



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 96 DEL 7 Febbraio 2018**

Oggetto: Istanza presentata dalla SO.GE.SI. S.p.A. – Gara comunitaria centralizzata a procedura aperta finalizzata all’acquisizione del servizio di lavanolo occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio – 8 lotti - Importo a base di gara: 133.762.389,05.000 euro - S.A.: Regione Lazio

**PREC 4/18/S**

**Il Consiglio**

VISTA l’istanza di parere prot. n. 57822 del 21 aprile 2017, presentata dalla SO.GE.SI. S.p.A., relativamente alla gara in epigrafe, con la quale l’impresa contestava la disciplina di gara sotto diversi profili;

VISTA, in particolare, la prima doglianza formulata dall’istante inerente la previsione della fornitura di distributori automatici di divise per la sala operatoria e distributori di divise per le altre figure professionali che, ai sensi dell’articolo 5 del capitolato tecnico, dovevano essere nominative e dotate di microchip, codice a barre o altro dispositivo che ne permetta la tracciatura: secondo l’istante, la fornitura di distributori automatici di divise “nominative” anziché “per taglia” determinerebbe un incremento del numero di armadi di distribuzione automatizzata da fornire, con notevole impatto sia economico per i concorrenti, che dovranno assumere questo costo in aggiunta a quello di guardaroba, che rimane un servizio complementare, sia logistico, per la necessità di individuare spazi sufficienti per l’installazione di tali distributori; inoltre, sostiene l’istante, che nel capitolato non era specificata la distribuzione del personale dei presidi territoriali, con impossibilità di stimare in maniera sufficientemente congrua i distributori necessari, mentre il disciplinare attribuiva un punteggio all’adeguatezza dei razionali per l’individuazione del numero e della tipologia dei distributori installabili e piano di implementazione;

VISTA, inoltre, la seconda contestazione sollevata, relativa alla previsione del disciplinare di gara che prevedeva la possibilità di formulare offerta per uno o più lotti, nel rispetto delle modalità di partecipazione e di aggiudicazione, specificando che *«il soggetto che intende partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma individuale o associata e, in caso di RTI, reti o consorzi, sempre con la medesima composizione, pena l’esclusione del soggetto stesso e del concorrente*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*in forma associata cui il soggetto partecipa*»: tale prescrizione, secondo l'istante, imponendo una specifica ed identica forma di partecipazione alla gara per tutti i lotti, limiterebbe la concorrenza;

VISTA la terza doglianza formulata dal concorrente riguardante la previsione del disciplinare di gara in cui si stabiliva che le ditte concorrenti si impegnano «*a presentarsi, entro e non oltre dieci giorni dall'aggiudicazione, presso l'Associazione territoriale cui avranno conferito mandato o, in assenza, presso la Direzione del lavoro competente, per un esame congiunto con le organizzazioni sindacali sopra menzionate, finalizzato all'armonizzazione delle esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, delle condizioni contrattuali in essere delle risorse già utilizzate nello svolgimento dei servizi oggetto di gara*»: tale disposizione imporrebbe all'aggiudicatario di adeguare la propria organizzazione a quella dell'appaltatore uscente con compromissione della propria libertà di iniziativa economica e con violazione della concorrenza;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 10 gennaio 2018;

VISTA la documentazione di gara;

VISTE le memorie depositate dalle parti;

VISTO quanto rappresentato dalla stazione appaltante per ciascuno dei profili contestati;

VISTO, in particolare, che, per quanto concerne il primo profilo di contestazione, è stato evidenziato dalla stazione appaltante preliminarmente che la censura relativa alla fornitura di distributori di divise "nominali" anziché "per taglia" riguarda il merito della scelta dell'amministrazione e non la legittimità e, successivamente, che con riferimento al presunto impatto economico, «*la distribuzione di divise nominative anziché per taglia non incide in alcun modo sulla quantità degli armadi di distribuzione automatizzata che dovrebbero essere forniti e quindi non incide sui costi che i concorrenti si troverebbero a sostenere; quanto invece all'impatto logistico [...] anche nel caso in cui la fornitura avesse avuto ad oggetto distributori automatici per taglia il concorrente sarebbe stato onerato di individuare gli spazi sufficienti per l'installazione di detti distributori; [...] comunque l'individuazione di detti spazi, ai fini della corretta formulazione dell'offerta, è garantita dalla previsione di cui al par. 3 del disciplinare di gara, rubricato "sopralluoghi obbligatori"*»; inoltre, è stato chiarito dall'amministrazione che la contestata mancata specificazione della distribuzione del personale tra personale dei presidi ospedalieri e dei presidi territoriali è superata dal fatto che nell'allegato C, scheda 1 - "elenco del Personale" del capitolato è indicato, per ciascuna Azienda Sanitaria, il numero complessivo di operatori sanitari, distinti per qualifica professionale, precisando altresì che «*il punteggio tecnico non deve essere attribuito in base al numero di distributori indicati in offerta, bensì in base alla adeguatezza dei razionali per l'individuazione del numero e della tipologia di distributori installabili e relativo piano di implementazione*»;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTO, inoltre, che con riferimento alla seconda contestazione, la stazione appaltante ha precisato che gli atti di gara prevedevano un limite massimo di tre lotti aggiudicabili ad un medesimo concorrente e che la clausola obiettata, che prevedeva l'obbligo per il concorrente di presentarsi sempre nella stessa forma individuale o associata e nella medesima composizione, è stata introdotta *«al fine di consentire l'effettivo rispetto del limite di cui sopra, precludendo la possibilità ai singoli operatori di eludere il richiamato limite di lotti aggiudicabili, presentandosi quale concorrenti in forme giuridiche diversificate ovvero in differenti composizioni»*, a salvaguardia della concorrenza;

VISTO, infine che, con riferimento alla terza doglianza, relativa all'obbligo per il concorrente di presentarsi all'esame congiunto con le Organizzazioni sindacali finalizzato all'armonizzazione delle esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, delle condizioni contrattuali in essere delle risorse già utilizzate nello svolgimento dei servizi oggetto di gara, la stazione appaltante ha chiarito che *«non ha imposto alcun automatico riassorbimento del personale attualmente impiegato, ma nel perseguire l'obiettivo di tutela e della salvaguardia degli attuali livelli occupazionali (cfr. articolo 50 del Codice), ha delineato un percorso procedurale che conduca a un esame congiunto tra aggiudicatario e organizzazioni sindacali della situazione, alla luce delle varie esigenze in campo. Esame che deve essere svolto conformemente all'orientamento della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di clausole sociali oltreché alla legislazione regionale»*, restando in ogni caso esclusa la violazione del principio di libertà di iniziativa economica e di quello di concorrenza;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che, con riferimento al primo profilo oggetto di contestazione, lo stesso censura il merito della scelta dell'amministrazione piuttosto che la legittimità, sollevando critiche sulla modalità con cui la stazione appaltante ha deciso di costruire la richiesta di offerta al mercato e di soddisfare dunque le sue esigenze;

RITENUTO che, per tale ragione, la contestazione formulata non è ammissibile, in quanto presuppone una valutazione di merito delle scelte discrezionali della stazione appaltante sulle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico di cui è portatrice, che è sottratta al sindacato dell'Autorità;

CONSIDERATO, con riferimento alla seconda doglianza, relativa alla clausola che impone ai concorrenti che decidono di presentare offerta per più lotti di partecipare sempre nella stessa forma individuale o associata e nella medesima composizione, che l'Autorità, nella *“Nota illustrativa al bando tipo n. 2/2017 - Schema di disciplinare di gara - Procedura aperta per*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo», ha precisato che nel caso di una suddivisione dell'appalto in lotti distinti in cui la stazione appaltante ponga limiti alla partecipazione a un numero massimo di lotti, la stessa, «per evitare l'elusione del limite di partecipazione, potrà prevedere la partecipazione nella medesima o in diversa forma ai concorrenti per tutti i lotti in gara, a condizione che sia rispettato il limite di partecipazione previsto. In tal modo si eviterà sicuramente l'ipotesi in cui, per es. – previsto il limite di partecipazione a massimo due lotti – il RTI partecipi, a due di 4 lotti banditi e la singola impresa facente parte del RTI presenti offerta per un terzo lotto dei 4 messi in gara. Se ciò fosse ammesso, si consentirebbe una coincidenza, seppure parziale, tra i soggetti aggiudicatari dei due lotti contendibili come limite massimo e un terzo lotto, di fatto aggirando, in tal modo, il limite alla partecipazione»;*

RITENUTO, pertanto, che la presunta illegittimità della clausola inserita nella *lex specialis* non sussiste, essendo essa conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici;

CONSIDERATO che, con riferimento al terzo profilo di contestazione, fermo restando che la clausola per come formulata non sembra prevedere uno specifico riassorbimento del personale dell'aggiudicatario uscente, in quanto finalizzata piuttosto all'armonizzazione delle esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, come peraltro confermato anche dalla stazione appaltante nella propria memoria, e tenuto conto che, in ogni caso, l'Autorità, nella menzionata *Nota illustrativa al bando tipo n. 2/2017*, ha chiarito che la clausola sociale «non deve essere intesa come un obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, ma viceversa, deve prevedere che le condizioni di lavoro siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto. La formulazione della clausola sociale tiene conto del recente arresto giurisprudenziale del Consiglio di Stato (Sez. III, sentenza n. 2078 del 5 maggio 2017) secondo cui: “la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'articolo 41 Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante»;



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

RITENUTO che la previsione della *lex specialis* contestata, interpretata secondo i criteri indicati dall'amministrazione, appare conforme agli orientamenti elaborati sulle tematiche inerenti le clausole sociali;

RITENUTE, pertanto, non accoglibili, per i profili evidenziati, le contestazioni formulate dall'istante;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che non siano ammissibili le contestazioni di merito formulate dall'istante, in quanto presuppongono una valutazione delle scelte discrezionali della stazione appaltante sulle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico di cui è portatrice, che è sottratta al sindacato dell'Autorità e che la *lex specialis*, nelle parti oggetto di contestazione di legittimità, sia conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 febbraio 2018

Il segretario Maria Esposito