



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1123 del 27.11.2019

Fascicolo 4167/2019

Oggetto: Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord - Affidamento dei servizi tecnici di progettazione definitiva ed esecutiva, nonché del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione per l'ampliamento del P.O. Santa Maria delle Grazie – Pozzuoli. Importo totale a base di gara € 516.716,78 (CIG: 80320766CB).

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell'adunanza del 27 dicembre 2019

Visto il d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il 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;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori,

Premesse

Con segnalazione acquisita al prot. Anac con il numero 77218 in data 02.10.2019, l'Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico- economica ha rappresentato che la procedura in oggetto non sarebbe pienamente rispettosa delle prescrizioni di legge, essendo in essa ravvisabili diverse anomalie afferenti la sussistenza di requisiti di capacità tecnica e professionale particolarmente restrittivi nonché la richiesta della prestazione di una cauzione provvisoria, in violazione dell'articolo 93, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016.

L'Ufficio competente, preso atto del contenuto di tale esposto, ha proposto al Consiglio, nell'adunanza del 23.10.2019 l'adozione del parere ex art. 211 comma 1 ter Dlgs. 50/2016, formalizzato con Delibera n. 977 del 23.10.2019, trasmessa alla stazione appaltante con nota prot. 87509 del 4.11.2019.

Con riferimento alle contestazioni avanzate l'Azienda Sanitaria ha fatto pervenire la nota acquisita al prot. Anac con il numero 88898 del 7.11.2019 rappresentando le considerazioni di seguito riportate.

Considerato in fatto

Con Bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 111 del 20.09.2019, l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord ha indetto una procedura aperta ex art. 60 D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento dei servizi tecnici di progettazione definitiva ed esecutiva, nonché del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione relativi ai lavori di ampliamento del Complesso Ospedaliero Santa Maria delle Grazie di Pozzuoli da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta pari a € 516.716,78, oltre IVA e oneri. Le criticità rilevate nell'esposto ed oggetto del parere sopra citato attengono alla presenza nel bando di clausole restrittive della concorrenza.

Si fa riferimento, in particolare, alla richiesta di prestazione da parte dei concorrenti, a pena di esclusione dalla procedura, di una cauzione provvisoria, prevista nella sez. III.1 punto 111.1), nonché alla sussistenza di determinati requisiti speciali di capacità tecnica e professionale previsti al punto 7.3 del disciplinare di gara allegato al bando, funzionali a valutare l'idoneità dell'operatore ad effettuare il servizio posto ad oggetto dell'appalto, il cui riferimento temporale risulta limitato alle ultime cinque annualità, ed infine, la disposizione da parte del professionista dell'eventuale possesso di una valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della qualità alla norma UNI EN ISO 9001: 2015.

A fronte della presentazione di quesiti ed istanze da parte degli operatori interessati alla partecipazione alla gara, l'ASL, per mezzo del Rup provvedeva in data 01.10.2019 alla pubblicazione sul sito internet dell'azienda del "Chiarimento n. 1" ed in data 07.10.2019 alla pubblicazione del "Chiarimento n. 2", inerenti anche alle criticità oggetto della presente indagine, come di seguito chiarito.

La presenza nel bando di tali clausole ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza hanno indotto a formulare parere ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, del d.lgs. 50/2016, ricorrendo, nel caso di specie, per le ragioni di seguito illustrate, la fattispecie legittimante di cui all'art. 6, comma 2, lett. h) del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.

Tale delibera è stata oggetto di riscontro da parte della stazione appaltante la quale, facendo pervenire le proprie controdeduzioni in merito alle criticità rilevate, ha ritenuto di non dover intraprendere nessuna azione in attuazione della pronuncia adottata.

In particolare l'ASL Napoli 2 Nord, in riferimento alla richiesta di prestazione da parte dei concorrenti, a pena di esclusione dalla procedura, di una garanzia provvisoria rileva che *"Questa Stazione appaltante, con chiarimento n. 1 del 01.10.2019, pubblicato sul sito aziendale in pari data, al quesito n. 2 chiarisce che sarà consentita, in alternativa alla presentazione di cauzione provvisoria, la produzione di copertura assicurativa per Responsabilità Civile professionale. (...) Si vuole precisare che la copertura assicurativa per responsabilità civile professionale copre errori ed omissioni a far data dalla redazione degli elaborati progettuali e sino al collaudo provvisorio (parere di prec. n. 25 del 13.3.2013), pertanto, l'intendimento di questa Stazione appaltante, nel richiedere una cauzione provvisoria, era finalizzato ad una maggiore tutela e garanzia relative alla fase di stipula contrattuale, fase propedeutica e fase precedente a quella della redazione degli elaborati progettuali, coperti da R.C. professionale"*.

Preme evidenziare, purtroppo, che sul sito internet dell'ente, il suddetto chiarimento n. 1 del 01.10.2019 dispone testualmente che *"Fermo restando la presentazione di "cauzione provvisoria" nelle forme richieste dal disciplinare di gara, è consentita, in alternativa, la produzione di copertura assicurativa per la responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di competenza conforme allo standard del D.L. n.*

138/2011 e del D.P.R. n. 137/2012”.

Relativamente alla seconda criticità rilevata, la S.A. evidenzia parimenti che *“Questa Stazione appaltante, con chiarimento n. 2 del 07.10.2019 pubblicato sul sito aziendale in pari data, ai quesiti n. 6 e 7 chiarisce che: “le citate linee guida, nella mancanza di indicazioni tassative in merito ai quesiti in argomento, si limitano a fornire un orientamento possibilista di massima, dal valore puramente potenziale. Ciò posto, l’innovazione tecnologica nel settore dell’edilizia sanitaria impone a questa S.A. la fissazione di limiti cronologici stringenti in grado di assicurare l’attualità delle scelte progettuali e tecnologiche da acquisire. Resta, pertanto, confermato il limite temporale indicato nel disciplinare. Nello specifico, trattandosi di progettazione ospedaliera specialistica di particolare complessità e non fornendo il quadro normativo vigente, indicazioni in ordine ai requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico - organizzativa in modo specifico per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria a architettura, l’intendimento di questa Stazione appaltante è mirato a richiedere requisiti proporzionati all’oggetto dell’appalto, soddisfacenti l’interesse pubblico e maggiormente rispondenti agli aspetti qualitativi che tale categoria di progettazione, di tipo ospedaliero, richiede.*

Infine, con riferimento al terzo motivo di contestazione, inerente alla richiesta del possesso della valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della qualità alla norma UNI EN ISO 9001:2015, l’ASL chiarisce la natura *“eventuale di tale requisito, risultante, quindi puramente indicativo e non comportante motivo di esclusione”, non costituendo, peraltro, “elemento premiale valutabile liberamente in sede di gara in quanto non è presente in alcuno dei criteri valutativi, associati a punteggio, dell’offerta tecnica, di cui alla tabella esplicativa presente nel disciplinare di gara al punto 18.1”.*

Ritenuto in diritto

1. Della richiesta di prestazione di una cauzione provvisoria.

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte in ordine alla verifica della legittimità delle richiamate previsioni afferenti all’obbligo di prestazione di una garanzia provvisoria prevista nel bando e nel disciplinare di gara.

Tale previsione, in particolare, costituisce una violazione dell’art. 93 comma 10 D.lgs 50/2016 che espressamente dispone la mancata applicazione della norma - rubricata “Garanzie per la partecipazione alla procedura” - agli appalti di servizi aventi ad oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del responsabile unico del procedimento.

Tale divieto è ripreso, inoltre, nelle Linee Guida ANAC n. 1 recanti “Indirizzi generali sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria”, approvate con delibera n. 973/2016 e da ultimo aggiornate con delibera n. 417/2019 , in cui, al capitolo II paragrafo 4.1 si ribadisce che le stazioni appaltanti, negli affidamenti di servizi di progettazione, redazione del piano di sicurezza e coordinamento e dei compiti di supporto al RUP, non possano chiedere ai concorrenti il versamento di alcuna cauzione provvisoria, ma solo il possesso di una polizza per la copertura assicurativa della responsabilità civile professionale, derivante dallo svolgimento delle attività di competenza. Tale polizza, in particolare, deve coprire i rischi derivanti anche da errori o omissioni nella redazione del progetto esecutivo o definitivo che abbiano determinato a carico della stazione appaltante nuove spese di progettazione e/o maggiori costi, con la precisazione che tale esenzione non riguarda la cauzione definitiva che, quindi, è da ritenersi obbligatoria anche nei confronti di tali soggetti.

Come già affermato da questa Autorità (parere di prec. n. 25 del 13.03.2013, n. 152 del 14.09.2011, det. 6 del 11.07.2007), sebbene in riferimento alla previgente normativa, la polizza per la responsabilità civile assumerebbe carattere esclusivo ed assorbente nelle procedure per l'affidamento degli incarichi di progettazione, con l'esclusione, dunque, in capo alle stazioni appaltanti, della possibilità di richiedere ai progettisti garanzie aggiuntive o difformi da quelle attinenti alla responsabilità professionale.

Tale espressa esclusione, come si legge nella relazione illustrativa della versione di aggiornamento al D.lgs. 56/2017 delle Linee Guida n. 1, sarebbe finalizzata ad *“evitare che le stazioni appaltanti possano richiedere, in analogia a quanto avveniva in passato in applicazione dell'art. 111 del Dlgs. 163/2006, una polizza di responsabilità civile professionale specifica per l'attività oggetto di affidamento, atteso l'obbligo già esistente in capo ai professionisti di dotarsi di polizza assicurativa per la copertura dei rischi di natura professionale, a carico degli stessi professionisti”*, e dunque la ratio sarebbe da rinvenire nella voluntas legis di sottrarre alla disciplina delle garanzie per gli appalti di lavori, i servizi di ingegneria e architettura, in quanto verrebbero meno quelle esigenze di incameramento della cauzione provvisoria in caso di mancata sottoscrizione del contratto, e, dunque la sua funzione di garanzia di serietà dell'offerta presentata.

La garanzia professionale, infatti, avente ad oggetto la copertura dei *“rischi derivanti dall'attività tecnico professionale, ovvero le nuove spese di progettazione e i maggiori costi per varianti dovuti a errori o omissioni progettuali, ha la precipua funzione di tutelare la stazione appaltante, a far data dall'elaborazione degli elaborati progettuali, e sino al collaudo provvisorio, dai rischi derivanti da eventuali ulteriori oneri di progettazione”* (Parere di Prec. n. 25 del 13.03.2013).

Pertanto l'espressa previsione contenuta nel bando e nel disciplinare di gara attinente all'obbligo di prestare la cauzione provvisoria è da considerarsi illegittima e non conforme alla normativa sopra richiamata.

Né tale violazione può ritenersi superata con la previsione, contenuta, come espresso dalla S.A. nella relazione di riscontro, nel *“Chiarimento n. 1 del 01.10.2019”*, in quanto nel medesimo si indica comunque dovuta la cauzione provvisoria, e, solo in alternativa ad essa, la costituzione di una polizza assicurativa.

L'illegittimità di tale previsione, avrebbe dovuto, invece, comportare la sua eliminazione e la sostituzione con la polizza, non potendosi, peraltro, ritenere accoglibile l'assunto per cui *“l'intendimento di questa stazione appaltante nel richiedere una cauzione provvisoria era finalizzato ad una maggiore tutela e garanzia relative alla fase di stipula contrattuale, fase propedeutica e precedente a quella della redazione degli elaborati progettuali, coperti da R.C professionale”*, in quanto, come sopra espresso negli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, sussiste una disciplina specifica delle garanzie che, coprendo i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività professionale, porta ad escludere ulteriori forme di garanzie, che costituirebbero solo un inutile aggravio in capo ai progettisti, con evidenti ripercussioni in termini di accesso alla gara e concorrenzialità (in tal senso delibera n. 6 del 11.07.2007).

2. Della violazione del riferimento temporale per l'avvenuto espletamento dei servizi

L'ulteriore anomalia che non può ritenersi superata attiene alla previsione, tra i requisiti di capacità tecnico e professionale, del riferimento temporale pari a 5 anni per l'avvenuto espletamento dei servizi e svolgimento dei due servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, relativi a lavori appartenenti a ognuna delle classi e categorie di lavori cui si riferiscono i servizi da affidare.

Orbene, tale limite temporale configura una violazione delle Linee Guida Anac n. 1 recanti *“Indirizzi*

generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", e specificatamente, del punto 2.2.2.1 lettere b) e c) che tra i requisiti di partecipazione annoverano rispettivamente "l'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. vvvv) del codice, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare" e "l'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. vvvv) del codice, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare". In particolare i requisiti di capacità tecnica ivi previsti *"costituiscono indicazioni poste a presidio della massima partecipazione alle gare in ossequio ai principi di proporzionalità e di concorrenza"*.

In merito occorre precisare la natura non vincolante delle Linee Guida in oggetto, aventi funzione di atto di indirizzo generale, con lo scopo di delimitare la cornice della discrezionalità delle stazioni appaltanti consentendo, dunque, alle stesse di discostarsene, purché motivando in maniera puntuale, configurandosi, in caso contrario, l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere. Non si ritiene, dunque, condivisibile l'assunto prospettato dalla Stazione Appaltante nel chiarimento n. 2 del 07.10.2019 - quesito 6 secondo cui le medesime Linee Guida avrebbero *"valore meramente potenziale"*, fornendo *"nella mancanza di indicazioni tassative in merito ai quesiti in argomento (...) un orientamento possibilista di massima"*.

In particolare il Consiglio di Stato, sul punto, nel parere n. 1767/2016 evidenzia: *"In relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, questa Commissione speciale rileva che, se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa. Ferma la imprescindibile valutazione del caso concreto, l'amministrazione potrà non osservare le linee guida – anche se esse dovessero apparire "prescrittive", magari perché riproducono una disposizione del precedente regolamento attuativo – se, come in molti casi previsto da queste ultime, la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa. Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari"*.

Stante la possibilità in capo alle stazioni appaltanti di richiedere requisiti più rigorosi rispetto a quelli individuati nelle Linee guida essa deve essere valutata con riferimento alle previsioni dell'art. 83 del Codice, secondo cui i requisiti richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e devono soddisfare l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti.

L'Autorità, conformemente alla giurisprudenza, ribadisce che l'amministrazione aggiudicataria possa fissare, nell'alveo della propria discrezionalità, requisiti di partecipazione ad una procedura più rigorosi e restrittivi di quelli stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla gara e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto (ex multis: TAR Lazio Roma, Sez. II ter, n. 2115/2017; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 9/2017; Consiglio di Stato, sez. V, n. 4440/2015; Parere di precontenzioso n. 340/2018, n. 102/2011, n.125/2014).

In particolare il requisito più restrittivo deve apparire *"preordinato ad assicurare l'idoneità degli operatori economici concorrenti allo svolgimento del servizio oggetto di gara, al fine di ottenere la necessaria garanzia qualitativa di esecuzione dell'instaurando rapporto contrattuale, e sia proporzionato all'oggetto dell'appalto"* (Parere di prec. n. 340 del 5.4.2018).

Sul punto si precisa *“in materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della Pubblica Amministrazione, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche strutturate su concetti non tassativi, indeterminati, che implicano per la loro definizione da parte dell’interprete un rinvio alla realtà sociale (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 3448 del 4 giugno 2009). Conseguentemente, come già precisato anche da questa Autorità, rientra nella discrezionalità dell’Amministrazione la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara di appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza degli stessi e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio”* (Parere di prec. n. 102 del 9 giugno 2011).

Tale ottica di favor participationis viene, dunque, frustrata nel caso di specie, stante l’assenza di un’adeguata e puntuale motivazione idonea a giustificare tale limitazione.

In particolare non appare dirimente/sufficiente il riferimento, operato dall’ASL, all’innovazione tecnologica nel settore dell’edilizia sanitaria che giustificerebbe la fissazione di limiti cronologici stringenti in grado di assicurare l’attualità delle scelte progettuali e tecnologiche da acquisire, ritenendosi che la maggior parte degli appalti di servizi di ingegneria e architettura sia caratterizzata da un apprezzabile grado di complessità tale da richiedere aspetti qualitativi elevati al fine di assicurare il miglior soddisfacimento dell’interesse pubblicistico.

Inoltre la necessaria specifica competenza nel settore oggetto del servizio costituisce già requisito di capacità tecnico e professionale previsto nel disciplinare di gara che al punto 7.3 lettera a) prescrive *“particolare esperienza in materia di edilizia e tecnica ospedaliera (servizi di architettura o ingegneria nell’ambito della sanità)”*.

La fissazione di ulteriori limiti, di carattere temporale, particolarmente stringenti, in quanto pari alla metà di quelli di riferimento, è da considerarsi ultronea e non può, dunque, costituire elemento proporzionato all’oggetto dell’appalto, così come invece richiesto dalla normativa e dalla giurisprudenza.

Pertanto, alla luce delle considerazioni sopra svolte, l’espreso riferimento del limite temporale di 5 anni per lo svolgimento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, relativi a lavori appartenenti a ognuna delle classi e categorie di lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, in assenza di una puntuale ed adeguata motivazione che delinei le ragioni di tale scelta, costituisce una restrizione ingiustificata della partecipazione alla gara che viola il libero confronto competitivo tra gli operatori del settore.

3. Della mancata proroga dei termini per la presentazione delle offerte

Stante l’illegittimità delle clausole sopra analizzate alla luce delle considerazioni svolte, si osserva, che, a fronte del tentativo di conformazione operato dalla S.A. con la pubblicazione dei chiarimenti sul sito internet, la stessa non ha provveduto alla proroga dei termini per la ricezione delle offerte, così come prescritto dall’art. 79 comma 3 D.lgs. 50/2016.

Stante i limiti all’eterointegrazione del bando di gara, eventuali modifiche allo stesso possono essere compiute dalla stazione appaltante solo nei tempi e con le modalità idonee ad assicurare le identiche forme di pubblicità del bando, nonché previa rimessione nei termini, al fine di assicurare la più ampia conoscibilità, par condicio e, dunque, partecipazione.

In particolare, la norma codicistica prescrive, in capo alle stazioni appaltanti, la necessaria proroga dei termini per la ricezione delle offerte in caso di modifiche significative ai documenti di gara, al fine di

consentire agli operatori di prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla presentazione delle offerte.

Ebbene, nel caso di specie si ritiene che la (dovuta) eliminazione della cauzione provvisoria e la sua alternatività alla polizza assicurativa, costituissero una modifica significativa dei documenti di gara, in quanto comportante la caducazione di una clausola aggravante per i concorrenti che, avrebbe potuto comportare la mancata presentazione dell'offerta. In particolare si tratterebbe di un'integrazione alla *lex specialis* che, prevedendo elementi nuovi suscettibili di determinare una diversa formulazione delle offerte, avrebbe richiesto la riapertura dei termini ai sensi dell'art. 79 comma 3, del D.lgs. n. 50/2016, tuttavia non verificatasi.

Sul punto anche la giurisprudenza ritiene necessaria la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte al fine di consentire al concorrente inizialmente estromesso a caus del requisito restrittivo, la valutazione all'interesse alla procedura. (ex multis da ultimo Tar Veneto, sez. I, 12 ottobre 2018, n. 940). Per quanto attiene alle modalità di modifica delle clausole del bando, la giurisprudenza amministrativa osserva che: *“Le modifiche alla lex specialis devono seguire la regola del contrarius actus: tale principio si applica a maggior ragione qualora non si tratti di mere rettifiche formali della lex specialis di gara, ma di modifiche di natura sostanziale che incidono sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura, tali da poter determinare un ampliamento della platea dei soggetti potenzialmente interessati all'affidamento dell'appalto; le modifiche sostanziali alle regole di gara, in quanto comportano una estensione dei possibili concorrenti, richiedono altresì una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non essendo sufficiente una mera proroga del termine originario al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della par condicio”* (T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, sent. n. 1445 del 13.3.2017; in tal senso anche T.A.R. Puglia, sent. 1351 del 01.08.2017 e delibera Anac n. 1081 del 21.11.2018).

Parimenti il Supremo Consesso ha evidenziato che: *“Ogni rettifica riguardante il contenuto di un bando di gara, è priva di efficacia nei confronti delle imprese concorrenti, ove non sia portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando”* (Consiglio di Stato, sent. sentenza n. 4916 del 23.11.2016). La funzione dei chiarimenti, in particolare, veniva specificata al punto 2.2 del Disciplinare di gara laddove si precisa che *“è possibile ottenere chiarimenti sulla presente procedura mediante la proposizione di quesiti scritti da inoltrare all'indirizzo servizio@pec.aslnapoli2nord.it, almeno 10 giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. Le richieste di chiarimenti devono essere formulate esclusivamente in lingua italiana. Ai sensi dell'art. 74 comma 4 del Codice, le risposte a tutte le richieste presentate in tempo utile verranno fornite almeno sei giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, mediante pubblicazione in forma anonima all'indirizzo internet <http://www.aslnapoli2nord.it> alla sezione Bandi di gara e avvisi”*.

Da tale previsione non sarebbe dato intendere che i medesimi potessero integrare la *lex specialis*, bensì, solo, appunto, fornire delucidazioni in ordine alle clausole ivi presumibilmente legittimamente previste. In ogni caso si ritiene che la pubblicazione degli stessi non sia idonea ad integrare quel necessario criterio di pubblicità previsto dalla norma, avente lo scopo di garantire la partecipazione degli operatori. Anche qualora si voglia accogliere la denegata ipotesi della garanzia di conoscibilità dalla pubblicazione dei chiarimenti, in ogni caso, come espresso dalla giurisprudenza amministrativa, deve rilevarsi che *“laddove sussista un profilo che dia motivo all'ente appaltante di formulare un chiarimento tanto importante da rendere necessario che “tutti” i concorrenti ne prendano visione e lo accettino formalmente, allora l'ente appaltante – per rispettare la par condicio - dovrà congruamente prorogare il termine per la presentazione delle offerte e invitare coloro che l'avessero già presentata a ritirarla e ripresentarla”* (TAR Umbria, sent. n. 122 del 30.3.2009).

Né può in alcun modo accogliersi il rilievo sollevato dalla S.A. secondo cui *“dovendo tale progetto nella fase di “esecutivo” essere approvato e trasmesso al Ministero della Salute per l’emissione del decreto di finanziamento entro 30 mesi dalla sottoscrizione dell’Accordo di Programma, si comprende che prorogare con disinvoltura il termine avrebbe potuto determinare la vanificazione degli sforzi sin qui profusi oltre alla revoca del finanziamento”*. Come infatti riportato anche dalla S.A tale Accordo di Programma è stato stipulato in data 16.02.2018, per cui si ritiene che la S.A. abbia avuto tutto il tempo necessario all’espletamento della procedura. Il rispetto della normativa codicistica a tutela della par condicio degli operatori e della partecipazione importa una proroga necessaria.

Tutto quanto sopra ritenuto e considerato,

DELIBERA

- di tener conto del parziale adeguamento da parte dell’Amministrazione ai rilievi esposti nel parere. Residuano, ciò nonostante, profili di minore gravità che rendono la procedura in analisi comunque non conforme ai disposti;
- la non conformità della procedura in analisi ai disposti di cui agli artt. 93 comma 10 e 79 comma 3 del D.lgs. 50/2016, delle Linee Guida Anac n. 1 in quanto lesiva, nei sensi suesposti, del divieto di richiesta della cauzione provvisoria, dell’obbligo di proroga dei termini per la presentazione delle offerte e per la sussistenza di requisiti di capacità tecnico professionale;
- di trasmettere, a cura dell’Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione alla Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, sollecitando la stessa al più puntuale rispetto del disposto normativo e dei principi più volte espressi da questa Autorità in merito alle illegittimità rilevate, in occasione dell’affidamento degli appalti di servizi tecnici di competenza.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 dicembre 2019

Il Segretario

Maria Esposito