



DELIBERA n. 207

del 23 aprile 2024

Fascicolo n. 678/2024

Oggetto: Procedura aperta telematica per l'affidamento in outsourcing delle attività di supporto all'assistenza infermieristica presso i Presidi Ospedalieri e correlati Servizi Territoriali individuati dall'Asl Roma 2 - Valore stimato dell'affidamento € 18.711.000,00 - CIG A02FA4A066. Stazione appaltante ASL Roma 2.

Riferimenti normativi

Art. 41 comma 12 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

Parole chiave

Progettazione

Controlli in corso di esecuzione

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Progettazione – Necessità – Sussiste.

La fase dell'affidamento degli appalti di servizi è preceduta dalla fase di progettazione, articolata in un unico livello e predisposta dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 41, comma 12 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, nell'ambito della quale vengono definite puntualmente tutte le caratteristiche del servizio richiesto e le relative specifiche tecniche, dando adeguatamente conto delle valutazioni tecniche ed economiche operate nel merito, nonché del calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi, con indicazione dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso, dei costi della manodopera come pure dei criteri e dei valori utilizzati per la determinazione dell'importo a base d'asta ai sensi dell'art. 14, comma 4 e seguenti del d.lgs. 36/2023.

VISTO

l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

VISTO

il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36;

VISTO

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici approvato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 151 del 30 giugno 2023;



VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Premessa

Con nota acquisita al protocollo n. 14598 del 29.1.2024 è pervenuta all'Autorità una segnalazione a firma congiunta dei sindacati CUB Sanità Italiana Roma e Provincia e USI Commercio Turismo e Servizi Roma, con la quale sono stati prospettati una serie di possibili profili di anomalia relativi all'esternalizzazione del servizio di assistenza infermieristica da parte della Asl Roma 2 e, per quanto di più stretta competenza dell'Autorità, alcune criticità relative alla configurazione degli atti di gara.

Con nota protocollo n. 20888 del 12.2.2024 l'Autorità ha inviato alla Asl Roma 2 una richiesta di chiarimenti e documenti, che l'Asl ha riscontrato con nota del Responsabile del progetto prot. n. 34250 del 16.2.2024, acquisita in pari data al protocollo Anac n. 23614/2024.

Valutata la documentazione acquisita, l'Autorità, con nota prot. n. 29774 del 1.3.2024, ha comunicato alla Asl Roma 2 l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 12 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 20 giugno 2023.

L'Asl Roma 2 ha formulato le proprie controdeduzioni con memoria prot. n. 49898 dell'8.3.2024, acquisita in pari data al protocollo Anac n. 32854/2024.

In base alle risultanze istruttorie è emerso conclusivamente quanto segue.

Fatto

Con Deliberazione a contrarre n. 1456 del 21 novembre 2023 la Asl Roma 2 indiceva una procedura aperta telematica, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento in outsourcing del servizio di supporto all'assistenza infermieristica presso i Presidi Ospedalieri ed i Servizi Territoriali individuati dall'Asl Roma 2, per 24 mesi, ed un importo complessivo biennale a base di gara pari ad € 10.692.000,00 (Iva esclusa). Il valore complessivo dell'affidamento, incluso l'eventuale rinnovo per ulteriori 24 mesi e l'opzione di proroga di sei mesi, veniva stimato in complessivi € 18.711.000,00.

L'esecuzione del contratto veniva riservata a operatori economici, cooperative sociali o loro consorzi che nell'ambito di programmi di lavoro protetto occupano almeno il 30 per cento di lavoratori con disabilità o svantaggiati.

Con la Deliberazione n. 1456/2023 il Direttore Generale dell'Asl Roma 2 nominava il Responsabile del progetto ed approvava la documentazione di gara, consistente in:

1. Disciplinare di gara e relativi allegati;
2. schema di Contratto di appalto;
3. Capitolato Tecnico (redatto dalla UOC Assistenza alla Persona e trasmesso all'UOC Procedure d'Acquisto e Contratti in data 19 aprile 2023);
4. Capitolato Speciale;
5. Bando di gara per le previste pubblicazioni.



Il bando di gara veniva pubblicato in GURI in data 4 dicembre 2023, in GUUE in data 5 dicembre 2023 e gli atti della procedura venivano pubblicati nella piattaforma telematica di negoziazione della Centrale Acquisti della Regione Lazio.

Entro il termine fissato al 19 gennaio 2024 pervenivano n. 2 domande di partecipazione.

In pendenza del termine per la presentazione delle offerte la Asl forniva chiarimenti agli operatori economici e in data 4 gennaio 2024 pubblicava, a tali fini, l'elenco del personale impiegato dall'attuale appaltatore Cooperativa Sociale Nuova Sair.

A seguito della comunicazione di avvio dell'istruttoria dell'Anac, l'Asl rendeva noto di aver sospeso la procedura di gara «*anche nell'ottica e a promozione della maggior collaborazione fra Stazioni Appaltanti e la citata Autorità, nonché a tutela dell'interesse pubblico e nel rispetto del principio di legalità, procedere con la verifica circa i presupposti per l'eventuale esercizio del potere di autotutela ovvero la sua eventuale diversa valutazione*» (Avviso prot. n. 46122 del 4 marzo 2024).

Diritto

1. Nella nota di richiesta di informazioni del 12 febbraio 2024 è stato chiesto alla Asl di trasmettere il progetto a base di gara e l'Asl, in allegato alla relativa nota di riscontro, inviava il Capitolato Tecnico predisposto con riferimento all'appalto in esame "a valere quale progetto di gara". Nella successiva comunicazione di avvio dell'istruttoria veniva rilevato come l'esame del Capitolato Tecnico non consentisse, tuttavia, di affermare che lo stesso potesse avere valenza di progetto ai sensi dell'art. 41 comma 12 del d.lgs. 36/2023.

Infatti, il sopra richiamato Capitolato Tecnico si limita ad indicare la durata dell'appalto ed il relativo importo complessivo a base d'asta, senza tuttavia alcuna specificazione in merito alle singole voci che hanno concorso a determinare tale importo.

L'indicazione dei costi della manodopera è stata effettuata esclusivamente nel Disciplinare di gara, peraltro con un refuso derivante dalla trasposizione del Disciplinare relativo alla gara precedente. La stima è stata successivamente corretta su sollecitazione degli operatori economici in sede di chiarimenti, con Avviso di errata corrige del 12 gennaio 2024, precisando che, a parziale rettifica di quanto previsto dall'art. 3 del Disciplinare di gara in tema di costi della manodopera, per mero errore materiale quantificati in € 2.700.000,00/anno (Iva esclusa), il reale valore del costo della manodopera risultava essere di € 10.104.000,00 biennali (€ 5.052.000 annui).

Dal DUVRI pubblicato e da una postilla al file Excel allegato al modello di presentazione dell'offerta economica si apprende che l'Asl ha stimato i costi della sicurezza non soggetti a ribasso pari a zero.

Il Disciplinare di gara si limita a rappresentare che i costi della manodopera sono calcolati sulla base della natura dell'appalto e riferiti ai parametri individuati dal CCNL delle cooperative del settore socio-sanitario-assistenziale, educativo e di inserimento lavorativo, senza comunque offrire specificazioni in merito al calcolo effettuato.

Nei documenti di gara non vi sono indicazioni in merito alle altre voci che hanno concorso alla determinazione del valore a base d'asta, come ad esempio la stima delle spese generali e dell'utile di impresa.

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato rilevato come il Capitolato Tecnico non potesse avere valenza di progetto anche sotto il profilo della descrizione delle caratteristiche del servizio



richiesto. A riguardo, l'art. 4 del Capitolato elenca una serie di "macrolinee di attività" da svolgersi presso i diversi presidi ospedalieri ed ambulatori con l'indicazione, per ciascuna, delle attività da svolgersi H12, H24 oppure "on demand".

Non è indicato il numero e la qualifica professionale degli operatori richiesti, il monte ore di servizio richiesto per ciascuna sede e reparto (non è indicato neppure a livello globale, neppure annuale), non viene data alcuna specificazione in merito ai turni previsti (ad esempio, quali siano le fasce orarie cui si riferisce il servizio "H12"). A ciò si aggiunga che non viene data alcuna informazione, neppure indicativa, in merito ai volumi delle attività richieste, nemmeno in merito al dato storico (cosa che sarebbe particolarmente utile anche per le attività "on demand").

Tali dati non si rinvencono neanche negli ulteriori documenti di gara (Capitolato Speciale e Disciplinare).

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato rilevato un ulteriore profilo di criticità consistente nel non aver messo a disposizione dei concorrenti le planimetrie degli immobili ed aver espressamente escluso la possibilità di effettuare il sopralluogo, tutti elementi che avrebbero potuto essere utili, vista la natura dei servizi, per i quali è necessario, ad esempio, poter stimare le distanze che il personale sarà chiamato a percorrere ed i relativi tempi medi per gli spostamenti.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato rilevato come, in disparte il fatto che non è stato redatto un progetto ai sensi dell'art. 41 comma 12 del d.lgs. 36/2023, gli atti di gara nel loro complesso fossero privi degli elementi essenziali per consentire agli operatori economici di effettuare una completa analisi delle prestazioni poste in gara ed il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione, e dunque di essere messi nelle condizioni di presentare un'offerta consapevole sotto il profilo economico e quello tecnico.

Del resto, sulla base degli scarni elementi forniti dagli atti di gara, appariva difficoltoso per un operatore economico sviluppare un'adeguata organizzazione dei servizi ai fini dell'acquisizione dei punteggi previsti dai criteri di valutazione dell'offerta tecnica di cui all'art. 18 del Disciplinare di gara. Si è ritenuto, inoltre, che le carenze caratterizzanti gli atti di gara non potessero essere sopperite né dalla pubblicazione dell'elenco del personale impiegato dall'attuale appaltatore, che per come redatto, poteva al limite essere preso in considerazione per le valutazioni in merito all'applicazione della clausola sociale, né dai chiarimenti pubblicati dalla stazione appaltante, dal tenore dei quali sembrerebbe anzi che l'Asl intendesse porre, di fatto, in capo agli operatori economici l'onere di redigere il progetto del servizio richiesto.

2. Nelle controdeduzioni la Asl Roma 2 ha evidenziato che gli atti di gara sono stati configurati in base alle norme del d.lgs. 36/2023 e, dunque, occorre prendere a riferimento l'art. 41 e l'Allegato I.7 del d.lgs. 36/2023, che prevedono un unico livello di progettazione per gli appalti di servizi, pur tuttavia non dando in concreto indicazioni in merito agli specifici elementi del progetto, in quanto l'Allegato I.7 si riferisce essenzialmente agli appalti di lavori.

La Asl ha comunque evidenziato che, a prescindere dalla redazione o meno di un progetto, gli atti di gara letti nel loro complesso, conterrebbero gli elementi minimi del progetto per gli appalti di servizi, ai sensi dell'art. 41 e dell'Allegato I.7 del d.lgs. 36/2023.



Infatti, l'art. 4 del Capitolato Tecnico, rubricato "Descrizione del servizio" costituirebbe la relazione tecnico illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio, essendo descritte in dettaglio le linee di attività oggetto dell'affidamento, l'ambito territoriale di svolgimento del servizio e la presuntiva articolazione oraria delle attività.

A pagina 7 del Disciplinare di gara e nell'allegato che contiene l'apposita Informativa ai sensi dell'art. 26 della legge n. 81/2008 è presente la stima dei costi della sicurezza effettuata dal Responsabile del Servizio Prevenzione e Protezione aziendale competente in materia, che ha quantificato gli oneri per la sicurezza pari a zero, non ravvisando la sussistenza di rischi da interferenza per l'attività.

A pagina 8 del Disciplinare di gara è presente il quadro economico dell'intervento, con il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi e con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, nonché il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi. Sempre a detta dell'Amministrazione, poi, le specifiche tecniche non risultano applicabili in quanto la prestazione è di natura immateriale.

Sia nel Capitolato Tecnico che nel Disciplinare vengono indicati i requisiti minimi che le offerte devono garantire, è illustrata la griglia di valutazione delle offerte tecniche e la disciplina delle varianti migliorative.

Quanto alla mancata indicazione del numero e della qualifica professionale degli operatori richiesti, l'Asl ha evidenziato che il servizio viene svolto da figure inquadrare come ausiliari, non soggette a percorso professionalizzante, alle quali vengono affidate mansioni strumentali e standardizzate nonché di facilitazione delle attività assistenziali.

Nel Capitolato Tecnico il servizio viene articolato, secondo le specifiche esigenze aziendali, in linee di attività e turni h 12/h 24. L'Asl non ha ravvisato la necessità di prevedere espressamente negli atti di gara una quantificazione presuntiva del monte ore annuo/globale dell'appalto, né le modalità di articolazione del servizio e della turnazione, in primo luogo per scongiurare qualsiasi ipotesi di appalto illecito derivante da somministrazione fittizia di manodopera. In secondo luogo, per *«non imporre agli OO.EE. l'odierna organizzazione, con conseguente esaltazione del modello scelto dal Fornitore attuale ed il palese rischio di ingenerargli vantaggi illegittimi, con conseguente violazione dei principi di libero accesso al mercato, non discriminazione principio del risultato»*.

Infatti, ad avviso della Asl, qualora si fosse previsto un monte ore annuo/globale del servizio (o peggio ancora delle ore/uomo) e le modalità di allocazione delle risorse e l'articolazione in turni ciò *«avrebbe replicato il modello organizzativo dell'attuale esecutore del servizio, con consistente indebito vantaggio competitivo nei confronti dell'Operatore uscente ed una palese distorsione del mercato»*.

Per la Asl la connotazione delle prestazioni, altamente standardizzate e strettamente dipendenti dal normale ciclo di attività dei presidi sanitari, non avrebbe consentito una diversa impostazione del contenuto degli atti di gara, che sarebbero pertanto completi ed idonei per consentire una formulazione consapevole delle offerte.

La Asl ha inoltre evidenziato che la pubblicazione dell'elenco del personale era finalizzata a far conoscere il reale dimensionamento dell'appalto e fornire un'indicazione di massima e presuntiva sull'impiego di risorse attuali, quale esempio di organizzazione/efficientamento delle stesse, e non per mera e astratta agevolazione delle operazioni previste dalla clausola sociale.



Ad avviso dell'Asl la dimensione del servizio, in termini di risorse da impegnare sul campo, sarebbe stata facilmente desumibile, tenuto conto che il modello organizzativo scelto dalla stessa prevede che l'appaltatore debba garantire il servizio secondo la pianificazione centralizzata delle linee di attività gestite per area omogenea e/o per percorso assistenziale di ricovero, come illustrate all'art. 4 del Capitolato Tecnico.

Quanto alla mancata previsione del sopralluogo, la Asl ha evidenziato in primo luogo che sebbene non previsto, gli operatori economici avrebbero potuto richiederlo, ma ciò non è avvenuto.

La produzione di eventuali planimetrie dei luoghi ove svolgere le prestazioni richieste non è stata ritenuta necessaria dall'Amministrazione, in analogia con precedenti appalti consimili, né alcun operatore economico ha ritenuto di farne richiesta.

In ogni caso, per la Asl, la semplice individuazione negli atti di gara dei luoghi oggetto della prestazione sarebbe stata più che sufficiente per le eventuali analisi sui tempi di percorrenza, in quanto, sia i presidi ospedalieri (Sandro Pertini, Sant'Eugenio e CTO) che i presidi territoriali (Santa Caterina della Rosa, Via Antistio e di Largo De Dominicis) sono strutture in cui le attività si svolgono in spazi limitati. Infatti, il Sant'Eugenio si sviluppa in due corpi di fabbrica collegati tra loro, mentre il Sandro Pertini si sviluppa su tre palazzine collocate una di fronte all'altra e, quindi, le tempistiche di spostamento da un corpo di fabbrica all'altro sarebbero praticamente nulle (a differenza di altri presidi ospedalieri come il Policlinico o il San Camillo che si sviluppano in vari padiglioni in un territorio molto esteso).

Si tratta, comunque, di luoghi aperti al pubblico e pertanto sarebbero «*facilmente conoscibili e accessibili ai fini di una maggior conoscenza dei luoghi, e comunque anche in sede di sopralluogo gli operatori economici non avrebbero avuto modo di accedere e visionare le modalità di erogazione del servizio, venendo estromessi da molti dei luoghi di esecuzione*».

L'Asl ha rappresentato, altresì, che la maggior parte delle prestazioni richieste non sarebbero soggette a picchi di attività tali per cui i tempi di trasferimento non rilevano ai fini della misurazione della prestazione; la maggior parte delle attività sarebbero, inoltre, facilmente cadenzabili e non caratterizzate da estrema urgenza, con frequenza variabile sulla base dell'offerta tecnica (ad esempio il trasporto di prelievi ematici e materiale biologico verso il laboratorio analisi, il trasporto dei documenti e delle cartelle cliniche). Anche le prestazioni "on demand" sarebbero residuali e non programmabili, oltre ad essere comunque marginali rispetto all'organizzazione del servizio.

Quanto alla mancata indicazione dei criteri di determinazione dell'importo a base d'asta, che coincide con l'importo dell'affidamento precedente, la Asl ha evidenziato che la gara è stata inserita all'interno della Programmazione biennale degli acquisti 2022-2023 approvata dalla Regione Lazio con DGR n. 988/2021, per un importo annuale pari ad € 5.400.000,00 Iva esclusa, quindi un importo di € 10.800.000,00 per il biennio, poi «*attualizzato*» nella minor somma di € 10.692.000,00.

Da ultimo, l'Asl ha evidenziato che gli aspetti di criticità segnalati nella comunicazione di avvio dell'istruttoria sarebbero comunque ben noti agli operatori economici che usualmente erogano tale tipologia di servizi e che per valorizzare la pregressa esperienza è stato richiesto, quale requisito di partecipazione, l'aver svolto, nel triennio 2020/2022, attività analoghe per un importo pari alla metà dell'importo a base d'asta.



3. Si prende atto di quanto riferito dall'Asl Roma 2 con riguardo alle difficoltà evidenziate in merito all'individuazione di una disciplina specifica della progettazione negli appalti di servizi secondo le disposizioni di cui all'art. 41 comma 12 e relativo allegato I.7 del d.lgs. 36/2023, pure tuttavia superabili alla luce dell'esperienza pregressa nella predisposizione, da parte dell'Amministrazione, di gare d'appalto di servizi alla luce del previgente quadro normativo, ove la chiara formulazione delle norme in questione non determinava difficoltà interpretative. A fronte di ciò, comunque, ai fini dell'adeguata individuazione dei contenuti minimi del progetto, nella comunicazione di avvio dell'istruttoria fatta avere all'Amministrazione, era stato suggerito di prendere a riferimento proprio la previgente norma dell'art. 23 comma 15 del d.lgs. 50/2016, nelle more dell'emanazione del Regolamento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'art. 41 comma 2 del d.lgs. 36/2023; ciò anche in considerazione del fatto che il Capitolato Tecnico relativo alla gara *de qua* risultava comunque redatto ad aprile 2023, in vigore del d.lgs. 50/2016.

Si prende atto, inoltre, dei chiarimenti forniti con riguardo alla natura ed alle caratteristiche "standardizzate" richieste alla figura dell'ausiliario, che non consentirebbe di essere "diversificata" con il ricorso a profili professionali diversi, risultando altresì apprezzabile l'intento dell'Asl di voler effettuare una rivalutazione degli atti di gara alla luce dei rilievi ricevuti, provvedendo a sospendere la procedura di gara oggetto di istruttoria.

Quanto sopra premesso e considerato, si ritiene che le controdeduzioni della Asl Roma 2 non risultino comunque idonee a superare i motivi di rilievo contenuti nella comunicazione di avvio dell'istruttoria relativi alla carenza di progettazione ed alle lacune riscontrate nei documenti di gara, che pertanto devono intendersi confermati.

Infatti, è preciso onere della stazione appaltante effettuare un'autonoma valutazione delle caratteristiche del servizio messo a gara, nel caso specifico effettuando quantomeno una stima delle ore di servizio e delle unità di personale da dedicare alle diverse attività, rendendo noti tali elementi nell'ambito della documentazione di gara, affinché i potenziali concorrenti siano messi nelle condizioni di poter formulare un'offerta seria, attendibile e consapevole.

La stima delle unità di personale da impiegare nel servizio ed il monte ore è essenziale per una corretta determinazione del costo del lavoro, che peraltro, ai sensi dell'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023, va effettuata prendendo a riferimento le Tabelle Ministeriali di cui al comma 13, e non unicamente il CCNL di riferimento.

Indicare le fasce orarie, anziché utilizzare la generica dizione h/12-h/24, non significa agevolare una ipotetica intermediazione illecita di manodopera, in quanto l'organizzazione e la gestione del servizio, nell'ambito delle fasce orarie di cui l'Asl ha necessità, rimane in capo all'appaltatore, che mantiene il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto e si assume il rischio d'impresa.

La tabella a pag. 8 del Disciplinare di gara indica il valore totale stimato dell'appalto e le sue distinte componenti, quali l'importo a base di gara e gli importi per eventuale rinnovo e opzione di proroga, ma non riporta il calcolo delle singole voci che hanno concorso a determinare tali importi, quali ad esempio i costi della manodopera, le spese generali, l'utile di impresa, i costi della sicurezza non soggetti a ribasso (anche se, nel caso specifico, sono stati valutati pari a zero).



Diversamente da quanto sostenuto dall'Asl, l'indicazione delle unità di personale ed il monte ore del servizio richiesto non avrebbe dovuto «*necessariamente ricalcare l'organizzazione dell'attuale appaltatore*» in quanto la stazione appaltante è tenuta ad effettuare un'autonoma valutazione del servizio messo a gara sulla base dei propri fabbisogni, che astrattamente possono anche essere diversi e/o comunque mutati rispetto all'affidamento precedente.

Inoltre, a prescindere dal budget assegnato in sede di programmazione, la stazione appaltante è tenuta a svolgere un'adeguata istruttoria per addivenire ad un'autonoma stima dell'importo a base d'asta, provvedendo a dettagliare, nell'ambito della documentazione di gara, le relative modalità di calcolo, esplicitando le componenti e le relative quantità che hanno condotto all'importo complessivo (cfr. punto 3 del Bando tipo Anac n. 1/2023 approvato con Delibera n. 309 del 27 giugno 2023).

Come precisato dall'Autorità, inoltre, la stazione appaltante è tenuta ad esplicitare l'iter logico – giuridico seguito per la determinazione dell'importo a base d'asta (Delibera n. 415 del 13.9.2023), cosa che nel caso di specie non risulta avvenuta, né negli atti di gara né nell'ambito delle controdeduzioni presentate.

La stima correttamente effettuata - nei termini di cui sopra - può portare anche alla determinazione di un importo a base d'asta inferiore a quello previsto in sede di programmazione, mentre nel caso di specie il passaggio dall'importo programmato di € 10.800.000,00 a quello posto a base di gara di € 10.692.000,00 - che corrisponde all'importo del precedente appalto - è avvenuto sulla base di una non meglio specificata "attualizzazione".

Quanto alla mancata messa a disposizione delle planimetrie ed all'esclusione della possibilità di effettuare il sopralluogo, ferma restando la discrezionalità della stazione appaltante sul punto, si ritiene che fornire, quantomeno, le planimetrie o prevedere il sopralluogo, avrebbe agevolato gli operatori economici che - stante le lacune degli atti di gara - avrebbero potuto acquisire una conoscenza più appropriata dei presidi presso cui svolgere l'appalto, in modo da poter formulare, con maggiore precisione, la propria migliore offerta. Tale scelta sarebbe stata maggiormente tutelante per la stazione appaltante anche per prevenire successive richieste di modifiche contrattuali e/o varianti in corso di esecuzione.

Peraltro, non rileva la circostanza che nessun operatore economico abbia richiesto di effettuare il sopralluogo, in quanto espressamente escluso nel Disciplinare di gara, e quindi la stazione appaltante non avrebbe potuto comunque concederlo, pena la violazione della *lex specialis* e della par condicio tra i concorrenti.

4 Per quanto in atti l'attuale gestore del servizio è la Cooperativa Sociale Nuova Sair, alla quale con Deliberazione del Direttore Generale n. 274 del 28 gennaio 2021 è stata aggiudicata la precedente gara avente sostanzialmente il medesimo oggetto della presente esaminata procedura, per un importo complessivo biennale pari a € 10.692.000,00 (che tra l'altro, come detto, corrisponde all'importo a base d'asta della procedura di gara in esame).

Come già evidenziato nella comunicazione di avvio dell'istruttoria, si ritiene che le carenze degli atti di gara, come sopra illustrate, possano configurare un indebito vantaggio competitivo in capo all'attuale gestore, che peraltro ha presentato domanda di partecipazione.



L'attuale gestore infatti, in virtù dell'esecuzione del precedente affidamento, è in possesso di utili ed imprescindibili dati ed informazioni per la formulazione dell'offerta, che non risultano essere stati messi a disposizione degli altri operatori economici interessati alla procedura selettiva, con potenziali effetti distorsivi della concorrenza, in violazione del principio di accesso al mercato di cui all'art. 3 del d.lgs. 36/2023, declinato nei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, nonché del principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. 36/2023, posto che, ai sensi del comma 2, la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti pubblici.

5. Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato evidenziato come gli atti di gara risultassero caratterizzati da ulteriori profili di approssimazione e criticità, che potrebbero manifestare i propri effetti nella fase di esecuzione del servizio.

Infatti, né nel Capitolato Tecnico, né nel Capitolato Speciale, né nella bozza di Contratto di appalto, viene delineata, per esempio, una compiuta disciplina dei controlli in corso di esecuzione, sia per quanto attiene alle figure preposte (posto che il servizio verrà svolto in più sedi) sia per quanto riguarda la tipologia, la frequenza e le modalità dei controlli stessi, ai fini dell'adeguato accertamento della regolare esecuzione rispetto alle condizioni ed ai termini previsti dal Contratto e relativi allegati, così come integrati dall'offerta tecnica dell'aggiudicatario.

Anche il procedimento di applicazione delle penali e le fattispecie di inadempimento sanzionabili non risultano disciplinati, facendosi un generico riferimento alla «*mancata o irregolare effettuazione del servizio*».

Parimenti, la disciplina della fatturazione e dei pagamenti risulta generica, in quanto, in primo luogo non è chiaramente specificato se il servizio è remunerato a canone fisso o in base alle ore effettivamente erogate, ed il fatto che si tratti di servizio a canone si desume unicamente dal file Excel allegato al modulo per la presentazione dell'offerta economica. Non è indicata, inoltre, la periodicità della fatturazione e, soprattutto, i pagamenti non risultano subordinati all'emissione di attestazioni di regolare esecuzione/conformità o atti equivalenti idonei ad attestare l'esatto adempimento di tutte le obbligazioni previste nel contratto, sia sotto l'aspetto quantitativo che qualitativo.

La Asl ha sostenuto che, in realtà, gli atti di gara disciplinerebbero in modo esaustivo anche tali aspetti, sia per quanto riguarda i controlli in corso di esecuzione che le penali, nonché per quanto riguarda le modalità di fatturazione e pagamenti, che sono regolate da un apposito Regolamento aziendale.

A riguardo si conferma che gli atti di gara non contengono una compiuta disciplina delle modalità dei controlli in corso di esecuzione da parte della stazione appaltante. Ad esempio, non è prevista l'emissione di certificazioni/attestazioni di regolare esecuzione/conformità pure normativamente previste, la predisposizione di possibili check-list volte ad agevolare le verifiche sulle specifiche obbligazioni assunte dall'appaltatore, la possibilità di effettuare controlli a campione, tutti strumenti questi, tesi ad assicurare un'efficace ed esaustiva attività di verifica e controllo sull'adempimento delle obbligazioni assunte dall'appaltatore, assicurando che al prezzo di aggiudicazione il servizio venga erogato in piena conformità ai termini ed alle condizioni previste dal contratto e dal Capitolato, in particolare per quanto riguarda gli aspetti qualitativi dell'offerta tecnica.



Al riguardo è appena il caso di evidenziare l'assoluta centralità della fase di esecuzione degli appalti di servizi, in quanto in essa si concretizzano le aspettative programmate nelle fasi di progettazione ed affidamento e si traduce la cura dell'interesse pubblico sotteso all'indizione della gara. Ciò può avvenire se l'appaltatore selezionato adempie correttamente alle obbligazioni assunte eseguendo l'appalto a regola d'arte, in conformità e nel rispetto delle condizioni, modalità, termini e prescrizioni stabiliti dal contratto e dal Capitolato. Stante la centralità della fase di esecuzione, assumono particolare rilevanza i controlli da parte delle figure preposte (responsabile del progetto, eventuale responsabile di fase, direttore dell'esecuzione, eventuali collaboratori) che comportano, se conclusi con esito positivo, l'emissione dei certificati di regolare esecuzione e la prosecuzione dell'iter per il pagamento del corrispettivo contrattuale, oppure, in caso di ritardato o non esatto adempimento, la comminazione delle penali.

In merito a tale ultimo aspetto, ferma restando la discrezionalità della stazione appaltante, si ritiene che la predeterminazione delle possibili fattispecie di inadempimento sanzionabili e della relativa quantificazione (in termini congrui e proporzionati all'inadempimento) nonché la codificazione del relativo procedimento, siano maggiormente in linea con la funzione risarcitoria e sanzionatoria delle clausole penali, anche in un'ottica di prevenzione di eventuali contenziosi con l'appaltatore.

6. Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato, infine, evidenziato come gli atti di gara risultassero caratterizzati da apprezzabili margini di approssimazione ed è stato richiesto di chiarire, in base al Regolamento in materia adottato dalla Asl Roma 2, per quali figure ed in che misura, nel caso di specie, fosse prevista la ripartizione dell'incentivo per funzioni tecniche di cui all'art. 45 del d.lgs. 36/2023, che nella fattispecie ammonta € 171.072,00, in base alla Deliberazione a contrarre n.1456/2023.

Nelle controdeduzioni l'Asl ha evidenziato che i refusi segnalati sarebbero stati corretti in sede di predisposizione del contratto finale, trattandosi di meri errori materiali.

Per quanto riguarda la ripartizione dell'incentivo, l'Asl ha rappresentato che nella Deliberazione a contrarre sono stati indicati gli importi massimi erogabili, ma che allo stato, non essendo stato ancora approvato alcun Regolamento, nessun soggetto ha ancora mai percepito compensi relativi alle procedure indette in vigore del d.lgs. 36/2023 e non potrà ancora vantare l'esigibilità, non essendo state regolate le modalità e i criteri di ripartizione.

Ciò stante, non può che prendersi atto di quanto dichiarato dalla Asl e sopra sintetizzato, ritenendo utile comunque evidenziare che al fine di dare puntuale attuazione alla normativa di cui all'art. 45 del d.lgs. 36/2023, nell'atto a valenza generale ancora da adottare da parte dell'Amministrazione, la definizione dei criteri di riparto dovrà essere orientata anche al principio del risultato, ai sensi dell'art. 1, comma 4 lett. b) dello stesso d.lgs. 36/2023 (Atto del Presidente dell'11 ottobre 2023 Fasc. 3360/2023).

In base alle risultanze istruttorie e per quanto innanzi considerato, il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, nell'adunanza del 23 aprile 2024



DELIBERA

- la procedura di gara indetta dalla Asl Roma 2 avente ad oggetto l'affidamento in outsourcing delle attività di supporto all'assistenza infermieristica presso i Presidi Ospedalieri e correlati Servizi Territoriali, presenta apprezzabili profili di anomalia e criticità, in quanto carente sotto il profilo della progettazione delle caratteristiche del servizio e dell'esplicazione delle componenti che hanno condotto all'individuazione dell'importo complessivo a base d'asta;
- i documenti di gara, nel loro complesso, risultano privi degli elementi essenziali per consentire agli operatori economici di effettuare una completa e adeguata analisi delle prestazioni poste in gara, nonché le valutazioni di convenienza tecnica ed economica a fini della partecipazione alla medesima e per la formulazione di un'offerta seria, attendibile e consapevole;
- le carenze riscontrate nei documenti di gara possono configurare un indebito vantaggio competitivo per l'attuale gestore del servizio il quale, in virtù dell'esecuzione del precedente affidamento, è in possesso di utili ed imprescindibili dati e informazioni per la formulazione della relativa offerta tecnico-economica, con potenziali effetti distorsivi della concorrenza, in violazione del principio di accesso al mercato di cui all'art. 3 del d.lgs. 36/2023, declinato nei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, nonché del principio del risultato di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. 36/2023;
- dà mandato al competente Ufficio di trasmettere la presente delibera alla Asl Roma 2 per le valutazioni di competenza in merito all'assunzione dei possibili correttivi rispetto alle criticità emerse in corso di istruttoria, come sopra evidenziate, con richiesta di riscontro all'Autorità nel termine di 30 giorni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2024
Il segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente