



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 162 DEL 23 settembre 2015

PREC 153/15/S

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 Aedos S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento in outsourcing delle attività connesse ai programmi di screening oncologico. Importo annuale a base di gara: 280.000,00. S.A.: Azienda USL Roma B.

Requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnico-organizzativa. Referenze bancarie.

La stazione appaltante gode di un ampio potere discrezionale nella scelta, gara per gara, dei requisiti di capacità tecnica ed economica, in considerazione dell'oggetto concreto dell'appalto e delle sue specifiche peculiarità, purché entro i limiti della proporzionalità e logicità e sempre che questi non rappresentino un'evidente limitazione alla partecipazione alla gara.

Artt. 41 e 42 d.lgs. 163/2006.

Clausole sociali.

Il vincolo che la pubblica amministrazione può discrezionalmente imporre, nelle condizioni di esecuzione dei bandi pubblici, incontra un limite nella compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante.

Art. 69 d.lgs. 163/2006.

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 58311 dell'11.5.2015 presentata dalla Aedos S.r.l. relativamente alla procedura aperta bandita dall'azienda USL Roma B per l'affidamento in outsourcing delle attività connesse ai programmi di screening oncologico;

VISTI in particolare i quesiti formulati in ordine alla mancata previsione nella *lex specialis* di gara di requisiti speciali di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativo, nonché la presunta illegittima previsione contenuta nell'art. 16 (personale) del capitolato speciale circa l'impegno dell'aggiudicatario ad assorbire tutto il personale già impiegato nella conduzione del servizio presso l'Azienda USL in questione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 1.7.2015;

VISTA la memoria inoltrata dalla Azienda USL Roma B con la quale censura le criticità avanzate dalla società istante ribadendo la correttezza della disciplina di gara. Precisa la stazione appaltante che l'obbligo inserito nel sopra citato art. 16 c.s.a. discende direttamente dalla previsione contenuta nella legge Regione Lazio 18.9.2007, n. 16;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 163/2006;

CONSIDERATO in generale che negli appalti di servizi e forniture la capacità economico-finanziaria delle imprese concorrenti, ai sensi dell'art. 41 d.lgs. 163/2006 può essere dimostrata mediante uno o più documenti indicati dalla norma suddetta, ivi incluse le dichiarazioni di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati. L'articolo in questione consente all'amministrazione di precisare nel bando quali requisiti devono possedere i concorrenti. Con riferimento invece al possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale dei prestatori di servizi e forniture, il legislatore all'art. 42 d.lgs. 163/2006 fornisce la possibilità di dimostrazione da parte del concorrente mediante una o più delle modalità ivi elencate;

TENUTO CONTO che la stazione appaltante gode di un ampio potere discrezionale nella scelta, gara per gara, dei requisiti di capacità tecnica ed economica, in considerazione dell'oggetto concreto dell'appalto e delle sue specifiche peculiarità, purché entro i limiti della proporzionalità e logicità e sempre che questi non rappresentino un'evidente limitazione alla partecipazione alla gara (in tal senso vedasi TAR Aosta Valle d'Aosta, sez. I, 20.6.2012, n. 56);

RITENUTO altresì che i requisiti di cui agli articoli 41 e 42 d.lgs. 163/2006 possono essere richiesti ai concorrenti per l'ammissione alla gara ma non possono essere applicati per la selezione delle migliori offerte, in quanto queste ultime devono essere valutate sulla base del loro contenuto qualitativo pertinente all'oggetto dell'appalto;

RILEVATO che nel caso di specie la stazione appaltante ha ritenuto sufficiente individuare nei propri documenti di gara i requisiti minimi di partecipazione (ex art. 38 d.lgs. 163/2006 nonché iscrizione presso la C.C. I.A.A.) oltre che la dimostrazione di capacità economica-finanziaria mediante produzione di almeno due referenze bancarie secondo quanto previsto dall'art. 41, comma 1 d.lgs. 163/2006, fornendo al tempo stesso ai concorrenti, nel disciplinare tecnico utili parametri e modalità per lo svolgimento del servizio richiesto, cui ancorare la loro offerta;

CONSIDERATO che la *lex specialis* così costruita appare ragionevole e non limitativa della partecipazione alla gara;

RILEVATO che in ordine all'ulteriore profilo di doglianza evidenziato dalla società istante con riferimento alla prescrizione contenuta nell'art. 16 del c.s.a., emerge che l'Azienda USL Roma B abbia operato in base a quanto previsto all'art. 7 della legge Regione Lazio 18.9.2007, n. 16 «1... gli enti pubblici dipendenti, le società e gli altri enti privati a totale partecipazione regionale, sono tenuti, nelle gara di appalto di lavori, servizi e forniture da essi bandite, a prevedere nel contratto, clausole che vincolano il datore di lavoro ai seguenti obblighi: (...); e) previsione e rispetto di clausole contrattuali dirette alla salvaguardia dei livelli occupazionali e salariali, all'uniformità dei trattamenti contrattuali e ad assicurare i diritti acquisiti dai lavoratori; (...);»;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che per la suddetta previsione normativa regionale, possono essere svolte analoghe considerazioni relative alla clausola sociale di imponibile di manodopera (nota anche come clausola di «protezione» o di «salvaguardia» sociale, o anche come «clausola sociale di assorbimento»), che giova ricordare essere un istituto che opera nella ipotesi di cessazione di un appalto e conseguente subentro di nuove imprese. Essa risponde all'esigenza di assicurare la continuità dell'occupazione, nel caso di naturale discontinuità dell'affidatario;

RILEVATO che sull'argomento, l'orientamento consolidato dell'Autorità afferma che il vincolo che la pubblica amministrazione può discrezionalmente imporre, nelle condizioni di esecuzione dei bandi pubblici, incontra un limite nella compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante (ex multis, Parere Avcp n. 44/2010, Parere Avcp AG 41/2012, Parere Avcp 28/2013). L'Autorità, conformemente alla giurisprudenza, afferma infatti che le legittime esigenze sociali devono essere bilanciate da una adeguata tutela della libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali assumono un mero obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante. Tale indirizzo è confermato dalla giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890. Inoltre, *ex multis*, T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 09 gennaio 2015, n. 23, T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 02 gennaio 2015, n. 6, T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. II, 09 novembre 2012, n. 672 (in tal senso vedasi Parere AG 15/2015/AP);

RITENUTO pertanto che la previsione contenuta nell'art. 16 (personale) del c.s.a. non sia compatibile con la consolidata interpretazione dell'Autorità sull'inserimento di clausole di esecuzione ex art. 69 d.lgs. 163/2006,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la *lex specialis* di gara sia conforme alla normativa di settore relativamente ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa in quanto espressione della discrezionalità propria della stazione appaltante e che, la previsione contenuta nell'art. 16 (personale) del capitolato speciale non sia compatibile con la consolidata interpretazione dell'Autorità sull'inserimento di clausole di esecuzione ex art. 69 d.lgs.163/2006.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 ottobre 2015
Il Segretario Maria Esposito

Formato pdf