

DELIBERAZIONE N. 7 Adunanza del 19 gennaio 2011

VISF/GE/09/47182.

Oggetto: Indagine sugli appalti di servizi e forniture nel settore sanitario in Puglia.

Stazione appaltante: Azienda Ospedaliera Policlinico di Bari.

Riferimenti normativi: art. 23 Legge 18 aprile 2005, n°62; artt. 2,56,57,89 del D.Lgs.n°163/2006 e s.m.i..

Vista la normativa sopra richiamata;

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture.

Considerato in fatto.

In data 4 agosto 2009 l'Autorità ha ritenuto di avviare un'indagine sugli appalti nel settore sanitario in Puglia al fine di verificare la corretta applicazione della normativa in materia di contratti pubblici nei confronti di alcune stazioni appaltanti ed in particolare del Policlinico di Bari.

A tal fine è stata richiesta alla S.A. una relazione sull'attività contrattuale svolta dall'entrata in vigore del codice degli contratti, accompagnata da informazioni e documentazione relative a ciascun contratto aggiudicato.

La S.A. ha trasmesso una relazione e delle tabelle riepilogative dei contratti affidati aventi ad oggetto l'acquisizione di beni e servizi generali e di forniture specifiche del settore sanitario.

Dal complesso delle informazioni acquisite sono stati rilevati acquisti di beni relativi al settore sanitario per un importo di circa €290.000.000. Più in particolare, l'analisi della documentazione istruttoria ha permesso di identificare oltre 500 contratti di fornitura relativi a prodotti di varia natura fra cui farmaci, emoderivati, materiale TNT, dispositivi chirurgici, apparecchiature medicali, materiali da laboratorio.

Una prima analisi delle informazioni raccolte ha evidenziato presunte irregolarità con riferimento a svariati contratti di fornitura attivati tra il 2007 ed il 2010.

I principali aspetti emersi nel corso dell'istruttoria sono:

- le proroghe contrattuali;
- gli affidamenti di contratti ad importi superiori ai valori posti a base di gara;
- l'utilizzo di procedure negoziate.

Il fenomeno della proroga è emerso in modo evidente dalla Delibera n.484 del 08/04/2009 contenente aggiornamenti sullo stato di 40 contratti scaduti, tra cui quelli per la fornitura di materiali diagnostici, dispositivi di protezione individuale, materiale in TNT, presidi per laparoscopia, suture, ed altri dispositivi di varia natura. Nella delibera si da conto dell'avvenuta stipula di alcuni contratti e della necessità di prorogarne altri fino alla data del 31/12/2009.

La problematica degli affidamenti ad importi superiori al relativo valore posto a base d'asta, riscontrata relativamente a diverse procedure di gara, in molti casi svolte con il principio dell'evidenza pubblica, emerge dal confronto fra il contenuto delle tabelle riepilogative "Appalti e Contratti" relative agli anni 2008-2009 fornite dall'amministrazione, nelle quali sono riportate sia le basi d'asta sia gli importi di aggiudicazione, e quello delle delibere di affidamento delle relative forniture.

Dall'analisi della documentazione si è riscontrato, infine, che per alcune forniture è stata attivata la procedura negoziata ex art.57, comma 2 del codice dei contratti. Si richiedevano, pertanto, chiarimenti in ordine alle motivazioni per le quali l'amministrazione si era avvalsa di tali procedure.

Nel corso dell'audizione tecnica del 23/09/2010 i rappresentanti del Policlinico di Bari hanno rappresentato che le problematiche riscontrate sono sostanzialmente dovute al lungo e complesso processo di riorganizzazione dell'Azienda che ha visto incorporare nel Policlinico altre strutture sanitarie precedentemente autonome. E' stato infatti disposto lo scorporo tra il Policlinico e la USL di Bari ed il successivo accorpamento allo stesso Policlinico dell'Ospedale Pediatrico, anch'esso scorporato dalla USL.

I processi di separazione e successiva aggregazione delle strutture avrebbero inciso sull'organizzazione dell'Azienda sotto vari profili e quindi anche sull'attività di programmazione e gestione delle commesse relative ai beni di consumo. I gravi ritardi di carattere organizzativo per l'avvio di procedure di gara selettive hanno quindi determinato una situazione tale per cui la proroga è divenuto un elemento necessario per garantire la continuità delle attività ospedaliere.

In questo contesto si è inserito un ulteriore fattore di oggettivo limite alla celerità procedurale costituito dalla creazione, a livello regionale, di un Nucleo di valutazione dei capitolati tecnici e dei

progetti, le cui attività hanno comportato, talvolta, notevoli aggravii temporali soprattutto nella fase di valutazione di merito dei capitolati stessi.

Il Policlinico ha dichiarato che, dal momento dell'insediamento della nuovo Direttore, avvenuto nel mese di agosto 2008, si è provveduto a riportare nell'alveo di procedure formali lo strumento della proroga contrattuale, autorizzandone l'utilizzo solo nei casi effettivamente contemplati dalla normativa in materia.

La S.A. ha nella sostanza riconosciuto quanto riscontrato dall'Autorità ed ha nel contempo fatto presente di aver accelerato il programma di normalizzazione delle procedure al fine di conseguire il definitivo superamento delle varie criticità.

Ciò premesso, si illustrano più in dettaglio le problematiche riscontrate nel corso dell'istruttoria.

1. Proroghe contrattuali.

Con riguardo al fenomeno delle proroghe, la documentazione istruttoria ha messo in luce che, con le delibere n°1450 del 18/12/2008 e n°484 del 08/04/2009, sono stati prorogati molti contratti di fornitura fino a tutto il 2009.

Dalle note controdeduttive e da quanto dichiarato dal Policlinico in sede di audizione emerge che, al mese di settembre 2010, si era concluso l'iter di affidamento per diversi contratti, mentre risultavano ancora in itinere, e quindi ulteriormente prorogati (con delibera n°213 del 12/02/2010), n.13 contratti per molti dei quali la procedura di gara era ancora in fase di predisposizione.

Tra questi contratti figurano, ad esempio, quelli relativi:

- ai presidi per laparoscopia e suturatrici;
- al materiale TNT monouso sterile per le sale operatorie;
- al presidi per neurochirurgia.

Per quanto riguarda i presidi di cui al punto sub a), dalla documentazione fornita dall'Azienda risulta che le forniture sono in regime di proroga dal 2003. Infatti, con la delibera n°700 del 14/07/2003 si indicava la procedura di gara, mediante appalto concorso, e si autorizzava al contempo la continuazione del precedente contratto. La procedura di appalto concorso è stata poi annullata per errori di valutazione qualitativa nonché per intervenuta obsolescenza dei prodotti inizialmente richiesti; nella stessa delibera di annullamento (n°564 del 30/03/2006) si disponeva, altresì, nelle more della definizione della nuova procedura di affidamento, l'acquisto dei prodotti necessari attraverso procedure negoziate urgenti.

Dal complesso della documentazione prodotta emerge che, negli anni successivi, le forniture in parola non sono state attivate mediante procedure di gara ad evidenza pubblica quanto piuttosto attraverso il ricorso a ripetuti atti di proroga. Infatti, in seguito ad un secondo annullamento (vedi delibera n°924 del 04/09/2008) di una più ampia procedura di gara indetta con delibera n°1565 del 23/11/2007 e di valore stimato in circa €16.000.000, causato dalla presunta identificazione tra le specifiche tecniche del capitolato ed i prodotti di una ditta concorrente, le forniture sono state acquisite con le proroghe di precedenti contratti disposte con delibere n°1450/2008, n°484/2009 e da ultimo con i provvedimenti n°213/2010 e n°860 del 17/07/2010.

Dalla documentazione fornita dall'Azienda risulta che le suddette proroghe hanno dato origine ad ordinativi di fornitura di importo molto rilevante; ad esempio, nel periodo aprile 2006-dicembre 2010 gli impegni contrattuali degli ordini relativi alle forniture di suturatrici aventi a riferimento la succitata delibera n°564/2006 ammontano a circa €31.500.000, mentre l'importo effettivamente evaso è di circa €6.400.000. Per quanto riguarda il materiale per laparoscopia nel periodo 2004-2010 risultano impegni contrattuali per circa €8.600.000 ed importi evasi per €6.200.000.

Considerando anche solo l'ammontare evaso, si tratta di forniture aventi un valore medio annuo superiore al milione di euro, ampiamente al di là delle soglie di rilevanza comunitaria previste dal codice dei contratti pubblici.

Il Policlinico ha dichiarato che, al mese di settembre 2010, la situazione degli affidamenti per le suddette forniture è nella fase di elaborazione conclusiva del nuovo capitolato, nel quale, per ragioni di omogeneità merceologica, è stata accorpata anche la fornitura di suture di tipo chirurgico.

Relativamente al punto sub b), materiale in TNT, la fornitura risulta in regime di proroga da circa 3 anni. Infatti, con delibera n°1374 del 26/10/2004 il Policlinico ha approvato la procedura di gara triennale con scadenza 31/10/2007, per un budget annuo preventivato in €1.343.237,72 iva inclusa. La fornitura è stata prorogata per gli anni 2008 e 2009 con le delibere n°1450/2008 e n°484/2009 nelle more del completamento della nuova gara, e nel 2010 con le delibere n°213/2010 e n°538 del 20/04/2010, che dispone la formale indicazione della nuova procedura di gara (non ancora conclusa) e stabilisce anche l'ulteriore estensione contrattuale agli stessi patti e condizioni del provvedimento n°1374/2004. Infine, la delibera n°860/2010 dispone un'ulteriore proroga agli stessi patti e condizioni fino al 31/12/2010.

In base ai dati forniti dal Policlinico, sono stati emessi ordini per importi (iva inclusa) di circa €1.330.000 per l'anno 2005, €1.600.000 per l'anno 2006 e €1.675.000 l'anno 2007. Agli atti non risultano i dati relativi alle spese consuntivate nel triennio 2008-2010 oggetto di proroga. Tuttavia, considerando che l'importo stimato per la nuova gara quinquennale (indetta con la succitata delibera n°538/2010) è pari a €7.716.180,00, per una spesa annuale di circa €1.540.000, e che tale valore annuale è in linea con il consumo medio annuo del triennio 2004-2007, le proroghe del contratto di fornitura per gli anni 2008-2009-2010 sono stimabili nell'ordine di €1.500.000 annui, per un totale di €4.500.000.

Con riferimento ai presidi per neurochirurgia, punto sub c), la documentazione acquisita mette in luce che l'ultima procedura ad evidenza pubblica regolarmente conclusa risale all'anno 2000, ed in particolare riguarda l'appalto concorso, indetto con delibera n°198 del 22/02/2000, ai sensi dell'art. 16, comma 1 lett. b) del D.Lgs.n°258/1992 e s.m.i., per la fornitura di dispositivi specialistici per neurochirurgia di durata biennale, con possibilità di proroga per un anno, per un valore annuale presunto di €310.000. La procedura è stata approvata con delibera n°1323 del 32/10/2000. Con delibera DG n°519 del 18/05/2008 è stata indetta una nuova procedura di gara, ai sensi dell'art. 82 del codice dei contratti, per un importo di €2.468.800,00 oltre iva, di durata quadriennale, annullata poi con deliberazione DG n.1163/2008 a causa di segnalazioni da parte di alcuni concorrenti circa l'impossibilità di formula offerte corrette a fronte di specifiche tecniche non adeguatamente precisate.

Dalle informazioni acquisite si evince che fino al maggio 2008 sono state effettuate proroghe contrattuali senza alcun atto formale; successivamente, invece, si riscontrano proroghe per gli anni 2008 e 2009 con delibere n°1450/2008 e n°484/2009, e più recentemente, per il 2010, con le già citate delibere n°213/2010 e n°860/2010.

Secondo l'elenco degli ordini forniti dal Policlinico, le forniture di materiale per neurochirurgia riconducibili alle condizioni ottenute a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto concorso del 2000 determinano un importo contrattuale e un importo evaso, rispettivamente pari a circa €6.000.000 e circa €1.600.000. Tali importi sono principalmente riferiti al periodo 2004-2010, ma in taluni casi sono riconducibili ad ordini emessi nel 2002 e nel 2003.

L'Azienda ha controdedotto che la tempistica delle gare per l'acquisizione di presidi molto specialistici, tra cui quelli per neurochirurgia, risente di un'elevata complessità tecnica. In questi casi, secondo la SA, la redazione dei capitolati tecnici è molto delicata perché spesso si tratta di individuare degli elementi caratterizzanti il presidio, sulla base delle indicazioni del medico responsabile, che valgono a differenziarlo da tutti gli altri prodotti simili presenti sul mercato. Ove il prodotto richiesto presenti caratteristiche di infungibilità, si precisa, deve essere ben motivata la scelta della procedura da seguire e con attenzione valutata la possibilità di procedere anche conformemente alle indicazioni di mercato. La bontà di questo tipo di impostazione, afferma il Policlinico, sarebbe dimostrata dall'assenza di contenzioso sulle procedure avviate e/o aggiudicate, nonché dalla circostanza che, nei pochi ricorsi subiti, ha comunque vinto in giudizio.

Dal complesso delle informazioni sopra riportate si deduce che una parte significativa di forniture ospedaliere sono state attivate mediante la prosecuzione di contratti scaduti, per una durata variabile dai 3 (materiale sterile in TNT) agli anni 8 anni (presidi per neurochirurgia).

L'importo complessivo degli ordinativi di fornitura sopra richiamati è poco inferiore ai €20.000.000, mentre gli impegni contrattuali ammonterebbero a circa €50.000.000.

Dall'esame delle principali atti amministrativi interessati ovvero le delibere n°1450/2008, n°484/2008, n°213/2010, nonché dell'ultima nota controdeduttiva del 23/09/2010 (prot. 73173DG), si ricava che tale sistema non è circoscritto ai soli casi sopra approfonditi, ma ha interessato molte altre forniture le cui procedure di gara per l'identificazione del nuovo non si sono ancora concluse (vedi ultima delibera n°860/2010).

2. Affidamenti ad importi superiori ai prezzi posti a base di gara.

L'esame incrociato delle informazioni contenute nelle tabelle riepilogative dei contratti e delle delibere ha messo in evidenza l'affidamento di alcuni contratti di fornitura, molti dei quali di rilevanza comunitaria, ad importi superiori ai valori posti a base di gara. Tra questi figurano i seguenti casi:

- gara per la fornitura di attrezzature e apparecchiature medicali, indetta con delibera n°180/2008 ed approvata con delibera n°70 del 22/05/2009;
- gara per la fornitura reagenti per diagnostica autoimmune, indetta con delibera n°114/2008 ed approvata con provvedimento n°1152 del 21/08/2009;
- gara per la fornitura di vetreria e materiali da laboratorio, indetta con delibera n°112 del 13/06/2008 ed approvata con delibera n°9 del 28/01/2009.

Per quanto riguarda il caso sub a), nel 2008 il Policlinico ha indetto una procedura di gara aperta per la fornitura di attrezzature e apparecchiature, suddivisa in 48 lotti, per un importo complessivo

quadriennale di €7.484.340,00 oltre iva. Per i lotti n. 2 e n. 34 il bando stabiliva importi rispettivamente pari a €105.000,00 e €260.000,00. Dai verbali di gara si evince che il lotto n.2 è stato aggiudicato all'unica ditta che ha presentato offerta di importo pari a €173.000,00, mentre il lotto n.34 alla ditta che ha ottenuto il punteggio tecnico/economico complessivo più elevato e che ha presentato offerta pari a €285.527,97. Sul lotto n.34 sono state presentate 5 offerte, tutte superiori al valore posto a base di gara, con offerta minima pari a €260.749,41 ed offerta massima pari a €445.364,57.

L'amministrazione ha ritenuto comunque di aggiudicare la fornitura poiché destinataria di finanziamenti specifici assegnati con Decreto del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali da utilizzarsi, pena la revoca, entro il 31/12/2008.

Per quanto riguarda il caso sub b), la procedura di gara per la fornitura di reagenti, avente durata quinquennale ed un valore globale a base d'asta di €21.700.000,00 iva inclusa, è stata indetta ai sensi dell'art. 83 del codice con delibera n°114 del 2008. Come risulta dall'esame incrociato delle tabelle riepilogative dei contratti affidati fornite dal Policlinico, dai verbali di gara, nonché dalle informazioni in possesso dell'Osservatorio dell'Autorità, diversi lotti risultano aggiudicati ad un importo superiore al valore di gara. Ad esempio, il lotto n.6 relativo al sistema di immunodosaggi in chemiluminescenza, di importo a base d'asta di €2.500.000 oltre iva, risulta assegnato ad un importo contrattuale pari a €3.047.955,7, di cui €2.480.000 relativi al materiale e €568.000 relativi al noleggio delle strumentario. Per lo specifico lotto, secondo il Policlinico, l'aggravio di spesa è riconducibile alla migliore tecnologia offerta dal concorrente che permetterà di effettuare con maggiore rapidità e affidabilità un numero rilevante di esami diagnostici. Sulla procedura la S.A. ha inoltre precisato che il valore complessivo dei lotti aggiudicati ha permesso di conseguire, globalmente, un risparmio di circa il 30% sul valore presuntivo a base di gara.

Relativamente al caso sub c) trattasi di fornitura attivata a seguito di procedura di gara aperta espletata ai sensi dell'art. 82 del codice per un importo complessivo €3.136.000,00 oltre iva per un periodo di 4 anni. Per alcuni lotti, gli importi a base d'asta indicati nelle tabelle riepilogative fornite dal Policlinico di Bari sono inferiori ai valori contrattuali desumibili dai verbali di gara e della delibera di approvazione della fornitura n. 9 del 28/01/2009.

Si riscontrano, ad esempio, i seguenti valori di aggiudicazione: per il lotto n.1, €49.488,00 a fronte di una base d'asta pari a €40.000; per il lotto n.5 a €57.464,80, a fronte di una base d'asta pari a €40.000; per il lotto n.7 a €214.762,61, a fronte di una base d'asta pari a €120.000. Il Policlinico ha ritenuto comunque la procedura vantaggiosa in quanto l'importo globale dei lotti aggiudicati è di €2.105.000,00 significativamente più basso rispetto al valore totale presuntivo.

Il quadro degli affidamenti sub a),b),c) è sintetizzato nella tabella di seguente.

Tabella 3. Riepilogo affidamenti avvenuti ad importi superiori al valore posto a base d'asta - Policlinico di Bari (VISF/GE/09/47182)

Denominazione fornitura	Anno attivazione	Importo gara	n. lotto	Importo globale a base di gara del lotto	Importo aggiudicato
attrezzature e apparecchiature medicali	2009	€ 7.484.340,00	2	€ 105.000,00	€ 173.000,00
			34	€ 260.000,00	€ 285.527,97
			3	€ 800.000,00	€ 959.204,00
			6	€ 2.500.000,00	€ 3.047.955,70
reagenti per diagnostica autoimmune	2009	€ 21.000.000,00	9	€ 950.000,00	€ 1.001.220,00
			12	€ 500.000,00	€ 943.350,00
			16	€ 200.000,00	€ 381.910,00
			1	€ 40.000,00	€ 49.488,00
			5	€ 40.000,00	€ 57.464,80
materiale e vetreria da laboratorio	2009	€ 3.136.000,00	7	€ 120.000,00	€ 214.762,61
			10	€ 80.000,00	€ 90.438,00
			18	€ 80.000,00	€ 147.412,00
				€ 5.675.000,00	€ 7.351.733,08
				scarto (aggiudicato- stimato)	€ 1.676.733,08
				rialzo medio (%)	29,5

Rispetto alle procedure oggetto di analisi, la tabella evidenzia un importo aggiudicato superiore, in media, di circa il 30% rispetto al valore presunto posto a base di gara, con punte del 90%.

Nella nota del 27/11/2009 la S.A. ha ammesso la criticità del fenomeno rilevato, precisando, però,

che gli importi non costituivano “base d’asta” bensì erano il risultato di un presuntivo di spesa derivante dai dati storici disponibili. Nella successiva comunicazione del 26/03/2010, la S.A. ha confermato l’esistenza del problema, affermando che in talune circostanze i prezzi unitari a base di gara, aggiornati in base agli indici ISTAT e all’innovazione tecnologica dei prodotti sono risultati effettivamente superiori agli importi presuntivi poiché non hanno trovato un effettivo riscontro nei valori di mercato; la criticità è riconducibile al fatto che sono stati presi a riferimento i consumi storici, aggiornati con la stima dei consumi futuri, senza però – ha ammesso la stazione appaltante – tenere conto delle variazioni dei prezzi unitari.

In sede di audizione il Policlinico ha rappresentato che il fenomeno è certamente presente, ma tutto sommato contenuto ed essenzialmente ascrivibile all’assenza di precisi dati storici.

L’amministrazione ha sostenuto, altresì, che non è avvenuta alcuna aggiudicazione al rialzo se si considera che l’importo aggiudicato per la totalità dei lotti previsti è risultato sempre inferiore al valore globale presuntivo posto a base di gara, e che nessuna contestazione è stata mai sollevata al riguardo da parte di alcun operatore economico.

Il Policlinico ha comunque dichiarato (da ultimo con la nota del 23/11/2010) di aver previsto, sin dalla comunicazione delle risultanze istruttorie del 05/03/2010, la clausola di invalicabilità del prezzo a base d’asta in tutte le nuove procedure di affidamento.

3. Procedure negoziate.

Dall’analisi della documentazione è emersa la necessità di effettuare approfondimenti in ordine a n. 4 contratti per i quali si è fatto ricorso alla procedura negoziata ex art.57 comma 2 del codice. Si tratta, in particolare, dei contratti attivati con le seguenti delibere: i) n°387 del 19/03/2007, relativa la fornitura di emoderivati, per un valore complessivo di €2.664.597,00; ii) n°1288 del 20/11/2008, relativa alla fornitura di latte per neonati, per un importo di €54.587,51; iii) n°63 del 30/11/2007, inerente la fornitura triennale di un sistema walk away per l’esecuzione degli esami di diagnostica delle malattie autoimmuni, per un importo annuo di €87.279,50; iv) n°235 del 28/10/2008, inerente la fornitura di sistemi diagnostici per virologia con noleggio di strumentazione, per un valore di €134.670.

Venivano richiesti alla S.A. i chiarimenti in ordine alle motivazioni per le quali era stata adottata la procedura di cui all’art. 57 del codice.

La S.A. ha prodotto elementi che appaiono supportare la correttezza delle scelte adottate in ordine ai punti sub i)-ii).

In particolare relativamente al punto sub i), in seguito alla mancata presentazione di offerta su alcuni lotti relativi alla procedura di gara aperta indetta con bando del 07/04/2006, al fine di acquisire i relativi prodotti, è stata espletata una procedura negoziata senza bando in conformità con quanto previsto dall’art. 57, comma 2, lettera a) del codice.

Nel caso della fornitura di latte per neonati, punto sub ii), è stata attivata una procedura negoziata ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett. b) poiché molti prodotti presenti sul mercato non risultano sovrapponibili. La S.A. ha illustrato la necessità di acquistare i prodotti da ciascuna delle ditte presenti sul mercato al fine di garantire la continuità nutrizionale/terapeutica dei bambini rispetto al latte – specifico – con cui si alimentano gli stessi prima del ricovero.

L’Azienda ha sostenuto, in particolare, l’opportunità di dotarsi di una scorta minima di vari tipi di latte, con quantità determinate sulla base dei consumi annuali registrati, in modo tale da poter assicurare la continuità alimentare ai bambini ed evitare l’insorgere di patologie gastrointestinali che avrebbero potuto manifestarsi con la somministrazione di latte diverso da quello assunto prima del ricovero. Anche in tale caso, tenuto conto dell’importo assai limitato della fornitura, le motivazioni addotte dalla S.A. appaiono supportare la correttezza della scelta adottata.

In ordine al punto sub iii) e iv) le delibere citate sono connesse ad una più ampia procedura di gara aperta, suddivisa in n.7 lotti, affidata con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 19 comma 1, lett. b) del D.Lgs. 358/1992, per la fornitura di reagenti con noleggio di apparecchiature per la diagnostica di laboratorio, indetta con delibera n°937 del 15/06/2006, di importo annuo presunto pari a €426.194,00 per un totale di tre anni.

Con riferimento a tale procedura, la SA ha chiarito che, relativamente al lotto n.1 (aggiudicato con la succitata delibera n.63/2007), è stata espletata una procedura negoziata ai sensi dell’art. 57, comma 2, lettera a) del codice poiché nella precedente gara aperta era stata presentata una sola offerta ritenuta inadeguata e non migliorativa rispetto alle caratteristiche minime previste nel capitolato. La scelta appare conforme alla normativa ed in particolare sia al medesimo art. 57 che prevede, tra le varie fattispecie, la possibilità di procedere mediante negoziazione qualora, all’esito di una procedura aperta non sia presentata alcuna offerta “appropriata” sia all’art. 81 comma 3 che lascia alla S.A. la facoltà di non aggiudicare in caso nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto.

Anche con riferimento al lotto n. 5 (aggiudicato con la delibera n°235/2008) nonché ai lotti n.4,6,7 della medesima gara si è fatto ricorso alla procedura negoziata ex art. 57 comma 2 lett. a), tuttavia, con una motivazione diversa, ovvero la commissione giudicatrice non era stata in grado di esprimere una valutazione sulle offerte in quanto carente di professionalità specifiche. Come verrà chiarito più avanti, tale fattispecie appare in contrasto con la normativa sui contratti pubblici sotto vari profili.

Considerato in diritto.

Benché il quadro dei vari affidamenti sia in corso di adeguamento alla normativa vigente, occorre sottolineare come il ricorso alla proroga sia apparso, per diversi anni, lo strumento di affidamento principale per molte tipologie di forniture, ed abbia interessato importi contrattuali assai rilevanti. Come già anticipato, il Policlinico ha affermato che le proroghe si sono rese necessarie per far fronte ad una situazione, ereditata dal passato, caratterizzata da “gravi ritardi nella programmazione ed esecuzione delle gare per gli approvvigionamenti di beni di consumo” e da processi di riorganizzazione di varie strutture sanitarie che hanno comportato la necessità di omogeneizzare gli acquisti e di allineare le scadenze contrattuali. Per tali ragioni, sostiene il Policlinico, “le proroghe dei contratti sono state la soluzione di un vero e proprio stato di necessità, per minimizzare i rischi di interruzione dell’approvvigionamento di beni essenziali allo svolgimento dell’attività assistenziale.”

Sulla base delle informazioni raccolte emerge che, se da un lato la reiterazione dei contratti si è resa necessaria al fine di consentire lo svolgimento delle normali attività ospedaliere, dall’altro, le disfunzioni nella gestione degli approvvigionamenti e nell’avvio delle nuove procedure sono riconducibili, come riconosce la stessa S.A., proprio ai ritardi nella fase di programmazione dell’attività contrattuale.

In taluni casi le proroghe hanno interessato un periodo particolarmente lungo – sono state infatti attivate già nel 2003-2004 e, in taluni casi, in anni ancora precedenti – divenendo, nel tempo, uno strumento di attivazione dei contratti di fornitura in luogo delle procedure ad evidenza pubblica previste dal codice dei contratti pubblici.

Sulla questione va osservato che, a seguito delle nuove disposizioni di cui all’art. 23 della Legge 18 aprile 2005, n. 62 recante Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2004), la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in modo costante ed univoco a sfavore della rinnovabilità/prorogabilità dei contratti quali strumenti abituali alternativi alle normali procedure concorsuali di affidamento, enfatizzando, altresì, la non sussistenza di margini per l’autonomia contrattuale delle parti. Siffatta consolidata giurisprudenza, ed in particolare la sentenza del Consiglio di Stato Sez. V n.3391 del 08/07/2008, in linea con la precedente pronuncia della Sez. IV n.6457/2006, e recepita dal Ministero dell’Economia e delle finanze con Circolare n.12/2006, ha sottolineato il carattere temporaneo delle proroghe, volte ad estendere il contratto in essere per il periodo strettamente necessario alla effettuazione delle normali procedure di scelta del contraente per il nuovo appalto, e la loro funzione di strumento atto ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro nel rispetto del principio di buon andamento dell’azione amministrativa sancito dall’art. 97 della Costituzione.

Pur considerando i rilevanti mutamenti di carattere organizzativo, si ritiene che il ricorso alla proroga per alcuni contratti, essendo divenuto nel corso del tempo lo strumento principale di affidamento di svariate forniture, non possa considerarsi legittimo poiché reiterato per periodi talmente prolungati da eccedere quello strettamente necessario all’individuazione del nuovo contraente.

Sul punto non si potrebbe neanche invocare la fattispecie richiamata dall’art. 57 comma 2, lett c) che prevede il ricorso a procedure negoziate senza bando, “nella misura strettamente necessaria, quando l’estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara.”

Infatti, tale possibilità è ammessa dal legislatore solo se “Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti”, e quindi non potrebbe essere utilizzata in quanto, per stessa ammissione della S.A., la mancata attivazione delle procedure di gara è dipesa anche da carenze di carattere amministrativo e gestionale. In ogni caso, l’elevata durata delle stesse risulta incompatibile con il principio della “misura strettamente necessaria” sopra richiamato.

A conferma di tale ultimo punto, si noti che la prosecuzione dei contratti scaduti è avvenuta, talvolta, in seguito all’annullamento di procedure ad evidenza pubblica che, a distanza di anni, non si sono ancora concluse. Si pensi, infatti, alla revoca delle gare per l’affidamento delle forniture di presidi per laparoscopia, suturatrici e presidi per neurochirurgia; l’annullamento delle procedure è stato causato dall’inadeguatezza della documentazione di gara, che ha impedito la formulazione di offerte corrette ovvero ha portato alla possibile identificazione delle specifiche tecniche con i prodotti di un concorrente, in violazione dell’art. 68 del codice dei contratti.

Con riferimento agli affidamenti ad importo superiore alla base d’asta l’Azienda ha controdedotto con le argomentazioni sopra accennate. Nella nota del 26/03/2010 la S.A. forniva ulteriori elementi a difesa del proprio operato, ed in particolare sosteneva che:

- l’anomalia si sarebbe verificata solo su singoli lotti e non sulla totalità dei lotti della medesima gara. Si afferma, infatti, che, compensandosi tra loro, gli importi aggiudicati sarebbero tali per cui l’anomalia tende a scomparire o a risultare del tutto marginale;
- le forniture erano inquadrare nell’ambito di contratti di somministrazione, legati ai consumi

- effettivi, che non impegnavano l'azienda ad un effettivo acquisto;
- “nel bilancio civilistico, nella sottostante contabilità generale, non vi è l'impegno di spesa della contabilità finanziaria pubblica, di conseguenza l'anomalia riscontrata non inciderebbe sugli equilibri di bilancio che registra costi e ricavi”.

Pur ammettendo l'esistenza dell'anomalia ed impegnandosi a porre la massima attenzione nella stima dei valori a base d'asta per il futuro si deve rilevare che le argomentazioni illustrate dalla S.A. non possono essere accolte.

Occorre infatti evidenziare che, nonostante sia un valore stimato, l'importo a base d'asta rappresenti comunque l'onere massimo che la pubblica amministrazione ha previsto per lo specifico lotto/contratto. La definizione di tale onere richiede accurati studi di fattibilità, analisi di mercato dei prodotti esistenti, dei prezzi praticati, delle possibili evoluzioni tecnologiche, e ciò al fine di pervenire, come anche previsto dall'art. 89 del codice dei contratti, ad un'adeguata rilevazione dei prezzi di mercato e alla congrua stima dei valori da inserire a base di gara.

Sono pertanto da rigettare le argomentazioni della S.A. secondo cui le anomalie, essendo relative a singoli lotti e non alla totalità della gara, sarebbero marginali o inesistenti per effetto delle compensazioni con i lotti sui quali il prezzo offerto sia stato inferiore alla base d'asta. Pur essendo accorpati, per motivi di affinità merceologica, in un unico momento competitivo, i lotti devono essere sempre considerati affidamenti separati ed indipendenti; sia la documentazione di gara sia le offerte dei concorrenti devono essere riferite al singolo lotto, il quale è accompagnato dalla stipula di uno specifico contratto di fornitura al termine dell'iter di affidamento. Pertanto, ai fini della correttezza della procedura di gara è imprescindibile che la stazione appaltante pervenga ad una congrua stima dell'importo a base di gara per ciascun lotto e che quindi affidi il relativo contratto ad un prezzo ad esso non superiore.

Sono altresì da respingere le considerazioni relative sia alla mancanza di un obbligo d'acquisto per i contratti di somministrazione sia alle presunte peculiarità dei meccanismi contabili dell'amministrazione. Indipendentemente dalla natura del contratto e dagli aspetti di carattere contabile, l'azione amministrativa deve essere sempre tesa al rispetto dei principi generali indicati dall'art. 2 del codice dei contratti e dall'art. 1 della legge 241/1990 (richiamato dallo stesso art. 2 comma 3 del codice).

Tra questi principi rilevano in modo particolare quelli di correttezza e di trasparenza. Infatti, l'affidamento di un contratto ad un importo superiore a quello a base di gara appare illegittimo poiché frutto di un'offerta inammissibile; in tal caso si dovrebbe procedere all'esclusione delle relative offerte ovvero all'avvio di una procedura previa pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'art. 56 comma 1, lett. a) del codice qualora tutte le offerte pervenute risultino inammissibili; ciò al fine ultimo di consentire uno svolgimento corretto e trasparente del confronto competitivo, che avrebbe potuto coinvolgere eventuali operatori economici inizialmente disincentivati a partecipare ad una gara il cui valore massimo era ritenuto inadeguato alla copertura dei costi di produzione ovvero al conseguimento di sufficienti margini di profitto.

Sul punto, si rinviengono in giurisprudenza elementi che suggeriscono l'illegittimità di affidamenti a prezzi superiori a quelli fissati nel bando di gara ovvero a prezzi incompatibili con i valori stabiliti da tariffari ufficiali. Ad esempio, il TAR Lecce, con sentenza n. 3468/2007 ha disposto l'annullamento di una procedura di gara d'appalto per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria, indetta dalla Provincia di Taranto, per la non congruità dei prezzi posti a base della gara, risultati inferiori ai valori indicati nei prezziari regionali vigenti. Dalla sentenza n. 6259/2007 del Tar della Regione Campania, relativamente ad un appalto per l'affidamento di lavori di sistemazione viabilità del Comune di Vitulano, si evince che l'offerta superiore alla base d'asta è inammissibile (come indicato anche nel bando di gara) e quindi passibile di esclusione della gara.

Si deve quindi concludere che, al di fuori delle previsioni normative dell'art. 56 ovvero della rettifica della documentazione di gara volta a ristabilire la congruità dei valori a base d'asta, gli affidamenti di contratti ad importi superiori al valore massimo stimato devono considerarsi illegittimi e, più in generale, lesivi dei principi generali di correttezza e trasparenza, nonché di economicità sanciti dall'art.2 del codice.

Nel caso specifico, la criticità assume particolare rilevanza se si considera che i lotti/contratti interessati avevano un importo di oltre €5.000.000 e sono stati aggiudicati per un valore complessivo superiore del 30% (in media) alla base d'asta.

Passando ora alle forniture attivate mediante procedura negoziata senza bando, occorre rilevare che il procedimento di gara adottato per i lotti n.4,5,6,7 relativi alla procedura di gara aperta di reagenti con noleggio di apparecchiature per la diagnostica di laboratorio, indetta con delibera n°937 del 15/06/2006, risulta in contrasto con la normativa sotto vari profili.

Nello specifico, per i lotti in parola, il Policlinico ha dichiarato che, visto il procrastinarsi dei lavori dovuto al fatto che la Commissione non era stata in grado di esprimere valutazione - poiché “a suo dire, carente di professionalità specifiche capaci di esprimere giudizi conclusivi e congruenti con il capitolato di gara” - si faceva ricorso alla procedura negoziata ex art. 57 comma 2 lett. a), invitando le medesime ditte partecipanti alla procedura aperta ed utilizzando il criterio del prezzo più basso in

luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa inizialmente previsto.

Si deve in primo luogo osservare che sia nella precedente cornice normativa (D.Lgs.n°358/1992) che nell'attuale impostazione del codice dei contratti pubblici, le procedure negoziate senza bando assumono carattere eccezionale e sono ammesse nei soli casi tassativamente previsti. Il punto è stato richiamato anche dall'Autorità con Deliberazione n. 84 del 07/10/2009. La fattispecie in esame non rientra, in maniera del tutto evidente, tra quelle indicate dall'art. 57 del codice.

In secondo luogo, l'iter di affidamento seguito presenta un'ulteriore irregolarità legata al diverso criterio di aggiudicazione adottato (il prezzo più basso), che altera in modo significativo gli elementi oggetto di confronto competitivo sui cui gli operatori economici avevano basate le loro offerte tecniche e di prezzo.

Dal verbale di commissione n. 2 del 01/02/2007 si apprende che il procedimento concretamente adottato dalla commissione per l'affidamento dei lotti in parola ha previsto, in seguito alla mancata valutazione tecnica delle offerte, l'ammissione alla successiva fase di apertura delle buste economiche di tutte le ditte partecipanti e l'aggiudicazione della fornitura in favore della ditta offerente il prezzo più basso, fermo restando i requisiti minimi richiesti nel capitolato. Tra l'altro, tale situazione non è neanche configurabile come una procedura negoziata senza bando poiché le ditte non sono state invitate a presentare nuove offerte bensì sono state valutate sulla base dei prezzi inizialmente proposti.

Il procedimento seguito dalla commissione appare viziato, altresì, sotto il profilo dell'apertura delle offerte economiche; tali offerte, come noto, devono essere aperte solo dopo la valutazione della documentazione tecnico-amministrativa, a seguito della quale, se non presentano i requisiti indicati nel bando/capitolato, vanno escluse e mantenute nella busta chiusa nel rispetto del principio di segretezza.

Si deve infine rilevare, e siamo al terzo profilo di criticità, che la carenza di competenze specifiche tra i membri del collegio di gara si pone in contrasto con l'art. 84 comma 2 del codice secondo cui la commissione è composta da "... esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Come ormai chiarito dalla giurisprudenza in materia, nelle procedure a evidenza pubblica indette per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione le commissioni giudicatrici devono essere composte in prevalenza da commissari esperti, muniti di adeguata competenza tecnica nelle materie oggetto della gara" (Consiglio di Stato, Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143). Il fine ultimo della suddetta disposizione è il rispetto del principio secondo cui il collegio di gara sia in grado di apprezzare i contenuti tecnici delle offerte presentate. La giurisprudenza ha anche evidenziato come l'amministrazione si debba fare carico di effettuare un rigoroso accertamento preliminare del possesso dei requisiti in capo ai soggetti che intenda investire della delicata funzione di membro di un organo tecnico (TAR Piemonte sez. I 4/12/2009 n. 3255).

Per il futuro si fa presente che sia la giurisprudenza sia la stessa Autorità (cfr. pareri n. 223 del 09/10/2008 e n. 224 del 09/10/2008) ammettono la possibilità di nominare commissari esterni, nel rispetto di limiti fissati dall'art. 84 comma 8, cioè ove ricorrano particolari condizioni, e in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità. In ogni caso, rimane aperta la possibilità per la stazione appaltante di affiancare, all'uopo, la commissione con uno o più esperti esterni con funzioni di consulenza e di assistenza professionale nel circoscritto settore in cui l'organo collegiale viene eventualmente a necessitare di supporto (es. TAR Lazio, Roma sez. I ter 8/5/2009 n. 5035). In ultima istanza, anche in relazione al tempo trascorso rispetto alla pubblicazione del bando, si può valutare l'opportunità di un annullamento del bando e della conseguente re-indizione della gara.

Le problematiche riscontrate nel procedimento istruttorio hanno messo in luce gravi disfunzioni di carattere organizzativo e gestionale sotto vari profili. Oltre alle già citate criticità nella fase di programmazione delle commesse, aggravate dalla riorganizzazione delle strutture sanitarie che hanno interessato il Policlinico di Bari, sono evidenti problematiche connesse con la predisposizione di adeguati atti di gara, con particolare riguardo alla definizione delle specifiche tecniche, alla fissazione del valore a base d'asta, ai tempi di riavvio delle procedure revocate e, più in generale, di espletamento dell'iter di affidamento.

In conseguenza di tali problematiche, l'azione amministrativa non è sempre stata condotta nel pieno rispetto del principio di tempestività previsto dall'art. 2 codice, specialmente con riguardo ai ritardi nell'espletamento delle gare annullate e alla prolungata reiterazione di alcuni contratti scaduti.

Alla luce di quanto sopra considerato, il Consiglio:

- ritiene che la proroga di contratti scaduti sia in contrasto con la normativa vigente e la giurisprudenza poiché prolungati per periodi di tempo che eccedono quelli strettamente necessari all'identificazione del nuovo contraente;
- ritiene che gli affidamenti di contratti avvenuti ad importi superiori ai valori posti a base di gara

siano in contrasto con l'art. 56 comma 1, nonché con i principi generali di correttezza, trasparenza ed economicità sanciti dall'art. 2 del codice dei contratti;

- ritiene che, relativamente ai lotti n.4,5,6,7 della procedura di gara indetta con delibera n°937 del 15/06/2006, l'operato della stazione appaltante sia in contrasto con la normativa sui contratti pubblici sia perché è stata attivata una procedura negoziata senza bando al di fuori dei casi consentiti dall'art. 57 del codice, sia perché è stato utilizzato un criterio di aggiudicazione diverso da quello inizialmente fissato. Si rileva, altresì, che non essendo stata in grado di esprimere un giudizio in ordine alle offerte relative ad alcuni lotti, la nomina della commissione giudicatrice non presentava le caratteristiche professionalità indicate dall'art. 84 comma 2 del codice.
- richiama l'Azienda Ospedaliera Policlinico di Bari al puntuale rispetto della normativa relativamente a quanto sopra indicato, nonché ad una più corretta ed efficiente attività di programmazione e gestione degli appalti di forniture sanitarie;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione alla Corte dei Conti per gli eventuali provvedimenti di competenza, nonché alla Procura della Repubblica di Bari per le indagini avviate sugli appalti nel settore sanitario in Puglia;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione all'Azienda Ospedaliera Policlinico di Bari, invitando la Stazione Appaltante a riscontrare la presente deliberazione entro trenta giorni dalla ricezione, ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n°163/2006, e a rendere noti eventuali provvedimenti che la stessa intenderà adottare.

Il Consigliere Relatore

Piero Calandra

Il Presidente

Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 marzo 2011

Il Segretario

Maria Esposito