



DELIBERA N. 280

14 giugno 2022.

Oggetto

Istanza congiunta di parere (per adesione) per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Multiservice Italia S.r.l. e A.O.R.N. Azienda Ospedaliera dei Colli – Procedura aperta per la fornitura biennale del servizio di raccolta e trasporto ad impianto di smaltimento dei rifiuti speciali, pericolosi e non pericolosi derivanti da attività sanitarie dell’Azienda Ospedaliera dei Colli - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base di gara: euro 2.000.000,00 - S.A.: A.O.R.N. “Azienda Ospedaliera dei Colli” Monaldi-Cotugno-CTO - Napoli

PREC 78/2022/S

Riferimenti normativi

Articolo 95 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Criteri di aggiudicazione – minor prezzo – prestazioni standardizzate – motivazione

Massima

Servizi di raccolta e trasporto di rifiuti speciali sanitari – criterio di aggiudicazione – minor prezzo – possibilità di proporre soluzioni tecniche – non presenta caratteristiche standardizzate – carenza di motivazione – non è conforme

La scelta del criterio del minor prezzo non è conforme alla normativa di settore laddove la legge di gara lasci margini di discrezionalità ai concorrenti, consentendo di proporre soluzioni tecniche ad integrazione di quanto contenuto nel capitolato speciale d’appalto, e quindi il servizio non presenti caratteristiche standardizzate. La legge richiede comunque che la scelta del criterio del minor prezzo sia espressamente e adeguatamente motivata.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 14 giugno 2022



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 35796 del 10 maggio 2022 presentata da Multiservice Italia S.r.l., che contesta il criterio di aggiudicazione del minor prezzo previsto dal bando di gara per l'affidamento del servizio, di durata biennale, di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti speciali prodotti dalla stazione appaltante A.O.R.N. "Azienda Ospedaliera dei Colli" di Napoli. L'istante rileva che per i servizi ad alta intensità di manodopera, come sarebbe quello in oggetto, l'art. 95, comma 3 del d.lgs. 50/2016 impone di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre il successivo comma 4 consente di utilizzare il criterio del minor prezzo per i servizi con caratteristiche standardizzate purchè ne venga data idonea motivazione. Nel caso di specie l'istante osserva che la *lex specialis*, pur prevedendo la presentazione, da parte dei concorrenti, di un'offerta tecnica e la costituzione di un'apposita commissione di valutazione, non reca alcuna griglia di valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta. L'istante chiede quindi parere all'Autorità in ordine alla conformità del bando alla normativa di settore sotto il profilo del criterio di aggiudicazione prescelto. Dopo l'avvio del presente procedimento Multiservice Italia S.r.l. ha contestato che la S.A. abbia proseguito nell'iter di gara di apertura delle buste amministrative;

VISTA la nota acquisita al prot. n. 37258 del 16 maggio 2022, con cui la stazione appaltante A.O.R.N. "Azienda Ospedaliera dei Colli" ha manifestato la propria adesione all'istanza di precontenzioso, formulando osservazioni di replica a quanto dedotto dall'istante. La S.A. ha in particolare rappresentato che la gara in parola, indetta tramite procedura aperta al fine di garantire la massima partecipazione, si qualifica come "affidamento ponte mediante gara" e si rende necessario a causa dell'imminente scadenza dell'attuale contratto nelle more dell'attivazione di apposita convenzione quadro da parte dell'ente aggregatore regionale. Con ulteriore memoria acquisita al prot. n. 40413 del 26 maggio 2022 la S.A. ha precisato che la convenzione stipulata nel 2018 con SO.RE.SA., ente aggregatore regionale, si dimostrava insufficiente a coprire i nuovi fabbisogni e che, in tale contesto, SO.RE.SA. autorizzava l'Azienda Ospedaliera ai sensi dell'art. 1, co. 421 della legge 11 dicembre 2016, n. 232, per il caso di motivata urgenza, a svolgere un'autonoma procedura d'acquisto diretta alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria, in attesa delle nuove convenzioni. La S.A. riferisce poi che, in relazione al criterio di aggiudicazione del minor prezzo, la scelta era motivata dalla tipologia delle prestazioni, da ritenere standardizzate e per le quali, contrariamente a quanto asserito dall'istante, il costo della manodopera sarebbe inferiore al 50 per cento dell'importo dell'affidamento, oltre che dalla necessità di velocizzare la procedura e scongiurare il rischio di generare vantaggi per l'operatore uscente. In proposito la S.A. allega i disciplinari di due gare analoghe dalle quali emerge che il costo della manodopera in gare aventi lo stesso oggetto si aggirerebbe fra il 20 per cento e il 28 per cento (gara Intercenter per le Aziende sanitarie dell'Emilia Romagna e gara dell'Università degli Studi di Chieti-Pescara, per le quali tuttavia era stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). Con riferimento al fatto che, nel caso di specie, la *lex specialis* richiede ai concorrenti di presentare un'offerta tecnica, la S.A. afferma che essa è definita nel disciplinare come offerta "di conformità", soggetta esclusivamente alla "verifica dell'esatta corrispondenza di quanto offerto a quanto richiesto nel capitolato tecnico";

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 38002 in data 18 maggio 2022;

VISTO il disciplinare di gara che, con riferimento al criterio di aggiudicazione, prevede che «L'aggiudicazione avviene per intero unico lotto indivisibile secondo il criterio del minor prezzo, ai sensi



dell'art. 95, comma 4 del d.lgs. 50/2016. [...] Si procede alla valutazione di conformità della documentazione tecnica dell'offerta a minor prezzo (in termini, si ribadisce, di miglior ribasso percentuale). Tale valutazione consiste esclusivamente nella verifica di conformità, ossia dell'esatta corrispondenza di quanto offerto a quanto richiesto nel capitolato tecnico [...]»;

VISTO il capitolato tecnico di gara, che descrive al punto 1 (Oggetto del servizio) le attività da svolgere: esecuzione di analisi merceologiche, fisiche e chimiche; fornitura di specifici contenitori; pesatura dei rifiuti; rilevazione della radioattività; caricamento e trasporto; conferimento ad impianto autorizzato; eventuale intervento di bonifica in caso di dispersione; compilazione e consegna della documentazione; trasmissione delle informazioni necessarie alla compilazione del Modello Unico di Dichiarazione Ambientale; supporto tecnico normativo all'Azienda Sanitaria. In relazione a tali attività la S.A. fornisce una dettagliata descrizione dei contenitori da utilizzare per il servizio e l'indicazione delle caratteristiche minime dei sistemi di pesatura e del sistema di rilevazione della radioattività. Tuttavia richiede anche di presentare proposte documentate delle soluzioni tecniche che il concorrente intende adottare per la pesatura e per la rilevazione della radioattività, oltre che proposte di soluzioni per l'organizzazione dei depositi temporanei, delle attrezzature e dei contenitori che siano compatibili con le caratteristiche logistiche e con gli impianti dei presidi aziendali, nonché di fornire le dettagliate caratteristiche richieste nel caso di presenza di cisterne e di indicare le modalità di svolgimento del servizio di trasporto e conferimento dei rifiuti;

VISTO l'art. 95, comma 4 del d.lgs. 50/2016, a tenore del quale «Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i servizi o le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3, lett. a)»; e il successivo comma 5, secondo cui «Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta»;

VISTE le Linee Guida Anac n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", nelle quali viene precisato che per servizi e forniture "con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali;

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 18 dicembre 2018, n. 7131), che ha sottolineato che «il criterio del prezzo più basso è adeguato quando l'oggetto del contratto abbia connotati di ordinarietà e sia caratterizzato da elevata standardizzazione in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire in condizioni analoghe il prodotto richiesto. In questo caso, la stazione appaltante, qualora sia in grado di predeterminare in modo sufficientemente preciso l'oggetto del contratto, può non avere interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, in quanto l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalità ed i tempi previsti nella documentazione di gara è già di per sé in grado di soddisfare nel modo migliore possibile l'esigenza dell'amministrazione. [...] La giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2018, n.1609) osserva quindi che nella legislazione vigente il criterio del prezzo più basso è "circoscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate", nel qual caso "può prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico»;



CONSIDERATO che nel caso di specie la gara si presenta di ingente valore e, come sopra evidenziato, in più punti del capitolato di gara viene chiesto ai concorrenti, nel rispetto delle caratteristiche minime indicate dalla S.A., di “presentare proposte documentate delle soluzioni tecniche che intende adottare”, il che lascia intendere che vi sia spazio per proporre soluzioni tecniche differenziate e che per la stazione appaltante non siano indifferenti le tipologie di soluzioni tecniche proposte;

VISTA altresì la giurisprudenza che, nel richiamare le Linee guida ANAC n. 2, ha ribadito che, nel caso di aggiudicazione della gara con il criterio del minor prezzo, «sull’Amministrazione incomberà l’obbligo di dare adeguata motivazione della scelta effettuata. Nella motivazione le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sul ricorrere degli elementi alla base della deroga, devono dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore, poiché ad esempio si sono considerate come standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto dal singolo fornitore e non dall’insieme delle imprese presenti sul mercato. [...] Obbligo motivazionale che si dimostra evidentemente non pretermisibile, segnatamente al fine di precisare i contenuti ed termini della operata valutabilità della prestazione richiesta in chiave di standardizzazione: e precludere, conseguentemente, che una asserita - ma non adeguatamente dimostrata - ascrivibilità del servizio di che trattasi a siffatta ipotesi derogatoria del sistema di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa si presti ad una lettura meramente elusiva» (T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166);

VISTA anche la giurisprudenza secondo la quale «l’urgenza non può giustificare una deroga al criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa in assenza di una puntuale motivazione, atteso che il comma 4 dell’art. 95 del cod. non contempla le esigenze “acceleratorie” tra le ipotesi di deroga. [...] I servizi ad alta intensità di manodopera – e tali sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto, ai sensi dell’art. 50 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi) del d. lgs. n.50/2016 – sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo; laddove la legge di gara lasci ampi margini di discrezionalità ai concorrenti – ad esempio consentendo una proposta tecnica ad integrazione di quanto contenuto dal capitolato speciale d’appalto – non v’è un contratto con caratteristiche standardizzate che giustifichino il sistema del minor prezzo» (T.A.R. Sicilia Catania, 10 dicembre 2018, n. 2335);

VISTA la Delibera ANAC n. 683 del 29 luglio 2020, con la quale è stato evidenziato che «il legislatore ha escluso che l’affidamento di servizi ad alta intensità di manodopera, quale deve essere considerato il servizio oggetto della gara *de qua* (conferimento e smaltimento rifiuti), possa essere affidato mediante il criterio di aggiudicazione del minor prezzo [...] ma che, anche a non voler annoverare il servizio oggetto di affidamento tra i servizi ad alta intensità di manodopera come definiti dall’art. 50, comma 1, secondo periodo del Codice, la procedura sarebbe in ogni caso inficiata dalla mancanza di adeguata motivazione nella *lex specialis* relativamente alla scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo in luogo di quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, come invece espressamente previsto dal comma 5 dell’art. 95»;

CONSIDERATO che all’interno della *lex specialis* di gara non è dato rinvenire la motivazione richiesta dall’art. 95, comma 5 d.lgs. 50/2016;

RITENUTO che, alla luce di quanto sopra considerato, nel caso di specie il criterio di aggiudicazione del minor prezzo non appare conforme alla normativa di settore in quanto il fatto che venga richiesto ai concorrenti di proporre soluzioni tecniche, pur nel rispetto degli standard minimi prescritti, lascia supporre che vi siano margini di discrezionalità e che quindi il servizio non abbia caratteristiche propriamente standardizzate. La legge richiede che comunque la scelta del criterio del minor prezzo sia



espressamente e adeguatamente motivata, il che non si rinviene all'interno degli atti di gara prodotti nel presente procedimento;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie il criterio di aggiudicazione del minor prezzo non appare conforme alla normativa di settore in quanto il fatto che venga richiesto di proporre soluzioni tecniche, pur nel rispetto degli standard minimi prescritti, lascia supporre che vi siano margini di discrezionalità e che quindi il servizio non abbia caratteristiche propriamente standardizzate. La legge richiede che comunque la scelta del criterio del minor prezzo sia espressamente e adeguatamente motivata, il che non si rinviene all'interno degli atti di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 giugno 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente