



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **DELIBERA N. 1331 DEL 20 dicembre 2017**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Comune di Orsenigo – Procedura negoziata previa consultazione ex art. 36, comma 2, lettera b) d.lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, educativa domiciliare e scolastica in favore di minori, anziani, soggetti diversamente abili, nuclei familiari con difficoltà periodo 1.1.2017/31.7.2018. Importo a base di gara euro: 274.212,00. S.A.: Comune di Orsenigo.

#### **PREC 120/17/S**

#### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 3645 del 12.1.2017 presentata dal Comune di Orsenigo relativamente alla procedura negoziata previa consultazione ex art. 36, comma 2, lettera b) d.lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, educativa domiciliare e scolastica in favore di minori, anziani, soggetti diversamente abili, nuclei familiari con difficoltà periodo 1.1.2017/31.7.2018;

VISTI in particolare, i profili di criticità sollevati da parte istante in merito alla legittimità o meno, per un operatore economico che abbia partecipato alla manifestazione di interesse, di contestare in sede di invito, il criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante; se per l'affidamento di servizi sociali sia possibile, esplicitando le caratteristiche del medesimo in modo stringente e particolareggiato non modificabili e caratterizzati da elevata ripetitività, procedere mediante utilizzo del criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4. d.lgs. 50/2016;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto con nota del 5.4.2017;

VISTA la memoria presentata dal Comune di Orsenigo con le quali ribadisce la correttezza della scelta operata in merito all'utilizzo del criterio del minor prezzo in quanto ha ritenuto il servizio da affidare caratterizzato da alta ripetitività. Precisa, infatti, che il tipo di servizio richiesto, seppur consistente in un complesso di prestazioni di natura socio-assistenziale sulla base di un progetto personalizzato, concordato tra gli operatori referenti del caso e l'utente, ha caratteristiche ripetitive che, indipendentemente dall'utente a cui si rivolge, si snodano su protocolli prefissati e pertanto possono ritenersi caratterizzati da alta ripetitività;

VISTE le osservazioni formulate dalla società concorrente Cooperativa Sociale lavoro e Solidarietà con la quale sostiene l'illegittimità del criterio di aggiudicazione prescelto, ritenendo che non sia possibile considerare come standardizzato o standardizzabile l'intervento di aiuto in favore della persona,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

riconducendo così le prestazioni richieste nell'affidamento in oggetto nell'alveo dei servizi/forniture standard;

VISTA la nota della Cooperativa Sociale La Spiga con la quale ha trasmesso l'istanza di manifestazione di interesse presentata per l'invito alla procedura de qua;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, d.lgs. 50/2016;

TENUTO CONTO che, in generale, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. 50/2016, i lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro ovvero i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie europee possono essere affidati tramite procedura negoziata, previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori e, di almeno cinque operatori economici per i servizi e le forniture, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti;

CONSIDERATO quanto precisato dall'Autorità con Linee Guida n. 4 approvate con delibera n. 1097, del 26 ottobre 2016, al momento in fase di aggiornamento per effetto del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" laddove chiarisce che: «La procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante. In applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, la determina a contrarre ovvero l'atto a essa equivalente contiene, almeno, l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali»;

RILEVATO che le suddette Linee guida chiariscono come «L'indagine di mercato è preordinata a conoscere l'assetto del mercato, i potenziali concorrenti, gli operatori interessati, le relative caratteristiche soggettive, le soluzioni tecniche disponibili, le condizioni economiche praticate, le clausole contrattuali generalmente accettate, al fine di verificarne la rispondenza alle reali esigenze della stazione appaltante. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura». E ancora: «L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante. Inoltre, nell'avviso di indagine di mercato la stazione appaltante si può riservare la facoltà di procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio, di cui sarà data successiva notizia»;

RITENUTO quindi che con riferimento alla prima criticità enucleata, secondo le considerazioni sopra svolte, non appare preclusa al concorrente che abbia aderito alla manifestazione di interesse, evidenziare



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

alla stazione appaltante talune obiezioni e/o perplessità al momento dell'invito, momento in cui l'operatore economico entra nella dinamica della procedura;

CONSIDERATO che l'art. 95, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., al comma 3 prevede che: «Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a); b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro». Il successivo comma 4 stabilisce che: «Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi

2

e

8;

b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) per i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo»;

RITENUTO che la disposizione sopracitata individua espressamente alcune tipologie di affidamenti da aggiudicare esclusivamente mediante il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tra questi rilevano, tra l'altro, i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica;

PRESO ATTO che nel caso in esame, risulta che la stazione appaltante ha individuato la categoria dei servizi da affidare nell'ambito dei "servizi sanitari, sociali e connessi" di cui all'Allegato IX del d.lgs. 50/2015;

CONSIDERATO che per i suddetti servizi trovi applicazione un regime semplificato introdotto dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 agli articoli 140, 141 e 142 del d.lgs. 50/2016. In particolare, l'art. 142 d.lgs. 50/2016 e s.m.i. al comma 5 – septies stabilisce che: «Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5 – sexies, devono essere, altresì applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo»;

CONSIDERATO che la previsione contenuta al comma 3 dell'art. 95, d.lgs. 50/2016 non può che essere letta nel senso che per le categorie di contratti in esso espressamente individuate, debba utilizzarsi il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, non può ritenersi operante quel rapporto tra regola ed eccezione in ordine alla scelta dei criteri di aggiudicazione (ipotesi contemplata al comma 4 della disposizione) in quanto riferibile alla previsione contenuta al



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

comma 2 intesa quale principio generale di utilizzo del criterio appunto dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. Tar Lazio, Sez. Terza Ter, 7 dicembre 2016, n. 12439);

VISTE le Linee guida n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" approvate con delibera n.1005 del 21 settembre 2016 laddove chiarisce a pag. 3 che devono sempre essere aggiudicati sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 3, i contratti relativi ai servizi indicati alle lettere a), b) e c) della disposizione,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione non conforme l'operato posto in essere dalla stazione appaltante.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2018

Per il segretario Rosetta Greco

Formato pdf – 262 kb