



DELIBERA N. 221

9 marzo 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla [OMISSIS] S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria, informazione e formazione, tutela della salute e della sicurezza del personale – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 4.941.892,59 - S.A.: ARIA S.p.A.

PREC 49/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 54 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Convenzione quadro – prezzi unitari e quantità

Massima

Convenzioni quadro – Prezzi unitari o quantità stimati– elementi essenziali ai fini della formulazione dell'offerta

Nei casi di ricorso alle convenzioni quadro, al fine di consentire agli operatori economici la formulazione di un'offerta seria e sostenibile, l'amministrazione è tenuta ad indicare, per ciascun lotto di gara, i prezzi unitari da porre a base dell'affidamento ovvero i quantitativi stimati per il periodo di durata dell'accordo, nonché a precisare le modalità di esecuzione delle prestazioni.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 marzo 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 3887 del 18 gennaio 2021 con cui la Soc. [OMISSIS] a r.l. ha sollevato plurime censure avverso gli atti della procedura di gara in oggetto, contestandone, oltre alla scarsa chiarezza e coerenza complessiva - circostanze che impedirebbero la formulazione di un'offerta seria e sostenibile - anche la contrarietà con diverse disposizioni codicistiche;

VISTO, in particolare, che l'istante domanda se la formulazione del bando di gara sia conforme all'allegato XIV del Codice atteso che mancherebbero o risulterebbero contraddittorie alcune fondamentali informazioni quali la natura e l'entità dei servizi da svolgere, la tipologia di RTI ammessi (orizzontali o verticali), la suddivisione in lotti; il bando di gara confonderebbe, poi, i requisiti di partecipazione del fatturato globale e di quello specifico, prevederebbe criteri di valutazione dell'offerta non pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto ed, in ogni caso, non valutabili sulla base di criteri oggettivi, non terrebbe conto della nuova emergenza epidemiologica nella quantificazione degli oneri della sicurezza ed imporrebbe l'indicazione del nominativo del subappaltatore benché l'art. 1, comma 18, secondo periodo, della legge n. 55 del 2019, abbia sospeso tale onere per le gare bandite fino al 31 dicembre 2020.

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 12715 del 12 febbraio 2021 e le memorie pervenute;

RITENUTO che rispetto al complesso delle censure sollevate nell'istanza di precontenzioso risulta fondata, con carattere assorbente, quella volta a contestare l'assenza di indicazioni in merito alla natura e alle quantità dei servizi da svolgere ovvero alle modalità di determinazione della base d'asta, trattandosi di una carenza che impedisce la formulazione di un'offerta economica seria e sostenibile;

RILEVATO che la procedura di gara in oggetto è volta alla stipula di una Convenzione quadro ai sensi dell'art. 26 della L. 488/1999 e s.m.i., in forza della quale i singoli Enti aderenti potranno effettuare - e l'aggiudicatario dovrà eseguire - ordinativi di fornitura fino a concorrenza dell'importo massimo contrattuale, fissato in euro 4.941.892,59;

CONSIDERATO che lo strumento della convenzione quadro non presenta differenze sostanziali rispetto all'istituto dell'accordo quadro "completo", il quale si caratterizza per la definizione *ex ante* di tutti gli aspetti contrattuali e quindi anche di quelli legati ai quantitativi oggetto dell'accordo; in particolare, la dottrina ha ricondotto l'accordo quadro al *pactum de modo contrahendo* ovvero al contratto normativo con il quale la stazione appaltante non si obbliga fin da principio alla realizzazione completa del programma negoziale, ma si riserva la facoltà di valutare discrezionalmente se procedere alla stipula dei successivi affidamenti, in base alle disponibilità finanziarie ed alle concrete esigenze di servizio, fermo restando l'obbligo di osservare le condizioni contrattuali fissate nell'accordo con l'operatore economico.

CONSIDERATO che nella Deliberazione n. 45 del 24 aprile 2011, l'Autorità ha evidenziato che nei casi di ricorso all'accordo quadro completo (*id est* alle convenzioni quadro), l'amministrazione è tenuta ad indicare, per ciascun lotto di gara, i quantitativi stimati per il periodo di durata dell'accordo, ferma restando la possibilità di esercitare, in base ad esigenze imprevedute ed imprevedibili, variazioni in aumento o in diminuzione nella misura del 20% come consentito dalla normativa vigente e normalmente previsto in tutti i bandi di gara; inoltre, nella Deliberazione 20 febbraio 2007, n. 40, l'Autorità ha precisato



che “il contratto quadro rientra nella tipologia dei contratti aperti e, ai fini della relativa stipulazione, è necessario che siano stabiliti i prezzi unitari da porre a base dell'affidamento e la descrizione delle modalità di esecuzione delle prestazioni”;

CONSIDERATO che anche la Corte di Giustizia, nella causa C 216-17, ha escluso che l'art. 1, par. 5 della direttiva 2004/18, laddove enuncia che l'accordo quadro ha lo scopo di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste, possa essere interpretato nel senso che l'indicazione della quantità delle prestazioni che riguarderà l'accordo quadro è solo facoltativa: in primo luogo, risulta da una serie di altre disposizioni della direttiva 2004/18 che l'accordo quadro deve, sin dall'inizio, determinare le quantità massime di forniture o servizi che potranno essere oggetto degli accordi successivi; inoltre, *“tanto il principio della parità di trattamento e di non discriminazione quanto quello di trasparenza che ne deriva (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2015, UNIS e Beaudout Père et Fils, C-25/14 e C-26/14, EU:C:2015:821, punto 38) implicano che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei partecipanti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza del 13 luglio 2017, Ingsteel e Metrostav, C-76/16, EU:C:2017:549, punto 34). Infatti, i principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici interessati alla conclusione dell'accordo quadro, sanciti, in particolare, dall'articolo 2 della direttiva 2004/18, sarebbero compromessi se l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro non specificasse la quantità complessiva oggetto di un tale accordo”*;

RILEVATO che, nella procedura di gara in oggetto, il file denominato “Dettaglio prezzi unitari” riporta, per ciascuno degli Enti aderenti alla convenzione, la macrocategoria di servizi (es. visite mediche, servizi complementari del medico competente, segreteria organizzativa, servizi di formazione del personale, indagini ambientali ecc.), il complesso delle attività riconducibili alla singola categoria (quali, ad esempio, per le visite mediche, audiometria, elettrocardiogramma ecc.) e l'importo massimo erogabile per il triennio; tuttavia, il documento omette di indicare sia i corrispettivi unitari delle specifiche attività - su cui operare lo sconto percentuale - sia i quantitativi stimati che hanno concorso a determinare i massimali triennali (ad esempio: n° di visite ed esami da erogare, n° di sessioni o di personale da formare in relazione alle singole tipologie di corsi di formazione, etc...);

RITENUTO che l'assenza di puntuali indicazioni sulla quantità e sul prezzo del singolo servizio determina, per un verso, l'impossibilità ovvero una seria difficoltà per l'operatore economico nella formulazione di un'offerta seria e ponderata, in quanto impedisce la cognizione delle modalità, dei tempi e della frequenza delle prestazioni che possono essere ordinate e, dunque, una stima dei possibili utili ricavabili dall'aggiudicazione del servizio, esponendolo al rischio di presentare un'offerta in perdita; è di tutta evidenza, infatti, che nei calcoli di convenienza economica che ogni operatore compie allorché decida di presentare un'offerta per un procedura di gara, vi è spesso un bilanciamento tra i maggiori costi da sostenere per taluni lavorazioni/servizi e i maggiori introiti derivanti dallo svolgimento di altri, con la conseguenza che, difettando ogni indicazione sulle quantità, l'impresa non è in grado di effettuare alcuna stima e, dunque, di formulare un ribasso attendibile;

RITENUTO che non appaiono condivisibili le argomentazioni sviluppate dalla Stazione appaltante nelle memorie trasmesse: invero, a prescindere dall'obbligo di chiarezza e completezza della *lex specialis* di gara - che impedisce di rimettere alla diligenza professionale dell'operatore economico o alla prassi la



determinazione degli elementi essenziali del contratto da stipulare - quanto ad es. alle visite mediche, la quantità non appare determinabile solo sulla base dell'elenco del personale assunto presso i diversi Enti e della natura del servizio disciplinata dalla legge in ordine alla cadenza e frequenza delle visite, in quanto risulta necessario conoscere, ad esempio, quando il personale è stato sottoposto all'ultima visita medica; analogamente, sono previste prestazioni (quali il tetan test o vaccinazione tetanica) che si dubita possano riguardare tutto il personale in servizio ovvero che può ragionevolmente ipotizzarsi siano state eseguite da una parte del personale in tempi recenti e, pertanto, non necessitano di essere ripetute durante il periodo di durata triennale della convenzione;

RILEVATO, sotto altro aspetto, che la documentazione di gara appare contraddittoria in merito alle modalità di individuazione del prezzo e di liquidazione del corrispettivo: invero, mentre il punto 3.3 del disciplinare di gara (Corrispettivi della fornitura) prevede che *"Il corrispettivo per le prestazioni contrattuali relative ai singoli Contratti di fornitura conclusi dal Fornitore con gli Enti che utilizzeranno la Convenzione, è calcolato moltiplicando il prezzo unitario, IVA esclusa, offerto in sede di procedura per ciascun prodotto/servizio in gara per i quantitativi oggetto di ciascun Ordinativo di Fornitura"*, il punto 12.2.3. stabilisce che l'offerta economica sia formulata mediante l'indicazione a Sistema del prezzo complessivo offerto, la compilazione del documento denominato *"Dichiarazione di offerta economica"* - con l'indicazione dello sconto percentuale totale - e del file "Dettaglio prezzi unitari", in particolare dell'ultima colonna contenente il "Prezzo triennale offerto" pertanto, accanto all'assenza di documenti che prevedano i prezzi unitari dei singoli servizi, è richiesto di formulare l'offerta economica mediante l'indicazione di un ribasso da applicarsi all'importo triennale;

RITENUTO che tale ambiguità renda ancora più fondata la doglianza sollevata dall'istante: infatti, delle due l'una, o il prezzo triennale indicato nel file "Dettaglio prezzi unitari" funge da corrispettivo a base d'asta per il complesso delle prestazioni affidabili e non da massimale (come se fossimo di fronte ad un contratto a corpo e non a misura), in disparte ogni valutazione sulla compatibilità di una simile opzione con l'istituto della convenzione quadro, è evidente che l'operatore economico deve essere reso edotto delle quantità, seppur stimate, dei singoli servizi, al fine di evitare che l'oggetto del contratto risulti indeterminato e che possa essergli commissionato un numero indefinito di interventi; al contrario, se il prezzo indicato consiste in un massimale di spesa triennale, al fine di consentire la stima dei costi ai fini della formulazione dell'offerta e la liquidazione successiva degli specifici ordinativi, devono essere forniti, già in sede di gara, i prezzi unitari delle singole prestazioni;

RITENUTO che la criticità evidenziata si rifletta anche sulle modalità di liquidazione del corrispettivo in relazione a tutti quei servizi (quali ad esempio i servizi complementari del medico competente e la segreteria organizzativa) che non presentano carattere di ripetitività bensì di continuità nel tempo: si pensi, ad esempio, al servizio di accoglienza presso la sede centrale, che non appare commissionabile al bisogno quanto piuttosto rispondere ad un'esigenza costante e giornaliera del singolo Ente ed in relazione al quale, analogamente a quanto esposto sopra, non si comprende se l'importo triennale indicato corrisponda ad un massimale di spesa - ma in tal caso la documentazione di gara avrebbe dovuto dettagliare il prezzo unitario del singolo servizio e precisare la cadenza/modalità di liquidazione del compenso - ovvero si tratti di un vero e proprio corrispettivo triennale, benché - inopportuno - inserito all'interno di una convenzione quadro;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che la documentazione della procedura di gara in oggetto non sia conforme alla normativa di settore nella parte in cui omette di



specificare i prezzi unitari ovvero le quantità delle singole prestazioni. Restano assorbite le ulteriori censure sollevate con l'istanza di precontenzioso.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente