



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 332 DEL 23 marzo 2016

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dalla società Orto – Clinical Diagnostics Italy S.r.l. – *Service per la realizzazione di esami diagnostici per il laboratorio unico aziendale, per i laboratori di immunoematologia e medicina trasfusionale e di allergologia dell'Azienda U.S.L. di Piacenza* - Importo a base di gara: euro 88.699.082,89 - S.A.: Azienda U.S.L. di Piacenza

PREC 238/15/S

Contratti misti – identificazione della natura, caratteristiche e importo delle lavorazioni

Nel caso siano previsti lavori accessori è indispensabile che la stazione appaltante identifichi in modo preciso la natura, le caratteristiche e l'importo delle varie lavorazioni, in modo tale che la qualificazione che ne deriva sia commisurata all'effettiva entità degli interventi da realizzare. Il principio della distinzione delle lavorazioni in categorie prevalente e scorporabile/i, prevista per la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, opera anche in un appalto misto servizi/lavori, come anche quello della distinzione tra lavorazioni a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria.

Articolo 15, d.lgs. n. 163/2006

Contratti misti – requisiti di qualificazione e capacità – corrispondenza con ogni singola prestazione contrattuale

Nei contratti misti di servizi e lavori occorre prevedere, a titolo di requisiti di partecipazione, sia la dimostrazione della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale per l'erogazione dei servizi, in base agli articoli 41 e 42 del d.lgs. 163/2006, sia il possesso della qualificazione SOA nella categoria e classifica corrispondenti alla natura e all'importo dei lavori da eseguire; ciò in quanto, ai sensi dell'articolo 15 del d.lgs. n. 163/2006, l'operatore economico che concorre all'affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dallo stesso codice per ogni singola prestazione contrattuale, secondo il c.d. principio della combinazione delle differenti discipline, in base al quale, in materia di qualificazione, l'operatore economico deve essere qualificato per tutte le prestazioni di lavori, servizi e forniture secondo le norme previste per ciascuna di tali prestazioni.

Articolo 15, d.lgs. n. 163/2006

Subappalto – indicazione del subappaltatore in sede di offerta

L'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni

Articolo 118, d.lgs. n. 163/2006



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con l'istanza di parere prot. n. 104178 del 17 agosto 2015, la società Orto – Clinical Diagnostics Italy S.r.l. contestava, in relazione alla procedura in epigrafe, la legittimità sia del provvedimento di aggiudicazione disposto nei confronti della società Fora S.p.A., sia degli atti di indizione della procedura di gara.

Più dettagliatamente, l'odierno istante sosteneva, da un lato, l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, in quanto la società Fora S.p.A. sarebbe stata priva dei requisiti di qualificazione necessari per la progettazione definitiva ed esecutiva, nonché per la realizzazione delle opere edili ed impiantistiche oggetto dell'appalto e si sarebbe solo limitata genericamente a dichiarare la propria volontà di subappaltare interamente la componente lavori.

Al contempo contestava il bando e il disciplinare di gara sia nella parte in cui non prevedevano, tra i requisiti di qualificazione, il possesso dell'attestazione SOA, nonostante l'oggetto dell'appalto comprendesse anche la progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione di opere edili ed impiantistiche per un importo pari ad euro 5.445.000,00 oltre IVA, senza nemmeno indicare le categorie delle opere, sia laddove attribuivano un punteggio tecnico pari a 18 punti su 70 per la voce *“Qualità della gestione informatica del laboratorio con particolare riferimento al sistema LIS in dotazione”*, considerando tale punteggio abnorme rispetto al valore economico di tale elemento sull'importo complessivo dell'appalto e precisando altresì che la società aggiudicataria risultava essere il soggetto gestore del sistema di gestione informatica LIS all'interno dell'AUSL di Piacenza.

In esito all'avvio del procedimento, avvenuto in data 23 ottobre 2015, le parti resistenti interessate hanno rappresentato le proprie posizioni, sostenendo la legittimità dell'operato della stazione appaltante.

Dall'analisi della documentazione di gara si evince che l'appalto in questione ha ad oggetto un *Service per la realizzazione di esami diagnostici per il laboratorio unico aziendale, per i laboratori di immunoematologia e medicina trasfusionale e di allergologia dell'Azienda U.S.L. di Piacenza* e che le prestazioni contrattuali comprendono la fornitura di un servizio per la realizzazione degli esami effettuati presso i Laboratori dell'Azienda (Laboratorio del P.O. di Piacenza, quello di Castel San Giovanni, quello di Fiorenzuola, quello di Bobbio, il laboratorio di Immunoematologia e Medicina trasfusionale nonché il Laboratorio di Allergologia); tale fornitura è costituita da un unico lotto omogeneo e indivisibile. Inoltre, nella realizzazione dell'appalto sono compresi i lavori di ristrutturazione e completamento degli spazi assegnati alle sedi del Laboratorio unico aziendale, il cui valore complessivo è pari a 5.445.000,00 euro. Il contratto, della durata di dodici anni, per un importo complessivo di 88.699.082,89 intende affidare all'aggiudicatario la gestione del servizio laboratorio nel suo complesso e remunerarlo per tramite del pagamento delle singole analisi realizzate.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ritenuto in diritto

Per quanto concerne la contestazione relativa alle disposizioni della legge di gara nella parte in cui definiscono le prestazioni da eseguire senza indicare le categorie di lavori e disciplinano i requisiti di partecipazione, senza prevedere l'obbligo di qualificazione SOA per l'esecuzione delle lavorazioni, si rappresenta che considerato l'oggetto dell'appalto, la mancata previsione sia della definizione delle categorie di lavori sia del requisito di qualificazione per i lavori non appare legittima.

Il contratto in questione, infatti, in quanto contratto misto presuppone l'applicazione della disciplina di cui all'articolo 15 del d.lgs. n. 163/2006 in base alla quale l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.

Difatti, qualora tra le prestazioni oggetto del bando siano previste, sia pure a carattere accessorio, attività qualificate come lavori, in applicazione della disciplina sui contratti misti, il concorrente dovrà possedere, oltre ai requisiti previsti per i servizi, anche la qualificazione per i lavori, così come disciplinata dall'articolo 40 del d.lgs. n. 163/2006 e dagli articoli 60 e seguenti del d.p.r. n. 207/2010, ovvero, in caso di appalti di importo superiore a €150.000, un attestato di qualificazione SOA per la categoria e l'importo corrispondente alle lavorazioni oggetto dell'appalto.

A tal fine, dunque, in sede di redazione della *lex specialis* la stazione appaltante è tenuta ad identificare la natura, le caratteristiche e l'importo delle varie lavorazioni, al fine di poter commisurare ad esse la qualificazione, tenendo altresì conto della distinzione tra categorie prevalenti e scorporabili, nonché di quella tra lavorazioni a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria.

In tal senso depone anche l'articolo 118, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 secondo cui la stazione appaltante è tenuta ad indicare nel bando di gara le singole prestazioni e, per i lavori, la categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo.

Come infatti sostenuto da questa Autorità, nei contratti misti di servizi e lavori occorre prevedere, a titolo di requisiti di partecipazione, sia la dimostrazione della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale per l'erogazione dei servizi, in base agli articoli 41 e 42 del d.lgs. 163/2006, sia il possesso della qualificazione SOA nella categoria e classifica corrispondenti alla natura e all'importo dei lavori da eseguire; ciò in quanto, ai sensi dell'articolo 15 del d.lgs. n. 163/2006, l'operatore economico che concorre all'affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dallo stesso codice per ogni singola prestazione contrattuale, secondo il c.d. principio della combinazione delle differenti discipline, in base al quale, in materia di qualificazione, l'operatore economico deve essere qualificato per tutte le prestazioni di lavori, servizi e forniture secondo le norme previste per ciascuna di tali prestazioni. (*cfr., in tal senso Deliberazione n. 21 del 21 maggio 2014 e parere n. 62 del 28 febbraio 2008*).

Ed inoltre, nella *determinazione n. 7 del 28 aprile 2015*, l'Autorità ha chiarito che nel caso siano previsti lavori accessori è indispensabile che la stazione appaltante identifichi nel modo più preciso possibile la natura, le caratteristiche e l'importo delle varie lavorazioni, in modo tale che la qualificazione che ne



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

deriva sia commisurata all'effettiva entità degli interventi da realizzare. Ed ha altresì evidenziato che il principio della distinzione delle lavorazioni in categorie prevalente e scorporabile/i, prevista per la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, opera anche in un appalto misto servizi/lavori, come anche quello della distinzione tra lavorazioni a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria.

Ne consegue pertanto, che la contestata *lex specialis* non è conforme al dato normativo sotto un duplice profilo: da un lato, in quanto non definisce le tipologie di lavori oggetto del contratto, ascrivendole ad una specifica categoria di lavorazioni e, dall'altro, poiché non richiede una specifica qualificazione coerente con la tipologia di prestazioni da eseguire.

Appare, infatti, irrilevante il fatto che l'amministrazione abbia previsto che *“la ditta aggiudicataria deve impegnarsi a presentare le abilitazioni professionali e le attestazioni SOA adeguate per classifica e categoria per progettazione e realizzazione dei lavori previsti dall'appalto come si evince dai documenti di gara. Qualora l'appaltatore non fosse in possesso di tali requisiti si impegna ad affidare incarichi di natura tecnica a studi professionali o singoli professionisti in possesso di idonee abilitazioni; si impegna altresì ad affidare l'esecuzione dei lavori a ditte in possesso di idonee attestazioni SOA. La stazione appaltante verificherà il possesso dei requisiti prima dell'inizio della fase progettuale e prima dell'inizio dei lavori”*, non essendo previsto a monte, nella *lex specialis*, la tipologia di lavorazioni e le relative categorie e classifiche e non essendo conseguentemente possibile anche per la stazione appaltante verificare il possesso dei requisiti di qualificazione in capo al soggetto cui l'aggiudicatario potrebbe affidare il contratto.

Ed ancora, l'eventuale possibilità di subappaltare l'esecuzione delle lavorazioni a soggetti qualificati, non esclude che il concorrente che stipula un tale contratto di subappalto, debba essere in possesso dei prescritti requisiti di qualificazione.

Infatti, per partecipare alla gara il concorrente deve essere in possesso di attestazione SOA corrispondente alla categoria prevalente (generale o speciale) indicata nel bando. L'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. L'Aggiudicatario può quindi di eseguire direttamente tutte le lavorazioni (scorporabili) di cui si compone l'intervento, anche se privo delle qualificazioni nelle relative categorie. Parimenti può subappaltarle ad altri soggetti che siano in possesso delle relative qualificazioni. Qualora, pertanto, nel bando venga evidenziato che l'intervento si compone, secondo quanto disposto all'art. 108 comma 3, di lavorazioni ulteriori rispetto a quelle riferibili alla categoria prevalente e l'affidatario sia qualificato per la sola categoria prevalente, non potendo eseguire tali lavorazioni direttamente, sarà tenuto a subappaltarle a soggetti in possesso delle relative qualificazioni, ovvero a costituire un raggruppamento temporaneo d'impresa di tipo verticale (cfr. *Nota Illustrativa al Bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014*).

Per tali ragioni dunque la *lex specialis* appare non conforme ai principi dell'ordinamento sopra evidenziati e necessita di un'opportuna revisione, nonché di una valutazione prodromica dell'eventuale suddivisione in lotti dell'appalto, ai sensi dell'articolo 2 del d.lgs. n. 163/2006.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

A tale specifico riguardo, infatti, dalla documentazione di gara, e in particolare dal punto 4 del capitolato speciale “tipologia e caratteristiche della fornitura” risulta che attraverso un’unica procedura di gara si sia proceduto all’affidamento di contratti differenti: fornitura di reagenti, materiali di consumo e attrezzature diagnostiche con relativa manutenzione Full risk; lavori di ristrutturazione e realizzazione opere ed impianti con relativa manutenzione e fornitura arredi; implementazione sistema informatico, gestione del magazzino e logistica dei trasporti.

Più dettagliatamente il contratto, definito quale unico lotto infrazionabile, comprende le seguenti prestazioni: la realizzazione e la gestione di un Laboratorio Unico Aziendale, strutturato su una sede principale, in cui si dovranno effettuare tutte le tipologie di esami sulle 24 ore e altre tre strutture periferiche di supporto, dedicate all’esecuzione degli esami urgenti e di alcune specialistiche, con attività sulle 24 h e di un Laboratorio di Immunoematologia e Medicina Trasfusionale e di Allergologia dedicato all’esecuzione di alcuni esami specialistici; la Fornitura in opera dei sistemi analitici per i seguenti settori di laboratorio: chimica clinica, immunometria, droghe, farmaci, proteine specifiche, elettroforesi, virologia, sierologia, allergologia, autoimmunità, microbiologia, batteriologia, ematologia, ves, emoglobine glicate e patologiche, coagulazione, biologia molecolare, urine, immunoematologia, citofluorimetria, controlli di qualità interni ed esterni compresa la veq, allergologia ecc.; la fornitura in somministrazione di reagenti, controlli di qualità e dei materiali di consumo oltreché tutti i consumabili necessari a produrre il risultato diagnostico; la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva delle opere, lavori, ed impianti di cui al punto successivo, ai sensi dell’articolo 93 del d.lgs. n. 163/2006 comprensiva del coordinamento della sicurezza di cui al d.lgs. n. 81/2008; la realizzazione completa dei locali della sede di Piacenza; la ristrutturazione completa dei locali del corpo 5 dell’ospedale di Piacenza; la manutenzione completa di tutte le opere realizzate per tutta la durata dell’appalto; la fornitura in opera degli arredi differenziata per ciascuna sede; la fornitura degli interfacciamenti al Sistema Gestionale di Laboratorio (LIS) dei sistemi analitici richiesti per tutta la durata contrattuale, comprensivi eventuali aggiornamenti tecnologici; il servizio di assistenza tecnica e manutenzione full-risk dei sistemi analitici; il servizio di logistica dedicato per i laboratori analisi dei PP.OO. dell’Azienda USL di Piacenza; il servizio di supporto per la formazione in continuo del personale sui sistemi analitici proposti; il servizio di supporto per la certificazione di qualità del laboratorio; il servizio di gestione del Magazzino e assegnazione di personale dedicato.

Dunque con un unico affidamento la stazione appaltante ha proceduto ad appaltare attività eterogenee pur se funzionali alla realizzazione del Laboratorio unico aziendale. Tale circostanza, ai sensi dell’articolo 2, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006, dovrebbe trovare un’adeguata motivazione, fondata su una valutazione di opportunità e di convenienza in ordine alla mancata suddivisione in lotti, aventi natura funzionale e appaltabili autonomamente, che tuttavia non è evincibile dalla documentazione trasmessa e depositata in atti.

In relazione alla contestazione del punteggio attribuito alla “Qualità della gestione informatica del laboratorio con particolare riferimento al sistema LIS in dotazione”, pari a 18 punti su 70, che secondo l’odierno istante sarebbe abnorme nonostante il valore economico di tale elemento incida circa per il 30% sull’importo complessivo dell’appalto, fermo restando che quando l’aggiudicazione della gara avviene



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la scelta del peso da attribuire a ciascun criterio di valutazione dell'offerta è rimessa, caso per caso, alla stazione appaltante, in relazione alle peculiarità specifiche dell'appalto e, dunque, all'importanza che, nella specifica ipotesi, hanno il fattore prezzo e i contenuti qualitativi, e che tale discrezionalità è sindacabile solo se costituisce una decisione illogica o irragionevole, nel caso di specie, la previsione contestata non appare viziata di manifesta illogicità e irragionevolezza stante la natura del contratto da affidare, potendo tale elemento di qualità rivestire piuttosto un aspetto qualificante della gestione informatica del laboratorio e dunque soddisfare la specifica esigenza perseguita dall'amministrazione.

Peraltro, come riportato nella memoria dell'Amministrazione, il sistema LIS è un sistema informatico utilizzato in ambito sanitario per gestire le richieste dei pazienti, nonché processare e memorizzare le informazioni generate dai macchinari dei laboratori di analisi. Nella documentazione di gara, all'allegato 3 del capitolato, relativo proprio al sistema informativo, si evince che l'Ausl, al momento dell'indizione della gara, aveva in essere un contratto di servizio di manutenzione e assistenza sul LIS aziendale (aggiudicato alla società Fora), funzioni che sono oggetto delle prestazioni contrattuali dell'appalto in questione e che il LIS è costituito da prodotti gestionali "DNTer/DNLab" della ditta Noemalife, "Taolab" della ditta Sisge (gestione delle terapie anticoagulanti) e tutto l'hardware ad essi interfacciato, che non sembrano dunque essere di proprietà della Fora.

Per quanto concerne specificamente la contestazione di legittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria in quanto priva del possesso dei requisiti di qualificazione necessari, quale naturale conseguenza della violazione dell'articolo 15 del d.lgs. n. 163/2006, l'opportuna verifica in ordine al possesso dei requisiti è di competenza della stazione appaltante, che dovrà pertanto effettuare le proprie valutazioni al riguardo, nel rispetto della normativa vigente, e dell'articolo 15 specificamente, anche tenuto conto della disciplina in materia di subappalto e delle indicazioni sopraindicate in relazione alle disposizioni relative della disciplina di gara.

Si precisa, inoltre, al riguardo che per quanto concerne la contestazione relativa alla generica dichiarazione fatta in gara dalla aggiudicataria di voler subappaltare interamente la componente della prestazione contrattuale relativa ai lavori, su tale questione si è recentemente pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sostenendo che l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come "subappalto necessario"). La statuizione dell'adempimento in questione finirebbe per costituire una clausola espulsiva atipica, in palese spregio del principio di tassatività delle cause di esclusione ex articolo 46, comma 1-bis (cfr. *Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 2 novembre 2015 n. 9*).

Più specificamente, può evidenziarsi, così come sostenuto dal Consiglio di Stato che il quadro normativo definisce i seguenti principi: "a) per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili (neanche in quelle indicate all'art.107, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010); b) le lavorazioni



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate all'art.107, comma 2, non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); c) nell'ipotesi sub b) il concorrente deve subappaltare l'esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; d) la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati; e) il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talchè il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice (tra le quali, ad esempio, l'incameramento della cauzione)."

Sulla base di tali considerazioni, la stazione appaltante potrà adottare le opportune valutazioni di competenza.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la lex specialis, nella parte in cui non specifica le tipologie di lavori oggetto del contratto misto, ascrivendole ad una specifica categoria e non richiede una corrispondente qualificazione SOA per l'esecuzione dei lavori è illegittima;
- il punteggio attribuito alla "Qualità della gestione informatica del laboratorio con particolare riferimento al sistema LIS in dotazione" non appare viziato da manifesta illogicità e irragionevolezza;
- la mancata indicazione del nome del subappaltatore all'atto dell'offerta non costituisce causa di esclusione dalla gara.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2016

Il segretario Maria Esposito