



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 3 del 7 e 8 gennaio 2016

Fascicolo n. 3592/2015

Oggetto: Attività contrattuale dell'Azienda Ospedaliera di Rilevanza Nazionale di Caserta "Sant'Anna e San Sebastiano" – profili di criticità nella gestione degli appalti pubblici di servizi e forniture

Stazione Appaltante: Azienda Ospedaliera di Rilevanza Nazionale di Caserta "Sant'Anna e San Sebastiano" – AORN di Caserta

Riferimenti normativi: artt. 2, 7, 41, 42, 83, 84, 125, d.lgs. 163/2006; artt. 271-274, 283, 297-311 e 312-325, allegato P, d.p.r. 207/2010; art. 97, Cost; art. 1, l. 241/90; art. 1, co. 67, l. 266/2005; l. 136/2010

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;
Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;
Vista la relazione dell'ufficio UVFS

Considerato in fatto

1. Premessa

A seguito delle misure restrittive adottate dalla Procura della Repubblica di Napoli nei confronti di numerosi soggetti al vertice dell'AORN di Caserta (di seguito, anche, AORN), il 6 marzo 2015, si insediava una commissione prefettizia.

L'AORN di Caserta veniva, poi, sciolta per infiltrazioni mafiose con decreto del Presidente della Repubblica 23 aprile 2015 recante "Scioglimento dell'organo di direzione generale dell'Azienda ospedaliera S. Anna e San Sebastiano di Caserta e nomina di una commissione straordinaria" fino all'insediamento dell'organo ordinario a norma di legge.

Il richiamato d.p.r. recepisce la proposta del Ministro dell'Interno, del 16 aprile 2015, basata su una serie di elementi che denotavano la permeabilità dell'AORN di Caserta all'ingerenza della camorra, principalmente nel settore degli appalti pubblici.

2. Avvio del procedimento di vigilanza

Su mandato del Presidente, prot. n. 15371 del 11.2.2015, nei giorni 18-20 febbraio 2015, gli ispettori dell'Autorità svolgevano una ispezione presso la sede dell'AORN di Caserta, ex art. 14 del Regolamento di vigilanza e accertamenti ispettivi del 9 dicembre 2014, al fine di acquisire puntuali elementi conoscitivi e documentali sull'attività contrattuale della stessa Azienda inerente all'acquisizione di servizi e forniture, in particolare, nell'ultimo triennio.¹

In proposito, la commissione prefettizia, negli incontri dell'1 e del 24 aprile 2015 con il team ispettivo, riferiva numerosi affidamenti di servizi e forniture mediante il continuo ricorso a proroghe contrattuali e inefficaci controlli sia interni sia dell'amministrazione regionale nonché tempi di svolgimento lunghi e incerti delle procedure indette dalla Consip S.p.A. o dalla Società Regionale per la Sanità S.p.A.² (So.Re.Sa.) per affidare servizi e forniture oggetto di contratti già scaduti.

Il procedimento ispettivo, con provvedimento del Presidente, prot. n. 23752 del 3.3.2015, veniva esteso agli affidamenti di beni e servizi a favore delle società Scognamiglio S.a.s. e Medi.Com. S.a.s., entrambe di Elio Scognamiglio.

Inoltre, l'Autorità, il 5 marzo 2015, richiedeva all'AORN di Caserta informazioni sui due contratti pubblici di servizi aggiudicati alla G.E.S.A.P. S.r.l. (pulizia e sanificazione), poiché un dipendente della società medesima, nella segnalazione anonima assunta al prot. n. 14035 del 10.2.2015, lamentava fondi neri della società, ottenuti lucrando sulla differenza tra quanto da essa ricevuto per il pagamento degli stipendi dei dipendenti e quanto effettivamente riconosciuto agli stessi. L'Ente forniva riscontro il 17 aprile 2015. Sempre ad aprile, mediante una segnalazione anonima, assunta al prot. n. 52190 del 28.04.2015, si portava all'attenzione dell'Autorità che l'AORN sopperiva alla carenza di personale, anziché mediante concorsi pubblici o mobilità, ricorrendo a procedure di gara, vinte da differenti agenzie di fornitura di lavoro temporaneo che, tuttavia, fornivano sempre gli stessi lavoratori. In data 30 aprile 2015, l'AORN trasmetteva all'Autorità la scheda riassuntiva riguardo ai CIG non perfezionati nel triennio 2012-2014, richiesta nel corso della ispezione del 18.02.2015.

Ancora, i commissari straordinari in sede di Audizione presso il Consiglio, il 27.05.2015, depositavano una Relazione con oggetto "Appalti di servizi essenziali – Risultanze di primo monitoraggio da parte della commissione straordinaria e conseguenze del ritardato stato dei procedimenti di nuovo affidamento".

Infine, la AORN di Caserta forniva il prospetto riepilogativo di cui all'art. 7, co. 8, d.lgs. 163/2006, assunto al prot. n. 117443 del 16.09.2015 e l'Autorità acquisiva agli atti, prot. n. 158406 del 23.11.2015, un esposto sull'affidamento del "servizio di noleggio e lavaggio della biancheria piana e confezionata, fornitura di kit sterili in TTR per campo operatorio, rifacimento letti non allettati e sanificazione teli sistemi antidecubito" con allegata la relativa sentenza del Consiglio di Stato del 21.10.2015 n. 4812.

Le risultanze degli accertamenti ispettivi e la complessiva documentazione in atti mostrano molteplici e gravi criticità del sistema degli appalti dell'AORN di Caserta.

¹ Non sono stati oggetto del procedimento di vigilanza le forniture strettamente tecniche (dispositivi medicali e/o simili) e i servizi assicurativi e sostitutivi mensa, poiché, le gare aventi ad oggetto le forniture presentano specifiche peculiarità e vi partecipano imprese vigilate con specifici requisiti di onorabilità e affidabilità economica, e per l'approvvigionamento dei suddetti servizi l'AORN di Caserta aderisce alle convenzioni Consip.

² Il socio unico Regione Campania ha affidato a So.Re.Sa. il ruolo di centrale acquisti dei prodotti destinati alle aziende del sistema sanitario regionale (v. D.G.R.C. n. 515/2007. Le aziende sanitarie campane possono procedere direttamente all'approvvigionamento di beni e servizi, in mancanza di convenzioni o accordi quadro, previa autorizzazione dalla stessa So.Re.Sa.). Con la legge regionale n. 16 del 7 agosto 2014, la So.Re.Sa. è stata individuata come soggetto aggregatore, ex art. 9, decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di forniture o servizi anche a favore delle Aziende sanitarie locali e delle Aziende ospedaliere della Regione Campania.

3. Profili di criticità nel *modus operandi* dell'AORN di Caserta in materia di contratti pubblici di servizi e forniture

I rilevanti profili di criticità riscontrati nell'attività istruttoria attengono a tutte le fasi della gestione delle commesse pubbliche dell'AORN di Caserta, dalla programmazione all'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

In particolare, dagli esiti istruttori si evince:

- 1) la mancata adozione di congrui strumenti di programmazione delle commesse pubbliche;
- 2) la pubblicazione tardiva dei bandi di gara (anche aventi ad oggetto servizi e forniture continuativi, dei quali la scadenza contrattuale era nota con anni di anticipo), di regola ampiamente successiva alla scadenza dei contratti in essere.

Nella generalità dei casi, da un lato, l'Ufficio Provveditorato dell'AORN di Caserta ha richiesto al competente U.O.C. la predisposizione dei capitolati speciali di appalto a ridosso della scadenza del precedente contratto o, in alcuni casi, persino successivamente, e, dall'altro lato, l'U.O.C. ha generalmente impiegato un periodo molto lungo per la predisposizione dei richiesti atti di gara.

Sulla tempistica hanno influito, al contempo, per quanto risulta della predetta relazione depositata dai commissari straordinari, sia i contraddittori interventi della So.Re.Sa., la quale ha disposto l'annullamento di procedure in corso, e conseguenti proroghe tecniche, per poi comunicare all'AORN di non provvedere più all'annullamento delle procedure medesime (come nel caso della gara avente ad oggetto il servizio rifiuti speciali), sia la sospensione di alcune delibere a contrarre del precedente Commissario Straordinario disposte dal Direttore Generale pro tempore;

- 3) l'abnorme ricorso a illegittime proroghe contrattuali, dovute preminentemente al predetto ritardo nella predisposizione degli atti tecnico-amministrativi e ai *deficit* programmatici e organizzativi dell'Azienda Ospedaliera.

Inoltre, nei bandi di gara è stata riscontrata la previsione della c.d. "proroga tecnica", generalmente, con la formulazione: «la Ditta si impegna – qualora non fosse possibile portare a compimento la nuova gara in tempo utile – ad assicurare il servizio alle condizioni convenute fino all'aggiudicazione del successivo appalto, comunque, per un periodo non superiore a 180 giorni dalla scadenza naturale del contratto oggetto della presente»;

- 4) la lacunosità dei documenti di gara, in alcuni casi, persino palesemente copiati dalla documentazione di gara predisposta da altre stazioni appaltanti rinvenibile in rete;

- 5) la indeterminatezza dell'oggetto dell'appalto, spesso modificato, insieme all'importo contrattuale, prima della stipula del contratto;

- 6) la difforme gestione dei CIG rispetto alla vigente normativa.

In particolare, è emersa l'esistenza di un numero elevato di fatture, e relativi pagamenti, effettuati senza l'indicazione del CIG, di cui molti per cospicui importi.

Sono stati riscontrati oltre 280 CIG non perfezionati, relativi a contratti comunque in essere, in alcuni casi anche di importo particolarmente elevato, affidati generalmente mediante procedure negoziate. Di questi, 256 CIG (compresi 8 CIG revocati) sono relativi a forniture, per un valore superiore a 18 milioni di euro, e 18 CIG sono inerenti a servizi, per un importo di circa 13.5 milioni di euro.

I CIG sono stati richiesti generalmente a sanatoria di affidamenti già effettuati e, in alcuni casi, in momenti successivi alla scadenza del periodo transitorio, previsto per gli affidamenti pregressi all'entrata in vigore della normativa sulla tracciabilità.³

Ad uno stesso CIG sono stati associati più servizi e forniture, in realtà distinti⁴, giacché, come dichiarato dalla stessa AORN, è stato richiesto (a sanatoria) un CIG per gara e non per i singoli lotti che compongono la stessa gara;

7) l'artificioso frazionamento degli affidamenti, cui ha contribuito la carenza di adeguata programmazione delle commesse pubbliche (v. punto 1), e i conseguenti affidamenti diretti in somma urgenza a favore di determinati operatori economici;

8) la restrittività dei requisiti di partecipazione e la limitata contendibilità del mercato di riferimento;

9) l'illegittima formulazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e ampi margini di discrezionalità nelle valutazioni delle commissioni giudicatrici.⁵

In particolare, riguardo all'offerta tecnica: (i) i criteri individuati per valutare le offerte sono stati sommariamente indicati; (ii) i sub-criteri e i sub-pesi sono stati spesso integrati dalle commissioni giudicatrici invece di essere previsti nel bando di gara; (iii) i criteri motivazionali non sono stati indicati.

Quanto, invece, alla offerta economica ne è stato normalmente ridimensionato il peso nel punteggio complessivo da assegnare alle singole offerte, attraverso l'utilizzo di una formula illegittima, che ha avuto l'effetto di rendere minima la differenza dei punteggi attribuiti alla componente economica anche a fronte di differenze notevoli nei ribassi offerti;

10) la risibilità dei ribassi offerti.

³ In proposito, l'AORN di Caserta nella nota pervenuta il 23 marzo 2015 ha precisato che: «nel periodo transitorio non si è proceduto ad apporre il CIG su tutti i contratti ancora in vigore, per cui in sede di liquidazione si è dovuto recuperare la carenza di CIG non apposti. Considerato che molte procedure erano in proroga e che nell'anno 2010 si è passati ad un diverso sistema informatico, senza procedere contestualmente al transito dei dati, il recupero si è profilato particolarmente complesso e non scevro da possibili errori [...] la procedura attivata era di 1 CIG per ogni gara per cui più fornitori hanno avuto lo stesso CIG».

⁴ Esempi di uno stesso CIG al quale sono associati distinti operatori economici sono il CIG n. 364292901D, utilizzato per liquidare a 46 distinti fornitori oltre 3,4 milioni di euro nel biennio 2013-2014 ed il CIG 0318705BAC, relativo ad una «procedura aperta per l'affidamento del contratto di fornitura, in somministrazione, di materiale per l'U.O.C. elettrostimolazione ed elettrofisiologia», perfezionato il 17 giugno 2009, per un importo a base di gara pari a 1,5 milioni di euro, per il quale, nel triennio 2012-2014, risultano liquidate 237 fatture a favore di 8 distinti fornitori per un importo superiore a 3 milioni di euro.

⁵ In particolare, riguardo alla offerta tecnica è stata prevista una graduazione dei punteggi secondo la seguente griglia di 11 giudizi, ma non indicato su quali basi la commissione di gara attribuisce uno degli 11 giudizi medesimi.

Giudizio	Coefficienti
Nulla	0
Inadeguato	0,1
Absolutamente insufficiente	0,2
Gravemente insufficiente	0,3
Insufficiente	0,4
Mediocre	0,5
Sufficiente	0,6
Discreto	0,7
Buono	0,8
Ottimo	0,9
Eccellente	1

Quanto, invece, alla componente economica dell'offerta, il punteggio è stato sistematicamente assegnato secondo la seguente formula:

$$P_i = B \times P_{min} / P_x$$

dove:

- P_i è il punteggio assegnato al concorrente i -esimo
- B è il punteggio massimo attribuito all'offerta economica
- P_{min} è il minor prezzo offerto
- P_x è il prezzo offerto dal concorrente i -esimo.

A titolo meramente esemplativo, si fa riferimento alle gare in cui i ribassi offerti dai concorrenti corrispondono alle marginali percentuali dello 0.1% e del 1.60%;

11) il basso tasso di partecipazione degli operatori economici alle procedure di scelta del contraente, nonostante i contratti pubblici di servizi e forniture in gara fossero economicamente rilevanti e affidati mediante procedure aperte;

12) la carenza di congrui controlli della stazione appaltante sulla fase esecutiva, sia in ordine ai costi effettivi sia riguardo alla qualità delle prestazioni contrattuali.

Ad esempio, nel caso del servizio di pulizie il gestore ha erogato un servizio qualitativamente inferiore a quello previsto in sede di offerta, ricevendo un corrispettivo notevolmente superiore al costo sostenuto, soprattutto per il personale.

Ritenuto in diritto

1. Fase di programmazione

La carenza di adeguata programmazione negli appalti di servizi e forniture, come evidenziato dall'Autorità nella Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013 (Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture), ha rilevanti conseguenze nelle fasi più a valle: «frammentazione degli affidamenti, frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, perdita di controllo della spesa»; criticità tutte riscontrate nel caso di specie (cfr. il precedente par. 3).

Sebbene, il programma annuale sia stato introdotto dal legislatore nel 2010 in termini di facoltà (v. art. 271, co. 1, Regolamento), l'Autorità ne ha evidenziato la rilevanza, stabilendo che le stazioni appaltanti devono «in ogni caso, provvedere all'adozione del programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi, dando seguito a quanto disposto dal Regolamento» (det. 5/2013, cit.), poiché «la programmazione non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa».

Rilevanza confermata - *iure condendo* - atteso che uno dei principi che vincolano il legislatore delegato nel recepimento delle nuove direttive comunitarie e nel riordino della materia dei contratti pubblici è la: «razionalizzazione delle procedure di spesa, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo».

2. Indizione delle procedure di scelta del contraente

I ritardi riscontrati nella predisposizione della documentazione di gara e nella sua formulazione, da parte dei competenti uffici dell'AORN, sono un *vulnus* al principio di tempestività, ex art. 2, co. 1, Codice, elemento essenziale per l'efficienza e, quindi, per il buon andamento della pubblica amministrazione, ex art. 97 Cost.; canone di buon andamento di cui è corollario anche il principio di economicità che impone il conseguimento degli obiettivi legislativamente prefissati con il minor dispendio di mezzi, vincolando l'azione delle pubbliche amministrazioni a un uso accorto delle risorse pubbliche (cfr. C. conti, sez. giurisd. Regione Piemonte, 12.11.2015, n. 198).

Non si possono, dunque, sottovalutare le probabili conseguenze sul piano del danno erariale delle gare indette non tempestivamente, impedendo di rimettere prontamente le commesse pubbliche sul mercato e di ottenere in tal modo condizioni contrattuali più vantaggiose da un punto di vista economico.

3. Proroghe “tecniche”

Il continuo ricorso alle proroghe contrattuali da parte dell’AORN ha stravolto l’istituto, previsto in casi eccezionali opportunamente motivati, trasformandolo in una prassi amministrativa, in violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, enunciati nell’art. 2, co. 1 del Codice (cfr. Delibere nn. 1/2014 e 6/2013).

L’AORN – in vista della scadenza dei contratti – aveva l’obbligo di bandire tempestivamente le nuove gare (cfr. C.d.S n. 3391/2008) e concluderle prima della scadenza dei contratti, non essendovi in tema di proroga dei contratti pubblici alcuno spazio per l’autonomia contrattuale.

La proroga ha, infatti, carattere di temporaneità e come chiarito dall’Autorità nel parere sulla normativa AG 38/13 «è teorizzabile nei casi in cui per ragioni obiettivamente non dipendenti dall’Amministrazione vi sia l’effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente» (C.d.S, sez. V, 11.5.2009, n. 2882)», ossia, «l’urgenza di provvedere e l’imprevedibilità non devono essere addebitabili in alcun modo all’amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità» (C.d.S, sez. III, 14.04.2015, n. 1908), come, invece, riscontrato nel caso di specie (v. par. 1 e 2; sull’utilizzo illegittimo delle proroghe nel settore sanitario si veda il recente comunicato del Presidente dell’Autorità del 4 novembre 2015).

Quanto alla costante previsione nei bandi di gara della c.d. “proroga tecnica” (v. par. 3, punto 3) alle valutazioni espresse dall’Autorità nella Deliberazione n. 1 del 29 gennaio 2014 è il caso di aggiungere che tale previsione, in ogni caso, si pone in contrasto anche con le prescrizioni dell’art. 29, co. 1 del Codice, poiché il valore stimato dei contratti di appalto dell’AORN non comprende il valore stimato delle prestazioni previste nel periodo di proroga.

A tal proposito, si osserva come la corretta individuazione della base d’asta è di fondamentale importanza riguardo a diverse prescrizioni del Codice, tra cui, quelle sulla disciplina della pubblicità (art. 28), sulla determinazione dell’importo della cauzione provvisoria (art. 75), sulla valutazione della proporzionalità e congruità dei requisiti economico-finanziari (art. 41) e di capacità tecnico-professionale (art. 42) dei candidati, oltre che sulla certezza e trasparenza della spesa.

Quanto, invece, alla circostanza di prorogare i contratti oltre il termine di scadenza, la giurisprudenza, anche di recente, ha ribadito il principio secondo cui la proroga (legittima) dei contratti deve, comunque, intervenire prima della scadenza del termine contrattuale, altrimenti configurandosi l’affidamento di un nuovo contratto senza gara (Tar Sardegna, 02.05.2014, n. 00311).

Ancora, è da censurare la prassi di rivedere le prestazioni aggiungendone nuove e incrementando l’importo contrattuale in occasione della proroga.

Rilevano, inoltre, altri aspetti connessi alle illegittime proroghe contrattuali riscontrate, ossia, i deleteri fenomeni di *lock in*, dunque, la mancata possibilità della S.A. di fruire di prestazioni contrattuali in linea con i più attuali *standard* quali/quantitativi del mercato (v. par. 2) e la creazione di marcate asimmetrie informative tra i prestatori di servizi o i fornitori e i potenziali concorrenti (cfr. *ex multis*, la Deliberazione n. 37/2013).

Infine, va osservato che le proroghe - illegittime - hanno garantito agli affidatari il pagamento di corrispettivi senza una valida giustificazione giuridica.

«A tal proposito, la Suprema Corte, con giurisprudenza ormai del tutto consolidata [*ex multis* SS.UU. n.rr. 23385 del 2008 e 1875 del 2009], ha precisato in modo netto che, in presenza di contratti di appalto tra operatori economici privati e Pubbliche Amministrazioni, affetti da nullità assoluta, a tenore dell’art. 1418 del c.c., per violazione delle norme di evidenza pubblica, che rappresentano regole inderogabili costituenti un vero e proprio sistema rigido e vincolante, ricollegabile al principio del buon andamento di dette Amministrazioni in un quadro di certezza e di trasparenza, è ammesso

esclusivamente il pagamento dell'indennizzo previsto dall'art. 2041 del Codice Civile, nei limiti del depauperamento subito dal privato, con esclusione dei benefici e delle aspettative connessi con il corrispettivo pattuito, con particolare riferimento al "profitto di impresa"» (C. Conti 198/2015, cit.).

Al di là dei suddetti aspetti che possono assumere profili di danno erariale, la questione in esame rileva rispetto alle esigenze di *spending review* della P.A., ossia sulla necessità di recupero di margini di efficienza nel *public procurement*, a maggior ragione in un settore della spesa pubblica, come quello sanitario nel quale i risparmi derivanti dalla riduzione della spesa improduttiva potrebbero più utilmente essere destinati alla erogazione di maggiori o nuove prestazioni sanitarie a beneficio della parte più debole della collettività.

4. Documentazione di gara e oggetto del contratto

Le lacune e le imprecisioni riscontrate nella documentazione di gara, peraltro, a volte palesemente copiata da altre stazioni appaltanti - indice dell'approssimazione con cui la AORN ha provveduto alla stesura degli atti di gara - non è affatto marginale, poiché le norme che regolano l'affidamento a evidenza pubblica, siano esse contenute nel bando e nei loro allegati (capitolati, disciplinari, ecc.), costituiscono *lex specialis* che, conformemente ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa nonché di buona fede nelle trattative contrattuali, ex art. 1337, c.c., deve garantire il corretto rapporto tra Amministrazione e privati.

Per ciò che concerne, invece, l'imprecisione dell'oggetto contrattuale, si osserva che «l'oggetto dei contratti pubblici, a differenza dell'oggetto dei contratti di natura civilistica che può anche essere "determinabile" (art. 1346 c.c.), deve essere sempre determinato, al fine dell'esatta specificazione della prestazione contrattuale, esigenza divenuta più stringente a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento di attuazione del Codice» (Deliberazione n. 1/2014), alla luce delle gravi conseguenze che comporta, tra cui, il non corretto computo del valore stimato del contratto, di cui all'art. 29, d.lgs. 163/2006, e la possibilità di eseguire idonei ed efficaci controlli sulla fase esecutiva dei contratti.

Infine, sulla modifica delle clausole contrattuali relative sia alle prestazioni sia all'importo, prima della stipula dei contratti, se ne rileva la manifesta illegittimità, ponendosi in contrasto con le più basilari norme di diritto amministrativo e di diritto privato che disciplinano la materia.

5. Gestione dei CIG

Dalla documentazione in atti si evince una non corretta gestione dei CIG da parte dell'AORN.

In particolare, i CIG provvisori, richiesti dall'AORN prima dell'indizione della gara, dovevano essere perfezionati inserendo nel Sistema informativo monitoraggio gare dell'Autorità (Simog) le dovute informazioni, quali la data di pubblicazione del bando e la data di scadenza per la presentazione delle offerte, anche al fine della liquidazione del contributo dovuto all'Autorità. Inoltre, ad ogni lotto delle gare bandite dall'AORN doveva corrispondere un unico CIG, atteso che il Simog attribuisce un numero gara univoco e per ciascun lotto un CIG.

Inoltre, i contratti sottoscritti dall'AORN dopo il 7 settembre 2010, dovevano rispettare gli obblighi di tracciabilità (e dotarsi di un CIG) mentre i contratti sottoscritti prima dovevano essere regolarizzati entro il periodo transitorio, ossia, entro il 17 giugno 2011 (cfr. Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 recante "Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136").

Ne consegue una difformità sia agli obblighi di comunicazione all'Osservatorio, di cui all'art. 7 del Codice e successive deliberazioni dell'Autorità, sia all'obbligo di contribuzione a carico dei soggetti pubblici e privati stabilito dall'art. 1, co. 67, legge 266/2005, nonché agli obblighi di tracciabilità, di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 (Piano straordinario contro le mafie), che affida al CIG il

compito di individuare univocamente e di tracciare le movimentazioni finanziarie relative agli affidamenti di servizi e forniture. Il mancato rispetto della disciplina in materia di tracciabilità comporta, peraltro, rilevanti effetti civilistici, quali la nullità o la risoluzione del contratto, e sanzioni amministrative a carico del soggetto inadempiente.

6. Affidamenti in economia

L'artificioso frazionamento degli appalti, che si evince dalle risultanze ispettive, e la conseguente esclusione degli stessi appalti dal campo di applicazione delle norme dettate per i contratti di rilevanza comunitaria, si pone manifestatamente in contrasto con l'art. 125, co. 13, d.lgs. 163/2006, in base al quale «nessuna prestazione di servizi, ivi comprese le prestazioni di manutenzioni, periodica o non periodica, che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo, può essere artificiosamente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia».

Stabilisce, inoltre, l'art. 29, co. 4, d.lgs. 163/2006 che nessun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato «al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato».

D'altro canto, neanche la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di servizi e forniture può essere fatta «con l'intenzione di escluderlo dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria» (art. 29, co. 11, d.lgs. 163/2006), di cui all'art. 28 del Codice.

Quanto, infine, alla motivazione degli affidamenti in economia che ricorre generalmente nell'AORN - la "somma urgenza di provvedere" - si osserva che l'urgenza non deve essere addebitabile in alcun modo alla S.A. per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia come, al contrario, accade nel caso dell'AORN (v. par. 1 e 2). In proposito, è chiara la lettera della norma, di cui all'art. 125, co. 10, lett. d), d.lgs. 163/2006, nell'affermare che il ricorso all'acquisizione in economia è consentito nell'ipotesi di urgenza determinata da «eventi oggettivamente imprevedibili».

7. Requisiti di partecipazione

Come sopra evidenziato, i requisiti di partecipazione stabiliti dall'AORN sono apparsi tendenzialmente restrittivi.

Se è pacifico che le amministrazioni possono integrare in senso più restrittivo i requisiti soggettivi previsti dalla vigente normativa, per specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto, è anche noto che l'esercizio di siffatta potestà deve rispettare «i limiti intrinseci della discrezionalità amministrativa, ossia i principi di ragionevolezza e proporzionalità, senza sortire l'effetto di limitare indebitamente l'accesso alla procedura di gara ed il confronto concorrenziale in un determinato settore» (Parere di Precontenzioso Avcp n. 132 del 6.6.2014; sul punto si vedano i diversi precedenti del Consiglio di Stato, tra cui: C.d.S., sez. V, n. 8914/2009; C.d.S., sez. VI, n. 2304/2007; C.d.S., sez. V, sentenza n. 6534/2008).

Nel caso dell'AORN, poi, l'entità degli effetti distorsivi sulla concorrenzialità del mercato potrebbe rivelarsi ancora più consistente, considerando congiuntamente la criticità in esame con le altre criticità prima indicate degli artificiosi frazionamenti (v. par. 6) e delle proroghe contrattuali (v. par. 3), che garantiscono rendite di posizione a determinati operatori economici, fornendo loro la possibilità di acquisire, nel tempo, maggiori requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale e maggiore conoscenza delle modalità organizzative ed operative delle prestazioni contrattuali.

Ciò, in ultima analisi, fornisce a determinati soggetti più ampie possibilità di partecipare alle future gare ed una maggiore *chance* di aggiudicarsi le stesse gare, in quanto possiedono maggiori informazioni per formulare la migliore offerta tecnica ed economica.

8. Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

La documentazione in atti mostra molteplici criticità riguardo alla formulazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (di seguito, criterio Oepv), che lascia ampi margini di discrezionalità nelle valutazioni delle commissioni giudicatrici.

Tale criterio, da un lato, non ha permesso ai potenziali concorrenti di conoscere gli effettivi criteri di valutazione della componente tecnica e, dall'altro, ha provocato la minimizzazione delle differenze nei punteggi attribuiti alla componente economica, a fronte di ribassi alquanto differenti, di fatto annullando la componente quantitativa già di per se esigua.

Sul criterio in esame, la normativa prescrive che il bando di gara deve elencare i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, e precisare la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi nonché, ove necessario, prevedere, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi (v. art. 83, commi 1, 2 e 4).

La stessa disposizione dà alla S.A. la possibilità, ove non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, di nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigerli.

Difformemente alle richiamate disposizioni normative, i criteri sono stati indicati o integrati da sub-criteri e relativi sub-pesi anche dalla stessa commissione di gara.

Quanto ai profili di criticità sui criteri motivazionali, si osserva che l'art. 1, co. 1, lett. u), d.lgs. 152/08 ha escluso che la commissione possa fissare, come riscontrato nel caso di specie, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, i "criteri motivazionali", cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando, al fine di limitare massimamente la discrezionalità della stessa commissione a garanzia dell'imparzialità e della trasparenza nelle operazioni di valutazione qualitativa delle offerte.

La giurisprudenza, infatti, non esclude la possibilità di fissare mere specificazioni o chiarimenti dei criteri già fissati dal bando (C.d.S, sez. V, 18.08.2010, n. 5844), in quanto, il giudizio di merito della commissione non può essere totalmente vincolato (C.d.S., sez. III, 23.02.2015, n. 907) ma si deve trattare di una mera specificazione motivazionale non di una integrazione sostanziale del bando.

Di recente, il giudice amministrativo, sul criterio Oepv formulato dall'AORN di Caserta per aggiudicare il "servizio di noleggio e lavaggio della biancheria piana e confezionata, fornitura di kit sterili in TTR per campo operatorio, rifacimento letti non allettati e sanificazione teli sistemi antidecubito" ha riscontrato che «la Commissione, avendo rilevato espressamente che il disciplinare di gara non prevedeva alcuna metodologia per l'attribuzione del punteggio [...], ha ritenuto di scomporre il punteggio indicato per ogni sub criterio in due sotto parametri valutativi, relativi agli aspetti qualitativi – per i quali veniva utilizzata la tabella Giudizio/Peso dove, in base al giudizio, viene assegnato un punteggio che va da 0 a 1 [v. nota 8, ndr] - e agli aspetti quantitativi - per i quali si attribuiva il punteggio massimo al miglior valore rilevato ed alle altre un valore linearmente decrescente - definendo così il metodo di calcolo per l'attribuzione del corrispondente punteggio numerico».

Secondo il giudice è «evidente che la Commissione ha operato una scelta metodologica che competeva, invece, alla stazione appaltante. Inoltre, tale scelta è stata compiuta dopo l'apertura delle offerte tecniche e la valutazione delle offerte». Pertanto, il Collegio ha ritenuto i rilievi «sufficienti ad inficiare la validità e correttezza del procedimento, per violazione dell'art. 83, commi 4 e 5, del Codice dei contratti pubblici, a prescindere dalla prova che l'applicazione di quei criteri sia stata determinante

nell'attribuzione dei punteggi» e ha respinto i ricorsi contro la sentenza del TAR Campania, su citata, che aveva stabilito l'annullamento dell'intera procedura e della stessa lex di gara in parte qua (cfr. C.d.S., sez. III, 21.10.2015, n. 4812).

Con specifico riferimento alla componente economica, le risultanze ispettive mostrano che la formula di cui in nota 8, mentre ha garantito il punteggio massimo alla migliore offerta, non ha rispettato il vincolo per cui il concorrente che non ha offerto sconti potesse ottenere un punteggio pari a 0 e, di fatto, ha ridotto sensibilmente il peso della componente prezzo nella valutazione dell'offerta, in quanto i punteggi, inevitabilmente, sono stati molto compressi.

L'Autorità ha già avuto modo di osservare che formule come quella utilizzata dall'AORN non sono coerenti con le previsioni del Codice e dell'allegato P del Regolamento, poiché le formule «devono essere tali da rendere possibile l'attribuzione dell'intero range dei punteggi, variabile da zero al massimo fissato nel bando [...] quindi devono essere costruite in modo tale da garantire che si possano attribuire i pesi fissati nel bando» (Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 - "Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture").

9) Fase di esecuzione delle prestazioni contrattuali

Gli esiti istruttori mostrano, infine, la carenza di adeguati controlli sulla esecuzione delle prestazioni contrattuali, in contrasto con le previsioni del Regolamento contenute negli artt. 297-311 e 312-325. Sulla questione si rimanda alle chiare indicazioni fornite dall'Autorità nella determinazione n. 5/2013, più volte citata.

Qui preme osservare, per un verso, la stretta correlazione tra l'incongruità dei controlli e il profilo di danno erariale, in quanto, i controlli effettuati nel corso dell'intera durata del rapporto – in itinere ed *ex post* – sono propedeutici alla corretta liquidazione dei corrispettivi per l'esecutore.

E d'altra parte, che «il mancato utilizzo in sede esecutiva degli strumenti di controllo del livello qualitativo delle prestazioni fornite dall'operatore economico rende difficoltoso, se non impossibile, valersi della possibilità di escludere da gare successive gli imprenditori che abbiano svolto precedenti contratti con negligenza e malafede» (det. 5/2013, cit.).

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- la carenza di adeguata programmazione delle commesse pubbliche da parte dell'AORN di Caserta ha leso i principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97, co. 1, Cost., art. 1, co. 1, l. 241/90 e art. 2, co. 1, d.lgs. 163/2006, con gravi conseguenze sulla fase di aggiudicazione e sull'esecuzione dei contratti pubblici di servizi e forniture, comportando: la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a illegittime proroghe contrattuali, l'avvio di procedure di scelta del contraente non ordinarie motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto e la perdita di controllo della spesa;
- i ritardi nell'indizione delle procedure di scelta del contraente dell'AORN rappresentano un *vulnus* al principio di tempestività e di economicità, enunciati all'art. 2, co. 1, cit., ed hanno impedito all'Azienda ospedaliera di rimettere prontamente le commesse pubbliche sul mercato per ottenere condizioni contrattuali più vantaggiose;
- il reiterato ricorso all'istituto della proroga, nell'arco temporale di diversi anni, da parte dell'AORN è manifestamente contrario ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento,

non discriminazione e trasparenza, di cui all'art. 2, co. 1, cit., atteso che l'istituto riveste carattere di temporaneità e di eccezionalità e si configura come un affidamento diretto.

La prassi delle proroghe contrattuali è, altresì, difforme dal principio di economicità, ex art. 2, co. 1, cit., per quanto sopra evidenziato, determinando deleteri fenomeni di *lock in* e marcate asimmetrie informative tra gli affidatari e i potenziali concorrenti che compromettono la piena contendibilità del mercato, nonché garantendo agli esecutori la corresponsione di corrispettivi senza valida giustificazione che configura un danno erariale;

- le lacune e le imprecisioni della documentazione di gara dell'AORN di Caserta, a volte, palesemente copiata da altre stazioni appaltanti, non sono in linea con le esigenze di certezza nonché con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa e di parità di trattamento;
- la indeterminatezza dell'oggetto contrattuale è contraria alla vigente normativa, poiché, l'oggetto dei contratti pubblici deve essere sempre determinato, anche alla luce delle gravi conseguenze della non esatta specificazione, tra cui, il non corretto computo del valore stimato del contratto, ex art. 29, cit., e l'impossibilità di eseguire idonei ed efficaci controlli sulla fase esecutiva;
- la modifica delle clausole contrattuali, relative sia alle prestazioni sia all'importo, prima della sottoscrizione del contratto tra l'AORN di Caserta e l'aggiudicatario, si pone in contrasto con le più basilari norme del diritto amministrativo e del diritto privato in materia;
- la gestione dei CIG da parte dell'AORN è difforme all'art. 7, co. 8, d.lgs. 163/2006, all'art. 1, co. 67, legge 266/2005, nonché in contrasto con la normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla legge 136/2010;
- l'artificioso frazionamento degli appalti dell'AORN è contrario alle disposizioni degli artt. 125, co. 13, 29, commi 4 e 10, lett. b, del Codice ed ha escluso gli appalti dal campo di applicazione della normativa in tema di affidamenti di rilevanza comunitaria;
- gli affidamenti di "somma urgenza di provvedere" addebitabili alla inadeguata organizzazione o programmazione ovvero all'inerzia dell'AORN di Caserta, sono contrari all'art. 125, co. 10, lett. d) del Codice, che è norma di stretta interpretazione;
- i restrittivi requisiti di partecipazione alle procedure di scelta del contraente contrastano con i principi di proporzionalità e di libera concorrenza, ex art. 2, co. 1, cit., nonché con il principio di ragionevolezza. Peraltro, nel caso dell'AORN, l'entità degli effetti distorsivi sulla concorrenzialità del mercato deve essere valutata congiuntamente alla suddetta prassi degli artificiosi frazionamenti e delle illegittime proroghe contrattuali, che fornisce a determinati prestatori di servizi o fornitori una maggiore *chance* di partecipazione alle future procedure di gara e di aggiudicazione delle stesse gare;
- la formulazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è difforme agli artt. 83 e 84 del Codice e all'art. 283 del Regolamento nonché allegato P dello stesso Regolamento e ha lasciato ampi margini di discrezionalità nelle valutazioni delle commissioni giudicatrici: da un lato, non ha permesso ai potenziali concorrenti di conoscere gli effettivi criteri di valutazione della componente tecnica, e, dall'altro, ha determinato la minimizzazione delle differenze nei punteggi attribuiti alla componente economica, a fronte di ribassi alquanto differenti, di fatto annullando il peso attribuito alla componente economica;
- la carenza di adeguati controlli sulla fase esecutiva degli appalti contrasta con le previsioni del Regolamento ed ha rilevanti conseguenze sia sul profilo del danno erariale, in quanto i controlli effettuati nel corso del rapporto contrattuale sono propedeutici alla corretta liquidazione dei corrispettivi, sia sulla possibilità di escludere da future gare quegli imprenditori che non hanno svolto correttamente i contratti;

- di invitare la AORN di Caserta a rendere note all’Autorità le iniziative che intende intraprendere per rimuovere celermente ed efficacemente le riscontrate criticità ed individuare i comportamenti, l’organizzazione, e le procedure più idonee per ripristinare una gestione dei contratti nel rispetto della trasparenza ed economicità, e garantire la piena contendibilità del mercato e la stessa prevenzione della corruzione nell’Azienda;
- di invitare l’AORN di Caserta a riferire circa le iniziative attuate, concordemente con la Regione e la So.Re.Sa., per superare le riferite criticità nei rapporti intersoggettivi e procedere all’improcrastinabile ripristino delle ordinarie procedure di scelta del contraente nella massima trasparenza e correttezza della gestione delle risorse pubbliche;
- di disporre l’invio della presente deliberazione all’AORN di Caserta, da parte dell’Ufficio vigilanza forniture e servizi, con l’invito a darvi riscontro, ai sensi dell’art. 16, co. 2, del Regolamento di vigilanza e accertamenti ispettivi, cit., entro trenta giorni dal ricevimento;
- di disporre infine l’invio del presente deliberato alla Procura della Repubblica di Napoli e alla Procura Generale della Corte dei Conti, ex art. 6 comma 13 del Codice dei contratti.

Raffaele Cantone

Depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 14 gennaio 2016

Il Segretario, Maria Esposito