologie di segnalazione (periodo 01/01/2013 - 27/03/2014)**LAVORI**

Tipologia	Numero	Importo (€)
Danno erariale	1	€ 424.238,00
Errata individuazione della procedura di scelta del contraente	34	€ 9.746.740,00
Fattispecie penalmente rilevanti	2	n.d.
Frazionamento dell'appalto	5	€ 150.350,00
Grave violazione delle norme di sicurezza	4	€ 5.573.760,00
Illegittimità del bando di gara	81	€ 302.169.697,66
Illegittimità della procedura di gara e/o Aggiudicazione	157	€ 1.024.343.600,96
Illegittimità in fase di esecuzione del Contratto	81	€ 4.701.999.030,58
Illegittimità relativa all'affidamento degli incarichi professionali	41	€ 29.145.626,12
Intervento non compreso negli strumenti programmatori	4	€ 62.048,00
Intervento privo della preventiva copertura finanziaria	4	€ 950.226.101,00
Ritardati pagamenti	26	€ 520.509.307,00
Ritardo nella stipula del contratto	1	€ 4.245.000,00
Sospensione dell'attività per un tempo superiore ad un anno	6	€ 5.179.714,55
Subappalto non autorizzato	1	€ 160.500,00
Altro	75	€ 187.887.269,41
TOTALE	523	€ 7.741.822.983,28

SERVIZI E FORNITURE

Tipologia	Numero	Importo (€)
Danno erariale	3	€ 1.200.000,00
Errata individuazione della procedura di scelta del contraente	71	€ 125.362.275,97
Fattispecie penalmente rilevanti	3	€ 4.934.344,00
Frazionamento dell'appalto	2	€ 33.000,00
Illegittimità del bando di gara	170	€ 1.191.569.307,18
Illegittimità della procedura di gara e/o Aggiudicazione	241	€ 1.890.603.183,98
Illegittimità in fase di esecuzione del Contratto	42	€ 1.461.612.756,94
Illegittimità relativa all'affidamento degli incarichi professionali	12	€ 6.120.115,06
Intervento non compreso negli strumenti programmatori	1	€ 70.000.000,00
Ritardati pagamenti	8	€ 938.148.230,00
Sospensione dell'attività per un tempo	2	€ 2.468.257,70

superiore ad un anno		
Subappalto non autorizzato	1	€ 900.000,00
Altro	74	€ 26.516.208,00
TOTALE	630	€ 5.719.467.678,83

5.3 La vigilanza sugli appalti di servizi e forniture

5.3.1 Analisi generale delle criticità riscontrate

I procedimenti istruttori svolti nel 2013, hanno riguardato tutte le tipologie di affidamenti indicate nella Tab. 2 in cui sono inclusi sia servizi di cui all'allegato II A del Codice, soggetti a tutte le disposizioni del D.lgs. 163/2006, sia quelli previsti nell'allegato II B, la cui aggiudicazione è disciplinata esclusivamente dagli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati delle procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Infatti, l'Autorità esercita le proprie funzioni di vigilanza, non solo sui contratti a cui si applica integralmente il Codice, ma anche su quelli in parte esclusi dall'applicazione; proprio per questi settori, come per le concessioni di servizi - parimenti soggette ai principi generali dei trattati europei ed a quelli relativi ai contratti pubblici di servizi - l'Autorità ha continuato a fornire un rilevante apporto interpretativo, per superare le difficoltà applicative derivanti dalla mancanza di una disciplina più chiara e dettagliata; non sono mancati neppure interventi nei settori speciali, diretti a verificare la conformità dell'operato degli enti aggiudicatori alle disposizioni contenute nella parte III del Codice.

Il numero più consistente di segnalazioni si è registrato nell'ambito dei servizi pubblici locali ad interesse economico, che sconta le difficoltà derivanti da un quadro normativo incerto, in quanto soggetto a continui mutamenti ed interventi abrogativi; in particolare, per gli affidamenti del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, l'Autorità è stata spesso chiamata a svolgere una verifica della proporzionalità e della pertinenza dei requisiti richiesti per la partecipazione alle gare, ma anche a rilevare il ricorso a proroghe successive in assenza dei presupposti di legge.

Per fare il punto sulle criticità più spesso denunciate è utile un'analisi complessiva delle questioni trattate dall'Autorità sia nelle deliberazioni adottate, che negli altri procedimenti definiti mediante un richiamo alla stazione appaltante.

Se nella maggior parte dei casi le problematiche possono considerarsi "trasversali", in quanto attengono all'applicazione di disposizioni vevoli per qualsiasi procedura di aggiudicazione, in altri si tratta, invece, di tematiche del tutto specialistiche, riferibili al solo servizio interessato.

Nella prima categoria sono da includere quei casi nei quali era controversa la natura giuridica del soggetto affidante o la tipologia contrattuale alla quale l'affidamento era riconducibile; conseguentemente è risultata non corretta anche la disciplina applicata alla procedura di scelta dell'affidatario.

Altre criticità concernenti il corretto svolgimento della procedura di gara, maggiormente segnalate, riguardano l'insussistenza dei presupposti per il ricorso a procedure negoziate (con e senza previa pubblicazione del bando), in casi in cui, invece, le stazioni appaltanti hanno inteso ricorrervi.

Con particolare riferimento alle concessioni di servizi, è stata spesso riscontrata la non corretta applicazione delle disposizioni che regolano il calcolo del valore dell'affidamento, anche ai fini dell'individuazione degli obblighi di pubblicità, ai quali la SA è soggetta.

Infine, con riferimento all'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel settore dei servizi, si è riscontrato che permangono delle criticità, nonostante i dettagliati chiarimenti già forniti nella determinazione n. 7 del 24/11/2011 "*Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture*"; infatti, in molti casi l'Autorità ha dovuto contestare alla stazione appaltante, il mancato rispetto del vincolo di predeterminazione dei criteri selettivi a causa, in particolare, dell'assenza nella *lex* di gara dei necessari riferimenti ai criteri motivazionali, in base ai quali la commissione giudicatrice deve graduare i punteggi per le offerte tecniche. Sicché, si è reso necessario ricordare che il bando ed il capitolato devono indicare in maniera chiara anche i livelli qualitativi ai quali corrispondono i punteggi,

Criticità correlate alla non corretta applicazione della disciplina generale sugli appalti pubblici

affinché la commissione si limiti ad accertare la corrispondenza tra un punteggio ed un livello predefinito, senza avere a propria disposizione un indebito potere discrezionale.

Tra le problematiche affrontate nel corso dell'anno, che invece hanno richiesto un approfondimento interpretativo sulla disciplina speciale applicabile al servizio interessato, si segnala quella concernente l'affidamento in concessione, ai sensi dell'art. 30 del Codice, del servizio di gestione delle farmacie comunali.

**Criticità correlate
all'interpretazione
di discipline
settoriali:
l'affidamento in
concessione delle
farmacie comunali**

Infatti, sono stati sottoposti all'esame di questa Autorità diversi casi nei quali i Comuni hanno deliberato di affidare la gestione della farmacia comunale ad un privato. Nelle segnalazioni pervenute è stato evidenziato che l'affidamento in concessione a terzi, sebbene preceduto da gara, si porrebbe in contrasto con la modalità di gestione delle farmacie comunali prevista dall'art. 9 della L. 2 aprile 1968 n. 475, come modificata dalla L. 8 novembre 1991, n. 362. La citata disposizione stabilisce infatti che le farmacie comunali possono essere gestite nelle seguenti forme che non includono la concessione a terzi: in economia, a mezzo di azienda speciale, a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari, a mezzo di società di capitali costituite tra il Comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il Comune abbia la titolarità.

La disciplina dei servizi pubblici locali, che era stata introdotta dall'abrogato art. 23-bis del D.L. 112/2008 e successivamente dall'art. 4 del D.L. 138/2011, includeva quello delle farmacie comunali, tra i settori esclusi dall'applicazione della nuova disciplina con la quale si introduceva il principio della gara, quale metodo ordinario d'affidamento della gestione dei vari servizi. Pertanto, restava ferma per i comuni la possibilità di gestione diretta delle farmacie delle quali avessero acquistato la titolarità, esercitando il diritto di prelazione riconosciuto dalla legge a tutela dell'interesse pubblico. Come noto, la richiamata disciplina generale sull'affidamento dei servizi pubblici locali è stata dapprima abrogata a seguito di referendum (art. 23-bis del D.L. 112/2008) e poi dichiarata incostituzionale con sentenza della Corte n. 199/2012 (art. 4 del D.L.

138/2011). Attualmente, disposizioni in ordine all'affidamento dei servizi pubblici locali di interesse economico sono dettate dall'art. 34, co. dal 20 al 27, del D.L. 179/2012 (convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012 n. 221), i quali prescrivono l'obbligo di motivare e di pubblicizzare il ricorso all'affidamento diretto o all'affidamento tramite gara. Al co. 25 viene ribadito che le disposizioni previste per i servizi pubblici locali non si applicano, tra gli altri, "alia gestione delle farmacie comunali, di cui alla L. 2 aprile 1968, n. 475".

Già la giurisprudenza si è interrogata sul rapporto tra la disciplina generale sui servizi pubblici locali e la disciplina relativa alla gestione delle farmacie comunali, in particolare sul significato della clausola di salvezza contenuta in tutte le disposizioni richiamate. L'Autorità ha verificato che le pronunce fin qui emesse possono essere definite oscillanti: da un lato, si è sostenuto che le uniche forme possibili di gestione delle farmacie in mano pubblica sono quelle previste dal più volte menzionato art. 9 della L. 475/1968; dall'altro invece, che possono ammettersi anche modelli di gestione non previsti dall'art. 9 della L. 475/1968, ma certamente coerenti con i principi generali vigenti in ambito comunitario tra i quali figura anche l'affidamento dell'intera gestione della farmacia municipale a privati, individuati mediante forme di evidenza pubblica, attraverso lo strumento della concessione.

Pertanto, l'Autorità ha analizzato la tematica prendendo le mosse dall'esame delle disposizioni di cui alla L. 833/1978, con la quale è stata prevista l'istituzione del servizio sanitario nazionale. L'art. 28 della citata legge, in particolare, dispone che *"l'unità sanitaria locale eroga l'assistenza farmaceutica attraverso le farmacie di cui sono titolari enti pubblici e le farmacie di cui sono titolari i privati, tutte convenzionate secondo i criteri e le modalità di cui agli articoli 43 e 48"*.

La riforma della prestazione dei servizi sanitari risulta di notevole rilevanza perché, individuando nella distribuzione dei farmaci una delle finalità del servizio sanitario nazionale (oggi, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, regionale) erogata attraverso le unità sanitarie locali (oggi ASL), la sottrae alla competenza degli enti locali.

Le farmacie, siano esse assegnate ai privati o di titolarità comunale, diventano quindi uno strumento di cui il servizio sanitario nazionale si avvale per l'esercizio di un servizio pubblico assegnatogli direttamente dal legislatore.

Alla luce di quanto sopra, l'Autorità ha concluso che l'esercizio del servizio farmaceutico tramite la gestione delle farmacie comunali non possa essere ricondotto nell'alveo dei servizi pubblici locali - sono tali quelli in titolarità di comuni, province, città metropolitane, comunità montane e isolate e Unioni di comuni (art. 2 del D.lgs. 267/2000) - ma che possa qualificarsi come servizio pubblico in titolarità generale facente parte del complesso dei servizi sanitari facenti capo al S.S.N. finalizzati a garantire il fondamentale diritto alla salute. Pertanto occorrerebbe distinguere tra titolarità del servizio farmaceutico - servizio pubblico obbligatorio - che spetterebbe alle Regioni che lo erogano per mezzo delle ASL, e titolarità del diritto di impianto e di esercizio del servizio che spetterebbe ai Comuni.

Tale conclusione consente di escludere la possibilità di applicare al servizio farmaceutico comunale i modelli gestori previsti dalla norma generale sui servizi pubblici locali, ma lascerebbe invero impregiudicata la possibilità per i comuni di affidare la gestione delle farmacie comunali a terzi tramite concessione di servizi di cui all'art. 30 del Codice.

Inoltre, l'Autorità ha osservato che l'elenco delle modalità gestorie indicate nell'art. 9 della L. 475/1968 non pare tassativo, in quanto lo stesso ordinamento prevede forme di gestione del servizio farmaceutico comunale ulteriori rispetto a quelle indicate nell'art. 9, ad esempio nell'art. 12, co. 1, della L. 498/1992.

Altra puntualizzazione importante è che delle farmacie comunali, al pari di quelle private, può essere ceduta la titolarità, come prevede l'art. 15-*quinques*, co. 2, del D.L. 415/1989 decorsi tre anni dal conseguimento. A fronte di ciò, l'Autorità ha rilevato che la preoccupazione di riservare all'ente locale la gestione del servizio farmaceutico in quanto servizio che ha il fine di assicurare la tutela del fondamentale diritto alla salute, ovvero in quanto servizio di carattere "sanitario" e conseguentemente non concorrenziale, non potrebbe ritenersi fondata.

Infine, è stato considerato che nel sistema normativo comunitario, esigenze di tutela della salute pubblica possono giustificare eventuali restrizioni alle libertà fondamentali garantite dal Trattato, come la libertà di stabilimento; il che, tuttavia, non significa che il carattere "sanitario" di un servizio inibisca di per sé la possibilità che esso possa essere oggetto di un confronto concorrenziale tra più operatori economici in possesso dei requisiti di idoneità professionali richiesti dal legislatore. Pertanto, anche in base ad una lettura comunitariamente orientata, l'Autorità ha concluso che può ritenersi preferibile la soluzione secondo cui i comuni possono, a seguito di procedura ad evidenza pubblica, affidare la gestione delle farmacie comunali in concessione a terzi, in applicazione dell'art. 30 del Codice.

5.3.2 Indagine generale sull'affidamento del servizio di distribuzione intermedia dei farmaci del PHT

Restando in tema di applicazione di disposizioni speciali in ambito sanitario, si segnala che nel corso del 2013, l'Autorità ha avviato un'indagine a campione in merito al servizio di distribuzione dei farmaci inclusi nel Prontuario Ospedale-Territorio ("PH-T"); si tratta di quei farmaci di fascia A, a carico del SSN, individuati con determinazione dell'AIFA nel 2004, che sono somministrati a malati cronici/gravi attraverso un sistema di distribuzione *"in grado di garantire uno specifico monitoraggio dei consumi e la presa in carico e la continuità assistenziale Ospedale - Territorio"*. Per questi farmaci, è stato previsto che, accanto alla distribuzione diretta presso le strutture ospedaliere, possa aver luogo la cosiddetta *"distribuzione per conto"* (DPC), grazie alla quale gli assistiti non ricoverati, possono rifornirsi anche presso le farmacie. In particolare, ai sensi dell'art. 8 del D.L. 347/01, le Regioni e le Province Autonome possono *"stipulare accordi con le associazioni sindacali delle farmacie convenzionate, pubbliche e private, per consentire agli assistiti di rifornirsi delle categorie di medicinali che richiedono un controllo ricorrente del paziente anche presso le farmacie predette con le medesime modalità previste per la distribuzione attraverso le strutture aziendali del Servizio sanitario nazionale, da definirsi in sede di*

convenzione regionale." Con il D.L. 347/01, il legislatore ha adottato delle misure di contenimento della spesa sanitaria, attribuendo alle Regioni una specifica competenza nell'ambito della distribuzione dei farmaci, sia normativa (art. 4), che amministrativa (art. 8). Pertanto, i farmaci devono essere acquistati in maniera centralizzata dalle strutture pubbliche regionali, con l'applicazione degli stessi sconti obbligatori imposti per legge ai produttori per gli acquisti ospedalieri e dei ribassi ottenuti all'esito di procedure di evidenza pubblica; inoltre, mediante la sottoscrizione di convenzioni con le associazioni sindacali di categoria, le Regioni possono assicurare che la distribuzione per conto avvenga tramite tutte le farmacie pubbliche e private convenzionate, sulla base di accordi che definiscono le modalità di organizzazione del servizio e la provvigione che spetta loro.

In seguito ad una segnalazione, l'Autorità ha svolto una prima istruttoria in merito alla convenzione stipulata dall'ASL di Avellino con la Federfarma locale per le finalità di cui al citato art. 8. La convenzione prevede che i farmaci acquistati dalla ASL direttamente dai produttori e con gli sconti previsti dalla legge in favore dell'amministrazione sanitaria, sono dispensati ai pazienti dalle farmacie convenzionate, a fronte di un corrispettivo comprensivo degli oneri di distribuzione; infatti, l'ASL riconosce un corrispettivo fisso per ogni pezzo dispensato pari ad euro 8,09 esclusa IVA, per le farmacie con fatturato annuo inferiore ad euro 258.000 e ad euro 5,99 esclusa IVA, per le rimanenti farmacie comprensivo degli oneri di distribuzione. Con la convenzione in questione, inoltre, la ASL di Avellino ha rimesso a Federfarma il compito di individuare il distributore intermedio a cui sono affidati i compiti di stoccaggio, smistamento, distribuzione e consegna alle farmacie convenzionate dei farmaci; sicché mediante un diverso accordo, la Federfarma locale ha individuato un distributore intermedio capofila e fissato il corrispettivo a quest'ultimo dovuto per ogni farmaco consegnato alle farmacie. Al riguardo, potrebbe rilevarsi che trattandosi un servizio con oneri a carico del Servizio Sanitario Nazionale, il distributore intermedio avrebbe dovuto essere scelto mediante una procedura di evidenza pubblica.

Nel corso dell'istruttoria l'AIFA - interpellata sul punto dall'Autorità - ha invece sottolineato che la localizzazione sul territorio dei grossisti è variabile a seconda della regione considerata ed inoltre che la stessa incide sui costi complessivi della distribuzione e sulla definizione del rimborso dovuto; sicché, in alcuni casi, anche le associazioni sindacali dei grossisti sono chiamate al tavolo delle trattative; in altri invece, come avvenuto per la convenzione esaminata dall'Autorità, il modello di remunerazione prevede legittimamente di riconoscere alle farmacie territoriali convenzionate un rimborso degli oneri complessivi di distribuzione, sia intermedia che finale. Tale modello è attuato anche in altre realtà regionali. Infatti, nel caso della DPC, la remunerazione della distribuzione intermedia non è garantita direttamente dal SSN, ma indirettamente per il tramite della farmacia. Pertanto, l'AIFA ha concluso che l'art. 8 citato *"del tutto correttamente rispetto all'assetto organizzativo, demanda in primis alle associazioni di categoria delle farmacie la sottoscrizione degli specifici accordi con le regioni"*.

In effetti - poiché è previsto un corrispettivo forfettario a carico della ASL per ogni pezzo dispensato comprensivo degli oneri da queste ultime sostenuti anche per la distribuzione intermedia, che pertanto restano a carico delle farmacie - pur dovendosi rilevare che indirettamente anche gli oneri di distribuzione sono comunque sostenuti dall'ASL - potrebbe sostenersi che la SA non ha operato in violazione delle disposizioni sul Codice. Ciononostante, alla luce delle risultanze istruttorie acquisite non è stato possibile escludere che un confronto competitivo fra i distributori intermedi locali non consenta di spuntare una tariffa più conveniente; inoltre la riconosciuta *"ineludibilità"* delle funzioni riservate al distributore intermedio e la circostanza per cui è la ASL a fissare gli standard di prestazione per quest'ultimo, potrebbero costituire argomenti a conferma della tesi - proposta nella segnalazione - in base alla quale quelli relativi alla distribuzione intermedia non possono essere considerati dei meri costi per le farmacie, da rimborsare attraverso la tariffa omnicomprensiva corrisposta a queste ultime; infatti potrebbe trattarsi piuttosto di servizi

espletati in favore della Azienda sanitaria, che in quanto tali devono essere affidati in seguito a procedura di evidenza pubblica.

Pertanto, l'indagine è stata estesa ad altre regioni e dalle ulteriori attività istruttorie è emerso che, oltre che per le altre Aziende Sanitarie della Campania, anche in altri casi (ad es. per Molise e Basilicata) sono state sottoscritte convenzioni con cui si attribuisce a Federfarma il compito di individuare il distributore intermedio, senza prescrivere il rispetto di criteri di trasparenza.

In altre Regioni (quali la Puglia) si segue, invece, un diverso modello organizzativo che consente a tutti gli operatori del settore di prestare servizi per la distribuzione intermedia nell'ambito della DPC, attraverso l'iscrizione in un apposito albo. Tuttavia, anche questa diversa modalità organizzativa - certamente più funzionale sotto un profilo di apertura concorrenziale del mercato - sembrerebbe comportare delle criticità, in quanto l'assenza di un unico distributore intermedio di riferimento provocherebbe, inevitabilmente, dei ritardi nei pagamenti dovuti alle imprese farmaceutiche, da parte delle aziende sanitarie.

Sulla base di quanto verificato, si ritiene che le descritte differenze operative e le criticità rilevate anche dall'AGCM nell'AS1079 del 3 ottobre 2013, possano essere superate solo attraverso l'elaborazione di opportune "Linee Guida" condivise e redatte nel rispetto delle competenze attribuite alle Regioni dalla Costituzione; gli orientamenti generali dovrebbero essere elaborati anche con la finalità di eliminare le sensibili differenze di remunerazione rilevate sul territorio nazionale.

5.3.3 Rassegna di alcune deliberazioni esemplificative delle tipologie di intervento effettuate

**Sulla natura
giuridica
dell'ordine degli
avvocati**

Tra i casi nei quali l'Autorità ha ritenuto necessario fare chiarezza sulla natura giuridica del soggetto affidante, si segnala quello avviato in seguito alla segnalazione di alcuni avvocati. L'Autorità ha così appreso che la Fondazione per la Formazione Forense, cui l'ordine degli avvocati di Firenze ha delegato in via esclusiva l'attività di formazione, aggiornamento e informazione professionale, avrebbe affidato reiteratamente ed in via

diretta, senza esperimento di alcuna procedura ad evidenza pubblica, più del 40% delle ore totali di formazione degli Avvocati di Firenze (compresi la locazione dello spazio per lo svolgimento dei corsi, i servizi tecnici, la cancelleria, il materiale congressuale, le spese postali, telefoniche, fax, la progettazione didattica e la docenza, le spese di segreteria, l'elaborazione dati, le statistiche, il personale d'agenzia e i relativi diritti) ad un operatore economico privato, per un importo complessivo di circa 740.000 euro (dal 2006 al 2011).

Dopo l'avvio dell'istruttoria, la Fondazione ha riscontrato la richiesta offrendo ampie motivazioni circa la piena legittimità del proprio operato, essenzialmente incardinate su due considerazioni di base:

- a) tutti gli affidamenti in discussione non superano mai, singolarmente, la soglia dei 20.000 euro; limite, quest'ultimo, entro cui la legge consente l'affidamento diretto dei servizi ad un operatore economico privato, limite che il D.L. 70/2011, convertito in L. 106/2011, ha elevato a 40.000 euro; in ogni caso, anche ove fosse stata superata tale soglia, poiché i servizi sarebbero stati acquisiti mediante procedura di cottimo fiduciario, la Fondazione *"sarebbe stata tenuta solo alla previa consultazione non procedimentalizzata di almeno 5 operatori economici"*;
- b) l'impossibilità di una programmazione unitaria e preventiva degli eventi formativi esclude, in radice, che vi sia stato un artificioso frazionamento delle prestazioni di servizi al fine di sottoporli alla disciplina delle acquisizioni in economia: ciascun evento formativo costituisce un evento a sé, distinto ed autonomo rispetto a tutti gli altri in ragione sia dei soggetti proponenti, sia della materia, sia delle modalità organizzative, sia del numero - incerto e ipotetico - dei partecipanti.

La questione preliminarmente trattata ha appunto riguardato la riconducibilità o meno della Fondazione nell'alveo degli *"organismi di diritto pubblico"* ex art. 3, co. 26, del Codice.

Valutati tutti gli elementi di fatto e di diritto, l'Autorità ha concluso che la Fondazione debba ritenersi un organismo di diritto pubblico quanto all'elemento soggettivo, perché dotato di personalità giuridica; quanto ai