

DELIBERA N. 179

5 aprile 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società [OMISSIS]– Affidamento di un Accordo Quadro relativo al “Servizio di Sorveglianza sanitaria per il Gruppo ENAV” in ottemperanza al D.lgs. n. 81/2008 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 1.992.155,00 – S.A.: ENAV Spa.

PREC 43/2022/S

Riferimenti normativi

Artt. 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Servizio sorveglianza sanitaria – Modifiche documentazione di gara – Proroga termini per la presentazione dell’offerta – Requisiti di partecipazione – Condizioni di esecuzione – Caratteristiche soggettive degli oo.ee. nei criteri di valutazione dell’offerta tecnica.

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 5 aprile 2022

DELIBERA

VISTA l’istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0015398 del 2.3.2022, con la quale la società [OMISSIS]chiede parere in ordine alla legittimità di varie clausole della *lex specialis* di gara, le quali



vengono contestate in quanto prevederebbero *«come requisiti minimi e come criteri di valutazione dell'offerta, stringenti caratteristiche soggettive dell'offerente tanto illogiche e irragionevoli da determinare una violazione dei limiti di necessità, idoneità e adeguatezza, sotto il profilo della proporzionalità alla tipologia e all'oggetto della gara, con un'evidente e preoccupante violazione della libera concorrenza 'nel' e 'sul' mercato»;*

CONSIDERATO, più specificamente, che secondo l'istante l'intera procedura di gara sarebbe viziata sotto vari profili e che le censure mosse con l'istanza di parere possono riassumersi come di seguito:

- 1) violazione dell'art. 79, comma 2, del D. Lgs. 50/2016 in combinato disposto con l'art. 60, comma 1, dello stesso Decreto, in quanto, in considerazione delle modifiche sostanziali apportate alla *lex specialis*, i termini di presentazione dell'offerta avrebbero dovuto essere prorogati non al 28/02/2022, ma al 9 marzo 2022 (35° giorno successivo alla pubblicazione dell'avviso di rettifica);
- 2) i requisiti di cui all'art. 13.1 del Capitolato speciale ("Organizzazione del servizio") appaiono illogici ed irragionevoli, difettando di pertinenza e congruità rispetto allo scopo perseguito dalla SA e violando il triplice limite della necessità, idoneità e adeguatezza, nei quali si compendia la nozione di proporzionalità (tale disposizione prevede che l'aggiudicatario fornisca *«- almeno cinque studi medici collocati nel raggio di 5 km delle sedi di Roma, Via Salaria 716 o Via Del Casale Cavallari, 200; della sede di Roma, Via Appia Nuova 1491; dal sito di Padova ACC; dal sito di Milano ACC; dal sito di Brindisi ACC; - almeno ventinove laboratori di analisi collocati nel raggio di 5 km (dalle sedi di Roma, Via Salaria 716 o Via Del Casale Cavallari 200, e dalla sede di Roma, Via Appia Nuova 1491) o di 20 km da ciascun sito del Gruppo di cui all'allegato 3»*);
- 3) ben **38 punti su 75** (pari a oltre il 50% del punteggio tecnico) vengono attribuiti sulla base di caratteristiche soggettive dell'offerente *«di modo che il progetto tecnico premia non la proposta che si intende sviluppare in favore della Stazione appaltante, ma le qualifiche già in possesso di un operatore di mercato»*:
 - 5 punti per il possesso di certificazioni;
 - 7 punti per il possesso di laboratori di analisi aggiuntivi ubicati entro 20 km dalle/i sedi/siti del Gruppo ENAV;
 - 5 punti per il possesso di studi medici aggiuntivi ubicati entro 20 km dalle/i sedi/siti del Gruppo ENAV;
 - 12 punti per gli anni di esperienza dei Medici Competenti proposti da nominare per l'esecuzione del servizio;
 - 2 punti per l'esperienza almeno triennale del Medico competente coordinatore con Società di dimensioni superiori a 4000 lavoratori;
 - 7 punti per il numero di Medici Competenti coordinati dal Medico Competente con funzioni di Coordinamento nell'ultimo quinquennio per una durata di almeno 36 mesi consecutivi;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante respinge ogni censura mossa dall'impresa istante in quanto sostiene che la documentazione di gara è stata predisposta nel rispetto dei principi di pertinenza, congruità e adeguatezza rispetto all'oggetto dell'affidamento e sulla base delle legittime esigenze manifestate e delle finalità perseguite con la procedura di gara in esame;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 8.3.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO, in merito alla prima censura, attinente alla proroga dei termini per la presentazione delle offerte, che per dichiararne l'infondatezza basti riportare quanto statuito dal Consiglio di Stato in un caso del tutto analogo: *«L'art. 79, comma 3 lettera b) del d. lgs. n. 50/2016 prevede le "modifiche significative ai documenti di gara" quale presupposto della proroga "dei termini per la ricezione delle offerte". La logica della regola (che si applica anche alla mera introduzione di "informazioni supplementari", che sebbene non modificano, comunque integrano la lex specialis: cfr. art. 79, comma 3, lettera a) è quella di consentire agli operatori economici interessati alla partecipazione alla procedura evidenziale la "preparazione di offerte*



adeguate". Non si tratta di regola rigida ed automatica, in quanto – proprio in conformità alla ratio che la ispira – per un verso la postergazione delle scadenze non è necessaria in presenza di informazioni o modifiche non significative (la cui "importanza [...] è insignificante: cfr. comma 5); per altro verso la "durata della proroga" è parametrata alla rilevanza del contenuto informativo introdotto (secondo un criterio di adeguatezza e proporzionalità: cfr. comma 4).

Nel caso di specie – ancorché sia esatto che una modifica ed integrazione delle modalità di applicazione dei criteri di valutazione delle offerte (senza, peraltro, modificazione incisiva e sostanziale degli stessi) possa orientare il concorrente alla formulazione (o riformulazione) della propria offerta, nella prospettiva di una competizione orientata alla massimizzazione delle chances di aggiudicazione – il differimento della scadenza di dieci giorni risulta, in difetto di contrari elementi di giudizio, congruo e proporzionato, mentre non si giustifica la pretesa alla integrale riapertura dei termini della competizione, ex art. 60 del Codice. Invero, a fronte del termine ordinario di 35 giorni, il riconoscimento di un termine residuo di 23 giorni, pari al 65% del complessivo termine a disposizione (essendo stata la proroga disposta quanto ancora mancavano per la presentazione delle offerte 13 giorni) è più che giustificato, non trattandosi di riformulare integralmente l'offerta in elaborazione, ma – al più e solo eventualmente – di rettificarne i dettagli» (così Consiglio di Stato, sez. V, 31.03.2020, n. 2183), considerato che nel caso in esame il termine residuo era pari a 24 giorni e che le modifiche introdotte hanno riguardato soltanto la redistribuzione di alcuni punteggi tecnici precedentemente attribuiti a 3 criteri eliminati e non l'aggiunta di nuovi criteri o di ulteriori requisiti tecnici per l'esecuzione della prestazione, che avrebbero invece potuto comportare per i concorrenti una più complessa valutazione in ordine alla partecipazione alla gara e quindi la necessità di concedere un termine maggiore;

CONSIDERATO che, in generale, sul possesso dei requisiti di partecipazione, giova ricordare come la giurisprudenza abbia affermato che la stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara e che l'Autorità, nella delibera n. 830 del 27 luglio 2017, ha stabilito che «*I bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge*»;

CONSIDERATO, altresì, che le scelte così operate dall'Amministrazione aggiudicatrice, ampiamente discrezionali, riguardano il merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo e dell'Autorità, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie;

RILEVATO che la società istante contesta i requisiti di cui all'art. 13.1 del Capitolato (distanza massima di 5 km dalle sedi principali dell'Amministrazione committente di almeno 5 studi medici e di almeno 29 laboratori di analisi) sotto vari profili e in particolare rileva le seguenti incongruenze e criticità:

- non può essere richiesta la disponibilità di uno "studio medico" ad un soggetto organizzato in forma societaria, visto che questo soggetto non potrà mai gestire uno studio medico, ma dovrà gestire un "ambulatorio";
- se le visite devono essere eseguite presso le sedi/siti del Gruppo ENAV, è illogico e irragionevole chiedere la disponibilità di (almeno) cinque studi medici, anche in considerazione di esigenze così

diversificate in ordine alla diversità delle sedi indicate (alcune direzionali e altre esclusivamente operative);

- l'alternatività tra lo studio medico nei pressi di via Salaria e quello nei pressi di via Casale Cavallari è illogica e irrazionale visto che sono tra le sedi più numerose e visto che le stesse sono assai distanti tra loro;
- è privo di senso il limite dei 5 km, visto che tale distanza non può, comunque, essere coperta a piedi e che, posto che tale distanza richiede l'utilizzo del mezzo proprio, sarebbe stato invece più logico e razionale richiedere uno studio medico con un parcheggio;
- la SA, per non limitare la concorrenza, avrebbe dovuto limitarsi a pretendere delle "sale prelievo" (elemento che invece può mancare nei laboratori), lasciando al fornitore la possibilità di organizzarsi in merito alla successiva fase di analisi;
- pretendere che la sede di via Salaria debba avere un laboratorio a distanza massima di 5 km, mentre sedi ben più complesse e articolate potrebbero avere un laboratorio anche ad una distanza più rilevante;
- se lo scopo della SA è quello di ridurre gli spostamenti dei lavoratori, appare illogico e irragionevole chiedere dei laboratori di analisi a 5 o 20 km dalle sedi invece di consentire la possibilità di effettuare il prelievo ematico in occasione della visita medica;

RITENUTO, alla luce dei chiarimenti addotti dalla Stazione appaltante e dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica, di poter rassegnare, in relazione ai singoli punti oggetto contestazione, le seguenti conclusioni:

- appare fondata la difesa della Stazione appaltante laddove chiarisce che l'espressione "studio medico" era da intendere in termini atecnici, ovvero come *"qualsiasi locale ad uso del medico competente idoneo allo svolgimento delle visite mediche"* e che in caso di differente interpretazione l'istante avrebbe potuto chiedere appositi chiarimenti, come del resto ha fatto con altre clausole oggetto di contestazione;
- la richiesta della disponibilità degli studi medici (*rectius* ambulatori) non è illogica né irragionevole in quanto è necessaria per garantire alla Stazione appaltante una organizzazione più efficiente del servizio e per consentire al personale da sottoporre a sorveglianza sanitaria di coniugare al meglio l'attività di lavoro con le esigenze personali e in tal senso non pare rilevante la circostanza che tale sorveglianza sia prevista tanto per chi svolge mansioni operative quanto per chi svolge attività d'ufficio (es.: videoterminalisti);
- la censura relativa alla presunta illogicità della prevista alternatività tra lo studio medico nei pressi di via Salaria e quello nei pressi di via Casale Cavallari, oltre ad essere inconferente rispetto all'obiettivo dichiarato dell'istante, che è quello di contestare la previsione dell'obbligo di mettere a disposizione studi medici e laboratori di analisi entro una distanza massima troppo esigua, poiché la non alternatività avrebbe l'effetto di aggiungere – soprattutto nell'ottica dell'istante – un ulteriore requisito restrittivo, se accolta avrebbe l'effetto di restringere irragionevolmente la discrezionalità della Stazione appaltante nella valutazione delle proprie esigenze e dei propri fabbisogni;
- la critica secondo cui la distanza massima dei 5 km non avrebbe ragion d'essere in quanto non risponde neppure all'esigenza di garantire il raggiungimento dello studio medico o del laboratorio di analisi senza l'utilizzo di un mezzo (proprio o pubblico) appare mal posta: l'obiettivo della Stazione appaltante, infatti, non è quello di agevolare lo spostamento dei lavoratori fino al punto da consentir loro di poter effettuare le visite di controllo o gli esami di laboratorio raggiungendo a piedi le strutture a ciò deputate, quanto piuttosto quello di garantire a tali lavoratori di non doversi impegnare a percorrere decine di chilometri, con evidente spreco di risorse e di tempo (considerando anche le

ordinarie condizioni del traffico di Roma), per raggiungere strutture molto distanti dalle sedi di servizio indicate nel Bando; il compromesso tra l'esigenza di non limitare eccessivamente la concorrenza (individuando studi medici entro un raggio troppo ristretto) e quella di garantire comunque ai lavoratori la possibilità di raggiungere le strutture mediche in tempi ragionevoli è stata individuata, appunto, nelle distanze indicate nella *lex specialis*, la cui non irragionevolezza o incongruità non consente ulteriore sindacato di merito;

- anche la questione relativa alla presunta dicotomia tra "sale prelievo" e "laboratori di analisi", tale per cui, a giudizio dell'istante, la Stazione appaltante avrebbe potuto, sempre a fini pro-concorrenziali, limitarsi a richiedere (entro le distanze in discussione) solo la disponibilità delle prime lasciando al fornitore la libertà di organizzarsi in merito alla successiva fase di analisi, appare priva di fondamento atteso che nessun documento di gara prescrive che l'esecuzione delle analisi debba essere effettuata negli stessi "laboratori" in cui avviene il prelievo, ben potendo essere effettuata "in service" ovvero ricorrendo ad altre strutture abilitate; anche in questo caso una specifica richiesta di chiarimenti da parte dell'istante avrebbe risolto a monte l'asserita criticità;
- le ulteriori contestazioni relative alle scelte discrezionali della Stazione appaltante, che – sempre a giudizio dell'istante – avrebbe effettuato una incongrua ponderazione delle proprie esigenze, cosicché risulterebbe illogico pretendere un laboratorio a distanza massima di 5 km per una sede con pochi lavoratori soggetti a determinati controlli medici e analisi, mentre è ammesso che sedi ben più complesse possano avere un laboratorio ad una distanza più rilevante (20 km), non sono accoglibili in quanto presuppongono una valutazione di merito delle esigenze dell'Amministrazione committente che – come più volte detto – sfugge alle competenze dell'Autorità;
- l'obiettivo di ridurre al minimo gli spostamenti dei lavoratori, sicuramente ritenuto meritevole di tutela da parte della Stazione appaltante, deve tuttavia essere temperato con altre esigenze organizzative, proprie dell'Amministrazione nella specifica fattispecie, parimenti meritevoli di tutela: pertanto, la possibilità, proposta dall'istante, di effettuare il prelievo in occasione della visita medica non sarebbe funzionale all'esatta esecuzione del servizio in affidamento, in primo luogo, perché ciò richiederebbe l'adozione di tutta una serie di misure organizzative e sanitarie specifiche complesse, con evidenti maggiori costi, che possono essere superate solo disgiungendo – come in effetti previsto dalla *lex specialis* – la fase della visita medica (in sito oppure nello studio medico/ambulatorio distaccato) da quella del prelievo per le analisi (da effettuarsi in laboratorio/sala prelievo distaccata) e, in secondo luogo, perché la contestualità di visita e prelievo non consentirebbe al medico competente di rilasciare l'attestato di idoneità alla mansione (il medico, infatti, rilascia tale attestato solo dopo aver visionato il referto degli esami diagnostici, da effettuarsi, quindi, necessariamente prima della visita);

RITENUTO che la contestazione secondo cui oltre il 50% del punteggio tecnico verrebbe attribuito sulla base di caratteristiche soggettive dell'offerente non sembra cogliere nel segno, atteso che la peculiare tipologia di servizio oggetto di affidamento comporta necessariamente che le caratteristiche qualitative da selezionare ai fini della valutazione tecnica siano focalizzate sulle "persone" e sulle "strutture" che permettono l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, ovvero sui medici, sugli studi e sui laboratori di analisi, la cui maggiore esperienza, per i primi, e il maggior numero, per i secondi, rispetto ai requisiti minimi richiesti per partecipare, costituiscono un rilevante elemento di apprezzamento della qualità del servizio offerto; a ciò si deve aggiungere che potrebbe in ipotesi parlarsi di caratteristiche soggettive qualora la *lex specialis* prevedesse che tali soggetti e strutture facessero parte degli *asset* aziendali degli operatori economici partecipanti, mentre nel caso di specie ne è solo richiesta la disponibilità, con l'effetto che l'unico requisito soggettivo inserito tra i parametri di valutazione dell'offerta tecnica risulta essere il possesso di talune certificazioni (Sistema Gestione Ambientale, Sistema Gestione Salute e Sicurezza nei



luoghi di lavoro e Sistema Gestione Anticorruzione), che tuttavia, avendo un peso molto ridotto (5 punti) nella determinazione complessiva del punteggio qualitativo, può considerarsi ammissibile secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in materia;

CONSIDERATO, infine, opportuno precisare che la tutela del principio del *favor participationis*, che permea la materia degli appalti pubblici, non può non essere temperato con la tutela dell'interesse delle Amministrazioni committenti ad ottenere prestazioni contrattuali (di lavori, servizi o forniture) che rispondano alle loro specifiche esigenze organizzative e funzionali, esplicitate nelle clausole dei bandi di gara e che sono censurabili solo per manifesta illogicità, incongruità o sproporzione rispetto agli obiettivi dichiarati; ciò comporta che non sussiste un "diritto" alla partecipazione generale e astratta da parte di ogni operatore economico che svolge la propria attività di impresa nel settore merceologico interessato dalla procedura ad evidenza pubblica, bensì un "interesse legittimo" a non essere estromesso sulla base di requisiti di partecipazione, di criteri di valutazione dell'offerta tecnica o di condizioni di esecuzione illegittimamente escludenti;

RITENUTO, sulla base di quanto argomentato, che nel caso di specie non sussistono i presupposti per considerare lesive della concorrenza le previsioni della *lex specialis* oggetto di contestazione, neppure sotto il profilo della sussistenza di clausole immediatamente escludenti, annoverando in questa particolare categoria solo quelle clausole che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni normative in materia di criteri di selezione e di aggiudicazione dell'appalto e che le valutazioni tecniche effettuate per individuare i criteri per l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli o arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 aprile 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente