



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 123 del 13 febbraio 2019

Fasc. 1843/2017

Oggetto: Gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale, id. 1460 – Importo a base di gara: 1.445 milioni di euro

Stazione appaltante: Consip SpA

Il Consiglio

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 12 aprile 2006 n. 163;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Premessa

In data 14.03.2017 è pervenuta la segnalazione della Federazione Nazionale Imprese di Pulizia (F.N.I.P.), assunta al protocollo di questa Autorità con il n. 38826, avente ad oggetto presunte illegittimità in ordine alla gara per i servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale, indetta da Consip SpA nel dicembre 2014.

Contenuti dell'esposto

In tale nota, la FNIP riferiva che:

1. La gara sopra indicata sarebbe stata articolata in lotti di dimensione tali da impedire la partecipazione delle piccole e medie imprese. Costituirebbero, infatti, insuperabili barriere alla partecipazione delle imprese minori sia i prescritti requisiti di ordine economico-finanziario (fatturato aziendale) e tecnico-professionale (fatturato specifico), sia l'entità delle referenze bancarie, delle polizze fideiussorie e delle sanzioni previste in caso di soccorso istruttorio, tutti commisurati alla dimensione dei lotti.
2. Conseguentemente, tutti i lotti in gara sono stati aggiudicati provvisoriamente ad un ristretto gruppo di grandi player del settore (Manutencoop F.M., Consorzio Nazionale Servizi, Dussmann, Romeo Gestioni, Manital ecc.). Operatori che, possedendo in

proprio i requisiti di capacità richiesta, hanno preferito concorrere in forma singola, molto spesso evitando di partecipare in concorrenza tra loro agli stessi lotti;

3. Altre gare analoghe celebrate da Consip SpA di recente (affidamento dei servizi di pulizia degli immobili per gli istituti scolastici di ogni ordine e grado; affidamento dei servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi presso gli immobili delle PP.AA., cd. FM4) hanno prodotto risultati sostanzialmente coincidenti; segno, a detta degli esponenti, di una impostazione delle gare non rispettosa della normativa interna e comunitaria sull'accessibilità delle PMI al mercato degli appalti pubblici.

Con riferimento all'impianto generale delle Convenzioni Consip, l'esponente contestava l'assunto che, per il perseguimento delle finalità di razionalizzazione della spesa tramite centralizzazione della committenza, fosse necessario praticare costantemente l'aggregazione delle gare in lotti di dimensioni tali (sempre oltre i 100 milioni di euro) da impedire l'accesso al mercato alle PMI.

Secondo l'esponente, perché il meccanismo della centralizzazione possa ritenersi davvero compatibile con il principio del *favor participationis* verso le PMI, e con il principio di proporzionalità, è indispensabile che tale nuovo sistema venga attuato attraverso forme di aggregazione ragionevoli, in coerenza con il considerando n. 59 della direttiva n. 24/2014.

Al riguardo si richiamano le sentenze TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 9441/2016 e TAR Lazio, Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345, sull'opportunità che gli appalti pubblici corrispondano alle necessità delle PMI, attraverso una congrua suddivisione in lotti su base quantitativa o qualitativa; ciò sulla scorta dell'orientamento fortemente pro-concorrenziale assunto dalla recente normativa nazionale e comunitaria, che ha imposto il superamento della concezione contabilistica secondo cui la *ratio* della normativa sull'evidenza pubblica era volta esclusivamente al controllo della spesa pubblica.

Inoltre, secondo la FNIP, anche l'accorgimento utilizzato da Consip per agevolare la partecipazione alle gare delle micro, piccole e medie imprese in forma associata - la mancata prescrizione di requisiti minimi di fatturato da possedere in capo alle mandanti - si è rivelato inefficace rispetto all'obiettivo di tutelare le PMI in tutte le gare in cui è stato adottato. Ciò in quanto la "soluzione" offerta da Consip non considererebbe alcune delle difficoltà più evidenti alla costituzione di raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale, tra piccole e medie imprese, come quelle connesse alla produzione, richiesta nel bando, di due referenze bancarie a carico di ciascuna delle imprese raggruppate, o della polizza fideiussoria provvisoria ex art. 75, d.lgs. n. 163/2006, difficili da ottenere o troppo onerose per le imprese di dimensioni minori; o l'aggravamento degli oneri burocratici dovuti al moltiplicarsi delle dichiarazioni e della documentazione da produrre ai fini della partecipazione.

Infine, si paventa il rischio che la restrizione del mercato intorno ai grandi player determinata dalla notevole dimensione dei lotti abbia favorito e favorisca logiche collusive e spartitorie anticoncorrenziali. Mentre la suddivisione dell'appalto in lotti di dimensioni ragionevolmente ridotti, consentendo la partecipazione di piccole e grandi aziende, oltre a garantire una maggiore competitività assicurerebbe il vantaggio addizionale di rendere impossibile qualsivoglia strategia di cartello.

Risposta della Stazione appaltante

La centrale d'acquisto nazionale Consip SpA, rispondendo all'Autorità con nota n. 13744 del 29.05.2017, ha illustrato le motivazioni delle scelte operate nell'impostazione della gara e in particolare i criteri che hanno orientato il dimensionamento dei lotti.

Essa ha tenuto preliminarmente a precisare che tutte le gare Consip esitano da una accurata fase di preparazione e di analisi, finalizzata ad *“acquisire, seppur con le ovvie peculiarità riferibili a ciascuna differente iniziativa, il maggior numero di dati e informazioni utili per determinare la domanda a livello aggregato, la qualificazione dell'offerta, la scelta della tipologia di lotti e il conseguente dimensionamento degli stessi nonché, in via più generale, a costruire il miglior impianto di gara possibile nel rispetto dei diversi principi da contemperare negli affidamenti di una centrale di committenza”*.

Viene anche precisato che *“l'individuazione dei lotti costituisce materia di discrezionalità tecnica e nelle gare espletate da centrali di committenza la configurazione dei lotti e delle loro dimensioni deve comunque essere funzionale all'obiettivo primario costituito dal risparmio di spesa. L'impostazione della gara sarà, pertanto, quella che meglio contempera le ragioni della concorrenza e della massima partecipazione con l'obiettivo primario di realizzare economie di scala e di assicurare quindi il massimo risparmio di spesa”*.

In aggiunta, si pone in rilievo il fatto che gli strumenti di aggregazione della domanda, quali Accordi Quadro o Convenzioni, sono comunque destinati ad essere utilizzati da un numero non definito di amministrazioni e a generare ordinativi di valore variabile. Questo genera un “rischio di domanda” che grava sugli aggiudicatari, sulle amministrazioni e, quindi, anche sulle stime effettuate dalla Consip. Nella definizione dei lotti, Consip tiene quindi conto di tale rischio, nonché della necessità di evitare che, in presenza di vincoli normativi, vi siano preclusioni in ordine all'utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione. Si deve altresì evitare che il lotto diventi sostanzialmente “monocontratto”, ossia che esso vada esaurito con l'adesione di una o poche amministrazioni, precludendone l'utilizzo da parte di altre.

Va anche tenuto presente l'impatto che la parcellizzazione dei lotti ha sui costi di processo delle gare, sui tempi di stipula dei relativi contratti e sull'efficienza complessiva dei procedimenti.

Quelli descritti, si afferma, sono vincoli di sistema che discendono direttamente dalle caratteristiche ontologiche del meccanismo di centralizzazione voluto dal legislatore. Sotto questo profilo, Consip sottolinea che il servizio di pulizia per gli enti del SSN, oggetto della gara in questione, rientra tra quelli a centralizzazione obbligatoria previsti dal DPCM 24 dicembre 2015. A maggior ragione, quindi, deve essere perseguito l'interesse primario alla base delle norme sulla centralizzazione che è quello della razionalizzazione della spesa da perseguirsi tramite procedure di aggregazione della domanda, *“rispetto al quale gli interessi compresenti, propri delle procedure ad evidenza pubblica come sopra richiamati, vanno adeguatamente contemperati”*.

Proprio al fine di acquisire un parere volto a verificare che quello individuato rappresenti il miglior bilanciamento possibile tra i profili sopra evidenziati, la Consip sottopone l'impianto di gara al vaglio preventivo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Nel merito della questione, Consip riferisce che il dimensionamento dei lotti è stato fondato essenzialmente sui valori storici dei contratti delle singole aziende sanitarie potenzialmente beneficiare della Convenzione. Questi variano tra un minimo di 600.000 Euro (Asl di Como) e un massimo di 37,5 milioni di Euro (Asl Napoli 1).

Pertanto, conclude Consip, non è minimamente ipotizzabile che la procedura, stante l'obbligo di centralizzazione imposto dalla legge, potesse essere suddivisa in lotti più numerosi (e quindi geograficamente più piccoli) tali da ridurre il valore unitario di ciascuno di essi. Ciò, *in primis*,

per l'enorme valore medio dei contratti di ciascuna amministrazione legittimata ad usufruire del servizio che impedisce di scendere al di sotto di valori comunque molto elevati se non con la paradossale conseguenza di dividere il fabbisogno di singole strutture ospedaliere in diversi contratti, in palese contrasto con la finalità aggregatrice voluta per il mercato in oggetto dal legislatore; e, secondariamente, perché la suddivisione della procedura in un numero di lotti troppo elevato contravviene palesemente quei principi di economicità, efficacia ed efficienza cui l'azione della stazione appaltante (*rectius*, Centrale di Committenza) deve trovare ispirazione e fondamento.

Considerato in fatto

La gara per l'affidamento dei servizi di Pulizia e Sanificazione per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale è stata indetta in data 19 dicembre 2014 dalla Consip S.p.A. in qualità di centrale di committenza, per la stipula di una Convenzione ex art. 26 L. n. 488/1999.

Essa ha un valore complessivo di 1.445 milioni di euro, per una durata di 24 mesi e prevede contratti attuativi della durata di quattro anni. E' suddivisa in 14 lotti geografici, di cui 10 lotti ordinari e 4 accessori.

I lotti accessori, così come quelli ordinari, sono di natura geografica e il loro ambito territoriale è ottenuto dall'aggregazione di più lotti ordinari o parte di essi.

Essi saranno attivati in caso di:

- a) esaurimento dei massimali dei singoli lotti ordinari;
- b) scadenza temporale della Convenzione dei singoli lotti ordinari.

Al fine dell'articolazione dei lotti, tenendo conto del potenziale di spesa derivante dalla analisi della domanda, sono state accorpate Regioni contigue con bassi valori della domanda e, viceversa, suddivise su più lotti Regioni con alti valori di spesa, onde incentivare la partecipazione e la competizione sul lotto.

Allo stesso scopo, è stato introdotto un tetto ai lotti aggiudicabili per ciascun concorrente (nella misura massima di due lotti ordinari e due lotti accessori), così da evitare che un concorrente possa monopolizzare l'intera aggiudicazione della gara.

Per la determinazione del requisito di fatturato è stata tenuta in considerazione la durata della convenzione pari a 24 mesi e la durata dei singoli contratti attuativi (quattro anni). Il fatturato minimo per la partecipazione è stato quindi determinato nella misura di circa un sesto del valore complessivo di ogni lotto, da possedersi in un arco temporale di due anni. Tale valore, rapportato all'analisi del mercato di fornitura ed alla composizione degli operatori economici, consentiva la partecipazione di un numero variabile di offerenti tra 15 e 20 imprese in forma singola ad almeno un lotto.

La Consip ha fornito, con le tabelle allegare in calce alla memoria, i dati sull'andamento della procedura in corso di espletamento.

Dall'analisi della partecipazione alla gara, si riscontra che hanno presentato domanda n. 23 concorrenti, esponenziali di 45 operatori economici individuali. Non è infrequente né la partecipazione in associazione (7 RTI) né il ricorso agli altri strumenti associativi utilizzabili dalle PMI, quali il consorzio.

Nondimeno si rileva che le imprese partecipanti tanto in forma singola che in raggruppamento generalmente non rientrano nella categoria delle micro, piccole e medie imprese, che, ai sensi dell'art. 3, lett. aa) del codice, si definisce con riguardo alle caratteristiche relative al numero di

dipendenti, al fatturato annuo o al bilancio annuo¹. Infatti, trattandosi di un settore ad alta intensità di manodopera, il numero di dipendenti delle imprese partecipanti alla gara per lo più supera il limite fissato per la media impresa (250) anche in presenza di fatturati non molto rilevanti.

Per ciascun lotto, si riscontra un livello di partecipazione variabile tra un minimo di tre (lotto 5 – Emilia Romagna, Marche, Toscana) ad un massimo di dodici offerte per lotto (lotto 7 - Abruzzo, Lazio, Molise, Sardegna) con una media di 7,28 offerte a lotto.

Si rileva altresì che i grandi players, (CNS, Manutencoop, Dussmann, Coopservice) hanno presentato offerte per quasi tutti i lotti (rispettivamente in numero di 12, 10, 9, 9), un numero sensibilmente inferiore di offerte (7, 6), generalmente in rapporto con la dimensione aziendale, è stato presentato da altri concorrenti, per lo più singoli (Manital, Markas, Tesema, Sodexo Italia); mentre i raggruppamenti costituiti ad hoc hanno presentato in media da 1 a 3 offerte.

Considerato in diritto

Comunicazione risultanze istruttorie

La contestazione della FNIP riguarda la dimensione eccessiva dei lotti, inidonei a consentire la partecipazione delle PMI, tanto nella gara in esame quanto nelle altre gare bandite da Consip spa in veste di Centrale di committenza.

La tesi è fondata sul considerando n. 59 della direttiva n. 24/2014 secondo cui: “l’aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un’eccessiva concentrazione del potere d’acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI”.

A tale riguardo, relativamente alla gara in esame in sede di risultanze istruttorie (nota ANAC n. 99012 del 30.11.2018) è stato rilevato che:

- in taluni lotti, la partecipazione alla gara è risultata eccessivamente scarsa; ad esempio, nel lotto n. 5 sono pervenute solo tre offerte, e nel lotto 13, 4 offerte.
- nell’insieme dei lotti, non si è registrata una significativa partecipazione di micro, piccole e medie imprese, come definite dall’art. 3, lett. aa) del dlgs 50/2016, né in forma singola né in forma associata; la restrizione della partecipazione risulta anche con riferimento alla sola categoria di fascia superiore, delle medie imprese, sulla scorta del duplice parametro “fatturato-personale” utilizzato dal legislatore per la classificazione dimensionale delle PMI.

Alla prova dei fatti, quindi, neanche la strategia dichiarata da Consip di favorire la partecipazione delle MPMI promuovendo gli strumenti per la partecipazione associata o il prestito dei requisiti, piuttosto che tramite il dimensionamento dei lotti, sembra aver ottenuto i risultati attesi con riferimento alla gara in questione; così come, *a fortiori*, il “vincolo di aggiudicazione” previsto nel bando non è valso ad aumentare il numero degli aggiudicatari fino ad includervi una rappresentanza di MPMI.

¹ Sulla definizione di MPMI, si cfr. CdS, sez. III, 26.09.2018 n. 5534 secondo cui “la classificazione dimensionale delle imprese dettata dall’art. 3, lett. aa) d.lvo n. 50/2016 si incentra su un duplice parametro: quello, come si è visto, del fatturato e quello, avente pari dignità, del numero del personale in servizio.” e “Ne discende che, al fine di verificare la coerenza dei requisiti economico-finanziari di partecipazione con le caratteristiche dimensionali delle PMI, quindi la lesività per queste ultime della *lex specialis*... le sotto-categorie di cui all’art. 3, lett. aa) d.lvo n. 50/2016 devono essere considerate in maniera tendenzialmente unitaria, tenendo cioè conto che la duplicità del criterio di classificazione sul quale la disposizione si basa esercita una intrinseca spinta, ai fini della tutela giurisdizionale del favor participationis per le PMI, “verso il basso”, ergo, verso le categorie dimensionali inferiori, rappresentate dalle piccole e dalle microimprese”.

Ciò premesso, occorre tener conto che il regime vigente al momento della pubblicazione del bando (D.lgs. 163/2006, art. 2, comma 1-bis, introdotto dall'art. 44, settimo comma, del d.l. n. 201 del 2011 e modificato dall'art. 26-bis, comma 1, legge n. 98/2013), prevedeva che: *“Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese.”*

Come chiarito dall'Autorità nel parere AG 18/12 del 13.09.2012, tale formulazione esprime tutto il *favor* del legislatore per il frazionamento degli appalti, evidenziato da una previsione operante nel settore dei lavori, dei servizi e delle forniture e formulata in termini di doverosità se diretta a favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese. La norma, tuttavia, indica i presupposti di una legittima suddivisione in lotti stabilendo che il lotto abbia natura funzionale, sia possibile appaltarlo autonomamente, la suddivisione risponda ad una scelta conveniente. Perciò, i presupposti del frazionamento, identificati nella possibilità tecnica e nel vantaggio economico che ne deve conseguire, costituiscono valori che in nessun caso possono essere sacrificati, pena l'illegittimità della suddivisione in lotti.

La scelta in ordine alla suddivisione in lotti di un appalto attiene alla discrezionalità della stazione appaltante, che è chiamata a darne motivazione nella determinazione a contrarre; al contempo, però, secondo consolidata giurisprudenza, l'esercizio della discrezionalità deve avvenire nel rispetto dell'interesse pubblico perseguito con l'affidamento nonché di quei principi di concorrenza, par condicio e non discriminazione previsti dallo stesso art. 2 del Codice (*ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 13.03.2008, n. 1101).

Nel caso in esame, Consip SpA ha ritenuto di assolvere al predetto obbligo di motivazione nell'art 1.2 del Disciplinare di gara (“Lotti ed importi massimi”), ove è specificato che: *“Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2, comma 1-bis del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., così come modificato dall'articolo 26-bis, comma 1, legge n. 98/2013, si precisa che la presente procedura non viene suddivisa in lotti funzionali in quanto elemento fondante e qualificante della merceologia oggetto di gara è la fornitura integrata dei servizi. Una suddivisione di detti servizi in lotti funzionali avrebbe fatto venir meno tale necessaria caratteristica”*. Vi si dà conto, invece, della ripartizione in 14 lotti geografici, di cui 10 ordinari e 4 accessori, come riferito in premessa.

Tale affermazione deve essere interpretata anzitutto facendo chiarezza sulla nozione di “lotto funzionale”. Nell'accezione proposta dalla Società, infatti, questo sembrerebbe essere il risultato di una suddivisione dell'appalto in base alle funzioni o attività in esso comprese, *ipso facto* inconciliabile con la “fornitura integrata dei servizi” propria degli appalti di *facility management*. Secondo il legislatore, invece, il lotto funzionale è quella parte di un intervento che è in grado di esplicare una autonoma funzionalità e una propria utilità correlata all'interesse pubblico, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti. Cosicché gli stessi lotti geografici sono comunque “lotti funzionali” nella misura in cui ciascun lotto identifica uno specifico oggetto dell'appalto la cui progettazione o realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità – caratteristica, peraltro, in assenza della quale il D.lgs. 163/2006 non ammetteva la ripartizione dell'appalto in lotti.

Ciò considerato, la motivazione sopra richiamata appare carente rispetto alla *ratio* dell'art. 2, comma 1bis, succitato, in quanto sono del tutto sottaciute le ragioni che hanno impedito una

congrua suddivisione in lotti della commessa, tale da favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese.

Come è già stato evidenziato dall'Autorità (Parere AG 18/12 del 13.09.2012) la norma in questione, se da un lato favorisce la suddivisione in lotti, dall'altro intensifica l'onere motivazionale delle stazioni appaltanti, che dovranno espressamente giustificare l'articolazione dell'appalto nel rispetto delle condizioni poste dal Codice.

E' evidente, quindi, che la motivazione ex art. 2, comma 1bis, non deve essere intesa come un mero adempimento formale, a cui far fronte mediante formule generiche o di rito, ma deve chiaramente dar conto delle ragioni che impongono quella particolare calibratura dei lotti, ove essa determini restrizione della partecipazione ad imprese di grandi dimensioni.

Constatata la carenza del corredo motivazionale negli atti di gara, nell'ambito della presente istruttoria l'Autorità ha chiesto comunque alla stazione appaltante di illustrare i criteri che hanno orientato la suddivisione in lotti operata, con particolare riguardo al dimensionamento dei lotti.

Le argomentazioni addotte, *ex post*, da Consip a sostegno della aggregazione delle ASL in macro-lotti di scala regionale o sovra-regionale, sono riconducibili essenzialmente a ragioni di fattibilità tecnica (necessità di aggregare appalti di valore medio comunque molto elevato), e convenienza economica (economie sui costi di processo/amministrativi che possono essere conseguite mediante l'aggregazione di domanda), in coerenza con il disposto del succitato art. 2 comma 1 bis, vigente al momento della pubblicazione del bando.

Raccomandazioni de futuro

Nella comunicazione di risultanze istruttorie è stato altresì sottolineato che la Direttiva 2014/24/UE, come correttamente evidenziato dall'esponente, ha ulteriormente rafforzato gli aspetti pro-concorrenziali della legislazione dei contratti pubblici, con specifico riguardo alla tutela delle PMI (vd. Considerando 2, 59, 78, 124) .

In recepimento delle norme comunitarie, il nuovo Codice dei contratti pubblici approvato con D.lgs. 50/2016, nel riprodurre all'art. 51 i contenuti sostanziali del previgente art. 2 comma 1bis in materia di suddivisione in lotti, ha introdotto il principio che l'interesse all'apertura del mercato tendenzialmente debba primeggiare sugli altri interessi concorrenti, sottolineando che: "Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese" ed espungendo il precedente riferimento ai presupposti di fattibilità e convenienza del frazionamento.

Ciò posto, la tesi proposta dalla Società circa la prevalenza, nelle convenzioni Consip, delle finalità del contenimento della spesa rispetto ad ogni altro interesse, non tiene conto della normativa interna intervenuta successivamente al bando in esame, che dà notevole risalto alla esigenza strategica di preservare l'accesso delle PMI alle commesse pubbliche (cfr. *ex multis* **Consiglio di Stato, Sez. V, 6.03.2017 n. 1038**) anche a discapito del raggiungimento, nell'immediato, del miglior risultato di gara in termini di binomio qualità-prezzo. Tale principio si applica anche alle convenzioni Consip, in assenza di una espressa disposizione di senso contrario nella speciale disciplina di riferimento.

D'altra parte, visto che se la suddivisione in lotti è considerata dal legislatore nazionale e comunitario come la principale leva per promuovere l'apertura del mercato delle commesse pubbliche alle piccole e medie imprese, sarebbe del tutto irragionevole se dalla relativa

prescrizione fossero esclusi proprio i soggetti che costituiscono la quota più significativa di detto mercato, vale a dire le centrali di committenza.

Ciò considerato, l'Autorità ha invitato Consip SpA, nella progettazione delle gare future, a perseguire un più accorto bilanciamento dell'esigenza di contenimento della spesa pubblica con l'interesse alla più ampia partecipazione alla gara, estesa alle microimprese e alle imprese piccole e medie.

Riscontro alle risultanze istruttorie

Con nota n. 43370 del 21.12.2018, a firma dell'AD Cristiano Cannarsa, Consip ha dichiarato di condividere le osservazioni e i suggerimenti formulati dall'Autorità in merito alla necessità di perseguire, nel futuro, un più accorto bilanciamento tra obiettivi in parte confliggenti, come il contenimento della spesa e la più ampia partecipazione delle micro, piccole e medie imprese alle gare d'appalto; sottolineando che gli stessi sono stati già ampiamente recepiti dalla Consip S.p.A nella definizione dell'impianto di gara e, più in particolare, nella suddivisione in un numero maggiore di lotti, delle nuove iniziative indette dalla Consip quale centrale di committenza.

Al riguardo, però, pur riconoscendo il diverso approccio introdotto in tale materia dal nuovo codice in recepimento della normativa comunitaria (articolo 46 della dir. 2014/24/UE e articolo 65 della direttiva 2014/25/UE), nel quale il *favor participationis* nei confronti delle PMI ha assunto il carattere di principio fondamentale, Consip osserva (sulla scorta di Consiglio di Stato, sez. V, 03.04.2018 n. 2044) che anche nel citato art. 51 *“il principio della suddivisione in lotti non risulta comunque posto in termini assoluti e inderogabili”*, mentre *“permane la necessità di pervenire caso per caso, ed in considerazione delle specifiche esigenze, ad un contemperamento tra i due contrapposti obiettivi costituiti, da un lato, dalla finalità di garantire la massima partecipazione delle PMI alle gare d'appalto, e, dall'altro, dalla finalità di garantire razionalizzazione e contenimento degli acquisti attraverso la centralizzazione e aggregazione delle gare medesime”*; principi a fondamento, questi ultimi, della recente normativa in materia di acquisizione di beni e servizi attraverso Soggetti Aggregatori, di cui all'articolo 9 del D.L. 66/2014 e ss.mm.ii.

In aggiunta a quanto sopra, la società torna a sottolineare le peculiari caratteristiche del sistema convenzionale Consip, che non consente di aver contezza a priori del fabbisogno esatto e delle Amministrazioni che aderiranno alla convenzione-quadro all'interno dell'ambito territoriale individuato. Ne consegue che il lotto geografico, frutto della metodologia adottata e delle puntuali analisi condotte, dovrà essere sufficientemente ampio e *“capiente”* (in termini di importi economici) da consentire a più Amministrazioni di aderire; e al tempo stesso, esso non potrà essere tanto *“piccolo”* da definire un perimetro geografico che, nel caso specifico dell'iniziativa in oggetto, individuerebbe precisamente uno o al massimo due enti del Servizio Sanitario Nazionale, finendo per costituire, nella possibile ipotesi di non adesione da parte degli enti ricadenti nello stesso, un lotto *“vuoto”*, con conseguenti profili di evidente inefficienza ed inefficacia.

Peraltro, in considerazione dell'elevatissimo valore unitario dei contratti dei servizi di pulizie e sanificazione delle strutture sanitarie, anche un singolo contratto si attesterebbe su valori economici tali da comportare l'oggettiva difficoltà di partecipazione, da parte delle micro, piccole e medie imprese, a gare bandite non solo dalla Centrale di committenza nazionale, ma anche da Centrali di committenza e Soggetti Aggregatori regionali, che si basino su una - seppur minima - aggregazione della domanda. Dai dati di spesa raccolti da Consip S.p.A. si

evince che il 25% dei contratti per servizi di pulizia degli enti del SSN supera i 12 milioni di euro annui; per il restante 75%, tali contratti variano da 1,5 milioni di euro a 5,81 milioni di euro. Pertanto, mediamente, e per oltre il 75% dei casi, AASSLL e AAOO spendono oltre 5 milioni di euro l'anno per il servizio in oggetto, con contratti i cui importi pluriennali superano quindi facilmente i 20 milioni di euro (considerando una durata contrattuale di 4 anni). Nel caso del restante 25%, i singoli contratti unitari hanno già, mediamente, un valore unitario superiore a 48 milioni di euro annui.

Infine, nell'ipotesi di una suddivisione in lotti senza aggregazione dei fabbisogni, ne conseguirebbe la palese ingestibilità, da parte della centrale di committenza nazionale (al pari di qualsiasi stazione appaltante), di una gara suddivisa in oltre 250 lotti (tanti quanti gli enti del sistema sanitario nazionale), posto che la categoria merceologica in oggetto rientra tra quelle 'a centralizzazione obbligatoria' individuata 'ex lege'.

Valutazioni conclusive

In ordine al rilevato difetto di motivazione nella gara *de qua*, la Stazione appaltante non ha dedotto alcunché in sede di contraddittorio finale, con la conseguenza che in questa sede devono essere confermate le osservazioni già comunicate alla Stazione appaltante in esito all'istruttoria in merito alla carenza motivazionale, che si ritengono assorbenti ogni altro rilievo.

Per quanto attiene alle indicazioni *de futuro* sulla portata dell'art. 51 del Dlgs 50/2016 in caso di gare Consip per la stipula di Convenzioni quadro ex art. 26 della legge 488/99, si prende atto delle controdeduzioni della stazione appaltante, ove è stata evidenziata la particolarità delle gare centralizzate per i servizi rivolti ad Enti del SSN, dato l'elevato valore unitario degli appalti richiesti dalle singole Aziende sanitarie e la conseguente difficoltà di rendere tali gare effettivamente accessibili alle MPMI, pur conferendo loro il grado minimo di aggregazione della domanda necessario a garantire la fattibilità tecnica della procedura centralizzata.

Tali argomentazioni, tuttavia, devono essere valutate alla luce degli arresti giurisprudenziali stratificatisi in vigenza del D.lgs. 163/2006 e del D.lgs. 50/2016, ove, con interpretazioni oscillanti tra posizioni di maggiore o minor rigore, nel complesso sono stati affermati i seguenti assunti:

1. la scelta sulle modalità di suddivisione in lotti ha carattere eminentemente discrezionale, con la conseguenza che essa è sindacabile nei limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria;
2. è ammessa la deroga ad una suddivisione in lotti dell'appalto rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo delle PMI, subordinatamente: 1) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; 2) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto (*ex multis*, **Consiglio di Stato, sez. III, 26.09.2018 n. 5534**);
3. la decisione di dividere l'appalto in lotti non deve dare luogo a violazioni sostanziali dei principi generali di libera concorrenza, *par condicio*, non discriminazione e trasparenza (**Consiglio di Stato, sez. III, 13.11.2017 n. 5224**);
4. nel valutare l'impatto restrittivo sulla concorrenza della suddivisione di una gara in macro-lotti, è irrilevante la circostanza che il bando preveda condizioni agevolate per la partecipazione in raggruppamento o tramite avvalimento (**Consiglio di Stato, Sez. V, 6.03.2017 n. 1038**; **Consiglio di Stato, sez. III, 26.09.2018 n. 5534**);

5. i principi maturati con riferimento all'ipotesi della mancata suddivisione *tout court* in lotti dell'appalto, sono pertinenti anche laddove si controverta delle modalità di suddivisione, laddove siano tali da non favorire "effettivamente" la partecipazione alla gara delle piccole e medie imprese, in quanto una suddivisione in lotti non rispettosa dei criteri di legge può dimostrarsi solo apparentemente conforme all'obbligo normativo di suddivisione **(Consiglio di Stato, sez. III, 26.09.2018 n. 5534)**;
6. con riferimento ad analoghe argomentazioni difensive - addotte da Consip in relazione ad una precedente gara - che richiama la centralizzazione della domanda pubblica ed i rischi di saturazione delle convenzioni da parte di poche amministrazioni pubbliche di maggiori dimensioni, è stato affermato che *"questo argomento si risolve in danno della stessa Consip, perché conferma ulteriormente che nella dimensione dei lotti di gara non è stata svolta un'istruttoria approfondita, volta a conciliare l'esigenza, posta a base della normativa sulla centralizzazione degli acquisti della pubblica amministrazione, di evitare convenzioni "mono-contratto", con i contrapposti imperativi di massima concorrenzialità ed apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori di minori dimensioni"*. **(Consiglio di Stato, sez. V, n. 1038 del 6 marzo 2017)**;
7. ancora in merito al richiamo, fatto da parte resistente in un caso analogo, all'esigenza di centralizzazione ed aggregazione cui deve rispondere l'affidamento degli appalti riconducibili alle categorie merceologiche a "centralizzazione obbligatoria", e alla parallela necessità che la centrale di committenza *"garantisca il soddisfacimento dell'intero fabbisogno degli Enti sanitari che ad essa sono tenuti a rivolgersi, cui si opporrebbe una eccessiva frammentazione dell'appalto"* è stato rilevato, in senso contrario, che *"una articolazione dei lotti maggiormente rispondente alle esigenze partecipative delle PMI non comporta necessariamente il mancato soddisfacimento del fabbisogno complessivo delle Aziende Sanitarie, dovendo questo comunque costituire il riferimento per la determinazione dell'ammontare delle prestazioni da acquisire ed attenendo l'articolazione dei lotti esclusivamente alle modalità di soddisfacimento di quel fabbisogno"* **(Consiglio di Stato, sez. III, 26.09.2018 n. 5534)**;
8. quanto invece al contrasto di un più accentuato frazionamento con la funzione aggregatrice della stazione appaltante, è stato osservato che essa deve comunque esplicitarsi nel rispetto delle esigenze partecipative delle PMI, come si evince dal considerando 59 della direttiva 2014/24/UE, a tenore del quale *"l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI"* **(Consiglio di Stato, sez. III, 26.09.2018 n. 5534)**.
9. riguardo alla peculiarità degli appalti di pulizia, è stato affermato che l'aggregazione in macro-lotti prevista dalla centrale di committenza non era giustificata da reali ragioni di convenienza economica, in quanto *"gli appalti di pulizia sono caratterizzati da una struttura rigida dell'offerta dei concorrenti negli appalti di pulizia connessa al peso assolutamente prevalente del costo del personale, che non consente grandi economie di scala"*, mentre i maxi lotti hanno spesso dato luogo a distorsioni tanto nella fase di gara che in quella dell'esecuzione (alterazioni della concorrenza dovute a corruzione, formazione di cartelli tra OO.EE. e infiltrazioni mafiose; ribassi incidenti sui margini operativi dell'impresa; disfunzioni dovute all'allungamento della catena di comando e all'eccessivo ricorso al subappalto) **(Consiglio di Stato, sez. III, 13.11.2017 n. 5224)**.

In base alle predette considerazioni, con le sentenze sopra richiamate ed altre ancora, il giudice amministrativo ha disposto l'annullamento di gare articolate in lotti di dimensione eccessiva rispetto alle capacità delle PMI, di volta in volta censurando la violazione dell'art. 2 comma 1bis, del D.lgs. 163/2016, dell'art. 51 del D.lgs. 50/2016 o del principio di libera concorrenza.

Alla luce dei principi sopra richiamati, quindi, in linea generale si ritiene che, anche in siffatta tipologia di gare, possa essere ammessa la deroga al principio generale di suddivisione dell'appalto in lotti coerenti alle dimensioni delle PMI, purchè tale deroga sia adeguatamente motivata in relazione al caso concreto; e tali motivazioni siano caratterizzate da ragionevolezza e proporzionalità, rispetto all'interesse pubblico perseguito. In tal senso, non si ritiene comunque adeguata una motivazione riferita in via esclusiva o prevalente alla finalità di ottenere dalla gara stessa il miglior risultato quanto a riduzione della spesa o massimizzazione dell'efficienza, finalità che alla luce dell'art. 51 appare recessiva rispetto a quella di tutela della partecipazione delle imprese di minor dimensione.

Alla luce di quanto sopra considerato,

il Consiglio:

rileva che:

- Nella gara in questione, in nessun lotto si è registrata una significativa partecipazione di piccole e medie imprese, né in forma singola né in forma associata. Tale circostanza appare imputabile, *in primis*, alla dimensione eccessiva dei lotti di gara, non proporzionati alla capacità produttiva e ai conseguenti requisiti di abilitazione di una piccola impresa.
- In più, in taluni lotti si riscontra in generale un deficit di partecipazione, essendo pervenute solo 3 o 4 offerte.
- La motivazione circa la mancata o insufficiente suddivisione in lotti funzionali riportata al par. 2.1. del Disciplinare di gara appare carente rispetto alla *ratio* dell'art. 2, comma 1bis, del dlgs 163/2006, applicabile *ratione temporis*, in quanto non sono chiarite le ragioni che hanno impedito una congrua suddivisione in lotti della commessa tale da favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese.
- La tesi, prospettata da Consip SpA nel corso dell'istruttoria, della prevalenza delle finalità di contenimento della spesa rispetto ad ogni altro interesse nel quadro delle convenzioni ex art 26 L. n. 488/1999, non è in linea con l'art. 51 del D.lgs. 50/2016, oggi vigente, laddove si afferma, in forma incondizionata, il principio che "*Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*".

Richiama la Consip SpA al puntuale rispetto relativamente a quanto sopra indicato, nonché alla necessità di perseguire, nelle gare future, un più accorto bilanciamento tra gli obiettivi di contenimento della spesa e di apertura alla partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, in conformità alla normativa vigente.

Dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera:

- al Direttore Generale ed al Responsabile della prevenzione della corruzione della Consip SpA per l'adozione delle misure correttive ritenute idonee di rispettiva competenza;
- all'esponente FNIP (Federazione nazionale imprese di pulizia, di disinfestazione, di servizi e multiservizi).

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 19 febbraio 2019

Il Segretario, Maria Esposito