

## CAPITOLO 3

**AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E  
GESTIONE PER LA RIQUALIFICAZIONE  
DELL'OSPEDALE NIGUARDA CA' GRANDA**

**1) PROGETTO PRELIMINARE - CONSULENZA N.E.C.**

A seguito dell'approvazione del Piano Triennale di cui alla delibera n.1408/2000 contenente tra l'altro la costruzione del nuovo edificio ospedaliero per un costo presunto di £. 363 miliardi (di cui 228 da reperirsi con capitale privato e da cessione di immobili), l'A.O. Niguarda in data 8 giugno 2001 stipulava un Accordo di Programma con la Regione Lombardia ed il Comune di Milano per disciplinare modalità, tempi e competenze per la realizzazione dell'opera. Per effetto del 6° comma dell'art. 7 della L.109/94 l'Accordo di Programma avrebbe dovuto essere promosso dal Responsabile Unico del Procedimento (RUP) "ai sensi dell'art. 27 della Legge 8 giugno 1990 n. 142 e successive modificazioni".

Con l'Accordo di Programma, all'articolo 11, veniva istituito il "Collegio di Vigilanza e Controversie" a cui venivano conferite specifiche competenze come in appresso dettagliate (all. 59):

- vigilare, anche attraverso verifiche periodiche, sulla piena, tempestiva e corretta attuazione dell'accordo di programma nel rispetto degli indirizzi e dei tempi sopra enunciati;
- individuare gli ostacoli che si frapponessero all'attuazione dell'accordo di programma, proponendo le soluzioni idonee alla loro rimozione;
- provvedere, ove necessario o previsto, alla convocazione dei rappresentanti degli enti sottoscrittori, anche riuniti in conferenza di servizi;

- dirimere, in via bonaria, le controversie che dovessero insorgere tra le parti in ordine all'interpretazione ed all'attuazione del presente accordo di programma; per tale funzione il Collegio potrà essere integrato, su richiesta di almeno una delle parti fra cui è insorta la controversia, da 2 esperti nominati, entro 15 giorni dalla formulazione della richiesta, di comune accordo dalle parti fra le quali è insorta la controversia, ed in difetto di accordo, dal Prefetto della Provincia di Milano. Le controversie che non verranno risolte dal Collegio saranno deferite ad un Collegio arbitrale nominato di comune accordo dalle parti;
- disporre gli interventi sostitutivi, in caso di inadempimento, attuandoli anche mediante commissario ad acta;
- esprimere pareri e determinazioni, nonché vigilare sulle attività previste negli articoli di cui al presente atto.

Ciò per far sì che le fasi del medesimo programma avessero quella celerità di esecuzione richiesta dall'Accordo. Come si può notare dalla descrizione delle competenze, il Collegio di Vigilanza non ha (né poteva averne) poteri di amministrazione attiva in merito alla esecutività di iniziative di carattere decisorio. Con sorpresa, invece, dalla lettura della delibera n. 86 del 22-1-2004, si evince che la Direzione dell'A.O., proprio in esecuzione di una decisione del Collegio di Vigilanza (verbale del 31-07-03 - all. n. 60), affidava la progettazione preliminare alla N.E.C. S.p.A.. Tale società, come espressamente chiarito in delibera, risulta costituita dal medesimo Ospedale Niguarda quale socio di maggioranza, proprio per le "attività progettuali e di consulenza riferite alla realizzazione degli interventi di riqualificazione dell'Ospedale". La progettazione sarebbe stata affidata alla società N.E.C. ai sensi dell'art. 16 della L. 109/94 e art. 18 del D.L.vo 554/99.

Sulla base di una proposta tecnico-economica per lo svolgimento dell'attività di progettazione preliminare, predisposta dalla medesima N.E.C., veniva riconosciuto alla stessa un compenso di € 1.978.000,00 + IVA e contributi di legge, di cui € 1.878.000,00 per onorari ed € 100.000,00 per

attività di consulenza in materia di organizzazione sanitaria. Tale ultimo importo sarebbe stato corrisposto al dott. Maurizio Mauri, "professionista di comprovata esperienza ..... del quale si richiama il *curriculum vitae*".

La delibera in questione non spiega sulla base di quali parametri sia stato determinato l'importo dell'onorario. La relativa proposta della N.E.C., di cui si allega lo schema di calcolo (all. n. 61), non chiarisce a quale elemento economico è stata correlata la base di calcolo del progetto preliminare. L'importo di £. 344.154.430.531 sarebbe stato rapportato ad un intervento di categoria Id. La delibera medesima chiarisce che l'onorario così calcolato sarebbe stato sottoposto al parere dell'Ordine degli Ingegneri ed Architetti. Il parere non è stato rinvenuto benché richiesto. Probabilmente lo stesso Ordine non avrebbe potuto fornire alcun parere, perché la N.E.C. S.p.A. NON è stata costituita come società di progettazione, così come previsto anche dall'art. 17 lettere d, e, f, g della Legge 109/94, per cui la NEC medesima non avrebbe probabilmente potuto avere alcuna legittimazione alla tutela. Addirittura l'Ordine, in astratto, avrebbe potuto diffidare la S.p.A. N.E.C. ad esercitare l'attività di progettazione. Agli atti è stato rinvenuto uno studio di NEC S.p.A. circa la determinazione del compenso (all. 78). Il documento, mentre non cita i parametri di categoria a cui è stata correlata l'opera, chiarisce che le basi di calcolo erano state previste in € 177.741.000,00 per le opere ed € 43.317.000,00 per arredi ed attrezzature e che il corrispettivo "a tariffa" sarebbe ammontato ad € 1.878.000,00 al netto dello sconto del 20% per opere a carico dello Stato di cui alla Legge 155/98.

Per quanto sopra accennato non può non farsi osservare che:

1. il Comitato di Vigilanza di cui si è acquisito il relativo verbale del 31-7-2003 (all. n. 60) effettivamente fa riferimento e rinvio alla progettazione preliminare da predisporre a cura della S.p.A. NEC. Tale indicazione ovviamente non rientra nei poteri del Collegio di Vigilanza indicati all'art. 11 dell'Accordo di Programma;

2. la società NEC, in virtù di quanto chiaramente ed espressamente citato all'art. 17 della L.109/94 che disciplina i LL.PP., non è in assoluto legittimata ad avere affidato incarichi diretti di progettazione, in quanto non individuabile nelle lettere a, b, e c del comma 1 del citato art. 17 perché: a) non è un ufficio tecnico della stazione appaltante; b) non è un ufficio consortile di progettazione a cui partecipa l'A.O.; c) non è un organismo di altre pubbliche amministrazioni;
3. la normativa citata a supporto dell'incarico (art. 16 della Legge e art. 18 del Regolamento) è impropria e riguarda la "attività di progettazione", ossia le modalità, l'articolazione e le prescrizioni necessarie affinché il progetto complessivo medesimo, nelle sue varie fasi (preliminare, definitivo ed esecutivo) acquisisca sostanza tecnica e normativa;
4. la S.p.A. NEC non si individua fra quei soggetti che l'art. 17 cita espressamente e a cui si possa, nelle forme, con i criteri e le priorità stabilite, richiedere una partecipazione ad una procedura concorsuale per l'affidamento di progettazioni. I soggetti a cui possono essere richieste offerte sono quelli indicati dalla lettera d) alla lettera g) e la S.p.A. NEC non si individua in alcuno di tali soggetti, in quanto:
  - lettera d) – la NEC non è un'associazione di liberi professionisti di cui alla legge 23-11-1939, n. 1815, e successive modificazioni;
  - lettera e) – la NEC non è una società di professionisti costituita esclusivamente da professionisti iscritti negli appositi Albi;
  - lettera f) – non è una società di ingegneria di cui alle società di capitali previste dal codice civile ai capi V – VI e VII del titolo V del libro V, anche perché il capitale sociale della NEC è costituito per il 60% da un soggetto, il Niguarda, che istituzionalmente opera nel settore della sanità e che nulla ha a che fare con l'ingegneria;

– lettera g) – non è un raggruppamento temporaneo costituito dai soggetti di cui alle lettere d) e) f) precedenti.

5. l'affidamento diretto dell'incarico di progettazione preliminare ad un soggetto di diritto privato, nella veste di S.p.a., ancorché l'A.O. Niguarda fosse socio di maggioranza, costituisce una violazione grave ai principi di concorrenza e trasparenza a cui una Pubblica Amministrazione deve ispirarsi, ma soprattutto viola la normativa europea che, ispirata agli stessi principi, garantisce la "par condicio" a tutti i soggetti che, in astratto, sono interessati alla partecipazione a procedure concorsuali pubbliche;
6. per come la NEC S.p.A. è stata impostata, in concreto, appare essere stata costituita proprio per eludere l'applicazione della normativa vigente che fa obbligo agli enti pubblici di rispettare le procedure che sono ovviamente, espressione di neutralità ed imparzialità;
7. la costituzione della S.p.A. NEC ha riassunto nell'oggetto sociale compiti e prerogative espressamente istituzionalizzate e riconosciute agli Uffici ed Organi tecnici interni all'A.O. e per i quali l'Azienda medesima ha proceduto ad effettuare i dovuti reclutamenti di architetti ed ingegneri in possesso dell'abilitazione alla professione. È di tutta evidenza, peraltro come previsto anche dalla legge sui LL.PP., che il ricorso ai progettisti esterni avrebbe dovuto essere preceduto da una apposita certificazione della assoluta mancanza di professionalità all'interno della struttura. Tale certificazione non è stata predisposta (né poteva essere predisposta per la presenza in organico di professionisti abilitati), ed il ricorso a soggetti esterni deve ulteriormente ritenersi illegittimo;
8. alla S.p.A. NEC sarebbero pervenuti compensi ed utili di esercizio unicamente dalla attività di progettazione del nuovo ospedale ovvero quelli acquisiti illegittimamente per servizi di progettazione richiesti direttamente, ossia senza il ricorso alle prescritte procedure

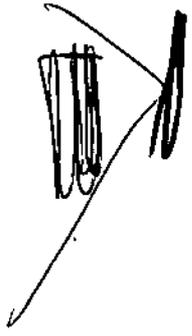
concorsuali, da altre aziende ospedaliere. In sostanza l'Ospedale Niguarda, atteggiandosi a soggetto committente, avrebbe corrisposto compensi a se stesso tramite la NEC, maggiorando i compensi della progettazione per mezzo dell'uso del tariffario. Circostanza che, oltre a commentarsi da sola, appare gravissima laddove si pensi che:

- a) ove fossero stati applicati criteri di scelta di cui alle lettere a) b) e c) dell'art. 17 della Legge, il compenso sarebbe stato correlato e quantificato nella misura dell'1,00% (ovvero dell'1,50%) dell'importo del progetto esecutivo, ovvero, come nella fattispecie, all'importo pari alla quota di incidenza del solo progetto preliminare. La misura di incidenza del solo progetto preliminare di cui alla TAB B, assunta come riferimento oggettivo, "aliquote base relative alla progettazione e direzione lavori" indicate nel D.M. Giustizia del 14-4-01 comprende: 1) relazioni, planimetrie, schemi grafici; 2) calcolo sommario della spesa che risulta fissato nel parametro di 0,10 per opere di categoria Id. Ora, in assenza di un progetto esecutivo ed in assenza della direzione lavori, (che nella citata TAB B risulta parametrata allo 0,35), lo 0,10 del progetto preliminare, attualizzato al residuo 0,65, è determinato in una quota di progettazione di 0,153. Nella fattispecie, in mancanza dell'importo del progetto esecutivo, ed assumendo il presunto importo dell'opera in circa £. 344 miliardi, così come indicato in delibera, il compenso da erogarsi ex art. 18 sarebbe stato pari a £. 342.108.000 o nell'altro maggiore importo ove la percentuale di accantonamento fosse stata dell'1,5%. Infatti: £. 344 miliardi meno il 35% per la Direzione Lavori per l'1% fanno £. 2.236.000.000, di cui il 15,3% dà appunto £. 342.108.000. In tale importo ovviamente avrebbe dovuto essere compreso anche quello dello studio di fattibilità e del capitolato speciale e prestazionale che, come spiegato nell'Accordo di Programma, sarebbe stato

predisposto "a cura e spese" della Regione Lombardia entro 120 giorni dalla data di sottoscrizione dell'Accordo. Va da sé che il suindicato importo di circa 342 milioni avrebbe dovuto essere depurato appunto della somma necessaria per lo studio di fattibilità ed integrato di quanto previsto dalla TAB B1 per i punti 01-05, nonché della quota di cui alla TAB B4 per lo studio di impatto ambientale e cioè:

a) 0,090 (0,03 + 0,015 + 0,015 + 0,015 + 0,015 rispettivamente per le relazioni geotecniche, idrologiche, idraulica, sismica e archeologica) moltiplicato per 344 miliardi attualizzato;			
b) 0,0300 (studio impatto ambientale) moltiplicato 344 miliardi.			
Un importo complessivo cioè come sotto dettagliato:			
Tabella	Parametro	Base di calcolo	Compenso in £.
B	0,153	2.236.000.000	342.108.000
B1	0,090	3.440.000.000 (1% di 344 miliardi)	309.600.000
B4	0,030	Idem come B1	103.200.000
IMPORTO TOTALE IN LIRE			£.754.908.000
IMPORTO TOTALE IN EURO			€ 389.877,00

- b) L'affidamento della progettazione avrebbe dovuto essere conferito, così come previsto dal combinato disposto dell'art. 7 della legge e degli artt. 7 e 9 del Regolamento, dal RUP, "nominato dalle amministrazioni aggiudicatarie nell'ambito del proprio organico, PRIMA della fase di predisposizione del progetto preliminare ....". Nel caso concreto, oltre al fatto che il RUP era stato appena nominato nella persona del Dott. Noschese, dirigente amministrativo di Presidio (delibera n. 1472 del 30-12-2003), l'Amministrazione dell'Ospedale, spogliatasi irregolarmente e senza alcuna motivazione della sua qualità e ruolo di committente,

 consentiva ed accettava che l'esecuzione dello studio di fattibilità fosse conferito ad un soggetto diverso dal progettista. Poiché ai sensi del comma 1, lettera a) dell'articolo 8 del Regolamento, il RUP avrebbe comunque dovuto sovrintendere "agli accertamenti ed alle indagini preliminari idonee a consentire lo studio di fattibilità tecnica, economica ed amministrativa" non si spiega chi o quale organo sostitutivo abbia ottemperato a tale adempimento. Come risulta dal verbale del Collegio di Vigilanza del 21-05-02 (all.95 bis), richiamato nel verbale del 31-7-2003, il Collegio medesimo prendeva atto che l'incarico di redazione dello studio di fattibilità tecnico, economico e finanziario era stato conferito dalla Regione Lombardia a FINLOMBARDA S.p.a.. Il verbale non indica chi ha affidato l'incarico, nel senso che manca un provvedimento formale del soggetto a ciò preposto. In proposito non può non rilevarsi che nel caso degli appalti in concessione sensi del combinato disposto degli artt. dal n. 18 al n. 23 e comma 1 dell'art. 85 del Regolamento, il bando avrebbe dovuto compreso nel progetto, contenere il P.E.F. da predisporre professionista a cui era stato affidato il progetto preliminare.

Premesso che il corrispettivo della predisposizione del PEF presumibilmente, è stato liquidato direttamente dalla Regione Lombardia con i fondi del finanziamento dell'intervento, così come previsto all'art. 16, comma 7 della legge, mentre si richiedono le opportune certezze, non può non segnalarsi che il relativo importo ove non fosse contenuto in quello complessivo previsto ex art. 18 della Legge 109/94. ovvero eventualmente nella tariffa per il progetto preliminare, oltre ad essere elusivo della normativa, potrebbe aver costituito un vero e proprio danno patrimoniale per la differenza del minor importo che sarebbe derivato dalla concorrenza di una

procedura concorsuale. Inoltre, essendo la FINLOMBARDA S.p.A. funzionale alla Regione, in quanto sostitutiva dei propri uffici tecnici e costituita per meglio fronteggiare i compiti istituzionali in materia, il compenso avrebbe dovuto essere calcolato proprio ai sensi dell'art. 18 quale corrispettivo incentivato. Ove così non fosse, la società risulterebbe costituita per introitare compensi più elevati e senza il ricorso alla scelta del contraente per mezzo di una gara.

Per motivi di opportunità ispettiva il redigente non ha richiesto alla Regione i dovuti chiarimenti del caso.

Nel merito poi dell'affidamento di una quota parte della progettazione preliminare (studio di fattibilità e tecnico-economico-finanziario) e Piano Economico Finanziario ad un soggetto individuato e probabilmente nominato dalla Regione, il redigente deve avanzare per scrupolo professionale le proprie riserve, in quanto: 1) le prestazioni professionali in questione avrebbero dovuto essere svolte dall'A.O. quale soggetto committente dell'opera ai sensi dell'art. 2 della Legge ed in particolare del comma 2, lettera a) e per mezzo della relativa procedura da attivare dal RUP. Nella fattispecie non è stata citata alcuna norma che consenta all'Azienda Ospedaliera di rivolgersi alla Regione a cui delegare e affidare il servizio in materia che rientra totalmente nella propria attività amministrativa. La materia degli affidamenti o conferimenti di prestazioni di servizio o lavori rientra nella propria diretta autonomia che comunque è riconosciuta dalla normativa di riferimento. Ai sensi del D.L.vo 30 dicembre 1992, n.502, così come modificato dal D.L.vo 29 giugno 1999, n. 229, art. 3, l'A.O., appunto, "è dotata di personalità giuridica pubblica e imprenditoriale", intesa quest'ultima quale attività organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale, tecnica e strategica. Per effetto di tali presupposti è tenuta a rispettare nella sua azione gestionale principi normativi europei, nazionali, regionali

nell'ordine. Non vi è dubbio che l'A.O. è tenuta a rispettare anche gli indirizzi regionali in materia, ma solo se questi, ovviamente, non contrastino con indicazioni di rango superiore. Nel caso in trattazione però non sono emersi riferimenti che autorizzano la Direzione dell'Azienda a:

1. suddividere un'unica prestazione professionale, come quella del progetto preliminare non scindibile, con più incarichi. Nel caso, come è noto, così come confermato in più occasioni dall'Autorità di Vigilanza ai LL.PP. (Atto di Regolazione – incarichi di progettazione) non sarebbero ammessi nemmeno i c.d. supporti alla progettazione se non quelli marginali citati alla lettera e, comma 1, dell'art. 88 del Regolamento, né frazionamenti. La determinazione dell'Autorità di Vigilanza n. 3 del 21-4-2004, in ultimo, anche se successiva alla data di incarico a FINLOMBARDA, ha escluso la possibilità del sub-appalto e quindi il supporto alla progettazione, "attesa la previsione della indivisibilità della stessa". La medesima determinazione dell'Autorità richiama l'art. 17 della L. 109/94, nel testo modificato dalla Legge 18 novembre 1998, n. 415, il quale "ha espunto il riferimento ad un distinto affidamento di parte della progettazione e ne preclude il frazionamento.....". La determinazione in questione, poi, a sostegno della indivisibilità del progetto e della sua peculiarità quale espressione unitaria del suo autore cita addirittura il Consiglio di Stato che appunto definisce la progettazione "quale opera di ingegno a carattere creativo, originale ed innovativo di contenuto complesso";
2. consentire alla Regione con l'Accordo di Programma di procedere direttamente all'affidamento dello studio di fattibilità tecnico-economico e finanziario non si concilia con la

normativa vigente prima citata, in quanto la prestazione non è svolta direttamente dai suoi organi ossia "in house" ma affidato poi, in nome e per conto dell'A.O., ad un soggetto terzo che nel caso, ammesso che la FINLOMBARDA fosse idonea ad effettuarlo, lo ha avuto affidato senza concorso. Dalla lettura dell'oggetto sociale dell'iscrizione alla Camera di Commercio, di cui si allega copia (vedasi all. n. 71), addirittura la predisposizione dello studio di fattibilità tecnico non rientrerebbe nei compiti istituzionali della società FINLOMBARDA. La FINLOMBARDA, ammesso che ne abbia i titoli, come sarà spiegato nel prosieguo della presente trattazione, è un soggetto funzionale alla Regione e non all'Azienda Ospedaliera e solo dalla prima, laddove dovesse sussistere un rapporto interorganico, potrebbe ottenere senza gara un incarico diretto. Mai l'A.O. avrebbe potuto conferire un incarico di studio di fattibilità e di predisposizione del Piano Economico-Finanziario senza il ricorso alla procedura prevista dall'art. 17 della L.109/94.

9. il compenso di € 100 mila riconosciuto al dott. Maurizio Mauri con il provvedimento di incarico del progetto preliminare, attiene non già alla progettazione ma ad attività di consulenza in materia di organizzazione tecnico-sanitaria a favore della NEC. Nulla a che vedere quindi con la documentazione prevista dall'art. 18 del Regolamento, che, per la sua realizzazione, prevede i seguenti elaborati (tutti da porre in essere dal progettista): a) relazione illustrativa; b) relazione tecnica; c) studio di pro-fattibilità ambientale; d) indagini geologiche, ecc.; e) planimetria generale e schemi grafici; f) prime indicazioni dei piani di sicurezza; g) calcolo sommario della spesa.

Premesso che non è stato rinvenuto, ancorché richiesto, il disciplinare stipulato dalla NEC con il professionista, dalla lettura della relazione e sulla base degli argomenti oggetto della consulenza, emerge in maniera chiara che la materia trattata non ha alcuna attinenza con il progetto esecutivo. La relazione attiene proprio agli aspetti ed alle esigenze sanitarie propedeutiche alla predisposizione del progetto preliminare. Tale consulenza, peraltro come risulta dall'allegato frontespizio e dall'indice, è stata prestata congiuntamente dal dott. Mauri e dal Dott. Munari, Direttore dell'Azienda. Non si vede in che maniera e per quale motivo l'incarico è stato conferito alla NEC.

Nel merito, mentre si osserva che la relazione avrebbe dovuto essere istituzionalmente redatta dagli Uffici della Direzione Sanitaria, per cui non appare giustificato il ricorso ad un consulente esterno, si deve rilevare, oltre al fatto che non sono stati spiegati i motivi per cui non si è fatto ricorso alla richiesta a più professionisti di un curriculum, l'Azienda nulla ha detto circa la congruità del compenso. L'importo di € 100 mila appare anormalmente elevato e non ancorato ad alcun parametro e peraltro la prestazione è stata svolta da due professionisti di cui uno interno. Non sono dimostrate la congruità e la legittimità dell'incarico, perché se la prestazione dovesse essere assimilata ad una fase di un progetto preliminare l'incarico avrebbe dovuto essere conferito ex art. 17 della legge e successive integrazioni e modificazioni e cioè con l'acquisizione di più preventivi da richiedersi previa opportuna pubblicità.

Appare di tutta evidenza che, se la consulenza fosse stata necessaria alla NEC per redigere il progetto preliminare, il relativo onere avrebbe dovuto essere sostenuto con il compenso tariffato trattandosi appunto di attività connesse al progetto.

• Ricorso  
ingiustificato  
a consulenti  
esterni

Nel merito finanziario si è accertato che la NEC ha regolarmente liquidato al dott. Mauri il relativo compenso (fatture n. 7/04 n. 12/04 e n. 3/05).

Relativamente all'affidamento della quota di progettazione alla NEC, vista la peculiare natura dell'incarico, si è proceduto quantomeno a verificare la coerenza normativa della costituzione della S.p.A..

Con la delibera n. 1642 del 5-12-2001 la Direzione Generale dell'Azienda riteneva di costituire una S.p.A. a capitale misto sulla base di:

- a) "nella generale capacità di diritto privato della P.A. ecc...";
- b) "in quanto previsto espressamente dalle Linee Guida n. 2/96 del Ministero della Sanità";
- c) "in quanto previsto nella delibera di Giunta Regionale n. 42718 del 29-4-99" con oggetto "criteri in ordine al reperimento di nuove risorse per il Settore Sanità della Regione Lombardia".

La delibera in questione prevedeva che, in caso di costituzione di società miste, "gli operatori dell'Azienda Ospedaliera, assegnati a compiti di progettazione, di direzione lavori, collaboreranno e dipenderanno, su libera scelta, da tali società, con il vantaggio del reciproco scambio delle esperienze interne ed esterne, essendo comunque loro riservata la prerogativa della conservazione del proprio posto in organico aziendale e del proprio ruolo, una volta che la società mista dovesse essere sciolta".

La nuova società avrebbe potuto compiere, anche con la concorrenza esterna, atti per l'aggiudicazione dei servizi o direzione lavori presso le altre aziende sanitarie con il beneficio di corrispondenti ritorni economici derivanti dal concorso al capitale sociale. La S.p.A. NEC, come espressamente previsto dalla delibera di indizione, avrebbe provveduto anche "all'attività di gestione e/o supervisione della completa realizzazione delle opere e dei servizi già in corso per conto dell'A.O." o Direzione Lavori.

La ricerca del socio di minoranza è avvenuta per mezzo di una procedura concorsuale ristretta ai sensi dell'art. 2 del D.P.R. 533 del 16-9-96. La delibera in questione recava allegato il bando di gara, la lettera di invito, il capitolato e la bozza dei patti parasociali.

Quanto illustrato in delibera lascia spazio alle seguenti osservazioni:

A) pur con la normativa citata a supporto della legittimazione per il ricorso alla procedura concorsuale per la scelta del socio privato (art. 2 del D.P.R. 533 del 16-9-96), ancorché in generale trovi conforto nei principi giuridici indicati in delibera, nella sostanza e nel merito (costituzione di una società di progettazione), l'iniziativa non può ritenersi corretta. Una società mista pubblico/privata, poi, costituita proprio per scopi di progettazione, per compiti cioè non istituzionali dell'A.O., viola apertamente la normativa che disciplina gli affidamenti progettuali di cui all'art. 17 della L. 109/94, come innanzi spiegato. Per aversi coerenza e legittimazione normativa alla partecipazione ai concorsi di progettazione, come peraltro ribadito in più occasioni dalla Corte Europea di Giustizia avrebbero dovuto sussistere, al momento della costituzione della S.p.A. NEC, specifiche e particolari condizioni di fatto e di diritto. In particolare ed in generale, nella fattispecie, la Corte Europea disciplina le società costituite per la gestione di servizi pubblici locali. Per il solo fatto che la NEC non fosse stata costituita per l'effettuazione di "servizi pubblici" direttamente ed immediatamente si è venuta a trovare senza copertura normativa. La normativa indicata in delibera (Linee Guida n. 2/96 del Ministero della Sanità e delibera regionale n. 42718 del 29-4-99), oltre che insufficiente è impropria perché riguarda ed attiene a società miste di sperimentazione che nulla hanno a che vedere con le società miste pubblico/private in questione. Ma pur ammettendo per mera ipotesi di scuola la legittimità della costituzione della S.p.a. NEC, l'A.O. Niguarda, per poter affidare direttamente senza gara il servizio di progettazione, avrebbe dovuto "esercitare sulla società di cui trattasi un

controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona giuridica (NEC S.p.A.) realizzi la parte più importante delle proprie attività con la o le Amministrazioni che la controllano” - (Comunicazione della Commissione U.E., “gli appalti nell’Unione Europea” comma (98) 143, ripresa e sviluppata dalla normativa interna con la circolare 18 ottobre 2001, n. 12727 del Ministero delle Politiche Comunitarie e con l’art. 14 del Decreto Legge 269/03, che ha sostituito l’art. 113 del T.U. EE.LL., convertito nella Legge 326/03). Nel caso specifico la NEC era sorta non solo per progettare la riqualificazione del nuovo ospedale ma anche per partecipare a gare di progettazione presso altri soggetti ed altri ospedali.

Sostanzialmente la S.p.A. NEC si sarebbe atteggiata e configurata come una vera e propria società commerciale svolgente attività per conto terzi e come un vero e proprio soggetto di diritto privato avrebbe agito per procacciarsi affari. Ciò non appare completamente aderente allo spirito ed ai suggerimenti della deliberazione VI 42718 del 29-4-99 della Giunta Regionale della Lombardia. Questa, nel recepire i dettami e le indicazioni normative nazionali (applicate in particolare ed in analogia con la normativa degli enti locali), assimila le attività di costituzione di società miste a quelle previste per gli enti locali, laddove l’oggetto era ed è rimasto la gestione di servizi pubblici riservati in via esclusiva a Comuni e Province. La società mista costituisce infatti un organo esterno ed indiretto dell’Amministrazione deputata alla gestione del servizio (c.f.r. delibera Regionale pag. 28/31- allegato n. 77). La circostanza pertanto che la neocostituita S.p.A. NEC possa svolgere anche attività esterna per gli altri soggetti non rientra e non può rientrare nei compiti istituzionali di una società mista per soddisfare in maniera idonea ed efficiente compiti di supporto all’attività sanitaria. Ove tale società agisse nella veste privatistica ci si ritroverebbe di fronte ad una azienda che, costituita con i fondi pubblici del S.S.N., rimarrebbe soggetta ai

rischi di impresa che ovviamente, nel caso specifico, non sono ipotizzabili perché non supportati da un adeguato livello normativo se non addirittura vietati in generale, in quanto le risorse di un'azienda ospedaliera, istituzionalmente, debbono essere dirette ed utilizzate per il soddisfacimento di bisogni sanitari ancorché di supporto ad essi.

Lo Statuto della S.p.A. NEC ed i relativi patti parasociali annessi, inoltre, chiariscono che la Società per il raggiungimento dell'oggetto sociale avrebbe potuto "effettuare tutte le operazioni mobiliari, immobiliari e finanziarie ritenute dall'organo amministrativo necessarie ed utili per il conseguimento dell'oggetto sociale, compreso il rilascio di avalli, fidejussioni ed ipoteche. Potrà procurarsi all'esterno ogni risorsa finanziaria e professionale necessaria al conseguimento dell'oggetto sociale".

La NEC avrebbe potuto "aderire a consorzi particolarmente ai fini della realizzazione e gestione del suddetto oggetto sociale nonché assumere partecipazioni ed interessenze in altre società o imprese aventi oggetti affini, complementari e connessi al proprio".

Le suindicate attività, pur se collaterali alla principale, evidenziano un'ottica gestionale che va molto al di là dei compiti delle società miste nate e costituite per effettuare in maniera meno onerosa servizi di supporto alla primaria attività sanitaria.

Dal punto di vista dei rapporti, così come previsto dallo Statuto e dai Patti Parasociali poi, nei casi di contestazione e conflitti, l'A.O., nella veste di committente-cliente-socio si troverebbe a dover adottare provvedimenti economico-giuridici e giudiziari sanzionatori nei confronti di un soggetto in cui essa stessa è parte in causa quale socio di maggioranza.

Le circostanze di fatto e di diritto innanzi citate lasciano lo spazio alle seguenti riflessioni:

- contrariamente a quanto stabilito nella delibera, la S.p.A. NEC avrebbe effettuato le prestazioni di supporto non solo presso l'Azienda Niguarda ma anche presso altre strutture pubbliche e private. La NEC, che avrebbe potuto acquisire quote o azioni di altri soggetti privati (consorzi ecc...), si sarebbe venuta a trovare nelle condizioni di estendere la propria attività anche presso altri soggetti di diritto privato e di diritto pubblico. Avrebbe concorso, in questi casi, ad eludere il principio della concorrenza negli affidamenti dei servizi ai soggetti dei membri comunitari. Si ricordano in proposito la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento delle Politiche Comunitarie – n. 12727 del 19-10-2000, nonché la sentenza della V Sezione della Corte di Giustizia Europea. In base alle direttive ed alle indicazioni contenute in tali atti, peraltro come già accennato nelle linee generali precedenti, nelle ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice avesse esercitato su una società mista un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa società avesse realizzato la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che la controlla, solo allora si esulerebbe dal campo applicativo della normativa comunitaria sugli appalti. Un contratto non può essere considerato come stipulato tra soggetti distinti qualora l'operatore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente e con gli enti territoriali che lo controllano (e nello specifico addirittura non ci si trova di fronte ad enti territoriali).

Il criterio alla cui luce infatti deve considerarsi l'attività svolta dal controllante è quello dell'autonomia dell'operatore. Nella misura in cui l'attività economica di tale soggetto è per la maggior parte svolta a vantaggio dell'attività del controllante, si sarà in presenza di un servizio "in house", in cui l'ente controllante (nella fattispecie l'A.O.) utilizzerà le prestazioni per fini pubblici e per destinarle

principalmente a suo vantaggio come si trattasse di un servizio interno che agisce per la sua istituzione.

Nel caso specifico del Niguarda, in assoluto, nel momento in cui alla NEC viene corrisposto il compenso tariffato e non quello dell'art. 18 della L. 109/94, scompare del tutto l'affidamento "in house" e ci inoltra in quello "open" del mondo commerciale, favorendo così illegittimamente, anche se al 40%, un soggetto di diritto privato come il socio di minoranza.

Appare del tutto evidente che solo nelle ipotesi in "house" si può parlare del c.d. "prolungamento amministrativo" dell'ente pubblico che lo esonera dall'osservare le regole di concorrenza prescritte dalla normativa comunitaria. È il "prolungamento amministrativo", qualificabile in termini di delega interorganica, che esulerebbe il Niguarda dall'applicazione della normativa comunitaria. Questa si evidenzerebbe con la compresenza degli elementi caratteristici individuati dalla dottrina corrente e cioè: 1) dipendenza formale; 2) dipendenza economica; 3) dipendenza amministrativa; 4) destinatario del servizio. È di solare ovvietà che solo laddove queste condizioni fossero state soddisfatte, il Niguarda, quale amministrazione aggiudicatrice, sarebbe risultato essere un tutt'uno con la S.p.A. NEC senza soluzione di continuità, una sorta di LONGA MANUS e quindi le regole stabilite dalle direttive in materia di appalti non avrebbero trovato applicazione.

"Ad abundantiam" la Corte Europea, poi, con più sentenze ha creato in materia una giurisprudenza particolarmente chiara e significativa nel senso che l'affidamento diretto non è giustificato quando:

1. non sussiste il c.d. "controllo analogo" da parte dell'Autorità Pubblica (sentenza TECKAL del 18-11-1999, causa c-107/98). Nel caso in

esame manca, come già ripetutamente ricordato, il c.d. "controllo analogo";

2. sussiste una presenza di soggetti privati all'interno della compagine societaria (sentenza STADT HALLE dell'11-1-2005 causa c.26/03). Nel caso in esame la società NEC è partecipata da soggetti privati; le società miste, pur se controllate da soggetti pubblici, sono partecipate da private (sentenza AB FALL del 10-11-2005, causa c29/04). Nel caso della NEC anche se la maggioranza societaria è di un soggetto pubblico come il Niguarda si è in presenza di soci privati;
3. circa poi le motivazioni di cui al combinato disposto delle Linee Guida n. 2/96 "profilo aziendale dei soggetti gestori dei servizi sanitari" e art. 4, comma 6, della Legge 412/91, si ritiene che l'ostacolo alla possibilità di costituire una S.p.A. per compiti istituzionali sia insuperabile perché:
  - il 6° comma dell'art. 4 citato così recita: ".....sono consentite sperimentazioni gestionali, ivi comprese quelle riguardanti modalità di pagamento e di remunerazione dei servizi, quelle riguardanti servizi e prestazioni fornite da soggetti singoli, istituzioni ed associazioni volontarie di mutua assistenza aventi personalità giuridica, consorzi e società di servizi";
  - il punto n. 5 delle Linee Guida "innovazione organizzativa e strategie gestionali di integrazione orizzontali fra aziende" al comma 3°, richiamando l'art. 6, comma 4, della Legge n. 724 del 23-12-94, prevede "che l'affidamento ed il rinnovo a terzi di servizi di pertinenza dell'Unità Sanitaria Locale e dell'Azienda Ospedaliera sono subordinati alla contestuale disattivazione dei corrispondenti servizi direttamente gestiti ed il relativo personale è posto in mobilità d'ufficio. Il personale che non ottempera al trasferimento d'ufficio è collocato in disponibilità ai sensi dell'art. 34 del D.L.vo 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni".

Dalla semplice lettura della normativa sopra illustrata (richiamata in delibera a sostegno della costituzione della società mista) emergono in maniera clamorosa non solo la illegittimità ma anche le conseguenze correlate al personale dell'Azienda. Questo, anziché essere trasferito o posto in mobilità, è stato addirittura utilizzato, con apposita convenzione con compenso, contemporaneamente dalla NEC e dal Niguarda.

In materia, anche la Regione Lombardia, con la nota n. H1.2001.0061926, indirizzata al Direttore Generale, dott. Pietro Caltagirone, protocollata in arrivo il 3-10-2001, n. 8844, che comunque si allega alla presente relazione (all. 79), ricordava che la costituzione di una società mista non rientra nell'ambito delle sperimentazioni gestionali "che comunque la eventuale istituzione, rientrando nella piena autonomia dell'Azienda, deve essere realizzata tenendo in considerazione "gli aspetti legati alla materia pubblicistica con particolare riferimento alle garanzie che l'Azienda pubblica deve assicurare". La nota della Regione non cita mai nell'oggetto delle società miste l'attività di progettazione. La Regione, esplicitamente, rileva che per tale attività non rientrando la stessa nel "core business" aziendale non può essere applicato il contenuto della d.g.r. 42718 del 2-4-99 relativa alla ricerca di collaborazione con soggetti di diritto privato per il reperimento di nuove risorse.

Nel contesto della lettera in questione la Regione richiede maggiore esplicitazione rispetto al compito di gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare, in particolare chiede di esplicitare a quale attività di gestione ci si riferisca ed al tipo di immobile (strumentale e non) oggetto della valorizzazione". Nulla quindi che possa in maniera chiara e diretta essere riferito alla progettazione. A parère del redigente, la Regione poteva farlo alla luce della normativa europea che regge la materia. La Regione appunto parla di "valorizzazione del patrimonio" escludendo indirettamente la progettazione

ma lasciando alla A.O. la libertà, nell'ambito della propria autonomia, "di stipulare contratti". La sostanza sembra chiara!

Non può sottacersi, infine, come anche la Regione con le proprie indicazioni raccomandi al Niguarda "la definizione delle garanzie nei confronti del personale dipendente, indirettamente invitando l'Azienda a tener conto di quanto previsto al succitato punto 5 dell'Atto di Indirizzo del Ministero della Sanità.

Nelle deliberazioni sottoposte in visione al redigente, tranne l'illegittimo riferimento dell'utilizzo di due dipendenti (l'Ing. Badi ed il Geom. Porro), nessun cenno è stato fatto circa la destinazione dell'altro personale tecnico dipendente addetto alla progettazione.

B) in relazione a tale ultimo aspetto, secondo il quale, come ricordato in delibera, il personale tecnico interno all'Azienda avrebbe potuto, su libera scelta, collaborare e dipendere dalla NEC medesima, ottenendone anche i ritorni economici, si ritiene che tale possibilità, in assoluto, sia esclusa dal rapporto di pubblico impiego per effetto del "principio del c.d. rapporto unico di lavoro" di cui alla normativa che disciplina il personale della Pubblica Amministrazione.

Per i dipendenti pubblici, eventualmente, come è noto, la discontinuità del servizio è ammessa solo per i congedi straordinari e le aspettative (senza assegni), comunque limitate nel tempo a seconda della discrezionalità dell'Amministrazione (in base alle esigenze di servizio) e/o a seconda delle motivazioni addotte dai richiedenti.

Nel merito non si comprende poi in base a quale norma lo stesso Niguarda abbia potuto immaginare istituti giuridici riguardanti il rapporto di lavoro con il personale laddove sia prevista la riammissione in servizio "sine die".

Prima di iniziare l'esame di procedura concorsuale per la scelta del socio di minoranza non può non rappresentarsi la grave lacuna soggettiva

verificatasi nella parte preliminare dell'appalto per la riqualificazione del nuovo Ospedale. Il Responsabile del Procedimento risulta essere stato nominato con la delibera n. 1472 del 30-12-2003, ossia dopo che l'incarico di progettazione preliminare fosse stato direttamente conferito alla NEC dal Comitato di Vigilanza.

L'Azienda Ospedaliera, con la nomina del dott. Noschese, Dirigente Amministrativo, come già segnalato in precedenza, ha violato e disatteso quanto stabilito dalla normativa vigente che prevede per tale ruolo la figura di un tecnico. La deroga evocata in delibera sarebbe basata su un parere dell'Autorità di Vigilanza dei LL.PP. (n.10 del 23-2-2001) che chiarirebbe: "anche un funzionario amministrativo può essere nominato responsabile unico del procedimento qualora nessun altro soggetto dell'organo della P.A. interessata sia in possesso delle competenze necessarie per l'espletamento dell'incarico predetto". Premesso che del virgolettato indicato dalla determinazione n. 10 del 23-2-2001 nella delibera di nomina non è stata rinvenuta traccia, bisogna dire che, anzi, proprio tale determinazione sancisce in assoluto che il RUP deve essere un tecnico in possesso del titolo di studio adeguato, abilitato all'esercizio della professione. Solo quando tale abilitazione non è prevista dalle vigenti norme si può far ricorso a funzionari con idonea professionalità ecc... La determinazione chiarisce che dall'abilitazione non può prescindere allorché si faccia riferimento "alle ipotesi in cui si tratta di effettuare interventi su beni mobili soggetti a vincoli archeologici od artistici". La determinazione in questione precisa che "anche gli interventi su detti beni si svolgono sulla base delle norme contenute dalla Legge 109/94 e successive modificazioni ed integrazioni". "In tali casi, in assenza di soggetti abilitati, soccorre la disposizione appena richiamata, che consente all'ente appaltante di nominare un funzionario con idonea professionalità in relazione all'intervento da effettuare e con anzianità di servizio non inferiore a 5 anni";

Con la delibera di nomina, l'Azienda Ospedaliera non ha certificato che nel proprio organico vi fosse carenza di personale abilitato per cui si è reso necessario il ricorso ad altre figure professionali. In realtà nell'organico dell'azienda erano e sono presenti tuttora nove tecnici abilitati alla professione a cui poteva essere conferito l'incarico di RUP. A conferma, con la delibera di costituzione della NEC S.p.A., l'A.O. medesima chiariva "che gli operatori, come innanzi segnalato, assegnati a compiti di progettazione e direzione lavori, su libera scelta avrebbero collaborato e dipeso dalla NEC con vantaggio reciproco ecc...". Con tale affermazione il Niguarda ammette che nel proprio organico sussistevano tecnici abilitati alla professione in grado di assumere il ruolo di RUP. In tale supposta carenza di organico, l'Amministrazione del Niguarda avrebbe provveduto anche ad affiancare per supporto al Dott. Noschese professionisti con le necessarie competenze selezionati con le forme e le modalità di cui al D.L.vo 157/95. Con la medesima delibera di nomina, invece, l'A.O. Niguarda riteneva di supportare il RUP con professionalità specifiche reperite all'interno della struttura e precisamente nelle persone dei signori:

- rag. Paolo ALFONSO, responsabile del S.C. Economico-Finanziario;
- ing. Giuseppe LORENZON, responsabile del S.C. Edile Impianti;
- dott. Carlo NICORA, dirigente medico del Presidio Ospedaliero.

L'ing. LORENZON, tecnico con la relativa abilitazione avrebbe potuto benissimo essere nominato per ricoprire il ruolo di Responsabile del Procedimento.

Da quanto sopra emerso appaiono evidenti le forzature normative, sfociate in vere e proprie illegittimità, con le quali il Niguarda è pervenuto alla nomina del dott. Noschese quale Responsabile del Procedimento. Appaiono singolari anche le nomine dei soggetti chiamati a supportare l'attività del

RUP, le quali, tranne l'ing. Lorenzon, non hanno, per il loro ruolo e qualifica professionale, quella competenza specifica per provvedere ad ottemperare e fronteggiare tutte quelle attività tipiche del Responsabile del Procedimento prima elencate.

A tutti i costi si è voluto costituire un RUP ed un gruppo di supporto palesemente insufficiente ed inadeguato non in grado di effettuare e svolgere quelle attività e prestazioni che la legge ed il regolamento richiedono per tale figura istituzionale. Il RUP ha sostituito ed ampliato, come è noto, la figura dell'ex Ingegnere Capo, la cui attività e ruolo costituiva il centro motore ed il punto di riferimento di tutti gli interventi dei LL.PP. E' ovvio che al di là delle persone, sicuramente corrette, dotate di buona volontà e professionalmente valide nelle loro materie, peraltro senza retribuzione aggiuntiva, nemmeno con l'art. 18, l'attività del RUP, spiccatamente tecnica, di propulsione e controllo che avrebbe dovuto sovrintendere un'opera così importante come la costruzione di un ospedale, non poteva in assoluto essere svolta da un Responsabile del Procedimento senza alcuna esperienza specifica e con un supporto ancora meno valido.

Ma l'aspetto più paradossale del problema è quello connesso al fatto che, ancorchè l'A.O. nella delibera di costituzione (delibera 1642 del 5-12-2001) avesse previsto collaborazioni o addirittura una diretta dipendenza, su libera scelta, di personale interno presso la NEC S.p.A. disponeva, dopo l'approvazione del progetto preliminare avvenuta con la delibera n. 369 del 26-4-2004 "l'assegnazione temporanea dell'ing. Carlo Maria Badi, responsabile di Struttura Complessa di Progettazione e Gestione del Patrimonio, dipendente di comprovata esperienza e professionalità" presso la NEC medesima con le modalità qui di seguito riportate. L'assegnazione temporanea presso la NEC S.p.A. dell'ing. Badi veniva disposta ai sensi dell'art. 23 bis del D.L.vo 165/01, come modificato dalla Legge 145/02 "sulla base di appositi protocolli di intesa tra le parti" correlati a singoli progetti di interesse specifico delle amministrazioni, con il consenso dell'interessato, con

assegnazione provvisoria". La stessa delibera stabiliva anche i termini del rapporto, vale a dire:

- l'oggetto sarebbe stata "la collaborazione alla stesura del progetto preliminare e svolgimento di tutte le attività connesse e conseguenti alla riqualificazione dell'ospedale";
- l'impegno lavorativo sarebbe stato rapportato a 27 ore settimanali;
- rimborso integrale degli oneri connessi alla retribuzione del dirigente da parte della NEC;
- il rapporto avrebbe avuto una durata a partire dal 1° luglio 2003 al 31-12-2004, rinnovabile previo accordo tra le parti;
- concessione al dirigente di concordare direttamente con la NEC eventuali compensi aggiuntivi che resteranno a carico della stessa NEC S.p.A..

In relazione a quanto sopra il redigente ha richiesto formalmente alla A.O. la domanda dell'interessato circa il consenso di cui all'art.23 bis, commi 1 e 7 del D.L.vo 165/01. Lo stesso consenso veniva richiesto anche per il geom. PORRO per le prestazioni professionali svolte presso la N.E.C. (all. nota 6 bis). Mentre per quest'ultimo nessuna nota giustificativa veniva comunicata o esibita, per l'Ing. BADI l'Amministrazione dell'Azienda Niguarda faceva pervenire una lettera non protocollata (all. 96 ter) che poco o niente aveva a che fare con l'autorizzazione. Con tale lettera l'ing. BADI faceva notare il "suo coinvolgimento nell'attività della Segreteria Tecnica dell'Accordo di Programma ....", e che il suo tempo, per circa il 70%, era dedicato ai rapporti con la N.E.C. per lo sviluppo del progetto preliminare. In sostanza l'ing. BADI svolgeva i propri compiti d'istituto prevalentemente per lo sviluppo del progetto preliminare. Non si vede a che titolo, quindi, in presenza di attività istituzionale, l'ing. BADI avrebbe dovuto essere remunerato da N.E.C..

Da quanto sopra emerge in tutta la sua evidenza all'interno dell'Amministrazione dell'Azienda la presenza di una figura professionale

capace ed in possesso di tutti i titoli richiesti dalla normativa per ricoprire il ruolo di RUP, sicuramente con più professionalità di un dirigente amministrativo; non si comprendono i motivi per cui l'Azienda stessa, in violazione di tutto l'impianto normativo che disciplina il rapporto di lavoro dipendente, anche dirigenziale, abbia consentito all'ing. Badi di svolgere contemporaneamente prestazioni di servizio per due soggetti: uno pubblico (Azienda Niguarda) ed uno privato (NEC S.p.a.), peraltro con condizioni economiche non in linea con la normativa vigente. Oltre a ciò, all'ing. Badi è stata consentita l'attività di collaborazione alla progettazione preliminare del nuovo ospedale alle dipendenze della NEC, quando avrebbe dovuto essere la stessa NEC, forte di uno specifico incarico, a predisporlo contro un corrispettivo tariffato già concordato con l'assegnazione diretta del Comitato di Vigilanza dell'Accordo di Programma.

Ma un aspetto che lascia prefigurare ulteriori forti perplessità in ordine all'atteggiamento non coerente con la normativa che disciplina l'attività procedurale di un ente pubblico, è quello per cui l'Azienda, solo il 17-5-2004, con la delibera n. 437, consentiva ed autorizzava l'ing. Badi a prestare servizio presso la NEC con data retroattiva a partire cioè dal 1° luglio 2003.

Con la delibera n. 290/2003 l'Azienda aveva già autorizzato un altro dipendente (il geom. Porro Enrico) a prestare "fuori orari di servizio" 300 ore annue contro un corrispettivo di € 32,00 all'ora a favore di NEC S.p.A. con l'intesa che tale compenso sarebbe stato decurtato del 18,5% per rimborso costi, oneri assicurativi, IRAP, ecc...). La medesima delibera, come per l'ing. Badi, precisava che il geom. Porro aveva già svolto, negli anni 2002-2003, 111 ore di servizio non compensate come straordinario.

Nel merito, mentre si deve osservare l'illegittimità del provvedimento dell'autorizzazione per violazione del T.U. per prestazioni lavorative presso terzi, in quanto in conflitto di interesse con la qualità di dipendente del committente, non si vede sulla base di quale norma di diritto

positivo l'A.O. abbia potuto far passare tale prestazione lavorativa, peraltro fuori orario di servizio, come consulenza. È di tutta ovvietà che se un soggetto dipendente effettua prestazioni di lavoro fuori orario di servizio, il datore di lavoro non può decidere alcunché in nome del dipendente, in quanto è fuori dalla propria competenza giuridica fornire disposizioni per le quali manca del tutto il nesso organico gerarchico tipico del pubblico impiego. Il dipendente pubblico, per norma, non può effettuare prestazioni lavorative, in generale presso terzi, fuori dal normale orario di lavoro, se non previa preventiva e motivata autorizzazione dell'ente presso cui presta servizio. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 60 del T.U. di cui al D.P.R. 3/57 e art. 53 del D.L.vo 165/2001, su espressa richiesta del dipendente l'autorizzazione deve accertare proprio che non sussistano circostanze di fatto e di diritto che confliggano con gli interessi dell'ente. Nel caso specifico, essendo la NEC S.p.A. affidataria (anche se illegittimamente) di una prestazione il cui committente è l'ente stesso, appare evidente che l'impiegato dipendente non può essere autorizzato a fornire la propria attività professionale a favore di un soggetto terzo affidatario di un servizio appaltato (anche se affidato direttamente) anche e soprattutto perché il beneficio di tale attività ricade anche sui soci di minoranza soggetti privati.

Con la medesima delibera di incarico l'A.O. approvava anche i contratti stipulati tra la S.p.A. NEC e l'ing. Badi ed il Geom. Porro che, per quanto sopra illustrato, sono da ritenersi nulli perché:

- a) relativamente all'ing. Badi la norma citata (art.23 bis del D.L.vo 165/01 e sue m.i.) non è stata correttamente interpretata nella sua accezione. Il comma 7 citato parla di "assegnazione temporanea", ovviamente di durata predeterminata dal dipendente. La delibera invece consente un'assegnazione parziale oraria settimanale, ma soprattutto una durata sì temporanea, ma "rinnovabile previo accordo tra le parti" con compenso aggiuntivo a carico della NEC da concordarsi tra le parti;

b) l'attestazione di legittimità del provvedimento risulta essere stata acquisita dal Direttore Amministrativo del Presidio Territoriale, il quale, come è noto, ai sensi dell'art. 9 del D.L.vo 502/92, ha competenze solo di coordinamento amministrativo di Presidio e non già competenza in materia di personale. Queste incombono ovviamente al Dirigente Responsabile delle Risorse Umane dell'Azienda ed al Consiglio di Direzione i quali, ancorché non coinvolti ufficialmente nella problematica deliberativa, di fatto, con l'attestato di regolarità della liquidazione, hanno confermato la linea interpretativa indicata in delibera.

Per gli anzidetti dipendenti possono prefigurarsi ipotesi di danno patrimoniale per le ore non prestate presso l'Azienda Ospedaliera.

Relativamente alla scelta del partner privato l'Azienda Ospedaliera autorizzava una procedura concorsuale ristretta proponendo la pubblicazione della gara ai sensi di legge. La delibera di indizione approvava il bando di gara, lo schema della lettera di invito e lo Statuto con la bozza dei patti parasociali. Dall'esame degli atti preparatori della gara è emerso che:

#### A) BANDO DI GARA

L'oggetto dell'appalto avrebbe riguardato:

- l'attività di progettazione tecnica in ambito sanitario, sia per l'Ospedale Niguarda che per gli altri enti pubblici o privati;
- la progettazione preliminare del nuovo insediamento dell'Ospedale Niguarda;
- il project management delle opere appaltate in corso per conto dell'Azienda Ospedaliera.

La costituenda S.p.A. avrebbe operato "in favore dell'Azienda costituttrice", svolgendo le attività dalla stessa affidatele, "alle condizioni di volta in volta pattuite". La società avrebbe avuto una durata trentennale. Il Capitale Sociale sarebbe stato fissato in € 250 mila, di cui il 60% riservato all'A.O. Niguarda ed il 40% riservato al socio privato (azioni del valore nominale di € 500,00 – vedasi Statuto art. 7).

Nel bando si precisava inoltre che il Niguarda avrebbe proceduto a "comandare" i propri dipendenti presso la costituenda società con modalità da definirsi in sede di contratto sociale.

I soggetti interessati, per poter essere ammessi alla gara, avrebbero dovuto possedere i seguenti requisiti:

1. essere professionalmente qualificati nel settore cui si riferisce il servizio;
2. essere operanti per un periodo non inferiore a 3 anni nel settore del servizio da realizzare (CAT 12; CPC 867);
3. aver effettuato nell'ultimo triennio attività di progettazione per una somma non inferiore a £. 10 miliardi, di cui 7 nel campo delle strutture sanitarie;
4. non trovarsi nelle cause di esclusione ai sensi dell'art. 12 del D.L.vo 157/95;
5. essere iscritto nel Registro delle Imprese delle Camere di Commercio.

L'Amministrazione committente nella determinazione della scelta del candidato avrebbe tenuto conto:

- a) delle esperienze maturate nel "campo che qui interessa, considerando in maniera proporzionale quelle di edilizia sanitaria di natura complessa";
- a1) del volume delle progettazioni;
- b) del Know how del settore che le imprese avrebbero dimostrato proponendo idonea relazione per il potenziamento ed il miglioramento dell'attività di progettazione;

- c) della presentazione di un piano di sviluppo dell'attività di progettazione;
- d) dell'impegno dell'impresa che, in caso di scelta, avrebbe presentato idonea fideiussione a garanzia della copertura delle quote azionarie.

Nessuna norma e nessun altro parametro o indicatore viene citato al di fuori della generica descrizione di quanto innanzi osservato.

L'estratto del bando di gara da pubblicarsi su due quotidiani era riferito "all'esercizio dell'attività di progettazione e l'attività di project management per la gestione delle opere già in corso per conto dell'Ospedale Niguarda". Non si faceva cenno al "core business", della gara, peraltro come chiaramente indicato nel bando integrale, vale a dire la progettazione preliminare del nuovo insediamento dell'Ospedale Niguarda.

Appare in tutta la sua evidenza la gravità della omissione del principale elemento per cui si era deciso di costituire la società e cioè la progettazione preliminare del nuovo ospedale. Tale omissione appare di una gravità assoluta non solo dal punto di vista formale e sostanziale, poiché non coerente con il bando integrale, ma soprattutto perché oggetto della gara di appalto per la ricerca di un socio di minoranza appare una ben misera cosa in relazione all'attività vera e pregnante della costituenda società. La omissione della indicazione della predisposizione del progetto preliminare, in astratto, ha distolto ed allontanato l'interesse dei più importanti e potenziali partecipanti.

Bando di gara non integrale

Quanto innanzi illustrato lascia spazio alle seguenti osservazioni:

1. chi era interessato soltanto alla predisposizione del progetto preliminare sarebbe stato costretto anche a diventare socio di una S.p.A.. Il che si evidenzia subito come un forte impedimento ad una più grande ed estesa partecipazione;
2. l'affidamento alla costituenda NEC delle attività proprie istituzionali del Niguarda avrebbe svuotato dei compiti propri l'Ufficio Tecnico.

Come già ricordato nelle pagine precedenti, ai sensi della direttiva n. 2/96 del Ministero della Sanità, per effetto della costituzione di una società mista, il personale interno avrebbe dovuto essere posto in mobilità ovvero a disposizione. Nel bando addirittura si parla di "comando", di un istituto giuridico cioè riconosciuto dalla normativa vigente (art. 56 del T.U. 3/57, così come modificato dall'art. 34 del D.P.R. 1970/77 e successive modificazioni ed integrazioni) all'interno della P.A. e non presso soggetti di diritto privato quale è appunto la NEC S.p.A..

Poiché presso l'A.O. Niguarda non si è proceduto ad attivare nessuno degli istituti giuridici richiamati (mobilità, disponibilità e comando, ancorché illegittimo) emerge in tutta la sua evidenza un danno patrimoniale derivante dalla sovrapposizione e duplicazione di un servizio al quale era addetto il personale dell'azienda (svuotato di compiti) e quello della NEC.

Il danno dovrebbe essere quantificato separatamente sulla base dei compensi individuali percepiti illegittimamente dal personale.

L'attività, inoltre, avrebbe procurato non solo un ingiustificato lucro a favore dei soci di minoranza, che peraltro avrebbero usufruito ingiustificatamente delle collaborazioni di personale dell'A.O., ma anche e soprattutto non garantito quella concorrenza e trasparenza richiesta dalla normativa vigente per la scelta del contraente;

3. il bando solo indirettamente lascia percepire che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta per mezzo dell'offerta più vantaggiosa, peraltro basata su aspetti ed elementi così generici da consentire al valutatore delle offerte medesime, la più ampia discrezionalità simile all'arbitrio e senza che fosse dimostrata la vantaggiosità economica prevista proprio dalla lettera b) dell'art. 23 del D.L.vo 157/95. Nel contesto nessuna vantaggiosità economica avrebbe potuto essere dimostrata, né poteva

esserlo, perché nessun parametro è stato indicato per la relativa valutazione.

Con la lettera di invito, laddove appunto viene citata tale nota, come si dirà in appresso, si chiarisce poi che la valutazione non sarebbe avvenuta con i criteri spiegati nel bando di gara così come indicato ai precedenti punti a), b) c) e d) (vedasi pag. 201).

La modifica degli elementi di valutazione indicati nel bando costituisce una grave violazione della "par condicio" delle potenziali imprese interessate all'appalto. Infine non può non segnalarsi la incongruità della attribuzione dei punteggi. Per l'analisi degli stessi si fa rinvio all'esame della lettera di invito.

## B) LETTERA DI INVITO

La lettera di invito, contrariamente a quanto stabilito nel bando, specificava che l'oggetto della costituenda S.p.A. non era limitato alle sole attività indicate nel medesimo bando (progettazione tecnica in ambito sanitario, progettazione preliminare del nuovo ospedale e project management delle opere in corso), ma era costituito anche da altre prestazioni dettagliatamente elencate nella lettera di invito medesima che qui in appresso si descrivono:

1. Direzione Lavori per la realizzazione degli interventi non ancora affidati ad alcuna azienda;
2. coordinamento dell'attività di manutenzione ordinaria e straordinaria relativa alle strutture dell'Ospedale Niguarda;
3. attività di rilevazione del patrimonio dell'A.O. e di gestione delle funzioni tecniche informatiche e contabili ad esse connesse;

4. effettuazione di ricerche finalizzate alla messa a punto di strumenti di finanziamento dei programmi di investimento e supporto agli enti nella gestione della procedura di richiesta;
5. progettazione, sviluppo e gestione dei sistemi informativi.

È di tutta evidenza che le nuove attività, ove indicate nel bando di gara, avrebbero ottenuto maggiori e più significative richieste di partecipazione. Non può non segnalarsi la gravità della procedura posta in essere dall'Amministrazione del Niguarda, che ancora una volta ha modificato i contenuti della gara all'insaputa dei possibili concorrenti. Soprattutto con la lettera di invito si stabilisce che l'oggetto della società avrebbe riguardato, fra l'altro, anche "la progettazione, lo sviluppo e la gestione di sistemi informativi". Un'attività cioè che nulla ha a che vedere con quanto stabilito nella delibera di indizione (delibera n. 1642/2001) e nel bando integrale di gara. Tale attività, come è ovvio, risulta devastante per tutta la nuova struttura organizzativa dell'Azienda, ma soprattutto appare illegittima perché l'acquisizione "di progettazione, sviluppo e gestione dei sistemi informativi" sarebbe avvenuta al di fuori delle procedure di gara della normativa vigente, in particolare di quella Comunitaria.

La lettera di invito fra le altre cose fornisce le seguenti informazioni:

- a) la società avrebbe potuto aderire a consorzi, nonché assumere partecipazioni ed interessenze in altre società aventi oggetto affine o connesso al proprio;
- b) i partecipanti avrebbero aderito alla S.p.A. sulla base dello schema di Statuto e della bozza dei patti parasociali allegati;
- c) sarebbero stati ammessi raggruppamenti di imprese, di almeno tre soggetti, costituiti anche dopo la richiesta di invito fra le imprese ammesse alla gara;
- d) l'offerta avrebbe dovuto dimostrare la capacità economica e finanziaria per mezzo dei seguenti documenti:

- dichiarazioni bancarie circa la capacità del concorrente di disporre di liquidità;
  - bilanci relativi agli ultimi tre anni;
  - dichiarazione relativa all'importo delle progettazioni realizzate negli ultimi tre esercizi che comunque non avrebbe dovuto essere inferiore ai 10 miliardi di lire;
- e) la capacità tecnica avrebbe dovuto essere dimostrata per mezzo dei seguenti requisiti:
- elenco dei principali servizi inerenti l'oggetto della gara negli ultimi tre anni con l'indicazione dell'elenco del personale dedicato al progetto, dei titoli di studio e del numero delle giornate/uomo impiegato da ciascuno di essi;
  - elenco dei prestatori d'opera utilizzati nei servizi inerenti l'oggetto della gara, con l'indicazione del titolo di studio e delle esperienze effettuate nell'ultimo triennio, prescindendo da eventuali ruoli dirigenziali di coordinamento e formativi, secondo uno schema predisposto dal committente Niguarda;
  - descrizione dei beni, strumenti ed attrezzature tecniche utilizzate per la prestazione dei servizi;
  - eventuale possesso della certificazione della qualità sulla base delle norme europee EN 29000, esibendo la copia della documentazione;
  - iniziative di formazione adottate nell'ultimo triennio nei confronti degli operatori utilizzati nei servizi oggetto di gara;
- f) richiesta di un progetto tecnico e Piano Economico Finanziario (PEF) per lo sviluppo della costituenda S.p.A.;
- g) la presentazione di un piano economico finanziario da intendersi nell'arco temporale di cinque anni.

La Commissione Tecnico-Amministrativa dopo la valutazione delle offerte avrebbe proposto una graduatoria da comunicare all'Azienda. La valutazione sarebbe stata effettuata sulla base dei seguenti punteggi:

Progetto tecnico di sviluppo		50 punti	
Capacità economico finanziaria		10 punti	
Capacità tecnica:	1) servizi inerenti l'oggetto della gara svolti negli ultimi 3 anni	10 punti	
	2) certificazione qualità norme EN	5 punti	
	3) beni strumentali e attrezzature tecniche	3 punti	
	4) formazione operatori	2 punti	
	<b>Totale punti</b>	<b>20</b>	<b>20</b>
Piano economico finanziario			<b>20</b>
	<b>Totale punteggi</b>		<b>100</b>

Quanto espresso nella lettera di invito lascia lo spazio ai seguenti rilievi:

1. il raggruppamento di imprese postumo alla richiesta di partecipazione, peraltro di dubbia legittimità, e senza spiegare se verticale o orizzontale (sussiste in materia la possibilità di raggruppamento orizzontale solo per i LL.PP.), appare del tutto improbabile visto che coloro che avrebbero già presentato una richiesta di partecipazione alla gara avrebbero dovuto effettuare comunque tutti le stesse prestazioni previste dal bando. Non emerge una logica operativa di integrazione di prestazioni di natura diversa tipiche delle associazioni temporanee di impresa, anche perché ognuno delle imprese partecipanti avrebbe potuto essere scelta in sede di valutazione dalla Commissione singolarmente con la propria individualità professionale;
2. relativamente alla richiesta dei requisiti economici, mentre si richiede una fatturazione complessiva di 10 miliardi di lire nel triennio (omettendo che almeno 7 avrebbero dovuto riguardare la progettazione

sanitaria), non può non osservarsi come nella fattispecie della costituzione di una S.p.A. (laddove quest'ultima una volta costituita acquisisce personalità giuridica ed autonomia patrimoniale), a nulla serve conoscere se il partecipante abbia o meno liquidità e quanta. Così dicasi per la sola presentazione dei bilanci dei tre esercizi, la cui inutilità è fin troppo evidente;

3. anche la richiesta dei requisiti tecnici, così come articolata, non dimostra nessuna capacità;
4. la richiesta poi di descrivere le attrezzature e i beni per la prestazione dei servizi, se non finalizzata ad un accertamento specifico, a nulla serve per determinare la capacità tecnica del partecipante.

La lettera di invito, infine, richiedeva la presentazione di un "progetto tecnico di sviluppo e di un piano economico finanziario", senza specificare quali elementi avrebbero dovuto essere posti a base del progetto per la costruzione dei relativi elaborati. Senza dire poi del PEF la cui predisposizione richiede un impegno temporale non piccolo; soprattutto il possesso di dati di attività similari con i quali dimostrare con il benchmark la congruità dello sviluppo economico finanziario del piano.

Relativamente alle modalità di valutazione per la scelta dell'offerta più vantaggiosa sono emerse contraddizioni e situazioni che in assoluto non avrebbero mai potuto portare alla scelta della migliore offerta. Si deve segnalare, tuttavia, che nel caso specifico, il Niguarda, socio promotore, è alla ricerca di un socio di minoranza che avrebbe dovuto, quale elemento qualificante della costituenda S.p.A., procedere alla progettazione preliminare del nuovo Ospedale.

I requisiti economici e tecnici che avrebbero dovuto e debbono soltanto costituire la base e le condizioni per poter partecipare alla gara, nel caso concreto della costituzione di una S.p.A. hanno concorso con un loro punteggio "alla determinazione dell'offerta più vantaggiosa" così come

previsto dall'art. 23 comma 1 lettera b) del D.L.vo 157/95. Mentre si segnala la illegittimità, oltre che la illogicità, non può non stigmatizzarsi come nessuna vantaggiosità economica tali requisiti hanno comportato. I punteggi ai requisiti tecnici ed economici hanno solo consentito alla Commissione di Valutazione, in maniera del tutto discrezionale, ad assegnare valori aggiunti a determinate offerte. La discrezionalità, poi, raggiunge il punto più elevato nella valutazione del progetto tecnico e del piano finanziario. Sia l'art. 23 sopra citato e sia la giurisprudenza hanno sempre stabilito che la assegnazione dei punteggi avrebbe dovuto essere basata su specifici parametri misurabili.

Ma l'aspetto più grave di tutta la procedura, che a parere del redigente evidenzia situazioni di nullità, è quello connesso al fatto per cui mentre con il bando di gara si stabiliscono precisi elementi su cui valutare le offerte (vedasi nelle pagine precedenti ma che in sintesi avrebbero riguardato: a) le esperienze maturate nella progettazione nel campo sanitario; b) volume delle progettazioni; c) know how circa i potenziali miglioramenti dell'attività di progettazione; d) presentazione di un piano di sviluppo dell'attività di progettazione), nella lettera di invito si stabiliva che la valutazione e l'attribuzione dei punteggi avrebbero attenuato gli aspetti e gli elementi innanzi descritti nel prospetto.

### C) STATUTO

All'art. 2 è precisato che l'oggetto della società sarebbe stato quello indicato nella lettera di invito e non nel bando, per cui vanno confermate le precedenti osservazioni. All'art. 12 è stabilito che le deliberazioni relative alla nomina, revoca e compenso dell'organo amministrativo e/o sindacale, anche limitatamente ad alcuni componenti ecc... nonché alla distribuzione degli utili sarebbero state assunte dall'Assemblea "con il voto favorevole dei soci complessivamente rappresentanti il 61% del C.S.". Il contenuto di tale

articolo, in sostanza, visto che la S.p.A., inizialmente, sarebbe stata costituita da due soci (il Niguarda ed un socio privato), prevedendo pertanto legittimamente la cessione di azioni, potrebbe comportare l'impossibilità del Niguarda, possessore del 60% delle azioni, di esercitare quel "controllo analogo" previsto dalla giurisprudenza per giustificare la costituzione appunto di società miste pubblico/private.

#### D) PATTI PARASOCIALI

Non appare conforme al possesso del c.d. "controllo analogo" nemmeno la possibilità da parte del socio privato di minoranza di nominare l'Amministratore Delegato (art.2).

#### E) AGGIUDICAZIONE

Tutto ciò premesso, si è proceduto a verificare la regolarità, la legittimità e la vantaggiosità della scelta del socio privato di minoranza.

L'A.O. con la delibera n. 181 del 7-2-02 nominava la Commissione Tecnica Amministrativa con la presenza di tre componenti esterni e tre interni, uno dei quali, l'ing. Badi, responsabile dell'U.O. Progettazione e Gestione Patrimonio era designato quale Presidente.

→ Nella Commissione non figura nessun membro esperto in economia aziendale, una delle materie, se non l'unica materia prevalente sulla quale sarebbe stata impostata la valutazione delle società partecipanti. Ai richiedenti, infatti, veniva richiesto: 1) "progetto tecnico di sviluppo" basato sui seguenti fattori: fattori materiali (mobili, attrezzature, beni di consumo), fattori immateriali (studi, esperienze in materia organizzativa e di conoscenza di determinati settori, ricerche ecc...), e messa a disposizione di determinate

risorse umane; 2) "piano economico finanziario" basato su un arco temporale di 5 anni con le seguenti specificazioni: a) spese di investimento in beni mobili ed immobili; b) caratteristiche tecniche del servizio e costo di gestione annuale complessivo; c) ammontare degli investimenti previsti per l'aggiornamento del personale; d) eventuali servizi e/o prestazioni accessorie.

Dei tre membri esterni, uno è avvocato e docente di Diritto Amministrativo, un altro ingegnere e docente di Strategie e Politiche Aziendali ed il terzo ancora un ingegnere, esperto in "Gestione dei Progetti di Impianto". Gli altri membri della Commissione non potevano, per le loro qualifiche e ruoli, apportare significativi contributi.

La delibera in questione si riservava di determinare i compensi dei componenti della Commissione "in funzione dell'impegno richiesto nell'esame dei progetti".

Con la delibera n. 208, a seguito di richiesta di partecipazione venivano invitate sei società (raccomandate dell'11-2-2002) a cui venivano inviate, oltre alle lettere di invito ed al capitolato, lo Statuto ed i Patti Parasociali. Le società per le quali era stato predisposto un apposito protocollo di arrivo e che avevano richiesto di partecipare erano state sette. Veniva esclusa, anche per successiva rinuncia, l'offerta del gruppo di progettazione Ferraro e Tartaglia di Cassano d'Adda.

Le società a cui veniva richiesta l'offerta erano state: 1) SCHUSTER PECHTOLD ARCHITECTEN di Monaco di Baviera, Germania, in ATI con UNITALIA PROGETTAZIONE di Bergamo; 2) PROGETTISTI ASSOCIATI S.P.A. di Milano; 3) GUARESCHI s.r.l. di Parma; 4) I.C.I.S. Torino; 5) PROGER S.P.A. Roma; 6) GESTO di Avesa (VR).

Con la lettera di invito il Niguarda precisava che sarebbero state accolte entro il 27-2-2002 tutte le richieste di chiarimenti relative all'appalto e che il giorno successivo, 28-2, l'Azienda avrebbe fornito le relative risposte ai quesiti, predisponendo un apposito verbale.

Tale procedura non è prevista da alcuna norma e comunque non garantisce "la par condicio" di tutti i concorrenti, in particolare per quelli provenienti da località lontane fuori Milano che proprio in quel giorno potrebbero non aver avuto disponibilità di tempo.

Il verbale dei c.d. chiarimenti, fornito al redigente in copia e non sottoscritto, veniva inviato alle società partecipanti l'11-3-2002 e veniva sottoscritto dal RUP e da cinque delle sei imprese. La società PROGETTISTI ASSOCIATI non partecipava all'incontro. Da tale documento è emerso quanto segue (all.73 e 74):

- a) contrariamente a quanto espressamente previsto dalla lettera di invito circa "la capacità di disporre di liquidità" l'Azienda, su precisa richiesta di un concorrente, chiariva che non è necessario quantificare la disponibilità dei mezzi liquidi; se ne deduce che tale elemento, che avrebbe dovuto concorrere all'accertamento dei requisiti economici che a loro volta avrebbero comportato un punteggio per la scelta economicamente più vantaggiosa, era del tutto inutile. La circostanza, come ovvio, ha potuto condizionare la partecipazione di altri soggetti, in quanto, magari, al momento del bando non avevano una sufficiente liquidità;
- b) relativamente alle tariffe professionali, l'Azienda Ospedaliera precisava che: "sappiamo che questo è un punto su cui possiamo dare delle indicazioni, ma è una proposta di strategia che deve essere condivisa e quindi anche il partner deve fare una proposta basandola su considerazioni valide anche da parte sua". Dal tenore della precisazione, peraltro generica ed evasiva, si evidenziano situazioni di incertezza economica circa i valori che assumeranno le progettazioni. Non si comprende poi a quale strategia ed a quale condivisibilità faccia riferimento l'Azienda nel momento in cui si è di fronte ad una gara di appalto pubblico e le offerte avrebbero dovuto essere formulate in maniera chiara ed inequivocabile per la relativa comparazione. Ne consegue che ci si trova di fronte ad aspetti di gara

vaghi su cui poi sarebbe prevalsa la discrezionalità della Commissione per mancanza proprio di punti di riferimento;

- c) anche l'aspetto della progettazione programmatica e del trasferimento del personale sono state oggetto di richieste di chiarimenti che l'Azienda non è stata in grado di fornire se non genericamente e con risposte evasive. Tant'è che un concorrente ha sostenuto, senza ottenere risposta, che le "informazioni" avrebbero dovuto essere fornite prima della stesura del progetto;
- d) alcune società facevano osservare aspetti di illegittimità circa la capacità del socio minoritario di proporre project financing. L'Azienda non forniva risposta e si riservava. Circostanza anche questa che lascia dubbi circa l'attività futura della S.p.A..

Il verbale riporta indicate tali e tante richieste di chiarimento e quesiti a cui l'Azienda non ha fornito adeguate risposte o nessuna risposta, determinando così dubbi sostanziali che hanno inciso non poco su quelli che poi sarebbero stati i momenti di scelta e di valutazione delle offerte e momenti di difficoltà legati alla futura attività e gestione della società. Addirittura, su esplicita richiesta della società GUARESCHI s.r.l. circa l'obbligo della S.p.A. costituenda, per l'acquisto di beni e servizi, di ricorrere a gare ad evidenza pubblica, l'Azienda risponde che non è obbligata, quando in realtà lo sarebbe stata per effetto del fatto che sulla nuova S.p.A. l'Ospedale non agisce "in house" e non effettua "il controllo analogo" richiesto dalla giurisprudenza europea.

Ciò posto si è proceduto ad esaminare gli atti di aggiudicazione.

Con il verbale a firma del RUP e del Presidente della Commissione si accertava che erano pervenute ed accettate come regolari cinque offerte.

La Commissione Tecnico-Amministrativa con il verbale del 12-6-02 procedeva alla valutazione delle offerte relativamente alla capacità economica ed alla capacità tecnica attribuendo i relativi punteggi.

Con il verbale del 20-6-2002 la Commissione Tecnico-Amministrativa, prima della valutazione delle offerte, fissava le relative modalità, gli aspetti più significativi ed i punti su cui avrebbe basato il giudizio sia del piano economico finanziario e sia del progetto tecnico di sviluppo. La Commissione riteneva di attribuire il massimo punteggio complessivo dei due punti alla società PROGER di Roma che, prima della gara aveva costituito una ATI con ARCHEMA ENGINEERING di Milano e con lo STUDIO DI ARCHITETTURA ED INGEGNERIA REDAELLI ED ASSOCIATI di Vimercate (MI).

Come innanzi segnalato la valutazione delle offerte avrebbe dovuto essere effettuata con quanto indicato nel bando di gara. L'A.O. Niguarda, invece, con la lettera di invito, modificando parzialmente i contenuti, aggiudicava la gara con giudizi su elementi o che si discostavano da quelli menzionati o erano fortemente soggettivi.

Nel fascicolo generale dell'appalto, inoltre, (peraltro non consegnato immediatamente) è stata rinvenuta una relazione tecnico-valutativa del Prof. Pietro MELLA, Docente Ordinario di Economia Aziendale dell'Università di Pavia, il quale, con la nota che si allega (all.76), forniva precise risultanze circa l'esame della valutazione comparativa delle offerte e dei relativi bilanci e assegnava alla A.T.I. ICI Capogruppo un punteggio nettamente superiore a quello della PROGER aggiudicataria.

Premesso che non è stato rinvenuto alcun provvedimento di nomina del consulente Prof. MELLA, si deve rilevare preliminarmente che appare del tutto illegittima una consulenza di supporto ad una Commissione Tecnica Amministrativa che, per sua natura avrebbe dovuto già di per sé essere competente in materia dovendo essere composta da specifici esperti appositamente nominati, così come recitano sia la normativa che la giurisprudenza. Di ciò si fa rinvio a quanto prima rappresentato in relazione alle modalità e criteri di composizione della Commissione.

Con la delibera n. 841 dell'1-7-2002 l'Azienda deliberava il relativo affidamento. L'atto costitutivo veniva sottoscritto il 6-12-2002.

Per come è stata impostata, la procedura di ricerca del socio di minoranza, che di fatto non ha contemplato in assoluto la possibilità di accertare il prezzo o il progetto più vantaggioso, non ha superato, a parere del redigente, le condizioni poste in combinazione del comma 10 e seguenti della L. 109/94 e dell'art. 26 del D.L.vo 157/95. Nella sostanza, pur se è vero che in astratto la procedura della scelta del socio di minoranza, ancorché fosse previsto un generico progetto dell'opera, è avvenuta nel rispetto della disciplina normativa dell'offerta più vantaggiosa, non può dirsi altrettanto per il progetto, perché l'aggiudicatario avrebbe preteso poi ed ottenuto un compenso di progettazione basato sulla sola tariffa professionale nazionale e senza alcun confronto quindi con i compensi professionali di altri soggetti extra nazionali, non basati sulla tariffa, e senza di conseguenza la dimostrazione della vantaggiosità economica. Si ritiene che in astratto la violazione della normativa europea abbia potuto comportare un danno patrimoniale derivante da un compenso di progetto non legato alle tariffe nazionali e soprattutto, oltre a non garantire una vera concorrenza, non ha posto le basi per la scelta della migliore idea progettuale.

Appare singolare poi, come "le condizioni economiche tariffarie (anche quelle di consulenze) da praticare all'Azienda Niguarda, come risulta all'art. 8 della convenzione, sarebbero state determinate dal C.d.A. di NEC S.p.A.. Si ricorda, in proposito, come espressamente previsto dal bando di gara, che per le altre attività affidate dall'Ospedale il compenso sarebbe stato determinato "di volta in volta".

Si percepisce in tale contesto come l'A.O., relativamente alla fissazione dei corrispettivi, sarebbe stata in balia del socio di minoranza e delle sue tariffe. La "ratio" delle norme di Contabilità di Stato non prevede che i corrispettivi possano essere fissati "di volta in volta". La gara avrebbe dovuto quanto meno fissare la fonte dei prezzi a cui poi fare riferimento.

Si è proceduto a verificare la regolarità e l'esecuzione dell'incarico della progettazione preliminare del nuovo ospedale. Motivo per cui era stata costituita la S.p.A. NEC.

La NEC, come risulta dalla delibera 369 del 26-4-2004, consegnava il progetto preliminare parte in data 31-3-04, parte in data 21-4-04 e parte in data 26-4-04. Esso comprendeva:

- 1) gli elaborati grafici;
- 2) relazione illustrativa;
- 3) dati dimensionali;
- 4) cronoprogramma;
- 5) relazione tecnica (comprensiva di indagine archeologica preliminare, indagine geologiche, geotecniche, idrogeologiche, idrauliche e sismiche con relative relazioni e grafici);
- 6) studio di fattibilità ambientale;
- 7) capitolato prestazionale opere edili ed affini;
- 8) capitolato prestazioni opere strutturali;
- 9) capitolato prestazionale impianti elettrici speciali;
- 10) capitolato prestazionale impianti termofluidici;
- 11) prime indicazioni e disposizioni per la stesura dei piani di sicurezza;
- 12) descrizione sommaria arredi e attrezzature ospedaliere.

La delibera precisava che il progetto preliminare, ai sensi dell'art. 46 del Regolamento, era stato verificato dal RUP alla presenza dell'Ing. Roberto CAPRA, progettista e amministratore delegato della NEC. Il progetto veniva ritenuto valido unitamente al quadro economico che fissava l'intervento in € 260.513.744,98 IVA compresa, ossia € 235.372.540,89 + IVA differenziata (vedasi all. 80 e 81).

Il quadro economico, ancorché sommario, non prevedeva le spese tecniche, i collaudi, gli oneri della sicurezza, le eventuali somme a disposizione ecc... L'azienda vi provvedeva parzialmente con la delibera ad

integrazione n. 436 del 17-5-2004 e con la delibera n. 455 del 20-5-2004. L'importo complessivo del progetto preliminare ammontava così ad € 266.300.529, 98 + IVA. La mancata previsione nel progetto preliminare dei costi relativi ai collaudi del cemento armato, non si sa bene come, veniva rilevata dall'Ing. Badi, come indicato nella delibera 455/04 e con e.mail del 18-05-04, nella sua qualità di responsabile della S.C. Progettazione e Gestione del Patrimonio. Si ricorda che il medesimo ing. Badi con apposita delibera era stato "distaccato presso la NEC" per collaborare, anche se irrualmente, alla stesura del progetto preliminare e non era stato individuato quale supporto al RUP. Nel quadro economico infine non si è rinvenuta traccia dell'accantonamento del c.d. "fondo accordi bonari" dell'importo pari al 3% del totale "delle spese previste per l'attuazione dell'intervento" (art. 12 del Regolamento).

Nella relazione inoltre non è chiarito se l'importo dei lavori fosse stato correlato a qualche listino prezzi ufficiale ovvero ad altre fonti di riferimento. Tale aspetto avrebbe dovuto essere precisato al fine di verificare la congruità del prezzo dell'intervento da porre a base d'asta.

Al momento dell'approvazione del progetto, la mancata indicazione della fonte di riferimento dei prezzi unitari non fornisce quella trasparenza e chiarezza necessaria per la corretta determinazione del prezzo di gara.

La delibera in questione non fa cenno alla circostanza per cui l'Azienda, avendo in programma l'affidamento della riqualificazione dell'Ospedale per mezzo di concessione, avrebbe dovuto approvare un progetto esecutivo contenente anche e soprattutto la predisposizione di un piano economico e finanziario di massima sulla base del quale sarebbero stati determinati gli elementi previsti dall'art. 85, comma 1, dalla lettera a) alla lettera h), e comma 3 dell'art. 18 del Regolamento da inserire nel relativo bando di gara.

Si ricorda, solo per memoria, che gli elementi di cui sopra avrebbero dovuto essere:

- a) l'eventuale prezzo massimo che l'amministrazione aggiudicataria intende corrispondere;
- b) l'eventuale prezzo minimo che il concessionario è tenuto a corrispondere per la costituzione ed il trasferimento dei diritti;
- c) l'eventuale canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;
- d) la percentuale, pari o superiore al 40% dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi secondo le modalità e le condizioni fissate dall'art. 2, comma 4, della Legge;
- e) il tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;
- f) la durata massima della concessione;
- g) il livello minimo della qualità della gestione del servizio, nonché delle relative modalità;
- h) il livello iniziale massimo e la struttura delle tariffe da praticare all'utenza e la metodologia del loro adeguamento nel tempo.

Il verbale di verifica del progetto preliminare risulta sottoscritto dal dott. Mario Noschese, Dirigente con qualifica amministrativa nella sua qualità di RUP anche per le attività per le quali necessariamente erano richieste competenze tecniche specifiche dell'ingegnere. I soggetti nominati a supporto del RUP, anche con competenze tecniche, non erano presenti alla verifica del progetto preliminare, per cui non si sa quali siano stati i criteri e le modalità con cui sono state effettuate le indagini tecniche necessarie.

Altro aspetto non definito è quello per cui lo studio di fattibilità (tecnico-economico-finanziario), ' sostanzialmente ' parziale come chiarito dall'Accordo di Programma stipulato con la Regione, avrebbe dovuto essere predisposto da FINLOMBARDA S.p.A. e non dal tecnico (nella fattispecie la NEC S.p.A.) a cui è stato affidato l'incarico del progetto preliminare. Sono

stati richiesti i dovuti chiarimenti all'Ufficio Ragioneria per i riscontri del caso. Nessun pagamento risulta effettuato dall'Azienda Ospedaliera a favore di FINLOMBARDA S.p.A., peraltro, come era ovvio che fosse, visto che l'incarico conferito con l'Accordo di Programma era previsto appunto con onere a carico della Regione.

È di tutta evidenza che le prestazioni di cui all'art. 85, non essendo state eseguite dalla S.p.A. NEC, hanno comunque potuto costituire elementi di compenso non dovuto nella tariffa accordata con la convenzione. Di ciò si dirà in appresso.

È stato richiesto ufficialmente agli uffici dell'A.O. (all. 82) il nome del soggetto che ha predisposto le prestazioni di cui all'art. 85 del Regolamento. Gli uffici amministrativi, verbalmente, hanno riferito che alcune delle prestazioni (schema di contratto, piano economico-finanziario) sono state effettuate da FINLOMBARDA S.p.A.

Per quanto sopra, non può escludersi che, anche se parzialmente, le prestazioni di cui all'art. 85 predisposte da FINLOMBARDA possono essere state riconosciute e liquidate anche alla S.p.A. NEC.

Dall'esame delle liquidazioni dei compensi corrisposti a NEC S.p.A. è emerso che:

1. l'originario importo di € 1.878.000 + IVA pari ad € 2.253.600,00, per effetto della delibera n. 503 del 17-6-04, veniva elevato fino ad € 2.421.072,00 IVA compresa (vedasi nuovo quadro economico). I motivi dei maggiori importi di progettazione di € 167.472,00 non venivano indicati né dettagliati nel merito;
2. il prospetto di calcolo (all. 82) per il progetto preliminare allegato al disciplinare di incarico di £ 344.154.430.531 presentava anche il riconoscimento del rimborso spese pari al 4,5% del progetto e nella misura di € 77.954,46 + IVA. Pur se vero che il nuovo tariffario contempla il riconoscimento del rimborso spese, peraltro probabilmente in misura anche superiore a quello addebitato, si deve ricordare che la

NEC ha usufruito e beneficiato della collaborazione anche del personale del Niguarda e che tutto il lavoro è stato posto in essere "in loco" visto che la sede NEC è collocata presso gli uffici dell'Azienda Ospedaliera Niguarda, per cui gli oneri del rimborso spese avrebbero potuto anche non essere indicati. È singolare poi che il 60% degli utili connessi al ricavo tornano all'Azienda Ospedaliera.

Alla S.p.A. NEC, a seguito della presentazione del progetto, ancorché presentato in ritardo, per cui, come risulta dalla delibera autorizzativa n. 244 del 17-3-2005, è stata applicata la sanzione pecuniaria di € 30 mila prevista dalla convenzione, l'A.O. Niguarda riconosce un compenso netto di € 2.996.289,29 compreso l'importo della consulenza del dott. Mauri. Un compenso, cioè, ancora più elevato di quello aggiornato con la delibera n. 503/04 di cui innanzi di € 572.217,29 e ancora una volta motivando genericamente l'incremento per "maggiori importi dei lavori".

L'Ospedale Niguarda liquidava alla NEC S.p.A. compensi come in appresso:

Numero fattura	Data Fattura	Importo in Euro IVA compresa	Numero mandato	Data Mandato
14	31-12-03	605.268,00	500	29-01-04
2	7-07-04	524.565,60	9496	02-11-04
2	7-07-04	524.565,60	9913	01-12-04
2	7-07-04	524.565,60	2375	18-03-05
3	08-10-04	280.800,00	3131	03-03-05
4	08-10-04	561.600,00	3131	03-03-05
5	08-10-04	262.900,55	3299	01-04-05
6	27-10-04	25.051,69 **	2312	28-02-07
<b>TOTALE</b>		<b>3.309.317,04</b>		
<b>** Trattasi dell'importo del rimborso spese di cui in precedenza.</b>				

La fattura n. 6 del 27-10-2004 di € 25.051,69 attiene il rimborso spese sostenuto da NEC "preparazione della documentazione di gara del nuovo ospedale". Si ritiene che tale documentazione avrebbe dovuto essere predisposta direttamente dall'Azienda Ospedaliera in economia con le proprie strutture e con i propri mezzi, anche perché le imprese interessate all'appalto, al fine di ottenere la documentazione avrebbe dovuto versare all'A.O. l'importo di € 500,00.

Come appare evidente l'importo corrisposto risulta ancora una volta superiore a quello deliberato per la differenza di € 287.976,06.

Anche per tale ultimo importo dovranno essere fornite le dovute giustificazioni e chiarimenti, fermo restando la verifica della parcella da parte dell'Ordine.

## 2) APPALTO IN CONCESSIONE: PROGETTAZIONE DEFINITIVA ED ESECUTIVA - AFFIDAMENTO

Prima dell'esame istruttorio della documentazione relativa alla ricerca del contraente si è proceduto a verificare le modalità e le fonti di finanziamento dell'opera. È emerso che:

- la Regione Lombardia approvava il progetto preliminare con Decreto del D.G. - Sanità n. 10766 del 24-06-04 nella misura complessiva di € 266.019.982,72, di cui € 225.984.040,89 per lavori (all. 84);
- il Decreto del D.G. Sanità dava atto che la copertura finanziaria dell'intervento sarebbe stata la seguente:

€ 32.000.000,00	Finanziamento Regione Lombardia U.P.B. 3.72.03.261
€ 18.000.000,00	Disponibilità di cui all'art. 71 della Legge 488/98
€ 69.952.004,63	Finanziamento dello Stato a valere sul contributo ex art. 20 Legge 67/88
€ 26.444.175,08	Finanziamento dello Stato Legge 135/90
<b>€ 146.396.179,71 +</b>	<b>Totale finanziamento pubblico</b>
<b>€ 119.904.350,27</b>	<b>Ricorso al finanziamento del concessionario</b>
<b>€ 266.300.529,98</b>	<b>Totale generale</b>

Il Decreto Regionale veniva approvato dal Ministero della Salute con provvedimento dirigenziale del 28-07-2004.

L'A.O., anche a seguito di specifica richiesta del redigente, esibiva e consegnava la delibera n. 533 del 23-06-04. La delibera recava allegato il piano economico finanziario di cui all'art. 85 del Regolamento e lo schema di contratto di concessione da stipularsi con il futuro concessionario. Entrambi i documenti, condivisi ed approvati dall'A.O., risultano essere stati predisposti da FINLOMBARDA S.p.A. e sarebbero stati posti a base dell'appalto di concessione. Nessun onere risulta addebitato all'A.O.,

ancorché la spesa dei due elaborati, come ricordato all'inizio della trattazione del presente argomento, ai sensi del comma 7 dell'art. 16 della L. 109/94, avrebbe dovuto rientrare nel quadro economico del progetto preliminare.

Come già ricordato in precedenza, sussistono fortissime perplessità circa la legittimità dell'affidamento diretto a FINLOMBARDA di prestazioni che avrebbero dovuto essere affidate per mezzo di selezione ex art. 17 della legge dal committente Azienda Ospedaliera Niguarda.

Non si è proceduto all'esame dettagliato del Piano Economico Finanziario (PEF) di massima predisposto da FINLOMBARDA, sia per la limitatezza del tempo a disposizione e sia perché, anche quando fosse stato possibile (l'approfondimento della materia avrebbe richiesto la conoscenza di tutti quegli elementi tecnici necessari non disponibili presso l'A.O.), il risultato ottenuto non avrebbe portato quel contributo giuridicamente rilevante per accertare la regolarità del procedimento di aggiudicazione che al momento, dal punto di vista ispettivo, ha maggiore rilevanza. Il PEF avrebbe avuto ed ha avuto rilevanza in particolare per la ricerca della congruità del prezzo del servizio e del suo sviluppo durante tutto il periodo di durata della concessione (30 anni). Per la parte che potrà interessare l'esame complessivo e generale dell'appalto si effettuerà un riscontro circa le fonti da cui è dipeso il prezzo posto a base d'asta.

È di tutta evidenza che per ottenere punti di riferimento certi, idonei per la verifica della congruità, è necessario il dovuto approfondimento.

Dall'esame della documentazione sottoposta in visione, è emerso quanto descritto nelle pagine che seguono.

L'A.O. con la delibera n. 435 del 17-5-2004 procedeva alla pubblicazione dell'avviso indicativo ai sensi del combinato disposto della Direttiva CEE n. 37 del 14-6-1993 e dell'art. 80, comma 1, del D.P.R. 554/99. Con la delibera n. 534 del 23-06-2004 l'A.O. autorizzava la pubblicazione del bando "secundum legem" specificando che lo stesso era

stato predisposto in collaborazione con FINLOMBARDA S.p.A., lo stesso soggetto cioè che era stato incaricato dalla Regione per la predisposizione del Piano Economico Finanziario.

Agli atti non è stato rinvenuto il provvedimento di incarico per tale attività, né è stato rinvenuto alcun provvedimento di liquidazione per le prestazioni rese a tale titolo nella contabilità dell'Ufficio Ragioneria. Si presume che anche in questo caso qualcuno (la Regione?) si è sostituito all'Azienda per conferire l'incarico la cui titolarità, legittimamente, sarebbe spettata alla Direzione Generale e quindi al RUP. In questo caso l'incarico e la relativa liquidazione, probabilmente, sono stati predisposti dalla Regione in violazione ancora una volta dell'art. 16, comma 7 della Legge sui LL.PP..

Si è proceduto all'esame della documentazione di gara.

#### 1) BANDO DI GARA – ALL. N. 87

Oggetto della concessione sarebbero stati i seguenti servizi:

- a) Servizi rivolti all'Amministrazione. Il concessionario avrebbe condotto direttamente ed a favore dell'A.O.: 1) la manutenzione ordinaria e straordinaria degli edifici e delle relative pertinenze, nonché degli impianti, degli arredi e delle attrezzature; 2) la gestione calore con relativa manutenzione degli impianti termici; 3) la gestione di pulizia e sanificazione; 4) gestione del servizio informatico; 5) gestione dello smaltimento rifiuti; 6) gestione del servizio di lavanderia e lvanolo; 7) gestione cucina degenti e ristorazione dipendenti.

Il bando non precisa però che, per tutti i servizi di supporto dati in concessione, l'Azienda avrebbe comunque corrisposto un canone attualizzato sulla base di unó specifico PEF per un importo presunto inflazionato nei 30 anni (dal 2005 al 2034) di € 820.962.000,00 (vedasi Conto Economico Previsionale 2005/2034, pagina 26-28 dell'allegato n. 85 della presente relazione).

- b) Gestione parcheggio del nuovo Presidio Ospedaliero. Il parcheggio sarebbe stato composto da 1050 posti auto di cui 720 per i visitatori esterni tariffabili;
- c) Servizi commerciali compatibili. Il concessionario avrebbe indicato con la propria offerta i locali da adibirsi a bar, ristorazione ed altre attività commerciali negli spazi individuati nel progetto preliminare;
- d) Servizi aggiuntivi. Il concessionario avrebbe potuto prevedere ulteriori servizi complementari da erogarsi all'utenza in regime di libero mercato.

Per i servizi di cui al punto a) e le relative opere connesse, l'Amministrazione del Niguarda avrebbe corrisposto un canone desunto dal PEF da sottoporre a ribasso d'asta. Il servizio di cui alla lettera b), relativamente ai posti auto soggetti a tariffa, sarebbe stato prestato, applicando una tariffa pari ad € 2,00 per le prime 4 ore, fino ad un importo massimo giornaliero di € 2,50. I servizi di cui alle lettere c) e d) sarebbero stati remunerati dai proventi della gestione stessa.

Il bando, inoltre, precisava che:

- 1) Il progetto preliminare posto a base d'asta avrebbe potuto subire varianti secondo le indicazioni della lettera di invito;
- 2) l'importo complessivo stimato dell'investimento sarebbe stato pari ad € 236.620.122,44 di cui € 217.011.189,25 per lavori, € 8.972.851,64 per oneri relativi alla sicurezza, ed € 9.388.500,00 per la fornitura di attrezzature, macchinari ecc. Gli importi sono determinati al netto di IVA;
- 3) il contratto avrebbe avuto una durata di 30 anni decorrenti dalla stipula;
- 4) cauzioni e garanzie richieste. Sono previste tutte le cauzioni di legge, nonché le polizze assicurative previste dall'art. 30, comma 3 della L.109/94 e art. 103 del D.P.R. 554/99;
- 5) principali modalità di finanziamento e di pagamento. A fronte della concessione l'A.O. Niguarda avrebbe corrisposto il prezzo di cui all'art. 19, comma 2, della L. 109/94 pari ad un massimo di € 142.106.492,15, al

loro di IVA. Il compenso sarebbe stato erogato in acconto al progressivo Stato di Avanzamento dei Lavori (SAL);

- 6) l'aggiudicatario avrebbe avuto l'obbligo di costituire una società di progetto ai sensi dell'art. 37 quinquies della L. 109/94;
- 7) condizione di partecipazione. Alla gara sarebbero stati ammessi i soggetti di cui all'art. 10 della Legge in possesso dei requisiti di cui all'art. 98 del D.P.R. 554/99, con i limiti di cui agli artt. 10, 11, 12 e 13 della Legge. Sarebbero state escluse le imprese ed i progettisti che si fossero ritrovati nelle condizioni previste dalla Legge e dal Regolamento. I requisiti della capacità tecnica ed economico-finanziaria sarebbero stati quelli previsti dall'art. 98 del Regolamento. Quelli relativi alla progettazione avrebbero dovuto essere quelli di cui all'art. 73 del medesimo Regolamento;
- 8) criteri di aggiudicazione. L'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa a norma del combinato disposto dell'art. 21, comma 1, lettera b) della L. 109/94 e dell'art. 91 del D.P.R. 554/99;
- 9) l'apposita Commissione, nominata ai sensi dell'art. 21 della L. 109/94 e dell'art. 92 del surrichiamato D.P.R. 554/99, avrebbe avuto a disposizione 1000 punti come sotto suddivisi per ricercare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Codice	Elementi di valutazione	Punteggio	
		Totale	Parziale
1	<b>ELEMENTI QUALITATIVI</b>	550	
<i>1.01</i>	<i>Valore tecnico ed estetico dell'opera</i>	280	
1.01.01	Aderenza al progetto in gara/varianti		80
1.01.02	Tipologia dei materiali e delle soluzioni estetiche utilizzate per i materiali edili di finitura e per le superfici e strutture di confinamento		40
1.01.03	Soluzioni mirate al contenimento dei consumi energetici complessivi della struttura ospedaliera		60
1.01.04	Modalità di intervento previste per minimizzare l'impatto dei lavori sulla funzionalità organizzativa dell'ospedale		80
1.01.05	Livello tecnologico/qualitativo delle attrezzature e delle camere operatorie		20
<i>1.02</i>	<i>Modalità di gestione e qualità dei servizi</i>	220	
1.02.01	Organizzazione e coordinamento servizi economici (pulizie, mensa e ristorazione)		50

	degenti e personale, lavanderia, gestione rifiuti)		
1.02.02	Sistema di controllo di qualità servizi economici (idem come sopra)		30
1.02.03	Organizzazione e coordinamento servizi tecnici (manutenzione edifici, impianti, arredi, attrezzature, gestione calore, servizi informatico)		50
1.02.04	Sistema di controllo di qualità servizi tecnici (idem come sopra)		30
1.02.05	Organizzazione e coordinamento servizi commerciali e servizi a tariffa: tipologia attività commerciali		20
1.02.06	Sistema di controllo qualità servizi commerciali e servizi a tariffa		10
1.02.07	Servizi aggiuntivi e relativo sistema di controllo di qualità		30
1.03	<i>Esperienze acquisite in strutture sanitarie pubbliche e private</i>	50	
1.03.01	Esperienze acquisite per prestazioni progettuali ed esecutive in strutture sanitarie pubbliche e private		20
1.03.02	Esperienze gestionali acquisite per servizi analoghi in strutture sanitarie pubbliche e private		30
2	<b>ELEMENTI QUANTITATIVI</b>	450	
2.01	<i>Prezzo di cui all'art. 19, comma 2 della L.109/94 e ss.mm.ii.</i>	50	
2.02	<i>Tempo di esecuzione dei lavori</i>	60	
2.03	<i>Livello iniziale tariffe/canone e criteri di aggiornamento</i>	300	
2.04	<i>Durata della concessione</i>	20	
2.05	<i>Rendimento</i>	20	

Per quanto sopra i partecipanti avrebbero dovuto presentare un'offerta che avrebbe dovuto contenere "a titolo indicativo e non esaustivo":

- gli elaborati tecnici con le eventuali proposte di varianti tecniche ed estetiche, comunque entro i limiti del progetto preliminare e dei capitolati speciali prestazionali;
- l'indicazione del tempo di progettazione ed esecuzione dei lavori;
- il progetto gestionale con le modalità di gestione ed il livello delle tariffe da praticare all'utenza ed il relativo adeguamento;
- la descrizione analitica degli arredi e delle attrezzature da fornire;
- la durata proposta per la concessione;
- il ribasso percentuale indicato nel bando di gara;
- un dettagliato Piano Economico Finanziario dell'investimento e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto, asseverato da uno dei soggetti indicati dall'art. 37 bis, comma 1, della L. 109/94.

Alla luce di quanto sopra illustrato non può non osservarsi che:

- I) "i servizi rivolti all'Amministrazione", di cui alla lettera a) del bando punto I e per i quali l'A.O. avrebbe corrisposto un canone desunto da un proprio Piano Economico Finanziario, risultano richiesti in maniera dettagliata anche ai potenziali offerenti per mezzo sempre di uno stesso documento PEF asseverato dal soggetto di cui all'art. 37 bis della Legge. Nel caso in esame il soggetto è individuato in un Istituto di Credito.

Premesso che nella fattispecie la richiesta di un PEF, in particolare con l'asseverazione dell'istituto di credito, contrasta con la gara d'appalto di concessione in argomento, in quanto quest'ultima è promossa direttamente da una Pubblica Amministrazione e non da un promotore, si deve osservare che: a) la richiesta di un PEF non è confermata nello schema di esemplare della lettera di invito allegata alla delibera di indizione; b) la richiesta viene confermata invece nella lettera di invito ufficialmente inviata alle imprese partecipanti.

La circostanza, sicuramente ambigua, ma che al momento della gara si è materializzata come vera, appare fuorviante per i potenziali offerenti. Nella sostanza veniva richiesto un adempimento onerosissimo ma soprattutto difficile da ottenersi da un istituto di credito nei tempi così ristretti (2 mesi) richiesti con la lettera di invito.

Ma l'aspetto più grave di tutta la vicenda è quello per cui il bando NON riporta indicato il presunto costo del canone di supporto attualizzato e sul quale gli offerenti avrebbero dovuto offrire un ribasso. Di ciò si dirà dettagliatamente ed ampiamente nei paragrafi successivi.

- II) La lettera di invito rettifica il comma 2, anziché 1, per l'elemento a cui far riferimento per la ricerca dell'offerta più vantaggiosa. Mentre all'art. 91 è previsto un "range" di punteggio pari a 100 nel bando tale punteggio risulta rapportato a 1000 punti. Ancorché, in astratto, tale modifica non appare peggiorativa circa l'applicazione dei punteggi da assegnare a ciascun elemento, si deve sottolineare che l'art. 2, comma b, stabilisce che per la

determinazione dell'offerta più vantaggiosa, avrebbero dovuto essere presi in considerazione, ancorché variabili in relazione all'opera da realizzare, i sottoelencati elementi: 1) il prezzo di cui all'art. 19 comma 2, da stabilirsi in sede di gara e che non avrebbe dovuto superare il 50% dell'importo dei lavori; 2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata; 3) il tempo di esecuzione dei lavori; 4) il rendimento; 5) la durata della concessione; 6) la modalità di gestione, il livello ed i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza; 7) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

Alla luce dell'opera da realizzare i primi sei elementi descritti al comma b) dell'art. 2 avrebbero dovuto essere tutti menzionati se non addirittura integrati con altri in relazione alle ulteriori specifiche esigenze della concessione. Dalla lettura ed esame degli elementi e punteggi richiesti con il bando di cui alla pagina 225 è da rilevarsi che:

- a) la Legge ed il Regolamento pongono quale elemento quantitativo il solo prezzo ex art. 19 comma 2. Ai sensi del metodo "AGGREGATIVO - COMPENSATIVO" di cui alla tabella B) allegata al Regolamento e richiamata nel bando al punto IV/2, invece, la vantaggiosità del prezzo sarebbe stata determinata anche con l'integrazione dei punteggi da assegnarsi: 1) al tempo di esecuzione dei lavori; 2) al rendimento; 3) alla durata della concessione; 4) al livello delle tariffe, attraverso l'interpolazione lineare del coefficiente pari ad uno, attribuito ai valori degli elementi più convenienti per la stazione appaltante, e coefficienti pari a zero, attribuiti a quelli posti a base di gara;
- b) il prezzo di cui all'art. 19, comma 2, indicato nella Legge (prioritario in ordine di importanza), è stato inserito con un punteggio di appena 50 fra gli "elementi quantitativi" che complessivamente raccolgono 450 punti. Gli

altri 550 punti risultano distribuiti fra gli elementi c.d. "qualitativi", a loro volta dettagliati e ridistribuiti in tre macro voci rispettivamente: 1) valore tecnico ed estetico dell'opera per 280 punti; 2) modalità di gestione e qualità dei servizi per 220 punti; 3) esperienze acquisite in strutture sanitarie pubbliche e private per 50 punti;

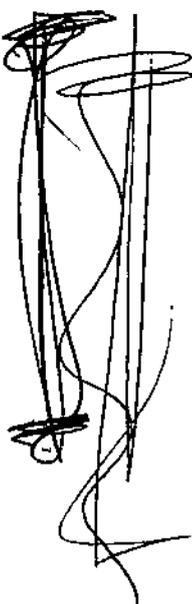
b1) per gli altri elementi quantitativi della tabella B risultano stabiliti, oltre ai 50 punti per il prezzo ex art. 19, comma 2, punteggi come segue:

tempo per l'esecuzione dei lavori	60 punti
per il livello iniziale tariffe/canoni e criteri di aggiornamento	300 punti
durata della concessione	20 punti
rendimento	20 punti
Totale	400 punti

La redistribuzione dei suindicati 400 punti, mentre appare ambigua laddove il livello iniziale delle tariffe (punti 300), nella sostanza, sembra coincidere con quello del prezzo di cui all'art. 19, comma 2, si deve sottolineare l'impropria associazione fra le due tipologie. Le stesse creano confusione circa la certezza di quale dei due debba essere riferito alla tariffa. Come segnalato in altra parte della presente relazione, il compenso risulta correlato a canoni per i quali non sono previsti compensi a tariffa. Di ciò si farà chiarezza e si detaglieranno le circostanze e gli aspetti nel prosieguo nella presente trattazione. È di tutta evidenza che il legislatore ha posto quale elemento quantitativo il solo prezzo ex art. 19, comma 2, onnicomprensivo, mentre i criteri di aggiornamento avrebbero dovuto concorrere alla sola determinazione dell'offerta più vantaggiosa con un ulteriore punteggio separato. A parere del redigente i 300 punti più eventualmente i 50 di cui al prezzo ex art. 19 comma 2 appaiono insufficienti per la ricerca dell'offerta economicamente più vantaggiosa,

soprattutto se comparati ad alcuni elementi e subelementi del punteggio qualitativo di cui si dirà in appresso;

- c) i 280 punti da attribuirsi al "Valore Tecnico ed Estetico dell'Opera", un punteggio cioè quasi pari a quello del prezzo del canone e delle tariffe (elemento questo che avrebbe avuto una ripercussione economica fortissima per tutta la durata della concessione), a parere del redigente, solo in parte dimostra la richiesta "vantaggiosità economica" per il concedente. L'attribuzione degli 80 punti, per esempio, previsti per "aderenza al progetto in gara/varianti" è possibile solo e soltanto in presenza di un progetto che comporti soluzioni economicamente più vantaggiose da quantificarsi in sede di valutazione delle offerte. La Commissione di Valutazione, al fine di fornire certezze ed oggettività all'attribuzione dei punteggi delle altre sottovoci del valore tecnico ed estetico dell'opera, dovrebbe in sede di valutazione quantificare la vantaggiosità economica di ognuna di esse secondo una commisurazione predeterminata. Nella fattispecie l'attribuzione dei punteggi risulta correlata a meri giudizi soggettivi, ancorché forniti da esperti competenti ed ancorché determinata matematicamente con la formula del "metodo aggregativo compensatore":  $C(a) \sum_n [W_i \cdot V(a)_i]$ . Di ciò si dirà successivamente durante l'esame e la valutazione delle offerte.



Ma l'aspetto più delicato di tutta l'impostazione della gara è quello connesso agli aspetti quali/quantitativi dell'importo di gara. Anche se nel bando e nella lettera di invito non appare, la licitazione privata in questione si compone di due importi: 1) quello relativo alla sola costruzione è pari a circa 266 milioni di euro; 2) quello relativo ai servizi ammonta ad € 820 milioni circa nei trent'anni, oltre allo sfruttamento commerciale degli spazi.

Per effetto di ciò, essendo prevalenti gli importi delle acquisizioni dei servizi, la gara avrebbe dovuto essere svolta ai sensi del D.L.vo 157/95.

A parere del redigente la licitazione privata in concessione di cui trattasi non può connotarsi pacificamente nelle tipiche concessioni e gestioni economiche di cui all'art. 19 della Legge e art. 85 del Regolamento. La concessione disciplinata ed individuata nella licitazione privata riguarda anche gli appalti dei servizi che in assoluto non sono correlati con il manufatto. Gli stessi sono individuati in una sorta di "global service" ceduto in appalto e ciò indipendentemente dalla costruzione. Nella fattispecie sono tipici delle concessioni lo sfruttamento del parcheggio e dei servizi commerciali per i quali può sussistere una tariffa o uno sfruttamento (a cui il concedente garantisce l'equilibrio economico finanziario) ma non i servizi di supporto dell'attività sanitaria. Questi avrebbero dovuto essere scollegati dalla costruzione ed essere oggetto di un altro appalto con D.L.vo 157/95 in quanto non oggetto di concessione. In materia, la circolare del Ministero delle Politiche Comunitarie n. 394 del 1° marzo 2002, recettiva di precise indicazioni comunitarie, ha fornito tutte quelle chiarezze necessarie ad individuare correttamente la problematica degli appalti misti. Di ciò si dirà nel prosieguo della presente relazione. Nel merito giuridico saranno le giurisdizioni interessate a dover stabilire la precisa natura delle concessioni - (vedasi anche Consiglio di Stato Sez V, sentenza agosto 2005, n.4413).

- d) i 220 punti da assegnarsi alle "modalità di gestione e qualità dei servizi" sono tutti correlati alla discrezione della Commissione ancorché non si individuano per il concedente i supposti vantaggi economici. Attribuire 220 punti "all'organizzazione, coordinamento e sistema di controllo dei servizi di supporto" appare uno sproposito, atteso che tale attività assume una valenza solo statica nell'esercizio dell'attività di conduzione. Una volta ritrovato il relativo equilibrio fra le tre fasi, questo, salvo piccole correzioni in corso di funzionamento, rimane stabilizzato durante tutto il periodo della concessione. Anche la migliore organizzazione e

coordinamento dei servizi forniscono economie e benefici immediati, unicamente al concessionario, per cui solo alla scadenza della concessione il soggetto subentrante, in astratto, avrebbe beneficiato dell'organizzazione del soggetto uscente, beneficio, peraltro, tutto da dimostrare.

- e) L'attribuzione di 50 punti alle "esperienze acquisite in strutture pubbliche e private" (20 punti per le esperienze progettuali e 30 punti per le esperienze gestionali per servizi analoghi in strutture sanitarie pubbliche e private) non comportano nessuna vantaggiosità economica al concedente ospedale, in quanto oltre al fatto che la Legge non menziona direttamente tale elemento, è necessario ricordare che le esperienze acquisite, complessivamente, risultano già astrattamente valutate nella richiesta dei requisiti di partecipazione così come specificato al punto b) "requisiti relativi alla progettazione e costruzione dell'opera" e ai punti c) e d) dei "requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi". Soccorre in proposito anche la sentenza TAR Campania, Sez. I Napoli, n. 160 del 14-01-2005: "...costituisce consolidato principio di derivazione nazionale e comunitaria, condiviso anche da questa Sezione, quello del divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta ...". ".....i criteri di ammissione e quelli di valutazione delle offerte devono essere mantenuti nettamente distinti sia sotto il profilo ontologico che funzionale.....".

Il bando, stranamente, non prevede la verifica della congruità delle offerte di cui al combinato disposto del comma 6 dell'art. 64 e del comma 4 dell'art. 91 del Regolamento. La rinuncia a tale facoltà da parte dell'A.O. appaltante, a fronte di una così importante gara di concessione, lascia forti perplessità circa la volontà di ricerca di tutte quelle condizioni di trasparenza e sicurezza che avrebbero dovuto circondare un appalto di così lunga durata.

2) CAPITOLATO: PIANO ECONOMICO FINANZIARIO – SCHEMA DI CONTRATTO DI CONCESSIONE – (ALLEGATI 85-86)

Come prima segnalato l'A.O. con la delibera n.533 del 23-7-2004 recepisce il progetto preliminare ed approva il PEF e lo schema di contratto di concessione. Dall'esame dei due documenti è emerso quanto in appresso:

A) PIANO ECONOMICO FINANZIARIO

Ancorché sottoscritto dal RUP, il PEF come risulta dalla delibera 533/04, è stato predisposto da FINLOMBARDA S.p.A.. Il prospetto del "cronoprogramma valorizzato" stabilisce una durata dei lavori in 10 anni (2005-2014) per una spesa di € 262.010.842,84, di cui 142.106.492,67 a carico della P.A.. Tale importo risulta essere inferiore a quello approvato dalla ricordata delibera n. 10.766 del 24-06-04 della D.G. Sanità Lombardia che quantificava l'importo in € 266.300.529,98 di cui 146.396.179,71 a carico della P.A.. La differenza di 4.289.678,14 in meno, peraltro, pari anche all'importo posto a carico del concessionario, non risulta giustificata, ancorché si presume che tale importo possa essere stato utilizzato dalla Regione quale corrispettivo proprio alla FINLOMBARDA S.p.A.. Ove così fosse si ritiene che l'importo non possa considerarsi congruo in relazione alla prestazione resa e fermo restando l'illegittimità da parte della Regione di utilizzare fondi destinati all'Azienda Ospedaliera, oltre alla illegittimità dell'affidamento diretto, senza concorrenza, in violazione della normativa comunitaria. Si deve ricordare, sempre e comunque, che il committente era e resta l'Azienda Ospedaliera a cui spetta la responsabilità delle scelte operative nell'ambito della sua autonomia riconosciuta dalla legge. Nella fattispecie il presunto o/e probabile corrispettivo liquidato alla FINLOMBARDA non è stato frutto di un calcolo preventivo suffragato da elementi che di fatto e di diritto avrebbero dovuto essere posti a base del compenso e comunque da sottoporsi a comparazione e concorrenza fra i soggetti interessati.

Come già accennato in precedenza, per motivi di tempo, non è stato possibile procedere ad una accurata ed approfondita verifica del PEF al fine proprio di accertare la congruità dei Canoni; sia quello di Disponibilità che quello dei Servizi di Supporto. E ciò soprattutto in prospettiva della loro revisione durante tutta la durata della concessione.

Nel piano predisposto da FINLOMBARDA i due canoni sono stati così determinati :

CANONE DI DISPONIBILITA' – IPOTESI DI BASE

La relazione chiarisce che :

- il canone viene scisso in due parti: 1) opere della fase 1 per la disponibilità delle nuove strutture ospedaliere utilizzabili a giugno 2008; 2) opere della fase 2 per le strutture disponibili ad aprile 2012. Il canone sarebbe stato determinato per remunerare gli investimenti a carico del concessionario nella fase di esecuzione dell'intervento (€ 119.904.350,27);
- il corrispettivo, calcolato distintamente per i due blocchi, sarebbe stato incrementato secondo l'indice inflazionato ISTAT del 2,26% (pari al tasso medio di crescita degli ultimi 5 anni dell'indice ISTAT-FOI);
- l'importo del canone sarebbe stato determinato in modo tale che il valore attuale (calcolato al tasso di sconto del 4,5%) dello stesso, per tutto il periodo della concessione, avrebbe coperto il valore attuale degli investimenti effettuati dal concessionario, comprese le manutenzioni straordinarie ed i riattrezzaggi previsti e gli oneri finanziari sostenuti per il finanziamento degli stessi ipotizzando un mutuo trentennale (durata della concessione) al tasso del 6% con un abbattimento del 12%;
- con il sistema di ricalcolo di cui al punto precedente il canone risulterebbe essere pari a 4,62 milioni di euro per le opere della fase uno a partire dal 2009 ed a 5,28 milioni di euro a partire dal 2013 per le opere della fase due. Tali valori sono stati determinati con un abbattimento dell'11% per entrambi i corrispettivi;

- il canone di disponibilità a regime (canone di disponibilità senza abbattimenti: ipotesi anno 2014) calcolato su base annua è fissato in € 10.565.524 (al netto di IVA a valori 2014) di cui € 5.166.196 per le opere della fase uno e € 5.399.328 per le opere della fase due. Il valore del canone 2004, calcolato su base annua, pari al valore previsto a regime, deflazionato, sarebbe stato pari ad € 8.449.542 al netto di IVA di cui € 4.131.550 ed € 4.317.992 rispettivamente per le opere delle fasi uno e due. In sostanza per il trentennio 2004-2033, a parità di condizione, il valore attuale dei canoni da versare sarebbe stato pari ad € 311.653.000,00 così come risulta dal piano di ammortamento sviluppato nelle pagine 26÷28 del PEF e come confermato dai calcoli del redigente di cui all'allegato n. 90. Nel contesto del conteggio dei canoni, però, non è stato tenuto conto del fatto che mentre il concessionario avrebbe anticipato la propria quota con i SAL a partire dal primo (peraltro nella misura del 40%) e non con un solo versamento iniziale su cui poi è stato calcolato il canone a regime a partire dal 2004, l'A.O. concedente, come previsto dallo schema di contratto (art. 7.3.1), avrebbe effettuato i propri versamenti con cadenza trimestrale e non annuale. Ovviamente con tale sistema di versamento gli interessi avrebbero dovuto essere ridotti ulteriormente.

Ciò posto ed ancorché le indicazioni e le basi per la determinazione del canone non sono esaustive per i motivi sottoindicati, comunque il redigente ha posto ad analisi di congruità e coerenza i canoni innanzi indicati. Le indicazioni del PEF non sono esaustive perché:

- a) il tasso di sconto del 4,5% per attualizzare il canone risulta basato su una percentuale apodittica e non suffragata e dimostrata da alcuna fonte ufficiale. Al momento della predisposizione del PEF il punto di riferimento ufficiale, ossia il Tasso Ufficiale di Riferimento (TUR) era al 2%. Il 4,5% per attualizzare i canoni pertanto, in assoluto, non può definirsi del tutto armonizzato con il TUR (ex TUS) incrementato dall'inflazione presunta

- del 2,26%. Complessivamente l'ammortamento di un prestito al tasso del 6,76% nel 2004, in assoluto, non può ritenersi congruo;
- b) il tasso di attualizzazione del canone per la copertura dell'investimento non tiene conto che l'investimento medesimo, a sua volta, risulta anch'esso già attualizzato del tasso di inflazione del 2,26%. In sostanza al concessionario viene restituito un importo molto più elevato di quello praticato per i mutui dell'epoca che si aggirava intorno al 4%;
- c) non risultano quantificati gli importi delle manutenzioni straordinarie e quelli per i riattrezzaggi previsti con i relativi oneri finanziari per acquisirli. Determinabili, questi ultimi, al tasso del 6% con un abbattimento della stessa percentuale. Nel caso specifico ci si trova di fronte ad un onere contrattuale indeterminato ed indeterminabile per il fatto che non si chiarisce chi poi avrebbe deciso le manutenzioni straordinarie da effettuarsi e di che marca o ditta (e quindi il prezzo) avrebbero dovuto essere acquisite le attrezzature;
- d) l'abbattimento dell'11% del canone fino al 2008 per il blocco della fase 1 e di eguale percentuale dal 2013 per il blocco 2 non risulta ancorato ad alcun criterio da cui possa desumersi una logica ed una congruità.

#### CANONE DEI SERVIZI DI SUPPORTO – IPOTESI DI BASE

Il canone, come indicato nel PEF a pag. 14, risulta calcolato sulla base della somma dei corrispettivi dei singoli servizi dati in concessione.

La relazione del PEF chiarisce che i singoli corrispettivi "sono stati definiti sulla base della proiezione dei driver specifici, secondo criteri differenziati per ciascun servizio e sulla base della definizione di un prezzo benchmark a valore parametrico per unità di driver". I prezzi benchmark sarebbero stati stimati considerando un campione composto prevalentemente da aziende ospedaliere di medio/grandi dimensioni dell'Italia centro-settentrionale.

La Finlombarda, che ha elaborato il piano, precisa che le stime della proiezione sono state basate sulle seguenti ipotesi:

- aliquota IVA vigente;
- i margini del concessionario per singolo servizio (indicati a fianco dello studio, - pag.14) sono stati stimati sulla base di analisi di benchmark del marginale operativo lordo, al netto degli oneri diversi di gestione (dei settori di riferimento dei servizi), e dei margini risultanti dagli ultimi bilanci ufficiali approvati e depositati alle Camere di Commercio delle principali aziende di ciascun settore;
- costanza dei volumi di attività di ricovero (dati 2003) dell'A.O. Niguarda.

A parere del redigente, al di là della mancata indicazione dei riferimenti dei prezzi di benchmark delle aziende ospedaliere e dei dati di bilancio delle aziende private (soggetti non indicati nel piano), al fine di ottenere certezza e congruità dei presupposti per la determinazione del canone, è necessario procedere ad un preciso e dettagliato esame dei dati presi in considerazione da Finlombarda. Si è fatta precisa richiesta di esibizione (all. 60bis). Dalla documentazione fatta pervenire dalla D.A. dell'Azienda (vedansi gli allegati dal n. 62 al n. 62/22) si è dovuto prendere atto purtroppo che:

- i dati ed i valori indicati nel PEF sono stati elaborati da un soggetto sub-appaltatore e non da FINLOMBARDA direttamente, per cui si debbono avanzare dubbi circa l'effettiva professionalità dell'affidatario. Si ricorda che FINLOMBARDA, società a partecipazione regionale, aveva avuto assegnato l'incarico dalla Regione direttamente, senza selezione, ma quale soggetto assimilato ad organo della Regione medesima. Non si sa in che cosa sia consistita la prestazione di FINLOMBARDA, a cui sono stati liquidati circa 6 milioni di euro, e quale corrispettivo sia stato liquidato al sub-appaltatore;

- il sub-appaltatore (per il quale manca l'autorizzazione del committente Niguarda), nei suoi elaborati preannuncia che "i prezzi benchmark sono stati stimanti considerando un campione composto prevalentemente da AA.OO. di medio/grandi dimensioni dell'Italia centro-settentrionale". In realtà tale campione è solo preannunciato ma non risulta né indicato né elaborato (vedasi allegato n. 2 – analisi dei servizi del sub-appaltatore PRINCE WATER HOUSE COOPERS – all. n. 62/28÷62/30). Anzi, negli SLIDE annessi emerge chiarissimamente che i dati della proiezione del DRIVER sono stati desunti dal prospetto fornito dall'Azienda Ospedaliera. Anche la fonte del DRIVER al 2003 è stata fornita dall'Ospedale Niguarda;
- i "margini del concessionario" ipotizzati con i benchmark "risultanti dagli ultimi bilanci ufficiali approvati e depositati alle Camere di Commercio" sono stati esplicitati nella loro percentuale ma senza il supporto di riferimento.

Quanto sopra illustrato getta ombre e dubbi sulla corretta determinazione dei prezzi a base di gara dei servizi e della loro utilizzazione per l'aggiornamento. Ma al di là delle lacune e delle contraddizioni di tali dati (di cui si dirà dopo), non può non osservarsi come l'A.O. abbia dovuto solo prendere atto dei dati e dei prezzi di base operativi di una concessione senza avere completa dimostrazione dei criteri e delle modalità con cui si è pervenuti a fissare tali dati e prezzi, ancorchè abbia contribuito a fornire valori e dati propri per un eventuale benchmark. È di tutta evidenza che la misconoscenza dei presupposti dell'accumulo dei valori avrebbe poi inciso negativamente sull'economia della concessione nel momento in cui si sarebbe dovuto far ricorso all'aggiornamento dei prezzi e delle condizioni previste dal contratto, le quali, come meglio si dirà durante l'esame dello schema del capitolato-contratto, nella maggior parte dei casi si sarebbe risolto con l'accordo tra le parti ovvero con accordi bonari. Appaiono in tutta la loro

evidenza le difficoltà dell'Azienda nel momento in cui avrebbe dovuto procedere all'aggiornamento dei canoni e degli altri corrispettivi non avendo a disposizione i dati di accumulo originari delle pre-condizioni e dei presupposti contrattuali di calcolo. I quali, come meglio sarà spiegato nel prosieguo della presente relazione, risultano non coerenti con la logica finanziaria ed in particolare con la fondatezza degli importi dei calcoli. Assume una rilevanza, oltre che significativa, assoluta e preoccupante il contenuto di cui al punto p) delle premesse contrattuali laddove appunto è scritto: "la durata della concessione, la corresponsione del contributo, del canone nonché l'applicazione delle tariffe, unitamente agli altri elementi indicati nel PEF, costituiscono i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione per le cui indicazioni è richiesto, ai sensi dell'art. 19, comma 2 bis della Legge". Non può trascurarsi, per effetto del richiamo di tale ultima norma, come l'adeguamento dei corrispettivi (canoni, tariffe ecc...) debba garantire al concessionario l'equilibrio economico-finanziario.

Come è noto, dagli elementari studi di economia aziendale, l'equilibrio economico-finanziario di un'azienda, anche in concessione, non dipende e non può dipendere unicamente dai corrispettivi (peraltro quelli iniziali non risultano confortati da parametri e dati sicuri e coerenti). Gli stessi sono correlati ad un livello di equilibrio la cui congruità non è stata ricercata nell'interesse dell'Ente. Nella fattispecie l'equilibrio è stato rinvenuto nel margine delle percentuali indicate da Finlombarda con il PEF. È notorio che l'equilibrio economico-finanziario è tecnicamente variabile a seconda dei livelli a cui lo si vuole collocare e soprattutto varia a seconda della tipologia delle aziende prese in considerazione. È del tutto ovvio che l'equilibrio economico-finanziario è largamente differenziato a seconda se trattasi di un'azienda pubblica o privata. Nella fattispecie la Finlombarda ha precisato che mentre i corrispettivi sono stati calcolati in proiezione dei driver di ogni singolo servizio ed i prezzi di benchmark sono stati definiti a campione

mediamente presso le aziende sanitarie pubbliche del centro-nord, chiarisce che i margini del concessionario sono stati desunti dal benchmark del margine operativo lordo e del margine risultante dai bilanci delle aziende del settore dei servizi in concessione rilevati dai bilanci depositati alle Camere di Commercio delle maggiori aziende del settore.

Premesso che nell'elaborato non sono stati indicati gli ospedali e le aziende private produttrici dei servizi dati in concessione, per cui nessun accertamento di congruità ulteriore è possibile fare, anche in funzione della verifica e l'adeguamento dei corrispettivi da revisionare, appaiono evidenti le contraddittorietà e le incertezze di quanto rappresentato da Finlombarda. Ove si avesse voluto ricercare coerenza e congruità si sarebbero dovuti prendere in esame non già i corrispettivi degli ospedali pubblici (peraltro non è stato chiarito se i corrispettivi medesimi sono frutto di conduzione diretta o in appalto, senza trascurare l'aspetto patologico dei maggiori corrispettivi derivanti da situazioni di cartello), ma quelli delle aziende private da cui poi si sarebbe recepito sia il margine operativo lordo che il budget di risultato da porre a base di riferimento e di appalto. Per effetto di ciò si ritiene che, fermo restando l'accertamento di benchmark, che rimane comunque da farsi, sia i corrispettivi che i margini del concessionario non possono ritenersi tecnicamente e scientificamente corretti perché la loro congruità non è dimostrata.

Nel merito, poi, non è precisato se i "margini del concessionario" indicati nel prospetto annesso al calcolo del canone, sono da ritenersi assimilati all'utile ovvero ad altro. E ciò ancorché si faccia riferimento a quelli risultanti dai bilanci.

Per motivi di tempo e per mancanza di tutti i dati di riferimento, il redigente non ha potuto procedere ad uno specifico ed approfondito esame dei conti economici previsionali. Anche i conti patrimoniali e finanziari, ancorché di minore rilevanza, non sono stati approfonditi per economia ispettiva. Si allega, comunque, alla relazione una copia del PEF (allegato n.85).

**B) SCHEMA DI CONTRATTO (ALL.N.86)**

Anche lo schema di contratto (assimilato al capitolato) risulta essere stato predisposto da Finlombarda. È da segnalare, solo per memoria, che l'incarico, ancorché illegittimamente conferito alla società, avrebbe dovuto riguardare lo studio di fattibilità tecnico ed economico finanziario. Lo schema di contratto, ed il capitolato ed i disciplinari di gestione dei vari servizi avrebbero dovuto essere, come peraltro prima accennato, predisposti ai sensi del combinato disposto del comma 3 dell'art. 16 e della tabella B1, lettera n) del progetto preliminare. Ma tant'è!

Dall'esame è emerso che:

- 1) all'art. 3 è precisato che al contratto sarebbero state applicate, oltre la legge italiana, anche quella della Regione Lombardia in materia.

*È evidente che la normativa regionale avrebbe potuto essere applicata solo se compatibile. Di ciò si dirà nel prosieguo della relazione.*

- 2) Il concedente A.O. Niguarda si sarebbe impegnato a corrispondere al concessionario il prezzo dell'intervento "nella misura" indicata nel piano economico finanziario sulla base degli Stati Avanzamento Lavori (SAL) con cadenza mensile - art. 7 punto 2 -, la cui contabilità sarebbe stata verificata da una società di revisione di primo livello scelta dal concedente ed iscritta nell'Albo Nazionale delle Società di Revisione (art.12, lettera f).

*L'intervento di una Società di Revisione, il cui incarico non può ritenersi del tutto legittimo, avrebbe sopperito a quei compiti essenziali (quelli connessi all'attività contabile-amministrativa) che avrebbero comunque dovuto essere svolti dalla Direzione Lavori e dal suo Ufficio. La*

*relativa indicazione nel bando di gara ha costituito "lex specialis" e non avrebbe più potuto essere eliminata a pena di una grave violazione "in pejus" nella funzione di controllo all'attività del concessionario e di garanzia per il corretto utilizzo delle risorse pubbliche. Il tutto, peraltro, a fronte di un RUP notoriamente non competente nelle materie tecniche relative alle opere edili e di un Direttore dei Lavori illegittimamente nominato dal concessionario. Come si dirà ampiamente nel prosieguo della trattazione dell'argomento, il ruolo di controllo dell'attività delle prestazioni del concessionario sono state svolte da un altro soggetto la cui nomina è apparsa del tutto illegittima (Infrastrutture Lombarde S.p.A., della quale si parlerà all'apposito punto di rilievo).*

3) Il concedente avrebbe corrisposto trimestralmente un canone unico comprendente sia quello c.d. di "disponibilità" che quello di c.d. "supporto" (art.7 - punto3). Il canone di disponibilità, all'inizio di ogni anno di gestione delle opere successivo al primo, sarebbe stato adeguato in proporzione della variazione su base annua dell'indice ISTAT/FOI, salve diverse indicazioni concordate dalle parti (art.7.3.1). Relativamente al canone di supporto il concessionario, trimestralmente, avrebbe fornito al concedente una relazione con l'indicazione dei servizi di supporto prestati e l'importo relativo dovuto. Ove non d'accordo il concedente avrebbe richiesto i relativi chiarimenti. In caso di discordanza, le parti, entro 30 giorni avrebbero rideterminato bonariamente, in contraddittorio, l'esatto importo da concordare (art. 7.3.2 e 7.3.3.). Anche per i servizi soggetti a tariffa (parcheggi) l'adeguamento sarebbe potuto avvenire su iniziativa del concessionario entro il valore dell'oscillazione dell'indice ISTAT/FOI. L'art. 7.4 che disciplina l'adeguamento non prevede l'azione di difesa dell'Amministrazione concedente in caso di non condivisione della variazione.

*Relativamente al canone di disponibilità, l'A.O. ha ritenuto di richiedere ai potenziali concorrenti (al futuro concessionario) un apporto finanziario di € 119.904.000,00 da corrispondersi dal 2005 al 2014 con quote differenziate pari al 40% dei SAL fino al 2010 e per il costo residuale dal 2011 al 2014 per intero (pag. 10 del PEF).*

*A fronte di tale importo all'impresa concessionaria sarebbe stata riconosciuta una maggiorazione del 2,26% a titolo di recupero dell'inflazione che equivale ad un ulteriore costo di € 13.797.000, per un totale complessivo quindi di € 133.701.758,00. Questo ultimo importo attualizzato al 2004, ipotizzando un tasso di sconto del 4,5% (pag. 13 del PEF), corrisponde ad un'anticipazione di € 108.138.497,00.*

*Come risulta dal piano di ammortamento di cui al PEF (pag. 26) l'A.O., come prima indicato, erogherebbe al concessionario una quota di ammortamento differenziata complessivamente per € 311.653.000,00. La rata a regime, a partire dal 2014, sarebbe ammontata ad € 10.566.000,00 e da tale data sarebbe stata incrementata del tasso di inflazione del 2,26%. Il valore attuale di tali canoni, € 109.420.387,72 (tab. J) non uguaglia il valore attuale degli impegni della ditta (€ 108.138.497,00) ipotizzando un tasso di attualizzazione di interesse del 6%. Considerando che l'operazione si configura come un finanziamento a 30 anni e, tenuto conto che il rendimento medio reale dei BTP nel 2004 a 30 anni era del 4,40% (emissione del 13-4 rendimento lordo 5,08%, netto 4,44%; emissione del 13-5 rendimento lordo al 5,25%, netto del 4,49%; emissione del 20-8 rendimento lordo 4,89%, netto 4,27%), è dimostrato che il rendimento dell'investimento del concessionario è stato ben superiore a quello dei Buoni del Tesoro. Inoltre, mentre nel PEF è stata calcolata una rata di ammortamento con cadenza annuale, nello schema di contratto (e nel contratto) è stato previsto un canone di disponibilità coerente con la quota di ammortamento con una cadenza trimestrale, per cui già in sede di bando sussiste una forte contraddizione circa il costo effettivo del finanziamento.*

*Ove infatti il rimborso dell'anticipazione avvenisse con cadenza trimestrale l'importo complessivo che si restituirebbe all'impresa sarebbe molto più elevato con oneri maggiori a carico del Niguarda per gli interessi attivi non maturati sulle somme erogate anticipatamente.*

*È di ovvia evidenza che sorge la necessità di modificare le condizioni di pagamento con rate annuali.*

- 4) Ai sensi dell'art. 11 la revisione della concessione avrebbe potuto avvenire nei seguenti casi:
- a) per circostanze che avessero mutato l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, ovvero per nuove norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari e nuove condizioni per l'esercizio dei servizi previsti dalla concessione;
  - b) per innovazione e modifica delle modalità dei servizi di supporto avanzate dal concedente;
  - c) per motivi di forza maggiore.

La revisione del contratto di concessione sarebbe comunque avvenuta con cadenza quinquennale dopo un esame della verifica delle condizioni economico-finanziarie secondo la seguente procedura:

- la parte che avesse ritenuto di attivare la procedura di revisione avrebbe dovuto dimostrare, con l'indicazione dei relativi presupposti, un'alterazione dell'equilibrio del PEF;
- in caso di disaccordo in merito ai presupposti di revisione, anche in assenza di accordo bonario, sarebbe stata consentita l'attivazione della procedura di risoluzione delle controversie ai sensi dell'art. 40, vale a dire per mezzo di un Tribunale Arbitrale disposto ai sensi dell'art. 32 della Legge, ovvero dal Collegio Arbitrale presso la Camera Arbitrale per i LL.PP. istituita presso l'Autorità. Lo schema di contratto non cita il rinvio agli articoli del Regolamento, ancorché la legge lo preveda. Ove la natura della controversia lo consente le parti avrebbero fatto ricorso,

amichevolmente alle risoluzioni di un arbitro unico, la cui decisione sarebbe stata vincolante. In caso di mancato accordo il concessionario avrebbe potuto recedere dalla concessione ai sensi dell'art. 19, comma 2 bis della Legge, ossia per il mancato riequilibrio del PEF.

*Circa il canone di supporto, oltre a quanto già osservato prima è da sottolinearsi che il concessionario, con l'aggiornamento del prezzo e delle modalità indicate nello schema di contratto, in sostanza, godrebbe di una rendita di posizione, senza alcun rischio di impresa, potendo far leva su richieste di aggiornamento le più disparate, dimostrando sempre, in astratto, punti di equilibrio sempre più favorevoli. Il concedente Ospedale, non avendo a propria disposizione i dati originari con i relativi presupposti di calcolo dell'equilibrio (nello studio di Finlombarda, come prima accennato, non sono state indicate le fonti dettagliate dei valori di benchmark da cui partire per il necessario ricalcolo), non potrebbe mai contrastare efficacemente con un contraddittorio la bontà dei propri corrispettivi. Ne deriverà, come appare in tutta la sua eclatante evidenza, un conflitto continuo con la controparte concessionario con armi spuntate potendo contare (sia nella determinazione del canone per i servizi di supporto trimestrale, che nella revisione dei canoni della concessione medesima), solo ed esclusivamente su accordi bonari, ovvero "amichevolmente", ovvero ancora con il ricorso ad un Tribunale Arbitrale ai sensi dell'art. 32 della Legge, che a sua volta fa rinvio al Regolamento.*

*Il combinato disposto della Legge e del Regolamento, poi, oltre a coinvolgere il RUP, che come osservato ripetutamente appare come una figura debole e senza competenze specifiche, fa rinvio alle Camere Arbitrali per i LL.PP. ed alla sua disciplina. Si immagini come una concessione di così rilevante importanza ed onerosità risulti trattata con*

*criteri bonari ed amichevoli, oppure con lunghissime contrapposizioni di nomine di arbitri ed altri oneri.*

*Si è di fronte all'utilizzo di risorse pubbliche che nella fattispecie non riposano su norme precise che tutelino le responsabilità di coloro che nell'amministrazione dell'ospedale concedente si immedesimeranno nell'organo che dovrà decidere l'accordo bonario o amichevole.*

*Si ritiene che quanto emerso in materia di disciplina del corrispettivo non possa essere basato su elementi di discrezionalità soggettiva dei rappresentanti o organi dell'ospedale. Tutti i motivi di controversie sopra delineati dovrebbero essere rimossi con fissazione di regole certe e confini economici sicuri suffragati da dati di fatto oggettivi che in automatico, laddove ricorrano le condizioni, riportino i corrispettivi in ambito congruo e trasparente.*

*Anche l'aggiornamento delle tariffe del parcheggio, da incrementarsi nel "range" della variazione degli indici ISTAT, è deputato alla volontà e determinazione del concessionario. Come recita l'art. 7.4, il concedente autorizzerà l'incremento dopo aver esaminato il calcolo proposto dal concessionario. Nulla dice l'art. 7.4 di quale dovrà essere la modalità ed il criterio da adottare in caso di disaccordo, visto che appunto l'incremento è variabile "entro il limite dell'indice ISTAT". I possibili conflitti sono visibili anche all'occhio di un profano.*

*Si ritiene che anche in questo caso sono necessarie rettifiche che forniscano certezze circa le modalità per l'aggiornamento del prezzo delle tariffe, alla luce anche dell'equilibrio economico-finanziario richiesto dall'art. 19 comma 2. Ricorrono anche per l'aggiornamento delle tariffe i rilievi, anche se parzialmente, formulati in precedenza per i corrispettivi.*

*L'art. 11 prevede, inoltre, che il concedente Niguarda avrebbe potuto avanzare richieste di revisione della concessione per quei servizi ritenuti da innovare o modificare nelle sue modalità di esecuzione. Tale possibilità, per come è stato strutturato lo schema di contratto, prefigura*

*in maniera abbastanza chiara la volontà delle parti di ricercare durante la esecuzione della concessione nuovi accordi e nuovi prezzi e corrispettivi.*

*È solo il caso di avanzare forti riserve circa i conflitti che sarebbero sorti nel momento in cui, come prima accennato, già i presupposti di determinazione dell'equilibrio economico-finanziario non erano stati individuati in maniera scientificamente ripetibili ed utilizzabili in caso di revisione. Si immagini cosa potrà accadere per le ipotesi di rinnovo per quei servizi per i quali sarebbero ricorse necessità di rinnovamento.*

*Si ritiene che anche l'aspetto di rinnovo o modifica dei servizi deve essere rivisto alla luce proprio delle certezze economiche e finanziarie di riferimento.*

*Va segnalato infine che sia la Legge che il Regolamento non prevedono la possibilità, in caso di controversie, del ricorso ad un "ARBITRATORE" nominato di comune accordo, così come specificato all'art. 40. Per il semplice fatto che le due parti "di comune accordo" avrebbero dovuto ricercare un arbitro unico lascia intendere sempre più la volontà di non ricorrere all'Autorità Giudiziaria. Come indicato di recente anche dalla Legge Finanziaria 2008, peraltro, il ricorso agli arbitrati è stato annullato rinviando il tutto al Giudice Ordinario. E ciò per l'esperienza negativa maturata nella Pubblica Amministrazione allorquando si è fatto ricorso a tale anomala giurisdizione. Si ritiene che l'art. 40 debba essere modificato nella parte relativa agli arbitraggi.*

- 5) Il concessionario per tutta l'attività di esecuzione dell'opera e per tutte le attività connesse avrebbe dovuto coordinarsi con il Responsabile Unico del Procedimento e fornire a quest'ultimo tutti i chiarimenti da questi richiesti. Così dicasi per l'attività prevista dalla Direzione dei Lavori e dai Collaudatori (art.12). Il medesimo articolo 12 fra le altre cose così recita:

- “sono a carico del concessionario tutti gli oneri relativi ai lavori di cui trattasi, nonché ogni attività che si rendesse necessaria per la realizzazione degli stessi o comunque opportuna per un corretto e completo adempimento delle obbligazioni previste dal presente contratto”;
- qualora per sopraggiunte disposizioni legislative o regolamentari, si rendono necessarie modifiche al progetto esecutivo approvato, le relative spese ed oneri sarebbero state a carico del concessionario. Nel caso si sarebbero osservate (ai sensi dell’art. 22 del contratto) le disposizioni di cui all’art. 25, comma 1, lettera a) della Legge, nonché le relative disposizioni regionali (vedasi allegato 86/34).

Il richiamato art. 22 del contratto, in proposito, non precisa che la normativa regionale è applicabile se compatibile;

- il concessionario avrebbe assunto su di sé “IN TOTO” tutte le responsabilità relative all’analisi economico-finanziaria nonché a quelle organizzative, esecutive e civili connesse con l’esecuzione dei lavori per la gestione del contratto.

*L’art. 25 comma 1 precisa che le varianti in corso d’opera sarebbero state ammesse “sentiti il progettista ed il direttore dei lavori”. Nel caso della concessione in esame appare del tutto anomalo richiedere i pareri in questione a soggetti che in assoluto non rappresentano e non sono portatori degli interessi del concedente Ospedale perché: a) nella fattispecie sussistono due progettisti: uno ha realizzato quello preliminare e l’altro quello esecutivo. Si ritiene che nella fattispecie debba essere preso a riferimento colui che ha elaborato il progetto esecutivo. Quest’ultimo, però, è un professionista dipendente dal concessionario ovvero un soggetto di sua fiducia o da lui nominato e pagato; b) il direttore dei lavori risulta, in via del tutto anomala, essere di nomina del concessionario “con gradimento del concedente”.*

Come è noto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 27 della Legge e degli artt. 123 e 124 del Regolamento la nomina del direttore dei lavori e la costituzione dell'Ufficio di Direzione spetta alla stazione appaltante (art. 123) su impulso del RUP, il quale "accerta le condizioni che ai sensi dell'art. 17, 4° comma della legge, giustificano l'affidamento dell'incarico a soggetti esterni all'amministrazione aggiudicatrice".

Premesso che è esclusa immediatamente la possibilità di nomina della D.L. da parte dell'appaltatore (o concessionario), il 4° comma dell'art. 17 della Legge sancisce, assimilando la D.L. alla redazione del progetto, che "in caso di carenza di organico di personale tecnico delle stazioni appaltanti .....o per lavori di speciale complessità .....accertati dal RUP ....(l'incarico) può (n.d.r.) essere affidato a soggetti di cui al comma 1, lettere d) e) f) g)". Vale a dire a soggetti esterni prescelti a seguito di procedura concorsuale. Tutto ciò sempre e qualora sussistesse la carenza interna di cui sopra. Poiché nella fattispecie tale carenza non sussisteva (e non sussiste), il Niguarda non avrebbe neppure potuto procedere alla scelta di un soggetto esterno di propria fiducia con il concorso. È di tutta evidenza che la scelta di un D.L. da parte del concessionario, **IN ASSOLUTO ILLEGITTIMA**, ha minato alla base i presupposti interorganici di fiducia posti a sostegno dello svolgimento delle funzioni e del ruolo della direzione lavori.

I motivi di tale scelta appaiono del tutto oscuri e preoccupanti laddove si pensi ai poteri riconosciuti al direttore dei lavori nelle materie e nei compiti a lui delegati per legge. Si pensi solo per un momento a quanto precisato dall'art. 124 del Regolamento, in particolare laddove al comma 2 è scritto: "il direttore lavori ha la responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività di tutto l'Ufficio Direzione Lavori ed interloquisce in via esclusiva con l'appaltatore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto". Si fa rinvio comunque alla lettura dell'intero articolo 124 per avere più chiara visione di come la legge abbia supposto uno specifico

*conflitto di interessi fra direttore dei lavori ed appaltatore al fine di consentire alla P.A. di ottenere la corretta applicazione del contratto ed il miglior prodotto tecnico possibile nei limiti delle risorse disponibili. Il tutto sotto la vigilanza del RUP che, nel caso, come innanzi ampiamente ricordato, risulta essere un soggetto privo di competenza specifica.*

*Anche la dottrina in materia attribuisce al direttore dei lavori "quei compiti di ingerenza e cooperazione" dell'appaltatore per mezzo di propri funzionari e tecnici. (Cianflone - Giovannini "L'appalto di Opere Pubbliche". Giuffrè - 2003, pag. 690 e seguenti).*

*Deroghe alla nomina di personale interno sono confermate proprio a quanto appunto indicato all'art. 17, comma 4 della L. 109/94 (medesimi autori, paragrafo 306 e seguenti, pag. 692). Nessuna deroga risulta possibile per una diversa nomina per la direzione dei lavori in concessione.*

*Non può non segnalarsi, infine, nella fattispecie, l'ulteriore aspetto negativo, le cui conseguenze sono di facile intuizione, correlato al fatto che la nomina del direttore dei lavori e la costituzione dell'Ufficio di Direzione è avvenuta dopo l'aggiudicazione della gara e non prima come richiesto dal 1° comma dell'art. 123 del Regolamento e addirittura dopo la consegna dei lavori.*

*L'altro aspetto osservato nel contesto della nomina del direttore dei lavori è quello per cui l'A.O. committente ha scisso la consegna dei lavori in più tempi. Ha infatti proceduto a consegnare i lavori come segue: 1) "consegna parziale dell'area di cantiere" (tipologia di consegna non contemplata dalla normativa) in data 13-10-2006 direttamente dal RUP ad un soggetto cioè non legittimato a tanto, nella persona dell'Ing. Giulio Ferrario, Consigliere Delegato della Concessionaria Progeni S.P.A.; 2) consegna dei lavori relativi al parcheggio sud al direttore dei lavori Ing. Pietro Fugazza in data 30-10-2006, quando lo stesso ancora non era stato investito dalla nomina che risulta formalizzata con la delibera n. 1084 del 21-12-2006; 3) consegna dell'area del parcheggio sud, demolizioni hangar*

*in data 21-12-2006 dal direttore dei lavori Ing. Fugazza al direttore tecnico del concessionario; 4) consegna dei lavori delle aree della fase uno in data 5-3-2007 effettuate dall'Ing. Fugazza al concessionario; 5) consegna delle aree del polo tecnologico in data 22-5-2007 dal subentrante direttore dei lavori Ing. Brusaferrì nominato con delibera n. 152 del 26-2-2007. Entrambi i direttori dei lavori risultano nominati dal concessionario.*

*Come appare evidente, in mancanza di conflitto di interesse fra progettista, direzione lavori e committente tutte le attività connesse all'intervento ed alla sua esecuzione mai avrebbero potuto essere completamente gestite in funzione dell'interesse dell'A.O. e del contratto sottostante. Tali aspetti del contratto dovranno essere modificati ed adattati alla riorganizzazione e modifica dei ruoli del RUP, del Progettista e del D.L. anormalmente coinvolti nella procedura, che dovranno essere rivisti alla luce della normativa.*

*Per quanto sopra le varianti in corso d'opera che ne sarebbero discese sarebbero state di fatto decise, concordate e coordinate tecnicamente senza una forte, competente e decisiva presenza dell'Ospedale committente. Tali varianti, addirittura, sarebbero state disciplinate non solo dall'art. 25, comma 1 della Legge (l'art. 22.1 dello schema di contratto, peraltro, non cita nemmeno gli articoli regolamentari delle varianti) ma anche dalle relative disposizioni regionali che, come si dirà nel prosieguo della presente relazione, in alcuni casi non sono compatibili con la normativa europea e nazionale e quindi non applicabili.*

*Lo schema di contratto per tali contraddittori aspetti dovrebbe essere modificato "secundum legem" al fine proprio di consentire legittimamente ed agevolmente l'esecuzione della prestazione. Tale situazione avrebbe indotto i potenziali concorrenti alla gara ad ipotizzare aspetti contrattuali ed esecutivi non conformi a legge e quindi non incoraggiarli a predisporre un'offerta con relativi progetti.*

- 6) Al punto e) dell'art. 13 è previsto un "certificato provvisorio di collaudo" per l'utilizzo delle strutture.

*La legge ed il Regolamento che disciplinano i Lavori Pubblici prevedono "il certificato provvisorio di collaudo", solo perché si è in attesa dei due anni per diventare definitivo.*

*Il contratto anche per tale aspetto avrebbe dovuto essere più preciso, al fine di non lasciare insorgere nei potenziali concorrenti dubbi circa le modalità dell'esecuzione dell'opera ed i relativi ulteriori costi.*

- 7) Tra le altre cose, lo schema di contratto ha previsto l'effettuazione di vigilanza e collaudo "nei termini e nei modi stabiliti dalla Legge e dal Regolamento in conformità della presente convenzione" (art. 15).

*Appare del tutto pleonastico inserire fra "obblighi ed oneri" del concedente, l'attività di "collaudi e vigilanza", in quanto tale medesima attività è riservata al concedente "ope legis";*

- 8) All'art. 17 è stabilito che il concessionario avrebbe provveduto, prima della consegna dei lavori, ad istituire l'Ufficio di Direzione dei Lavori, costituito dal Direttore dei Lavori e dai suoi assistenti, ai sensi delle disposizioni di Legge e del Regolamento.

La composizione dell'Ufficio della Direzione Lavori avrebbe dovuto ottenere il gradimento del concedente. I costi e le spese dell'Ufficio di Direzione Lavori sarebbero stati a carico del concessionario.

Il concedente Ospedale avrebbe "svolto la funzione di sorveglianza e controllo sulla D.L., attraverso il RUP e l'Ufficio di Alta Sorveglianza". I costi e le spese relative alla Sorveglianza ed al Controllo sarebbero state a carico del concedente.

*La possibilità di consentire al concessionario la nomina del Direttore dei Lavori e l'istituzione di un ufficio di direzione ha sicuramente potuto fornire ai potenziali concorrenti situazioni ed immagini di illegittimità che avrebbero poi inciso in maniera conflittuale sull'andamento dei lavori.*

*Anche l'Ufficio di Alta Sorveglianza, da istituirsi da parte del concedente senza un preciso e sicuro supporto normativo, avrebbe potuto indurre i potenziali concorrenti ad ipotizzare future situazioni di conflitto. Come è noto, la Sorveglianza, ai sensi del combinato disposto dell'art. 7 della Legge e art. 8, lettera r) del Regolamento spetta direttamente al RUP ovvero con il supporto di soggetti da prescegliersi per mezzo di una procedura concorsuale. Di ciò comunque si fa rinvio alle pagine che seguono;*

9) Le varianti in corso d'opera, oltre a quelle indicate all'art. 25 della Legge e secondo i criteri e le modalità stabilite dal Regolamento, sono analiticamente riportate all'art. 18 dello schema di contratto. Il medesimo art. 18 avrebbe consentito inoltre varianti entro il 5% dell'importo per circostanze sopravvenute ed imprevedibili al momento della stipula del contratto e con prezzi da concordarsi preventivamente. L'art. 18 infine così recita: "sono fatte salve le disposizioni di cui alla Legge della Regione Lombardia n. 31 del 1997 e s.s. m.m. ed i.i."

*Anche quelle varianti entro il 5% di cui al comma 3 dell'art. 25, finalizzate ai miglioramenti del progetto ammesse a seguito dei pareri del progettista e del D.L., possono apparire penalizzanti per il concedente laddove appunto si pensi che sia il Progettista che il D.L. sono diretti dipendenti del concessionario e con un RUP tecnicamente inadeguato e non competente in materia.*

- 10) L'art. 19 dello schema di contratto chiarisce che il concedente, fermo restando i poteri del RUP, avrebbe potuto delegare altri soggetti a compiere qualsivoglia ragionevole prova o verifica in corso d'opera;
- 11) Il concedente avrebbe provveduto a nominare una Commissione di Collaudo in corso d'opera e finale, prima della consegna dei lavori ai sensi di legge con oneri e spese a carico del concessionario.

*Nessuna norma prevede che il concedente possa delegare soggetti al di fuori del RUP (il RUP rappresenta il committente) alla effettuazione di prove o verifiche in corso d'opera sull'attività del concessionario (vedasi art. 28, comma 8). Lo schema di contratto prevede solo i collaudi in corso d'opera da effettuarsi dai componenti della Commissione di Collaudo che avrebbe dovuto essere nominata entro 30 giorni dalla data di consegna dei lavori. Presso l'A.O. Niguarda, mentre lo schema di contratto prevede un tale lasso di tempo, nel contratto sottoscritto viene stabilito uno stacco temporale di 60 giorni. Oltre a sottolinearsi la grave violazione delle regole fissate in sede di gara (60 giorni in luogo di 30), si deve evidenziare che la normativa vigente (1° comma dell'art. 188 del Regolamento) stabilisce che l'attribuzione dell'incarico di collaudo in corso d'opera deve avvenire all'atto della consegna dei lavori.*

*Come già segnalato in precedenza la consegna dei lavori è avvenuta in più epoche. L'ultimo verbale di consegna, come peraltro indicato anche nella delibera n. 42 del 18-1-2007 è riferito al 21-12-06. Le date di consegna, come prima ricordato, sono ampiamente antecedenti alla nomina della Commissione di Collaudo (la prima risale al 22-5-2006 riguardante l'area del Polo tecnologico).*

*Nello specifico si deve sottolineare che il concedente ha nominato la Commissione di Collaudo in corso d'opera statico e finale, con le delibere n. 42 del 18-1-2007 e n. 156 del 28-2-2007 (allegato n. 88). La stessa è composta tutta da soggetti esterni. Nel merito della nomina si deve osservare*

*che, ai sensi dell'art. 188 del Regolamento, comma 3, i collaudatori avrebbero dovuto essere nominati all'interno delle proprie strutture e solo "in caso di carenza nel proprio organico di soggetti in possesso dei necessari requisiti accertata e certificata dal Responsabile del Procedimento" si poteva ricorrere a nomine esterne. Nel caso in esame presso l'A.O. Niguarda prestavano e prestano servizio nove professionisti di cui cinque in possesso dei requisiti di legge e che non hanno svolto (o svolgono) "attività di controllo, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione dei lavori da collaudare" (lettera -c- comma 3 dell'art. 188).*

*L'Ospedale Niguarda, a giustificazione della scelta dei soggetti esterni, ha richiamato l'art. 141 del Decreto Legislativo 163/2006, laddove in generale al comma 4 è stabilito appunto che la nomina di soggetti esterni è possibile solo in carenza di organico accertata e certificata dal RUP. Premesso che il Decreto Legislativo 163/2006 è successivo alla data entro cui avrebbe dovuto essere nominata la Commissione di Collaudo (data di consegna dei lavori), per cui i suoi contenuti non sono applicabili, il medesimo articolo 141 ricalca fedelmente quanto già stabilito dall'art. 29 della vecchia Legge sui Lavori Pubblici che a sua volta fa rinvio al Regolamento. Ed appunto il Regolamento stabilisce quanto innanzi detto circa il possesso dei requisiti dei collaudatori/professionisti interni. È di tutta evidenza "ad abundantiam" che la nuova legge, non essendo stato ancora emanato il relativo regolamento, deve, ancorché non applicabile in materia, essere correlata a quello vecchio di cui al D.P.R. 554/99. La delibera di nomina peraltro non fa alcun riferimento ad una eventuale certificazione di carenza di organico.*

*La nomina dei collaudatori di cui alla delibera suindicata e con le motivazioni ivi espresse riferite alla carenza di organico deve ritenersi illegittima non solo perché non sussiste tale carenza, ma soprattutto perché i professionisti dipendenti in servizio sono in possesso dei requisiti di legge.*

*Appare in tutta la sua evidenza che la nomina dei collaudatori esterni, così come previsto anche dalla delibera, ha comportato all'Azienda Niguarda un onere di € 873.297,53 collegato alla tariffa professionale. Viceversa, ove l'incarico fosse stato conferito, come prescritto dalla normativa, al personale interno, il compenso sarebbe stato rapportato alla quota di riparto del fondo di incentivazione ex art. 18 della Legge 109/94 (1,5% dei lavori appaltati) prevista per i collaudatori con il relativo accordo decentrato. In particolare, per il collaudo statico, laddove all'ing. Calzolari è stato riconosciuto un compenso di € 256.438,67 + IVA e C.N.P.A., l'Azienda non avrebbe pagato un euro in quanto il collaudo statico è effettuato direttamente da uno dei collaudatori interni senza oneri in quanto rientrante nei propri compiti di ufficio. In proposito si ricorda che il combinato disposto dell'art. 28 della Legge (comma 4), dell'art. 188 del Regolamento (comma 2 e 3) e degli artt. 2 (comma 3), art. 4 (comma 5) e art. 7 della Legge 1086/71, stabilisce inequivocabilmente la individuazione nella struttura interna e senza scindere le funzioni, del collaudatore, tranne i casi di carenza nell'organico di soggetti in possesso dei necessari requisiti, da accertarsi e certificarsi dal RUP. A conforto della interpretazione secondo cui il collaudatore statico ed il collaudatore economico-tecnico, laddove quest'ultimo non sia in possesso dei requisiti previsti dalla Legge 1086/71 (praticamente mai, visto che per i professionisti dipendenti dello Stato - e degli altri Enti Pubblici - si prescinde dall'iscrizione all'Albo - vedasi comma 3 dell'art. 2) devono coincidere nello stesso soggetto, soccorre sia l'Atto di Regolazione n. 28 del 9-6-2000 che la Determinazione n. 43 del 25-9-2000 dell'Autorità di Vigilanza. La Determinazione, in particolare, infatti, a fronte di uno specifico quesito se "la possibilità di intendere per incarico di collaudo anche l'incarico di collaudo statico", così recita: "pertanto, per incaricato del collaudo, ai sensi dell'art. 18 comma 1 della Legge 109/94 e ss. mm. ed ii., deve intendersi non solo il redattore del certificato di collaudo finale, bensì anche l'incaricato del collaudo statico, il*

*quale peraltro coincide con il primo, oppure da uno dei tre membri della Commissione". Al fine di acquisire ulteriori certezze circa la carenza di organico e, visto che la delibera di nomina dei collaudatori non fa rinvio ad alcuna certificazione del RUP, è stata fatta ulteriore richiesta a quest'ultimo se fossero stati prodotti atti che attestassero la carenza di organico e dei relativi requisiti (all. 88).*

*Dalla relativa risposta (all. 88 bis), non emergono situazioni tali da superare l'osservazione formulata. La normativa che disciplina la materia dei professionisti pubblici prescinde dalla iscrizione all'Albo da almeno 10 anni.*

12) Laddove fossero intervenute nel corso della realizzazione dell'opera in concessione modifiche all'equilibrio economico-finanziario derivanti da mutamenti legislativi e regolamentari che stabilissero nuovi meccanismi tariffari e nuove condizioni per l'esercizio delle attività della concessione (ivi comprese le innovazioni tecnologiche che impongono l'utilizzo di materiali e strumenti diversi da quelli installati o da installarsi dal concessionario), le parti avrebbero potuto procedere alla revisione della concessione (art. 22 dello schema di contratto).

*Anche per i canoni di supporto, determinati con i criteri e le modalità già ricordate durante l'esame del piano economico-finanziario, e per i quali erano state avanzate fortissime riserve di regolarità e congruità, sussistono elementi di incertezza circa anche e soprattutto le conseguenze per la revisione del canone e l'aggiornamento della concessione. Innanzi tutto non risultano chiariti i termini entro i quali sarebbero state disciplinate le condizioni laddove non fosse stato possibile trovare un nuovo accordo contrattuale per quei servizi da rinnovarsi, sia su richiesta delle parti ovvero alla scadenza di ogni quinquennio. Non è chiarito, ove il concessionario decidesse di non rinnovare uno o più servizi per il mancato raggiungimento di un nuovo accordo sull'equilibrio economico-finanziario o per altri motivi, quali sarebbero state le ripercussioni sul concedente Ospedale*

*Niguarda, laddove il concessionario avesse receduto ex art. 19, comma 2 bis. Avrebbe fatto ricorso ad un nuovo appalto per fronteggiare il vuoto? E con quale compenso? Alle stesse condizioni e principi dell'equilibrio economico finanziario fissato con il Piano posto a base di gara e respinto dal concessionario uscente? Oppure altre e più onerose? A chi sarebbe stato accollato il conseguenziale danno patrimoniale?*

*È indubitabile in tali casi, come per tutta la concessione, la emersione di un potere monopolistico e ricattatorio del concessionario, laddove quasi tutti i disaccordi e le controversie sono rinviate ad "accordi bonari" o "amichevolmente", ovvero a ricorsi ad altissimo rischio di accordi di sottobanco negli arbitraggi laddove la P.A. è quasi sempre soccombente. Peraltro gli arbitraggi non sono più accessibili ai sensi dell'art. 3, comma 21 della Legge Finanziaria 2008 n. 244 del 27-12-07. Per tutte le controversie della P.A. la nuova disciplina normativa obbliga il ricorso al G.O..*

*Ma l'aspetto più rilevante di tutta la problematica è quello connesso alla revisione dell'intero canone di supporto. Ai sensi del paragrafo 7.3.2. si chiarisce che "a titolo di remunerazione per l'erogazione dei servizi di supporto il concedente corrisponderà al concessionario un canone trimestrale determinato secondo quanto indicato nei successivi paragrafi, sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gestione allegato alla presente convenzione". Il paragrafo 7.3.2 chiarisce ancora che "il canone è dato dalla somma dei pagamenti da effettuarsi ai sensi dei capitoli relativi dei servizi costituenti il disciplinare di gestione". Il medesimo paragrafo stabilisce che alla fine di ogni trimestre "il concessionario fornirà al concedente una relazione con la indicazione dei servizi di supporto prestati, dell'importo dovuto con riferimento a ciascuno di questi sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gestione". Ove non d'accordo sul prezzo del canone il concedente avrebbe potuto richiedere chiarimenti entro 30 giorni dalla ricezione della relazione. In tal caso*

concessionario e concedente "avranno 30 giorni di tempo per rideterminare bonariamente in contraddittorio l'esatto importo".

Il paragrafo 7.3.2, infine, per quanto concerne il meccanismo di adeguamento del canone rimanda "ai meccanismi di adeguamento disciplinati dai singoli capitolati prestazionali relativi ai servizi contenuti nel disciplinare di gestione allegato alla presente convenzione". Il rinvio della determinazione del compenso a quanto stabilito dal disciplinare di gestione (all. 91), alla luce di quanto emerge da tale documento, è del tutto improprio, atteso che nella descrizione dello svolgimento, regolazione e accumulo per nessun servizio è prevista la modalità di determinazione del corrispettivo. Per scrupolo professionale si è acquisito l'allegato n. 5 al contratto (lo stesso allegato n. 91 della presente relazione) sottoscritto dalle parti a seguito dell'aggiudicazione. Nulla emerge da tale documento circa la modalità di determinazione del canone di supporto dei vari servizi. Anche l'allegato 7 al contratto "tabella recante la stima degli importi relativi ai canoni trimestrali da corrispondere in relazione ai servizi di supporto per le spese della prima e della seconda fase" (allegato n. 92 della relazione) nulla chiarisce in merito. Tale allegato è riferito in particolare alla quantificazione del canone complessivo trimestrale ed annuale e di come esso varia per tutto il trentennio sulla base astratta e teorica dell'ipotesi di base del Piano Economico Finanziario. Nulla che possa essere di ausilio alla ricerca del metodo di determinazione del canone di supporto collegato "ed in funzione dei volumi erogati secondo gli standard richiesti sulla base di quanto offerto in termini di valutazione prezzi del concessionario" (vedasi contratto art. 7.3.2, comma 3). Circostanza non conforme a quanto stabilito nello schema di contratto laddove tale ultimo virgolettato non era riportato. Peraltro, il predisporre un contratto non conforme allo schema posto a base di gara costituisce una grave violazione ai principi della certezza concorsuale, laddove, appunto, sono modificate le regole di "par condicio" iniziali. In definitiva il bando di gara non ha previsto e non prevedeva

*criteri e modalità di determinazione del canone di supporto, né in tale contesto, ancorché illegittimo, si faceva rinvio alle eventuali indicazioni delle imprese offerenti. Per effetto di tale lacuna si è venuta a creare una indeterminatezza di accumulo del canone di supporto, non solo nell'importo, ma anche e soprattutto degli adeguamenti e perciò l'appalto di concessione deve essere rivisto anche in autotutela.*

*È da dire tuttavia che il contratto in questione sottoscritto dalle parti risulta modificato "in pejus" per l'A.O. in più parti e senza che ciò trovi un supporto legittimo. Il più volte citato art. 7.3.2 dello schema di contratto, oltre all'aggiunta sopra segnalata risulta modificato nelle parti di cui si dirà in appresso. Nel caso in esame anche al secondo comma laddove in luogo ".....il disciplinare di gestione allegato alla presente convenzione" viene riportato "come disciplinati nella presente convenzione e dei suoi allegati".*

*Nel contratto sono indicati numero 9 allegati che sono da considerarsi parte integrante dello stesso. L'allegato numero 9 relativo all'offerta del concessionario, laddove sono indicati i prezzi dei corrispettivi, risulta esibito in formato elettronico, ma che sarebbe conforme all'originale cartaceo. Si ritiene che il CD relativo, al di là di come è stato utilizzato per l'esame dalla Commissione Aggiudicatrice, potrebbe essere soggetto a rischi di sostituzioni, per cui potrebbero non aversi tutte quelle certezze di dati che hanno concorso alla determinazione dell'offerta più vantaggiosa e quindi degli effettivi corrispettivi spettanti al concessionario. Il fatto che lo schema di contratto per la determinazione del canone di supporto faccia rinvio al disciplinare di gestione e questo nulla dice in proposito, lascia trasparire elementi di incertezza che gettano ombra sulla trasparenza di accumulo del prezzo del canone. Lo stesso disciplinare di gestione, per la determinazione del canone non fa rinvio all'offerta. Anche il contratto sottoscritto dalle parti nell'articolato relativo alla determinazione del canone di supporto, al comma 1 del più volte citato paragrafo 7.3.2, fa rinvio al disciplinare di*

*gestione "ed a quanto indicato nei successivi paragrafi". Solo il comma 2 chiarisce che il canone è dato dalla somma dei pagamenti da effettuarsi in relazione ai singoli servizi di supporto disciplinati nella presente convenzione e nei suoi allegati. Fra gli allegati appunto al numero 9 c'è l'offerta. Per quanto sopra, appare evidente la confusione che si è potuta creare nei concorrenti allorquando ufficialmente si fornivano informazioni devianti nella parte del canone di supporto laddove si faceva rinvio al disciplinare di gestione che nulla diceva e spiegava. In pratica, l'offerta allegata al contratto non decisa nelle sue modalità con il bando di gara è invece decisa e predisposta dall'impresa concessionaria che ha colmato la lacuna!*

*Ma gli aspetti più preoccupanti che lasciano ipotizzare situazioni di incertezze, dubbi e perplessità sono così individuati:*

- a) Sia lo schema di contratto (posto a base della gara) che il contratto, mentre prevedono un accordo bonario per la risoluzione di controversie circa l'esatto importo del canone da liquidarsi trimestralmente, nulla dicono di quale dovrà essere il percorso da seguire per risolvere il problema. Questo aspetto del capitolato, mentre avrebbe apportato perplessità sulla correttezza della procedura, avrebbe comportato una conflittualità trimestrale permanente. È del tutto evidente che è necessario procedere alle rettifiche contrattuali del caso;*
- b) Come già segnalato in precedenza, l'aspetto più fuorviante sia del bando che del capitolato è quello connesso alla mancata indicazione del prezzo del canone di supporto attualizzato. Nella fattispecie questo non viene indicato né nello schema di contratto né nel contratto, né tantomeno nel disciplinare di gestione. Si ritiene che la mancata preventiva indicazione del canone di supporto attualizzato dell'appalto in concessione è di una gravità assoluta ed ha inciso negativamente non solo sulla trasparenza della gara ma anche e soprattutto sulla maggiore partecipazione dei concorrenti.*

13) Il concedente Niguarda si sarebbe riservata la facoltà di collaborare con il concessionario per lo svolgimento dei servizi oggetto di concessione "mediante l'apporto diretto del proprio personale specializzato impegnato in servizi analoghi". La spesa per l'utilizzo del personale dipendente da parte del concessionario sarebbe stata portata in deduzione del corrispettivo (art. 27.3 dello schema di contratto).

*Né il capitolato speciale d'appalto, né altri allegati di riferimento, né alcuna altra documentazione disciplinano l'eventuale utilizzo del personale dipendente addetto ai servizi che sarebbero stati trasferiti al concessionario. Mentre si deve rilevare che il costo del personale NON trasferito sarebbe ricaduto ingiustificatamente per intero sull'Azienda Ospedaliera, non si comprende sulla base di quali dati e valori i potenziali offerenti avrebbero potuto costruire un'offerta congrua. Il tutto, peraltro, senza conoscere preventivamente il numero degli operatori ospedalieri che sarebbero transitati per servizi analoghi, nella organizzazione dell'attività di concessione. È di tutta evidenza che l'impiego di una quota o di tutto il personale dipendente del Niguarda avrebbe inciso sul minore e maggiore importo della base di offerta dei concorrenti.*

*La sola generica indicazione di utilizzo di personale dipendente dell'impresa concedente ha costituito elemento di disturbo sulla regolarità della procedura di aggiudicazione e del suo svolgimento.*

*Nel merito della questione non è spiegato quale e quanto personale interno avrebbe continuato a svolgere servizi analoghi quando gli stessi sarebbero stati inglobati nella concessione. Tale eventualità, come è noto, sarebbe stata possibile solo e soltanto con il consenso dei dipendenti. Circostanza questa non confermata e tutta da dimostrare e che comunque avrebbe comportato enormi problemi di coesistenza per un rapporto di lavoro da svolgere alle dipendenze di un datore di lavoro di diritto privato.*

*Si ricordano gli effetti disastrosi dell'analogo sistema fallito clamorosamente e con enormi danni causati per il servizio di ristorazione. Al fine di acquisire e fornire le prime informazioni del fenomeno della eventuale migrazione di personale, si è provveduto a richiedere all'Azienda la situazione del numero degli addetti e della relativa spesa di tutti quei servizi oggetto di concessione per il triennio precedente l'appalto (2002/2004) e quello successivo (2005/2007) – vedasi allegato n. 93 -.*

*Dagli elaborati che si allegano al numero 94 a cui si fa rinvio, è emerso che il numero degli addetti alla fine del 2007 era di 103 unità per una spesa annua di € 3.760.858,63, mentre alla fine del 2002 tale numero era pari a 209 con oneri di € 4.498.790,31. Non è dato sapere se le 106 unità in meno (209 del 2002 meno 103 del 2007) sono state pensionate ovvero mobilitate in altre aziende ospedaliere o altre strutture pubbliche o private, ovvero dimesse, ovvero ancora utilizzate dal Niguarda in altri settori non coinvolti nei servizi da cedere in concessione. È pacifico tuttavia che tutto il costo del personale non utilizzato dal concessionario e quello migrato nel frattempo in altre strutture ospedaliere interne con posti di sottooccupazione costituirà un preciso danno patrimoniale per effetto di un organico surrettiziamente gonfiato, anche se lo stesso in futuro troverà un'altra collocazione interna. Si sarebbero venute a determinare, come appare ovvio, situazioni assimilate a nuove assunzioni effettuate in violazione delle leggi finanziarie che lo impediscono. L'Azienda Ospedaliera Niguarda si verrà a trovare nella condizione di dover retribuire contemporaneamente il precedente personale addetto ai servizi che non svolgerà più e quello del concessionario inglobato nel prezzo del canone. Il danno patrimoniale non sembra possa essere messo in discussione.*

14) La manutenzione delle opere, sia ordinaria che straordinaria, nonché quella degli impianti, degli arredi e delle attrezzature (come specificato dal disciplinare di gestione), sarebbe stata svolta dal concessionario con obbligo di restituzione alla scadenza. Il tutto in perfetto stato di conservazione. I lavori avrebbero dovuto essere svolti con idonea manodopera in relazione all'intervento da eseguire con le più moderne tecniche di esecuzione. Il concessionario avrebbe, sessanta giorni prima della scadenza di ogni anno, predisposto un programma di intervento della manutenzione per i due anni successivi (art. 28 dello schema di contratto).

*Lo schema di contratto appare lacunoso laddove, ancorché faccia rinvio al disciplinare di gestione, non contempla adeguatamente aspetti sostanziali dell'esecuzione delle varie tipologie di manutenzione. Lo schema di contratto ed anche il disciplinare, soprattutto per l'edilizia, lasciano ampi spazi alla discrezionalità delle parti che fatalmente porteranno a situazioni di conflitto. Si elencano qui di seguito le maggiori criticità:*

*a) Lo schema di contratto non comprende le prestazioni extra canone.*

*Queste sono menzionate nel disciplinare e attengono in particolare agli interventi di ristrutturazione, agli interventi riparativi derivanti da eventi atmosferici eccezionali e ad altri interventi imprevedibili non dipendenti da difetti costruttivi e progettuali. Mentre per gli interventi riparativi non si pongono osservazioni, per gli altri interventi, all'art. 6.10, è previsto che il concedente "potrà incaricare il concessionario della progettazione definitiva ed esecutiva ad assegnare direttamente allo stesso l'esecuzione dei lavori". Per tale attività sarebbero stati utilizzati "i prezzi dei LL.PP. ed in mancanza di essi, in subordine, il listino della CC.AA. di Milano in vigore al momento". Eventuali nuovi prezzi sarebbero stati determinati in contraddittorio.*

*Mentre si sottolinea il "potrà incaricare" (e non "incaricherà"), per cui si presume che i lavori di ristrutturazione extra canone avrebbero*

*potuto essere assegnati anche dall'azienda ad altri soggetti, si deve sottolineare la inammissibilità di tale procedura. Gli interventi in questione, proprio perché privi di una procedura concorsuale possono essere in astratto affidati senza ribasso ed anche per importi ingenti. Si ritiene che tale aspetto debba essere ridisciplinato in quanto non favorevole all'Amministrazione concedente, ed anche perché in una concessione trentennale sembra del tutto assurdo che il concedente debba effettuare lavori e prestazioni su un manufatto costruito e gestito appunto in concessione*

- b) Nella descrizione della manutenzione straordinaria (art. 6.1.4 del disciplinare) le prestazioni di cui alle lettere d) e c) (interventi significativi di modifica di adeguamento funzionale e tecnologico e interventi riparativi a seguito di eventi eccezionali atmosferici) non sarebbero rientrati nel canone.*

*Mentre si ricorda ancora una volta che nel bando di gara l'A.O. non fa alcun riferimento all'importo del canone di supporto oggetto di concessione e comprensivo anche della manutenzione straordinaria e sui quali i concorrenti poi avrebbero dovuto procedere al ribasso d'asta (la notizia sarebbe stata desunta dal PEF), relativamente all'importo delle manutenzioni è emerso in generale che il ricavo del concessionario nel 2014 inflazionato sarebbe stato come segue:*

<i>Conduzione e manutenzione ordinaria impianti elevatori</i>	<i>€ 259.999</i>
<i>Conduzione e manutenzione centrale tecnologica</i>	<i>€ 854.481</i>
<i>Conduzione e manutenzione impianti tecnologici</i>	<i>€ 1.237.896</i>
<i>Conduzione e manutenzione impianti trattamenti reflui</i>	<i>€ 97.677</i>
<i>Manutenzioni edili</i>	<i>€ 2.129.244</i>
<i>Totale annuo</i>	<i>€ 4.579.297</i>

*Nella sua articolazione il PEF non distingue fra manutenzione ordinaria, straordinaria ed extra canone, per cui gli importi deflazionati al 2014 avrebbero dovuto contenere tutte le prestazioni. Anche perché le prestazioni sarebbero dovute dipendere dal c.d. "programma di intervento per la manutenzione" che il concessionario avrebbe dovuto predisporre, come prima detto, biannualmente e da approvarsi dal concedente.*

*Premesso che nel disciplinare non si parla più di programma di manutenzione biennale bensì di:*

*A) MANUTENZIONE PROGRAMMATA (ART. 6.3.2.1): programma di interventi a breve (annuale) per "la manutenzione ordinaria e a medio per la sostituzione di elementi tecnici ovvero di componenti esclusi dalla manutenzione ordinaria". Il programma sarebbe stato "sottoposto preventivamente al Comitato di Vigilanza onde verificare l'inesistenza di incompatibilità per l'attività ospedaliera". L'approvazione, quindi, avrebbe riguardato non già la congruità e qualità degli interventi da effettuarsi bensì solo ed unicamente la compatibilità per l'attività ospedaliera. Ne consegue che il concessionario avrebbe deciso in maniera diretta ed arbitraria il da farsi ad un canone prestabilito legato ad automatismi predeterminati di crescita e senza che il concedente potesse intervenire per indicare quanto meno la priorità non solo della manutenzione straordinaria e dell'extra canone, ma anche e soprattutto della manutenzione ordinaria. I conflitti in materia avrebbero devastato in maniera continua la modalità ed il valore degli interventi;*

*B) MANUTENZIONE CORRETTIVA: mentre le apparecchiature e gli impianti e gli interventi correttivi sono analiticamente indicati, per l'edilizia i guasti avrebbero riguardato il malfunzionamento o rottura dei componenti identificati nell'apposito paragrafo 6.1.5 e cioè: 1) in emergenza; 2) urgente; 3) ordinario; 4) programmabile. Per tali tipi di*

*attività non è precisato chi avrebbe stabilito una delle quattro priorità dell'intervento. Anche per questo tipo di manutenzione le dispute e le controversie non sarebbero state poche. I conflitti decisionali avrebbero appesantito sicuramente la normale attività e funzionalità dei servizi, tanto più, appunto, che per le emergenze, nella maggior parte dei casi, "il referente del concessionario procederà autonomamente al successivo intervento riparativo, ovvero laddove l'entità della riparazione lo richieda e ciò se contrattualmente previsto, richiederà l'autorizzazione del RUP". Appare sconcertante la dizione "contrattualmente prevista" laddove si pensi che, oltre al fatto che il concessionario è responsabile del funzionamento della struttura, nessun altro avrebbe potuto intervenire, peraltro in emergenza, in suo luogo e con quali prezzi.*

*Nel disciplinare (pag. 113/114), mentre si stabilisce il tempo entro cui il concessionario deve intervenire per ripristinare le funzionalità del caso, non sono previste modalità di sanzioni (anche pecuniarie) per i casi di non intervento tempestivo o addirittura di non intervento ovvero di un intervento non eseguito ad opera d'arte, né il soggetto preposto a tanto. Mentre nel capitolato per tale aspetto del problema si fa rinvio impropriamente all'allegato n. 3 (lo stesso attiene ad uno schema di contratto di mandato), nel contratto sottoscritto si fa rinvio all'allegato n. 2. Solo che l'allegato n. 2 fornisce indicazioni di penalità solo per il canone di disponibilità. Peraltro il medesimo allegato è intitolato "meccanismo di rettifica dei canoni di disponibilità". Appare ovvio che la mancanza della disciplina delle penalità non sarebbe mai stata invocata dai concorrenti alla gara ed a maggior ragione dall'aggiudicatario. Non così per la P.A. che, posta a tutela degli interessi pubblici, si viene a trovare non solo a dover dirimere controversie continue, ma anche e soprattutto a subire condizioni di servizio senza tutela giuridica conseguente a danni patrimoniali.*

*c) Un ultimo aspetto, ma non il meno importante delle manutenzioni, riguarda quelle straordinarie a canone (art. 6.9 del disciplinare), laddove il concessionario con la presentazione del progetto esecutivo avrebbe dovuto indicare "il tempo utile di vita considerato nella stima del canone di manutenzione straordinaria" dei principali componenti. Il Piano esecutivo sarebbe stato accompagnato da una "previsione ragionevole di sostituzioni e rinnovi, anche anticipata, per l'adeguamento normativo e tecnologico....". Il Piano avrebbe dovuto contenere tutte le sostituzioni prima del termine della concessione onde garantire al concedente ospedale la presa in carico dei manufatti senza dover procedere a rinnovi o sostituzioni significative.*

*È di tutta evidenza che la sostituzione dei componenti proiettata su trent'anni appare quanto meno avventata, specialmente laddove non è previsto un contraddittorio fra le parti basato su elementi oggettivamente valutabili con trent'anni di anticipo. Le controversie che sorgeranno negli ultimi anni della concessione sono di facile intuizione, laddove il concessionario non ha interessi a procedere a sostituzioni tecnologicamente avanzate ed il concedente interessato ad ottenerle. Sarebbe opportuno, in regime di autotutela, fissare circostanze oggettive per decidere tempi e modi per adeguare le sostituzioni dei componenti e non dipendere da decisioni discrezionali del concessionario.*

15) Per l'esecuzione dei servizi in concessione all'art. 29.1 è previsto l'impiego di personale e mezzi in numero sufficiente. È previsto inoltre "l'obbligo di implementare un sistema di autocontrollo informatizzato", accessibile in tempi reali al concedente per il monitoraggio delle relative attività di servizio.

*Lo schema di contratto ed il disciplinare di gestione non forniscono sicurezze circa "l'impiego di personale e mezzi sufficienti" per "provvedere alla organizzazione ed alla esecuzione di tutti i servizi". Si ritiene che il concessionario avrebbe dovuto indicare ed il concedente richiedere, già in fase di offerta, il numero minimo di addetti e di mezzi con cui avrebbe fronteggiato i vari servizi. Il numero di personale e mezzi e la relativa congruità avrebbero dovuto concorrere con appositi punteggi alla determinazione dell'offerta più vantaggiosa. Non averlo fatto, ed accettare ad aggiudicazione avvenuta ciò che decide il concessionario, diventa per il concedente ospedale una situazione di dipendenza che in generale le PP.AA., nell'esercizio della tutela degli interessi, non possono tollerare, mancando appunto la "par condicio" contrattuale. Le dispute ed i conflitti sono visibili anche agli occhi di un profano in materia. L'altro aspetto non chiaro ma che rappresenta una ulteriore dipendenza del concedente, è quello correlato all'obbligo della misura della implementazione del sistema informatico di autocontrollo. Essendo la materia in continua evoluzione appare del tutto difficile prevedere nei trent'anni, senza liti, l'inseguimento del tetto tecnologico.*

*Si ritiene che quanto sopra illustrato comporti una seria dipendenza del concedente ospedale dal concessionario senza che gli eventuali benefici economici derivanti dai miglioramenti tecnologici abbiano un impatto anche a favore del concedente per mezzo di una modifica del canone.*

*Appare del tutto ovvio che quanto sopra debba essere rimodulato in maniera da consentire una totale "par condicio" per mezzo di preventivi criteri e modalità di determinazione delle prestazioni e dei corrispettivi.*

- 16) Il compito di vigilare sull'andamento della gestione dei servizi sarebbe stato affidato ad un "RESPONSABILE DELLA CONCESSIONE" (art.

29.2). Questi, periodicamente avrebbe provveduto a verificare gli esiti dei controlli effettuati nell'ambito dei singoli servizi:

- Il concessionario avrebbe dovuto nominare un proprio referente e sostituto. Questi sarebbe stato l'interlocutore del responsabile della concessione per tutta la gestione dei servizi ivi comprese eventuali controversie;
- Il disciplinare di gestione avrebbe stabilito, per l'effettuazione di ogni servizio, le modalità di controllo degli organismi incaricati. Il responsabile della concessione avrebbe definito, in relazione ai livelli di risultato di ciascun servizio, le iniziative da intraprendersi nei confronti del concessionario;
- A seguito di tutte le contestazioni e rilievi del responsabile della concessione, il concessionario avrebbe formulato le proprie controdeduzioni "pena l'immediata applicazione delle sanzioni previste dal disciplinare di gestione";

Contemporaneamente alla nomina del Responsabile della Concessione, l'art. 29.2 prevedeva l'istituzione di un Comitato di Vigilanza con poteri di indirizzo e programmazione. In particolare il Comitato avrebbe dovuto: a) valutare lo standard complessivo dei servizi erogati dal concessionario. A tal fine il responsabile della concessione, con cadenza semestrale, avrebbe inoltrato una relazione al Comitato, sull'andamento di ciascun servizio. b) valutare i miglioramenti e le azioni correttive proposte dal referente della concessione, anche alla luce delle penalità eventualmente applicate; c) approvare i programmi di rinnovo/sostituzione degli arredi e delle attrezzature anche a seguito di significative variazioni nelle tecnologie predisposte dal concessionario; d) approvare i programmi di manutenzione predisposti dal concessionario.

*Si deve segnalare il potere enorme riconosciuto al responsabile della concessione, di cui non sono stati disegnati i confini giuridici, visto che appunto lo stesso ha poteri di vigilanza e decisionali assoluti. E questo*

*non solo sullo svolgimento dei servizi di supporto a tariffa e soprattutto commerciali, ma specialmente nelle materie e nella misura in cui è chiamato a comporre le controversie che lui stesso può aprire dal momento che gli è riconosciuto "a seguito dei rilievi mossi dagli organismi di controllo" il potere di formulare osservazioni, di contestare ogni genere di inadempienza e di indicare eventuali prescrizioni a cui il concessionario "dovrà uniformarsi". Purtroppo il disciplinare di gestione, a cui lo schema di contratto/capitolato fa rinvio, non prevede per nessuna tipologia dei servizi di supporto "organismi di controllo". Sono previsti organismi per il solo controllo di qualità della ristorazione da parte dell'ASL, della D.S. e dello stesso responsabile della concessione.*

*Per effetto di ciò appare improbabile il potere sanzionatorio riconosciuto al responsabile della concessione. Peraltro non è chiarito in che maniera e quale atteggiamento avrebbe potuto adottare il medesimo laddove il concessionario avesse opposto resistenza a rilievi non condivisi.*

*Soltanto con una semplice riflessione ci si accorge che il potere riconosciuto al responsabile della concessione può in ogni momento e circostanza sfociare nell'arbitrio con effetti devastanti per l'Azienda.*

*Circa poi le attribuzioni riconosciute al Comitato di Vigilanza appaiono incomprensibili quelle di cui al punto b), così come appaiono speciosi i poteri di approvazione dei programmi di rinnovo/sostituzione degli arredi e delle attrezzature, visto che da nessuna parte risultano fissati i limiti, le entità ed i tempi. Quanto indicato nella elencazione dei punti dalla lettera a) alla lettera d), (che appunto riguardano attività decisionali) non si armonizza con i poteri di indirizzo e di programmazione. Sussiste nella sostanza una sorta di sovrapposizione con l'attività del responsabile della concessione che potrebbe preludere anche a conflitti di decisioni in particolare nei confronti del concessionario per ciò che attiene alle sanzioni.*

*Si ritiene che il contratto debba essere rimodulato nella direzione di meglio individuare i compiti dei due organi della concedente, soprattutto di*

*fissare modalità e criteri di controllo al responsabile della concessione al fine di non consentirgli poteri assoluti nei confronti del concessionario, tali per cui quest'ultimo debba temere abusi di potere o altro da spingerlo a trovare soluzioni di accomodamento fuori dalla regola del contratto. Si deve sottolineare in proposito che la normativa che disciplina l'istituto della concessione non prevede specificamente la figura del responsabile.*

*Durante tutta la fase dell'intervento e fino al collaudo (art. 29.2) il responsabile della concessione coincide con il RUP, per cui non sussistono problemi di competenza e di indirizzo. Mentre per il RUP, infatti, sono dettagliatamente indicati i poteri ed i limiti (vedasi art.8 del Regolamento sui LL.PP.) laddove appunto lo stesso, comunque, intrattiene rapporti funzionali e di delega della stazione appaltante ovvero con l'Amministrazione, il responsabile della concessione, per come sono state delineate le sue attribuzioni, appare essere l'unico soggetto dell'Amministrazione che nello schema di concessione, a seguito della istituzione della figura del responsabile, non appare più come tale nella veste di soggetto amministrativo. Il che confligge con il principio "di immedesimazione organica" laddove l'organo appunto rappresenta e riferisce all'Amministrazione.*

- 17) L'art. 32 e la sua declinazione nei paragrafi chiarisce che, in caso di sospensione del servizio per cause di forza maggiore, il concessionario si sarebbe attivato "tempestivamente al fine di mitigarne gli effetti". Il tutto previa una immediata comunicazione/relazione da inviarsi al concedente precisando: a) l'indicazione delle cause che hanno determinato l'evento; b) la descrizione dei servizi che non avrebbero potuto essere prestati e quelli che avrebbero potuto essere prestati parzialmente; c) la prevedibile durata dell'evento, degli effetti e rimedi che il concessionario avrebbe attivato. Le parti in contraddittorio avrebbero individuato le azioni comuni per mitigare gli effetti causati dalla forza maggiore e l'eventuale ripartizione dei costi

aggiuntivi. L'articolo del contratto in parola chiarisce infine che i canoni di disponibilità e di supporto sarebbero stati ridotti "secondo quanto previsto dall'art. 7.3 della presente convenzione".

*Premesso che nulla è detto circa i criteri di riparto dei costi, per cui non potranno non sorgere forti conflitti fra le parti, non sono chiarite modalità e criteri per mezzo dei quali le parti medesime debbono ricercare in contraddittorio azioni comuni per mitigare gli effetti dei danni. Ma l'aspetto più sconcertante del problema è quello della riduzione del canone. Ancorché sull'argomento si faccia rinvio all'art. 7.3 dello schema di contratto, tale articolo nulla dice anche se si fa rinvio al disciplinare di gestione. I conflitti e le controversie sono lì in attesa.*

*Si ritiene che rivedere e precisare i meccanismi di riparto dei costi e delle determinazioni dei canoni per mezzo delle interruzioni di forza maggiore sia indispensabile.*

- 18) Per "motivi di pubblico interesse" ovvero per comprovate "ragioni tecnico-logistiche" ai sensi dell'art. 33, il concedente avrebbe potuto procedere alla sospensione totale o parziale dei servizi. In questi casi il concessionario avrebbe avuto diritto ad una proroga della concessione (art.33).
- 19) Fra i motivi di risoluzione del contratto a cui il concedente avrebbe potuto far ricorso (art. 35) risultano citati i seguenti più significativi:
- a) Sospensione per oltre 30 giorni continuativi dello svolgimento dei servizi di supporto per fatti imputabili al concessionario o a terzi di cui il concessionario debba rispondere ai sensi di legge;
  - b) Frode da parte del concessionario o collusione con il personale del concedente o con terzi;
  - c) Sospensione per oltre 60 giorni continuativi della disponibilità dell'Ospedale per fatti imputabili al concessionario;

- d) Gravi violazioni che mettono in pericolo la funzionalità dell'Ospedale e/o che comportano l'effettuazione dei servizi con standard qualitativi inferiori a quelli stabiliti con il disciplinare di gestione. I singoli capitolati avrebbero definito il livello di gravità.

*Oltre al fatto che non è chiarito chi debba decidere la sospensione del servizio per motivi di pubblico interesse (il Magistrato ai sensi degli artt. 289 e 290 del c.p.p.?) non si vede in che maniera, a seguito della emersione di responsabilità da parte del concessionario, il servizio possa essere prorogato per tutto il tempo della concessione. Si ritiene che in questi casi il concedente Ospedale Niguarda avrebbe dovuto prevedere già nel contratto, non solo la eventuale risoluzione (circostanza non chiaramente specificata all'art. 35) ma anche il risarcimento dei danni nelle sue varie articolazioni. Inoltre non è chiarito nei casi di sospensione chi debba provvedere a ricercare un altro soggetto che effettui il servizio sostitutivo laddove il servizio medesimo risulti non rinviabile (ristorazione, smaltimento rifiuti ecc...).*

*È da segnalarsi infine, peraltro come avvenuto anche per altri articoli, come il contratto sottoscritto sia stato modificato in relazione a quello che era lo schema di gara sul quale erano state costruite le offerte delle imprese partecipanti. Come già detto in precedenza lo schema di contratto/capitolato non può essere sottoposto a modifiche tali da violare i principi delle condizioni generali e della "par condicio" iniziale. Nel caso concreto dell'art. 35 il contenuto risulta stravolto "in pejus" per il concedente ospedale perché:*

- a) Nel primo comma del contratto non è stata riportata la frase "qualora si verifici anche una sola volta" indicata nello schema;*
- b) La lettera a) del primo comma così recita: "fallimento, ammissione ad altra procedura concorsuale, accertata insolvenza o cessazione di attività del concessionario". Nel contratto la stessa lettera a) riporta: "reati*

accertati ai sensi dell'art. 118 del Regolamento". Premesso che il contenuto dell'art. 118 avrebbe già dovuto essere indicato nello schema di contratto, lacuna che si sottolinea, si ritiene che quanto indicato alla lettera a) non avrebbe potuto e dovuto essere eliminato in virtù proprio di una tutela della P.A. per le situazioni ivi richiamate;

- c) La frase indicata alla lettera b) "frode da parte del concessionario o collusione con il personale appartenente alla organizzazione del concedente o con terzi", risulta eliminata;
- d) I contenuti di cui alle lettere c) d) ed e) dello schema relativi al ritardo nella consegna dei progetti definiti ed esecutivi non risultano correttamente riportati alla lettera c) del contratto;
- e) La frase "sospensione per oltre 60 giorni consecutivi della disponibilità dell'Ospedale per fatti imputabili al concessionario e a terzi di cui il concessionario debba rispondere ai sensi di legge" di cui alla lettera f) non risulta riportata nella correlata lettera b) del contratto;
- f) I contenuti delle lettere i) ed l) sintetizzati nella lettera d) del contratto non risultano integralmente riportati. Mentre ripetono parzialmente quelli della lettera f), non indicano i tempi di sospensione dei servizi di supporto (30 giorni) e scompare la frase "i singoli capitolati definiscono le ipotesi in cui la violazione si considera grave al punto di comportare le conseguenze di cui al presente articolo";
- g) Mentre lo schema stabilisce, al comma 2, che la risoluzione del contratto avrebbe avuto luogo nelle ipotesi delle lettere c) d) e) f) g), laddove l'inadempimento comporti l'applicazione di una penale di importo superiore a quello massimo stabilito dall'art. 23 della convenzione (lettere c - d del contratto, la lettera g dello schema non sussiste) nel contratto è detto che: "nelle ipotesi di cui alle lettere c) e d) il concedente assegnerà al concessionario, mediante comunicazione in forma scritta, inviata per conoscenza ai finanziatori, un termine perentorio entro il

*quale il concessionario dovrà rimuovere le cause di risoluzione e far conoscere le proprie osservazioni”.*

*Come si può notare da ipotesi certe di risoluzioni si è passati ad ipotesi vaghe dipendenti dalle osservazioni di riscontro del concessionario e dalla discrezionalità di valutazione del concedente.*

20) È previsto che in caso di risoluzione del contratto (art. 36) per inadempimento del concessionario, gli enti finanziatori avrebbero potuto impedire la risoluzione designando entro 90 giorni dalla comunicazione del concedente “una società che subentri nella concessione in luogo del concessionario assumendone diritti ed obblighi”. Al riguardo si sarebbe proceduto alla sottoscrizione di un apposito verbale laddove si sarebbero regolati i rapporti economici per il recesso.

*Appare del tutto singolare, laddove si verificano situazioni di risoluzione del contratto, che gli enti finanziatori, in pratica l’Azienda Ospedaliera Niguarda e l’impresa aggiudicataria (in realtà la sola Azienda Ospedaliera può definirsi finanziatore in quanto con il canone di disponibilità viene restituito con gli interessi il capitale anticipato dall’appaltatore), visto che la costituenda società che avrebbe gestito la concessione è lo stesso aggiudicatario, possono designare una società “che subentri nella concessione in luogo del concessionario, assumendone diritti ed obblighi”. Come appare evidente la concessione per la riqualificazione dell’Ospedale Niguarda non è sorta per mezzo di soggetti promotori.*

*Come è noto, nella P.A., laddove un rapporto contrattuale dovesse risolversi, la P.A. medesima non può ricorrere ad una trattativa privata per sostituire il contraente uscente secondo l’istituto del RICONOSCIMENTO DI DEBITO, di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 262 e successive modificazioni ed integrazioni, nonché alla circolare del Ministero del Tesoro - R.G.S. n. 46 del 18 giugno 1975. Trattativa privata peraltro da*

*instaurarsi d'intesa con il medesimo soggetto giuridico con il quale era sorta la precedente convenzione e con il concordamento di altre ed ulteriori condizioni economiche da rinvenirsi sotto la spinta della necessità da parte dell'Ospedale di assolvere obbligatoriamente un servizio pubblico delicatissimo? In caso di risoluzione del contratto è di tutta evidenza che l'A.O. deve predisporre un altro bando di gara europeo per consentire il sub-ingresso di un altro soggetto che offra quanto meno le stesse soluzioni e condizioni economiche precedenti.*

*Al di là delle enormi difficoltà di impostare e predisporre un bando di gara con servizi di supporto già iniziati e funzionanti, oltre a quelli commerciali magari dati in affitto a soggetti terzi che, ove non si spuntassero le medesime condizioni economiche (circostanza quasi impossibile), l'Azienda Ospedaliera si troverebbe nella scomoda posizione di subire un danno patrimoniale sicuro, essendo la sua posizione di contraente debolissima e soggetta a tutte le condizioni vessatorie e ricattatorie che la controparte imporrà.*

*Se si assume per ipotesi la congruità dell'offerta della gara originaria basata sullo sfruttamento trentennale dei servizi di supporto, a tariffe commerciali, è difficilissimo sperare di spuntare le medesime condizioni con una durata di pochi anni..... E, ipotesi non peregrina, il concessionario, società appositamente costituita dal soggetto finanziario aggiudicatario, potrà surrettiziamente creare tutte quelle condizioni per risolvere il contratto per poi ottenerne un altro a condizioni più remunerative essendo bene a conoscenza della posizione di monopolio riconosciuta dall'art. 36 del contratto. Senza dimenticare poi gli enormi problemi connessi alle valutazioni economiche e patrimoniali per la sistemazione degli affari sospesi. In tale quadro valutativo, per i problemi prima ricordati, il concessionario non avrà alcun interesse alla implementazione informatica né a quella dell'ammodernamento degli impianti, strutture ed apparecchiature.*

*Il concedente ospedale in caso di risoluzione del contratto non potrà vantare diritti circa il mancato aggiornamento delle strutture.*

*La situazione sopra rappresentata, anche se in forma astratta, avrebbe dovuto essere meglio considerata dall'Azienda Ospedaliera e più approfondita ed analizzata al fine proprio di non consentire l'introduzione dei contenuti dell'art. 36.*

21) Le controversie sarebbero state regolate da un Tribunale Arbitrale ai sensi dell'art. 32 della Legge.

*Appare effettivamente singolare come per un appalto di opere pubbliche in concessione di costruzione e gestione così importante, per la composizione delle controversie sia stato previsto il ricorso alle camere arbitrali ovvero "amichevolmente" tra le parti ovvero ancora ad un arbitro nominato di comune accordo. L'art. 3 comma 23 della Legge Finanziaria 2008 ha soppresso, come già ricordato, il ricorso agli arbitri imponendo alla materia la giurisdizione ordinaria. Il contratto, anche per tale novità normativa dovrebbe essere modificato.*

## 22) SERVIZI COMMERCIALI

Un discorso a parte merita la concessione dei servizi commerciali. Lo schema di contratto circa gli spazi a ciò destinati fa rinvio a quanto stabilito con il progetto preliminare, il quale prevedeva l'attività di bar e caffetteria, nonché il servizio di gestione della ristorazione per esterni (art. 26) oltre al già citato parcheggio a tariffa di cui si è detto.

*Dall'allegato 5 "disciplinare di gestione" – capitolo 7 -, allegato al contratto (non è stato esibito quello allegato al capitolato) invece, si è accertato che il concessionario avrebbe potuto svolgere oltre ai tre servizi*

sopra indicati (parcheggio, bar-caffetteria e ristorazione per esterni, peraltro quest'ultima poi specificata come ristorazione self-service) anche altri come l'esercizio di un'edicola e "altri servizi commerciali". Tali ultimi sarebbero stati individuati dal concessionario in libreria, fioreria, mini-market di generi alimentari e non, vendita di articoli sanitari per l'igiene della persona, baby parking ecc... ecc.

*Il disciplinare di gestione definisce con sufficiente dettaglio le modalità di svolgimento delle attività commerciali. Le utenze sarebbero state a carico del concessionario, così come lo smaltimento dei rifiuti.*

*Oltre a modeste imperfezioni indicate nel disciplinare, non si comprendono i significati delle allocuzioni, relativamente al bar, "i prodotti venduti dovranno avere il preventivo gradimento del concedente", e per l'edicola "il concessionario dovrà comunque sottoporre al gradimento del concedente i prodotti in vendita".*

*Si ritiene che l'Azienda concedente debba chiarire la portata di tali richieste, eventualmente con opportune rettifiche; in particolar modo per l'edicola, potrebbero sussistere situazioni di censura non contemplate dalla normativa vigente.*

*Ma al di là del merito della tipologia dei servizi commerciali dati in concessione, che sicuramente rientrano fra quelli previsti dal comma 2 dell'art. 19, in quanto "strutturalmente e direttamente collegate" ai LL.PP. dell'intervento "sussistono forti dubbi per la concessione di quei servizi" non strutturalmente e direttamente collegati all'opera, vale a dire lavanderia, pulizia, ristorazione, rifiuti, servizi informatici. Gli stessi, infatti, sono strutturalmente e direttamente collegati all'Ospedale inteso quale luogo di assistenza e non già al fabbricato costruito dal concessionario.*

*Si ritiene che nella fattispecie si tratti di un contratto di "Global Service" collegato ad una concessione di sola costruzione, per il quale, a parere del redigente, si sarebbe dovuto procedere ad una apposita gara separata. Di ciò si dirà nel prosieguo del presente paragrafo.*

### 3) LETTERA DI INVITO

Al termine della scadenza di presentazione, come risulta dalla delibera n. 665 del 25-8-04, supportata da n. 4 verbali di ricezione e apertura dei plichi, facevano richiesta di partecipazione numero 10 ATI. Con la medesima delibera l'A.O. riteneva ricevibili tutte le 10 richieste. Con la delibera n. 687 del 26-8-2004 veniva approvato lo schema della lettera di invito (all. n. 95). Le imprese venivano invitate con lettere in posta celere A.R. del 1°-9-04. Con la stessa lettera le imprese erano autorizzate anche a:

- a) Partecipare ad un incontro di presentazione del progetto in data 9-9-2004;
- b) Effettuare il prescritto sopralluogo entro 10 giorni data.

Le offerte sarebbero dovute pervenire all'Amministrazione dell'Azienda Ospedaliera entro le ore 9.30 del 9-11-04, ossia dopo 60 giorni dalla data di presentazione del progetto e 69 giorni dalla data di invio della lettera di invito.

Considerata la complessità della concessione, ivi compreso l'asseveramento del PEF da parte di un istituto di credito, a parere del redigente, i 60 giorni concessi alle imprese concorrenti non possono ritenersi congrui e possono aver costituito un oggettivo impedimento per favorire la più ampia concorrenza. Di ciò si dirà nel prosieguo dell'aggiudicazione.

Per quanto sopra si ritiene che: 1) ancorché facoltativo (la normativa non lo prevede) l'incontro di presentazione del progetto non possa costituire un elemento di "par condicio" per tutte quelle imprese che hanno domicilio lontano dalla stazione appaltante, in particolare per quelle non italiane che, per motivi logistici, avrebbero avuto problemi a recarsi solo in quel giorno particolare a Milano. Il progetto e la documentazione di gara debbono comunque essere sempre intelligibili. E, solo sulla scorta del loro esame e del sopralluogo delle aree, i partecipanti avrebbero potuto richiedere alla stazione appaltante tutti gli eventuali chiarimenti. Durante la presentazione del progetto

e della documentazione di gara, peraltro, non sarebbero state ammesse richieste di chiarimenti (art. 1 disposizioni generali della lettera di invito); 2) non essendo stato nominato all'avvio della procedura della scelta del contraente il Direttore dei Lavori, per cui manca l'attestazione di cui all'art. 71, comma 1 del Regolamento, non si comprende in che maniera e secondo quali modalità abbia potuto aver luogo non solo la presentazione del progetto preliminare, ancorché facoltativa, ma soprattutto il sopralluogo di cui al succitato art. 71 comma 2.

La lettera di invito, sulla scorta dei punteggi già indicati nel bando e, fermo restando quelli fissati in generale che hanno costituito l'elemento di informazione, introduce ulteriori criteri di attribuzione, in particolar modo per gli elementi quantitativi di cui al punto 2.03.

I 300 punti previsti, inizialmente attribuiti tutti al "livello iniziale tariffe/canoni e criteri di aggiornamento" vengono frazionati in:

- 5 punti al ribasso sulle tariffe del parcheggio poste a base di gara per le prime 4 ore e criteri di aggiornamento;
- 5 punti al ribasso sulla tariffa massima del parcheggio;
- 95 punti per il ribasso offerto sul canone di disponibilità;
- 195 punti "per il ribasso offerto in relazione al valore dell'importo del corrispettivo (calcolato su base annua) per i singoli servizi di supporto oggetto di concessione nella situazione a regime, a valore deflazionato 2004, non comprensivi di IVA, posto a base di gara, così come desunto dal piano economico finanziario (punti differenziati per singoli servizi come indicato nella tavola 2 che segue".

In relazione a ciò, mentre si ritiene per motivi di chiarezza, trasparenza e completezza che il 'suindicato dettaglio avrebbe dovuto essere riportato già nel bando, si deve osservare che:

- La base di gara di cui al bando (come già osservato in altra parte della relazione) non indicava il valore del canone o dei canoni di supporto. Tale

grave lacuna, a parere del redigente, costituisce elemento di annullabilità della gara e può aver costituito una notizia fuorviante per i potenziali partecipanti. Il bando, si ricorda, poneva a base di gara solo il valore dell'intervento della qualificazione dell'Ospedale, in violazione quindi degli elementi di trasparenza previsti dall'art. 5 del Regolamento;

- Il ribasso richiesto ai concorrenti avrebbe dovuto riguardare ogni singolo servizio e non già l'intero canone di supporto come indicato nel capitolato. Pur se è vero che il canone di supporto è costituito dall'importo di più servizi, al fine di fornire più trasparenza, sarebbe stato opportuno precisarlo già nel bando, peraltro come previsto dalla normativa citata (combinato disposto art. 21, comma 2, lettera b), art. 19, comma 2 e art. 91 comma 3). Per effetto di ciò sussistono forti dubbi circa la natura di appalto in concessione. A parere del redigente nella fattispecie si tratta di concessione di costruzione con sfruttamento della struttura per alcuni casi ma di "un appalto in Global Service per gli altri". Si fa rinvio alla trattazione dell'argomento in altra parte della presente relazione;
- La suddivisione dei punteggi del canone di supporto (punti 195) distinta per ogni servizio ed identificata fra gli elementi quantitativi così come indicato nella lettera di invito (all. 95) non appare congrua e coerente con l'art. 91 del Regolamento, in quanto non correlata all'incidenza dei relativi importi. Unico elemento quantitativo a cui è possibile rapportare i punteggi. In particolare risulta fuori rapporto il punteggio di 15 punti su 195 della gestione calore per la quale a fronte di un impegno finanziario presunto di € 4.034.874 su € 21.779.500 si sarebbero dovuti attribuire 36 punti. Tranne per l'informatica e lo smaltimento dei rifiuti i cui punteggi sono correttamente calcolati, per tutti gli altri sono stati attribuiti punteggi in proporzione più elevati non giustificabili ed anche illogici. Alla pulizia per esempio, il cui peso è pari ad € 6.024.436 sono stati attribuiti 60 punti in luogo di 54, così come per la manutenzione dei fabbricati a cui sono stati

assegnati 20 punti a fronte di un onere di € 1.702.815, mentre ne avrebbero dovuto essere attribuiti 15.

Trattandosi della ricerca, nel caso specifico, dell'offerta economicamente più vantaggiosa, appare in tutta la sua evidenza che ove la costruzione della determinazione della offerta dovesse dipendere dai punteggi non congrui dei canoni di supporto ci si potrebbe trovare di fronte anche all'aggiudicazione di un'offerta meno vantaggiosa. Di ciò si dirà allorquando si esaminerà il verbale della Commissione.

Si riportano i corretti punteggi che avrebbero dovuto essere attribuiti ai singoli servizi:

Servizio	Importo in Euro	Punteggio Lettera Invito	Punteggio Proporzionale	Arrotondam.	Differenza
Manut. Impianti	1.959.367	20	17,54	18	+ 2
Manutenzione Fabbricati	1.702.815	20	15,24	15	+ 5
Lavanderia	1.431.219	15	12,81	13	+ 2
Pulizia	6.024.436	60	53,94	54	+ 6
Mensa e Ristoraz.	4.942.171	50	44,25	44	+ 6
Gestione calore	4.034.874	15	36,13	36	- 21
Informatica	1.111.140	10	9,95	10	---
Rifiuti	573.469	5	5,13	5	---
Totale	21.779.491	195	194,99	195	0

Inoltre, premesso che le offerte avrebbero dovuto essere predisposte al ribasso sui prezzi di canoni già predeterminati con il PEF dal concedente, posto a base di gara e sottoposto comunque in visione ai partecipanti, lascia forti perplessità la richiesta ai medesimi partecipanti di presentare nell'offerta tecnica "documento n. 3" un ulteriore proprio Piano Economico Finanziario,

peraltro "asseverato da uno dei soggetti indicati dall'art. 37 bis, comma 1, della Legge 109/94". E ciò anche in assenza assoluta della verifica di congruità delle offerte. Circostanza che, come già osservato durante l'esame del bando di gara, lascia perplessi in relazione all'importanza ed alla mole economica della concessione. L'assenza della verifica dell'offerta associata alla mancata indicazione dei criteri di revisione e aggiornamento del canone, avrebbero consentito al concessionario di pilotare le proprie richieste di posizionamento dell'equilibrio economico-finanziario senza alcun contrasto o opposizione per totale carenza di riferimenti.

Come emerge dalla procedura il PEF predisposto dall'Azienda che avrebbe comunque dovuto costituire parte integrante del progetto preliminare e del capitolato, di fatto, risulta superato da quello dei soggetti partecipanti ed in particolare dall'aggiudicatario. A questo punto, visto poi che i prezzi dei servizi indicati nel PEF del Niguarda non risultano recepiti nella totalità, se non addirittura modificati, non si giustifica il motivo della sua predisposizione. Come già segnalato nell'esame del bando di gara la richiesta ai partecipanti di un PEF asseverato da un istituto di credito è da ritenersi del tutto illegittima, perché prevista e motivata (ancorché giustificata dall'art. 37 bis) solo nel caso in cui l'attivazione della concessione fosse stata promossa dai soggetti di cui al comma 2, appunto, dell'art. 37 bis della Legge, cioè da soggetti di diritto privato c.d. "promotori che avessero presentato all'Amministrazione giudicatrice proposte relative alla realizzazione dei LL.PP. o di lavori di pubblica utilità, inseriti nel piano triennale". Poiché nella concessione in trattazione soggetto finanziatore, anche se inizialmente ma successivamente per intero, è lo stesso concedente a cui è fatto obbligo appunto della predisposizione di un progetto preliminare comprensivo del PEF (comma 1 art. 55 del Regolamento), quanto richiesto ai concorrenti appare non in linea non solo con la "ratio" e con la sostanza pratica della concessione, ma anche e soprattutto perché viola i requisiti per la partecipazione. L'asseveramento da parte di un istituto di credito del PEF,

peraltro come già spiegato, non richiesto, (forzando la normativa nel tentativo di recuperare un minimo di motivazione e giustificazione) non supera il principio di cui al comma 1 dell'art. 85 del Regolamento sui LL.PP., circa la dimostrazione da parte dei partecipanti del possesso delle risorse economiche e finanziarie necessarie a coprire i costi dell'investimento. E ciò indipendentemente dalle cauzioni e dalle garanzie richieste con il bando di gara di cui al paragrafo III.1.I. Queste sono richieste in generale sempre per tutti gli appalti pubblici.

Ma l'aspetto più contraddittorio della lettera di invito è quello correlato (sempre in relazione al PEF) alla richiesta dell'A.O. concedente circa la necessità di specificare nella relazione illustrativa ai canoni dei servizi, "l'analisi dei costi ed il sistema *PRICING* con l'indicazione del prezzo unitario per driver offerto in relazione ai differenti servizi". Il tutto però senza richiedere le modalità ed i criteri di revisione del canone. Tale mancanza conduce a chiedersi, dei due PEF in possesso del concedente (il primo posto a base del bando oppure quello dell'aggiudicatario), quale sarebbe stato recepito negli atti contrattuali?

Il punto di domanda e la correlata contraddizione sono superati direttamente nella maniera più drammatica e cioè con la omissione della indicazione di alcun criterio di aggiornamento del prezzo. E ciò sia nel contratto (all. 96) che nei suoi allegati. Il contratto, infatti, si compone di numero 9 documenti annessi denominati "allegati". All'allegato n. 7 "tabella recante la stima degli importi relativa ai canoni trimestrali da corrispondere in relazione ai servizi di supporto per la fase I e per la fase II" (allegato n. 92 della presente relazione), risulta indicato il solo calcolo inflazionato ma non si fa nessun riferimento ai criteri di rideterminazione in caso di revisione per la ricerca dell'equilibrio economico finanziario. Come già osservato in precedenza circa la mancanza di riferimenti oggettivi del PEF predisposto da FINLOMBARDA, anche nei PEF richiesti alle imprese partecipanti persiste la medesima mancanza di riferimento per il riequilibrio economico-finanziario.

Il redigente, al fine di ricercare notizie e conferme utili al problema ha proceduto in via preliminare ad esaminare l'offerta del concessionario (allegato n. 9 del contratto). Dalla stessa (all. 104 e 105 della relazione - rispettivamente "OFFERTA" e "PEF") non emergono dati o notizie da cui ripartire per l'aggiornamento dei canoni di supporto. L'offerta ha previsto un ribasso del 5,837% sui corrispettivi posti a base di gara, mentre il PEF riporta i canoni senza che fosse specificata la base di partenza per la costruzione dei singoli importi iniziali.

Impropriamente lo schema di contratto per la risoluzione del problema fa rinvio a meccanismi disciplinati dai singoli capitolati prestazionali. Come già accennato, sulla base di quelli definitivi sottoposti in visione, tali aspetti ed argomenti non risultano né trattati né disciplinati.

Con la delibera n 819/2004, a seguito di quesiti, ulteriori sopralluoghi delle imprese e con espresse richieste di proroga, l'A.O. spostava il termine di scadenza di presentazione delle offerte dal 9 al 29-11-2004.

#### **4) AGGIUDICAZIONE**

Preliminarmente alle operazioni di esame delle offerte, l'A.O., con la delibera n. 987 del 25-11-2004, procedeva alla nomina della Commissione Giudicatrice (combinato disposto art. 21, comma 5, 6, 7 e 8 della Legge e art. 92, comma 2, del Regolamento). Tale nomina avveniva regolarmente dopo la data fissata per la presentazione delle offerte stabilita al 23-11-2004, rispettando così il contenuto del comma 7 dell'art. 21 della Legge.

Si è verificata la procedura e la correttezza della nomina della Commissione. Essa, ai sensi del comma 6 dell'art. 21 della Legge e art. 93 del Regolamento, avrebbe dovuto essere composta da un numero massimo di 5 membri, esperti nelle "specifiche materie cui si riferiscono i lavori". Il Presidente avrebbe dovuto essere prescelto "da un dirigente dell'Amministrazione giudicatrice o dall'Ente aggiudicatario".

Nel merito della scelta dei componenti della Commissione si devono avanzare, in primo luogo, fortissimi dubbi circa la legittimità della nomina del Presidente dott. Corradini Luigi, Direttore Amministrativo dell'Azienda. A parere del redigente, e sulla scorta non solo del comma 5 dell'art. 21 della Legge (che vuole Presidente della Commissione un dirigente dell'Amministrazione), ma soprattutto della giurisprudenza, sussiste una chiara incompatibilità tra il ruolo di Presidente della Commissione e la funzione ed il ruolo di Direttore Amministrativo quale vertice dell'Azienda. Il Dott. Corradini, nella sua qualità di D.A., non è dirigente organico della struttura organizzativa dell'Azienda. Egli, ai sensi del D.L.vo 502/72 è un soggetto di fiducia nominato dal D.G. e concorre, con il suo parere obbligatorio, a porre in essere tutti gli atti dell'Amministrazione dell'Azienda. Gli atti della sua attività di Presidente della Commissione sono sottoposti, con il suo concorso, alla approvazione del Consiglio di Direzione di cui fa parte. Il Dott. Corradini si è venuto a trovare nella posizione di approvare gli atti che lui stesso ha prodotto quale Presidente della Commissione, ma soprattutto che aveva concorso a porre in essere ed adottato quali atti preparatori della gara d'appalto (scelta del progettista, scelta del consulente per la predisposizione del PEF, concorso ed approvazione del capitolato, concorso ad approvazione della lettera di invito, approvazione delle risposte fornite ai partecipanti a seguito di quesiti, approvazione dei requisiti di partecipazione, nomina della Commissione ecc...). In sostanza è venuta a mancare l'esigenza di terzietà che la "ratio" della Legge richiede alla Commissione ed in particolare per il Presidente. A quest'ultimo, peraltro, e in presenza di determinati presupposti, è riconosciuto pieno titolo per l'annullamento e la revoca d'ufficio delle operazioni e degli atti adottati dalla Commissione prima dell'approvazione da parte della Direzione dell'Azienda (sentenza n. 561/98 Consiglio di Giustizia Amministrativa - Regione Sicilia). Il principio della Sentenza viene ricavato soprattutto dal Decreto Legislativo 29/93 e successive ii. e mm., il quale sancisce la separazione dei poteri tra l'organo elettivo a cui spetta l'attività di

indirizzo e di controllo ed i poteri dei dirigenti a cui sono affidati i compiti di gestione amministrativa diretta. Nella fattispecie, appare del tutto pacifico che gli organi di direzione dell'A.O., svolgendo proprio attività di indirizzo e di controllo sono assimilabili agli organi politici, per cui l'analogia del principio è senz'altro estesa. A conferma e conforto della incompatibilità del D.A. quale Presidente della Commissione di Aggiudicazione soccorre la sentenza TAR Puglia, Bari – Sezione I – numero 394 del 28-1-2003 che tra l'altro così recita: “il Dirigente Amministrativo (ammesso per sola ipotesi di scuola che il D.A. fosse assimilato ad un Dirigente n.d.r.) che svolga o abbia svolto qualsiasi funzione o incarico tecnico o amministrativo in relazione all'appalto oggetto di una procedura, ivi compresa l'adozione di atti preparatori, versa in una condizione soggettiva di assoluta incompatibilità ad assumere l'Ufficio di componente o presidente della Commissione Giudicatrice”. La sentenza nella sua ampia articolazione ricorda che: “il consolidato orientamento è inteso a scongiurare la possibilità che un unico soggetto ricopra più ruoli giuridicamente connessi a funzioni diverse”. Il doppio ruolo del Dott. Corradini appare indubbio. Più oltre la sentenza, nel merito, chiarisce che: “si può ritenere sussistere una ipotesi di incompatibilità ogni qualvolta possa emergere un conflitto di interessi dovendo il funzionario procedere a valutare su una attività del medesimo in precedenza espletata”..... “sicchè anche la previa adozione di atti preparatori (indizione gara, approvazione del bando e della lettera di invito, nonché la nomina della Commissione) identifica una situazione giuridica di incompatibilità oggettiva e soggettiva ad assumere la qualità di Commissario (Componente o Presidente)”.

Per quanto sopra illustrato non vi sono dubbi sulla illegittimità della nomina del D.A. Dott. Corradini a Presidente della Commissione Giudicatrice dell'appalto in concessione del nuovo Ospedale.

Circa poi la nomina degli altri quattro membri (da prescegliersi fra:  
a) professionisti con almeno 10 anni di iscrizione nei rispettivi Albi professionali, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte dagli Ordini

Professionali; b) professori universitari di ruolo, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte dalle facoltà di appartenenza; c) funzionari tecnici delle stazioni appaltanti, nell'ambito di rose di candidati proposte dalle amministrazioni medesime, è da sottolinearsi quanto segue: 1) trattandosi nella fattispecie di una Commissione che avrebbe dovuto giudicare e la qualità e la congruità dei progetti definitivi ed esecutivi per la costruzione di un nuovo ospedale, nonché l'esercizio di attività gestionali, economiche e commerciali, oltre che aspetti economico-finanziari, è di tutta evidenza che gli esperti avrebbero dovuto essere prescelti fra gli ingegneri ed architetti e i docenti di economia aziendale e soggetti conoscitori di problematiche di servizi economici; 2) considerata appunto la eterogeneità e la specificità delle materie, la valutazione delle offerte non avrebbe potuto e dovuto essere effettuata con giudizio soggettivo di ogni singolo valutatore con il "sistema a coppie". Tale sistema, come è noto, è ottimo e rispondente alle esigenze di raffronto solo se l'oggetto di valutazione avesse riguardato una sola materia omogenea o simile. L'ingegnere e l'architetto, per esempio, avrebbero valutato con competenza specifica i progetti definitivi ed esecutivi della costruzione del manufatto e delle materie connesse (manutenzione, impiantistica ecc...) ma nessuno o uno scarso contributo specifico di esperto avrebbero potuto offrire nelle valutazioni economico-finanziarie o economiche e commerciali. I loro giudizi su materie esulanti dalla loro specifica professionalità non avrebbero potuto contribuire a determinare la vantaggiosità economica delle offerte. Eppure con il sistema di valutazione "a coppie" il singolo professionista in questione è stato chiamato a valutare comparativamente due offerte alla volta con l'obbligo di fornire punteggi di qualità con una professionalità e con un livello discrezionale elevatissimi per ognuna di esse anche in materie per lui addirittura sconosciute. Così dicasi per il docente di economia aziendale e per il D.A. chiamati a formulare valutazioni e giudizi nel campo ingegneristico, architettonico e tecnico.

L'Azienda Ospedaliera, inoltre, in violazione della lettera c) del comma 6 dell'art. 21, in luogo di un funzionario tecnico da scegliersi all'interno della propria amministrazione sceglieva un medico, in una rosa di tre richiesta all'Ordine dei Medici Chirurghi ed Odontoiatri di Milano. Mentre si deve osservare la clamorosa violazione della legge, non può non rilevarsi come ad un medico chirurgo o ad un odontoiatra venga richiesto un giudizio valutativo, peraltro su due offerte alla volta, in comparazione su argomenti di natura lontanissima dalla sua cultura professionale (vedansi gli allegati al n. 100).

Una siffatta Commissione Giudicatrice avrebbe potuto avere una sua validità, un significato ed un ruolo solo laddove avesse proceduto con un sistema di valutazione, anche a coppie, ma congiunto di tutta la Commissione e con l'apporto delle quote delle specifiche professionalità di ogni componente. Si sarebbe ottenuta una valutazione complessiva quantomeno omogenea per ogni offerta comparata con l'altra. Così non è stato e, come si dirà in seguito, ma come appare già intuibile, la valutazione non ha potuto avere quella obiettività e qualità di giudizio richiesta per un appalto così importante.

È di tutta evidenza che nel contesto della valutazione in questione il metodo AGGREGATIVO COMPENSATORE con il "confronto a coppie" non avrebbe mai potuto rispondere alle esigenze della scelta per la determinazione della migliore offerta, stante proprio la improbabile onnicomprensività di esperto competente di ogni singolo componente della Commissione.

L'allegato B del DPR 554/99, relativamente ai metodi di scelta dell'offerta più vantaggiosa indica diverse soluzioni (cinque) e di due di queste ne dettaglia anche il procedimento. Il primo, quello appunto "aggregativo compensatore" a cui ha fatto ricorso l'A.O., che, come si è visto, non è rispondente al tipo di appalto in questione e il c.d. metodo "ELECTRE"

che probabilmente, con il contributo simultaneo di tutta la Commissione, avrebbe portato ad individuare in maniera più oggettiva la migliore offerta.

Anche sulle modalità di scelta dei componenti della Commissione si ritiene che l'A.O. non si sia attenuta a quanto indicato nel citato comma 6. Anzitutto non appare giustificabile la richiesta dell'esperto di economia aziendale alla sola Università di Parma, quando l'appalto si svolge a Milano. La lettera b) del comma 6 parla di "rose di candidati proposte dalle Università di appartenenza". E di appartenenza ovviamente si fa riferimento alla facoltà di cui alla qualificazione accademica dell'esperto. È esclusa quindi la possibilità di richiedere ad una sola Università una rosa appena di tre nomi. È evidente che la specificazione della "Facoltà di appartenenza" voglia significare più rose di esperti provenienti da più Università tali da costituire un elenco da cui poi poter sorteggiare il componente della Commissione. Il più lontano possibile da ipotetici interessi del committente. Conforta in ciò il comma 2 dell'art. 92 del Regolamento che così recita "Ai fini del sorteggio .....il RUP predispone un elenco di TUTTI i nominativi proposti dagli Ordini Professionali delle Facoltà universitarie e della stazione. Qualora entro 30 gg. non siano pervenuti i nominativi, la stazione appaltante può scegliere i commissari a propria discrezione nell'ambito dei soggetti inadempienti". Tale interpretazione risulta poi confermata dall'impostazione del medesimo articolo del nuovo codice degli appalti di cui al D.L.vo 163/2006. Una lista di tre nomi non può ritenersi sufficiente a fornire garanzie e certezze di terzietà ed estraneità dei componenti.

Ciò posto e, con tutte le conseguenze che ne potranno derivare, non può non rappresentarsi la singolarità, oltre che la illegittimità, infine, della nomina quale consulente sia della stazione appaltante Niguarda che della Commissione di Giudicazione della Società Sviluppo Sistema Fiere avvenuta con la delibera n. 991 del 26-11-2004 (vedasi allegato n. 99 e seguenti). Poiché la Commissione "ope legis" deve essere composta da "membri esperti nella specifica materia cui si riferiscono i lavori", non si vede a che titolo

l'A.O. abbia fatto ricorso ad un soggetto esterno con esperienza nell'ambito delle grandi opere "costituita nel 2001 dalla Fondazione Fiera di Milano allo scopo di seguire la trasformazione dell'intero sistema fieristico milanese, ovvero la realizzazione del Nuovo Polo nell'area dell'ex raffineria AGIP Petroli di Rho-Però ed il concorso per la riqualificazione dell'intero quartiere fieristico milanese".

Premesso che in astratto, a fronte di specifiche difficoltà della Commissione, dichiarate e riconosciute (circostanza che contraddirebbe la qualifica di esperti della Commissione), l'A.O. avrebbe potuto (soltanto però per quegli aspetti individuati quali difficili e complessi), anche provvedere a supportare la Commissione con ulteriori esperti esterni, nel concreto, però, la nomina ha assunto una specifica singolarità laddove l'A.O. "motu proprio" addirittura, prima dell'insediamento della Commissione, riteneva che questa avrebbe avuto bisogno di assistenza e consulenza "per l'espletamento della procedura concorsuale al fine di consentire un corretto fluire e sviluppo nel processo di valutazione, la cui professionalità verrà messa a disposizione della Commissione Giudicatrice". L'attività della consulenza avrebbe dovuto attenersi:

- "Preparazione di un documento con punti da approfondire per la stazione appaltante;
- Presa visione del progetto posto a base di gara;
- Assistenza alla identificazione e preparazione di una procedura interna di lavoro che regoli metodologicamente le attività operative di supporto ed istruttoria tecnica;
- Individuazione delle tempistiche necessarie allo sviluppo delle varie fasi della procedura di valutazione ed assistenza nella preparazione del macro-planning utile a mantenere il target temporale prefissato per l'aggiudicazione definitiva;
- Identificazione della metodologia per l'istruttoria tecnica attraverso l'individuazione, per ogni elemento qualitativo di valutazione, di una serie

di punti chiave utili all'analisi tecnica, che saranno finalizzati alla predisposizione di tabulati di descrizione sintetica dei progetti, sulla base degli elementi qualitativi indicati nella documentazione di gara, ad uso della Commissione. Tali punti saranno individuati attraverso l'approfondimento con le strutture tecniche della stazione appaltante;

- Eventuale assistenza nella preparazione dei formati da utilizzarsi da parte dei Commissari per la valutazione”.

Come appare evidente l'attività della consulenza ricalca pedissequamente quella tipica della Commissione di Giudicazione i cui componenti, proprio perché esperti, non avrebbero mai dovuto richiedere pareri a soggetti esterni che, ancorché anche professionalmente validi, nulla avevano da insegnare alla Commissione. Tanto più che lo stesso Regolamento dei LL.PP., agli allegati A e B, stabilisce precise modalità di percorso per i processi valutativi delle offerte. Ma soprattutto già il capitolato e la lettera di invito avevano dettato tutti i criteri da seguire per pervenire all'aggiudicazione.

È singolare, infine, come anche l'improbabile supporto del consulente non abbia minimamente scalfito, ovvero offerto possibilità per il superamento del muro della impossibile onnicomprensività di competenze specifiche dei singoli componenti della Commissione.

A meno che il soggetto appaltante, impropriamente, non abbia voluto porre in essere una attività di controllo di metodo e di merito con indirizzi propri nell'intento di condizionare i lavori della Commissione; una sorta di occhio invisibile che tutto osserva. Ipotesi questa supportata anche dal fatto che la stazione appaltante Niguarda, peraltro come ricordato anche nel verbale numero 2/riservato del 3-12-2004 della Commissione Giudicatrice, voleva “mettere a disposizione” della Commissione medesima l'attività di consulenza di NEC S.P.A. e FINLOMBARDA S.P.A.. Soggetti cioè che avevano partecipato attivamente alla predisposizione dei progetti e di tutti gli atti di

gara (P.E.F. capitolati ecc...). Consulenti illegittimi fortemente voluti, senza concorrenza, dalla Direzione Aziendale.

Ancorché la collaborazione delle due società fosse stata rigettata, non si comprende, poi, in che maniera sarebbero state retribuite e sulla base di quale normativa. Ma tant'è!

Se su argomenti specifici di particolare difficoltà vi fosse stato bisogno del parere di esperti esterni la Commissione avrebbe potuto legittimamente inoltrare richiesta alla stazione appaltante. La quale, se vi avesse provveduto, anche con perplessità, non sarebbe incorsa in illegittimità così grossolane. Se invece, come appare nel caso di specie, gli esperti sono stati nominati per fornire consulenza alla stazione appaltante, si ritiene che l'incarico sia da considerarsi del tutto illegittimo in quanto riguardante attività già rassegnata ad un soggetto istituzionale a ciò preposto ancorché straordinario e temporaneo come la Commissione Giudicatrice. Contro il quale, laddove fossero derivate anomalie o nocumenti per atti illegittimi, ovvero disposti contro gli interessi della P.A., l'A.O., forte del potere di autotutela, avrebbe potuto benissimo annullare. Peraltro, sulla base dell'attività svolta dagli esperti della Società Sviluppo Sistema Fiera S.P.A. (trattasi di una tabella sinottica del lavoro che avrebbe svolto priva di qualunque valore scientifico e/o specialistico - vedasi all. 99/7 e 99/8 e sottoposta in visione al redigente) nessun contenuto tecnico innovativo è stato apportato. Si allega anche la convenzione per opportuna conoscenza (all. 99/3).

Ma l'aspetto più paradossale della vicenda è quello per cui il contenuto del lavoro del consulente, peraltro non portato a termine, vedasi all. n. 99/3, oltre a non essere stato utilizzato dalla A.O., ovvero dalla D.G. (nè poteva esserlo visti i limiti di azione in materia della Direzione del Niguarda), non è mai stato oggetto di cenno da parte della Commissione giudicatrice nei suoi verbali, oppure di un utilizzo quale strumento di lavoro. Si ritiene, ancorché il lavoro non sia stato portato completamente a termine (ma a chi

servirà?) vista la sua inutilità, al di là della illegittimità prima segnalata, che il relativo onere di € 12.090 (10.075+IVA) liquidato con mandato del 1°-9-2005 n. 7948 (fattura n. 4 dell'11-02-05 – allegato n. 99/9 – 99/10 e 99/11) abbia costituito un danno patrimoniale per l'Azienda.

Per tutto quanto sopra emerso si ritiene che:

- a) la Presidenza nella commissione del Dott. Corradini, Direttore Amministrativo, è da ritenersi illegittima con tutti gli effetti che ciò potrà comportare;
- b) la nomina dei componenti della Commissione giudicatrice non è stata modulata secondo il dettame della normativa vigente e pertanto in mancanza dei requisiti, è da ritenersi non idonea a valutare;
- c) fa testo in proposito la Sentenza TAR Campania – Sez. VIII – Napoli – sentenza 9 agosto 2006, n. 7916 secondo cui “determina il travolgimento dell'intera procedura la violazione dell'art. 21 della L. 109/94 e successive mm. e ii., che prevede al comma 5 che la Commissione è presieduta da un Dirigente dell'Amministrazione o dell'Ente aggiudicatore e al comma 6 che i commissari sono scelti mediante sorteggio tra gli appartenenti alle seguenti categorie....”, nonché la violazione dell'art. 92 del D.P.R. 554/99 e successive modifiche attrattive.

In ultimo, la presenza del RUP dott. Noschese in seno alla Commissione, con funzioni di Segretario Verbalizzante, in maniera ancora più evidente della posizione del D.A., ancorché senza potere decisionale, ha costituito in assoluto un elemento di non regolarità della procedura, non solo per le stesse ragioni addebitate al dott. Corradini (il doppio ruolo di Presidente e D.A.), con la sentenza citata, ma anche perché lo stesso, nella vicenda istruttoria e nella procedura preliminare dell'intera concessione, ha rivestito proprio quel ruolo che la normativa e la giurisprudenza hanno cercato in ogni modo di tenere fuori dalla Commissione giudicatrice. L'incompatibilità appare inequivocabile. Soccorre in proposito anche (ancorché riferita al Presidente della Commissione e non al Segretario Verbalizzante, ma il

principio giuridico è lo stesso) la sentenza n. 1783 del 25-11-2003 del TAR Calabria – Reggio Calabria: “quando i componenti della Commissione giudicatrice svolgono anche altre funzioni ed incarichi tecnici ed amministrativi relativamente ai lavori oggetto della gara, si determina una inconciliabile sovrapposizione che contrasta con il principio della incompatibilità quale desumibile dall’art. 21 comma 5 della L.109/94....”.

Ma l’aspetto più dirimente che in assoluto non consente in generale la partecipazione legittima del RUP nelle commissioni giudicatrici, anche con il ruolo di Segretario Verbalizzante, è quello per cui il RUP medesimo, nella sua qualità, “esamina le giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell’art. 21 comma 1 bis della Legge e valuta la congruità delle offerte” (vedasi TAR Calabria – sentenza 9 febbraio 2005, n. 89).

Ancorché, come accertato in precedenza, l’appalto in questione non fosse stato sottoposto alla verifica dell’anomalia delle offerte, anche per quest’ultima irregolarità l’Azienda Ospedaliera Niguarda dovrebbe assumere tutte le iniziative idonee per riportare l’appalto nella regolare procedura di legge.

La Commissione di giudicazione fissava la sua prima seduta con il verbale n. 1 del 3-12-2004 e terminava i lavori con il verbale n. 22 del 21-1-2005. Dall’esame dei verbali è emerso quanto in appresso:

- Venivano ritenute valide tutte le cinque offerte pervenute (verbale n. 1);
- La Commissione aveva proceduto al sorteggio previsto dall’art. 10, comma 1/quarter della Legge (verbale n.1). La relativa verifica forniva risposte positive (verbale n.5);
- La Commissione non accettava la collaborazione e la consulenza proposta dalla Direzione Generale dei soggetti che avevano predisposto il progetto preliminare (NEC S.p.A.) ed il capitolato/PEF (FINLOMBARDA S.p.A.);
- La Commissione si autoregolamentava in relazione alle modalità ed ai criteri per l’attribuzione dei punteggi nel “confronto a coppie” così come previsto dall’allegato “A” del Regolamento (verbale n.4);

- Con i verbali dal n. 5 al n. 10 la Commissione verbalizzava di aver svolto solo attività istruttoria;
- Con i verbali dal n. 11 al n. 20 e per il periodo dal 18-12-2004 al 17-1-2005 la Commissione, attraverso l'esame di ogni singolo componente, produceva per ogni elemento della valutazione qualitativa specifiche tabelle del confronto a coppie per tutte le offerte. Le tabelle risultano predisposte in conformità dello schema dell'allegato A del Regolamento;
- La Commissione con il verbale n. 20 presentava anche la graduatoria dei punteggi della valutazione qualitativa. Le 5 imprese partecipanti in ATI ottenevano i seguenti punteggi:

IMPRESA	PUNTEGGIO
1) C.S. TECHINT Infrastrutture	472,24/1000
2) C.M.B.	396,12/1000
3) INSO	267,00/1000
4) PIZZAROTTI	228,83/1000
5) HUARTE LAIN	114,98/1000

- Con il verbale n. 22 la Commissione proponeva un parere "pro-veritate" per escludere l'impresa INSO perché denotava "una sovrapposizione parziale del tempo di esecuzione lavori della prima e della seconda fase" (verbale n. 22 del 21-1-05). Il parere "pro-veritate" recepito dalla Commissione con il verbale n. 24 escludeva l'impresa INSO. Tale parere non è stato rinvenuto nel fascicolo, per cui nessun giudizio è stato possibile formulare.

Relativamente ai pareri "pro-veritate", in più occasioni la giurisprudenza li ha ritenuti non attendibili e non legittimi. Non è dato sapere se l'impresa INSO abbia proposto ricorso. Il punteggio ottenuto

nella fase di valutazione qualitativa aveva messo la INSO nella condizione di essere competitiva con un buon punteggio. Se avesse ottenuto un altrettanto buon punteggio nella fase di valutazione quantitativa avrebbe potuto anche restare aggiudicataria. Come poi avvenuto, la valutazione quantitativa è variata in un "range" di oltre 250 punti, da un massimo di 356,26 dell'impresa O.H.L. ad un minimo di 105,60 dell'impresa PIZZAROTTI. Un "range" cioè sufficiente a ribaltare la valutazione qualitativa.

Solo per dovere ispettivo si deve registrare in proposito quanto riportato nel verbale di seduta pubblica finale n. 25 di aggiudicazione provvisoria con la presentazione della graduatoria. L'impresa TECHINT legge una propria nota con la quale eccepisce l'invalidità "nella sua interezza della offerta della ditta INSO esclusa"; il rappresentante della INSO "esprime dubbi in merito alla asserita presunta conoscenza ad opera di TECHINT dei vizi della propria offerta tecnica". In sostanza, si chiedeva la INSO, come poteva la TECHINT sapere dei vizi della sua offerta vista la segretezza che avrebbe dovuto costituire elemento essenziale in una gara d'appalto? Al redigente non è stata consegnata altra o ulteriore documentazione inerente il caso INSO. Va sottolineata la gravità dell'accaduto in quanto deve presumersi che qualcuno (all'interno o all'esterno della Commissione) abbia potuto avvertire TECHINT della qualità dell'offerta di INSO. Questa avrebbe dovuto essere segreta e di sola conoscenza della Commissione. Ma ci si chiede perché l'eccezione di invalidità di INSO è stata proposta da TECHINT che aveva presentato un'offerta economica sicuramente perdente, anche quando quella tecnico-qualitativa era stata valutata dalla Commissione la migliore in assoluto con uno scarto su INSO di oltre 205 punti difficilmente colmabili? Mentre avrebbero potuto essere colmabili i circa 130 punti di distacco da C.M.B.? Ma tant'è!

I punteggi nella fase quantitativa della valutazione hanno evidenziato la seguente valutazione:

1) O.H.L. (HUARTE LAIN) con punti	356,26
2) C.M.B.	283,13
3) TECHINT	200,55
4) PIZZAROTTI	105,60

Come risulta dal relativo verbale che si allega al n. 97, tabella n. 2, "elementi quantitativi" l'impresa TECHINT, la cui offerta qualitativa era risultata essere di gran lunga la migliore, con l'offerta quantitativa è come se avesse voluto non ottenere la aggiudicazione. Ha infatti presentato un'offerta molto strana, laddove si pensi che per tre elementi di punteggio, lavanolo, gestione calore e smaltimento e trasporto rifiuti non ha offerto nessun miglioramento sui prezzi a base d'asta ottenendo così zero punti. Per taluni altri ha ottenuto punteggi così modesti nei confronti delle altre offerte e del prezzo a base d'asta assolutamente non coerenti per chi intende ottenere l'aggiudicazione. Vedasi: a) canone di cui all'art. 19, comma 2 Legge 109/94, c.d. canone di disponibilità; la prima classificata ha ottenuto 50 punti, la TECHINT 2,50; b) tempi di esecuzione dei lavori della fase 1; la prima classificata ha ottenuto 20 punti, la TECHINT punti 2,01; c) tempo di esecuzione della fase 2; la prima punti 40 la TECHINT punti 8; d) la tariffa per le prime 4 ore (parcheggio); la prima punti 5, la TECHINT 0,14; e) tariffa massima giornaliera (parcheggio); la prima punti 5, la TECHINT 0,23; f) conduzione e manutenzione impianti; la prima punti 20, la TECHINT punti 0,99; g) pulizia e sanificazione; la prima punti 60, la TECHINT punti 1,22; h) servizi per informatica distribuita; la prima punti 10, la TECHINT punti 1,22. Né giova molto dire che per il canone di disponibilità e la manutenzione dei fabbricati la TECHINT ha ottenuto i migliori punteggi. In sostanza

l'offerta economica della TECHINT è apparsa essere un'offerta sicuramente destinata a perdere l'appalto: un'offerta suicida.

L'appalto veniva aggiudicato in via provvisoria con il verbale n. 25. L'A.O. approvava in via definitiva gli atti di aggiudicazione provvisoria e conferiva alla ATI C.M.B. l'incarico di eseguire la prestazione (delibera n. 179 del 23-2-05 e delibera n. 396 del 21-4-05).

I lavori avevano avuto inizio nelle date e nei modi già segnalati in precedenza direttamente alla nuova S.P.A. costituita come da capitolato denominata PROGEMI S.P.A..

In data 3-3-2005, appena dopo l'approvazione definitiva degli atti di aggiudicazione, con la delibera n. 195 (all.198), l'A.O. conferiva alla S.P.A., con intero capitale a partecipazione regionale, "INFRASTRUTTURE LOMBARDE" un incarico "per attività di supporto e coordinamento al committente ed al Responsabile del Procedimento per la realizzazione del nuovo Ospedale (art. 1, comma 3 bis della L.R. 27/03, come modificata dalla L.R. 25/04 e articolo 17, comma 1 lettera c) della Legge 109/94)". A sostegno dell'incarico l'A.O. richiamava: 1) l'art. 15 bis della L.R. 2 dicembre 1994 n. 36 ("autorizzazione a promuovere la costituzione di una S.P.A. avente lo scopo della valorizzazione, della gestione, dell'alienazione e della manutenzione del patrimonio immobiliare regionale e degli altri enti pubblici"); 2) il citato art. 17, comma 1 lettera c) della L.109/94; 3) la delibera G.R. n. 13220 del 9-6-2003, con la quale venivano approvati i compiti e le funzioni di INFRASTRUTTURE LOMBARDE S.P.A.; 4) la delibera della G.R n. 14611 del 17-10-2003, con la quale veniva costituita la S.P.A. in questione; 5) la delibera G.R. n. 17806 dell'11-6-2004 con la quale "sono state approvate le linee e le modalità generali per l'affidamento a INFRASTRUTTURE LOMBARDE S.P.A. di funzioni ed attività connesse alla riqualificazione, valorizzazione e sviluppo della dotazione infrastrutturale della Regione Lombardia e del patrimonio immobiliare regionale (compresi anche quelli inerenti l'edilizia sanitaria e di incremento del patrimonio

ospedaliero)”; 6) “l’art. 1, comma 3 bis della L.R. 22-12-2003, n. 27 come modificata ed integrata dalla L.R. 21-10-2004 n. 25, laddove si dispone che gli enti dipendenti della Regione e le Aziende Sanitarie conferiscano ad **INFRASTRUTTURE LOMBARDE S.P.A.** le funzioni relative all’esperimento delle procedure di evidenza pubblica per la progettazione, l’affidamento e l’aggiudicazione lavori concernenti infrastrutture ed opere di interesse regionale individuate dalla Giunta Regionale nonché le connesse funzioni di committente”; 7) la delibera G.R. del 7-2-2005 n. VII/20471 che ha individuato la realizzazione del nuovo ospedale “quale opera di interesse regionale ai sensi del già citato art. 1 comma 3 bis della L.R. 22-12-2003 modificata ..... ed ai sensi dell’art. 17, comma 1, lettera c) della Legge 109/94 per le attività di supporto e coordinamento al committente”. La delibera continua spiegando che “in ottemperanza a quanto disposto dalla Regione Lombardia si rende necessario avviare una collaborazione con una “struttura tecnica” in grado di supportare le attività del committente e del Responsabile del Procedimento, onde ottimizzare il processo costruttivo del nuovo Ospedale”.

La delibera in questione reca allegata la convenzione stipulata dalla Direzione Generale del Niguarda con **INFRASTRUTTURE LOMBARDE S.P.A.** (all. 102) che tra l’altro prevede di:

- a) Affidare al I.L. S.P.A. “le funzioni di project e construction management di supporto al committente e RUP inerenti l’intervento di realizzazione del nuovo Ospedale (supporto tecnico-amministrativo, assistenza in fase di progettazione, assistenza in fase di esecuzione lavori ed esecuzione collaudi) – art. 2.1;
- b) “Eseguire le funzioni ..... secondo le indicazioni del Responsabile del Procedimento ed in collaborazione dei responsabili dell’Azienda” (art. 2.2 e 3.2);
- c) Riconoscere ad I.L. S.P.A. un compenso complessivo, comprensivo delle spese e dei costi del personale.... pari al 3,17% + IVA sul valore

- complessivo dell'opera del contratto di concessione (pari ad € 7.108.186,00) da patrimonializzare per l'intero periodo della concessione" (art.5);
- d) I.L. avrebbe avuto diritto al "rimborso delle spese" sostenute per conto dell'A.O. e "da essa preventivamente autorizzate non comprese nel compenso di cui al punto 5.1 (n.d.r. 3,17% del contratto), art. 5.6;
  - e) L'A.O. avrebbe messo a disposizione di I.L., tramite il RUP, tutta la documentazione che la medesima I.L. dovesse richiedere per svolgere le proprie attività (art. 6.2);
  - f) Tutte le controversie, laddove possibile, (sia di natura tecnico-amministrativa che giuridica) sarebbero state risolte in via amministrativa (art. 7.1). L'A.O. avrebbe dovuto provvedere su di esse nel termine di 30 giorni (art. 7.2) ovvero un termine più lungo ove lo si ritenesse necessario (art.7.3);
  - g) "per quanto non stabilito nella presente convenzione si applicheranno tutte le disposizioni normative in materia che abbiano carattere cogente, anche se emanate nel corso del rapporto (art. 9).

Ma al di là delle più significative condizioni appena segnalate è da dire che la convenzione riporta elencate attività che in assoluto sono di competenza di specifici organi dell'A.O. e l'attività di I.L. non è altro che una sovrapposizione di competenze e ruoli ovvero materie ed adempimenti di competenza del concessionario (vedasi art. 2.2.1.). Gli adempimenti della lettera a), per esempio, sono di assoluta competenza del concessionario e non si vede quale assistenza debba fornire I.L.. Giova peraltro ricordare che la NEC S.P.A. appositamente costituita era, per statuto, destinataria anche delle funzioni di "PROJECT MANAGER" per le opere appaltate in corso presso il Niguarda; perché non affidare (ammesso che fosse stato possibile) anche lo stesso ruolo per la riqualificazione del nuovo ospedale? Gli adempimenti di cui alla lettera b), sulla base dell'oggetto sociale registrato alla CCIAA, I.L.

non sarebbe in grado di fornirli (assistenza amministrativo legale come la predisposizione di atti e documenti connessi alle fasi procedurali), essendo peraltro gli stessi di assoluta e diretta competenza della D.L., degli Uffici e Organi dell'A.O.; gli adempimenti di cui alla lettera c) "redazione di documenti contrattuali e assistenza alla stipula degli stessi, compreso il contratto di concessione" sono di assoluta competenza degli organi e della dirigenza dell'Azienda, ed anche perché la maggior parte della documentazione citata era stata predisposta da FINLOMBARDA SPA; gli adempimenti di cui alla lettera d) "coordinamento delle relazioni con soggetti pubblici e privati coinvolti nella definizione ed attuazione dell'intervento", sono di diretta e stretta competenza del RUP e degli altri organi del Niguarda; senza poi dire della lettera f) "gestione secondo gli indirizzi formulati dall'Azienda Ospedaliera dell'eventuale contenzioso relativo all'intervento di che trattasi", laddove la competenza è riservata in via esclusiva e direttamente alla Direzione dei Lavori, al RUP ed all'Ufficio di Direzione dell'Azienda.

Anche tutta l'assistenza di cui ai paragrafi 2.2.2 e 2.2.3 per la maggior parte sono compiti istituzionali della Direzione Lavori e del RUP. In particolare l'assistenza nell'attività di "Alta Sorveglianza" (non si capisce perché la sorveglianza è Alta), "sia per la fase di cantierizzazione sia in corso d'opera", non è dovuta in quanto la sorveglianza, ai sensi della lettera r) del primo comma dell'art. 8 del Regolamento è svolta direttamente dal RUP e la cantierizzazione è seguita dal Direttore dei Lavori, ivi compresa la sicurezza (artt. dal 123 al 127 del Regolamento).

Per tutto quanto sopra descritto si deve osservare che:

1. mentre si richiamano le norme in materia di consulenze, ivi compresa la copiosa giurisprudenza della Corte dei Conti nonché in particolare "le linee di indirizzo ....." delle Sezioni Riunite nell'adunanza del 15-2-2005 di cui alla Legge Finanziaria 311/2004, nonché ancora le Sentenze: Sezione Giurisdizionale TAR Lazio 25 settembre 2000 n. 1544; III Sezione

d'Appello 9 settembre 2002, n. 279, oltre alle circolari della Funzione Pubblica del 15-3-2005 e del 21-12-2006 laddove appare ovvio e scontato che l'incarico diretto conferito a INFRASTRUTTURE LOMBARDE è da ritenersi illegittimo perché l'A.O., nella fattispecie quale Committente non può convenzionarsi con chicchessia per nessun tipo di supporto essendo il RUP il suo unico riferimento previsto dalla normativa. Il quale è chiamato dalla Legge (art. 7) e dal Regolamento (artt. 7 e 8) a rappresentare la stazione appaltante. Il Consiglio di Stato, Atti Norm., 25-10-2004, n. 8301 – Foro Amministrativo C.D.S. 2004, 2938 (s.m.) ha definito il Responsabile del Procedimento “figura centrale al nuovo sistema di realizzazione dei Lavori Pubblici, presentandosi come il centro unitario di impostazione delle funzioni di scelta, controllo e vigilanza: ad esso sono stati attribuiti i compiti di un vero e proprio *project manager*, sull'esempio di un modulo organizzativo molto diffuso all'estero”;

2. il supporto al RUP ancorché previsto per carenze accertate nell'organico dell'Amministrazione è consentito solo per mezzo “delle procedure e le modalità previste dal D.L.vo 157/95 a professionisti singoli o associati nelle forme .....o alle società di cui all'art. 17, comma 1 lettere e) ed f) aventi le necessarie competenze ecc” (comma 5, art. 7 della Legge). Il supporto avrebbe dovuto essere, così come previsto dai commi 4 e 5 dell'art. 8 del Regolamento, richiesto e proposto unicamente dal medesimo RUP laddove lo stesso avesse accertato l'inadeguatezza dell'organico”. La violazione della procedura di gara per la ricerca del supporto appare di per sé grave poiché, oltre a non fornire quella trasparenza ed imparzialità poste alla base dell'azione amministrativa per tutti gli enti della P.A., non avrebbe consentito la determinazione della congruità dell'onere;
3. la delibera di affidamento dell'incarico di supporto a I.L. SPA non fa riferimento ad alcuna richiesta del RUP circa l'inadeguatezza dell'organico, né il RUP Dott. Noschese, appositamente interpellato verbalmente dal redigente ispettore, ha confermato una propria richiesta in

tale direzione. Il RUP Dott. Noschese, consapevole anche dei suoi limiti tecnici in materia di edilizia, ha ricordato che al momento della nomina l'Amministrazione del Niguarda aveva comunque assicurato uno specifico supporto nominando un'apposita Commissione nelle persone dell'Ing. Lorenzon, del Dott. Nicora e del Rag. Alfonso. Effettivamente come già ricordato nelle pagine precedenti della presente relazione l'A.O. aveva nominato le persone ricordate dal Dott. Noschese;

4. il richiamo in delibera dell'art. 17, comma 1, lettera c) della Legge 109/94, a sostegno e giustificazione dell'incarico di supporto al RUP ed all'A.O. è del tutto improprio in quanto: a) è riferito ad "organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole amministrazioni si possono avvalere". I.L. SPA non è un organismo di pubblica amministrazione in generale ma un organismo funzionale alla sola Regione Lombardia; b) i soggetti accomunati nella lettera c), comma 1, art.17, ove avessero espletato le relative funzioni (progettazione, D.L. e accessorie), proprio perché organismi pubblici, avrebbero dovuto essere retribuiti e compensati con i fondi di cui all'art. 18 della Legge (vedasi anche l'Atto di Regolazione dell'Autorità dei Lavori Pubblici in materia di incarichi di progettazione); ammessa per ipotesi la legittimità dell'incarico, peraltro non si sa bene se nella veste di organismo pubblico quale emanazione di un ente pubblico, ovvero quale soggetto di diritto privato, Infrastrutture Lombarde S.p.A. è stata retribuita con un compenso libero nemmeno tariffato, né correlato ad elementi oggettivi. Il prezzo, sempre ammessa la legittimità dell'incarico, avrebbe dovuto essere rapportato alla qualità e durata dell'incarico e, ove posto in concorso, come previsto dalla Legge, avrebbe ottenuto la congruità richiesta solo in base alla tabella B6 del D.M. 4 aprile 2001. È di tutta evidenza, sempre ammessa per ipotesi la legittimità del conferimento, che se l'incarico è affidato direttamente a I.L. quale organismo pubblico, deve comportare necessariamente il riconoscimento di un corrispettivo ex

art. 18. Viceversa, se l'incarico è affidato ad un soggetto di diritto privato, avrebbe dovuto essere preceduto da una procedura concorsuale;

5. anche il presupposto della normativa regionale richiamato nella delibera di affidamento dell'incarico a I.L. è da ritenersi improprio perché:

a) il comma 3 bis dell'art. 1 della L.R. 27 del 22-12-2003 riguarda il conferimento delle "funzioni relative all'esperienza delle procedure ad evidenza pubblica, per la progettazione, l'affidamento e l'aggiudicazione dei lavori concernenti infrastrutture ed opere di interesse regionale, nonché le connesse funzioni di Committente" e non il supporto al RUP. Nella fattispecie I.L. non ha mai agito quale committente (ammesso che anche tale ruolo fosse trasmissibile per legge ad I.L.). Poiché l'argomento trattato dalla delibera riguarda la convenzione per l'attività di supporto al RUP ed al committente che chiarissimamente nella fattispecie è il medesimo Ospedale Niguarda e non INFRASTRUTTURE LOMBARDE SPA, non si vede in quale parte del comma surrichiamato è individuata la possibilità di conferire l'incarico. Ammesso che tale ruolo fosse stato possibile, I.L. avrebbe dovuto nominare se stessa quale supporto al RUP? Nell'interrogativo si sintetizza la risposta negativa.

b) Il comma 3 bis dell'art. 1 della L.R. n. 27/03 è posto anche in violazione del 3° comma dell'art. 19 della Legge 109/94, il quale così recita: "le amministrazioni aggiudicatrici ed i soggetti di cui all'art. 2, comma 2 lettera b) (e cioè tutti i soggetti di diritto pubblico, comprese le A.O. e le ASL ed anche i concessionari n.d.r) NON possono affidare a soggetti pubblici o di diritto privato l'espletamento di funzioni e le attività di stazione appaltante di lavori pubblici (di committente n.d.r. - Cianflone "L'Appalto di opere pubbliche" pag. 27. I soggetti del contratto di appalto). "Sulla base di apposito disciplinare le amministrazioni aggiudicatrici possono tuttavia affidare le funzioni di stazione appaltante ai Provveditorati

alle OO.PP. o alle Amministrazioni Provinciali". E questi sono compensati con i fondi di incentivazione ex art. 18. Per assimilazione, ammesso per sola ipotesi di scuola, che INFRASTRUTTURE LOMBARDE fosse assimilata all'ex Provveditorato alle OO.PP. (attuale S.I.I.T.), ne discenderebbe che il relativo compenso non potrebbe essere appunto che quello ex art. 18 della L.109/94 (attuale art. 92 del Codice di cui al D.L.vo 163/06).

- c) Ammesso che la S.p.A. I.L. possa essere individuata quale stazione appaltante, in questa veste avrebbe poi potuto procedere alla pubblicazione della procedura di gara sulla GUCE e sulla GURI? Essendo la S.p.A. I.L. soggetto funzionale alla Regione, in quanto costituita per esigenze proprio e soltanto dell'Ente Regione, a parere del redigente e sulla base anche dei motivi per cui fu costituita e dall'oggetto sociale registrato presso la Camera di Commercio, il suo ruolo di committente/stazione appaltante avrebbe potuto essere funzionale solo alla Regione in quanto solo la Regione avrebbe potuto svolgere "il c.d. controllo analogo" richiesto dalle indicazioni e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (ricordato in occasione della costituzione della NEC S.p.A.). La Regione Lombardia in questo caso avrebbe agito direttamente da committente, con tutte le conseguenze ed effetti che ciò avrebbe comportato.

La S.p.A. Infrastrutture Lombarde fu costituita con la Legge Regionale 22/98 ai sensi dell'art. 23 "Gestione ed Infrastrutture Ferroviarie", comma 3 bis, il quale così recita: "la Giunta Regionale ha acquisito il parere favorevole .....è autorizzata a promuovere, anche con il coinvolgimento di altri enti pubblici e privati interessati, la costituzione di una S.p.A. a prevalente capitale regionale a cui conferire i beni trasferiti alla Regione Lombardia ai sensi del D.L.vo n. 422/97, nonché le attuali partecipazioni regionali nelle FNM S.p.A.".

L'oggetto sociale registrato presso la Camera di Commercio, sinteticamente, è così descritto (all. 103):

- "la riqualificazione, la gestione e la valorizzazione e lo sviluppo della dotazione infrastrutturale della Lombardia e dei beni mobili ed immobili a questa connessi o strumentali";
- "la valorizzazione, la gestione, l'alienazione e la manutenzione del patrimonio regionale e di altri enti pubblici, nel rispetto dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici". In particolare la società svolgerà le seguenti attività: "1. valorizzare e gestire il patrimonio immobiliare di proprietà della Regione e gli altri asset reali ad esso collegati, promuovendone la messa a reddito, la conservazione, il miglioramento e l'incremento, anche attraverso l'utilizzazione di specifici strumenti finanziari; 2. favorire lo start-up ed accelerare la realizzazione di nuovi progetti infrastrutturali ....., compresa la valorizzazione delle ulteriori opportunità di sviluppo che essi consentono";
- "svolgere il compito di *soggetto aggiudicatore* ai sensi delle norme regionali, nazionali e comunitarie sugli appalti tempo per tempo vigenti....";

d) l'estensione della funzione di "committente/stazione appaltante" di I.L. S.p.A. anche alle Aziende Ospedaliere ed alle ASL, oltre al divieto di quanto innanzi ricordato con l'art. 19, comma 3 della L.109/94, appare in contrasto non solo con l'aspetto soggettivo di tali enti previsto dall'art. 2 della citata Legge 109/94, e dell'art. 1 del D.L.vo 165/2001, ma anche e soprattutto dell'art. 3 del D.L.vo 502/92, così come modificato dall'art. 3 del D.L.vo 229/99, laddove appunto è così sancito: a) comma 1 bis - "in funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali le U.S.L. si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica ed autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione ed il funzionamento sono

disciplinati con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali”; b) comma 1 ter – “le aziende di cui ai commi 1 e 1 bis informano la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità e sono tenute al rispetto del vincolo di bilancio, attraverso l’equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti di risorse finanziarie. Agiscono mediante atti di diritto privato. I contratti di fornitura di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia, sono appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell’atto aziendale di cui al comma 1 bis”.

Come si può notare, l’articolo, tiene fuori dall’indirizzo dell’atto aziendale i lavori, indirettamente significando, in materia, una disciplina correlata a quella nazionale per quelli sotto soglia. Ovviamente quelli sopra soglia, senza alcuna precisazione ulteriore, sono disciplinati dalla normativa nazionale e comunitaria. Lo stesso Decreto Legislativo 229/99 relativamente alla “ristrutturazione edilizia e ammodernamento tecnologico – art. 5 bis”, sancisce che per gli interventi previsti dall’art. 20 della Legge 11 marzo 1988, n. 67, gli Enti interessati (Stato, Regione, Province Autonome) stabiliscono accordi di programma “aventi ad oggetto la relativa copertura finanziaria, l’accelerazione delle procedure e la realizzazione delle opere ecc...”. Nessun accenno quindi alla possibilità della Regione di sostituirsi alle AA.OO. e alle A.S.L. nell’attività gestionale tipica della imprenditorialità. Una eventuale interpretazione in senso opposto contrasterebbe con il principio di autonomia contabile, organizzativa, e gestionale riconosciuta ai soggetti pubblici dotati di personalità giuridica;

- e) è del tutto pleonastica la dichiarazione in delibera che l’opera è di interesse regionale così come indicato nella D.G.R. 20471 del 7-02-05. L’ostacolo della normativa prima richiamata appare insuperabile,

in quanto permangono integre le indicazioni ed i divieti della normativa nazionale e comunitaria.

Una determinazione politico-amministrativa che configuri la costruzione del nuovo ospedale Niguarda "quale opera di interesse regionale", a parere del redigente ispettore, ancorché formulata dalla Regione a cui, in materia di sanità è riconosciuta una competenza esclusiva, non è sufficiente a superare i contenuti della normativa comunitaria e nazionale laddove è fatto obbligo alle AA.OO. e alle A.S.L., quali soggetti compresi nella lettera a), comma 2, dell'art. 2 della L.109/94 e art. 1 del D.L.vo 165/01, di rispettare le procedure ivi previste. A meno che per tali ultimi Enti anche l'acquisizione di beni e/o servizi non diventi una materia riservata alla Regione che la gestisce direttamente con i propri organi. Circostanza che allo stato non sussiste e che a parere del redigente per diventarlo è necessaria una modifica legislativa;

- f) come già ampiamente illustrato durante l'esame della costituzione della S.p.A. NEC, le società costituite (anche con solo capitale pubblico) da soggetti di diritto pubblico, come nel caso specifico dalla Regione, debbono esercitare la parte più importante della loro attività solo e soltanto a favore appunto del soggetto o dei soggetti che le hanno costituite, in quanto solo e soltanto questi possono esercitare le stesse funzioni che eserciterebbero sui propri organi e strutture interne per mezzo del "c.d. controllo analogo", ossia come prestazione "in house". Le AA.OO. ed in particolare il Niguarda, nel caso concreto, non effettua alcun "controllo analogo" su Infrastrutture Lombarde. Anzi deve pagare un corrispettivo come se fosse un vero e proprio acquisto diretto di un servizio o di una consulenza imposta da un soggetto esterno, ancorché funzionale al proprio organo di indirizzo e di vigilanza quale è la Regione e senza nemmeno avere la possibilità di rispettare l'obbligo di scegliersi il

contraente più idoneo per mezzo della prescritta procedura concorsuale e con un compenso frutto di concorrenza, così come previsto dal D.L.vo 157/95, ovvero addirittura con il modestissimo importo derivante dall'utilizzo dei propri professionisti interni compensati con gli incentivi ex art. 18. Imporre alle Aziende Ospedaliere ed alle A.S.L. il ricorso alle prestazioni di una S.p.A., anche con intero capitale sociale regionale, appare, oltre che un esproprio di funzioni attribuite da normativa di rango superiore, un tentativo di imporre e concentrare l'affidamento e la committenza degli appalti pubblici dei lavori delle Aziende Sanitarie in un unico soggetto direttamente prefigurato come esterno a cui corrispondere un compenso libero non correlato ad alcun elemento oggettivo come il tariffario, ovvero interno alla P.A. con l'art. 18. E' da ricordarsi peraltro, che la relativa spesa non era stata nemmeno prevista ed accantonata con il quadro economico del progetto approvato.

Infrastrutture Lombarde, legittimamente, può svolgere l'attività di stazione appaltante per la Regione Lombardia per effetto del "controllo analogo" esercitato da quest'ultima, non può legittimamente farlo con le AA.OO., anche di fronte a precise norme regionali che risultano essere poste in violazione della normativa comunitaria. Ma ove ciò fosse possibile deriverebbe che in Lombardia, per tutte le OO.PP. di interesse regionale, i relativi Uffici Tecnici, non solo delle AA.OO. e delle A.S.L., ma anche le altre strutture regionali dotate di personalità giuridica ed autonomia patrimoniale dovrebbero essere soppressi o ridimensionati e tutto il personale dovrebbe essere posto in mobilità o a disposizione, compreso quello della stessa Regione. La conseguenza sarebbe quella per cui tutte le strutture regionali non potrebbero più né progettare, né svolgere la Direzione Lavori, né fungere da stazione appaltante, né nominare il RUP ecc..., per tutte quelle opere che la Regione

Lombardia ritiene di "interesse regionale" ancorchè la normativa europea lo vieti.

Nel caso del Niguarda, inoltre, a fronte di una siffatta normativa regionale non si vede perché non è stata affidata a I.L. fin dall'inizio la committenza e le altre attività connesse.

6. la delibera (e la convenzione) non specifica a quale presupposto è correlata la percentuale del 3,17% sull'importo dei lavori quale compenso da riconoscersi a I.L.. Così dicasi per il rimborso spese. Per queste ultime la delibera stabilisce che sarebbe stata l'A.O. Niguarda ad autorizzarle preventivamente.

Premesso che I.L. è stata nominata quale supporto al RUP, non si vede in quale veste il Niguarda (quale soggetto o organo? Forse il D.G.?) avrebbe potuto autorizzare un rimborso spese quando non è nemmeno a conoscenza delle vicende esecutive dell'appalto. Avrebbe dovuto essere ovviamente il RUP ad autorizzarle. Emerge sempre e continuamente un'ingerenza esterna alla esecuzione dell'intervento che scavalchi a piè sospinto il RUP a cui vengono sottratte competenze proprie del suo ruolo. Ma se si voleva questo (cioè un RUP senza una competenza specifica), non si comprendono i motivi per cui non si è fatto ricorso ad un tecnico ingegnere professionista. O forse si voleva proprio un siffatto RUP per poterlo poi affiancare con un soggetto esterno di diretta derivazione regionale, laddove la dipendenza organica non sarebbe stata strettamente di natura amministrativa, ma di altra natura visto che i soggetti degli organi della S.P.A., al di là delle sicure capacità e competenze professionali, sarebbero stati poi prescelti senza il ricorso al reclutamento per concorso che è garanzia di terzietà e neutralità nei confronti della legge;

7. la messa a disposizione di I.L. della documentazione necessaria per svolgere il proprio servizio avrebbe dovuto essere posta in essere dal RUP, a sua discrezione, visto appunto che è il medesimo a rappresentare l'A.O..

Infrastrutture Lombarde avrebbe dovuto far richiesta di acquisizione di documenti al RUP e non all'A.O. in generale;

8. la tutela di I.L. circa la risoluzione delle controversie con l'A.O. per via amministrativa (se è possibile), anche per quelle giuridiche e addirittura possibilmente entro 30 giorni, è da ritenersi del tutto impropria perché:
  - a) affievolisce la tutela di una P.A. quale è una A.O.. All'occorrenza, laddove la legge lo impone, il G.O. per un eventuale risarcimento danni deve essere adito senza indugi e senza percorsi amministrativi che danneggerebbero solo l'A.O.;
  - b) obbliga una P.A. a risolvere controversie con un soggetto di diritto privato entro un termine ristretto che potrebbe rivelarsi inadeguato per tutelare i propri interessi.

Ma al di là di ciò, non si comprendono i motivi per cui sono state contrattualizzate condizioni di tutela più a favore di un soggetto di diritto privato che di una P.A.;

9. circa poi l'obbligatorietà da parte dell'A.O. di applicare le future disposizioni in materia appare del tutto inopportuno. Le ulteriori e nuove disposizioni potrebbero anche rivelarsi non favorevoli per una pubblica amministrazione e per cui non si vede il richiamo dell'applicazione.

Ciò posto si è proceduto, anche se parzialmente, a verificare l'attività di I.L. svolta durante l'esecuzione dei lavori. In particolare si è proceduto a verificare se l'attività del RUP fosse stata correttamente e legittimamente supportata da I.L. nelle materie e per gli argomenti per cui fu stipulata la convenzione. Si sono richiesti gli Stati Avanzamento Lavori (SAL), le eventuali riserve avanzate dall'impresa, le eventuali varianti approvate e tutta quanta la documentazione connessa prodotta nell'esecuzione dell'intervento (all. 106). Documentazione cioè che solo la competenza di I.L. avrebbe potuto produrre ed esaminare correttamente in supporto al RUP.

Dalle note di riscontro del RUP (all. 106 bis e 106 ter) è emerso che:

- a) il progetto definitivo è stato approvato con la delibera n. 1084 del 21-12-2006 (all. 107);
- b) nessuna variante è stata richiesta dalla Direzione dei Lavori;
- c) la ditta ha prodotto n. 24 riserve scritte, per le quali il D.L. ha fornito le proprie relazioni riservate;
- d) l'A.O. ha prodotto una transazione per la risoluzione delle riserve;
- e) sarebbero stati approvati n. 2 atti aggiuntivi al progetto.

Dall'esame della documentazione sottoposta in visione si debbono avanzare le seguenti osservazioni:

**1) APPROVAZIONE PROGETTO DEFINITIVO PARCHEGGIO SUD  
E PROGETTO ESECUTIVO/STRALCIO - ALL. 107 - DELIBERA  
1084/06**

La delibera precisa che l'approvazione del progetto è avvenuta a seguito del "verbale di validazione" (peraltro non allegato alla delibera e non sottoposta in visione al redigente, ancorché richiesta), condivisa e sottoscritta tra RUP, Progeni S.p.A. e Infrastrutture Lombarde S.p.A. Con la stessa delibera, contestualmente all'approvazione, si provvedeva ai sensi dell'art. 17 del contratto a nominare: a) l'ing. Pietro Fugazza quale Direttore dei Lavori designato dal concessionario (nomina già sottoposta a rilievo dal redigente in altra parte della relazione perché completamente illegittima); b) l'ing. Luciano Brusaferrò quale Coordinatore dei Lavori in fase di progettazione ed esecuzione. La figura del Coordinatore dei Lavori in fase di progettazione ed esecuzione, presumibilmente, è quella prevista dal D.L.vo 494/96 (artt. 2 e 3 commi 3 e 10). L'incarico è stato conferito dal Responsabile dei Lavori e non dal concessionario che avrebbe dovuto individuarsi nel Direttore Lavori (comma 1, art. 127 del Regolamento). La stessa delibera, infine, nominava

l'ing. Monica Sivo di Infrastrutture Lombarde "Responsabile dei Lavori ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 del D.L.vo 494/96". Tale Decreto non riguarda la materia in questione; presumibilmente volevasi dire D.L.vo 494/96 ma non l'art. 11. La figura del Responsabile dei Lavori (individuabile nel committente) è prevista dall'art. 2 e le sue funzioni sono disciplinate dagli artt. 3 e 6 del Decreto. La designazione è di competenza del committente da effettuarsi "nella struttura organizzativa dell'Amministrazione aggiudicatrice". Qualora il designato non intenda adempiere agli obblighi previsti dalla legge, tale ruolo è assunto dal RUP (comma 2, art. 8 del Regolamento), a cui incombe tutto quanto previsto dal comma 3.

La nomina dell'ing. Sivo quale responsabile dei lavori, pertanto, non può ritenersi legittima anche perché I.L., pur se illegittimamente, è stata convenzionata quale supporto al committente e non può sostituirsi a quest'ultimo. Di conseguenza anche ove il coordinatore della sicurezza (in fase di progettazione ed esecuzione fosse anche stato nominato dall'ing. Sivo "responsabile dei lavori" la sua nomina è da ritenersi non corretta.

Ma l'aspetto più rilevante di tutta la vicenda è quello legato al fatto che il responsabile dei lavori, ing. Sivo, nella sua qualità, unitamente al coordinatore, non avrebbe esonerato il committente "dalle responsabilità connesse all'adempimento degli obblighi di cui all'art. 3" (vedasi art. 6 del Decreto). Nella fattispecie l'A.O. Niguarda, attualmente, si trova nella pericolosa situazione di fronteggiare le proprie responsabilità di committente con soggetti di designazione non legittima i cui effetti potrebbero anche ripercuotersi sul suo patrimonio. Si ritiene opportuno che l'A.O. proceda alla sistemazione della nomina sia del responsabile che del coordinatore per la sicurezza. È da segnalarsi ancora una volta come l'A.O., in fatto di nomine per prestazioni istituzionali, non faccia mai ricorso al personale delle proprie strutture interne.

Relativamente all'aspetto economico dell'incarico, pur se è vero che il Niguarda non sosterrà per tale attività oneri diretti, in quanto gli stessi sono

compresi in quelli più generali dei contratti del concessionario (per il coordinatore) e di Infrastrutture Lombarde (per il responsabile), si deve osservare che comunque, pro-quota, in fin dei conti, indirettamente gli stessi si abbattono sul bilancio dell'Azienda. È di tutta evidenza che la nomina del personale dipendente avrebbe comportato costi molto più ridotti in quanto si sarebbe fatto ricorso al compenso incentivante ex art. 18 della Legge.

**2) APPROVAZIONE PROGETTO ESECUTIVO FASE 1 – STRALCIO DIAFRAMMI, SCAVI ED OPERE DI FONDAZIONE – ALL. 108 – DELIBERA N. 180 DELL'1-3-2007**

L'A.O. Niguarda approvava il progetto stralcio della fase 1 relativa ai diaframmi, scavi ed opere fondazionali, "visto il verbale di validazione ... condiviso dal RUP, Progeni ed I.L."

Richiamando la delibera n. 157 del 28-2-2008 (volevasi dire 2007 n.d.r.) – peraltro non esibita -, l'A.O. nominava l'ing. Monica Sivo, dipendente di Infrastrutture Lombarde, "responsabile dei lavori". Tale nomina, come già chiarito in precedenza è da ritenersi illegittima perché la convenzione con I.L. non prevede l'affidamento di tale servizio. La delibera, infine, menziona un Atto Aggiuntivo n. 1 stipulato in data 29-06-06, approvato con delibera n. 690 del 3-8-2006.

**3) APPROVAZIONE PROGETTO DEFINITIVO FASE 1**

L'A.O. approvava il progetto definitivo della fase 1 con la delibera n. 1085 del 21-12-2006 dopo che la Conferenza dei Servizi aveva dato il proprio assenso ed il RUP aveva dato la relativa pubblicità all'atto con provvedimento in data 19-12-2006.

**4) APPROVAZIONE ATTO AGGIUNTIVO N. 1 – DELIBERA N. 690  
DEL 3-8-2006**

L'atto aggiuntivo riguarda la rinuncia del concessionario al diritto di superficie sulle aree interessate alle opere. In contrapposizione l'impresa ottiene benefici relativi al cronoprogramma.

Non si individuano elementi di beneficio economico a favore del Niguarda.

**5) RISERVE PRESENTATE DALL'IMPRESA/CONCESSIONARIO**

L'impresa fino al SAL n. 7 scriveva in contabilità n. 24 riserve regolarmente recepite dalla Direzione Lavori e per le quali la D.L. medesima relazionava, tempo per tempo, in via riservata al RUP e ad un Ufficio denominato Alta Sorveglianza, probabilmente individuato in Infrastrutture Lombarde S.P.A. Premesso che, come già detto a pag. 253, sia la Legge che il Regolamento sui LL.PP. non hanno individuato e/o previsto l'istituzione del c.d. Ufficio Alta Sorveglianza, per la cui legittimità sarebbe opportuno che fossero indicate le relative fonti normative, il redigente deve ricordare che la vigilanza è una funzione diretta e deputata nella persona del RUP ai sensi dell'art. 28, comma 8, della Legge e dell'art. 8, comma 1 - lettera r) del Regolamento, eventualmente con il supporto dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici (comma 4, art. 9), ovvero, in caso di inadeguatezza, con il supporto di soggetti prescelti per mezzo della normativa vigente (D.L.vo 157/95). Nella fattispecie si ricorda che il supporto è stato affidato direttamente ed illegittimamente ad I.L., di cui si è già argomentato in precedenza.

Ciò detto, senza addentrarsi in argomentazioni spiccatamente tecniche di edilizia, la cui competenza difetta all'ispettore redigente, in relazione alle riserve non possono non rappresentarsi le seguenti

considerazioni (desunte dalla lettura delle riserve la cui documentazione, per praticità, non si allega alla relazione ma che comunque è rinvenibile presso l'A.O. per eventuali approfondimenti tecnici:

- la maggior parte delle riserve è stata avanzata perché attinente a prestazioni non prevedibili né rinvenibili al momento della predisposizione del progetto. Molte di queste, che hanno comportato maggiori prestazioni, sono derivate da imprevisti emersi durante gli scavi, demolizioni ecc... . Altre hanno riguardato nuovi ulteriori lavori connessi a quelli principali.

A parere del redigente, sussistendo in materia una precisa disciplina a tutela ed a garanzia della corretta esecuzione del progetto, i contraenti, prima dell'inizio dei lavori, per rendere al minimo le difficoltà ed i maggiori oneri che sarebbero derivati da fatti non prevedibili, avrebbero dovuto procedere secondo un preciso percorso tecnico-giuridico. Si ricorda che nella fattispecie trattasi di una progettazione definitiva ed esecutiva predisposta direttamente dall'appaltatore concessionario, per cui le tutele dell'Amministrazione avrebbero dovuto essere più che assolute da simili rischi. Avrebbe dovuto essere il progettista del concessionario ad effettuare tutti gli opportuni sondaggi, verifiche, accertamenti al fine di fornire un servizio ed una prestazione completa. Si tenga conto che il progetto definitivo ed esecutivo è servito da base economica per l'aggiudicazione. È del tutto evidente che eventuali errori tecnici o omissioni progettuali che hanno comportato maggiori costi devono far carico al progettista e non al committente. Il progetto, per effetto dei minori costi, potrebbe aver ottenuto una migliore valutazione in termini di offerta, laddove non avesse contemplato maggiori lavori fatti poi passare per imprevisti. L'A.O. avrebbe dovuto ai sensi del comma 6 dell'art 6 della Legge:

1. verificare la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'art. 16, commi 1 e 2, della loro conformità alla normativa vigente.

Tale verifica avrebbe potuto essere effettuata da organismi di controllo

- accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e dagli Uffici Tecnici delle stazioni appaltanti;
2. i richiamati commi 1 e 2 dell'art. 16 della Legge fanno riferimento ai "vincoli esistenti ed i limiti di spesa prestabiliti" relativi alla progettazione (comma 1) e "le prescrizioni relative agli elaborati descrittivi e grafici dei commi 3, 4 e 5 sono di norma necessarie per ritenere i progetti adeguatamente sviluppati". I richiami indicano accertamenti approfonditi, studi, indagini, sondaggi proprio al fine di consentire i calcoli preliminari delle strutture, impianti e lo sviluppo del computo metrico;
  3. verificare se la relazione generale del progetto esecutivo di cui all'art. 36 del Regolamento, avesse contenuto "la descrizione delle indagini, rilievi e ricerche effettuati al fine di ridurre in corso di esecuzione la possibilità di imprevisti" (comma 2);
  4. la validazione del progetto avrebbe dovuto riportare descritti tutti i passaggi procedurali sopra indicati. Tranne il primo verbale di validazione predisposto tra RUP e PROGENE e sottoposto in visione al redigente, che nulla dice circa le verifiche richiamate dalla normativa, nessun altro verbale di validazione è stato esibito. È del tutto ovvio che ove i percorsi normativi non fossero stati seguiti potrebbero emergere precise responsabilità ed errori tecnici che potrebbero non portare al riconoscimento dei maggiori importi richiesti (e riconosciuti con l'atto di transazione) dell'impresa;
  5. delle 24 riserve avanzate dall'impresa la D.L., con le sue relazioni riservate, ne accoglieva 13, ne respingeva 10 e per 1 si dichiarava non competente. Le relazioni risultano essere descrittive e non quantificavano l'onere da riconoscersi all'impresa. Quest'ultima, invece, iscriveva nei SAL riserve per i seguenti importi:

Numero SAL	Data	Numero riserve	Importo in €
3	30-06-07	6	2.883.801,53
4	31-07-07	7	682.675,60
5	31-08-07	3	148.720,69
6	30-09-07	4	359.850,77
7	31-10-07	4	201.991,86
<b>Totale</b>		<b>24</b>	<b>4.277.040,45</b>

Essendo l'importo superiore al 10% di quello contrattuale, ovviamente, il RUP avrebbe dovuto acquisire una relazione riservata del Direttore dei Lavori e dell'organo di collaudo in quanto già costituito (comma 1 dell'art. 31 bis della Legge). Per effetto della mancata indicazione degli importi nelle relazioni riservate della D.L., e di ciò non se ne comprendono i motivi, l'S.p.A. Infrastrutture Lombarde, surrogando proprio la funzione del Direttore dei Lavori, non si sa bene in base a quale richiesta del RUP, ovvero in base a quale norma, relazionava in merito con nota del 18-12-2007 indirizzata alla Direzione Amministrativa ed al RUP. L'allegata relazione datata 14-12-2007 risulta essere stata prediposta in due esemplari dissimili. Uno, allegato alla nota di accompagnamento di cui sopra, reca il numero di allegato 744 (vedasi allegato n. 109 della presente relazione) siglato pagina per pagina e non sottoscritta in calce. L'altra, "conforme all'originale", reca il numero di allegato n. 713/B (vedasi allegato n. 110 della relazione), non siglata e non sottoscritta, non si sa bene a chi è stata inviata e in quale occasione e, ancorché archiviata come documento ufficiale risulta conservato agli atti.

I due verbali sono dissimili, come si dimostra nel seguente prospetto di raffronto:

<b>Riserva</b>	<b>Esemplare All. 744</b>	<b>Esemplare All.713/B</b>
3	Riserva respinta	<b>RINUNCIA ALLA RISERVA</b>
4	Riserva respinta	La riserva rimane
5	Riserva respinta	La riserva rimane
6	Riserva respinta	<b>RINUNCIA ALLA RISERVA</b>
8	Riserva respinta	<b>RINUNCIA ALLA RISERVA</b>
9	Riserva respinta	La riserva rimane
10	Riserva respinta	<b>RINUNCIA ALLA RISERVA</b>
11	Riserva respinta	La riserva rimane
12	Riserva respinta	La riserva rimane
15	Riserva respinta	<b>RINUNCIA ALLA RISERVA</b>
16	Riserva respinta	La riserva rimane
17	Riserva respinta	La riserva rimane
18	Riserva respinta	La riserva rimane
19	Riserva respinta	La riserva rimane
20	Riserva respinta	La riserva rimane
21	Riserva respinta	La riserva rimane
23	Riserva respinta	La riserva rimane
24	Riserva respinta	<b>RINUNCIA ALLA RISERVA</b>

La relazione di I.L., in entrambi gli esemplari, riconosceva all'impresa la somma di € 689.179,16 quale importo dovuto per le riserve n. 1-2-7-13-14 e 22. L'importo era stato determinato direttamente da Infrastrutture Lombarde di intesa ed in contraddittorio con il concessionario con apposito prospetto allegato, peraltro non sottoscritto dalle parti ed inviato alla Direzione Amministrativa dell'Azienda ed al RUP (all. 111) per la proposta di risoluzione di un accordo bonario.

Come si può notare, I.L. ha svolto una tipica attività di surroga del Direttore dei Lavori. Ai sensi di legge avrebbe dovuto essere il D.L. con la sua

relazione riservata a fornire certezze circa la fondatezza dell'importo delle riserve. "Il RUP valutata l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve, ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite del valore ..., sentito l'appaltatore sulle condizioni ed i termini di un eventuale accordo, formula alla stazione appaltante una proposta di soluzione bonaria (comma 2 dell'art. 149 del Regolamento)". Nel caso specifico, dopo la relazione di I.L. (una sorta di pre-accordo con l'impresa), non si hanno certezze circa il raggiungimento del 10% dell'importo delle riserve accertate. Peraltro non si vede come la proposta di accordo bonario possa essere stata formulata direttamente alla stazione appaltante (D.A.) dal soggetto di supporto al RUP e non dal RUP stesso dopo le "sue valutazioni". I.L. non ha mai acquisito la prescritta relazione dell'organo di collaudo, obbligatoria, in quanto già costituito al momento delle riserve.

Tali mancanze e carenze, ovviamente, rendono nulla e/o inefficace la risoluzione dell'accordo bonario (comma 1, art. 149 del Regolamento). Per scrupolo professionale, il redigente deve segnalare che il RUP con la nota n. 37706 del 27-11-07 (all. 112 bis) aveva trasmesso all'ing. Calzolari, Presidente della Commissione di Collaudo, "le copie delle note del registro di contabilità, esplicitate dalla concessionaria e le relazioni riservate del Direttore dei Lavori". Nessun cenno di risposta però risulta citato nella documentazione sottoposta in visione al redigente. La nota del RUP che si allega (all. 112), inviata al D.A. per la trasmissione degli atti prodotti da I.L., non contiene una diretta proposta di accordo bonario. Il RUP poneva in essere tale procedura irritualmente e sulla scorta della convenzione stipulata tra A.O. e I.L. laddove si delegava a quest'ultima, oltre la c.d. "Alta Sorveglianza, anche la gestione giuridica-economica del contratto di concessione". In pratica il RUP, ritenendosi espropriato dall'A.O. del proprio ruolo, riteneva giustamente di non fungere da "passacarte" di I.L. S.p.A., la quale, si ricorda, rivestiva tale ruolo illegittimamente. In altre parole il consulente I.L. ha svolto e continua a svolgere cumulativamente le funzioni del D.L., di Responsabile

dei Lavori per la Sicurezza, di RUP e di committente in violazione di tutta la normativa in materia, in particolare di quella comunitaria ma soprattutto ha assunto la figura di "Alter ego" dell'Azienda Ospedaliera su "imput" e indirizzo della Regione. La conferma, se ce ne fosse ancora bisogno, è facilmente desumibile dalla corrispondenza intercorsa tra RUP e I.L. S.p.A., allorquando si è dovuto procedere all'approvazione del secondo atto aggiuntivo.

Come emerge dalle note che si allegano ai numeri 113 e 114, mentre il RUP tentava di svolgere il suo ruolo e le sue funzioni (magari anche con argomentazioni non del tutto condivisibili), I.L. S.p.A., soggetto illegittimamente di supporto al RUP e consulente non legittimo del committente Ospedale, replicava con una lettera non direttamente indirizzata al suo interlocutore RUP, bensì direttamente all'Azienda Ospedaliera ed alla Regione Lombardia – Direzione Generale Sanità – ritenendo questi ultimi suoi veri interlocutori.

Nel merito della corrispondenza si apprende casualmente che I.L. S.p.A., atteggiandosi da vero committente, abbia orientato l'A.O. verso un atto aggiuntivo per la costruzione di un impianto di cogenerazione per un importo di € 4.527.000,00, di cui € 577.000,00 per oneri finanziari. Appare in tutta la sua evidenza come l'A.O. faccia ricorso solo ora ad una richiesta di un impianto di cogenerazione quando ovviamente avrebbe potuto e dovuto doverosamente prevederlo in fase di progettazione. A parere del redigente, nella fattispecie, possono ricorrere anche le condizioni di un errore tecnico di progettazione; nulla viene detto circa i nuovi prezzi.

Non si spiega perché una perizia suppletiva per maggiori lavori non sia stata proposta dal D.L. o dal RUP, legittimi depositari di tali iniziative.

Ciò detto, ritornando all'esame delle riserve, il RUP infine, nella sua lettera di trasmissione, correttamente ricordava al D.A. del Niguarda che la proposta di soluzione bonaria delle riserve avrebbe dovuto essere attivata ai sensi dell'art. 239 del D.L.vo 163/2006 (Nuovo Codice dei Contratti). E l'art.

239 rinvia all'art. 240 la disciplina protocollare dell'accordo bonario. Tale ultimo articolo, per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore ai 10 milioni di euro (comma 5), obbliga il RUP a costituire una apposita commissione la quale, acquisiti i pareri del D.L. e della Commissione di Collaudo, formula una proposta motivata di accordo bonario. L'art. 240 poi indica un preciso percorso da seguire per risolvere il conflitto. Tutto ciò non è stato fatto, per cui si ritiene ancora di più che l'accordo bonario non possa aver luogo così come proposto da I.L., dal RUP e dall'Azienda Ospedaliera. Soprattutto perché la richiesta di istituzione della commissione di cui all'art. 240 era stata sollecitata dal RUP con specifica e.mail (all. 115). Annessa alla e.mail in questione è stato rinvenuto un "promemoria sulla relazione riservata del RUP" (all. 116) indirizzata allo stesso per mezzo di una lettera e.mail del 10-12-2007 dell'Ing. Badi, Responsabile dell'Ufficio Tecnico dell'Ospedale. Questi, ancorché incredibilmente ed illegittimamente escluso dall'A.O. da tutti i possibili ruoli che avrebbe potuto assumere o ricoprire nella sua qualità (progettista preliminare, direttore dei lavori, membro della commissione di collaudo, responsabile dei lavori, coordinamento alla sicurezza), ha comunque supportato e collaborato con il RUP quale esperto interno alla struttura in materia di tecnica edilizia.

Il suo promemoria, dettagliatissimo per ogni riserva avanzata dall'impresa, contraddicendo in maniera, a volte anche clamorosa, quanto recepito ed affermato da I.L. S.p.A., concludeva così (all. 116/5): *"dal punto di vista formale, non si rileva la data di registrazione delle riserve dal n. 15 al n. 20. Accettando in linea di principio l'idea di ricorrere all'accordo bonario anche nel caso, come il seguente, in cui le riserve non hanno ancora raggiunto l'importo del 10% delle opere contrattuali, è da prevedere il futuro ricorso ad altri accordi bonari; in questo caso, si ritiene opportuno prevedere un ricorso contro il concessionario per i seguenti danni:*

- *per diminuita funzionalità dell'Ospedale derivante dalle difficoltà logistiche di funzionamento dei reparti, con conseguente riduzione degli*

*introiti da ricoveri e prestazioni ambulatoriali e riduzione dell'accessibilità per pazienti e dipendenti;*

- per maggiori oneri derivanti dalla forzata necessità di ricorso alle procedure urgenti d'appalto per far fronte all'esecuzione dei lavori conseguenti alla disordinata esecuzione dei cantieri;*
- per la mancata disponibilità di aree di cantiere recintate e lasciate inattive (area tra radiologia nord e padiglione Belli, area del Polo Tecnologico);*
- per la necessità di dedicare personale addetto alla manutenzione interna, con conseguente riduzione delle necessarie attività di controllo periodico degli impianti e di gestione ordinaria delle strutture;*
- per danno di immagine dell'Ospedale come pubblico servizio;*

*Oltre all'elenco di cui sopra dovrà essere valutato l'insieme dei mancati ripristini dopo la fine delle fasi di lavoro”.*

Al promemoria dell'Ing. Badi è allegato un prospetto analitico di raffronto di giudizio su tutte le riserve di I.L., del D.L. e del RUP (ovviamente su consulenza del medesimo Ing. Badi), da cui si desume che delle 24 riserve avanzate ne sarebbero state accoglibili parzialmente solo 5 (vedasi allegato n. 116/6), il cui importo però, non è stato quantificato, né poteva esserlo in quanto l'Ing. Badi non era a conoscenza dei dati e delle misure dei lavori.

Malgrado tutto, senza la relazione dell'organo di collaudo e senza soprattutto il giudizio dell'apposita commissione di cui all'art. 240, comma 5 del Codice degli Appalti, il Direttore Generale dell'Ospedale Niguarda siglava un accordo transattivo con il concessionario per l'importo di € 689.179,16. Lo stesso importo cioè concordato e quantificato da Infrastrutture Lombarde S.p.A.. Con siffatta procedura, ovviamente, di fatto, l'accordo bonario era stato deciso da I.L. S.p.A..

Al di là dell'importo che dovrà comunque essere sottoposto a revisione non solo alla luce delle deduzioni di merito del collaboratore del RUP, ma anche e soprattutto dal fatto che l'importo delle riserve non superava

il 10% di legge, si ritiene che la transazione è da considerarsi illegittima per la violazione della procedura di cui all'art. 149 del Regolamento e dall'art. 240 del nuovo codice.

L'accordo transattivo veniva recepito dall'Azienda con la delibera n. 1171 del 20-10-2007, la quale chiariva che la copertura finanziaria sarebbe stata rinvenuta "con le modalità indicate nel Nuovo Piano Economico Finanziario dell'intervento". Tale affermazione, oltre che impropria perché il PEF riguarda le modalità di ammortamento del capitale investito e del canone di supporto, non supera il fatto che il quadro economico, nemmeno per i ribassi d'asta, come segnalato in precedenza, non aveva previsto l'accantonamento in bilancio delle somme del fondo degli accordi bonari (art. 12 del Regolamento, commi 1 e 3). Si allega la delibera con l'annesso atto transattivo (all. 117).

Per tutto quanto sopra illustrato nei paragrafi che precedono, per dovere d'ufficio, si debbono sottolineare le osservazioni che seguono:

- la concessione in questione, comprendente anche l'affidamento dei servizi di supporto, non è stata bandita e pubblicizzata nella sua effettiva dimensione finanziaria, anche ammesso per ipotesi che i servizi di supporto fossero intesi quale "sfruttamento funzionale" del manufatto;
- essendo i servizi di supporto sganciati dalla c.d. "gestione funzionale dell'opera" (trattasi del manufatto per un ospedale) è di tutta evidenza che l'importo complessivo del loro valore, circa 820 milioni di euro, non può costituire oggetto di concessione, magari anche separata come precisato da una vasta giurisprudenza e come chiarito anche da specifiche indicazioni ministeriali di cui si dirà in appresso;
- per effetto dell'importo dei servizi di supporto, in teoria, con la impostazione di una unica concessione, l'appalto avrebbe dovuto essere bandito e disciplinato ai sensi del D.L.vo 157/95. Nella fattispecie è da stabilirsi, a questo punto, se i lavori assumono funzione accessoria rispetto

ai servizi (art. 3, comma 3 del D.L.vo 157/95), visto che in assoluto i servizi medesimi connessi all'intervento di riqualificazione non costituiscono lo sfruttamento del manufatto, tranne il parcheggio e probabilmente le aree commerciali. Trattasi a parere del redigente di un "global service" in concessione in precedenza affidato in appalto a terzi ovvero condotto direttamente, per cui si ritiene che avrebbe dovuto essere disciplinato separatamente con la sua base normativa;

➤ l'Azienda Ospedaliera poteva percorrere sia la strada dell'unica concessione di sola costruzione ai sensi della Legge 109/94 e sia quello degli appalti in concessione separati. Così non è stato e ciò ha costituito, a parere del redigente, una grave turbativa alla licitazione privata. I servizi in questione, come prima accennato, in relazione alla coerente interpretazione della normativa che disciplina la concessione non possono costituire la gestione funzionale del manufatto in quanto si è in assenza sia dell'attività che dei presupposti che connotano il c.d. "sfruttamento economico", così come previsto dal comma 2 bis dell'art. 19 della Legge perché:

- a) i lavori realizzati dal concessionario attengono alla costruzione di un ospedale. La controprestazione del concessionario, individuata nella gestione funzionale e nello sfruttamento economico avrebbe dovuto consistere direttamente nell'attività di ricovero ed nella cura dei pazienti ovviamente previo corrispettivo tariffato (sfruttamento economico). I servizi di supporto da acquisire sarebbero stati solo funzionali all'attività principale e non connessi all'opera;
- b) i servizi di supporto dell'attività sanitaria dell'ospedale dati in concessione quale corrispettivo dell'investimento del concessionario avrebbero contenuto già con il PEF la quota ed il margine di utile. Il corrispettivo peraltro sarebbe stato rivisto e aggiornato per effetto delle condizioni contrattuali (tutte a favore del concessionario). Nel contesto come si può notare sarebbe mancato del tutto il "rischio di impresa";

- c) il concedente A.O. Niguarda "per il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione", in relazione alla qualità del servizio da prestare, avrebbe assicurato al concessionario un prezzo di euro 142.106.492,57 al lordo di IVA.

Per quanto sopra si ritiene che la concessione in questione avrebbe dovuto costituire una concessione di "sola costruzione", ovvero una concessione di sola costruzione con gestione del parcheggio e delle aree commerciali, in quanto i servizi di supporto avrebbero dovuto essere oggetto di una concessione separata dalla costruzione. Ne è riprova anche la predisposizione degli schemi di bando allegati al D.P.R. 554/99, laddove, appunto, non sono previsti schemi costituenti entrambe le tipologie di concessione. A conforto della errata impostazione del bando di concessione riguardante unicamente l'intervento di riqualificazione e non anche i servizi di supporto si fa rinvio "in toto" alla circolare del Ministero delle Politiche Comunitarie 1° marzo 2002, n. 3944 (G.U. n. 102 del 3 maggio 2002). Tale circolare, in particolare al punto 9, così recita: "Del resto, è anche possibile che talune operazioni contemplino sia la realizzazione di un'opera o la realizzazione di lavori che la prestazione di servizi. Per cui, a margine di una concessione di lavori, possono essere concluse delle concessioni di servizi per attività complementari ma indipendenti dalla gestione della concessione dell'opera. Ad esempio, i servizi di ristoro di un'autostrada possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione dell'autostrada. Secondo la commissione quando gli oggetti dei contratti sono dissociabili, a ciascun tipo di contratto si applicano le norme ad esso relative (c.f.r. comunicazione interpretativa, cit., punto 2.3)". La comunicazione interpretativa è stata pubblicata sulla voce n. 121/5 del 29 aprile 2000.

La circolare, nel suo contenuto, in più punti ed in particolare al punto numero 3, definisce in maniera inoppugnabile anche la distinzione tra lavori in

concessione e appalti di lavori pubblici. Tale differenza "consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Da quanto precede si deduce che in una concessione di lavori l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario che si assume *il rischio economico*, nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione dell'opera. Al contrario, si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti".

Il punto 3 della circolare ministeriale in questione così continua: "..... si deve puntualizzare infine che il ricordato art. 19, comma 2, della Legge Merloni contempla anche la possibilità di fattispecie di carattere misto nelle quali il conferimento del diritto di gestione è accompagnato dal riconoscimento di una controprestazione pecuniaria in favore del costruttore in misura in ogni caso non superiore al 50% dell'importo totale dei lavori". Ancorché il comma 2 risulta modificato dall'art. 7 della Legge 1° agosto 2002, n. 166, permane lo spirito e la filosofia della concessione dei Lavori Pubblici così come innanzi definita.

*PROGEM*  
 In definitiva il concessionario, a fronte di un investimento senza rischi, di circa 120 milioni di euro, peraltro restituiti con gli interessi superiori addirittura al rendimento dei B.P.T. ha ottenuto: *rendimento del capitale investiti*

- ▶ un utile di impresa derivante dalla attività ~~imprenditoriale~~ della costruzione dell'ospedale per un valore di circa 230 milioni di euro
- ▶ un utile garantito ed aggiornato per tutto il periodo della concessione; praticamente una rendita costante trentennale derivante dalla gestione dei

quelli suoi

servizi di supporto (una rendita ricardiana non legata alla terra ma ai servizi); • causa distorsione un'alterazione

- ▶ un utile garantito derivante dalla gestione dei parcheggi;
- ▶ un utile garantito (se non addirittura una rendita) derivante dall'utilizzo degli spazi commerciali.

Si ritiene che l'appalto in concessione per la riqualificazione dell'Ospedale Niguarda Cà Granda, per come è stato preparato, progettato, finanziato, condotto e per come sarà eseguito ed amministrato abbia costituito e prodotto un grave danno patrimoniale alla Pubblica Amministrazione nella misura in cui si raffrontano gli utili e le rendite attualizzate dal concessionario nei 27 anni della concessione ed il rendimento nello stesso periodo dell'investimento. Senza contare il costo che l'A.O. subirà per effetto del personale espulso dai servizi dati in concessione, ma rimasto comunque nell'organico dell'ente. Il personale, rimanendo in servizio, ha costituito un surrettizio incremento dell'organico. Si ricorda in proposito il blocco delle assunzioni delle ultime leggi finanziarie.

chi ne  
diETRO

il meccanismo

continuazione del vicenda em. L'istituto  
causa danno alle Tori dei cittadini

- procura

- causa dei conti -

Contenuti