

AS1271 - ASL VALLECAMONICA-SEBINO - AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI PULIZIA SANIFICAZIONE RACCOLTA E SMALTIMENTO RIFIUTI

Roma, 25 febbraio 2016

ASL Vallecamonica – Sebino
AO di Desenzano del Garda

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 17 febbraio 2016, ha deliberato di esprimere il proprio parere ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, relativamente: (i) al decreto n. 1158 del 30 dicembre 2015 adottato dalla ASL Vallecamonica – Sebino (di seguito, anche "Decreto"), avente ad oggetto *l'adesione al decreto n. 828/2011 dell'AO di Desenzano per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione, raccolta e smaltimento rifiuti*"; (ii) il Capitolato Speciale (di seguito "Capitolato") relativo all'affidamento dei predetti servizi, disposto dall'AO di Desenzano del Garda con procedura ad evidenza pubblica di tipo ristretto avviata in data 11 marzo 2011 e aggiudicata in data 4 novembre 2011; (iii) ad ogni altro atto presupposto e conseguente.

In proposito, si rappresenta quanto segue. Il 30 dicembre 2015, con decreto n. 1158 pubblicato sul sito *web* in pari data ai sensi del d.lgs. n. 33/2013, l'ASL di Vallecamonica – Sebino ha disposto l'affidamento diretto del servizio di pulizia, sanificazione, raccolta e smaltimento rifiuti nei confronti dell'aggiudicatario di un appalto avente analogo oggetto bandito dall'AO di Desenzano del Garda a valle di un'autonoma procedura di gara, avviata da quest'ultima azienda ospedaliera per le proprie esigenze in data 11 marzo 2011 e conclusasi con l'aggiudicazione definitiva intervenuta con decreto n. 828 del 4 novembre 2011.

Il descritto affidamento diretto è stato disposto attraverso un meccanismo di *adesione* dell'ASL di Vallecamonica – Sebino al citato decreto n. 828/2011 con cui l'AO di Desenzano del Garda ha aggiudicato la riferita gara ad evidenza pubblica espletata per il proprio fabbisogno. L'affidamento diretto è stato disposto per l'arco temporale 1° febbraio 2016 - 15 febbraio 2021 *alle medesime condizioni di cui al decreto dell'AO di Desenzano e all'offerta economica* dell'ATI originariamente aggiudicataria *con un adeguamento prestazionale e frequenziale* tale da adattare l'originaria offerta *alle differenti esigenze dell'Amministrazione*, per un importo complessivo a carico dell'ASL affidante pari a 10.454.179,42 euro (inclusi IVA e oneri per la sicurezza).

Nel Decreto si menziona, quale presupposto dell'affidamento diretto posto in essere, la disposizione contenuta nell'articolo 2, punto 5, del capitolato speciale facente parte dalla documentazione della gara bandita dall'AO di Desenzano del Garda, che prevede *la possibilità di adesione successiva per le Aziende Sanitarie aderenti all'AIPEL disciplinante la fornitura di beni e servizi nel caso in cui la ditta aggiudicataria si rendesse disponibile ad estendere la fornitura alle suddette aziende*, senza precisare il perimetro oggettivo e l'importo economico complessivo della prefigurata, eventuale, estensione.

L'affidamento diretto così disposto appare lesivo dei principi di leale competitività e imparzialità che devono connotare, nei pubblici appalti, lo svolgimento del confronto comparativo tra imprese di un determinato settore di mercato, in violazione delle vigenti normative, comunitarie e nazionali, in materia di evidenza pubblica.

In particolare, il Decreto, disponendo un affidamento diretto di un appalto di servizi in assenza dei presupposti richiesti dall'articolo 57 del d.lgs n. 163/2006 (c.d. "Codice dei contratti pubblici"), realizza, di fatto, l'assegnazione di un nuovo appalto di servizi senza ricorrere alle procedure di gara definite dalla normativa comunitaria e nazionale a garanzia della massima partecipazione degli operatori di mercato, in violazione dei principi sanciti dall'articolo 2 del citato Codice.

Per tale via, il descritto affidamento diretto, che nel caso concreto si è realizzato attraverso una rinegoziazione con un'amministrazione diversa dalla stazione appaltante e un conseguente adeguamento prestazionale dell'originario appalto aggiudicato, ha sottratto una quota di commessa pubblica alle regole di una trasparente competizione, producendo un indebito vantaggio concorrenziale all'aggiudicatario di una gara pubblica bandita da un'altra amministrazione sulla base delle esclusive esigenze organizzative e prestazionali di quest'ultima.

Parimenti illegittima per violazione dei medesimi principi sopra invocati appare la clausola contenuta nell'articolo 2, punto n. 5, del Capitolato, sulla cui base è stato effettuato il descritto affidamento diretto e del quale il Decreto costituisce atto applicativo che ha concretato la effettiva lesione della libertà di concorrenza e del corretto funzionamento del mercato.

Invero, la riferita clausola, che consente la successiva adesione di altre aziende sanitarie, risulta priva di parametri di riferimento idonei a circoscrivere in maniera puntuale l'ambito oggettivo e il complessivo ammontare economico delle

future estensioni, permettendo per un lasso temporale non indifferente la possibilità di affidare all'aggiudicataria una quantità indeterminata di affidamenti per importi indefiniti.

Il ricorso a forme consorziate o aggregate di acquisto tra gli enti del sistema sanitario nazionale non può in ogni caso esimere dall'osservanza dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità sanciti dalla normativa a tutela della concorrenza e dalla normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici.

Tali forme consorziate o aggregate, infatti, richiedono l'osservanza delle norme sulle procedure ad evidenza pubblica previste dal richiamato Codice dei contratti pubblici e devono, pertanto, fondarsi su gare pubbliche di perimetro soggettivo ed oggettivo ben delimitato e calibrato sulle esigenze organizzative e prestazionali di tutte le amministrazioni destinatarie dei servizi richiesti. Ed invece, la *lex specialis* relativa alla gara pubblica bandita dall'AO di Desenzano (cui poi l'ASL di Vallecamonica – Sebino ha aderito) è stata calibrata esclusivamente sulla struttura e sulle esigenze operative, tecniche ed economiche della stazione appaltante. Del resto, anche la clausola del Capitolato configurante la possibilità di estendere il contratto mediante adesione precisa che *"questa stazione appaltante resterà estranea in ordine ai patti che si stabiliranno tra fornitore ed azienda ospedaliera cui viene esteso l'accordo, che daranno origine ad un rapporto contrattuale autonomo"*.

In conclusione, l'affidamento disposto con il Decreto dall'ASL di Vallecamonica – Sebino con adesione postuma alla gara bandita dall'AO di Desenzano del Garda, tramite una rinegoziazione con altra amministrazione del perimetro oggettivo e dell'entità economica dell'originario contratto di appalto, in virtù dell'articolo 2, punto 5, del relativo Capitolato risulta illegittimo perché in contrasto con i principi e le disposizioni – comunitarie e nazionali - che impongono l'obbligo dell'evidenza pubblica a tutela della concorrenza. Si evidenzia che l'impostazione interpretativa qui affermata risulta conforme alle indicazioni rese su fattispecie analoghe dalla giurisprudenza amministrativa¹.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/90, le aziende in indirizzo dovranno comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

Comunicato in merito al mancato adeguamento delle amministrazioni interessate al parere motivato espresso dall'Autorità, ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, avverso il Decreto n. 1158 del 30 dicembre 2015 adottato dalla ASL Vallecamonica – Sebino (ora ASST della Valcamonica) avente ad oggetto l'"adesione al decreto n. 828/2011 dell'AO di Desenzano per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione, raccolta e smaltimento rifiuti" e il Capitolato Speciale relativo all'affidamento dei predetti servizi, disposto dall'AO di Desenzano del Garda (ora ASST del Garda) con procedura ristretta, oltreché ogni altro atto presupposto e conseguente.

Nella propria riunione del 17 febbraio 2016, l'Autorità ha deliberato di inviare un parere motivato ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, in merito al contenuto del decreto n. 1158 del 30 dicembre 2015 adottato dalla ASL Vallecamonica – Sebino (ora ASST della Valcamonica), avente ad oggetto l'"adesione al decreto n. 828/2011 dell'AO di Desenzano per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione, raccolta e smaltimento rifiuti", del Capitolato Speciale relativo all'affidamento dei predetti servizi, disposto dall'AO di Desenzano del Garda (ora ASST del Garda) con procedura ad evidenza pubblica di tipo ristretto, e di ogni altro atto presupposto e conseguente.

Infatti, l'affidamento contestato, disposto dall'ASL di Vallecamonica – Sebino per adesione postuma alla gara bandita dall'AO di Desenzano del Garda tramite una rinegoziazione del perimetro oggettivo e dell'entità economica dell'originario contratto di appalto risulta in contrasto con i principi e le disposizioni comunitarie e nazionali che impongono l'obbligo dell'evidenza pubblica a tutela della concorrenza.

Parimenti in contrasto con i medesimi principi appare la clausola contenuta nell'articolo 2, punto n. 5, del capitolato speciale adottato dall'AO di Desenzano del Garda, sulla cui base è stato effettuato il descritto affidamento diretto. Tale clausola, che consente la successiva adesione di altre aziende sanitarie, risulta priva di parametri di riferimento idonei a circoscrivere in maniera puntuale l'ambito oggettivo e il complessivo ammontare economico delle future estensioni, permettendo per un lasso temporale non indifferente la possibilità di affidare all'aggiudicataria una quantità indeterminata di affidamenti per importi indefiniti.

¹ [Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 664/2014; TAR Toscana, Sez. I, sent. N. 889/2015; TAR Lombardia Brescia, Sez. II, sent. N. 64/2013; TAR Lombardia Brescia, Sez. II, sent. n. 4769/2010.]

A seguito del ricevimento di detto parere motivato, le amministrazioni interessate, con comunicazioni del 13 e 19 aprile 2016, hanno informato l'Autorità di ritenere legittimo il proprio operato, considerando l'affidamento disposto e la clausola del capitolato contestata sufficientemente perimetrati sotto il profilo oggettivo, anche alla luce di taluni pronunciamenti giurisprudenziali intervenuti in materia.

Preso atto del mancato adeguamento delle amministrazioni interessate al parere motivato ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990 e considerata la conformità delle argomentazioni poste a fondamento del parere ai più recenti orientamenti resi dal Consiglio di Stato in merito, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 28 aprile 2016, ha quindi disposto di impugnare dinnanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia il decreto n. 1158 del 30 dicembre 2015 adottato dalla ASL Vallecamonica - Sebino (ora ASST della Valcamonica) avente ad oggetto *"adesione al decreto n. 828/2011 dell'AO di Desenzano per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione, raccolta e smaltimento rifiuti"* e l'articolo 2, punto n. 5, del Capitolato Speciale relativo all'affidamento dei predetti servizi, disposto dall'AO di Desenzano del Garda (ora ASST del Garda) con procedura ristretta, oltreché ogni altro atto presupposto e conseguente.