

La configurazione della convenzione/transazione in parola, alla stregua di fattispecie atipica estranea alla fattispecie dell'appalto/concessione, non incide sulla soggiacenza ai principi di evidenza pubblica valevoli - alla stregua del principio comunitario su citato e da ultimo recepito con il codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 163/2006 - per tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette a disciplina nazionale o di derivazione europea, in quanto tese ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione.

4.5 L'attività sanzionatoria ed il casellario informatico

Il procedimento sanzionatorio, attuato nel rispetto del principio del contraddittorio e nella salvaguardia dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento, ha per presupposto le seguenti ipotesi previste dal Codice dei contratti pubblici:

a. rifiuto od omissione, senza giustificato motivo, da parte dei soggetti di cui all'art. 3, comma 33, del D.L.gvo 163/06, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'Autorità, ovvero produzione di elementi non veritieri da parte dei soggetti indicati dall'articolo 6, comma 9 ed art. 7 comma 8 ;

b. mancata prova, da parte delle imprese sorteggiate in sede di gara, per appalti di lavori, ai sensi dell'articolo 48, comma 1, del Codice appalti, del possesso dei necessari requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

Nel caso di cui al punto b), il procedimento inizia con la segnalazione all'Autorità, cui per legge sono tenute le stazioni appaltanti.

Nella tabella che segue viene indicato il numero dei procedimenti sanzionatori attivati nell'anno 2008, relativi alle fattispecie di cui ai punti a) e b).

**Procedimenti
sanzionatori
avviati nel 2008**

Tabella 1 – Procedimenti sanzionatori anno 2008

Procedimenti sanzionatori	Istruiti nel 2008		Archiviati senza audizione	Definiti con decisione del Consiglio dopo audizione	
	Segnalazioni pervenute nel 2008			Archiviazione	Sanzione
a) Ex art. 6, commi 9 ed art. 7 comma 8 del Codice Appalti.	58		-----	28	30
b) Ex art. 48 comma 1 del Codice.	86		-----	39	47

Come si evince dalla tabella, nel corso dell'anno 2008, sono stati attivati 144 procedimenti sanzionatori, di cui 67 sono stati definiti con l'archiviazione ed i rimanenti con l'applicazione di sanzioni.

I procedimenti sanzionatori del primo tipo, (ex art. 6 comma 9 ed art. 7 comma 8 del Codice) definiti nell'anno 2008, sono stati attivati in seguito:

- a. al mancato riscontro alle richieste di chiarimenti e documenti formulate dall'Autorità per l'esame e la definizione delle segnalazioni e degli esposti relativi a procedure di affidamento e realizzazione di lavori pubblici;
- b. alla mancata trasmissione, entro i termini prescritti dalla stessa norma, all'Osservatorio dei dati sugli appalti aggiudicati e non ancora conclusi.

I procedimenti sanzionatori del secondo tipo, (ex art. 48, comma 1 del Codice), sono stati attivati in seguito:

1. alla non conforme dichiarazione e dimostrazione da parte delle imprese del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di cui al sopracitato art. 48 comma 1, o di irregolarità nella utilizzazione degli attestati di qualificazione;
2. ai ritardi da parte delle imprese nella presentazione della documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti di ordine speciale dichiarati mediante autocertificazione in sede di presentazione dell'offerta.

**Veridicità
delle
dichiarazioni
rese in sede di
gara**

Esiste poi un significativo numero di inadempienze, relative alla violazione degli obblighi di veridicità delle dichiarazioni rese in sede di gara, che ha comportato, di conseguenza, l'iscrizione di apposite annotazioni, nel Casellario informatico dell'Osservatorio, riguardanti la specifica violazione dell'impresa. Per tale ultima fattispecie, su 47 procedimenti conclusi con l'irrogazione di sanzione, in 23 casi, è stata accertata la falsità nelle dichiarazioni e pertanto si è proceduto all'iscrizione di apposita annotazione nel Casellario informatico. Detto provvedimento ha comportato per i soggetti inadempienti la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, ai sensi dell'art. 48 comma 1 del D.Lgs. 163/06.

In relazione alla commisurazione delle sanzioni da parte dell'Autorità, ai fini di uniformità di metodo, per i procedimenti di cui trattasi (*ex art. 6, comma 9 ed art.7 comma 8 del Codice Appalti*) sono state considerate due variabili: l'importo a base d'asta e la tipologia di infrazione commessa.

Nei casi di riscontrato ritardo ad adempiere si è proceduto ad applicare una sanzione di entità modesta, tenuto conto della circostanza che il ritardo è risultato spesso esiguo e che in alcune stazioni appaltanti, specie se di piccole dimensioni, vi è mancanza di personale avente specifica preparazione ed esperienza nel settore dei lavori pubblici mentre in altre, di dimensioni maggiori, vi è difficoltà nella gestione complessiva dell'appalto che risulta spesso affidato ad una pluralità di uffici non sufficientemente coordinati tra loro. Nei casi di rifiuto od omissione ad adempiere si è, invece, comminata una sanzione di importo più elevato. La sanzione è stata comminata ai responsabili dei procedimenti nei casi in cui si è potuto evincere dall'esame della documentazione una responsabilità diretta del funzionario incaricato ovvero nei restanti casi alle Stazioni appaltanti, nella persona del sindaco *pro-tempore*, qualora quest'ultimo non abbia indicato altro soggetto che nell'ambito dell'organizzazione dell'ente, del quale egli è rappresentante, possa aver ritenuto responsabile.

In ordine invece alle violazioni di cui all'art. 48, comma 1, del Codice Appalti, i soggetti che hanno segnalato all'Autorità le inadempienze

riscontrate nei confronti delle imprese sono stati principalmente le Amministrazioni Comunali, Provinciali e Regionali. Altre segnalazioni in numero non particolarmente rilevante sono pervenute da parte di Comunità montane, ASL ed Università .

Con riferimento alla divisione territoriale, le inadempienze segnalate hanno interessato principalmente le Regioni, Lazio, Campania, Puglia e Calabria, altre invece hanno interessato, anche se in numero non particolarmente rilevante, le Regioni Lombardia e Toscana. Ai fini della commisurazione delle sanzioni da parte dell'Autorità, per questa tipologia di violazione normativa, (art. 48 comma 1 del Codice) si è tenuto conto dell'importo dell'appalto e della gravità del comportamento delle imprese (ipotesi di falsa dichiarazione o semplicemente di un ingiustificato ritardo nella presentazione dei documenti richiesti dalla Stazione appaltante). L'Autorità, peraltro, ogni qualvolta rilevava un errore scusabile da parte dell'impresa segnalata, fermo restando la legittimità delle decisioni adottate dalle Stazioni appaltanti, deliberava il non luogo a procedere.

L'importo delle sanzioni applicate nell'anno 2008 ammontano rispettivamente:

- a) a € 17.150,00 con riferimento alla mancata trasmissione dei dati all'Osservatorio;
- b) a € 46.450,00 con riferimento ai procedimenti relativi alla mancata dimostrazione dei requisiti di ordine speciale.

Il casellario informatico rappresenta lo strumento con cui vengono messi a disposizione delle stazioni appaltanti, una serie di notizie utili e necessarie ad individuare le imprese per le quali vi siano condizioni preclusive alla assunzione di contratti pubblici.

**Il casellario
informatico**

Ai sensi dell'art. 27 del DPR 21/01/2000, n.34, il casellario è formato sia sulla base delle attestazioni rilasciate dalle SOA che delle segnalazioni delle stazioni appaltanti relative ad episodi di esclusione da procedure di gara ovvero a fatti specifici che si verificano durante lo svolgimento del contratto. Nel casellario vengono inserite le annotazioni a carico delle imprese e riguardano i requisiti di carattere generale, di cui all'art. 38,

comma 1, del D.Lgs. n.163/06, necessari per la partecipazione alle gare. Le tipologie di annotazioni inserite nel casellario informatico, riguardano vari aspetti e possono essere rilevate in diversi momenti procedurali di realizzazione di un'opera pubblica.

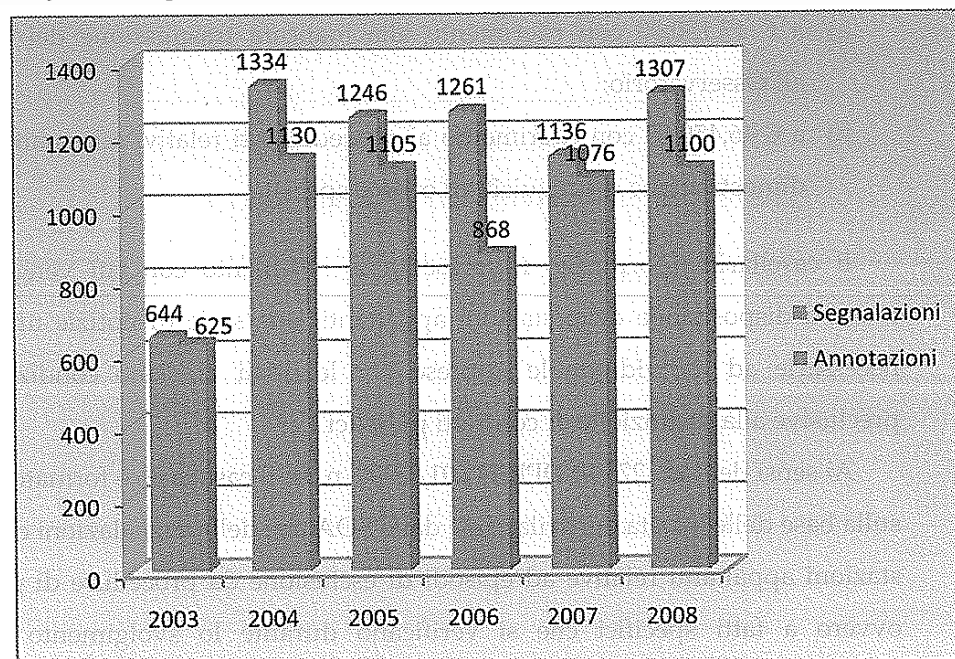
**Le segnalazioni
dell'Autorità a
partire dal 2003**

Nel corso dell'anno 2008 risultano pervenute nel complesso n.1307 segnalazioni riguardanti lavori, a fronte di n. 1136 pervenute nel 2007 e di n.1261 pervenute nel 2006.

Il 2,35% delle segnalazioni sono pervenute da Amministrazioni dello Stato, lo 0,86% da Regioni, il 13,75% da Province, il 55,35% da Comuni, il 7,95% da enti pubblici, il 17,85% da privati ed il 3,68 da altre SS.AA. In relazione, invece, alla divisione territoriale, la regione da cui sono pervenute in assoluto il maggior numero di segnalazioni è la Sicilia (21,81%), seguita dalla Lombardia (13,01%), dal Lazio (12,01%), dalla Toscana (6,89%), dalla Calabria (6,79%) ed a seguire le altre Regioni.

Si riporta di seguito un grafico rappresentante l'andamento delle segnalazioni negli anni, dalla istituzione del casellario:

Grafico 1 – Segnalazioni pervenute all'Autorità – periodo 2003-2008



Nell'anno 2008 risultano inserite circa 1790 annotazioni. Di queste, 1100 si riferiscono a segnalazioni inoltrate dalle Stazioni Appaltanti e 690 a

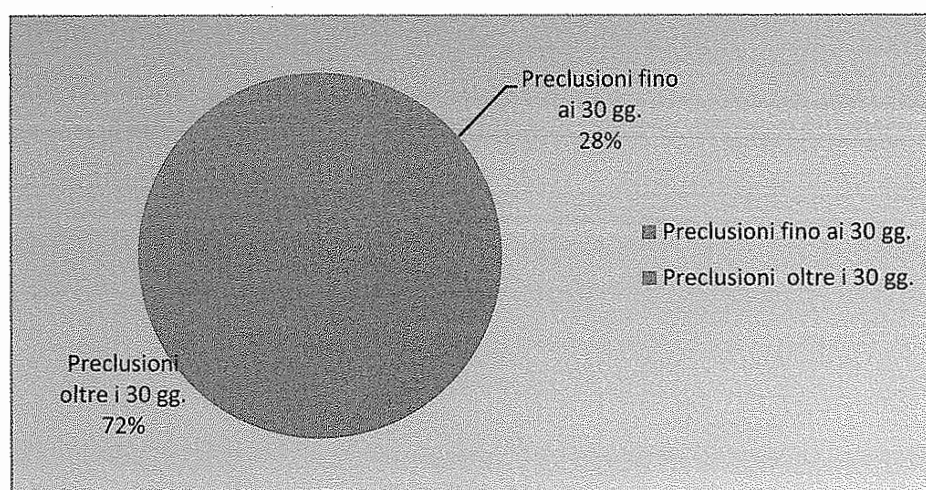
provvedimenti interdittivi, conseguenti a violazioni accertate in materia di regolarità e sicurezza del lavoro, di cui alla disposizione dell'art. 36 bis legge 248/06 (ora art. 14 del T.U. sulla sicurezza, D.Lgs. n. 81/2008), emanata per contrastare il fenomeno degli incidenti sui luoghi di lavoro.

Il personale del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali è tenuto ad adottare apposito provvedimento di sospensione delle attività lavorative, qualora vengano riscontrate violazioni in materia di sicurezza. Di tale provvedimento vengono interessati i competenti Uffici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che emanano uno specifico decreto "interdittivo" con il quale, per un determinato periodo di tempo (non superiore a tre volte la durata della sospensione e mai ecceduti i due anni) è preclusa all'impresa la contrattazione con le pubbliche amministrazioni e la partecipazione a gare pubbliche. Il decreto viene inviato agli Uffici dell'Autorità e notificato alla ditta interessata. La preclusione decorre dalla data dell'avvenuta notifica.

Le sanzioni interdittive temporanee, emesse dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti in applicazione dell'art. 14 del D. Lgs. n. 81/2008, già art. 36 bis della legge 248/2006, per l'anno 2008 sono state n. 192 di durata pari o inferiore a 30 giorni mentre 506 di durata superiore a 30 gg., la loro distribuzione è visibile nel seguente grafico:

Le sanzioni interdittive

Grafico 2 – Sanzioni interdittive nel 2008



CAPITOLO V

L'ATTIVITÀ DI VIGILANZA DELL'AUTORITÀ SUGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE

5.1 La vigilanza in settori dalle caratteristiche differenti

Le tipologie dei mercati nei settori dei servizi e delle forniture sono profondamente diverse e nell'ambito di ciascun settore i relativi sotto settori presentano caratteristiche differenti. Si pensi per esempio agli appalti relativi alla fornitura di materiale di cancelleria e a quelli relativi all'acquisto di autobus oppure ai servizi di pulizia e a quelli professionali. La vigilanza risulta pertanto complessa in relazione alle caratteristiche intrinseche dei sotto settori, ciascuno dei quali deve rispettare, oltre alle norme sugli appalti pubblici, le specifiche disposizioni delle relative materie.

Oltre alle ordinarie attività ispettive sugli appalti oggetto di segnalazione all'Autorità per presunte anomalie/irregolarità nella conduzione degli stessi, sono state espletate nel corso del 2008 alcune indagini di particolare rilevanza economica in relazione anche alle caratteristiche ed alla struttura della domanda e dell'offerta.

Sono stati infatti verificati alcuni appalti dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato relativamente alla fornitura del passaporto elettronico ed alla fornitura dei bollini farmaceutici e del Servizio Sanitario Nazionale relativamente alla fornitura di alcune tipologie di farmaci. Per quanto riguarda i servizi, è stata espletata una estesa indagine sui servizi aggiuntivi museali, oggetto di una specifica normativa non in linea con le disposizioni del Codice dei contratti.

5.2 Le tipologie di segnalazioni

Nell'anno 2008 sono pervenuti alla Direzione Generale di Vigilanza su

Servizi e Forniture complessivamente 1.879 esposti, segnalazioni, quesiti ed altre comunicazioni.

Questi dati si riferiscono a soggetti pubblici e privati distribuiti sull'intero territorio nazionale e, nel dettaglio, attengono a fattispecie che riguardano:

- esposti/segnalazioni (n. 821), che hanno dato origine a procedimenti di verifica e/o di istruttoria da parte dei Settori territorialmente competenti;
- segnalazioni di esclusione di imprese da gare pubbliche, relative all'attività di inserimento nel Casellario informatico di annotazione a carico delle imprese delle cause di esclusione dalle gare d'appalto, ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06 (n. 652);
- comunicazioni di esclusione di imprese in esito a verifica dei requisiti di carattere speciale, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. 163/06 (n. 235);
- fatti e/o circostanze di scarsa rilevanza ai fini dell'attività dell'Autorità, comunicate solo per conoscenza e, in generale, immediatamente archiviate (n. 171).

5.3 La vigilanza nell'anno 2008

L'attività di vigilanza è stata svolta sia su istanza di parte - segnalazioni o esposti motivati - proveniente da chiunque ne abbia avuto interesse, sia su iniziativa d'ufficio orientata verso l'approfondimento di cause sottese al manifestarsi di disfunzioni nel mercato dei contratti pubblici di servizi e forniture, con l'obiettivo di far emergere profili di interesse generale.

Come già riportato nel paragrafo 4.3 relativo alla vigilanza sui lavori, il rilevante impatto delle indagini ispettive sui soggetti coinvolti nelle relative procedure ha indotto il Consiglio dell'Autorità a disciplinare l'attività di vigilanza in maniera puntuale ed uniforme con apposito regolamento ampiamente illustrato nel citato paragrafo.

In particolare, l'eterogeneità delle problematiche prospettate dalle segnalazioni, dagli esposti e dai dubbi interpretativi ha dato luogo

all'adozione di linee di intervento diversificate. Infatti, riguardo le segnalazioni e gli esposti con cui sono state indicate presunte anomalie dei bandi di gara ed alle procedure di affidamento dei contratti di servizi e forniture, nella maggior parte dei casi trattati - circa 600- sono stati definiti con archiviazioni, mentre n. 45 sono stati definiti con delibere.

L'esercizio della vigilanza non è stato limitato soltanto alla verifica della regolarità delle procedure di affidamento, in quanto ogni qual volta siano emerse dalle istruttorie problematiche di valenza generale, si è proceduto all'attuazione di interventi regolatori.

Di seguito si illustrano i tratti essenziali delle seguenti indagini.

5.4 I contratti di servizi e forniture di particolare rilevanza

È stata svolta una istruttoria sulla gara indetta nel 2008 dalla Centrale di Committenza Lombardia Informatica per la fornitura (importo euro 30.000.000,00) di buoni pasto alle P.A. aderenti alla convenzione, di durata un anno, ponendo l'attenzione sui requisiti tecnico-economici posti a base della scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa richiesti nel bando di gara.

**Gara per la
fornitura
di buoni
pasto alle
P.A.**

L'istruttoria si è conclusa con una Deliberazione del Consiglio (n° 51 del 19/11/2008) nella quale sono stati contestati alla stazione appaltante gli algoritmi posti a base dell'assegnazione dei punteggi in quanto in grado di predefinire i valori di offerta che determinano il massimo punteggio, penalizzando inoltre offerte migliorative rispetto a tali valori.

A seguito della deliberazione dell'Autorità, la centrale d'acquisto ha annullato la gara in questione comunicando che, essendosi nel frattempo perfezionata la omologa Convenzione Consip per il lotto n° 1 nel quale è compresa la regione Lombardia, le amministrazioni della regione potranno aderire alla stessa riconoscendovi inoltre condizioni economiche più favorevoli. La delibera è stata inoltre trasmessa alla Struttura di Missione per le procedure di infrazione del Dipartimento per le Politiche Comunitarie operante in seno alla PCM, interessata sulla questione dalla Comunità Europea, nell'ambito del Progetto Pilota sulla corretta attuazione del diritto comunitario 138/08/Mark.

**Gara per la
fornitura di
servizi di
Facility
Management**

È stata affrontata la questione relativa alle convenzioni stipulate da Consip per la fornitura dei servizi di Facility Management (F.M.) per gli immobili in uso alle P.A. analizzando sia la fase di gara sia la fase di attuazione della Convenzione.

A seguito dell'attività istruttoria, l'Autorità ha emanato specifica deliberazione (Delibera n°27 del 16/7/2008) nella quale sono stati analizzati gli aspetti più critici del procedimento e proposti i possibili miglioramenti quali :

- una diversa suddivisione dei lotti oggetto di convenzione in grado di aderire in modo più marcato al valore di equilibrio fra domanda ed offerta basandola nel futuro anche sulle caratteristiche delle potenziali amministrazioni aderenti anziché su criteri esclusivamente territoriali;
- le modalità per superare la criticità del ricorso al subappalto nei servizi di pulizia, in percentuale di circa il 70-80% sull'importo complessivo, superiore al limite del 30% previsto dalla norma. Su tale aspetto è stata inoltre posta l'attenzione sulla necessità di estensione del controllo del subappalto, da parte di Consip e delle PA aderenti, non solo a momenti singolari del procedimento, quali autorizzazione al subappalto deposito del contratto e fatturazione, ma anche alla fase propriamente esecutiva del servizio potenziando l'attività ispettiva sui luoghi di esecuzione del contratto, anche al fine di verificare i prezzi praticati nei subappalti ed il rispetto dei CCNL;
- la previsione nel bando che la percentuale di servizi subappaltabili, pari al 30%, sia riferibile non all'importo totale dei servizi costituenti il F.M. ma a quello relativo al singolo servizio;
- il potenziamento dell'attività ispettiva al fine della verifica della corretta esecuzione della prestazione.

Su tali aspetti la centrale d'acquisto nazionale ha manifestato l'intendimento di accogliere i suggerimenti già a partire dalle gare in itinere.

Una diversa linea d'intervento nel mercato della contrattualistica pubblica di servizi e forniture ha riguardato l'attivazione di indagini ad

ampio raggio svolte su tutto il territorio nazionale al fine di verificare la corretta applicazione del Codice.

In particolare, nel corso dell'anno 2008 si è proceduto ad una attività di vigilanza su numerosi appalti dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (IPZS), relativi alla carta di identità elettronica (CIE), al permesso di soggiorno elettronico (PSE), al passaporto elettronico (PE) ed ai bollini farmaceutici.

Per l'attuazione del progetto relativo al permesso di soggiorno elettronico, il Poligrafico ha proceduto ad una consistente parcellizzazione di forniture e servizi affidati senza gara di notevole rilevanza economica: n. 32 affidamenti diretti di importo variabile per un valore complessivo delle commesse pari ad €30.703.399,35.

**Appalto per la
fornitura della
carta di identità
elettronica**

Parimenti a quanto è risultato per il PSE, anche nel caso del passaporto elettronico è emersa una significativa parcellizzazione delle forniture e servizi affidati senza gara: n. 93 ordinativi di fornitura di importo variabile per un valore complessivo delle commesse pari ad €115.440.063,15.

Nel caso della carta d'identità elettronica il Poligrafico ha ritenuto di procedere alla costituzione diretta di una società consortile *ad hoc* dotata di un oggetto sociale esclusivo dedicato all'attuazione del progetto CIE. e partecipata da soggetti pubblici e privati. Il Poligrafico successivamente ha mutato la propria volontà di avvalersi della società consortile resosi conto che l'istituto utilizzato non rispondeva ai mutati orientamenti comunitari e della giurisprudenza nazionale.

Ne è conseguita la decisione di adeguarsi alle regole dell'evidenza pubblica mediante l'indizione di tre gare d'appalto di rilevanza comunitaria per l'approvvigionamento delle attrezzature necessarie al rilascio della CIE e per la prestazione dei servizi correlati dell'importo complessivo pari a circa €125.000.000.

Sulla questione è in corso un rilevante contenzioso giurisdizionale sia dinanzi al Giudice amministrativo che a quello ordinario.

Emerge, pertanto, l'incoerenza di fondo delle politiche di gestione strumentali all'attuazione dei progetti della CIE, contrarie ai principi fissati

dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici, e in ogni caso suscettibili di incidere negativamente sul razionale impiego di risorse pubbliche.

Per tali appalti è stata rilevata una gestione complessiva denotata di scarsa aderenza ai principi di buon andamento ed imparzialità della Pubblica amministrazione, i cui corollari sono attualmente codificati in materia di contratti pubblici dall'art. 2 del D.lgs. n. 163/2006; nell'indagine sono stati evidenziati, in particolare, la carenza dei presupposti previsti dagli articoli 31 della Direttiva CE n. 18 del 2004, 7 del D. Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 e 9 del D.lgs. n.358/1992, da ultimo codificati nell'art. 57 del codice dei contratti pubblici, applicabili al caso di specie per l'affidamento diretto con procedura negoziata dei servizi e forniture necessari per l'attuazione dei progetti PSE e PE.

Nel caso della CIE è, inoltre, emerso un comportamento contraddittorio del Poligrafico, risalente al 2005 e conclusosi - con alterne vicende in parte *sub iudice* - con la recentissima pubblicazione di tre bandi, che ha determinato dispendi di risorse pubbliche, in violazione dei principi di evidenza pubblica di cui all'art. 2 del codice della economicità e correttezza.

Un ulteriore campo di indagine ha riguardato presunte irregolarità poste in essere dall'Istituto in ordine alle modalità di selezione delle imprese incaricate del ciclo di produzione dei bollini farmaceutici. In questo caso l'Autorità ha effettuato accertamenti, avendo come principale obiettivo la verifica di eventuali patologie nella gestione degli approvvigionamenti con effetti distorsivi sulla libera concorrenza.

Infatti, l'Istituto avrebbe fatto un uso distorto della procedura negoziata, in deroga alle regole di evidenza pubblica e a danno della libera concorrenza, posto che il 70% circa della produzione di bollini sarebbe stata affidata dal Poligrafico in esclusiva e con contratti biennali rinnovati in automatico a sette imprese (Arca Etichette S.p.A., Mida S.r.l., Eurolabel S.p.A., Grafica Zannini S.p.A., Carlucci S.p.A., Pilot Italia S.p.A., Sales S.p.A.) per un valore di circa 25 milioni di euro/anno a partire dagli anni '90, residuando alla produzione diretta dell'IPZS (e di altra società, Bimospa, da questo controllata al 100%) solo il restante 30%.

**Modalità di
selezione delle
imprese
incaricate della
produzione dei
bollini
farmaceutici**

In altri termini, le imprese affidatarie sarebbero state favorite anche per il futuro mediante una clausola di rinnovo automatico dei contratti (in assenza di disdetta), da ripartire in affidamenti biennali in favore delle sette società fiduciarie. Queste ultime avrebbero prodotto più di un miliardo e 750 mila bollini farmaceutici su circa due miliardi di bollini l'anno, con margini operativi particolarmente ricchi, aggiornati su indici Istat.

A seguito di una richiesta di Poste di attivare la procedura ex art.219 del Codice (Procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza - nella specie volta a sottrarre dall'ambito di applicazione del Codice dei cc.pp. gli appalti destinati allo svolgimento di alcuni servizi finanziari) sui prodotti bancoposta, il Dipartimento delle Politiche Europee ha interessato questa Autorità per formulare un parere da inoltrare alla Commissione Europea per la decisione finale. Nella delibera n.50 del 12.11.2008 questa Autorità ha ritenuto che, nei limiti ed alle condizioni in cui è stata accertata dall'AGCM la situazione di concorrenza nei servizi per i quali Poste Italiane ha chiesto l'esenzione, non sussistono elementi ostativi a sottrarre dall'applicazione della normativa del codice gli appalti destinati a permettere la prestazione di detti servizi. Ha, però, ritenuto che Poste Italiane dovrà adottare tutte le misure necessarie a garantire che i contratti, posti in essere in deroga al D.lgs. n.163/2006, siano finalizzati esclusivamente alle attività liberalizzate di cui al punto precedente. A tal fine Poste Italiane dovrà sottoporre alla approvazione dell'Autorità le modalità con le quali intende suddividere le procedure di acquisto di servizi, prodotti e tecnologie tra settori liberalizzati e non, nonché fornire dati sugli acquisti effettuati in base all'esenzione ex art.219 per l'attività di vigilanza, laddove la relativa procedura comunitaria di autorizzazione si sia conclusa positivamente.

Nell'ambito degli appalti espletati da Poste Italiane s.p.a. l'Autorità ha analizzato una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei di notevole importo (€44.000.000) rilevando alcune specificità ed anomalie.

Nell'esercizio del nuovo ruolo di vigilanza nel settore dei servizi e delle forniture è emersa l'importanza del preliminare inquadramento dei vari soggetti aggiudicatori in una delle categorie di cui all'art. 3 del Codice, con particolare riferimento alla categoria dell' "organismo di diritto pubblico" e dell' "impresa pubblica". Nell'ambito di questa tematica è stata predisposta un'istruttoria relativa all'applicabilità alla RAI - Radiotelevisione S.p.A. della normativa di evidenza pubblica in materia di lavori, servizi e forniture di cui al D.lgs. n.163/06 - confluita nella deliberazione n.57 del 03.12.2008 - con cui il Consiglio dell'Autorità ha chiarito che la RAI, concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, quale organismo di diritto pubblico, è tenuta all'applicazione del D.lgs. n.163/06, ai sensi dell'art.3, comma 25, e dell'art.32, comma 1, del decreto stesso con le esenzioni previste dall'art.19, comma 1, lett. b) e dell'art. 22.

In questo senso l'Autorità ha affrontato anche la questione della natura giuridica di una società mista, a prevalente capitale pubblico locale, che gestisce il servizio idrico integrato nell'ambito di un A.T.O. (delibera n. 61 del 2008). Sulla scorta dei principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria ed a seguito di un concreto esame dello Statuto e dell'attività societaria, si è giunti, in quel caso, all'attribuzione della qualifica di "organismo di diritto pubblico" ai sensi dell'art. 3, comma 26, del Codice, con significative conseguenze per quanto riguarda gli appalti "a valle" aggiudicati dalla società, sia ricadenti nel settore speciale di cui all'art. 209 del Codice, sia ordinari.

Il caso affrontato nella deliberazione n. 65 del 23 dicembre 2008 concerne la Sogesid S.p.A., che è nata come Società operante nel Mezzogiorno all'inizio come concessionario della gestione di alcuni impianti di depurazione nella Regione Campania, ma a seguito di modifiche statutarie nel corso degli anni, e da ultimo quella del 21 dicembre 2007, adottata in conformità a quanto previsto dall'art. 1, comma 503, della legge 27 dicembre 2006 n. 296, ha acquisito la natura di Società *in house* del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare.

Ciononostante la medesima ha continuato a ricevere affidamenti diretti da soggetti diversi dal Ministero (commissari straordinari per varie

**Problematiche
dell'*in house*
providing**

emergenze, ATO ecc.) in violazione dei principi comunitari in materia di *in house providing*. In ragione di ciò la Società è stata formalmente censurata e richiamata all'osservanza dei principi comunitari che regolano gli affidamenti diretti secondo i requisiti elaborati dalla sentenza Teckal e dalla giurisprudenza che ha fatto seguito alla medesima. La Società è stata, altresì, richiamata al rispetto delle norme del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per gli appalti a valle. Dall'indagine è emerso, infatti, che, nonostante la Società vi fosse tenuta in quanto amministrazione aggiudicatrice, nella specie dell'organismo di diritto pubblico – operante nei settori ordinari – la medesima non ha mai dato applicazione al Codice dei contratti pubblici nell'affidamento a terzi dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

Una ulteriore indagine in corso di particolare rilevanza ed interesse per la collettività riguarda la predisposizione e l'espletamento di gare per la fornitura di farmaci. L'Autorità, a seguito di indagini attivate autonomamente e di problematiche sollevate dall'Associazione delle imprese del farmaco, ha esaminato con attenzione la specifica tematica inerente le gare per l'affidamento di forniture di prodotti farmaceutici destinati ad aziende sanitarie ed ospedali.

**Gare per la
fornitura di
farmaci**

In particolare, le riflessioni muovono dall'esame delle prassi segnalate, in uso presso le amministrazioni sanitarie quali:

- offerte con ribassi di rilevante entità;
- mancata verifica della congruità dell'offerta economica;
- indeterminatezza delle quantità dei farmaci messe in gara e ampliamenti delle forniture;
- indeterminatezza della durata dell'appalto e automatismi delle proroghe;
- fenomeni distorsivi generati dalla presenza di pochi produttori di singoli principi attivi dei medicinali oggetto di gara.

L'attività preliminare posta in essere è stata effettuata con l'ausilio della Guardia di Finanza, mediante un censimento delle Aziende Sanitarie e delle Centrali d'acquisto regionali, che effettuano acquisti di prodotti farmaceutici dal quale ricavare un

campione significativo ai fini dell'acquisizione di dati strutturati, necessari alla verifica della reale consistenza dei fenomeni segnalati.

L'intervento dell'Autorità è stato, in seguito, diretto alla conoscenza del mercato dell'offerta, tramite consultazioni con gli operatori del settore, quali ASL Regionali, Aziende Ospedaliere, Centrali Regionali d'acquisto.

Da tale analisi è emerso che, per ottenere economie di scala e creare strutture organizzative più snelle e funzionali ai fini dell'acquisizione e distribuzione di medicinali, numerose regioni hanno previsto l'accorpamento di aziende sanitarie attraverso ASL Capofila operanti per conto delle altre ASL Regionali, al fine di aggregare le procedure di acquisto.

Ulteriori soggetti delegati ad assolvere le funzioni di centrale d'acquisto in ambito sanitario sono le Centrali d'Acquisto Regionali di settore, rientranti nella dizione dell'art.33 del Codice dei contratti, istituite specificatamente in forza di Leggi Regionali e possedute integralmente dalle Regioni.

Le preliminari consultazioni, tenutesi presso questa Autorità, hanno evidenziato in genere comportamenti omogenei tra le varie amministrazioni appaltanti nella formulazione dei bandi, dei capitolati di gara e nella richiesta dei requisiti degli operatori.

Ad oggi le gare esaminate hanno evidenziato la presenza di centinaia – in alcuni casi anche migliaia – di lotti, aventi ad oggetto l'acquisto dei medesimi principi attivi, la cui aggiudicazione avviene, in genere, per singolo lotto con il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del D.Lgs. 163/2006.

Spesso tali lotti vanno deserti e conseguentemente le amministrazioni aggiudicatrici affidano la fornitura con procedura negoziata ai fornitori titolari esclusivi del principio attivo messo in gara. Frequentemente nei capitolati di gara viene anche prevista la rinegoziazione del prezzo dal momento in cui viene immesso sul mercato un farmaco equivalente