



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1081 DEL 21 novembre 2018

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Istituti Clinici Scientifici Maugeri Spa SB – Affidamento in concessione dell'organizzazione e gestione dell'attività di riabilitazione specialistica intensiva presso il P.O. di Cassano d'Adda, comprensiva di lavori di ristrutturazione e riqualificazione nuove aree dell'ASST di Melegnano e della Martesana – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 6.000.000,00; S.A.: ASST Melegnano e Martesana.

PREC 180/18/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0091637 del 14.7.2017, con la quale la Istituti Clinici Scientifici Maugeri Spa SB, contesta la legittimità della procedura di gara in quanto la Stazione appaltante avrebbe modificato, dopo la pubblicazione del bando, un dato molto rilevante ai fini della partecipazione;

CONSIDERATO che, più specificamente, l'istante sostiene che il dato relativo al costo del personale sarebbe risultato superiore di ben 800.000 euro annui rispetto a quello indicato nel PEF e che non sarebbero stati resi disponibili i dati inerenti alle quali qualifiche e alle specifiche limitazioni del personale da impiegare nell'esecuzione della concessione;

CONSIDERATO che, pertanto, l'istante chiede parere all'Autorità in ordine ai seguenti quesiti:

- a) se sia legittimo che la Stazione appaltante modifichi nel corso della gara e, peraltro, oltre i termini per rispondere ai quesiti, una condizione fondamentale per la partecipazione alla gara, quale quella del costo del personale;
- b) se sia ammissibile che uno dei concorrenti (ovvero il gestore uscente del servizio, risultato poi aggiudicatario definitivo) sia messo nelle condizioni di avere informazioni indispensabili per valutare la gara, mentre gli altri non ne hanno conoscenza;
- c) se sia corretto che non siano indicati elementi indispensabili per poter sviluppare un progetto (quali le qualifiche e le eventuali limitazioni del personale);
- d) se sia possibile che non venga fornita risposta a quesiti fondamentali per poter partecipare alla gara.

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 18.9.2018;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RILEVATO che l'istante non ha partecipato alla procedura di gara e che i concorrenti sono stati in numero di 3 (Ferb Onlus, Istituti Ospedalieri Bergamaschi e Istituto di Riabilitazione S. Stefano Srl) e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

che l'aggiudicataria della concessione è stata la Ferb Onlus, già precedente affidataria del medesimo servizio;

CONSIDERATO che la legittimità della modifica alla *lex specialis* di gara deve essere valutata, nel caso di specie, con riferimento ai principi di correttezza, trasparenza, libertà di concorrenza e parità di trattamento, il cui rispetto presuppone che siffatta modifica venga comunicata a tutti i potenziali concorrenti e resa pubblica con le medesime modalità seguite per la pubblicazione della documentazione di gara;

CONSIDERATO che, come correttamente sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, «*Le modifiche alla lex specialis devono seguire la regola del contrarius actus: tale principio si applica a maggior ragione qualora non si tratti di mere rettifiche formali della lex specialis di gara, ma di modifiche di natura sostanziale che incidono sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura, tali da poter determinare un ampliamento della platea dei soggetti potenzialmente interessati all'affidamento dell'appalto; le modifiche sostanziali alle regole di gara, in quanto comportano una estensione dei possibili concorrenti, richiedono altresì una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non essendo sufficiente una mera proroga del termine originario al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della par condicio*» (v., *ex multis*, T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, 13 marzo 2017, n. 1445).

RITENUTO che, nel caso di specie, ricorrono certamente i suddetti presupposti in quanto l'indicazione dei dati dettagliati relativi al personale impiegato nel servizio da parte del concessionario uscente (numero di addetti, qualifiche, anzianità di servizio, inquadramento da CCNL di riferimento, retribuzione e costi complessivi sostenuti), in considerazione della differente valutazione in ordine ai costi del personale contenuta nel PEF e della 'clausola sociale di assorbimento' di cui all'art. 8 del Capitolato speciale, appare essere un elemento molto rilevante ai fini della partecipazione alla gara, atteso, altresì, che esso incide direttamente sui costi aziendali che l'operatore economico dovrà sostenere e, conseguentemente, sull'offerta economica che potrà presentare (che a sua volta vale il 20% del punteggio complessivo);

RILEVATO che la Stazione appaltante ha disposto due proroghe del termine per la presentazione delle offerte: la prima di giorni 14 (dal 12.6 al 26.6.2017) a causa di refusi e imprecisioni attinenti all'indicazione delle misure in scala richieste per gli elaborati grafici (Capitolato speciale) e ai requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti per i progettisti (Disciplinare di gara), e la seconda di giorni 18 (dal 26.6 al 14.7.2017) per motivazioni non formalmente precisate nella comunicazione dirigenziale del 26.6.2017, ma, sulla base di quanto sostenuto dalla Stazione appaltante nella propria memoria controdeduttiva, sostanzialmente riconducibili ai quesiti posti dall'odierno istante in merito alla documentazione di gara carente sotto il profilo dell'indicazione del personale interessato dalla c.d. 'clausola sociale di assorbimento' di cui si è detto più sopra;

RITENUTO che, stante le motivazioni che sembrano far riferimento a modifiche di carattere più formale che sostanziale della *lex specialis*, appare ammissibile, nel primo caso, la semplice proroga in luogo della riapertura completa del termine di presentazione delle offerte; diversamente, la seconda



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

proroga non poteva considerarsi sufficiente a garantire la *par condicio* tra tutti i potenziali concorrenti, poiché le informazioni aggiuntive sul personale impiegato nell'esecuzione del servizio da parte del precedente affidatario, rese note per la prima volta a beneficio di tutti gli operatori economici con la pubblicazione dei chiarimenti del 7 giugno 2017 (in particolare al quesito n. 2), erano talmente rilevanti ai fini della corretta formulazione dell'offerta, che la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla riapertura dei termini secondo le disposizioni di cui all'art. 60 del Codice, non potendosi ritenere sufficiente una semplice proroga;

RITENUTO che la considerazione svolta dalla Stazione appaltante nella memoria controdeduttiva, secondo cui «I due dati (dato del PEF e dato offerto dal gestore) ovviamente non coincidevano, in quanto il gestore, nel proprio esclusivo interesse, aveva deciso di offrire un servizio migliore con un numero maggiore di dipendenti rispetto agli standard minimi regionali, al fine di attrarre maggiore quota di mercato. E questo è quello che richiedeva l'amministrazione ai concorrenti: rispetto al dato minimo di personale da coinvolgere rispetto agli standard regionali, ogni concorrente doveva predisporre un proprio PEF indicando il costo stimato del personale per raggiungere gli obiettivi sperati dalla gestione del servizio in concessione» appare incongruente, atteso che i costi del lavoro preventivati nel PEF non sono aderenti alla realtà della concessione, considerata la presenza della clausola sociale e dunque il vincolo dell'assorbimento di tutto il personale che già eseguiva il servizio per il gestore uscente;

CONSIDERATO che – diversamente da quanto sostenuto dalla Stazione appaltante – non può costituire un motivo sufficiente per dimostrare l'infondatezza delle doglianze dell'istante e, dunque, *ipso facto*, prova della regolarità della procedura di gara, la partecipazione di tre concorrenti, tra cui, peraltro, va annoverato lo stesso gestore uscente;

RITENUTO, in definitiva, di poter dare risposta affermativa al quesito circa la assoluta indispensabilità dei dati relativi al personale impiegato nella concessione dal gestore uscente e interessato dalla clausola sociale di assorbimento per una corretta e adeguata formulazione dell'offerta e ritenuto che la semplice proroga del termine per la presentazione delle offerte disposta dalla Stazione appaltante non possa considerarsi sufficiente per tale fine,

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, l'operato della Stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 novembre 2018

Il Segretario Maria Esposito