



CC 2.18.1/2567/2013/x

Al Presidente del
Consiglio regionale
del Piemonte**INTERROGAZIONE A RISPOSTA IMMEDIATA** n° 2567

ai sensi dell'articolo 100 del Regolamento interno

(Non più di una per Consigliere/a - Non più di tre per Gruppo)

OGGETTO: Mancato trasferimento in capo al concessionario dei rischi e la nullità del contratto di concessione novennale dell'AOU Maggiore della Carità di Novara, per la gestione dei servizi di manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e delle risonanze magnetiche, disciplinato dall'art. 183, comma 15, Dlgs n. 50/2016, Codice dei contratti pubblici.

PREMESSO CHE

- 1- con la deliberazione del 14 agosto 2017, n. 554, successivamente all'espletamento della gara, il Direttore generale dell'AOU di Novara ha disposto l'aggiudicazione al RTI composto da Higea SpA, 3B Srl e Centro radiologico Polispecialistico di Ternate della gara "Procedura aperta Partenariato pubblico privato. Concessione di servizi ad oggetto: 1) servizi di gestione e manutenzione di apparecchiature biomedicali e del sistema PACS-RIS dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "Maggiore della Carità di Novara; 2) servizio di risonanza magnetica";
- 2- la gara di cui al punto precedente è stata indetta sulla base della previsione di cui al Titolo I Partenariato Pubblico Privato del Dlgs n.50/2016 che al comma 3. dell'art. 180, prevede: "Nel contratto di partenariato pubblico privato (1) il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3 comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc) (2)¹. Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico";

1- **eee)** «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat;

2 - **aaa)** «rischio di costruzione», il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera; **bbb)** «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti; **ccc)** «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa;

- 3- l'interesse per i contratti di Partenariato Pubblico Privato (PPP) deriva in gran parte dall'impatto che hanno sulla finanza pubblica. Le regole di contabilità pubblica a cui devono attenersi gli stati membri prevedono che l'investimento o la gestione del servizio oggetto del contratto sia iscritto nel bilancio del partner privato (off balance), e non in quello pubblico (in balance), a condizione che il rischio dell'operazione sia in capo al concessionario privato. Appare evidente che tutta la normativa che regola il PPP richieda come elemento essenziale il trasferimento del rischio in capo al privato, come condizione necessaria ed indispensabile affinché la spesa prefissa venga iscritta nel bilancio dell'operatore privato invece che nel bilancio dell'ente pubblico. Le previsioni di cui trattasi hanno natura prescrittiva e non solamente programmatica, la violazione delle quali determina conseguenze erariali in ordine alla responsabilità della PA che non si conformi al paradigma enunciato nella redazione dei contratti di concessione, causando aumento dei costi a carico delle finanze pubbliche, altrimenti evitabili;
- 4- esistono più sentenze dei Tribunali Amministrativi regionali che hanno sancito la nullità del negoziato per inosservanza dei riferimenti normativi richiamati nella distribuzione dei rischi. Alla luce di ciò, il contratto di concessione posto in essere senza una adeguata distribuzione dei rischi è nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art.1344 del codice civile recante che si riferisce al "contratto in frode di legge", posto in essere per un risultato precluso dall'ordinamento;
- 5- inoltre, anche la Corte dei Conti, alla luce di più sentenze, sottolinea che i contratti di PPP possono rappresentare una forma di indebitamento vietata agli enti e, quando ha accertato, a causa di quanto detto, una non corretta imputazione delle entrate e delle uscite, ha condannato gli amministratori che hanno posto in essere gli atti elusivi delle regole.

TENUTO CONTO CHE LA CONCESSIONE prevede in capo al Concessionario tre prestazioni:

- la gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali, in esercizio e di quelle nuove che saranno fornite dal Concessionario;
- la gestione del servizio di Risonanza Magnetica (RM), per il quale il Concessionario fornirà il personale medico, infermieristico ed amministrativo necessario al funzionamento del servizio stesso, utilizzando però le apparecchiature, i locali e le utenze messe a disposizione dall'AOU;
- l'esecuzione di opere edili ed impiantistiche, collegate alla predisposizione e messa a norma dei locali destinati ad ospitare alcune delle apparecchiature, messe a disposizione dell'AOU dal Concessionario.

VISTA LA "MATRICE DEI RISCHI", di cui all'Allegato 7 della documentazione della gara di cui trattasi, indetta dal Direttore generale dell'AOU di Novara con la deliberazione del 28 aprile 2017, n. 253, da cui è scaturito l'esito richiamato al precedente punto 1 della premessa, del tutto insufficiente a sostenere la legittimità della scelta particolarmente onerosa che è stata fatta dall'AOU Maggiore di Novara, abbiamo affrontato il tema giungendo alle conclusioni di seguito riportate.

1. Servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature e PACS-RIS.

Con riferimento a quanto previsto dall'art. 2 del Capitolato, Sezione I, il servizio di cui trattasi prevede:

- A. L'erogazione dei servizi di manutenzione e gestione delle apparecchiature elettromedicali in uso presso l'AOU, come da inventario riportato nell'Allegato I. L'attività consta essenzialmente del mantenimento.

nel tempo, della funzionalità delle apparecchiature, secondo gli standard previsti per ognuna di esse, oltre alla movimentazione delle stesse, compresa la riattivazione nella nuova collocazione.

B. L'attuazione di un piano di rinnovo tecnologico dei sistemi di diagnostica per immagini che consiste nella messa a disposizione di una serie di apparecchiature costituita da:

- n.3 ecotomografi di alta fascia;
- n.2 mammografi digitali di cui uno dotato di tomosintesi;
- n.2 tomografi computerizzati 128 banchi;
- n.1 tomografo a risonanza magnetica da 1,5 Tesla;
- n.1 tomografo a risonanza magnetica da 3 Tesla;
- n. 1 sala angiografica vascolare;
- n.1 CT PET;
- n.3 apparati per diagnostica radiologica polifunzionale;
- n.1 apparati per diagnostica radiologica diretta con tavolo telecomandato;
- n.5 apparati portatili per radiografia digitale diretta;
- n.3 Unità di radiologica diretta ad arco per sala operatoria.

3. Gestione e manutenzione del sistema PACS-RIS e potenziamento dello stesso.

Punto 1.A.

Prima di entrare nel merito dei cosiddetti rischi collegati al tipo di attività che stiamo trattando, serve precisare che nonostante quanto riportato al comma 1. punto c., dell' art. 2 del Capitolato, la manutenzione straordinaria che consente di migliorare le funzionalità o la sicurezza delle apparecchiature tramite integrazioni o aggiunte alle configurazioni originarie, non rientra tra i servizi previsti dalla Concessione, come è precisato nelle definizioni di cui all'art.1 e messo in evidenza dalle previsioni degli artt. 3, 4 e 5.4.3. La manutenzione straordinaria, è un'attività che ha un grado di incertezza collegato al quale certo è possibile ipotizzare l'esistenza di qualche forma di rischio. Ma, come rilevato, si tratta di prestazioni che sono escluse dal perimetro della Concessione e per questo stesso motivo restano esclusi anche i rischi ad essa riconducibili.

Con riferimento alle previsioni della Sezione I del Capitolato, il Concessionario dovrà eseguire sulle apparecchiature:

- la manutenzione correttiva che consiste negli interventi necessari a risolvere un'avaria, per riportare l'apparecchiatura al livello di funzionalità inizialmente previsto;
- la manutenzione preventiva, costituita da interventi eseguiti a intervalli predeterminati o in accordo a criteri prescritti, è volta a ridurre la probabilità di guasto o la degradazione del funzionamento dell'apparecchiatura.

Si tratta di un'attività molto ben codificate, svolta quotidianamente in tutti gli ospedali del Paese, applicando regole, accorgimenti e metodi di lavoro, tutti consolidati e noti a chi opera nel settore delle apparecchiature elettromedicali. Le regole applicative per questo tipo di attività sono definite dai produttori delle apparecchiature i quali molto spesso sono loro stessi a provvedere alla manutenzione.

Se non abbiamo letto male i dati, il numero delle apparecchiature elettromedicali in esercizio all'AOU Maggiore di Novara, per le quali il Concessionario dovrà garantire il corretto funzionamento, è compreso tra 6.500 e 6.700. Si tratta di apparati che hanno contenuti tecnologici molto diversi e caratteristiche funzionali molto diverse tra loro. Per stare ai dati forniti dall'Azienda Ospedaliera ci ha colpito il fatto che siano state messe sotto contratto di manutenzione anche gli apparati cosiddetti di "utilizzo domestico", quali gli asciugacapelli, i forni a micro onde, i telecomandi TV, i lettori di DVD, ecc. che, in tutte le parti del mondo, sono movimentati dagli utilizzatori, senza l'impiego di personale specializzato addetto alla

manutenzione, e non mantenuti perché in relazione al loro basso costo, quando non funzionano conviene sostituirli e basta.

Nel caso delle restanti apparecchiature, quelle che in relazione ai contenuti e alle caratteristiche tecnologiche, richiedano periodici interventi, al fine di garantire gli standard prestazionali, va detto che il mercato offre un'ampia gamma di soluzioni, in grado di risolvere qualunque necessità. Si va dai contratti di manutenzione proposti dai produttori stessi degli apparati da mantenere, ad altre soluzioni offerte da operatori economici, specializzati in questo tipo di prestazioni. Le opzioni messe a disposizione sono le più diverse ed in grado di risolvere ogni tipo di necessità possibile, soprattutto perché si tratta di apparati che hanno una storia, sono presenti da tempo sul mercato e l'esperienza maturata nella loro gestione ha permesso la definizione di modalità d'intervento in grado di risolvere ogni possibile necessità funzionale, evitando l'insorgere di un qualsiasi rischio.

Punto 1.B.

Offrire in uso le apparecchiature elettromedicali del tipo di quelle proposte non rappresenta nessun rischio particolare per il Concessionario, soprattutto quando nell'ambito della proposta è prevista una significativa remunerazione della iniziativa che va ben oltre i prezzi di mercato.

Come è facile constatare, si tratta di apparecchiature che non hanno nulla di sperimentale, non sono prototipi per i quali potrebbe esserci una qualche incertezza o rischio circa il loro impiego.

In tutti i casi compresi nell'offerta, si tratta di apparecchiature i cui funzionamenti sono consolidati. Inoltre, sia nel caso dell'acquisto sia in quello del noleggio, i fornitori accompagnano le loro offerte con congrui periodi di garanzia e con successivi contratti di assistenza e manutenzione in grado, come nel punto precedente, di mettere l'utilizzatore al riparo da ogni tipo di rischio.

Punto 1.C.

Se non abbiamo letto male, la proposta prevede un adeguamento che potremmo definire di manutenzione straordinaria, realizzato sul un sistema, PACS-RIS, per la gestione e l'archiviazione delle immagini, già in esercizio presso l'AOU di Novara.

Senza farla troppo lunga, si tratta anche in questo caso, di un'attività che non ha nulla di sperimentale. Le nuove componenti impiegate per migliorare le prestazioni del sistema in uso non devono essere progettate e realizzate ex novo per l'occasione. Quelli di cui parliamo sono dei sistemi complessi e sofisticati, ma presenti da tempo sul mercato con alle spalle produttori importanti in grado di dare all'utente tutte le garanzie circa l'affidabilità degli apparati forniti e la rispondenza di questi alle funzionalità dichiarate.

In conclusione, vien da dire che si tratta solo di un problema di soldi e la spesa sostenuta a Novara per questa attività nel 2016 era già stata molto alta anche rispetto alle altre realtà Piemontesi dello stesso tipo. Alla fine, sorprende che invece di lavorare per migliorare la situazione, come invece avrebbero dovuto fare, i dirigenti dell'AOU abbiano fatto ricorso, pur non ricorrendone i presupposti, ad un contratto di PPP che è sempre ed in tutti più oneroso delle altre modalità di acquisizione di un bene o di una fornitura come nel caso specifico.

2. Gestione del servizio di Risonanza Magnetica (RM).

La seconda attività proposta, riguarda la gestione del servizio di Risonanza Magnetica, svolta all'interno delle strutture ospedaliere dell'Azienda novarese, utilizzando le apparecchiature messe a disposizione dalla stessa Azienda.

Può essere di una qualche utilità, prima di proseguire, precisare che questa gestione era già da tempo esternalizzata sulla base di un affidamento, però in scadenza, fatto allo stesso fornitore che poi risulterà vincitore della gara per la concessione novennale.

In buona sostanza, per quanto riguarda i contenuti della prestazione, l'attività prevista a carico del Concessionario, così come emerge dai documenti di gara, si veda la Sezione II del Capitolato, è riconducibile alla somministrazione o affitto di persone, seppur qualificate, al pari delle agenzie di lavoro interinale.

È importante precisare che la proposta prevede per questa attività delle modalità di pagamento basate sull'emissione di fatture mensili, i cui importi saranno determinati dal numero delle prestazioni eseguite, moltiplicato per il valore della tariffa unitaria prevista. Si tratta di costi che si aggiungeranno al cosiddetto "canone di disponibilità", previsto dal piano finanziario della concessione.

Venendo a rischi, nel caso dell'attività di cui trattasi ne esiste almeno uno, ed è il cosiddetto "rischio di domanda" perché i volumi dell'attività possono variare nel tempo.

Questo tipo di rischio è trattato nei documenti di gara nei diversi aspetti, sia per quanto attiene l'aumento delle prestazioni sia per quanto riguarda la diminuzione.

A. Il primo caso, quello dell'aumento dei volumi dell'attività rispetto alle previsioni.

È regolato dall'art. 4, comma 9, della Sezione II del Capitolato, là dove si dice che se "... a partire dal terzo anno dall'avvio del Servizio di RM, il volume delle prestazioni aumentasse, su base annua, in misura superiore al 20%, rispetto alle stime, il Concessionario riconoscerà una percentuale del 2% - o la maggiore percentuale prevista in sede di offerta- del maggiore introito all'AOU, su base annua".

Ora, sembra utile, attraverso un semplice esempio, provare a quantificare il valore della previsione quando il numero delle prestazioni dovesse passare dalle 10.000 inizialmente previste a 12.200, con un incremento del 22%, in grado di far scattare l'applicazione del meccanismo di adeguamento previsto. Considerata il valore di 100 euro per ogni prestazione, come previsto dal l'art.4, comma 3 della Sezione II del Capitolato, l'incremento considerato delle prestazioni determinerebbe un aumento del fatturato a favore del Concessionario pari a 220.000 euro, a fronte del quale lo stesso riconoscerà all'AOU Concedente il 2% del maggiore introito, cioè 4.400 euro.

Tenuto conto che tutti o quasi i fattori produttivi: apparecchiature, locali utenze ecc., con la sola esclusione del personale e dei materiali di consumo, sono a carico dell'AOU, lo squilibrio nella ripartizione del fatturato aggiuntivo, 98% al Concessionario e solo 2% al Concedente, appare oltre che evidente anche iniquo. Naturalmente, non cambia il giudizio espresso circa il fatto che in sede di gara il Concessionario abbia offerto una riduzione del 35%, rispetto alla tariffa unitaria posta a base d'asta per il servizio di RM. Verrebbe da dire che conoscendo la situazione l'Offerente sapeva di poterselo permettere. Quello che sorprende, semmai, è il fatto che questa previsione di "profit sharing", così squilibrata, sia stata accettata senza la minima obiezione dei Dirigenti dell'AOU che hanno valutato la proposta.

A questo proposito, si impone ancora una considerazione che riguarda la previsione al comma 8 dall'art. 4, della già citata Sezione II del Capitolato che prevede il mantenimento delle tariffe unitarie "... fisse ed invariate per tutta la durata della concessione ...", prevista in nove anni, rinunciando con ciò alla possibilità di avvalersi di nuove strumentazione e all'applicazione di principi e modelli organizzativi nuovi in grado di migliorare tutto il processo, riducendo i costi dei fattori produttivi impiegati.

B. Il secondo caso, quello della diminuzione dei volumi dell'attività, rispetto a quelli previsti.

Il caso trattato dall'art. 31, comma 3, della Convenzione generale che recita: "Nessuna pretesa può essere avanzata dal Concedente nel caso in cui la quantità di prestazioni erogate si discosti dalle stime contenute nel PEF, salvo ove questo derivi dal Fatto del Concedente".

La previsione appena riportata che a prima vista appare molto netta, precisa e tale da trasferire davvero in capo al Concessionario il rischio dovuto ad una diminuzione della domanda, assume significati ben diversi se si tiene conto che tutti gli indicatori relativi alla diagnostica strumentale in sanità, mostrano andamenti in forte crescita e che sulla base delle conoscenze attuali, è difficile attendersi una spontanea inversione di tendenza nei prossimi anni.

Messa in questi termini, l'unica diminuzione dei volumi dell'attività di RM potrebbe derivare da un'autonoma iniziativa dell'AOU, in grado di incidere sull'eventuale eccesso di accertamenti clinici. Però, nel caso in cui l'evento ipotizzato dovesse concretizzarsi, la previsione del comma 3, dell'art. 31 della Convenzione, mette il Concessionario al riparo dal cosiddetto "rischio di domanda". Infatti, l'evento considerato, permetterebbe al Concessionario di avanzare delle pretese nei confronti dell'AOU perché riconducibile al Concedente.

Una trattativa che dovesse aprirsi a fronte dell'evento richiamato, avrebbe l'esito scontato di continuare a garantire al Concessionario la remunerazione attesa per questo servizio.

Alla fine, la previsione di cui al comma 3, dell'art.31 della Concessione sembra costituire una grave limitazione all'autonomia della parte pubblica in grado di esporre l'AOU ad un danno economico concreto. Ma se così fosse anche solo in parte, "il rischio di domanda", invece di essere in capo al Concessionario, come dovrebbe, non è tutto in capo al Concedente?

3. Adeguamenti edili ed impiantistici.

Considerato che l'attività di cui trattasi che consiste in interventi nuovi applicati ad edifici e reti tecnologiche realizzati decine di anni addietro, con tecniche costruttive e materiali superati, ecc., è regolata da normative complesse da cui dipendono il rilascio di specifiche autorizzazioni, definite da procedure proprie di enti terzi, ad essa va riconosciuta, a differenza di quanto abbiamo visto fino ad ora, un margine di incertezza che si traduce in un rischio vero in capo al Concessionario impegnato a realizzare gli interventi di cui trattasi.

Detto ciò occorre mettere in relazione il rischio collegato a questa attività con il valore economico della stessa che, come dichiarato dai Proponenti, è pari a 805.000 euro, corrisponde al 0,78% dell'intero costo della Proposta pari a 102.960.000,00, come risulta moltiplicando il canone annuo di disponibilità, pari a 11.440.000,00, per i 9 anni della durata della concessione.

Alla fine, risulta davvero difficile accettare la propagazione dell'unico rischio appena identificato a tutte le altre attività oggetto della convenzione. Però, se, vista l'inconsistenza dell'approccio, viene meno anche questo aspetto, è davvero difficile, almeno a nostro avviso, rintracciare altri elementi a sostegno della legittimità del tutto.

insorgono dubbi circa la legittimità

ANALIZZATI i documenti e verificate le argomentazioni prodotte dai Dirigenti dell'AOU Maggiore della Carità di Novara ~~relativa alla proposta di concessione dell'attività di RM~~ della procedura, a causa della insussistenza dei rischi e della impossibilità quindi di trasferirli in capo al Concessionario, fatto che, come prevede la normativa, costituisce il solo elemento di legittimità della concessione finanziata con le modalità proprie del contratto di PPP.

Tutto ciò premesso, il sottoscritto Consigliere

INTERROGA

Il Presidente della Giunta

L'Assessore/a

per conoscere se, dopo aver verificato la veridicità dei fatti e la fondatezza delle conclusioni a cui siamo giunti, intende intervenire per mettere al riparo i conti della sanità piemontese e quelli dell'AOU di Novara dai danni che potrebbero derivare dalla esecuzione del contratto di concessione di cui si è trattato.

FIRMATO IN ORIGINALE

(documento trattato in conformità al provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 243 del 15 maggio 2014)