



DELIBERA N. 127

Del 10 febbraio 2021

Fasc. Anac n. 4551/2019

Oggetto: Rinegoziazione contrattuale e proroga del multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia ai sensi del d.lgs. 30 maggio 2008 n. 115 effettuata dall'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania.

Riferimenti normativi

Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115, Allegato II, art. 6 lett. b)

Decreto legislativo 18 aprile 2016 n.50, art. 30

Parole chiave

Proroga del contratto servizio energia

Massima

La proroga del contratto da parte di un ente del servizio sanitario nazionale ai sensi dell'Allegato II, art. 6, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 115/2008 qualora esercitata a fronte di un appalto già aggiudicato dalla centrale di committenza, all'esito di un procedimento di evidenza pubblica, può comportare la violazione dei principi di libera concorrenza e non discriminazione.

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 ed il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

VISTO

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture.

Premessa

È pervenuto all'Autorità un esposto della società Siram S.p.A. con la quale veniva segnalata la presunta illegittimità della rinegoziazione contrattuale e della proroga per 10 anni del servizio multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia in oggetto in favore di Engie Servizi S.p.A., avvenuta con deliberazione del direttore generale f.f. dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania n. 751 del 29 aprile 2019.

Con nota prot. n. 97051 del 3.12.2019 l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture ha chiesto all'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania (di seguito anche A.O.U., Policlinico di Catania o Azienda Ospedaliera) di acquisire informazioni utili e documenti per l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 13 comma 4 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018.

Il Settore Tecnico del Policlinico di Catania ha riscontrato con nota prot. 4102 del 28.1.2020, acquisita al prot. Anac n. 6878 del 28.1.2020.

Valutata, in base alla documentazione acquisita agli atti, la sussistenza di elementi idonei per l'avvio di un procedimento di vigilanza ai sensi degli art. 213 del d.lgs. 50/2016 e art. 13 e seguenti del regolamento di Vigilanza del 4 luglio 2018, l'Ufficio istruttore, con nota prot. n. 22954 del 20.3.2020, ha inviato la comunicazione di avvio dell'istruttoria all'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania (di seguito anche A.O.U.) ed alla società Engie Servizi S.p.A. (in quanto appaltatrice-controinteressata).

Nel termine prorogato a causa dell'emergenza Covid (13 agosto 2020) l'A.O.U. ha formulato le proprie controdeduzioni con relazione prot. n. 31083 del 10 agosto 2020, acquisita al prot. Anac n. 61103 del 10.8.2020. Engie Servizi S.p.A. ha formulato le proprie controdeduzioni con relazione del 7 agosto 2020, acquisita al prot. Anac n. 61104 del 10.8.2020, depositando altresì una serie di documenti (acquisiti ai prot. Anac n. 61105-61109-61145-61147-61149-61151-61153/2020).

Nel corso del procedimento di vigilanza, la società Engie Servizi S.p.A. con nota del 7 agosto 2020, acquisita al prot. Anac n. 61104 del 10.8.2020, ha richiesto di essere sentita in audizione ai sensi dell'art. 16 del Regolamento di vigilanza. La richiesta è stata positivamente valutata e l'audizione si è tenuta in data 13 ottobre 2020.

Nel corso dell'audizione è emersa la necessità di effettuare ulteriori approfondimenti mediante il deposito, da parte di Engie Servizi S.p.A., di memorie scritte e documenti.

Con nota prot. n. 75727 del 14.10.2020 l'Ufficio istruttore ha quindi assegnato alla Engie Servizi S.p.A. un termine di 20 giorni per il deposito ed ha comunicato anche all'A.O.U. la conseguente sospensione dei termini finali del procedimento, ai sensi dell'art. 18 del Regolamento di Vigilanza. Engie Servizi S.p.A. ha fornito una ulteriore relazione illustrativa e depositato i documenti richiesti (acquisiti ai prot. Anac n. 82074 -82077-82078 del 2.11.2020).

Con nota prot. 95323 del 15.12.2020 l'Ufficio istruttore ha comunicato le risultanze istruttorie ai sensi dell'art. 20 del Regolamento di Vigilanza, approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 10 dicembre 2020, all'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico-Vittorio Emanuele



Catania, alla Engie Servizi S.p.A. ed alle società Manitalidea S.p.A. ed alla Zephyro S.p.A. oggi Edison Facility Solutions in proprio e quale mandataria capogruppo del RTI Zephyro S.p.A./Bosch Energy and Building Solutions Italy S.r.l.

Hanno formulato le proprie controdeduzioni l'A.O.U. Policlinico di Catania, con nota dell'11.1.2021, acquisita al prot. Anac n. 1779 dell'11.1.2021 e la società Engie Servizi S.p.A., con nota dell'11.1.2021 acquisita al prot. Anac n. 1696 dell'11.1.2021.

In base alle risultanze acquisite nel corso dell'istruttoria è emerso conclusivamente quanto segue.

Fatto

1. Ordinativo principale di fornitura in adesione alla Convenzione Consip MIES1

In data 29 aprile 2011 Consip S.p.A. ha indetto una gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 per l'affidamento di un Multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia per gli immobili adibiti ad uso sanitario in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e dell'art. 58 legge n. 388/2000, suddivisa in n. 8 lotti geografici (cd. gara Consip MIES1).

Per quanto qui di interesse, il lotto n. 8 relativo alle Regioni Sicilia e Calabria è stato aggiudicato in data 21 settembre 2012 al Raggruppamento Temporaneo di Imprese composto da Cofely Italia S.p.A. (mandataria) e Manitalidea S.p.A. (mandante) per un importo complessivo di € 103.200.000,00.

La relativa Convenzione tra Consip S.p.A. ed il RTI Cofely Italia S.p.A. (oggi Engie Servizi S.p.A.) è stata sottoscritta nel mese di dicembre 2012 (cd. Convenzione MIES1).

Oggetto della Convenzione MIES1 sono le attività di gestione, conduzione e manutenzione degli impianti tecnologici, delle strutture edili e dei complementi, la fornitura dei vettori energetici termico ed elettrico (qualora autoprodotta), l'implementazione degli interventi di riqualificazione e di efficientamento energetico degli impianti termici e degli impianti di climatizzazione estiva ed elettrici, speciali e di illuminazione.

Con deliberazione n. 949 del 16 dicembre 2013 l'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania ha aderito alla Convenzione MIES1 per un periodo di 7 anni, con decorrenza dal 1 febbraio 2014 e scadenza al 31 gennaio 2021.

L'A.O.U. ha quindi effettuato l'Ordinativo principale di fornitura n. 1094607 del 23.12.2013 per un importo totale di € 10.458.631,82 oltre Iva, con il fornitore contraente «Cofely Italia in RTI».

In base alla deliberazione n. 949/2013 l'adesione alla Convenzione MIES1 è relativa ai seguenti servizi nel Presidio Ospedaliero G. Rodolico, per cui viene previsto un canone annuo di € 1.321.516,39 oltre Iva:

- A1: manutenzione impianti di climatizzazione invernale;
- A2: manutenzione impianti idrico sanitari;
- B1: manutenzione impianti di climatizzazione estiva;
- B2: manutenzione impianti elettrici;
- C1: manutenzione impianti antincendio;

- C2: manutenzione impianti elevatori;
- D: servizio anagrafica tecnica.

È inoltre previsto un importo di € 172.573,37 oltre Iva all'anno per interventi di manutenzione integrativa extra canone.

2. Atti aggiuntivi di estensione dell'adesione alla Convenzione Consip MIES1 fino al 31 gennaio 2021

L'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania ha successivamente esteso l'adesione alla Convenzione Consip MIES1 ad altri servizi e ad altri presidi ospedalieri con successivi atti aggiuntivi all'ordinativo principale di fornitura del 23 dicembre 2013.

Con deliberazione n. 973 del 23.12.2013 ha esteso l'adesione alla Convenzione Consip per i cd. presidi ospedalieri minori (Vittorio Emanuele, Ferrarotto, Santo Bambino, Santa Marta) per i servizi CI (manutenzione impianti antincendio relativamente a porte REI ed Estintori) e C2 (impianti elevatori) per un importo annuo di € 75.995,06+IVA per il periodo 1 gennaio 2014 fino al 31 gennaio 2021 (Ordine n. 1098593 del 24.12.2013).

Con deliberazione n. 366 del 12.3.2015 l'A.O.U. ha esteso l'adesione alla Convenzione Consip Mies1 attraverso i seguenti atti aggiuntivi:

- Ordine n. 858910 del 14 gennaio 2015 - Atto Aggiuntivo per adesione alla Convenzione Consip per soli servizi Energetici E per un importo annuale di €1.719.180,84 ed un totale di € 9.025.699,41, dal 1.11.2015 al 31.1.2021 per tutto il P.O. Policlinico Rodolico di Catania;
- Ordine n.1859108 del 14 gennaio 2015 - Atto Aggiuntivo per soli servizi manutentivi del Padiglione Serpentone, Blocco D, P.O. Rodolico Policlinico Catania compreso Parcheggio Multipiano B - P.O. Rodolico e serbatoi idrici via Zenone, per un importo di € 56.250,47 all'anno ed un totale di € 337.502,82 dal 1.2.2015 al 31.1.2021.
- Ordine n. 1884609 del 29 gennaio 2015 - Atto Aggiuntivo in decremento plafond di € 27.890,95; rideterminazione dell'importo dell'atto aggiuntivo n. 1859108 in euro 309.611,87 per esclusione attivazione del servizio C3 minuto mantenimento edile.

Con deliberazione n. 564 del 26 giugno 2015 è stata estesa l'adesione alla convenzione Consip con atto Aggiuntivo - Ordine n. 2220974 del 30.6.2015 per soli servizi manutentivi del Ed. 7 Pronto Soccorso e Terapia Intensiva del P.O. Policlinico Rodolico CT per un totale di € 854.058,49. dal 1.7.2015 al 31.1.2021.

3. Estensione della Convenzione Consip MIES1 fino al 31 dicembre 2018

Con deliberazione n. 1529 del 29 dicembre 2015 l'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania ha esteso l'adesione alla Convenzione Consip MIES1 mediante atto Aggiuntivo - Ordine n. 2572676 del 3.12.2015, per servizi energetici E, e manutentivi M dal 1.5.2016 al 31.12.2018 per € 2.174.737,78 all'anno ed un totale di € 5.872.769,25 per i seguenti servizi:

- attivazione Servizi Energia e Manutenzione dei c.d. Presidi Ospedalieri minori (come sopra definiti);
- attivazione Servizi Energia e Manutenzione Padiglione 8 c.d. Serpentone del P.O Rodolico Policlinico CT;
- attivazione servizi altri padiglioni P.O. Vittorio Emanuele (Pediatria, Direzione, Ufficio Tecnico + altri servizi antincendio ed elettrico);



- attivazione componente Energia Pronto Soccorso P.O. Rodolico Policlinico CT;
- attivazione extra canone servizi manutentivi ICS¹.

Nella delibera 1529/2015 si chiarisce che l'estensione ha decorrenza 1 maggio 2016 e scadenza al 31 dicembre 2018, che costituisce una scadenza anticipata rispetto a quella dell'Ordinativo Principale di fornitura, ovvero il 31 gennaio 2021, per esaurimento plafond ancora disponibile della Convenzione Consip MIES1 Lotto 8, che non avrebbe consentito ordinativi di importo superiore.

Con la stessa deliberazione n. 2190 del 29.12.2016 l'A.O.U. ha affidato alla Engie S.p.A. il servizio di conduzione e manutenzione dell'impianto di trigenerazione presso l'edificio 8 del P.O. Rodolico (che era stato realizzato a seguito di gara d'appalto dalla Cofely). L'affidamento è stato effettuato con i risparmi di spesa derivanti dalla dismissione dei servizi nei padiglioni del P.O. Vittorio Emanuele. La durata dell'affidamento va dal 1 gennaio 2017 al 31 dicembre 2018 per un importo annuo di € 86.381,61.

4. Proroga fino al 31 giugno 2019 dei servizi in scadenza al 31 dicembre 2018

Con deliberazione n. 1433 del 24 dicembre 2018 l'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania ha prorogato fino al 30 giugno 2019, ai sensi dell'art. 106 comma 11 del d.lgs. 50/2016, l'affidamento a Engie Servizi S.p.A. dei servizi che erano in scadenza al 31 dicembre 2018, sia nei presidi ospedalieri minori (Vittorio Emanuele, Ferrarotto, S. Bambino, Santa Marta) sia nel P.O. Rodolico (Padiglioni 8 e 9, il servizio di energia termica del Padiglione 7 ed il servizio manutentivo della piastra di trigenerazione).

Nella deliberazione si dà atto, altresì, che la Engie Servizi S.p.A. con nota del 25 maggio 2018 aveva presentato una manifestazione di interesse per la rinegoziazione e proroga della Convenzione Consip MIES1 ai sensi del d.lgs. 115/2008 con l'applicazione di un contratto «servizio energia Plus» così come definito nel par. 2, All. 2 del d.lgs. 115/2008.

Con nota del 31 luglio 2018 la Engie Servizi S.p.A. ha presentato il piano della proposta formulata ed il Settore tecnico dell'Azienda Ospedaliera ha presentato alla Direzione Generale con nota 1108584 del 21.9.2018 «un'ampia e dettagliata relazione sul confronto tecnico, funzionale ed economico delle due proposte commerciali, deducendo che l'offerta presentata dalla Engie Servizi S.p.A. risultava più conveniente dell'offerta della Zephiro S.p.A.».

La Engie Servizi S.p.A., con nota del 10 ottobre 2018 ha riformulato l'offerta economica presentando il progetto esecutivo degli interventi di riqualificazione energetica per un importo di € 3.144.219,76 oltre Iva a carico della stessa proponente, ed i servizi manutentivi ed energia termica con un canone annuo di € 4.350.000,00 oltre Iva.

La proposta della Engie Servizi S.p.A. è stata confrontata con le Convenzioni Consip MIES1 e MIES2 già attive ma con il plafond già esaurito (relazione del settore tecnico del 18.10.2018).

Nella deliberazione si evidenzia che le offerte proposte necessitano di adeguati approfondimenti, e che l'Azienda è in attesa di conoscere le condizioni economiche del lotto 15 Consip (aggiudicato alla Zephiro S.p.A.). Si evidenziano anche le difficoltà a smembrare, per aderire ad offerte diverse, la gestione dei padiglioni del P.O. Rodolico, che dipendono da centrali tecnologiche unificate.

¹ In base alla Convenzione Consip, l'amministrazione può stanziare un importo extra canone a consumo "ICS" fino a un valore massimo pari al 20% della somma delle componenti "M" dei Canoni dei Servizi "B" e "C" ordinati.

Con la stessa deliberazione 1433/2018 è stato inoltre affidato alla Engie Servizi S.p.A. il servizio di conduzione e manutenzione del Trigeneratore da 1MW installato presso l'edificio 4 del P.O. Rodolico secondo i prezzi della Convenzione MIES1 rivalutati in base all'indice Istat.

In base alla deliberazione n. 1433/2018 il valore totale dei servizi affidati in proroga da gennaio a giugno 2019 ammonta a € 1.437.973,07 oltre un importo di extra canone a consumo di € 109.611,21.

5. Rinegoziazione e proroga per 10 anni del multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia ai sensi del d.lgs. 115/2008

Con deliberazione n. 751 del 29 aprile 2019 l'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania ha autorizzato la rinegoziazione e proroga dell'adesione alla Convenzione Consip MIES1 per 10 anni, dal 1° maggio 2019 al 30 aprile 2029 ai sensi del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115 in tutti i presidi dell'Azienda e per i servizi offerti a canone A1, A2, B1, B2, D, esclusi i servizi tecnologici C1 e C2. Ciò è avvenuto in base all'offerta presentata dalla Engie Servizi S.p.A. del 10 ottobre 2018, acquisita al protocollo del Policlinico n. 43332 del 10 ottobre 2018.

L'Azienda Ospedaliera ha autorizzato gli interventi di riqualificazione energetica del sistema edificio/impianto, a carico della Engie Servizi S.p.A. sul P.O. Rodolico al fine di ottenere una riduzione del fabbisogno di energia primaria superiore al 5% ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 115/2008 con un ritorno dell'investimento di 10 anni, per un importo di € 3.144.219,76 a carico della stessa Engie. In data 29 maggio 2019 l'A.O.U. ha sottoscritto con la Engie Servizi S.p.A. il contratto "Energia Plus" con decorrenza dal 1° maggio 2019 e scadenza al 30 aprile 2029, ad un canone annuo totale di € 4.350.000,00 oltre Iva ed un extra canone annuo a consumo Ics, dovuto solo se ordinato dal committente di € 284.236,42 oltre Iva all'anno.

Per l'affidamento in questione l'Azienda Ospedaliera ha acquisito il CIG n. 7906040E96 per un importo di € 43.500.000,00.

Con delibera n.1918 del 7.11.19 l'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania ha autorizzato il trasferimento delle quote del Contratto MIES1 rinegoziato ai sensi del d.lgs. n.115/2008 dai presidi ospedalieri minori al nuovo Presidio Ospedaliero San Marco, inaugurato nel mese di novembre 2019.

Diritto

1. Proroga fino al 30 giugno 2019 degli atti aggiuntivi scaduti il 31 dicembre 2018

Relativamente alla prosecuzione fino al 30 giugno 2019 degli affidamenti derivanti dagli atti aggiuntivi di adesione alla Convenzione Consip MIES1 che andavano in scadenza al 31 dicembre 2018, l'Azienda Ospedaliera Universitaria ed Engie Servizi S.p.A. (di seguito anche Engie Servizi) hanno convenuto con il rilievo effettuato nella comunicazione di avvio dell'istruttoria relativo all'impropria citazione, dal punto di vista formale, dell'art. 106 comma 11 del d.lgs. 50/2016, trattandosi di proroga di atti aggiuntivi stipulati in vigenza del d.lgs. 163/2006.

Nel corso dell'istruttoria è stato chiesto di chiarire se in base agli atti di gara ed ai documenti contrattuali vi fossero i presupposti per l'applicazione della cd. proroga tecnica che, anche prima della codificazione operata dal d.lgs. 50/2016, era ammessa dalla giurisprudenza e da precedenti



pronunce dell’Autorità (Cons. Stato, sez. III, 5 luglio 2013, n. 3580; sez. V, 27 aprile 2012, n. 2459; sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 850; Comunicato del Presidente dell’Autorità del 4 novembre 2015).

La proroga cd. tecnica costituisce infatti uno strumento di carattere eccezionale per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure per l’individuazione del nuovo contraente, correlato alla necessità di assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, sempre che l’esigenza di ricorrere alla dilazione del termine non dipenda da causa imputabile alla stazione appaltante.

Nelle controdeduzioni, sia Engie Servizi S.p.A. che l’Azienda Ospedaliera hanno evidenziato come nella fattispecie in esame sussistessero i presupposti di ammissibilità della proroga cd. tecnica degli atti aggiuntivi con scadenza al 31 dicembre 2018.

In primo luogo, hanno rappresentato come si fosse trattato di una proroga di carattere temporaneo, per soli sei mesi, resasi necessaria per ragioni indipendenti dalla volontà dell’Azienda Ospedaliera, per cui non era possibile far riferimento ad altre soluzioni di affidamento.

Come emerge dalla delibera n. 1433 del 24 dicembre 2018 la proroga tecnica in questione è stata motivata con il dover attendere la possibilità di aderire alla Convenzione Consip MIES 2 lotto n, 15 o di altra soluzione di affidamento. Infatti la nuova convenzione Consip cd. MIES 2, avente ad oggetto il Multiservizio Tecnologico Integrato con fornitura di Energia per gli edifici, in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche Amministrazioni Sanitarie, medio tempore conclusasi a livello centralizzato, con riferimento al lotto 12 Sicilia e Calabria (con aggiudicatario Manutencoop) risultava già esaurita.

Inoltre il lotto c.d. accessorio n. 15 della suddetta gara Consip (aggiudicato il 22 marzo 2018) non risultava ancora attivabile sul sito di Consip alla data della deliberazione n.1433, ovvero il 24 dicembre 2018. L’attivazione del lotto 15 Convenzione Consip è infatti avvenuta successivamente, in data 7 gennaio 2020.

Dal punto di vista tecnico vi era poi l’impossibilità di un affidamento parziale, in quanto la gran parte dei servizi scadevano il 31 gennaio 2021 e vi erano inoltre molti servizi interconnessi e dunque vi sarebbero state reali difficoltà ad aderire ad offerte diverse, stante l’impossibilità di frazionare la gestione dei padiglioni del P.O. G. Rodolico che dipendono da centrali tecnologiche unificate.

Hanno evidenziato, altresì, che lo strumento della proroga tecnica, che ha coinvolto principalmente il servizio espletato nei presidi ospedalieri minori, era inoltre quello che meglio si atteggiava al processo di dismissione dei presidi ospedalieri minori e di riorganizzazione dei servizi sanitari nel loro complesso.

Nel periodo novembre/dicembre 2018 era infatti in corso, da parte dell’Azienda Ospedaliera, una riorganizzazione delle strutture di erogazione delle prestazioni sanitarie, con la conseguente dismissione e chiusura progressiva dei presidi ospedalieri minori ed il graduale consolidamento di tutte le attività sanitarie rese nel Policlinico G. Rodolico e del nuovo Ospedale San Marco.

Il processo di riorganizzazione e dismissione/chiusura progressiva dei presidi ospedalieri minori avviato dall’A.O.U. e ad oggi ancora non concluso, ha registrato una prima fase nel mese di novembre-dicembre 2018 con la progressiva chiusura del P.O. Ferrarotto, cui è seguita una

successiva fase di arresto e, infine, una ripresa a decorrere dal mese di maggio-giugno 2019 con l'apertura del Nuovo Ospedale San Marco e l'avvio dei servizi sanitari alla pubblica utenza.

In base alle condizioni della Convenzione Consip MIES1 era possibile trasferire i servizi previsti dagli ordinativi principali di fornitura e dagli atti aggiuntivi da un immobile ad un altro in uso all'amministrazione all'interno dello stesso lotto. In particolare in base all'art. 5 comma 4 dello Schema di Convenzione "Qualora la singola Amministrazione Contraente assuma l'uso di altro immobile/gruppo di immobili, da adibire alla stessa destinazione, anch'esso ubicato nell'area geografica del Lotto in questione, la medesima Amministrazione Contraente ha la facoltà in luogo del recesso di trasferire i servizi oggetto degli Ordinativi di Fornitura e dei relativi, eventuali, Atti Aggiuntivi, dalla stessa già emessi su detto altro nuovo immobile/gruppo di immobili, nei limiti di importo e di durata che residuano".

Inoltre, in base all'art. 5 comma 13) delle Condizioni Generali Convenzione "Il Fornitore prende atto ed accetta che i servizi e/o le forniture oggetto della Convenzione dovranno essere prestati con continuità anche in caso di eventuali variazioni della consistenza e della dislocazione delle sedi e degli immobili delle Amministrazioni Contraenti".

Engie Servizi S.p.A., su richiesta dell'Ufficio, ha specificato che è possibile stimare l'incidenza economica annua dei servizi resi nei c.d. presidi minori pari a circa il 19% sul valore totale contrattuale annuo complessivo del rapporto in Convenzione (prendendo a parametro il fatturato del 2018).

L'A.O.U. ed Engie Servizi hanno quindi evidenziato come nella situazione di fatto e di diritto esistente al momento della delibera n. 1433 del 24 dicembre 2018, ogni diversa soluzione, stante la scadenza "asincrona" dei diversi servizi astrattamente deducibili in Convenzione MIES di competenza dell'A.O.U. avrebbe comunque frammentato la gestione degli immobili dei vari presidi ospedalieri tra diversi operatori economici, posto che i servizi attivati con l'Ordinativo principale di fornitura sarebbero scaduti solo nel 2021, con alcune insormontabili incompatibilità di tipo tecnico oltre che di obiettivi di risparmio energetico.

Hanno affermato inoltre che l'evenienza di una proroga tecnica era prevista dalle Condizioni generali dell'allegato alla Convenzione MIES1, per cui «qualora per qualsiasi motivo cessi l'efficacia della Convenzione ogni singolo Ordinativo di Fornitura, il Fornitore sarà tenuto a prestare la massima collaborazione, anche tecnica, affinché possa essere garantita la continuità dei servizi/forniture oggetto della Convenzione» (art. 4.2).

Valutazioni

Si ritiene di poter prendere atto delle motivazioni che hanno condotto alla proroga tecnica fino al 30 giugno 2019 degli atti aggiuntivi in scadenza al 31 dicembre 2018.

Fermo restando infatti l'obbligo in capo agli enti del Servizio Sanitario Nazionale di approvvigionarsi in via esclusiva attraverso Consip S.p.A. o le centrali regionali di committenza (art. 1, comma 548 della legge n. 208/2015), che, come si dirà in seguito, discende dall'avvenuta aggiudicazione delle Convenzioni, a prescindere dall'attivazione, nel caso specifico, in base a quanto rappresentato dalle parti in particolare per l'Ospedale Rodolico, vi erano ragioni tecniche per cui non sarebbe stato possibile procedere ad un affidamento ad un operatore diverso dei servizi in scadenza al 31 gennaio



2018, in quanto dipendenti dalla stessa centrale unificata da cui dipendevano i servizi in scadenza al 31 gennaio 2021.

Per i presidi minori, la proroga appare giustificata dal processo di riorganizzazione in corso al momento dell'adozione della determina a contrarre, per cui appare verosimile che in quel momento l'A.O.U. non potesse impegnarsi per un periodo di tempo prefissato con un nuovo contraente.

Inoltre, in base alle determinate a contrarre, il fatto che una parte dei servizi avesse una scadenza al 31.12.2018 e dunque anticipata rispetto alla scadenza dell'Ordinativo principale di fornitura al 31.1.2021 era dovuto al limite di capienza della Convenzione Consip al momento della stipula degli atti aggiuntivi.

Nel corso dell'istruttoria sono state sollevate perplessità relativamente all'affidamento alla Engie Servizi S.p.A. del servizio di conduzione e manutenzione del Trigeneratore da 1MW installato presso l'edificio 4 del P.O. Rodolico in quanto vi erano elementi che inducevano a ritenere che si fosse trattato di un affidamento diretto.

Nelle controdeduzioni le parti hanno chiarito che tale affidamento è stato effettuato a compensazione della dismissione del presidio Ferrarotto e di alcuni edifici, o parte di essi, del presidio Rodolico. Non si è quindi trattato di un ulteriore affidamento ma solo di una generale rimodulazione dei servizi come previsto dalla Convenzione Consip MIES 1.

Permane, come si illustrerà più approfonditamente in seguito, il profilo di criticità relativo alla proroga disposta esclusivamente in favore di Engie Servizi S.p.A. anziché del RTI Engie Servizi S.p.A. /Manitalidea, aggiudicatario del relativo lotto della gara Consip e destinatario dell'Ordinativo Principale di fornitura.

2. Proposta di partenariato da parte della Zephyro S.p.A.

In base alle informazioni contenute nella deliberazione n. 751/2019, oltre alla proposta formulata da Engie Servizi S.p.A. in data 25 maggio 2018 per la rinegoziazione e proroga della Convenzione Consip MIES1 ai sensi del d.lgs. 115/2008, in data 10 luglio 2018 era pervenuta all'Azienda Ospedaliera da parte della Zephyro S.p.A. una proposta di partenariato pubblico privato ai sensi dell'art. 180 del d.lgs. 50/2016 per un Multi servizio tecnologico con fornitura di vettori energetici e realizzazione di interventi di efficientamento energetico e riqualificazione. In particolare la società Zephyro si è proposta quale promotore per l'affidamento in concessione, ai sensi dell'art. 183 comma 5 del d.lgs. 50/2016 del multiservizio tecnologico e la realizzazione di interventi di efficientamento energetico e riqualificazione tecnologica presso il P.O. Rodolico.

Nella delibera n. 751/2019 sono contenuti i dettagli economici della proposta, tuttavia nella comunicazione di avvio dell'istruttoria erano stati richiesti dei chiarimenti sul relativo iter procedurale.

Nelle controdeduzioni, l'A.O.U. ha chiarito di aver esaminato tutte le implicazioni e i costi, ritenendo la maggiore convenienza, anche in prospettiva, della rinegoziazione approvata con Engie Servizi S.p.A.

Sul punto l'A.O.U. ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale per cui "la contemporanea pendenza di più proposte afferenti al medesimo oggetto, da parte di operatori diversi, onera l'amministrazione che ne sia destinataria a riservare a ciascuna di esse pari considerazione, in sede di verifica della fattibilità. Tale onere non limita, tuttavia, la possibilità per l'amministrazione di modulare diversamente l'istruttoria, avuto riguardo, di volta in volta, alla qualità dei proponenti e/o al contenuto e al grado di approfondimento delle proposte ricevute, nei limiti della ragionevolezza

e della non contraddittorietà” (T.A.R. Toscana, I, 28-2-2018 n. 328, cit., che richiama Cons. Stato, V, 8-2-2011 n. 843; A.P., 15-4-2010 n. 2155).

L’A.O.U. ha dichiarato come la proposta della Zephyro S.p.A. sia stata attentamente valutata e, in particolare, con nota prot. 42310 del 3 ottobre 2018 venne chiesta una rimodulazione della stessa secondo alcuni fattori di indicazione della Direzione Strategica Aziendale. A tale nota seguirono una serie di colloqui telefonici con il rappresentante della Zephyro a cui tuttavia non hanno fatto seguito proposte formali da parte della società.

Valutazioni

Allo stato attuale si ritiene di poter prendere atto dei chiarimenti forniti su tale aspetto, anche in considerazione del fatto che la società la Zephyro S.p.A., oggi Edison Facility Solutions, non ha formulato controdeduzioni alla comunicazione di risultanze istruttorie.

3. Applicabilità della disciplina di cui al d.lgs. 30 maggio 2008 n. 115

La disciplina normativa di riferimento per la rinegoziazione effettuata dall’A.O.U. con la deliberazione n. 751 del 29.4.2019 è il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115, emanato in attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all’efficienza degli usi finali dell’energia e i servizi energetici, finalizzato a contribuire al miglioramento della sicurezza dell’approvvigionamento energetico e alla tutela dell’ambiente, attraverso la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra.

L’art. 16, comma 4, del d.lgs. 115/2008 dispone che nell’ambito dei contratti che possono essere proposti per la fornitura di un servizio energetico rientra il «contratto di servizio energia» rispondente ai requisiti ed alle prestazioni dell’Allegato II del medesimo d.lgs. 115, che qualificano il contratto servizio energia. In particolare il punto 4 dell’Allegato II prevede che ai fini della qualificazione come contratto servizio energia, un contratto deve fare esplicito e vincolante riferimento allo stesso decreto legislativo e prevedere una serie di specifici elementi (requisiti e prestazioni) dettagliatamente individuati dalle lettere da a) a s) che caratterizzano il contratto quale contratto di servizio energia.

Laddove si sia in presenza di contratto di servizio energia rispondente ai requisiti come sopra individuati, il citato Allegato II, al punto 6, dispone, relativamente alla durata contrattuale, che il contratto servizio energia ed il contratto servizio energia «Plus» devono avere una durata non inferiore ad un anno e non superiore a dieci anni.

In deroga al punto 1, si stabilisce alla lettera b) del punto 6 che «qualora nel corso di vigenza di un contratto di servizio energia, le parti concordino l’esecuzione di nuove e/o ulteriori prestazioni ed attività conformi e corrispondenti ai requisiti del presente decreto, la durata del contratto potrà essere prorogata nel rispetto delle modalità definite dal presente decreto».

Come evidenziato dal Parere Anac AG 1813 del 4 luglio 2013, la norma, dopo aver individuato la durata ordinaria di un contratto servizio energia (minimo un anno - massimo dieci), stipulato ai sensi del d.lgs. n. 115/2008, prevede la possibilità di derogare detta previsione sulla durata contrattuale, consentendo di prorogare quel contratto in essere, nel caso in cui le parti concordino nuove e ulteriori prestazioni, volte al conseguimento di risparmi energetici.

La norma di cui all’art. 6 comma 2 dell’Allegato II è stata introdotta allo scopo di tutelare l’ambiente e migliorare l’efficienza energetica e negli usi finali dell’energia essendo «legata all’opportunità di conseguire un più rapido adeguamento dei servizi energia ai sopravvenuti parametri di efficienza energetica, senza attendere la naturale scadenza dei contratti e consentendone la rinegoziazione



anticipata, incentivandola mediante l'allungamento della durata, con possibilità quindi di "spalmare" su un periodo più lungo i corrispettivi a fronte degli investimenti necessari per far fronte agli interventi volti al conseguimento dell'efficienza energetica» (Cfr. Cons. Stato, III, 15.4.2016 n. 1352). La rinegoziazione con proroga può quindi avvenire esclusivamente alle condizioni previste dalla norma, che contiene una previsione derogatoria e come tale non è suscettibile di interpretazione estensiva o analogica.

Relativamente alla qualificazione del contratto quale servizio energia, nelle controdeduzioni, sia l'A.O.U. che Engie Servizi hanno chiarito l'applicabilità del d.lgs. 115/2008 sia alla Convenzione Consip MIES1 che all'ordinativo principale di fornitura del 23 dicembre 2013.

Dal punto di vista soggettivo Engie Servizi rientra infatti nella nozione di "fornitore di misure di miglioramento dell'efficienza energetica" e dal punto di vista oggettivo, le prestazioni dedotte in convenzione, ed opzionate negli anni dall'A.O.U., rientrano nella nozione di "servizi energetici" di cui al d.lgs. 115/2008. Ciò trova riscontro anche negli atti di gara che, oltre a rinviare in modo generico all'applicabilità della normativa di settore, all'art. 2, comma 1, lett. g) delle Condizioni Generali richiamano espressamente il d.lgs. n. 115/2008 per quanto riguarda i servizi energetici. L'art. 7.1 del Capitolato Tecnico, specifica che essi "sono svolti nell'osservanza dei requisiti e delle prestazioni indicate nel d.lgs. 115/2008 che disciplina l'erogazione dei beni e servizi necessari alla gestione ottimale ed al miglioramento del processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia"; o l'art. 7.6.3 "Misurazione e Controllo" del Capitolato Tecnico della Convenzione MIES ove si prevede che per la Misurazione dell'Energia Termica erogata dall'impianto "L'Assuntore è tenuto, ai sensi del d.lgs. 115/2008, allegato II, articolo 4, punto 1, comma f, ad effettuare la misurazione e la contabilizzazione dell'energia termica erogata".

Vi è inoltre il richiamo al "Servizio Energia per gli Impianti di Climatizzazione Invernale (così come definito dall'art. 1 lettera p) del D.P.R. 412/93" di cui all'art. 1.1. del Disciplinare, doc. 3, e art. Schema di Convenzione doc. 4. a sua volta richiamato proprio dall'art. 16, comma 4, del d.lgs. 115/2008 per cui "tra i contratti che possono essere proposti nell'ambito della fornitura di un servizio energetico rientra il contratto di servizio energia di cui all'articolo 1, comma 1, lettera p), del d.p.r. 26 agosto 1993, n. 412, rispondente a quanto stabilito dall'allegato II al presente decreto". La suddetta lettera p) definisce il «contratto servizio energia» come l'atto contrattuale "che disciplina l'erogazione dei beni e servizi necessari a mantenere le condizioni di comfort negli edifici nel rispetto delle vigenti leggi in materia di uso razionale dell'energia, di sicurezza e di salvaguardia dell'ambiente, provvedendo nel contempo al miglioramento del processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia".

Engie Servizi ha chiarito quindi che la Convenzione Consip MIES1 e dunque i singoli ordinativi di fornitura rientrano nell'ambito applicativo del d.lgs. n. 115/08, e dunque gli stessi potevano essere rinegoziati ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. b) dell'Allegato II del medesimo d.lgs. 115/2008, in presenza dei presupposti ivi previsti.

Nelle controdeduzioni presentate a seguito dell'audizione, Engie Servizi ha chiarito che gli interventi di riqualificazione energetica del sistema edificio/impianto hanno previsto somme di investimento pari a € 3.144.219,76 tali da ridurre il fabbisogno di energia primaria per impianti di riscaldamento dei presidi ospedalieri oggetto di rinegoziazione contrattuale, nel complesso superiore alla quota minima del 5% prevista dall'art. 5, comma 1 lett. c) dell'All. 2 al d.lgs. n. 115/2008.

Engie Servizi ha dettagliato lo stato di avanzamento dei lavori di riqualificazione energetica già eseguiti a suo carico al 26 ottobre 2020, pari al 93,51%. Su un totale di importo degli investimenti previsti nel progetto pari a € 3.144.119,94 sono stati eseguiti lavori per € 2.939.997,00.

In base alla documentazione prodotta dalle parti, i lavori di riqualificazione energetica, quasi completati, consentiranno, nei 10 anni di allungamento di durata del contratto, un risparmio energetico del 6,97%.

Engie Servizi ha anche prodotto una tabella con l'analisi dei risparmi di energia già ottenuti con la gestione attuale Consip MIES 1 ed una tabella con l'analisi degli ulteriori risparmi ottenibili con gli ulteriori interventi di efficientamento proposti in progetto ai sensi dell'art. 5 c.1 lett. c) All. 2 del d.lgs. 115/2008, per cui la riduzione del fabbisogno di energia primaria per riscaldamento espresso in kWh/anno ottenibile attraverso gli interventi di riqualificazione energetica proposti è del 6,97%.

La scelta di concentrare le somme di investimento per gli interventi di riqualificazione energetica del sistema edificio/impianto sui presidi ospedalieri ricadenti nel perimetro del Policlinico Rodolico di Catania piuttosto che sui presidi minori che si trovavano in fase di dismissione, è stata prevalentemente determinata dall'equilibrio economico finanziario della proposta di rinegoziazione e dalle linee di indirizzo strategico energetico condivise con l'A.O.U.

A riguardo l'A.O.U. ha evidenziato che nei mesi successivi alla delibera n. 751/2019 era prevista l'apertura del nuovo presidio San Marco, che ha determinato la dismissione degli altri presidi ospedalieri minori.

La nuova negoziazione è stata adottata in funzione della riorganizzazione delle strutture sanitarie (apertura del San Marco e chiusura dei vecchi presidi) senza soluzione di continuità, con salvezza delle condizioni discendenti dalla Convenzione Consip MIES 1, e anzi con ulteriori risparmi, e con gli abbattimenti dei costi energetici derivanti dagli appositi investimenti previsti nel contratto Servizio Energia Plus.

Valutazioni

Nel corso dell'istruttoria le parti hanno ragionevolmente dimostrato la qualificazione della Convenzione Consip MIES1 quale contratto di servizio energia, quella di Engie Servizi S.p.A. quale fornitore di misure di miglioramento dell'efficienza nonché come la rinegoziazione con proroga fosse volta ad assicurare il raggiungimento degli obiettivi di miglioramento dell'efficienza energetica così come previsti dal d.lgs. 115/2008.

Si ritiene quindi di poter prendere atto dei chiarimenti forniti circa la sussistenza di idonei presupposti giuridici per l'applicabilità in astratto alla Convenzione Consip MIES1 e dunque agli Ordinativi di fornitura effettuati dall'A.O.U., della disciplina sull'efficientamento energetico di cui al d.lgs. 115/2008.

4. Applicabilità in concreto della proroga di cui all'Allegato II del d.lgs. 115/2008

Nel corso dell'istruttoria è stato rilevato un profilo di criticità legato alla facoltà dell'utilizzo della rinegoziazione con proroga ai sensi del d.lgs. 115/2008 in concomitanza con l'iniziativa alternativa della Convenzione Consip MIES2, in particolare il lotto aggiuntivo n. 15, già aggiudicato in data 22 marzo 2018 al RTI Zephyro S.p.A. (oggi Edson Facility Solutions)/Bosch Energy and Building Solutions Italy Srl, e dunque in data antecedente all'emanazione della delibera n. 751/2019, ovvero il 29 aprile 2019.

Come noto infatti la Legge di Stabilità 2016 impone agli enti del Servizio Sanitario Nazionale di approvvigionarsi in via esclusiva attraverso Consip S.p.A. o le centrali regionali di committenza (art. 1, comma 548 della legge n. 208/2015), con espresso divieto di prorogare rapporti concernenti categorie merceologiche già convenzionate (art. 1 comma 550 della legge n. 208/2015).

La gara a procedura aperta indetta da Consip ha infatti ad oggetto "l'affidamento di un Multiservizio Tecnologico Integrato con fornitura di Energia per gli edifici, in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche



Amministrazioni Sanitarie, edizione 2, ai sensi dell'art. 26 Legge 488/1999 e s.m.i., dell'art. 58 Legge 388/2000, del D.M. 24/02/2000 e del D.M. 02/05/2001”.

L'Autorità e la Giurisprudenza amministrativa in proposito hanno evidenziato come la facoltà di proroga del contratto da parte di un ente del servizio sanitario nazionale, in ragione dell'eccezionale e speciale disposizione di cui all'Allegato II, art. 6, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 115/2008, certamente non può trattarsi di una proroga “contro” o a discapito di un appalto già aggiudicato dalla centrale di committenza, all'esito di un procedimento di evidenza pubblica, per servizi parzialmente coincidenti, poiché diversamente ragionando, la facoltà predetta si tramuterebbe in una manifesta violazione del principio di concorrenza in danno di un operatore economico che è stato già prescelto quale migliore offerente (Delibera Anac n. 882 del 25 settembre 2019; Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2019 n. 3761).

Relativamente alla possibilità di accedere alla nuova Convenzione Consip MIES 2, anziché procedere con la rinegoziazione dei contratti in corso, nella determinazione n. 751/2019 si dà atto che l'A.O.U. aveva richiesto l'adesione alla nuova Convenzione Consip MIES2, ma l'aggiudicataria Manutencoop ha comunicato con pec del 24.4.2018 che il plafond era già esaurito.

Per quanto riguarda invece il lotto aggiuntivo n. 15, aggiudicato in data 22 marzo 2018 al RTI Zephyro Spa – Bosch Energy and Building Solutions Italy Srl, nella determina a contrarre n. 751/2019 non si rinvergono gli elementi di un'apposita istruttoria volta quantomeno a comparare i benefici economici che la rinegoziazione con proroga intrapresa dall'Azienda Ospedaliera avrebbe presentato rispetto all'adesione, in prospettiva della scadenza al 31 gennaio 2021, al lotto aggiuntivo n. 15 della Convenzione Consip MIES2.

In base alla deliberazione n. 751/2019, la valutazione comparativa è stata effettuata con la Convenzione Consip MIES1. Infatti l'A.O.U. ha ricalcolato il valore della Convenzione Consip MIES1 rivalutato secondo le tabelle Consip, giungendo alla conclusione che il confronto tra l'ipotesi di mantenimento fino alla scadenza contrattuale naturale del contratto in essere (2021) rispetto all'ipotesi di rinegoziazione ai sensi dell'art. 6 comma 2 del d.lgs. 115/2008 ha evidenziato una riduzione rispetto ai costi teorici rivalutati MIES 1 al 31/12/2018 pari al 13,69%.

Nelle controdeduzioni le parti hanno chiarito che il Lotto aggiuntivo n. 15 del MIES2, pur essendo stato aggiudicato il 22 marzo 2018 è stato attivato in data 7 gennaio 2020.

Pertanto, al momento dell'emanazione della determina a contrarre che ha disposto la proroga (29 aprile 2019) il lotto non era attivabile, quindi non era possibile accedere alle informazioni dell'offerta relativa al lotto aggiuntivo n. 15 per effettuare confronti.

Engie Servizi ha inoltre evidenziato che al momento della emanazione della determina a contrarre non si era ancora costituito un vincolo contrattuale con l'affidatario della nuova convenzione Consip, che avrebbe successivamente fornito il servizio anche ai sensi della rinegoziazione ai sensi del d.lgs. n. 115/2008. Ad ogni modo, anche ad ammettere un'astratta concorrenza fra due proposte di rinegoziazione ai sensi dell'Allegato II del d.lgs. 115/08 (quella del contraente esistente e quella di un nuovo contraente scelto dalla centrale di committenza) sarebbe dirimente a fugare ogni dubbio il fatto che la proposta di Engie Servizi, in ragione delle caratteristiche sia tecniche sia qualitative che comportavano oltretutto una maggior convenienza per l'Azienda Ospedaliera, fosse la proposta più rispondente all'interesse pubblico perseguito nel caso di specie.

Nelle memorie le parti hanno effettuato anche una comparazione ex post, tra la proposta di Engie Servizi e quella dell'aggiudicatario del lotto aggiuntivo Edison (già Zephyro S.p.A.) nel frattempo divenuta disponibile, per quanto possibile, in quanto i servizi risultano diversi.

L'A.O.U. ha infatti rappresentato che con riferimento alla componente manutenzione (M) dei servizi A1, A2, B1 e B2, facendo riferimento al listino di attivazione della convenzione Lotto 15 (gennaio 2020) ed al prezzo di attivazione del d.lgs. n. 115/2008 ai prezzi concordati a maggio 2019 per Engie

Servizi, si evidenzia una differenza annua a favore di Edison per € 605.428,17 (2.216.437,58-1.611.009,41), dove va tenuto conto che le proposte Edison si concretizzano in una decisa riduzione di circa il 50% della mano d'opera prevista e che nell'offerta di Engie Servizi è previsto inoltre un presidio fisso 24h compresi notturni e festivi.

Con riferimento alla componente energia termica il prezzo di Engie Servizi risulta lievemente inferiore, e tenendo conto anche delle forniture gas incluse nel servizio (fornitura per cogeneratori e per cucine) si ha una differenza annua a favore di Engie Servizi di € 401.961,16. Inoltre Engie Servizi sostiene l'intero costo del gas usufruendo solo della componente termica prodotta da cogeneratori e non di quella elettrica che è utilizzata direttamente dall'Azienda Ospedaliera, mentre a Edison la componente elettrica prodotta verrebbe pagata per il 99%, per un ulteriore importo annuo a favore di Engie Servizi pari a € 285.171,48.

Il Policlinico ha evidenziato inoltre la differenza tra gli investimenti previsti, pari a € 1.070.700,91 per Edison e a € 3.144.219,76 per Engie Servizi (quest'ultimo dato al fine del confronto viene parametrato su 7 anni anziché i dieci cui fa riferimento -anche se in entrambi i casi gli investimenti vanno fatti nel primo periodo) per cui sarà considerato pari a € 2.200.953,83, comunque pari a oltre il doppio di Edison. Dunque la proposta di Engie Servizi S.p.A., riparametrata su 7 anni (durata del MIES2) risulta pari a € 25.623.523,83 mentre la ipotetica proposta di Edison ammonterebbe a € 7.686.498,40. Con la rinegoziazione con Engie Servizi si sarebbe quindi verificato un risparmio di € 2.062.974,57.

Engie Servizi ha effettuato una dettagliata valutazione comparativa tecnico-economica qualitativa della proposta presentata dalla stessa Engie Servizi ai sensi del d.lgs. 115/2008 rispetto ad un eventuale adesione dell'Azienda Ospedaliera alla Convenzione MIES 2 (lotto 15 accessorio) riferita ai soli servizi comuni alle due proposte e dunque confrontabili.

Si tratta in particolare dei Servizi Energetici "A", dei Servizi Tecnologici con efficientamento "B" e degli investimenti per interventi di efficienza energetica.

In base all'analisi di Engie Servizi, nel confronto tra i valori economici dei principali asset contrattuali risulta che i vantaggi per l'Azienda Ospedaliera, come risultanti dalla rinegoziazione con proroga del contratto ai sensi del d.lgs. n. 115/08 rispetto a quelle contenute nella Convenzione MIES 2 lotto 15 accessorio, potrebbero essere stimate, in un arco temporale a 10 anni, in € 4.100.443,13.

Valutazioni

Si ritiene di poter confermare l'orientamento in precedenza espresso dall'Autorità circa il carattere eccezionale dell'applicazione della norma speciale di cui all'Allegato II del d.lgs. 115/2008, punto 6, comma 2, lett. b) che consente la proroga dei contratti per ragioni di efficientamento energetico.

Ad esempio, nel Parere AG 18/13 del 4 luglio 2013, l'Autorità ha evidenziato che tale norma contiene una previsione di proroga (peraltro inserita in un Allegato al testo legislativo) non solo non presente nella direttiva 2006/32/CE, recepita dal d.lgs. 115/2008, né nella successiva direttiva 2012/27/UE, ma soprattutto caratterizzata da una formulazione molto ampia, priva di indicazioni circa il dies ad quem della proroga e circa la sua potenziale ripetizione ("la durata del contratto potrà essere prorogata", punto 6 allegato II, cit.). Per l'Autorità ciò può sollevare dubbi di compatibilità di tale previsione con l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in ambito comunitario e nazionale circa il divieto di proroga dei contratti, per cui è importante, anche nella predisposizione dei nuovi bandi di gara, un utilizzo circoscritto ed attento della norma in commento, la quale, ancorché norma speciale, appare potenzialmente idonea a creare situazioni di conflitto con i principi generali dell'ordinamento comunitario.

Si consideri inoltre che in base al dettato normativo, la proroga di cui al d.lgs. 115/2008 costituisce una mera facoltà, mentre la legge 208/2015, tra l'altro successiva al d.lgs. 115/2008, impone un



vero e proprio obbligo agli Enti del Servizio Sanitario Nazionale di approvvigionarsi tramite Consip o centrali di committenza.

L'adesione alle convenzioni Consip adempie infatti all'obbligo nazionale e comunitario di individuare il migliore contraente tramite procedure di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, III, n. 4081/2014; V, n. 2194/20).

In merito a tale aspetto, sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale di cui alla citata sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 4 giugno 2019 n. 3761, si ritiene che il momento rilevante da considerare sia quello dell'aggiudicazione di una convenzione Consip, indipendentemente dal fatto che la Convenzione risulti già attivabile o meno. In altri termini, la non ancora avvenuta attivazione di una convenzione Consip già aggiudicata non costituisce una deroga all'obbligatorietà, per gli enti del Servizio Sanitario Nazionale, di approvvigionarsi in via esclusiva attraverso Consip S.p.A. o le centrali regionali di committenza (art. 1, comma 548 della legge n. 208/2015).

Nel caso specifico occorre sottolineare che il contratto in vigore tra l'A.O.U. ed Engie scadeva a gennaio 2021, l'attivazione del lotto aggiuntivo alla Convenzione Consip Mies 2 è avvenuta a gennaio 2020, un anno prima della scadenza; il che avrebbe consentito all'Azienda Ospedaliera di conoscere più nel dettaglio le condizioni e di effettuare tutte le necessarie valutazioni sul piano tecnico economico dei servizi presentato dall'aggiudicatario della Convenzione nonché eventualmente avviare e definire con il nuovo aggiudicatario le attività propedeutiche al subentro, una volta scaduto il contratto con Engie Servizi.

Un ulteriore elemento da considerare è come i fatti rilevanti della presente istruttoria siano avvenuti poco dopo l'aggiudicazione al RTI Zephyro S.p.A. del lotto aggiuntivo della Convenzione Consip, avvenuta il 22 marzo 2018. Infatti la proposta di rinegoziazione e proroga di Engie Servizi è stata presentata il 25 maggio 2018, ed anche la Zephyro S.p.A., in proprio, ha formulato una proposta di partenariato nel mese di luglio 2008. Il fatto che l'A.O.U. abbia deciso di emanare la determina a contrarre ad aprile 2019 piuttosto che in un'altra data dipende da una scelta discrezionale dell'amministrazione.

Si ritiene inoltre, sempre in adesione a quanto rappresentato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3761/2019, la non rilevanza del fatto che i servizi del lotto aggiuntivo della Convenzione Consip fossero parzialmente coincidenti. Tali servizi infatti non appaiono avere una rilevanza ed un'incidenza tale da poter considerare i servizi previsti nel lotto aggiuntivo della Convenzione Consip MIES2 come non idonei al soddisfacimento dello specifico fabbisogno per mancanza di caratteristiche essenziali.

In ogni caso si ritiene che anche tale aspetto avrebbe potuto essere valutato e motivato nella determina a contrarre che ha disposto la rinegoziazione con proroga, atteso il principio per cui tutte le ipotesi, di carattere eccezionale, di rinnovo, proroga o rinegoziazione di un contratto devono essere accompagnate da una congrua, adeguata e puntuale motivazione, trattandosi di eccezioni al principio generale secondo cui un appalto pubblico può essere affidato solo a chi sia risultato aggiudicatario di una procedura comparativa svolta secondo i principi dell'evidenza pubblica.

Tra l'altro, gli atti della gara Consip, tra cui il Capitolato del lotto aggiuntivo n. 15 erano pubblicati sul sito di Consip fin dal momento dell'indizione, fornendo gli opportuni elementi informativi sulle prestazioni.

In merito a quanto affermato da Engie Servizi sulla impossibilità di rinegoziare il contratto ai sensi del d.lgs. 115/2008 con il nuovo affidatario, si osserva che il lotto aggiuntivo della Convenzione Consip MIES 2 conteneva già delle previsioni di efficientamento energetico, in particolare i Servizi Tecnologici", a loro volta divisi in Servizio Tecnologico con miglioramento dell'efficienza energetica per gli Impianti di Climatizzazione Estiva e Servizio Tecnologico con miglioramento dell'efficienza energetica per gli Impianti Elettrici, Speciali e di Illuminazione". Erano previsti, altresì, degli

investimenti per interventi di efficienza energetica. Come già evidenziato, l'Azienda Ospedaliera ha quantificato tali investimenti in € 1.070.700,91.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, pur prendendo atto delle dichiarazioni e dei calcoli effettuati dalle parti in merito al risparmio di spesa ottenuto, si ritiene che l'asserita economicità della rinegoziazione non possa costituire una deroga all'obbligo per gli enti del Servizio Sanitario Nazionale di approvvigionarsi in via esclusiva attraverso Consip S.p.A. o le centrali regionali di committenza, tantomeno nel caso in cui, come quello in questione, si è verificato un affidamento diretto per 10 anni.

Si ritiene quindi che la rinegoziazione ex d.lgs. 115/2008, in forma diretta con l'attuale appaltatore, a fronte di una convenzione già affidata con gara da Consip, non si sia posta in linea con i principi generali di libera concorrenza e non discriminazione di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016, essendo stato sottratto al mercato un appalto di particolare rilevanza economica per un notevole lasso di tempo.

5. Stipula della proroga e della rinegoziazione esclusivamente con Engie Servizi S.P.A.

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria era stato osservato come il lotto 8 della gara Consip avente ad oggetto il Multiservizio Tecnologico Integrato con fornitura di energia per gli immobili adibiti ad uso sanitario (MIES1) risultasse aggiudicato al RTI Cofely Italia S.p.A. (capogruppo mandataria) - Manitalidea S.p.A. (cfr. avviso di aggiudicazione pubblicato GU 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 8 del 18.1.2013).

In data 1° ottobre 2016 la Cofely Italia S.p.A. ha mutato la propria denominazione in Engie Servizi S.p.A. e l'Azienda Ospedaliera ne ha preso atto con delibera n. 1887 del 10 novembre 2016.

Anche l'Ordinativo principale di fornitura n. 1094607 del 23.12.2013. con cui l'A.O.U. ha aderito alla Convenzione Consip MIES1, vede quale fornitore contraente «Cofely Italia in RTI».

Tuttavia, in base alla deliberazione n. 1433 del 24 dicembre 2018, la prosecuzione fino al 30 giugno 2019 degli affidamenti derivanti dagli atti aggiuntivi di adesione alla Convenzione Consip MIES1 è stata disposta solo con la Engie Servizi S.p.A. anziché con il RTI aggiudicatario del relativo lotto della gara Consip.

Lo stesso è avvenuto per la rinegoziazione e proroga per 10 anni della Convenzione Consip MIES1 ai sensi del d.lgs.115/2008 che, in base alla determinazione n. 751/2019 è stata disposta unicamente con la Engie Servizi S.p.A.

Nel corso del procedimento è stato acquisito il Contratto di appalto per l'esecuzione della rinegoziazione, ai sensi del d.lgs. n. 115/2008, della Convenzione Consip MIES1, stipulato in data 29 maggio 2019, che risulta stipulato unicamente da Engie Servizi S.p.A. e non viene fatto riferimento alla sottoscrizione della rinegoziazione e proroga nella qualità di mandataria capogruppo del Rti Cofely (oggi Engie Servizi S.p.A.)/Manitalidea S.p.A.

In proposito, nella comunicazione di risultanze istruttorie è stato osservato come le imprese in raggruppamento temporaneo costituiscano un'unica parte contrattuale, sia in fase di partecipazione alla gara sia in fase di esecuzione del contratto, seppure ogni impresa associata rimanga autonoma nell'esecuzione dell'appalto e ne risponda direttamente.

Essendo l'associazione temporanea a stipulare il contratto e non le imprese che la costituiscono, il rapporto si costituisce in capo all'associazione temporanea medesima, nella persona del



mandatario, ma non in proprio, bensì quale rappresentante del raggruppamento in virtù del mandato conferito (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 novembre 2007, n. 5906).

Le criticità legate al fatto che il contratto rinegoziato sia stato sottoscritto da Engie Servizi S.p.A. senza alcun riferimento al fatto che essa agisse in qualità di mandataria capogruppo del RTI, in nome e per conto di Manitalidea, in base al mandato conferito con l'atto costitutivo del RTI, apparivano confermate anche in base all'Atto Costitutivo del RTI e nel Regolamento interno al costituendo RTI (seppure tali atti abbiano efficacia solo tra Engie Servizi e Manitalidea).

Infatti, il RTI al momento della rinegoziazione con proroga non risultava sciolto, poiché in base all'Atto costitutivo del RTI del 12 settembre 2011, lo scioglimento dell'RTI è previsto al termine dell'affidamento, comprese proroghe e/o rinnovi.

In base al Regolamento interno del costituendo RTI inoltre, nessuna trattativa o accordo tra le imprese e l'ente appaltante avrebbe potuto avvenire se non con il consenso scritto di tutte le imprese (art. 2).

L'art. 10 prevede inoltre che l'impresa mandataria firmerà validamente "in nome e per conto delle imprese raggruppate" tutti gli atti impegnativi per l'associazione temporanea di imprese, cosa che, come già evidenziato, non è avvenuta nella fattispecie in esame.

Appariva quindi essersi concretizzata, sia per gli affidamenti avvenuti con deliberazione n. 1433/2018 che per quelli avvenuti con deliberazione n. 751/2019, una forma di nuovo affidamento effettuato in forma diretta alla Engie Servizi S.p.A., che è un operatore economico diverso rispetto al RTI vincitore della gara Consip.

Nel corso dell'istruttoria sia l'A.O.U. che Engie Servizi hanno evidenziato che il RTI Cofely (oggi Engie Servizi S.p.A.)/Manitalidea si configura come un RTI nel quale i servizi e le prestazioni oggetto dell'appalto sono ripartiti orizzontalmente, e successivamente suddivisi come da prassi operativa di mercato tra le parti su specifiche commesse. Resta fermo che l'attività di direzione e coordinamento fa capo interamente alla mandataria Engie Servizi S.p.A. ed il regime di solidarietà tra gli associati del RTI di tipo orizzontale.

Le quote complessive di partecipazione al Raggruppamento Temporaneo di Imprese, in base all'Atto Costitutivo sottoscritto il 12 settembre 2011, sono state fissate nella misura dell'85% in capo alla mandataria Cofely (quindi Engie Servizi) e del 15% in capo alla mandante Manitalidea S.p.A.

Per quanto riguarda la Convenzione Consip MIES1 con l'A.O.U. Policlinico di Catania, la società mandataria, in base agli accordi con la mandante sulla ripartizione interna delle quote di RTI, a parità di requisiti, nell'ambito del relativo Lotto n. 8, ha preso in carico il 100% dell'esecuzione dell'attività di direzione e coordinamento e dei servizi manutentivi ed energetici, cioè l'intero contratto di fornitura sia in base all'Ordinativo Principale di Fornitura che ai successivi Atti aggiuntivi. Di fatto, sin dall'inizio, tutte le fatture sono state emesse da Engie Servizi S.p.A., a cui l'A.O.U. ha corrisposto il 100% dei pagamenti.

Sul punto Engie ha prodotto una nota tramessa da Consip all'Ente Ospedale Riuniti Papardo-Piemonte di Messina in data 27 ottobre 2015, nella quale Consip ha chiarito come la ripartizione quantitativa all'interno del RTI non implica necessariamente, e per ciascun appalto, l'assunzione ripartita dell'esecuzione delle prestazioni.

Nella nota Consip prot. 26824/2015 si legge infatti che nelle gare per la stipula delle Convenzioni ex art. 26 della Legge n. 488/1999, l'obbligo previsto dall'art. 37 comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 di specificare le parti del servizio o della fornitura che verranno eseguiti dai singoli operatori economici riuniti o consorziati applicabile ai contratti di servizi (quale è quello MIES del Policlinico di Catania) deve necessariamente intendersi riferito all'importo complessivo del singolo Lotto e non al singolo ordinativo di fornitura emesso dall'Amministrazione in adesione alla Convenzione.

Ciò in quanto il Fornitore, all'atto di predisposizione dell'offerta, non può conoscere quali e quante Amministrazioni aderiranno alla Convenzione. In sostanza, la ripartizione delle prestazioni tra i soggetti che compongono l'RTI di tipo orizzontale può variare a seconda dei singoli contratti attuativi, purché nel complesso cumulato degli ordinativi di fornitura sia mantenuta la qualificazione indicata in sede di gara e fermo restando il possesso, in capo al soggetto del RTI chiamato ad eseguire le prestazioni, dei requisiti adeguati alle prestazioni da eseguire.

Engie Servizi ha inoltre prodotto l'accordo interno al RTI del settembre 2015, con il quale è stata effettuata una precisa ripartizione degli ordinativi di fornitura in base alle strutture ospedaliere (in particolare, con assegnazione a Manitalidea dell'esecuzione delle prestazioni a favore di altre strutture sanitarie del lotto 8 Sicilia, diverse dall'A.O.U. di Catania) a seguito del quale le parti si sono date atto che non avrebbero avuto "più null'altro a che pretendere l'una dall'altra".

Engie Servizi ha chiarito di aver sempre agito in qualità di mandataria entro il perimetro dei poteri conferiteli nel mandato speciale con rappresentanza, avendo sempre avuto la possibilità di esprimere in nome e per conto dell'Impresa mandante l'offerta per l'affidamento delle prestazioni oggetto della gara indetta da Consip per l'affidamento del MIES – Lotti 3, 6 e 8" nonché stipulare in nome e per conto proprio nonché dell'Impresa mandante ... tutti gli atti contrattuali consequenziali e necessari per l'affidamento, la gestione e l'esecuzione delle prestazioni oggetto della gara a presentare eventuali modifiche sia tecniche che finanziarie successivamente all'affidamento nonché a stipulare, compiendo tutte le operazioni accessorie e connesse che si rendessero necessarie, il relativo contratto concordando modalità, termini, condizioni e clausole tutte nessuna esclusa e successivamente, a rappresentare a tutti gli effetti il raggruppamento temporaneo di imprese nei confronti dell'ente committente.

Peraltro, in base all'art. 3, lett. b) dell'atto di conferimento del mandato in favore della mandataria Cofely oggi Engie Servizi S.p.A. si precisa che l'effetto di tale atto perdura anche all'ipotesi di "eventuali proroghe e/o rinnovi" e comunque, si dà atto di ritenersi "sin da ora per rato, valido e fermo tutto il suo operato [di mandataria], senza bisogno di ulteriore atto di conferma o ratifica", e quindi anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 1399 cod. civ. Ciascuna impresa resta quindi indipendente e conserva la propria autonomia nell'esecuzione, gestione ed amministrazione della parte di servizi di propria competenza e responsabilità, ovvero come individuati dal Raggruppamento a valle dell'accordo di RTI, e per tale quota assume tutti i rischi di carattere tecnico, economico, finanziario e fiscale conseguenti all'esecuzione del relativo contratto.

Engie Servizi ha quindi evidenziato come non vi sia stata una sostanziale modifica soggettiva del rapporto, in quanto nell'ambito della convenzione Consip MIES, ed alla luce dei rapporti tra i componenti il RTI, è con riferimento al complesso delle prestazioni eseguite nell'ambito del lotto aggiudicato, che deve essere valutato il rapporto delle quote e non rispetto ai singoli ordinativi di fornitura. Inoltre, tutti i rapporti, sono stati intrattenuti da Engie Servizi che è rimasta mandataria del RTI, proprio in virtù delle previsioni e dei poteri derivanti dal mandato conseguito.

La circostanza che il contratto risulti firmato da Engie Servizi senza la formale spendita, nel testo contrattuale, del fatto che la stessa agisse in qualità di mandataria del RTI, non farebbe venir meno la necessaria imputabilità del rapporto contrattuale all'intero RTI.

Engie Servizi ritiene quindi, nella propria autonomia contrattuale, di interpretare l'accordo come pacificamente riferibile al medesimo operatore economico aggiudicatario della Convenzione, ovvero l'RTI (come del resto si desume dalle premesse delle delibere prodromiche al contratto ed all'intera sequenza procedimentale) con l'ulteriore precisazione che, pur nell'ambito del RTI, le prestazioni verranno gestite interamente da Engie Servizi, secondo la ripartizione effettuata negli accordi interni dell'RTI. Anche sul piano civilistico Engie Servizi ha evidenziato come la spendita del



nome e dell'interesse del mandante (cd. contemplatio domini) può desumersi anche da comportamenti concludenti del mandatario senza necessità di formule particolari.

A riprova di quanto sopra, l'Azienda Ospedaliera ha verificato i requisiti anche in capo a Manitalidea. In proposito, nel corso dell'istruttoria Engie Servizi S.p.A. aveva evidenziato anche che il Tribunale Ordinario di Torino, Sez. Fallimentare, con sentenza n. 34/2020 pubblicata il 4 febbraio 2020 aveva dichiarato lo stato di insolvenza di Manitalidea S.p.A.

Quindi, anche ammesso e non concesso che vi potesse essere stata una modifica soggettiva sia pur limitata ai rapporti in essere con il Policlinico di Catania, essa astrattamente sarebbe stata comunque del tutto lecita e ammissibile, in quanto si tratterebbe, al più, di una modifica in riduzione del RTI con assunzione da parte della mandataria delle prestazioni in proprio astrattamente di competenza della mandante, ammissibile ai sensi dell'art. 37 comma 19 del d.lgs. 163/2006².

Engie Servizi ha evidenziato come la giurisprudenza abbia interpretato tale norma nel senso che la stazione appaltante ha la facoltà di accettare la sostituzione della mandante e quindi proseguire il rapporto con la mandataria se quest'ultima possiede tutti i requisiti in capo alla mandante (Tar Campania Napoli I Sezione 25 luglio 2011 n. 3953).

L'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico di Catania, dal canto suo, ha evidenziato come non ci sia stata alcuna modifica soggettiva dell'affidatario, essendo stata Engie Servizi S.p.A. individuata ai fini della rinegoziazione nella qualità di mandataria del RTI aggiudicatario, in esito alla gara Consip. Inoltre Engie Servizi aveva eseguito con esclusività il servizio presso l'A.O.U., in forza di suddivisione con la mandante degli ordinativi rivenienti dal lotto aggiudicato, secondo modalità operative intese a efficacia ed efficienza.

Il fatto che l'Azienda Ospedaliera abbia mantenuto lo stesso contraente individuato in sede di gara, sarebbe dimostrato dal tenore della delibera n. 751/2019, nella quale è stato specificato, nella premessa, che la gara Consip è stata aggiudicata, per il lotto n. 8 Sicilia-Calabria, al raggruppamento temporaneo di imprese Cofely Italia S.p.A. e Manitalidea S.p.A. Il RTI è indicato con la definizione "affidatario", e l'affidamento in riferimento deriva dall'originaria convenzione MIES 1 da cui è scaturito il contratto servizio energia, poi rinnovato. Quindi il contratto approvato con la delibera n. 751/2019 sarebbe stato stipulato con Engie quale capogruppo mandataria dell'RTI affidatario.

L'A.O.U. ha prodotto in proposito una dichiarazione sostitutiva di certificazione del 9 maggio 2019 del legale rappresentante di Manitalidea S.p.A. acquisita prima della sottoscrizione del contratto di appalto, nella quale la stessa Manitalidea è citata in qualità di mandante del RTI.

Anche il contratto costitutivo del raggruppamento ha previsto il conferimento di tutti i poteri alla mandataria, per compiere qualsiasi atto e a manifestare qualsiasi assenso per l'esecuzione del contratto, pertanto Cofely (poi Engie Servizi) avrebbe avuto titolo ad impegnare il raggruppamento, anche per le successive proroghe e/o atti aggiuntivi.

L'Azienda Ospedaliera ha inoltre evidenziato come dall'inizio e per tutta la durata del rapporto, a emettere le fatture per il pagamento dei corrispettivi contrattuali, firmare gli atti aggiuntivi e i

² Tale norma prevede che «In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire».

progetti, è stata, esclusivamente la Engie Servizi mandataria del RTI e destinataria dei pagamenti al 100%.

In conclusione, l'Azienda Ospedaliera ha evidenziato di aver mantenuto lo stesso contraente, escludendo, sia in sede di proroga tecnica che in sede di rinegoziazione, qualsiasi mutamento soggettivo dell'affidatario, essendo stata Engie Servizi (ex Cofely Italia Spa) individuata ai fini della rinegoziazione nella qualità di mandataria del RTI aggiudicatario, in esito alla gara Consip, che aveva eseguito con esclusività il servizio presso l'Azienda e ne aveva sottoscritto le integrazioni aggiuntive successive.

L'A.O.U. si è dichiarata comunque disponibile, qualora lo si ritenga necessario, a redigere atto aggiuntivo al contratto al fine di dirimere tale questione.

Valutazioni

Nella comunicazione di risultanze istruttorie è stato osservato come in base alla visura camerale di Manitalidea S.p.A., la stessa, a seguito della dichiarazione dello stato di insolvenza da parte del Tribunale di Torino, non risultasse in stato di fallimento, ma attiva ed in amministrazione straordinaria.

L'amministrazione straordinaria non è contemplata fra le tipologie di procedure concorsuali fallimentari previste dall'art. 38 del d.lgs. 163/2006 (oggi art. 80 del d.lgs. 50/2016) che causano l'esclusione di un concorrente ad una gara di appalto o la perdita dei requisiti di moralità, qualora avvenga in corso di esecuzione del contratto.

A conferma di quanto sopra, sia l'Autorità che la giurisprudenza hanno chiarito che l'amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 non costituisce una causa di esclusione dalla partecipazione alla gara, perché l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, rilasciata in tale procedura, è volta alla conservazione dell'impresa, quindi, alla sua cd. remissione in bonis, per cui all'impresa viene consentito di continuare ad operare nel mercato in funzione del risanamento dell'azienda (Determinazione Anac n. 1 del 12.1.2010 "Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi"; TAR Basilicata, I, 23.3.2012, n. 132).

Pertanto, nulla impedirebbe in astratto che a seguito di rimodulazione dei rapporti interni tra le imprese del RTI, a cui è estranea la stazione appaltante, anche Manitalidea potrebbe essere chiamata ad eseguire alcune prestazioni dell'appalto prorogato e rinegoziato.

Dagli atti non risulta, tra l'altro, alcuna manifestazione di volontà di Manitalidea in un senso o nell'altro.

Ciò premesso, per quanto riguarda le controdeduzioni di Engie Servizi, non si contesta quanto affermato da Consip sulla possibilità da parte dei componenti di un RTI affidatario del lotto di una convenzione, di suddividere le commesse in base ad accordi interni.

Si tratta tuttavia appunto di accordi interni, su cui la stazione appaltante non può intervenire nel merito, per cui si ritiene che a prescindere dal fatto che l'ordinativo principale di fornitura, effettuato con il RTI, fosse stato eseguito unicamente da Engie Servizi, la stazione appaltante avrebbe dovuto menzionare l'intero RTI sia nelle proroghe contrattuali intervenute, sia negli atti deliberativi e contrattuali della rinegoziazione di aprile/maggio 2019.

Si ritiene tuttavia necessario effettuare una differenziazione tra gli atti aggiuntivi/proroghe cd. tecniche della Convenzione Consip MIES1, da un lato, e la rinegoziazione con proroga per 10 anni della Convenzione Consip MIES1 ai sensi del d.lgs. 115/2008, dall'altro.

Infatti, accedendo all'interpretazione fornita dalle parti, le estensioni e le proroghe relative agli ordinativi a valle della Convenzione Consip MIES1 potrebbero essere ricomprese nell'ambito dei



poteri conferiti alla mandataria dall'Atto costitutivo del RTI, e dunque l'aver menzionato unicamente Engie Servizi potrebbe leggersi, in ultima ipotesi, come una mera imprecisione formale.

Si ritiene invece che ciò non valga per la rinegoziazione con proroga per 10 anni della Convenzione Consip MIES1 ai sensi del d.lgs. 115/2008 che ha una durata diversa e contiene obbligazioni nuove e diverse³ rispetto a quelle della Convenzione Consip MIES1 per cui è stato conferito mandato alla Cofely (oggi Engie Servizi), in particolare per quanto concerne gli ingenti lavori di efficientamento energetico. Si ritiene pertanto che la sottoscrizione del Contratto di appalto per la rinegoziazione, ai sensi del d.lgs. n. 115/2008, della Convenzione Consip MIES1, stipulato in data 29 maggio 2019, avrebbe dovuto contenere un richiamo esplicito al fatto che Engie Servizi S.p.A. agisse nella qualità di mandataria capogruppo del RTI Engie Servizi/Manitalidea.

Il fatto che il contratto rinegoziato sia stato sottoscritto da Engie Servizi S.p.A. senza alcun riferimento al fatto che essa agisse in qualità di mandataria capogruppo del RTI, in nome e per conto di Manitalidea, fa sì che dal punto di vista formale si sia concretizzato un nuovo affidamento diretto ad Engie Servizi S.p.A.

In ogni caso, si prende atto dell'interpretazione del contratto fornita in modo unanime dall'Azienda Ospedaliera e da Engie Servizi, nel senso della rinegoziazione nella qualità di mandataria del RTI con Manitalidea, nonché della disponibilità dell'Azienda Ospedaliera a procedere ad una rettifica del contratto stesso.

Alla luce delle considerazioni che precedono,

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del

DELIBERA

- la rinegoziazione e proroga per 10 anni del multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia ai sensi del d.lgs. 115/2008 effettuata con deliberazione n. 751 del 29 aprile 2019 dall'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania, in concomitanza con l'iniziativa alternativa della Convenzione Consip MIES2, in particolare il lotto aggiuntivo n. 15, già aggiudicato in data 22 marzo 2018 ad esito di gara pubblica, non appare in linea con i principi generali di libera concorrenza e non discriminazione di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016;
- la sottoscrizione del Contratto di appalto per la rinegoziazione ai sensi del d.lgs. 115/2008 della Convenzione Consip MIES1, stipulato in data 29 maggio 2019 con Engie Servizi S.p.A. in proprio, senza un riferimento esplicito alla sottoscrizione in qualità di mandataria capogruppo del RTI con conto Manitalidea S.p.A., fa sì che dal punto di vista formale si sia concretizzato un nuovo affidamento diretto ad Engie Servizi S.p.A.;
- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera all'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele di Catania ed alle società Engie Servizi

³ L'applicabilità della disciplina speciale di cui al d.lgs. 115/2008 presuppone proprio nuove e/o ulteriori prestazioni ed attività nel corso di vigenza di un contratto servizio energia (art. 6 lett. b) dell'Allegato II al d.lgs. 115/2008).

S.p.A., Manitalidea S.p.A. ed Edison Facility Solutions, in proprio ed in qualità di mandataria capogruppo del RTI Zephyro S.p.A./Bosch Energy and Building Solutions Italy S.r.l.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente