

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29022-gli-acquisti-in-economia-da-parte-delle-aziende-ospedaliere-della-regione-siciliana>

Autori: Ferrara Salvatore , Abbate Giuseppe Ugo

Gli acquisti in economia da parte delle Aziende Ospedaliere della Regione Siciliana

Gli acquisti in economia da parte delle Aziende Ospedaliere della Regione Siciliana

Avv. Salvatore Ferrara – Dott. Giuseppe Ugo Abbate

1. Premesse

Quello sanitario è uno dei settori più delicati in cui l'amministrazione pubblica si trova ad operare. Tale delicatezza deriva dalla specificità di un ambito caratterizzato da competenze tecniche e scientifiche altamente specializzate, nonché dalla destinazione al servizio della salute dei cittadini.

Con le peculiarità del settore si trovano oggi a doversi confrontare i *managers* della Pubblica Amministrazione ai quali, nel generale quadro della riforma sanitaria, viene affidato il compito di raggiungere determinati obiettivi e di gestire al contempo l'attività amministrativa orientandola secondo criteri di efficacia, efficienza ed economicità.

Il D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, così come si è venuto a configurare a seguito delle novelle introdotte nel tempo¹, in luogo delle originarie e tradizionali autonomie organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, ha assegnato all'Azienda Ospedaliera autonomia imprenditoriale. Ciò nella considerazione che il solo istituto dell'aziendalizzazione (con l'annessa potestà di disciplinare il proprio funzionamento ed organizzazione con atto aziendale di diritto privato), andando oltre la mera attribuzione della personalità giuridica, costituisce lo strumento più idoneo per dotare le strutture sanitarie di quella snellezza operativa atta a renderle competitive nel mercato sanitario.

Attraverso l'aziendalizzazione e l'autonomia imprenditoriale, il legislatore ha preso atto che la particolare natura dell'attività svolta rende l'Azienda Ospedaliera un soggetto particolare nell'ambito del variegato ambito della Pubblica Amministrazione. Le strutture sanitarie pubbliche hanno, così, assunto la natura di "azienda", cui viene affidato il ruolo istituzionale di realizzare gli obiettivi di prevenzione, cura e riabilitazione e le linee generali di indirizzo del Servizio Sanitario Nazionale sotto il potere di programmazione, di controllo e di vigilanza delle Regioni. In questo scenario, il rischio di frequenti sovrapposizioni e lo scarso coordinamento di poteri, l'operatività e la difficile imputazione delle responsabilità possono vanificare l'intervento del legislatore, finalizzato a razionalizzare le risorse, a migliorare la qualità e la quantità delle prestazioni fornite e a sostenere attività in grado di generare un risparmio e di contribuire ad eliminare gli sprechi e le duplicazioni di spesa.

In tale ambito, il settore degli approvvigionamenti costituisce un banco di prova rilevante per attivare meccanismi di cambiamento e per realizzare gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica. Tuttavia tali obiettivi di natura economica non possono pregiudicare le esigenze di tutela sanitaria cui le aziende ospedaliere sono fisiologicamente orientate.

Occorre, d'altronde, considerare che la voce beni e servizi per il comparto Sanità costituisce un aggregato fortemente eterogeneo e che, pertanto, differente è il

¹ Vedi, fra tutte, l'importante modifica introdotta con il D. Lgs. n. 229/99 il quale ha previsto per le aziende sanitarie l'attribuzione di personalità giuridica e della potestà di disciplinare il proprio funzionamento ed organizzazione con atto aziendale di diritto privato (secondo i principi e i criteri generali stabiliti dalla legge regionale).

contributo che ciascun bene/servizio potrebbe offrire alla razionalizzazione della spesa ed al contenimento della stessa, con riferimento al ruolo che il bene/servizio riveste nel comparto ed al peso che ha sulla spesa complessiva.

Alle peculiarità associate ai beni/servizi bisogna, poi, aggiungere una serie di criticità e di inefficienze nel mercato in oggetto relative al loro approvvigionamento: la programmazione non sempre adeguata alla conoscenza dei fabbisogni e/o non rispondente alle esigenze tecnico-scientifiche del personale medico specialistico, il ritardo nell'emissione degli ordini, lo scarso controllo dei livelli delle scorte, l'insufficiente razionalizzazione dei magazzini, la bassa qualificazione del personale relativamente all'utilizzo di particolari apparecchiature, ecc.

Si comprende, dunque, quali implicazioni non solo di carattere economico, ma anche di carattere tecnico-scientifico e medico ruotino intorno al *public procurement* in ambito sanitario.

A seguito dell'emanazione del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", (di seguito "Codice"), anche per le acquisizioni di beni e servizi si introduce una distinzione tra le procedure di approvvigionamento sulla base del discrimine individuato dalla soglia di rilevanza comunitaria.

Il Codice, in particolare, al fine di riorganizzare in generale la disciplina dei procedimenti di acquisizione di lavori, forniture e servizi per importi inferiori alla soglia comunitaria, propone con l'art. 125 una sintetica disposizione per le procedure in economia, che ricomprende le principali previsioni in materia contenute nella legge n. 109/1994 e nel d.p.r. n. 554/1999, per quanto riguarda i lavori, nonché nel d.p.r. n. 384/2001 per le forniture di beni e servizi.

La predetta norma deve, però, essere letta in combinato disposto con altre disposizioni del codice, e precisamente con l'art. 253, comma 12 (relativo alla disciplina transitoria), l'art. 5, comma 5, lett. h) (relativo alla disciplina regolamentare) e l'art. 256 (relativo alla disciplina abrogativa).

2. Gli acquisti in economia

Il ricorso al sistema in economia per l'acquisizione di beni e servizi viene concepito dal Legislatore come importante strumento di semplificazione per la gestione dell'attività contrattuale sotto soglia comunitaria. La relazione all'art. 124 del Codice evidenzia che "... strumento giuridico flessibile è l'utilizzabilità dell'affidamento in economia di servizi e forniture ...".

Per "acquisti in economia" si intendono le forme di acquisizione aventi importi di valore inferiore alla soglia comunitaria ed alternative ai contratti, cui la Pubblica Amministrazione, gli Enti pubblici e gli Enti locali ricorrono per procurarsi beni, servizi o lavori, mediante adempimenti meno legati a prescrizioni di carattere rigoristico e perciò di più rapida esecuzione².

Nell'ambito degli acquisti di beni e dell'appalto di servizi in economia, l'autonomia imprenditoriale delle Aziende Ospedaliere comporta l'abbandono di inutili formalità al fine di operare con efficacia ed efficienza, senza per questo

² Cfr. A. Spataro - A. Nobile, *Le forniture di beni e servizi nella pubblica amministrazione. Stato, Enti pubblici, Enti locali, Asl.*, Maggioli Editore, 2004.

trasformare l'allentamento dei vincoli burocratici in arbitrio o nel mancato rispetto dei principi di trasparenza, concorrenzialità e par condicio.

Conseguentemente, la scelta del contraente non sarà più mediata da procedure predefinite per legge o da una sovrastruttura di regole che nel tempo la giurisprudenza e la prassi hanno costruito intorno al settore degli approvvigionamenti minori, contribuendo ad ingessarlo al di fuori della stessa previsione normativa e del criterio teleologico che deve guidare l'acquisizione di beni e servizi di limitato valore.

Si tratta di individuare dei meccanismi che, seppur non legati alla stretta evidenza pubblica, garantiscano, da un lato il rispetto dei principi costituzionali in materia di attività della P.A, e, dall'altro, il raggiungimento dei risultati in termini di tempestività, economicità, efficienza, efficacia in luogo della mera osservanza di elementi puramente formali.

Tali meccanismi, che devono condurre ad individuare il soggetto aggiudicatario, si inseriscono all'interno di una procedura negoziale trifasica la cui attuazione pratica deve garantire una maggior libertà di condotta e, soprattutto, di contrattazione da parte delle strutture aziendali, affinché la trattativa diventi una vera disamina di tutti gli aspetti di convenienza dell'acquisto, senza i freni di regole prefissate che spesso mortificano la vivacità del negoziato e, talvolta, ne condizionano negativamente il risultato. Tutto questo senza rinunciare ai principi di concorrenzialità, trasparenza e parità di trattamento tra i concorrenti cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V -25.01.1991, n. 195; Sez. VI - 29.03.2001, n. 1881; Sez. V - 22.01.2003, n. 356; Sez. VI - 2004/1332) e della Suprema Corte di Cassazione (Sez. I - 08.09.2004, n. 180629) da tempo fanno riferimento in materia di contrattazione preceduta da gare ufficiose/esplorative.

La prima fase (Interpello) mira a garantire, nell'esclusivo interesse dell'Amministrazione, una più completa e rapida conoscenza del mercato, senza restringere l'azione amministrativa nell'ambito di uno schema strettamente concorsuale. Essa ha il solo scopo strumentale di fornire all'Azienda aggiudicatrice gli elementi utili e necessari per la seconda e successiva fase della vera e propria contrattazione (Trattativa) con chi appaia più idoneo ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse perseguito dall'Amministrazione, con piena libertà di forme e di azione, senza vincoli derivanti da schemi rigidi e prefissati.

L'ufficiosità e l'informalità della tipologia di gara in argomento comporta che non tutti i criteri di valutazione delle offerte siano necessariamente stabiliti nella lettera di invito/richiesta di preventivo, o prefissati prima della conoscenza delle offerte, essendo ammissibile e legittimo che i criteri selettivi siano stabiliti anche ad offerte già conosciute, ovvero siano modificati od integrati liberamente nel corso dello svolgimento della procedura³.

Esaurite le fasi delle trattative precontrattuali, (Interpello e Trattativa), subentra la terza fase, che è quella della formalizzazione dell'accordo, momento che può

³ Da ciò consegue che, in ordine alle modalità di svolgimento ed ai criteri di selezione, non sussistono in capo all'Amministrazione aggiudicatrice situazioni soggettive vincolanti, né in capo ai soggetti privati coinvolti posizioni qualificabili in termini di interesse legittimo, azionabili davanti al giudice amministrativo. L'unico strumento di tutela utilizzabile per il soggetto direttamente coinvolto nelle trattative risiede nell'art. 1337 del Codice Civile, laddove l'agire della Pubblica Amministrazione, pur legittimo per effetto dell'ampia libertà riconosciuta nell'ambito delle procedure relative alle spese in economia, si configuri come lesivo dei canoni di correttezza e di buona fede che devono in ogni caso presiedere la fase delle trattative negoziali.

coincidere o con la stipula di un contratto, oppure con la stessa lettera commerciale secondo gli usi del commercio. Solo con la formalizzazione degli accordi scaturiranno diritti ed obblighi per la Pubblica Amministrazione ed il privato contraente.

Nell'ambito del percorso selettivo prefigurato, assume particolare importanza la motivazione delle scelte operate nel corso delle varie fasi della procedura.

Quest'ultima, infatti, non è più il risultato meccanicistico di rigide procedure operative prestabilite, ma la diretta conseguenza di una ponderata e comparata valutazione, operata all'interno di una selezione che ha come obiettivo non già il mero rispetto di regole formali, ma il raggiungimento di risultati in grado di tradursi in efficacia ed efficienza aziendali. Da qui, pertanto, la necessità che le decisioni di chi è preposto alla conduzione della procedura siano sempre fondate su una congrua motivazione, nella convinzione che quest'ultima, ben più di punteggi meccanicisticamente attribuiti, sia in grado di assicurare la trasparenza delle scelte operate e di vincolare alle proprie responsabilità i giudizi formulati ed i provvedimenti adottati.

Si rende, pertanto, necessario partire dalle fonti normative affinché risultino chiariti possibili equivoci su istituti la cui natura giuridica, pur nelle diverse interpretazioni che alla stessa è stata data, contrattuale o fiduciaria, ha permesso di individuare la categoria della cosiddetta "piccola evidenza pubblica"⁴.

3. Il sistema di acquisizione in economia secondo il Codice dei Contratti.

Secondo la previsione dell'art. 125 del Codice, le acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori, possono essere effettuate mediante amministrazione diretta, oppure mediante procedura di cottimo fiduciario.

- 1) Nell'amministrazione diretta le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati, e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento.
- 2) Il cottimo fiduciario è invece una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi.

In altri termini, il cottimo, forma tipica di esecuzione di lavori, servizi o forniture in economia, si sostanzia nel fatto che l'ufficio competente stabilisce direttamente, sotto la sua responsabilità, accordi con ditte di fiducia, senza che necessiti esperire una gara per la scelta del cottimista e senza che occorra per il perfezionamento del contratto la sua approvazione, tanto che dal punto di vista formale gli atti di cottimo fiduciario rientrano nei contratti affidati per trattativa privata anche se sussiste la possibilità che siano preceduti da gare ufficiose⁵.

In particolare, viene precisato⁶ che il cottimo fiduciario rappresenta una particolare procedura per l'acquisizione di beni e servizi caratterizzata dal rapporto diretto intercorrente tra il competente funzionario dell'amministrazione e il privato contraente, derogatorio rispetto alle normali procedure dell'evidenza pubblica, non essendo tra

⁴ Cfr. S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo generale*, Ed. Giuffrè, 2000.

⁵ Cfr. Corte Conti Sicilia, sez. giurisd., 5 giugno 1996 n. 173, in *Giur. bollettino legisl. Tecnica*, 1997, 4009.

⁶ Ad es., Corte Conti, sez. contr., 13 luglio 1998 n. 92, in *Riv. corte conti*, 1998, 3.

l'altro previsto un decreto approvativo del contratto stipulato, con la conseguenza che, in mancanza di un formale decreto di approvazione, gli atti di cottimo fiduciario non sono sottoposti a controllo preventivo di legittimità⁷.

È però da rilevare⁸ che il cottimo fiduciario, proprio perché basato su un rapporto diretto di fiducia, intercorrente tra il competente funzionario dell'amministrazione e il privato contraente, non esclude affatto, ma anzi comprova, la sussistenza di un interesse legittimo alla partecipazione alla gara del soggetto che, per gli esercizi finanziari precedenti, ha goduto della fiducia dell'amministrazione, essendo stato invitato a presentare un'offerta, risultando più volte aggiudicatario del servizio ed avendolo svolto in modo regolare. Quindi, sebbene nel caso di cottimo fiduciario non sussista un obbligo in capo all'amministrazione di invitare tutte le imprese che ne facciano richiesta, nè di illustrare diffusamente le ragioni di ogni mancato invito, è però ravvisabile l'obbligo di motivare il mancato invito di una ditta che versi in quelle peculiari condizioni.

4. La differenza fra trattativa privata e cottimo nelle previsioni del D.Lgs. 163/2006.

Nella sua capacità di agire di diritto privato, la Pubblica Amministrazione provvede a stipulare contratti con terzi esecutori o fornitori per l'esecuzione di lavori e l'acquisizione di beni o servizi. Nella trattativa privata il privato negozia con la parte pubblica i singoli elementi del contratto, alla stessa stregua di quanto accade negli ordinari rapporti interprivati. Dopo aver eventualmente proceduto ad effettuare raccolte di informazioni e analisi dei costi, la Pubblica Amministrazione sceglie, dunque, i soggetti con i quali iniziare le trattative, e tratta con essi senza essere vincolata a regole predeterminate. Nei casi di trattativa il momento pubblicistico si colloca prima e dopo la formazione del contratto, investendo la determinazione a contrattare e l'approvazione del contratto.

Tale sistema ha come indubbio vantaggio la semplicità e l'informalità della procedura d'acquisto, ma di contro dà anche minori garanzie per i privati interessati.

Nella trattativa privata – impiegabile in situazioni eccezionali, ora tassativamente indicate agli artt. 56 e 57 del Codice, in relazioni alle quali l'Amministrazione dispone di una maggiore discrezionalità nella scelta del privato contraente – il procedimento amministrativo risulta molto più snello rispetto alle altre

⁷ Interessante, in merito alla collocazione di tale procedimento d'acquisto, il parere reso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, nell'Adunanza del 6 febbraio 2006 (parere n. 355/06), sullo schema di quello che poi è diventato il D.lgs. 163/2006, il quale ha rivolto delle censure alle norme in esame, rilevando che “*i servizi in economia (che nella pratica si svolgono solo attraverso il cottimo fiduciario, essendo l'ipotesi dell'amministrazione diretta del tutto residuale) costituiscono infatti uno strumento del tutto alternativo alla stipula dei contratti con terzi. In sintesi, attraverso le procedure di economia l'amministrazione svolge direttamente (anziché appunto ricorrere a contratti) l'attività necessaria per procurarsi i mezzi necessari al raggiungimento dei propri fini. Ne consegue che i lavori in economia – i quali sono espletati dal funzionario designato mediante strumenti di diritto comune e cioè contratti di cottimo non soggetti ad approvazione – non possono essere ricondotti all'ambito degli affidamenti sotto soglia che la legge delega consente di semplificare*”.

⁸ In questo senso T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 15 luglio 2004 n. 544.

figure e vi è una fase di negoziazione diretta tra Amministrazione e privato (ed infatti, va tenuto presente il dichiarato sfavore dell'ordinamento comunitario per tutte le fattispecie di trattativa privata).

Il nuovo Codice dei contratti disciplina in più disposizioni le ipotesi di trattativa privata, denominate «*procedure negoziate*», ed indicate al comma 40 dell'art. 3 come “*le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto*”. Risulta determinante, nell'ambito della tesi sostenuta, la circostanza che per il medesimo comma 40 “*il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata*”.

Il cottimo, quale forma di esecuzione in economia, pur se preceduto dalla gara ufficiosa, è riconducibile sostanzialmente alla nozione di trattativa privata, anche se non trovano ad esso applicazione *sic et simpliciter* tutte le cautele previste per l'affidamento in appalto con i procedimenti cd. tipici (ad es., la celebrazione di una gara ufficiosa con un numero minimo di offerte), ma solo quelle espressamente introdotte, a causa delle semplicità procedurali del cottimo rispetto alla trattativa privata⁹.

Certo, la circostanza che la gara indetta da una Azienda Ospedaliera per l'affidamento di servizi/forniture pubblici sia stata esperita con il sistema del cottimo fiduciario e quindi con il ricorso ad una procedura semplificata, non toglie che vadano comunque rispettate le norme di carattere generale che regolano e disciplinano i rapporti tra i privati e la P.A.¹⁰; in particolare, l'amministrazione che vi fa ricorso può imporre regole di comportamento previste nella lettera invito che vanno conseguentemente rispettate.

Proprio per la stretta analogia fra cottimo e trattativa privata, si è precisato¹¹ che anche il contratto di cottimo fiduciario richiede la forma scritta "ad substantiam", cosicché, ove la stipulazione in forma scritta segua l'ultimazione dei lavori, è soltanto da quel momento (e non da quello, precedente, dell'ultimazione dei lavori) che sorge l'obbligazione della stazione appaltante del pagamento del corrispettivo dell'appalto, iniziano a decorrere i termini per eseguirlo e, quindi, sorge il diritto dell'appaltatore a percepire gli interessi moratori. Oppure ancora, nelle disposizioni sia in materia di lavori che in quelle relative a servizi o forniture, si è sempre fatto riferimento, riguardo all'obbligo di indicare le relative quote di lavori che l'offerente intende affidare a terzi, sia al subappalto che al cottimo.

Ora, per quanto riguarda la specifica disciplina dettata per i servizi e forniture in economia dal Codice, l'art. 125 prevede, al comma 9, che le forniture e i servizi in economia sono ammessi per importi inferiori a 211.000 euro (leggasi 193.000 euro) per le stazioni appaltanti, come le AUSL o le Aziende Ospedaliere, rientranti nella previsione di cui all'articolo 28, comma 1, lettera b).

⁹ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 2 maggio 2002 n. 1099, in Foro amm. TAR, 2002, 1773; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 15 luglio 2004 n. 544, in Foro amm. TAR, 2004, 2361, e T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 3 ottobre 1997 n. 1956, in T.A.R. 1997, definiscono il cottimo fiduciario, rispettivamente, una forma ed una sottospecie della trattativa privata, che rientra tra le forme di lavoro da eseguire in economia; Corte dei Conti, sez. contr., 10 giugno 1992 n. 39, in Riv. corte conti, 1992, 4, precisa che l'affidamento di lavori in economia mediante cottimo fiduciario costituisce una forma particolare di appalto a trattativa privata.

¹⁰ Come già affermato da T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 29 luglio 2004, n. 1959, in Foro amm. TAR, 2004, 2378.

¹¹ Cfr., ad es., Cass. civ., sez. I, 2 marzo 2004 n. 4201, in Foro amm. CDS, 2004, 657.

Il sistema di acquisizione in economia si è sempre caratterizzato, e continua ad esserlo, per come disciplinato dalle norme in esame, per due elementi sostanziali:

- 1) il limite massimo della spesa;
- 2) la definizione precisa delle prestazioni acquisibili mediante detta procedura.

La trattativa privata è, invece, un sistema di scelta del contraente assolutamente slegato da limiti di valore o di oggetti, ma solo soggetto alla verifica del determinarsi dei presupposti che la legge impone per il suo utilizzo, nell'ambito delle ordinarie procedure di acquisizione. Basti pensare al fatto che l'art. 56 del Codice, relativo alla "*procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara*", consente il ricorso alla trattativa privata, tra l'altro, "*in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui particolare natura o i cui imprevisti, oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi*" (cfr. comma 1, lett. b).

Mentre le acquisizioni in economia sono un sistema di acquisizione di prestazioni, che devono rientrare nei limiti di valore e nell'ambito degli oggetti definiti da apposito provvedimento dell'Amministrazione.

Da qui la necessità che l'Ente appaltante (nel nostro caso l'Azienda Ospedaliera) si doti di un proprio Regolamento, così come, peraltro, prescritto dall'art. 2 del D.P.R. 384/2001.

Il comma 10 dell'art. 125 distingue due casistiche di carattere generale nell'ambito delle quali le Amministrazioni possono acquisire forniture e servizi in economia, disponendo, da una parte, che "*l'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze*"; e dall'altra che "*il ricorso all'acquisizione in economia è altresì consentito*" in una serie di ipotesi specificamente elencate.

Il "provvedimento" dell'Amministrazione, cui fa riferimento il citato comma 10 dell'art. 125, attraverso il quale individuare gli oggetti e i limiti di importo delle singole voci di spesa con riguardo alle proprie specifiche esigenze, ed in relazione alle quali acquisire in economia beni e servizi, sembra debba essere, al di là della specifica indicazione in tal senso, e dell'utilizzo di un termine che potrebbe far pensare ad un atto da emanare di volta in volta, un vero e proprio atto normativo di carattere regolamentare, atteso che, comunque, la disposizione prevede che l'individuazione di tali fattispecie debba avvenire "preventivamente".

In generale, si è più volte chiarito che il ricorso all'esecuzione in economia non può essere ritenuto consentito in tutte le ipotesi nelle quali si ritenga inopportuno o difficoltoso il ricorso alle normali forme di contrattazione, occorrendo a quel fine che sussistano elementi oggettivi, conseguenti alle caratteristiche delle opere da compiere, che rendano irrealizzabile o praticamente antieconomico per lo Stato o nocivo per la funzionalità dei servizi il ricorso alla normale contrattazione, quali ad esempio la qualità della prestazione, le sue modalità di esecuzione, la limitatezza del servizio nel tempo, l'esiguità della spesa, l'urgenza¹².

In definitiva, la trattativa privata è un modulo di negoziazione che, generale nella sua previsione, ma eccezionale nella sua applicazione, potrà determinare il sorgere di un vincolo contrattuale a seguito o no di un procedimento informale di gara.

¹² Cfr. Cons. St., Ad. Gen., 27 gennaio 1994 n. 6; Id., Ad. Gen., 11 marzo 1993, n. 23; Id., Ad. Gen., 12 aprile 1979, n. 5.

Il cottimo è un modulo di negoziazione specifico, dunque specie della più ampia trattativa privata, che potrà essere invocato solo nei limiti degli oggetti previamente individuati attraverso atti normativi interni dalle amministrazioni e nei limiti di importo di singole voci di spesa, ma sempre nei confini tracciati dal citato art. 125.

Detta disposizione consente di ricorrere all'acquisizione di beni e servizi in economia, oltre che nelle fattispecie di carattere generale individuate con atto regolamentare della singola Amministrazione, anche in quattro ipotesi specificamente indicate:

a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente che si sia rivelato inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;

b) necessità di completare le prestazioni non previste di un contratto già in corso, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;

c) prestazioni periodiche di servizi o di forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, ma solo nella misura strettamente necessaria;

d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili – e quindi, come da sempre chiarito dalla giurisprudenza, non addebitabili all'Amministrazione – al fine di scongiurare situazioni di pericolo (non di qualsiasi tipo ma solo) per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

Ora, una volta poste queste premesse di carattere generale, il comma 11 dell'art. 125 opera una serie di distinzioni, a seconda del tipo di importo per il quale l'Amministrazione intenda acquisire in economia, prevedendo che per servizi o forniture inferiori a 20.000 euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

Invece, per servizi o forniture di importo pari o superiore a 20.000 euro e fino alle soglie di cui al comma 9, e quindi fino a 193.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario deve avvenire nel rispetto dei principi (peraltro di derivazione comunitaria) *“di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante”*, soggetti ad aggiornamento con cadenza almeno annuale (i c.d. elenchi dei fornitori di fiducia), ai quali possono essere iscritti i soggetti che ne facciano richiesta, che siano comunque in possesso dei *“requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente”* (comma 12).

Naturalmente, come specificato dal comma 13, *“nessuna prestazione di beni, servizi, lavori, ivi comprese le prestazioni di manutenzione, 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”*.

5. La disciplina transitoria in attesa del nuovo Regolamento di attuazione. Il D.P.R. n. 384 del 2001

Il Codice, all'art. 125, detta una disciplina quadro, rinviando per i dettagli ad un futuro Regolamento che doveva emanarsi entro il 30 giugno 2007. Tale Regolamento, tuttavia, ad oggi non è stato ancora emanato¹³ e fino ad allora, ai sensi dell'art. 253, comma 22, del Codice, le forniture ed i servizi in economia sono disciplinati dal D.P.R. 20 agosto 2001 n. 384 "Regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia".

Tale regolamento è applicabile, ai sensi dell'art. 12 del medesimo D.P.R., anche alle Aziende del S.S.N. che così dispongano nell'ambito della propria autonomia. Il Regolamento, infatti, affida alle singole Amministrazioni la competenza ad individuare, in relazione alle rispettive e specifiche esigenze (art.2), i limiti d'importo per il ricorso alla conduzione in economia¹⁴, nonché le singole voci di spesa per le quali ricorrere al sistema di spese in economia, nel rispetto dei limiti e dei criteri organicamente definiti.

Lo stesso Regolamento è applicabile in Sicilia, così come confermato dall'Ufficio legislativo e legale della Regione Siciliana con Pareri nn. 45 e 98 del 2002.

Gli artt. 2 e 7 del D.P.R. 384/2001 contengono norme identiche a quelle, già esaminate, del comma 10 dell'art. 125.

Vanno, quindi, esaminati solo gli artt. 4, 5 e 6, ai sensi dei quali, innanzitutto, il responsabile del servizio, a mezzo del quale le Amministrazioni operano per l'acquisizione di beni e servizi, si avvale delle rilevazioni dei prezzi di mercato effettuate da amministrazioni od enti a ciò preposti, a fini di orientamento e della valutazione della congruità dei prezzi stessi in sede di offerta.

Per quanto riguarda in concreto la procedura del cottimo fiduciario, le Amministrazioni richiedono almeno cinque preventivi redatti secondo le indicazioni contenute nella lettera d'invito. Quest'ultima di norma contiene: l'oggetto della prestazione, le eventuali garanzie, le caratteristiche tecniche, la qualità e le modalità di esecuzione, i prezzi, le modalità di pagamento nonché la dichiarazione di assoggettarsi alle condizioni e penalità previste e di uniformarsi alle vigenti disposizioni.

L'Amministrazione può prescindere dalla richiesta di una pluralità di preventivi nel caso di nota specialità del bene o servizio da acquisire, in relazione alle caratteristiche tecniche o di mercato, ovvero quando l'importo della spesa non superi l'ammontare di 20.000 euro, IVA esclusa.

Tale limite è elevato a 40.000 euro, IVA esclusa, per l'acquisizione di beni e servizi connessi ad impellenti ed imprevedibili esigenze di ordine pubblico. Con decreto del Ministro dell'Interno sono individuate le categorie di beni e servizi per la cui acquisizione od esecuzione si ricorre a trattativa diretta in relazione alla dichiarazione di segretezza nell'interesse della sicurezza interna dello Stato, nonché le eventuali, ulteriori formalità procedurali da pretermettere.

In concreto, il cottimo fiduciario può essere regolato da scrittura privata semplice, oppure da una apposita lettera, con la quale il committente dispone l'ordinazione delle provviste e dei servizi. Tali atti devono riportare i medesimi contenuti previsti dalla lettera d'invito. L'esame e la scelta dei preventivi – in base

¹³ Il nuovo Regolamento, che è stato approvato dal CdM del 17/12/09 ed è in attesa di pubblicazione in G.U., disciplina gli acquisti in economia al Titolo V – art. 326 e ss

¹⁴ Fino al limite di applicazione che, adeguato alla nuova soglia comunitaria per servizi e forniture, deve intendersi di € 193.000 per gli organismi pubblici diversi da quelli statali (art.3).

all'offerta più vantaggiosa, in relazione a quanto previsto nella lettera d'invito – vengono effettuati dal responsabile del servizio, che provvede a sottoscrivere il contratto o la lettera d'ordinazione.

Qualora la controparte non adempia agli obblighi derivanti dal rapporto, l'amministrazione si avvale degli strumenti di risoluzione contrattuale e risarcimento danni, ove non ritenga più efficace il ricorso all'esecuzione in danno previa diffida.

Anche per quanto riguarda la verifica della prestazione, l'art. 8 del DPR 384 fa una distinzione in relazione all'importo, perché mentre in generale i beni e servizi sono soggetti rispettivamente a collaudo o attestazione di regolare esecuzione entro venti giorni dall'acquisizione, tali verifiche non sono necessarie per le spese di importo inferiore a 20.000 euro, esclusa IVA.

Il collaudo è eseguito da impiegati nominati dal dirigente competente, e non può essere effettuato da impiegati che abbiano partecipato al procedimento di acquisizione dei beni e servizi. Il decreto 163, all'art. 137, disciplina anche l'inadempimento dei contratti di cottimo, prevedendo che *“in caso di inadempimento dell'appaltatore la risoluzione è dichiarata per iscritto dal responsabile del procedimento, previa ingiunzione del direttore dei lavori, salvi i diritti e le facoltà riservate dal contratto alla stazione appaltante”*, e con i provvedimenti conseguenti previsti dal successivo art. 138 ss.

Per quanto riguarda infine i pagamenti, gli artt. 9 e 10 dispongono che i pagamenti sono disposti entro trenta giorni dalla data del collaudo o dell'attestazione di regolare esecuzione ovvero, se successiva, dalla data di presentazione delle fatture, e che al pagamento delle spese in economia si provvede anche mediante aperture di credito emesse a favore di funzionari delegati.

6. Il quadro normativo di riferimento per le Aziende Sanitarie e Ospedaliere in Sicilia. Il Decr. Ass. Reg. Sanità n. 3086 del 17/12/2009

L'Assessorato alla Sanità della Regione Siciliana, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del sopracitato D.P.R., nonché dell'art. 125, comma 10, del Codice, ha adottato il Regolamento tipo per l'acquisizione in economia di beni e servizi, con il quale ha individuato i beni e i servizi da eseguirsi in economia nei limiti di 206.000 euro (al netto dell'IVA)¹⁵.

Tale Regolamento tipo è intervenuto al fine di colmare un vuoto normativo¹⁶ e di uniformare, dettandone le linee guida, le regole procedurali che le Aziende Sanitarie Provinciali e le Aziende Ospedaliere devono seguire in ordine alla scelta del contraente per gli acquisti in economia. Esso, inserendosi nell'ambito del più ampio Piano di contenimento e riqualificazione del Servizio sanitario regionale¹⁷, si pone quale strumento operativo in grado di garantire legittimità e certezza all'attività delle strutture aziendali, in modo che essa non possa essere considerata opinabile.

¹⁵ Importo da considerarsi, oggi, in linea con le intervenute modifiche alle soglie comunitarie, pari a € 193.000.

¹⁶ Alcune Aziende Ospedaliere, infatti, non si sono ancora dotate, allo stato attuale, di un Regolamento per l'acquisto in economia di beni e servizi.

¹⁷ Il riferimento è al “Piano di contenimento e riqualificazione del Servizio sanitario regionale 2007-2009” sottoscritto dal Presidente della Regione Siciliana con i Ministri dell'Economia e della Salute ai sensi dell'art. 1, comma 180, della legge n. 311 del 30 dicembre 2004.

Il D.A., così, in linea con i principi ispiratori della normativa nazionale¹⁸, individua nel ricorso alla procedura di acquisizione in economia, un sistema secondario di approvvigionamento rispetto alle ordinarie procedure, *“da utilizzarsi laddove non risulterà oggettivamente conveniente attivare altri possibili sistemi previsti dalla Legge, avuto riguardo ad una evidente sproporzione tra valore del contratto ed allungamento dei tempi di processo con maggiori costi di procedura”* (art. 2).

Il provvedimento, proprio in attuazione dell'art. 125 del Codice, provvede ad elencare (in via puramente esemplificativa e non tassativa), in rapporto alle esigenze di ogni azienda ospedaliera, le tipologie aggregate di beni e servizi che possono essere oggetto di negoziazione e per i quali il ricorso alle spese in economia è consentito.

Lo stesso, in seguito (art. 3), individua cinque ipotesi che consentono, sempre entro l'importo della soglia di rilevanza comunitaria, il ricorso alle procedure di acquisizione in economia:

- a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per assicurare la prestazione nel termine previsto dal contratto;
- b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso (ivi non previste) qualora non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito dell'oggetto principale del contratto medesimo;
- c) acquisizione di beni o servizi nella misura strettamente necessaria, nel caso di contratti scaduti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente;
- d) interventi urgenti resi necessari da eventi oggettivamente imprevedibili al fine di scongiurare situazioni di pericolo a persone, animali o cose, nonché a danno dell'igiene e salute pubblica o del patrimonio storico, artistico e culturale;
- e) per ogni altra fattispecie di fornitura/servizio non previsti nel Regolamento e ritenute necessarie al buon andamento del servizio sanitario.

Il comma 6 dell'art. 3, infine, ponendosi come norma di chiusura del sistema, introduce, quale elemento di valutazione delle precedenti ipotesi, la *“necessità di garantire, in motivate ed oggettive situazioni, la continuità dei servizi in ambito sanitario la cui interruzione comporti il rischio della produzione di danni all'amministrazione sanitaria ovvero pregiudichi l'efficienza e l'efficacia dei servizi medesimi”*.

Per quanto concerne le procedure di acquisizione, il D. A. in questione ripropone la distinzione prevista dall'art. 125 del Codice tra acquisti al di sotto dei € 20.000 e acquisti al di sopra di tale importo.

Per i beni o servizi di importo superiore a € 20.000 si prevede che l'affidamento mediante cottimo fiduciario avvenga, secondo quanto previsto dall'art. 125, comma 11, del Codice, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, e previa consultazione di almeno cinque operatori economici da individuarsi tramite indagini di mercato o elenchi predisposti dalla stessa stazione appaltante, ovvero tramite la consultazione del *“Mercato elettronico della P.A.”*¹⁹.

Con riferimento agli acquisti di beni o servizi di importo inferiore a € 20.000, il provvedimento assessoriale prevede che il Responsabile del procedimento possa

¹⁸ Esso riproduce, infatti, per buona parte le disposizioni del D.P.R. n. 384 del 2001.

¹⁹ La norma, tuttavia, non esclude la possibilità di interpellare anche soggetti non iscritti, dietro valutazione discrezionale del Responsabile del procedimento e sussistendo particolari situazioni.

ricorrere all'affidamento diretto ad un operatore economico, comprovando i motivi di scelta del fornitore e i motivi di scelta dell'acquisizione del bene o servizio con apposita relazione di negoziazione.

A tale procedura, tuttavia, potrà farsi ricorso, nei limiti della soglia comunitaria, anche nei casi in cui si renda necessario il ricorso ad operatori economici predeterminati, ai sensi dell'art. 57 del Codice, in tema di procedure negoziate (art. 7, comma 4). Tale ultima disposizione introduce, a ben vedere, la possibilità di estendere il ricorso all'affidamento diretto anche al di sopra della prefissata soglia dei € 20.000, laddove ricorrano le condizioni di cui all'art. 57 del Codice, *id est* nei casi in cui la legge consente l'espletamento di procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Per poter ricorrere alla procedura negoziata senza bando, procedura di carattere eccezionale rispetto alla regola generale del confronto concorrenziale, devono ricorrere le tassative condizioni di cui all'art. 57 del Codice dei Contratti relative alle “*ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi*”. La giurisprudenza ha recentemente ribadito che, per l'applicazione della norma, bisogna: individuare esattamente le esigenze tecniche; fissare i requisiti minimi e la definizione tecnica del bene nel rispetto dell'art. 68 del Codice, dando un'approfondita motivazione al riguardo; svolgere un'indagine conoscitiva volta a verificare l'esistenza sul mercato del bene e degli operatori in grado di offrirlo; dare atto della sussistenza delle particolari ragioni tecniche relative alla presenza di privative industriali (così TAR Lazio, sent. 11 novembre 2009, n. 11069).

L'art. 57 consente, dunque, di prescindere dall'esperimento di una procedura concorsuale ed affidare il contratto unicamente ad un operatore economico determinato. Ciò, oltre che nelle altre ipotesi previste dalla norma²⁰, è possibile laddove sussistano “*ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi*”. È evidente che la deroga alla regola della concorsualità è stata posta in relazione alla specificità di una situazione che vede particolarmente ed oggettivamente privilegiata la posizione sul mercato del prestatore. Come per tutte le norme derogatorie, l'onere di dimostrare che sussistano effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene. Pertanto, la stazione appaltante deve dimostrare giuridicamente la ragione per cui solamente un certo prodotto sarebbe dotato delle specificità tecniche necessarie e deve indicare sotto quale profilo un cambiamento di fornitore potrebbe costringerla ad acquisire un materiale non adeguato tecnicamente o tale da comportare un'incompatibilità tecnica ovvero difficoltà di uso o di manutenzione sproporzionate (cfr. Corte Giustizia CE, Grande Sezione, 08 aprile 2008, n. 337).

²⁰ L'art. 57 (riprendendo, invero, identicamente un precetto comunitario risalente ormai a quasi trent'anni fa quando fu introdotta la L. n. 113/1980, prima legge di recepimento delle direttive comunitarie in materia di forniture) consente di prescindere dall'esperimento di una procedura concorsuale, tra l'altro, qualora una precedente gara aperta o ristretta sia andata deserta (comma 2, lett. a), o nella misura strettamente necessaria, in casi di estrema urgenza (comma 2 lett. c), o ancora qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo (comma 3, lett. a), nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o all'ampliamento di forniture esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate (comma 3, lett. b), ecc.

La norma ricomprende in realtà tre ipotesi tra loro del tutto differenti e che, nell'ambito della specificità del settore sanitario, acquistano, dunque, un diverso significato.

a) Nel caso di “motivi di natura tecnica”, l'amministrazione è autorizzata alla procedura negoziata solo qualora sussistano precise esigenze che impediscono o rendono assolutamente vano il ricorso agli ordinari incanti. E questo avviene nel classico caso della manutenzione di impianti o macchine appartenenti ad un unico produttore, e che quindi possono più utilmente essere effettuate dal personale delle relative concessionarie licenziatarie o delle strutture autorizzate; ovvero quando si rinvergono concrete ed inderogabili ragioni connesse alla specifica conoscenza, da parte del personale sanitario, delle specifiche caratteristiche tecniche di un determinato impianto o macchinario; o ancora quando la richiesta di una determinata fornitura sia richiesta e adeguatamente motivata dal personale medico specialistico o quando, per ragioni organizzative e di coordinamento delle *equipes* mediche, emerga la necessità di avere un solo prodotto. L'ipotesi delle “particolari esigenze tecniche” può quindi essere applicata solo in presenza di prestazioni infungibili, ovvero in altri casi nei quali non può assolutamente prescindere dalla considerazione della qualità del soggetto o del prodotto.

b) Relativamente ai motivi di ordine “artistico”, questi fanno capo a ragioni del tutto differenti dal presente ambito (la *ratio* sta nella natura della prestazione, il cui gradimento o riscontro positivo è essenzialmente fondato su un giudizio eminentemente e totalmente soggettivo del fruitore, e soprattutto non si concilia assolutamente con la prefissazione di parametri astratti in linea alle regole dei pubblici appalti).

c) Le ragioni attinenti alla tutela di diritti di esclusiva concernono, invece, tutte le ipotesi in cui la trattativa privata è in qualche modo imposta da una situazione di monopolio imprenditoriale o dalla presenza di un brevetto concernente una funzionalità infungibile. Tale settore abbraccia tutta la vasta area dei diritti d'esclusiva, che ricomprende marchi e anche brevetti di disegni e di modelli industriali, nonché i diritti d'autore (sia relativamente alle opere dell'ingegno che alla programmazione software). Naturalmente tale situazione ha come presupposto logico e giuridico l'assoluta e dichiarata assenza sul mercato di prestazioni equivalenti.

Pertanto, secondo quanto ribadito dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte Giustizia CE, 18 maggio 1995, n. 57 e, più di recente, Corte Giustizia CE, 13 gennaio 2005, n. 84), gli enti aggiudicatori possono procedere all'assegnazione di appalti con procedura negoziata con un imprenditore determinato, per la sussistenza di ragioni tecniche, artistiche o attinenti alla protezione di diritti di esclusiva, solo a condizione di motivare tale procedura, il che significa:

- dare un'analitica e documentata indicazione degli elementi dai quali emerge l'esistenza oggettiva di ragioni tecniche o brevettuali;
- dare prova che tali ragioni tecniche rendono assolutamente necessaria l'assegnazione dell'appalto in questione ad un'impresa determinata;
- dimostrare, infine, che una stessa finalità non può essere assicurata da analoghe tecniche o da soluzioni brevettate differenti²¹.

²¹ Sul punto, cfr. anche TAR Lazio, sent. 11 novembre 2009, n. 11069.