

specificando, in linea con precedenti arresti del Consiglio di Stato (Cons. Stato, 23 gennaio 1991, n.63; Cons. Stato, 11 aprile 1990, n. 369; Cons. Stato, 21 dicembre 1984, n. 960), che l'adozione di ordinanze *extra ordinem*, c.d. 'di necessità', deve essere giustificata dall'urgenza di provvedere senza indugio in ordine a situazioni di pericolo eccezionali ed imprevedibili che non possono essere immediatamente eliminate con il ricorso agli altri mezzi offerti dall'ordinamento. Con la Determinazione del 2002 è stato, quindi, ribadito che le ordinanze in esame devono avere un'efficacia limitata nel tempo e circoscritta alla preesistenza della situazione di emergenza in quanto una deroga alle disposizioni vigenti, introdotta da una situazione eccezionale, non può permanere *sine die*.

Ed ancora, nel 2004 con due diverse determinazioni (Determinazione n. 1 del 14 gennaio 2004 e Determinazione n.4 del 21 aprile 2004) l'Autorità ha avuto modo di precisare presupposti e limiti delle ordinanze contingibili ed urgenti specificando che il potere derogatorio di tali ordinanze non può essere esercitato nei confronti delle norme riguardanti il controllo e la vigilanza sull'esecuzione dei lavori pubblici, mancando il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e procedimento di controllo secondo la normativa vigente (Determinazione n. 1 del 14 gennaio 2004). Il regime derogatorio, infatti, dovrebbe avere come unico fine quello di garantire uno snellimento delle procedure e non anche pregiudicare un eventuale controllo inerente il rispetto di elementi fondamentali quali il possesso delle certificazioni, oppure l'assolvimento degli obblighi contributivi o il rispetto della normativa sull'impiego della mano d'opera e della sicurezza, ovverosia taluni ambiti di intervento propri dell'azione di vigilanza dell'Autorità.

È stato altresì rilevato come possano configurarsi situazioni di illegittimità laddove la determinazione di affidamento dei lavori in deroga alla normativa ordinaria avvenga in data successiva alla cessazione dello stato di emergenza previsto nella relativa delibera del Dipartimento della Protezione Civile e qualora il lasso di tempo trascorso abbia consolidato lo stato di fatto e quindi reso normale la necessità di intervenire (Determinazione n.4 del 21 aprile 2004).

L'interesse dell'Autorità per il fenomeno delle ordinanze contingibili ed urgenti non si è manifestato solo in occasione dell'emanazione delle deliberazioni sopra indicate, ma si è concretizzato anche nell'analisi di fattispecie specifiche quali il grande evento "Mondiali di nuoto Roma 2009", individuato con DPCM 14 ottobre 2005 e l'emergenza idrica.

Nel primo caso, come già sopra rilevato, l'Autorità ha avuto modo di rappresentare alcune perplessità circa l'ambito applicativo delle ordinanze in deroga (Relazione Annuale al Parlamento del 2007; segnalazione al Governo ed al Parlamento dell'aprile 2008). Segnatamente, è stato ricordato che il potere di deroga alla normativa primaria conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, in quanto di natura eccezionale e strumentale al superamento dell'emergenza non può espletarsi nei confronti di disposizioni preordinate al rispetto dei principi fondamentali di matrice comunitaria (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità). In questi termini, l'Autorità non ha fatto altro che ribadire quanto già rilevato dalla Commissione Europea nelle procedure di infrazione aperte nel 2003 contro l'Italia per violazione di norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici e successivamente recepito nella Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre 2004.

Con riferimento all'emergenza idrica, l'Autorità ha pubblicato, nell'anno 2007, un'articolata relazione sulla base dell'analisi delle numerose ordinanze della Protezione Civile. Tale relazione ha costituito l'occasione per rilevare come nella gestione degli interventi afferenti ad alcuni settori strutturali, come quello delle risorse idriche, sia più efficace e meno costoso anticipare le decisioni e prevenire, piuttosto che reagire in condizioni di emergenza agli eventi che si manifestano. È stato messo in evidenza, infatti, che esistono, allo stato, indicatori capaci di rendere manifesta la situazione critica, facendo scattare diversi livelli di preallarme, con sufficiente anticipo per consentire di attuare le misure necessarie. La relazione ha pertanto rilevato come, viceversa, la deroga alle norme sugli appalti prevista dai decreti emergenziali non sia stata efficace ai fini di una

pronta costruzione di opere che richiedono generalmente lunghi tempi di realizzazione. Ciò in quanto tale deroga si è spesso risolta in una scelta procedurale (preferenza di affidamenti con procedure negoziate, anziché con procedure aperte e/o ristrette) che ha comunque comportato un risparmio in termini temporali irrisorio a fronte dei lunghi tempi di realizzazione delle opere. Alla luce di queste considerazioni l'Autorità ha avuto occasione di rilevare, già nel 2007, come le deroghe consentite dalle ordinanze che decretano lo stato di emergenza sono state talvolta utilizzate in modo strumentale, senza alcuna effettiva riduzione dei tempi di realizzazione rispetto alle procedure ordinarie.

Il lungo percorso di evoluzione sopra ricordato permette di enucleare, sinteticamente, i principi indefettibili ai quali è necessario attenersi nella realizzazione di opere in regime di emergenza. I presupposti per l'adozione delle ordinanze in esame vanno individuati nell'*urgenza*, intesa come indifferibilità dell'atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici; nella *contingibilità*, intesa come straordinarietà, accidentalità ed imprevedibilità e nella *temporaneità*, in quanto gli effetti del provvedimento devono essere limitati nel tempo, in stretta correlazione con la persistenza dello stato di necessità (si veda Corte Costituzionale, Sentenze n. 201/1987e, da ultimo n. 127/95). Per ciò che attiene ai limiti di queste ordinanze essi sono individuati, oltre che nei *principi generali dell'ordinamento* (art. 5 legge n.225/92), anche nella *ragionevolezza e proporzionalità* tra il provvedimento e la realtà circostante (in questi termini chiaramente la Corte Costituzionale, Sent. n. 127/1995, la Cassazione Civile, Sez. Unite, Sent. n.4813/2006; il Consiglio di Stato, Sent. n.1270/2006), nonché nell'obbligo di *motivazione* (art. 5 legge n.225/92) ed eventuale pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non sia a contenuto individuale. Fondamentale precisare, altresì, che le ordinanze in questione non possono derogare alle leggi nella loro interezza, dovendone indicare specificamente le parti la cui efficacia è sospesa per il tempo necessario ad affrontare l'emergenza (Corte Cost. Sent. n. 127/95), a pena di illegittimità dell'ordinanza stessa (Cons. Stato Sent. 3 febbraio 1998 n. 197).

In ultimo, merita sicura menzione, con specifico riferimento alla nozione di “grande evento”, il recentissimo intervento della Corte dei Conti che con Deliberazione n.5/2010 ha riconosciuto che negli anni più recenti il ricorso alle ordinanze di necessità ed urgenza è cresciuto in modo considerevole in relazione ad eventi svincolati dal carattere emergenziale e ad iniziative destinate a concludersi in archi temporali ampi e non del tutto riconducibili al concetto di “grande evento”. La Corte ha in particolare suggerito un uso più misurato dello strumento del “grande evento”. E’ stato precisato, pertanto, che rientra nella competenza del Dipartimento della Protezione Civile non qualsiasi grande evento, ma soltanto quegli eventi che, pur diversi da calamità naturali e catastrofi, determinano situazioni di grave rischio per l’integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell’ambiente dai danni o dai pericoli di danno. Da ciò discende che anche i “grandi eventi”, per rientrare nella competenza della protezione civile, devono appartenere al più ampio genere costituito dalle situazioni di grave pericolo.

L’orientamento da ultimo espresso dalla Corte dei conti appare certamente condivisibile, così come si ritiene necessario raccomandare, per il futuro, un ricorso limitato agli interventi emergenziali che si attenga strettamente ai principi e limiti sopra indicati. Ciò non solo in considerazione dei profili di legittimità già rilevati, ma anche al fine di evitare turbative del mercato che si traducono in una sistematica alterazione della libera concorrenza. Dal punto di vista economico, infatti, gli interventi emergenziali attuati in forza di ordinanze in deroga costituiscono, come è stato riscontrato, canali privilegiati per affidamenti – anche di notevole importo – spesso svincolati non solo dal rispetto delle ordinarie regole procedurali, ma anche da ogni controllo, preventivo, *in itinere* ed *ex post*. In un simile scenario vi è il serio pericolo di rendere il sistema di mercato non più coerente con il principio di parità di trattamento degli operatori del settore, con tutte le gravissime conseguenze che ciò comporta sia in termini di malcontento degli operatori che di perdite economiche e maggiore spesa.

CAPITOLO VIII

LE INDAGINI CONOSCITIVE DI SETTORE

8.1 Analisi ricognitiva sugli affidamenti dei servizi di gestione e smaltimento dei rifiuti

Il Consiglio dell'Autorità, nel novembre 2008, ha disposto l'avvio di un'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione del sistema di gestione integrata dei rifiuti, mediante acquisizione di documentazione di settore e di informazioni da parte di Regioni/Province autonome e Comuni capoluogo di provincia. Dagli accertamenti preliminari condotti era emersa una situazione di incertezza applicativa delle norme del Codice ambientale.

Pertanto, ai fini della successiva verifica riguardante diverse realtà territoriali, è stato selezionato un campione di soli casi in cui l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti è avvenuto ricorrendo alle modalità dell'*in house*.

L'indagine, orientata a verificare le modalità di affidamento dei servizi anche alla luce della giurisprudenza comunitaria ed alla previsione contenuta nell'art. 23 bis della legge 133/2008 e s.m.i., è proseguita nel corso del 2009 concludendosi con l'adozione della Deliberazione n. 2 del 13 gennaio 2010.

Dalla verifica svolta è emerso che la filiera della gestione dei rifiuti, concepita dal legislatore come un ciclo chiuso, risulta frammentata e affidata spesso a vari gestori nelle sue diverse fasi di raccolta, spazzamento, trasporto, recupero e controllo, in contrasto con il Codice Ambientale.

Infatti, a dieci anni dall'entrata in vigore del Decreto Ronchi e degli aggiornamenti del Testo unico sull'ambiente del 2006, le Regioni non hanno ancora dato piena applicazione alla normativa: solo pochi Ambiti Territoriali Ottimali (ATO) sono stati individuati (soprattutto nel centro nord), e pochissime, pressoché assenti, le relative Autorità d'ambito.

Il mancato trasferimento delle competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti, alle citate Autorità, ha comportato il perdurare della

**Servizi di
gestione e
smaltimento
dei rifiuti**

frammentazione dei servizi dei rifiuti, non soltanto dal punto di vista territoriale, ma anche nella gestione delle varie tipologie di servizio delle attività di raccolta, trasporto, recupero e smaltimento ed il connesso controllo di tali operazioni e delle discariche dopo la chiusura.

Per quanto riguarda invece l'utilizzazione dei beni strumentali per il servizio di gestione dei rifiuti, ossia gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali già esistenti al momento dell'assegnazione del servizio, essi sono conferiti in comodato ai soggetti affidatari del medesimo servizio (art. 202 comma 4).

Lo spirito informatore del Codice Ambientale accorda, quindi, il riconoscimento di infrastrutture essenziali agli impianti di smaltimento e trattamento non duplicabili localmente. Infatti, ove non vi sia coincidenza tra il soggetto incaricato della raccolta e del trasporto ed il gestore incaricato del trattamento, in quanto proprietario di discarica o di impianti a ciò deputati, tali infrastrutture dovranno essere poste nella disponibilità degli aggiudicatari del servizio integrato.

Su 28 casi analizzati, 7 Comuni sono risultati conformi, 12 Comuni dovranno adottare appositi rimedi mediante modifiche delle clausole statutarie delle società controllate, mentre i rimanenti 9 Comuni sono stati giudicati non conformi alla normativa.

In molti casi la scelta dell'amministrazione locale di procedere alla produzione *in house* dei servizi, è stata realizzata in mancanza della sussistenza dei requisiti necessari.

L'Autorità ha inviato ai Comuni ed alle Società di gestione interessate la citata Deliberazione, corredata di singole schede contenenti valutazioni e indicazioni alle quali le amministrazioni dovranno adeguarsi.

In particolare sulle gestioni la cui conformità è subordinata all'attuazione dei rimedi secondo gli indirizzi espressi dall'Autorità nella specifica scheda, sono stati invitati i soggetti interessati a porre in atto le conseguenti misure, indicandone nel tempo stabilito le precise modalità e i termini per l'attuazione delle stesse.

L'esame dell'affidamento del servizio in parola per le società miste pubblico-private, sarà oggetto di specifiche indagini volte a verificare la

procedura di evidenza pubblica esperita per l'individuazione del socio privato, così come per i rapporti contrattuali in essere tra eventuali gestori del servizio integrato e i proprietari di discarica, indagine volta a verificare le modalità procedurali con cui vengono attivati tali rapporti.

8.2 Modalità di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale su gomma

Le modalità di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale su gomma da parte dei Comuni capoluoghi di Regione sono state oggetto di ulteriore indagine effettuata nel corso del 2009. Dai dati acquisiti è emerso in primo luogo che nei Comuni Capoluoghi di Regione la gestione del TPL su gomma è affidata a privato scelto con gara in 7 casi, a società definite *in house* in 7 casi, in via diretta in 5 casi e a società mista con socio privato scelto con gara in 2 casi.

Il ricorso alla società mista (costituita previa gara "a doppio oggetto") è stato molto limitato, mentre per la maggior parte si rinvencono casi di affidamenti *in house*, alcuni mediante gara ed altri con affidamenti diretti.

In riferimento all'*in house*, si è rilevata la difficoltà di conciliare il rispetto della nuova normativa in materia di servizi pubblici locali con l'esigenza di tutela dei livelli occupazionali, spesso consistenti, nelle società pubbliche comunali. Si è evidenziato altresì come risulti abbastanza evidente la difficoltà dei Comuni nell'avviare le nuove procedure di gara. Ciò - si ritiene - essenzialmente in ragione del forte radicamento sul territorio degli attuali gestori del servizio di TPL, radicamento indubbiamente determinato dalle peculiarità del servizio che richiede una presenza nel territorio dell'ente locale di risorse strumentali e umane per un periodo di durata medio-lunga.

Le difficoltà nell'avvio delle gare trovano oggi, in parte, soluzione nel nuovo testo dell'art. 23-bis della legge 133/2008, introdotto dal D.L. 135/2009, in particolare attraverso:

- la riconosciuta applicabilità della disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica al settore del trasporto pubblico locale

**Modalità di
affidamento
del servizio di
trasporto
pubblico locale
su gomma**

su gomma, essendo espressamente escluso, dal suo ambito di applicazione, solo il *“trasporto ferroviario regionale”*;

- la rivisitazione della disciplina del periodo transitorio, con una casistica più dettagliata e relative scadenze massime diversificate e soprattutto di maggiore respiro (v. sopra);
- l'espressa previsione della società mista c.d. *“a doppio oggetto”* accanto all'altra forma ordinaria di conferimento della gestione costituita dalla procedura ad evidenza pubblica (v. sopra).

L'art. 23-bis, al comma 2, lettera a), nel prevedere come forma ordinaria di affidamento la gara ad evidenza pubblica, richiama *“il rispetto dei principi del Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”*.

Il richiamo ai (soli) *“principi generali”* potrebbe far sorgere qualche perplessità circa l'applicazione del Codice dei contratti, ciò anche alla luce di quanto previsto dall'art. 23 del Codice, ai sensi del quale il Codice stesso non si applica *“agli appalti delle stazioni appaltanti relativi alla prestazione di un servizio al pubblico di autotrasporto mediante autobus, già esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE in virtù dell'articolo 2, paragrafo 4, della stessa”*. Al riguardo, è invero essenziale precisare che il servizio di TPL rientra tra i servizi di trasporto pubblico su gomma non già esclusi dal campo di applicazione della direttiva n. 93/38/CEE - in quanto non in regime di piena concorrenza - ed è, pertanto, soggetto al Codice dei contratti proprio in forza del disposto di cui all'art. 23 del medesimo..

La riprova del fatto che il TPL su gomma non sia ancora in regime di piena concorrenza è del resto contenuta nello stesso art. 18, comma 2, del D.Lgs. 422/1997, il quale espressamente prescrive che, allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l'affidamento dei servizi di TPL si devono utilizzare procedure concorsuali *in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi*.

La normativa di settore, appena citata deve, tuttavia essere coordinata con l'art. 23-*bis* della legge n. 133/2008 e quest'ultimo con il Regolamento (CE) N. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, applicabile in via principale ai servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada.

Il suddetto Regolamento CE opera una fondamentale distinzione tra i contratti per la fornitura di servizi di trasporto con autobus o con tram che assumono la forma di contratti di "appalto di servizi" e contratti che assumono la forma di "concessione di servizi"; per i primi, infatti, il Regolamento CE rimanda all'applicazione delle direttive appalti del 2004 (e, dunque, della normativa nazionale di recepimento), mentre solo i secondi rientrano nel campo di applicazione dello stesso Regolamento comunitario e della disciplina in esso contenuta (cfr. artt. 5, par. 1, e 8, par. 1, Reg. CE).

Il Regolamento CE disciplina aspetti relativi all'affidamento dei servizi (prevedendo ipotesi di affidamento *in house* e di affidamenti diretti in ragione del valore), al contenuto minimo obbligatorio dei contratti di servizio, alle ipotesi di proroga dei contratti, alle procedure di gara da espletare ed alle forme di pubblicità da osservare. Con riguardo a questi ultimi due aspetti, il regolamento citato introduce il concetto di gara "equa", stabilendo (articolo 5) che, fatte salve le ipotesi previste dallo stesso regolamento, i contratti di servizio pubblico sono aggiudicati mediante una procedura di gara "equa, aperta a tutti gli operatori" nel rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione.

La necessità di un coordinamento tra le diverse fonti normative ha indotto l'Autorità a proporre un Atto di Segnalazione a Governo e Parlamento. Appare, dunque, piuttosto importante ed urgente rappresentare la questione del coordinamento tra le fonti normative citate al legislatore, auspicando una migliore chiarificazione in seno al regolamento attuativo dell'art. 23-*bis*.

8.3 Attività contrattuale delle Centrali di Committenza

Nell'anno 2009 è proseguita l'indagine sull'attività contrattuale di 13 Centrali di Committenza Regionali rispetto a quelle presenti nel territorio, sullo stato delle iniziative intraprese per l'attuazione del cosiddetto "sistema a rete" promosso dal Ministero dell'Economia e la verifica delle modalità con cui esse operano contrattualmente individuandone le eventuali criticità.

L'indagine svolta ha una particolare rilevanza politico-economica in relazione al compito attribuito dal legislatore allo strumento della centralizzazione degli acquisti quale efficace strumento di contenimento e miglioramento della spesa pubblica, in particolare quella sanitaria e, in definitiva, dello scenario economico attuale.

Attività
contrattuale
delle centrali
di committenza

Il quadro complessivo evidenzia la presenza sul mercato di centrali di committenza con una consolidata operatività, elevata capacità contrattuale, ma anche realtà caratterizzate da una ridotta operatività o non ancora attive sul mercato. Pur con *trend* in crescita negli ultimi anni risulta ancora modesta, rispetto al dato complessivo nazionale, l'incidenza dell'attività contrattuale delle centrali d'acquisto regionali sul dato nazionale. Si rafforza, nell'istituto della centralizzazione degli acquisti, il ruolo della programmazione della domanda quale strumento strategico discriminante per il raggiungimento degli obiettivi di contenimento della spesa pubblica.

Dallo studio risulta che il ricorso alle gare telematiche ed alle aste elettroniche è ancora marginale ed è da porre anche in relazione alla non effettiva operatività del sistema a rete delle Centrali, previsto nella legge finanziaria 2007, nel contesto del Sistema Nazionale di *e-Procurement*, ad oggi ancora in fase di sviluppo.

L'art. 33 del D.Lgs. n° 163/06 recependo la disciplina contenuta nelle direttive comunitarie, prevede che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possano acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza.

Il sistema a rete ha tra gli obiettivi principali quello di migliorare l'efficienza della Pubblica Amministrazione favorendo il ciclo di convergenza digitale, l'interoperabilità e la cooperazione fra le

amministrazioni, migliorando la trasparenza, il controllo e l'efficacia della spesa pubblica anche mediante la tracciabilità dei processi.

Il progetto 'sistema a rete' vede coinvolti i ministeri dell'Economia e delle Finanze e della Salute, i dipartimenti Affari Regionali e Autonomie e Innovazioni e Tecnologie della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

L'indagine è stata rivolta anche ad un approfondimento specifico su una centrale d'acquisto sanitaria regionale selezionata in termini di rappresentatività territoriale, di entità dell'attività contrattuale svolta e di pluriennale operatività sul territorio.

Dai dati dell'accertamento svolto sull'attività contrattuale di 13 Centrali di Committenza Regionali è emerso che nel periodo luglio 2006/dicembre 2008, sono state bandite gare per dieci miliardi di euro, corrispondente a poco meno del 10% del totale nazionale, concentrate per l'87% nel settore sanitario e, territorialmente, nel centro nord. Su 2.761 procedure di gara espletate nel periodo i ribassi medi ottenuti si avvicinano al 22% circa, valore superiore di circa il 40% del corrispondente dato nazionale rilevato nell'anno 2008, a conferma del positivo effetto generato dal processo di aggregazione della domanda.

Inoltre, poiché dall'indagine generale svolta sono emersi specifici profili di conflitto con il codice dei contratti pubblici, l'Autorità ha attivato un'indagine *ad hoc* nei confronti di una tra le più importanti centrali di acquisto regionali sanitarie, la Estav Centro, presente nella regione Toscana, nei confronti della quale sono state mosse delle contestazioni, inviate anche alle Aziende Sanitarie aderenti.

Dal punto di vista dell'offerta si è registrata, nel caso in questione, la tendenza ad una concentrazione del mercato, per effetto dei più ampi requisiti di capacità tecnico-economica connessi ai maggiori importi contrattuali messi a gara, con conseguente riduzione del numero medio dei partecipanti con particolare riferimento alle piccole e medie imprese.

In primo luogo è stato osservato come l'azione dell'ESTAV Centro, seppur inserita in un corretto contesto normativo di riferimento che attribuisce alla programmazione un ruolo centrale della conseguente attività contrattuale scandendone tempi idonei all'espletamento dell'azione

istituzionalmente attribuita all'Ente, nella pratica debba invece rapportarsi ad una rilevante componente di attività non programmata.

Tale attività incide considerevolmente sulla massa complessiva degli affidamenti influenzando numericamente per più della metà e per circa un quarto in termini di valore economico degli stessi.

L'incidenza dell'attività non programmata collide, inoltre, con i principi generali di economicità, efficienza ed efficacia, sanciti dallo stesso art.2 del regolamento dell'Ente, che devono caratterizzarne l'operato nonché, per i forti riverberi di natura gestionale ed operativa, con quello attribuito all'Ente dall'art.4 *“di pervenire, attraverso una rielaborazione del programma annuale, alla individuazione di gruppi omogenei di beni e servizi e strategie d'acquisto mirate a conseguire economie e razionalizzazioni di spesa”*.

Su tale ultimo aspetto si deve rilevare come l'operato dell'Ente raggiunga soltanto parzialmente l'obiettivo assegnato di ottimizzazione della spesa sia per effetto della necessità di soddisfare numerose richieste estemporanee provenienti dalle Aziende, non in grado di consentire una adeguata aggregazione della domanda, sia in relazione alle diverse scadenze riscontrabili in numerosi contratti per categorie di beni o servizi di natura analoga e quindi potenzialmente aggregabili sia, ancor più, per la mancanza di standard prestazionali di riferimento validi per tutte le Aziende richiedenti.

Un secondo aspetto oggetto di riflessione critica è quello legato al diffuso utilizzo di istituti ormai non più consentiti nella prassi amministrativa della contrattualistica pubblica quali le proroghe e rinnovi di contratti ovvero di altri istituti non in linea con le previsioni normative comunitarie e nazionali.

Ci si riferisce alla cosiddetta “Clausola di estensione” che consente di fatto all'Ente, effettuando una gara per un certo importo e con qualificazioni ad esso rapportate, di estendere, spesso anche oltre il quinto d'obbligo, il contratto ad altra Azienda richiedente.

L'introduzione di tale previsione nel regolamento dell'Ente appare in netto contrasto con i principi sanciti dall'art.33 e dall'art.256 del Codice dei Contratti.

Il Codice dei Contratti Pubblici regola infatti all'art.33 l'operato delle Centrali di Committenza, attraverso la previsione che le stesse sono tenute all'osservanza generalizzata delle disposizioni in esso contenute. Lo stesso Codice prevede inoltre espressamente all'art.256 l'abrogazione delle disposizioni contenute nell'art. 3 comma 1-ter del D.Lgs.n°502/92 che consentiva alle Aziende del Servizio Sanitario Nazionale un regime speciale per l'acquisizione dei beni e servizi al di sotto della soglia comunitaria sulla base di specifici atti regolamentari adottati dall'Azienda.

Si è rilevato inoltre nell'attività contrattuale dell'Ente un ricorso, seppur marginale, ad affidamenti diretti cd. "in esclusiva" sulla base di richieste specifiche formulate dalle ASL fondati sull'esigenza, ritenuta indispensabile dall'operatore sanitario, di un bene di caratteristiche assolutamente definite riconoscibili in capo ad un unico operatore.

In merito ai tempi di pagamento dei fornitori riscontrati, di valore medio di poco inferiori ai 180 giorni, si deve rilevare il notevole scostamento rispetto a quelli massimi previsti, in via generale, dalla legislazione nazionale vigente (30 giorni previsti dal D.Lgs.231/2002).

È stato rilevato, inoltre, in conseguenza della incapacità da parte della stazione appaltante di saldare il debito nei tempi di legge e/o di contratto, il diffuso ricorso a transazioni commerciali con gli operatori economici creditori per la dilazione dei termini di pagamento che prevedono la rinuncia agli interessi di mora maturati e maturandi sui crediti unitamente a qualsiasi azione giudiziaria di recupero del credito.

Su tale fenomeno si è peraltro recentemente attivato il legislatore con l'emanazione della Legge n° 102 del 3/8/2009 che introduce una articolata serie di misure volte alla auspicata risoluzione del problema, oggi molto diffuso e sentito su tutto il territorio nazionale.

L'Autorità ha ritenuto che la frequenza rilevata del ricorso agli istituti della proroga e del rinnovo, utilizzabili solo in via eccezionale, nonché della clausola di estensione, costituisca evidenza di un loro uso sistematico che configura una inosservanza delle specifiche previsioni normative di cui agli art.33 e 256 del D.Lgs. n° 163/2006 nonché della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Ha, inoltre,

rilevato che la rilevante attività non programmata della centrale di committenza oltre a violare gli art. 2 e 4 del regolamento sulle attività contrattuali adottato da Estav Centro, non rispetti, altresì, i principi di economicità ed efficacia.

8.4 Problematiche connesse alle gare per la fornitura di farmaci

Nel corso del 2009 è proseguita l'indagine di particolare rilevanza ed interesse per la collettività riguardante la predisposizione e l'espletamento di gare per la fornitura di farmaci destinati ad aziende sanitarie ed ospedali. Le attività sono state indirizzate al raggiungimento di due obiettivi principali: approfondire alcuni aspetti economici legati alla struttura del mercato farmaceutico e analizzare in modo più puntuale le criticità emerse nella fase preliminare.

Per quanto riguarda il primo obiettivo, sono stati effettuati degli approfondimenti sulle caratteristiche della filiera – produzione, distribuzione all'ingrosso e al dettaglio, sul meccanismo di regolamentazione dei prezzi dei farmaci, sulla diffusione dei farmaci generici. L'analisi ha evidenziato alcuni punti critici, già precedentemente sollevati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato fra cui:

- i) la modalità di remunerazione della componente distributiva del prezzo dei farmaci che, legando il margine di ricavo al prezzo di vendita al pubblico, spinge il sistema alla commercializzazione dei prodotti più costosi;
- ii) la regolamentazione dei prezzi. Attraverso un meccanismo di contrattazione tra AIFA (l'Agenzia Italiana del Farmaco) e aziende produttrici, viene definito il prezzo di vendita al pubblico dei farmaci rimborsati dal Servizio Sanitario Nazionale. La determinazione "a monte" ha permesso negli anni di contenere i prezzi dei farmaci brevettati, ma ha anche favorito la compressione del differenziale di prezzo rispetto ai farmaci equivalenti, contribuendo a limitarne la penetrazione nel mercato.

Il secondo obiettivo è stato quello analizzare più nel dettaglio il fenomeno dei ribassi di rilevante entità, la mancata verifica di congruità

**Problematiche
connesse con le
gare per la
fornitura di
farmaci**

dell'offerta, l'indeterminatezza delle quantità poste a base di gara, l'indeterminatezza della durata dell'appalto e gli automatismi delle proroghe.

A seguito di una ricognizione degli assetti normativi e dei principali orientamenti giurisprudenziali sulle varie tematiche, l'attività si è focalizzata sull'analisi di due procedure specifiche: quella espletata da una primaria Azienda Ospedaliera di Palermo, per un importo pari a di euro 926.474.000,00, suddiviso in 2.035 lotti, e quella espletata da una Azienda Ospedaliera di Milano, per un importo pari a euro 6.804.252,88 suddivisa in 10 lotti.

I dati delle gare hanno evidenziato da un lato, uno scarso livello di concorrenza su un numero rilevante di lotti – per i quali sono state presentate una o nessuna offerta – dall'altro, un'accesa competizione su un nucleo più ristretto di lotti, che ha prodotto talvolta ribassi del 99%. Alcuni approfondimenti hanno messo in rilievo che il confronto concorrenziale tende a svilupparsi maggiormente sui lotti associati a principi attivi non più coperti da brevetto – sui quali competono sia ditte *originator* sia ditte produttrici di farmaci equivalenti –, mentre appare scarso o del tutto assente su quelli relativi a principi attivi tutelati da esclusiva – i quali vengono spesso aggiudicati al prezzo a base di gara o tramite di negoziazione diretta con la ditta titolare del brevetto dopo che il lotto è andato deserto.

La negoziazione diretta nei casi esaminati raggiunge una percentuale tra il 25% ed il 50% dei lotti aggiudicati.

L'accesa competizione su alcuni lotti potrebbe essere favorita da molteplici fattori, fra i quali la crescente aggregazione della domanda – realizzata tramite le centrali di committenza regionali o lo svolgimento di procedure di gara in forma “associata” –, l'indeterminatezza delle quantità poste a base di gara, che può generare nei concorrenti l'aspettativa di un aumento sensibile dei prodotti effettivamente acquistati rispetto quanto stimato nel bando di gara, e la possibilità di recuperare margini di profitto attraverso le vendite di farmaci nell'ambito della continuità ospedale-territorio.

Un altro aspetto collegato ai ribassi offerti in gara è rappresentato dalle modalità di determinazione della base d'asta. Talvolta questa viene definita a partire dal prezzo del principio attivo contrattato tra azienda produttrice e l'AIFA decurtato degli sconti obbligatori imposti dalla normativa; altre volte, invece, è fissata sulla base dei prezzi di aggiudicazione delle gare precedenti. In tale ultimo caso, se i prezzi di aggiudicazione sono molto bassi, nell'ordine dei decimi o centesimi di euro, è naturale attendersi che i ribassi offerti nelle successive procedure di affidamento possano avvicinarsi al 100% e generare quindi problematiche in sede di verifica della congruità dell'offerta.

Un terzo elemento potenzialmente problematico è rappresentato dalle modalità di rinegoziazione del prezzo del farmaco in seguito alla scadenza del relativo brevetto in corso di fornitura. Si è riscontrato che tale negoziazione avviene spesso con il solo aggiudicatario, quando sarebbe opportuno consentire a tutti gli operatori interessati, ad esempio produttori di farmaci equivalenti a quello il cui brevetto è scaduto, di formulare la propria offerta e prendere parte al confronto competitivo.

8.5 Utilizzo dell'Avvalimento

Nel corso del 2009 è stata avviata un'indagine conoscitiva sull'istituto dell'avvalimento attraverso il monitoraggio delle modalità applicative e il riscontro di eventuali fenomenologie incidenti sulla corretta applicazione dell'istituto stesso.

L'avvalimento costituisce un meccanismo di qualificazione negli appalti sopra e sotto soglia di lavori, servizi e forniture, cristallizzato nel nostro ordinamento giuridico mediante la disciplina contenuta nel Codice dei Contratti negli artt. 49 (avvalimento occasionale) e 50 (avvalimento stabile) per i settori ordinari, e artt.230 e ss. per i settori speciali.

Nel corso dell'indagine, sono stati approfonditi diversi casi di avvalimento, selezionati tra la documentazione trasmessa ai sensi dell'art. 49, comma 11, del D.L.vo 163/2006.

**L'istituto
dell'avvalimento**