Avcp
Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

DELIBERAZIONE N. 10 **Adunanza del** 25 febbraio 2010

VISF/GE/09/44355

Oggetto: *Bandi di gara per l'affidamento dell'incarico di medico competente per l'espletamento del servizio di sorveglianza sanitaria di cui al D. Lgs. 81/2008 per gli Uffici Provinciali del Dipartimento Regionale Azienda Foreste Demaniali, Assessorato Regionale Agricoltura e Foreste della Regione Sicilia.*

Stazioni appaltanti: Uffici Provinciali di Agrigento, Catania, Caltanissetta, Enna, Messina, Palermo, Ragusa, Siracusa e Trapani, del Dipartimento Regionale Azienda Foreste Demaniali, Assessorato Regionale Agricoltura e Foreste della Regione Sicilia.

Riferimenti normativi: D.Lgs. 81/2008, Allegato IIB, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i..

Considerato in fatto.

In relazione a tali Bandi, in data 22/07/2009 è giunta all'Autorità una segnalazione, nella segnalazione venivano sollevate le seguenti questioni:

1) l'utilizzo del criterio del prezzo più basso in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Secondo il segnalante, il criterio del prezzo più basso i) non sarebbe espressamente previsto dagli articoli 20, 65, 68 e 225 del D.Lgs. 163/2006 che regolano gli appalti esclusi, ricompresi nell'Allegato IIB del medesimo Decreto, nel quale ricade il servizio di sorveglianza sanitaria oggetto di gara ii) e non risulterebbe idoneo ad evitare offerte eccessivamente basse, le quali, si legge testualmente, *potrebbero essere considerate offensive per il decoro della professione e andare a scapito della qualità della prestazione professionale;*
2) la durata annuale del servizio, in luogo di quella biennale, non sarebbe adatta ai fini dell'idoneo espletamento del servizio;
3) la cauzione provvisoria, posta a garanzia dell'offerta, non sarebbe prevista per i medici, in quanto professionisti;

4) i prezzi posti a base di gara non sarebbero remunerativi, in quanto non comprendenti alcune attività collaterali (es. partecipazione a riunione periodiche) previste dalla normativa;
5) la mancata previsione nel bando di gara degli oneri per la sicurezza che, come previsto dal D.Lgs. 163/2006, non sono soggetti a ribasso d'asta.

Nel corso dell'istruttoria, inoltre, sono stati richiesti d'Ufficio chiarimenti in merito ad altri punti dei Bandi di gara, ed in particolare:

6) sul significato e le modalità di effettiva applicazione della previsione di cui all'art. 9 del Bando, che individuava come criterio di aggiudicazione il prezzo più basso, *con esclusione automatica (art. 86 D.Lgs. n° 163/2006)*. Tale disposizione sembrava intendere che la stazione appaltante avrebbe proceduto all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, applicando il comma 1 dell'art. 86 che, viceversa, illustra soltanto il meccanismo di calcolo della soglia di anomalia (nel caso in cui siano state ammesse almeno 5 offerte);
7) sulle ragioni dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche dei concorrenti esclusi per difetto di documentazione tecnico-amministrativa rilevata nelle operazioni di gara di alcuni Uffici Provinciali;
8) facoltà di presentare offerta su tutti i lotti, ma con limite di aggiudicazione ad uno soltanto. Tale clausola può essere restrittiva della concorrenza, in particolar modo quando il numero dei potenziali concorrenti è limitato, poiché aumenta "artificialmente" il numero di soggetti aggiudicatari;
9) sulla facoltà di scelta del lotto su cui prestare servizio nel caso un concorrente risulti primo in graduatoria su più lotti. In tal caso, infatti, il lotto veniva scelto dal vincitore, se presente alle operazioni di gara, altrimenti era assegnato dalla commissione di gara in base all'ordine progressivo dei lotti. Tali criteri di assegnazione dei lotti, tuttavia, non tengono conto della convenienza economica della stazione appaltante.

Considerato in Diritto.

Occorre inizialmente evidenziare che i punti sub 1), 2) e 3) esposti nella segnalazione non possono trovare accoglimento per le ragioni di seguito illustrate.

Rispetto al punto 1, si deve in primo luogo rilevare che il D.Lgs. 163/2006 (d'ora in poi "codice") e la stessa giurisprudenza lasciano ampi margini di discrezionalità alla stazione appaltante rispetto

alla scelta del criterio di aggiudicazione, indipendentemente dal fatto che il servizio sia o meno incluso nell'Allegato IIB – nell'ambito del quale ricade la sorveglianza sanitaria. Nella disciplina degli appalti esclusi (in tutto o in parte), il codice non fa espresso riferimento al criterio di aggiudicazione ma, limitandosi ad indicare le norme cui sono soggetti (artt. 20, 65, 68 e 225), lascia intendere che la scelta del criterio continua ad essere rimessa alle valutazioni della stazione appaltante, cioè all'obiettivo che questa intende perseguire con lo specifico appalto. A conferma di ciò si è pronunciata anche l'Autorità che, nella Determinazione n. 4/2009 ha affermato che: *il codice dei contratti, in conformità con la giurisprudenza europea, ha stabilito che sussiste una perfetta equiparazione tra i due criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha liberalizzato la scelta, da parte delle stazioni appaltanti, del criterio di aggiudicazione degli appalti, rendendola indipendente dalla tipologia di procedura adottata.*

In secondo luogo, la possibilità indicata dal segnalante di inserire criteri qualitativi legati alla professionalità, quali i *curriculae* dei candidati e le esperienze pregresse, deve essere rigettata. L'ordinamento comunitario e nazionale richiedono una separazione rigorosa tra questi due aspetti. La distinzione, come richiamato dall'Autorità nella Determina 4/2009, è stata recentemente confermata dalla sentenza della Corte di Giustizia, Sez. I., 24 gennaio 2008, causa C – 532106 e, nell'ordinamento interno, dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Politiche Comunitarie, del 1 marzo 2007, "Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto di pubblico servizio", in cui si afferma che tali principi sono validi per ogni tipologia di contratto pubblico.

La questione, poi, di possibili ribassi anomali non è certamente da ricondursi al criterio di aggiudicazione scelto, bensì all'esercizio del potere tecnico-discrezionale della stazione appaltante per la valutazione della congruità delle offerte, da applicarsi in conformità agli artt. 86 e 87 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., come riconosciuto sia dall'Autorità con Determina 6/2009 sia dalla giurisprudenza prevalente (si veda, ad esempio, la recente decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, del 18/09/2009 n. 5589).

Infine, il criterio adottato non appare inidoneo al perseguimento dello scopo finale, in quanto l'oggetto di gara è un servizio "standard", cioè una serie di prestazioni mediche di controllo volte a verificare le condizioni di salute dei lavoratori e la loro idoneità alla mansione svolta. Tali prestazioni non sembrano avere connotati di specialità e complessità tali da richiedere necessariamente valutazioni qualitative aggiuntive rispetto ai requisiti soggettivi, molto puntuali, previsti dall'art. 38 comma del D.Lgs. 81/2008.

Rispetto al punto sub 2), nei Bandi di gara è previsto lo svolgimento del servizio per due anni e non per un anno come erroneamente riportato nella segnalazione. Sulla questione è in ogni caso opportuno evidenziare che la durata del contratto è frutto di una scelta discrezionale da parte della stazione appaltante in relazione ai propri fabbisogni.
Rispetto al punto sub 3), in tema di cauzione provvisoria l'art. 75 comma 1 del codice stabilisce che l'offerta è corredata da una garanzia. La cauzione, si legge al successivo comma 6, è posta a garanzia della mancata sottoscrizione del contratto. L'articolo 75 non rientra tra quelli indicati dall'art. 20 del codice; tuttavia come ha chiarito la recente giurisprudenza in materia di servizi inclusi nell'Allegato IIB, la deroga all'applicazione di una larga parte degli articoli del codice non implica che tali disposizioni non possano essere applicate dalle stazioni appaltanti. Vi sono anzi indicazioni in tal senso (si veda ad esempio TAR Piemonte, Sez. II, 16/04/2007 n. 1719 e TAR Lombardia, Sez I, 08/05/2008 n. 1380), ma nel rispetto del principio di "auto vincolo", in base al quale le norme del codice espressamente citate nella *lex specialis* devono essere applicate integralmente. In tale direzione hanno correttamente operato gli Uffici Provinciali.

Con riferimento al punto sub) 4, prezzi posti a base di gara, il segnalante lamentava che tali prezzi non erano remunerativi in quanto non comprendenti alcune attività a corredo della prestazione.
Nei Bandi di gara si fa riferimento al Decreto Assessorato alla Sanità del 04/06/2004 "Tariffario unico regionale delle prestazioni rese dal dipartimento di prevenzione". Il tariffario indica gli importi unitari delle singole prestazioni sui quali si applica la percentuale di ribasso a base d'asta. Gli stessi Bandi, inoltre, stabiliscono espressamente che gli importi includono anche le attività legate ad aggiornamento e rivisitazione del Documento di Valutazione dei Rischi, gli adempimenti di cui all'art. 40 del D. Leg. n° 81/2008, l'informazione ai lavoratori sui rischi in fase di visita medica, stampa, redazione, compilazione e gestione cartella sanitaria.
In sede di audizione si è altresì affermato che i suddetti tariffari sono stati utilizzati anche nei precedenti affidamenti del medesimo servizio. I tariffari, si conclude, sono attualmente in vigore nella sanità pubblica della Regione Sicilia e coincidono con i listini applicati presso le Aziende Sanitarie Locali.

In relazione alla problematica dei prezzi a base di gara non si può, inoltre, non tenere conto dell'ampia risposta del mercato a tutte le procedure espletate, con ribassi compresi tra il 20% e il 30%. Se i prezzi a base d'asta non fossero stati remunerativi si sarebbe dovuto osservare una scarsa partecipazione alle gare, eventualmente accompagnata da ribassi molto contenuti e ricorsi/contestazioni da parte del mercato. I dati relativi alla partecipazione in gara e ai ribassi

offerti mostrano, invece, un interesse apprezzabile da parte degli operatori economici e non rivestono particolari criticità in relazione ai prezzi a base di gara.

Con riferimento al punto sub) 5, nei Bandi non vi è alcun specifico riferimento ai **costi relativi alla sicurezza**. Anche in assenza di rischi da interferenze, i Bandi dovrebbero indicare che gli oneri per la sicurezza sono pari a zero. Nelle riposte alle richieste di chiarimento, gli Uffici Provinciali hanno sostenuto che lo svolgimento del servizio non comporta rischi da interferenze, affermando, altresì, che il DUVRI non andava redatto perché il servizio non si svolge nei locali della stazione appaltante. Si sostiene, inoltre, che il codice non prevede di specificare gli oneri nella sicurezza e che la Determinazione 3/2008 dell'Autorità in materia di sicurezza negli appalti di servizi si limita solo a suggerire la loro indicazione nei bandi. In audizione vengono confermate le deduzioni già trasmesse, e si aggiunge che le tariffe già tengono conto dei costi della sicurezza, sebbene si prenda atto di non averli esplicitati nel bando. Si conferma, infine, che lo svolgimento del servizio sicurezza è esterno alla stazione appaltante, pertanto non vi sono costi da interferenza.
Sulla questione si deve richiamare sia l'art. 26 comma 6 del D.Lgs. 81/2008 sia l'art. 86 comma 3-bis del codice, i quali stabiliscono che *nella predisposizione delle gare di appalto* e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro *e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato*. Come anche richiamato dalla Determina 3/2008 dell'Autorità, ciò significa che nella predisposizione delle gare, cioè dei bandi e della documentazione, il costo per la sicurezza deve essere specificamente indicato, separato dalla base d'asta, anche se pari a zero.
Nel caso in questione, anche se il DUVRI non andava redatto perché il servizio non si sarebbe svolto nei locali delle stazione appaltante, era necessario indicare pari a zero gli oneri la sicurezza, rendendo così noto che la valutazione da interferenze è stata comunque svolta, anche se soltanto per escluderne l'esistenza.

Con riferimento all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche (punto sub 6), si contestava ad alcuni Uffici Provinciali (Messina, Agrigento e Ragusa) di aver dato lettura anche delle offerte dei concorrenti esclusi per difetto di documentazione tecnico-amministrativa. Tali offerte, come noto, non devono essere aperte. La necessità di mantenere chiuse le buste può desumersi in via indiretta dall'art 48 comma 1, il quale prevede che la comprova del possesso dei requisiti avvenga prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, ma anche dall'art. 266 comma 3 dell'attuale Schema di Regolamento Attuativo del D.Lgs. 163/2006, il quale, con

riferimento alle modalità di svolgimento della gara per i servizi di architettura ed ingegneria nei settori ordinari, recita: *La stazione appaltante apre le buste contenenti l'offerta economica relativamente alle offerte che abbiano superato una soglia minima di punteggio relativa all'offerta tecnica, eventualmente fissata nel bando di gara.* L'art. 266 comma 3 vieta implicitamente l'apertura delle buste contenenti i prezzi dei concorrenti che non hanno superato eventuali soglie di sbarramento per il punteggio tecnico, e quindi, *a fortiori* di quelli che, in una fase ancora precedente, non sono risultati in regola con la documentazione amministrativa.

Con riferimento all'Ufficio Provinciale di Agrigento, inoltre, risultano elencati i ribassi percentuali offerti solo per alcuni dei concorrenti esclusi per difetto di documentazione tecnico-amministrativa. Ciò si pone anche in contrasto con il principio di parità di trattamento, espressamente richiamato dall'art. 27 comma 1 del codice.

A difesa del proprio operato gli Uffici Provinciali hanno sostenuto che l'art. 48 comma 1 si applica solo in caso di contratti di rilevanza comunitaria e pertanto non al caso in questione. Si afferma, inoltre, che *in Sicilia, il bando tipo per appalti di importi inferiori a € 150.000, pubblicato sulla G.U.R.S. n. 25 del 19.5.2006, a pag. 11, colonna II, capoverso I, stabilisce che "..la Commissione di gara procede poi all'apertura delle buste B-offerta economica ed alla lettura delle offerte economiche, anche di quelle escluse.."), prevedendo quindi espressamente l'apertura, a fine gara.*

L'apertura delle buste anche delle ditte escluse, si sostiene ancora, è una impostazione consolidata da tempo in ambito regionale, adottata dalle Stazioni Uniche Appaltanti, Uffici Regionali Gare ed Appalti (U.RE.G.A), onde evitare di onerare la P.A. di una custodia a tempo indeterminato delle stesse buste, da mantenersi sempre sigillate. L'apertura delle buste a fine gara, si prosegue, tutela la par condicio tra i partecipanti e offre a tutti gli interessati la completa certezza e definitiva contezza di quanto avvenuto in sede di gara.

Le argomentazioni sopra addotte non possono essere accolte. Difetta in primo luogo l'argomento secondo cui trattasi di appalti sotto soglia, poiché, come verrà chiarito anche in seguito, il valore dei servizi in questione è superiore alla soglia comunitaria. Occorre, altresì, ricordare che l'art. 48 si applica agli appalti sotto soglia comunitaria, come indicato dall'Autorità con Determinazione n. 5 del 21 Maggio 2009 (linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D. LGS. n. 163/2006). Da tali elementi discende anche la non corretta applicazione della citata L.R. 25/2006 per gli appalti sotto i €150.000, che non sarebbe comunque invocabile poiché riferita al solo settore dei lavori pubblici (art. 1).

Anche se non direttamente riferite ai settori esclusi, tali disposizioni del codice sopra richiamate sono indice del più generale intento del legislatore di garantire la regolarità procedurale e preservare la segretezza dell'offerta. Tali principi sono anche rinvenibili in diverse pronunce giurisprudenziali,