

Deliberazione n. 78 Adunanza del 28 luglio 2011

Oggetto: Gara per la fornitura dei servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro negli immobili in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 26 della Legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 della Legge n. 388/2000. Importo €. 65.000.000,00

Stazione Appaltante: Consip S.p.A.

Segnalazione: Ordine degli Ingegneri della Provincia di Bologna, Federazione interregionale Ordini Ingegneri Piemonte e Valle d'Aosta, Federazione Regionale Ordini Ingegneri Emilia-Romagna, Federazione Regionale Ordini Ingegneri Regione Marche, Federazione Regionale Ordini Ingegneri della Toscana

Riferimento normativo: D.Lgs. 81/2008 e artt. 90 e ss. D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza

I. Considerato in fatto

Con esposto trasmesso a questa Autorità l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Bologna, anche per conto delle federazioni regionali degli Ordini degli Ingegneri dell'Emilia Romagna, delle Marche, della Toscana, del Piemonte e della Valle d'Aosta, ha segnalato alcune anomalie/irregolarità in merito alla gara, bandita dalla Consip S.p.A. con bando di gara del 23/10/2009, per la fornitura dei servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro negli immobili in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni.

La gara è stata indetta a procedura aperta e con la modalità dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo criteri economici e tecnici, ed è stata divisa in 6 lotti geografici autonomi per assicurare la fornitura di servizi fino alla concorrenza dell'importo massimo a base di gara così previsto: Lotto 1 (Valle d'Aosta, Piemonte e Lombardia): Euro 12.200.000,00; Lotto 2 (Trentino Alto Adige, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna): Euro 11.300.000,00; Lotto 3 (Liguria, Toscana, Umbria e Marche): Euro 10.500.000,00; Lotto 4 (Lazio, Abruzzo e Sardegna): Euro 11.300.000,00; Lotto 5 (Campania, Molise e Puglia): Euro 10.800.000,00; Lotto 6 (Basilicata, Calabria e Sicilia): Euro 8.900.000,00.

All'esito della gara, è prevista la stipula di una convenzione con l'aggiudicatario di ciascun lotto, con cui lo stesso si obbliga ad accettare gli ordinativi di fornitura delle Pubbliche Amministrazioni nei termini e condizioni ivi previsti e nei limiti di importo sopra indicati. La durata della convenzione è di 24 mesi dalla data di attivazione, con possibilità di proroga per la durata massima di 12 mesi, su comunicazione scritta di Consip S.p.A., qualora alla scadenza del termine non fosse esaurito l'importo massimo sopra indicato per ciascun lotto.

Tale gara è volta a conseguire lo svolgimento di una gestione integrata di tutti i "servizi" relativi alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, secondo gli adempimenti richiesti dal D.Lgs. n. 81/2008. Tali servizi, descritti in dettaglio nel capitolato tecnico al paragrafo 5, sono relativi ad attività di gestione e coordinamento,

organizzazione, nonché ad attività tecniche e di servizi alle persone quali, a titolo esemplificativo, la predisposizione di documenti di valutazione dei rischi (DVR, DUVRI), di piani di sicurezza e lo svolgimento di corsi di formazione.

Per l'esponente molte delle prestazioni previste sono di tipo professionale, spesso riservate a soggetti opportunamente qualificati mediante l'iscrizione in appositi elenchi, albi e/o la partecipazione a speciali corsi. Il bando non richiede, però, specifici requisiti di capacità tecnica salvo il generico possesso "della certificazione in corso di validità UNI EN ISO 9001/2000 o UNI EN ISO 9001/2008 per servizi inerenti l'oggetto dell'appalto" - pt. III.2.3) del bando di gara.

La possibilità di nomina, a cura dell'aggiudicatario, del soggetto che dovrà svolgere la prestazione professionale sembrerebbe, inoltre, ammettere l'affidamento di una prestazione professionale in subappalto in violazione dell'art. 91, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006 ove, in relazione agli affidamenti di incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo, è espressamente previsto che l'affidatario non possa avvalersi del subappalto.

Per alcune delle prestazioni oggetto dell'appalto la nomina del "tecnico" (ad esempio addetti del Servizio di prevenzione e protezione, medico competente, responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi) è, in virtù delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 81/2008, di esclusiva competenza del datore di lavoro e, quindi, tale potere non si ritiene delegabile all'operatore economico che si aggiudicherà la prestazione. Il datore di lavoro sembra, dunque, subire la scelta del professionista pur rimanendo a proprio carico le responsabilità penali connesse a tale scelta.

Una problematica simile si pone anche nel caso della formazione, considerato che i corsi in tema di sicurezza sul lavoro, spesso sono un onere del datore di lavoro e devono essere espletati da professionisti qualificati e/o da enti riconosciuti dalla legislazione in materia.

Circa il requisito di capacità economico-finanziaria, ovvero il fatturato specifico per servizi inerenti l'oggetto dell'appalto, fissato al pt. III.2.2 del bando di gara ad un importo non inferiore a 2.000.000 di euro, per lotto, negli ultimi due esercizi finanziari, è stato rilevato che il servizio è notevolmente ampio e potrebbe determinarsi il caso in cui l'offerente dimostri il possesso del requisito pur non possedendo la reale esperienza e capacità per poter svolgere correttamente le numerose diverse prestazioni poste in gara.

A seguito di ciò, l'Autorità ha ritenuto opportuno avviare un'indagine e, con comunicazione di avvio dell'istruttoria, procedeva a chiedere alla Consip S.p.A. informazioni e documentazione in merito alle questioni sopra evidenziate, in relazione a cui la S.A. riferiva dettagliatamente. L'Autorità, pertanto, elaborava le risultanze istruttorie inviate con comunicazione Prot. n. 23932 del 28/02/2011 anche in considerazione dell'entità e della dimensione territoriale della gara in esame e della particolare natura delle prestazioni da affidare e dell'importanza che rivestiva la gara, sia sotto il profilo dell'obbligo gravante sulle Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato¹ di approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro; sia per la facoltà per le altre amministrazioni pubbliche di aderire alle dette convenzioni ovvero utilizzarne i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti², nonché per la funzione svolta da Consip, di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica per l'acquisto di servizi e forniture³.

A seguito di ciò, la Consip S.p.A. nonché i controinteressati Sintesi S.p.A., Igeam s.r.l., COM Metodi S.p.A., in qualità di aggiudicatari dei servizi in oggetto, hanno presentato istanza di accesso agli atti, svoltosi in data 6 ed 8 aprile 2011, a seguito del quale è stata concessa loro la dilazione del

termine per la presentazione di eventuali controdeduzioni, che sono state presentate con richiesta di audizione dinanzi al Consiglio.

Considerazioni di Consip e dei controinteressati Sintesi, COM Metodi, Igeam

Consip S.p.A., con riferimento al requisito di capacità tecnica richiesto nel bando di gara, nel premettere che la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nella scelta dei requisiti di partecipazione purchè gli stessi non siano manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici nonché lesivi della concorrenza in correlazione al valore dell'appalto e alle specifiche peculiarità dell'oggetto dell'appalto, ha fatto notare che nel Capitolato Tecnico è previsto che i soggetti che svolgeranno le attività oggetto di gara devono possedere i requisiti previsti dalla normativa vigente (cfr. paragrafo 5.3.5.3.1. – coordinatore per la progettazione, paragrafo 5.3.6.3.1. – responsabile del servizio di prevenzione e protezione, paragrafo 5.3.6.3.2 - addetto al servizio di prevenzione e protezione, paragrafo 5.4.3.1 – medico competente).

Secondo la S.A. la circostanza che l'aggiudicatario debba indicare il soggetto che dovrà svolgere le attività di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione possa configurare un contratto di subappalto non resiste ad un attento vaglio giuridico. Infatti un tale rapporto manca degli elementi specifici dell'istituto del subappalto (organizzazione dei mezzi, assunzione del rischio, scopo del compimento di un'opera o di un servizio) ed è identificabile piuttosto come contratto d'opera intellettuale da rendersi anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa (cfr. Consiglio di Stato n. 2943 del 4 giugno 2007). Del resto, anche l'articolo 118 del D.Lgs. n. 163/2006, al comma 12, ha espressamente escluso la configurabilità del subappalto per l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi.

La Consip S.p.A. ha precisato, poi, che i servizi relativi alla fornitura alla Pubblica Amministrazione di professionisti con ruoli inerenti la sicurezza, prevedono l'affidamento all'aggiudicatario della selezione delle figure idonee a ricoprire tali ruoli, mentre la nomina effettiva dei professionisti resta, così come previsto dalla vigente normativa, di esclusiva competenza dell'Amministrazione Contraente nella figura del Datore di Lavoro e dei soggetti delegati per quanto di rispettiva competenza. A riprova di ciò sono previsti alcuni criteri di aggiudicazione che attengono proprio alle modalità con cui i concorrenti selezioneranno i profili professionali necessari per lo svolgimento delle attività oggetto di gara (cfr. criteri B.2.5.1, B.2.6.1, B.3.3.3.), da proporre per la nomina da parte dell'Amministrazione.

Circa il requisito di capacità economica richiesto nel bando di gara è stato evidenziato come con la richiesta di un fatturato specifico per i servizi inerenti l'oggetto dell'appalto la S.A. ha inteso valutare la solidità finanziaria dei concorrenti. Quanto alla valutazione dell'esperienza e della capacità di svolgere correttamente le prestazioni oggetto di gara, occorre far riferimento alla previsione del Capitolato Tecnico che pone per i concorrenti l'obbligo di fornire tutte le prestazioni contrattuali ai sensi della normativa vigente, nonché di possedere tutti i requisiti previsti per lo svolgimento delle prestazioni oggetto di gara. Tale previsione, a giudizio della S.A., è sufficiente a garantire il possesso dei necessari requisiti tecnico-professionali da parte dell'affidatario. Infine, ha comunicato che non risultavano ricorsi giurisdizionali e/o provvedimenti giudiziari nei confronti della gara in oggetto.

A seguito della comunicazione delle risultanze istruttorie, la S.A. e i controinteressati hanno agomentato come segue.

Le società contro interessate Sintesi, COM Metodi, Igeam, non ritengono condivisibili le conclusioni cui l'Autorità perviene a causa di un'asserita errata interpretazione della normativa richiamata e Consip sostiene come queste siano viziate da un'errore di impostazione, consistente

nell'aver considerato l'oggetto della gara un insieme di servizi diversi mentre, di contro, a suo avviso l'oggetto della gara consisterebbe in un unico servizio, cioè la gestione del sistema sicurezza dei lavoratori negli ambienti di lavoro, coerentemente con l'impostazione del D.Lgs. n. 81/2008. Da ciò discenderebbe l'ulteriore errore circa l'asserita non congruità dei requisiti economico-finanziari e tecnico-amministrativi di partecipazione alla gara con l'oggetto di questa. Tale impostazione, sarebbe confermata dalla disciplina di gara.

In generale, tanto Consip quanto le società controinteressate hanno contestato il rischio ravvisato dall'Autorità, di elusione delle norme dettate in materia, individuato nel fatto che la partecipazione alla gara non sia stata riservata a soggetti in possesso di specifiche qualifiche professionali.

Sostengono, infatti, che questo rischio non sussisterebbe poiché, da un lato, la *lex specialis* di gara subordina lo svolgimento delle singole attività oggetto di gara, in fase di esecuzione del contratto, al possesso in capo agli esecutori dei requisiti imposti dal D.lgs. n. 81/2008; dall'altro perché due delle tre società controinteressate nonché aggiudicatarie dei servizi in esame, Igeam e Sintesi, sono società di ingegneria.

Sostengono, poi, che l'Autorità avrebbe erroneamente interpretato tanto i divieti dettati dal D.Lgs. n. 81/2008 in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, quanto i divieti e le prescrizioni dettati dal D.Lgs. 163/2006 in materia di servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, segnalando da un lato che la normativa non impone il possesso del titolo di laurea in ingegneria o architettura per espletare mansioni in materia di sicurezza e dall'altro segnalando che i servizi di ingegneria ed architettura presi in esame dal Codice dei contratti (artt. 90 e ss. D.Lgs. 163/2006) riguardano servizi da rendersi esclusivamente nell'ambito di lavori e/o opere, motivo per cui non rientrerebbero affatto nel novero dei servizi oggetto della gara in esame. Da ciò discenderebbe la legittimità del subappalto -di cui tra l'altro si segnala l'ammissibilità anche ai sensi dell'art. 118, comma 12, D.lgs. 163/2006, e l'inconferenza dei precedenti dell'Autorità e della giurisprudenza citati nelle risultanze istruttorie, poiché afferenti ad una diversa fattispecie.

Vengono contestate, altresì, le conclusioni cui l'Autorità sembra pervenire sulle modalità di nomina e selezione dei responsabili del fornitore (attività che vengono divise tra amministrazioni aderenti alla convenzione e fornitori del o dei servizi), in quanto l'atto di nomina di tale personale non costituirebbe una violazione delle norme vigenti in materia poiché non riguarderebbe i rapporti di lavoro tra professionista e fornitore né determinerebbe l'insorgere di un rapporto lavorativo nuovo in capo alla singola amministrazione interessata, bensì solo un rapporto (non meglio specificato) che "genera responsabilità su un piano diverso, quello peculiare del rispetto degli obblighi di cui al D.Lvo. n. 81/08". Come pure, contestano le conclusioni circa la violazione dell'art. 39 in materia di nomina del medico competente.

Consip S.p.A., ha comunicato che hanno partecipato alla gara 28 imprese, riunite in sei R.T.I. e una singolarmente, ed ha aggiudicato i lotti 2 e 5 al R.T.I. **COM Metodi S.p.A.** (mandataria)/Deloitte Consulting S.p.A. (mandante); i lotti 1, 4, 6 al R.T.I. **Sintesi S.p.A.** (mandataria)/CSA Team s.r.l./Strategic Project Management s.r.l./Archè Scarl/IAL CISL Nazionale/IAL Istituto per la formazione professionale di Roma e Lazio (mandanti); il lotto 3 al R.T.I. **Igeam s.r.l.** (mandataria)/Igeam Accademy s.r.l./Forgest s.r.l./Agenzia Ambiente s.r.l./SEA Gruppo s.r.l. (mandanti); segnalati come "i principali operatori economici" del settore di mercato nazionale, che sono stati impugnati dinanzi al TAR Lazio con tre diversi ricorsi, di cui due sono stati rigettati nella fase cautelare; mentre un terzo ricorso è stato presentato dall'esponente Ordine professionale, deducendo motivi che sarebbero a parere di Consip "in gran parte identici a quelli formulati in seno al presente procedimento" e per la cui discussione è stata fissata l'udienza del 15.07.2011, motivo per cui la stessa chiede "di voler modulare il prosieguo e la conclusione del presente procedimento in ragione della dedotta pendenza del giudizio amministrativo".

II. Ritenuto in diritto

Da un'analisi dei servizi oggetto dell'affidamento in esame, dettagliatamente descritti negli atti di gara, in particolare nei paragrafi 3.1 e 5 del Capitolato tecnico, si è rilevato che questi, lungi dall'essere omogenei, sono estremamente diversificati tra di loro.

Difatti, parte di questi servizi sono annoverabili nei servizi di consulenza in senso lato e in parte nei "Servizi di consulenza in materia di sicurezza"; altri servizi sono inquadrabili tra i servizi relativi all'istruzione, anche professionale.

Altri ancora nei servizi professionali e, specificamente, nel novero dei "Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria" regolamentati dalla normativa speciale dettata in materia dalla Parte II, Titolo I, Capo IV del Codice degli appalti. Gli artt. 90 e 91 del D.lgs. n. 163/2006 definiscono soggetti esecutori, oggetto, ambito di applicazione e procedure applicabili ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria che riguardano tra gli altri gli affidamenti di incarichi di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo. Ai sensi dell'art. 90, commi 1 e 6, D.Lgs. 163/2006, tali attività debbono essere espletate dalle Amministrazioni aggiudicatrici ovvero dagli organi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge e possono essere affidate a terzi solo nei casi espressamente previsti dall'art. 90, comma 6, che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento. Tali incarichi, poi, possono essere affidati solo a determinati soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g), h), del Codice ed in particolare ai liberi professionisti, alle società di professionisti, alle società di ingegneria, ai prestatori di servizi di ingegneria e architettura stabiliti in altri stati membri e ai raggruppamenti temporanei costituiti dai predetti soggetti.

Si rileva, quindi, che nel caso di specie e per quel che attiene alle fattispecie inquadrabili nell'ambito dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, la S.A. ha proceduto ad indire una gara non riservandola, per quanto espresso in precedenza, ai soggetti previsti dal citato art. 90, comma 1, D.Lgs. 163/2006 (idonei peraltro per ragioni oggettive inerenti la peculiare natura delle prestazioni da eseguirsi) e che, per l'effetto, si ritiene abbia seguito una condotta non conforme a quanto stabilito dagli articoli citati. Ciò trova ulteriore conferma nello stesso art. 91, comma 8, D.Lgs. 163/2006 che vieta infine l'affidamento delle citate attività "a mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente codice".

Sul punto, quindi, non si ritiene condivisibile l'impostazione di CONSIP, secondo cui la gara in esame avrebbe ad oggetto un solo servizio anziché una pluralità di servizi, trattandosi di prestazioni che tanto da un punto di vista sostanziale che formale sono diverse tra di loro.

È indiscusso che la normativa di riferimento in materia di tutela della salute e della sicurezza negli ambienti di lavoro (D.Lgs. n. 81/2008) disegni il sistema della sicurezza in maniera unitaria e che certamente tutti i servizi ivi previsti facciano riferimento a tale sistema.

Tuttavia ciò non vale né a uniformare né eventualmente ad unificare le singole fattispecie ivi previste, né tantomeno a rendere unitario l'oggetto delle gare riguardanti il sistema sicurezza, come pure a rendere inapplicabili eventuali ulteriori normative vigenti per gli specifici settori di appartenenza. D'altro canto, è la stessa S.A. a strutturare la gara in maniera differenziata, ammettendo che le singole amministrazioni aderenti alla convenzione stipulata tra Consip e l'aggiudicatario possano scegliere di "acquisire" singoli servizi (e/o prestazioni e/o prodotti) ovvero "pacchetti di servizi", cioè l'acquisto congiunto di servizi diversi (incentivato da costi minori rispetto a quello dei singoli servizi).

Le risultanze istruttorie, infine, hanno evidenziato la natura diversificata dei vari servizi previsti nell'oggetto di gara benchè tutti inquadrabili nell'ambito "sistema gestione sicurezza" e la conseguente diversità di caratteristiche, anche perché sono i servizi oggetto di gara a costituire il parametro di riferimento per la determinazione dell'idoneità e della proporzionalità dei requisiti di partecipazione alle singole gare. Quindi la disamina per singola tipologia di prestazione e il richiamo alle normative settoriali di riferimento è stato effettuato nell'ambito della valutazione della correttezza della procedura di gara e, nel rispetto della discrezionalità della S.A., al fine di individuare la congruità dei requisiti di partecipazione previsti dalla lex specialis. Senza tacere che se una procedura di gara non rispettasse, seppur indirettamente, una normativa di settore, violerebbe il principio di legalità nonché i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

Anche in tema di servizi di architettura ed ingegneria, diversamente da come colto da Consip e dalle società controinteressate, l'Autorità non ha inteso sostenere che tutte le prestazioni oggetto di gara siano indistintamente inquadrabili in tale ambito e che per ciò stesso debbano soggiacere alle medesime norme dettate in materia dal D.Lgs. 163/2006; men che meno, che debbano essere tutte riservate a professionisti in possesso del titolo di laurea in ingegneria o architettura.

Invero, è stata proprio la S.A. a inserire nell'oggetto di gara anche le prestazioni inerenti la sicurezza nei cantieri mobili e ciò si evince chiaramente dagli atti di gara (paragrafo 5.3 –servizi tecnici del Capitolato); per l'effetto è corso l'obbligo evidenziare, come già fatto in precedenza, che per queste prestazioni, acquistabili anche singolarmente, esiste uno speciale dettato normativo nel Codice dei contratti pubblici (recentemente integrato dal regolamento attuativo adottato con D.P.R. n. 207/2010 - artt. 252 e 253) contenuto nella Parte II, Titolo I, Capo IV, recante Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (artt. 90 e ss.). Come pure, è la stessa S.A. a prevedere per la remunerazione dei Coordinatori per la Sicurezza in fase di progettazione e in fase di esecuzione, un onorario a base d'asta calcolato in riferimento al Decreto Ministeriale recante Aggiornamento degli onorari spettanti agli ingegneri ed architetti (D.M. 04.04.2001 del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro delle Infrastrutture), relativo alla progettazione ed alle altre attività professionali relative ai lavori pubblici (nel Capitolato tecnico - punto 5.3.5.4).

Con riferimento all'aspetto inerente il presunto subappalto non autorizzato, posto che l'appalto in esame riguarda in parte i servizi professionali di ingegneria e architettura, cui indubbiamente si applica il divieto di subappalto di cui all'art. 91, comma 3, del D.lgs. n.163/2006 si è ritenuto che sussistano dubbi in ordine alle valutazioni formulate dalla S.A.

Questa Autorità si è ripetutamente e costantemente espressa sui servizi di ingegneria e architettura (da ultimo, con Determinazione n. 5 del 27/07/2010 e con parere di precontenzioso n. 52 del 11/03/2010) e con essi (in conformità anche ad un orientamento del Consiglio di Stato di cui alla sentenza della Sezione V n. 1075 del 16 marzo 2005) ha precisato la natura che deve intercorrere tra il soggetto affidatario dei servizi di ingegneria e architettura e il libero professionista tenuto a svolgere specifiche attività rientranti nei suddetti servizi, prevedendo che costituisce un'ipotesi di subappalto l'affidamento di un'attività specifica mediante conferimento di un incarico di consulenza "ad hoc" ai liberi professionisti, che non siano né soci né direttori tecnici né facenti parte dell'organico dell'affidatario - in qualità di dipendenti o collaboratori coordinati e continuativi dello stesso - né associati con lo stesso in un R.T.I., costituito o costituendo. Si ritiene, perciò, che i professionisti e il rapporto giuridico intercorrente tra gli stessi e l'affidatario debbano essere dichiarati e formalizzati prima dell'affidamento dell'incarico, non considerandosi a tal fine sufficiente la mera indicazione preventiva del professionista che svolgerà il singolo servizio perché ciò non chiarisce, neppure in via indiretta, le modalità mediante le quali può essere definito il rapporto giuridico tra l'affidatario e il professionista incaricato della specifica attività.

Pertanto, non si ritengono condivisibili le ulteriori argomentazioni sviluppate sul punto dalla S.A. per il subappalto degli specifici servizi in parola, vietato ai sensi dell'art. 91, comma 3, D.Lgs. 163/2006, che, vertendosi in tema di normativa speciale, deroga quella generale dettata dall'art. 118, comma 12, D.Lgs. 163/2006, fatte salve le eccezioni, peraltro rappresentate dalla Consip. Si ritiene, infatti, sussistere la possibilità di un contratto d'opera intellettuale reso in forma di collaborazione coordinata e continuativa, come chiarito anche dalla citata giurisprudenza amministrativa intervenuta in merito ad un affidamento di servizi di progettazione. Del resto, anche il rapporto tra l'impresa che concorre alla gara ed un geologo non deve necessariamente essere o di lavoro subordinato o di associazione in a.t.i. - configurandosi altrimenti un'ipotesi di subappalto - ma può ben configurarsi anche come contratto d'opera intellettuale in forma di collaborazione coordinata e continuativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2007 n. 2943; T.A.R. Lecce, sez. II, 21 giugno 2007, n. 2483).

Si è, inoltre, segnalato il rischio che la S.A. avendo previsto nell'oggetto di gara anche l'incarico delle attività di valutazione dei rischi, di elaborazione del D.V.R. (punto 5.3.1 del capitolato tecnico) e di designazione del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP - nell'ambito dell'esecuzione del servizio di prevenzione di cui al punto 5.3.6), avesse operato in contrasto con l'art. 17 del D.Lgs. n. 81/2008 che prevede, infatti, il divieto di delega da parte del datore di lavoro per tali prestazioni e/o funzioni; e ciò anche in considerazione delle rilevanti conseguenze penali dettate in materia dallo stesso D.Lgs. n. 81/2008. Sul punto l'art. 17 è chiaro, mentre non lo è altrettanto sulle concrete modalità di esecuzione delle stesse prestazioni.

Per quanto riguarda, poi, il singolo aspetto della designazione del RSPP, Consip fornisce una interpretazione che limiterebbe l'obbligo di designazione in capo al datore di lavoro dell'amministrazione, alla sola "nomina" formale del responsabile, lasciando invero l'attività di selezione liberamente delegabile.

In ogni caso, quanto alla nomina dell'addetto alla predisposizione del DVR e del RSPP si prende atto di quanto precisato da Consip in merito alle prestazioni da effettuare che, per quanto è rilevabile nel capitolato tecnico, rientrano nel più ampio compito dello svolgimento dell'intero servizio rispettivamente di "redazione (o revisione) e aggiornamento del Documento di valutazione dei rischi, secondo le normative degli artt. 17 e 28 del D.lgs. n.81/2008" e di "assicurare le risorse professionali necessarie per presidiare il servizio di prevenzione e protezione aziendale secondo quanto richiesto dalle disposizioni normative del D.lgs. n.81/2008 e smi". È l'aggiudicatario che si occupa di apprestare, dirigere e gestire i mezzi ed il personale nell'esecuzione di detti servizi, come stabilito dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara.

Con riguardo alla valutazione dei rischi ed alla predisposizione del DVR si ritiene, inoltre, di poter concordare con Consip sul fatto che la ratio della norma di cui all'art. 17 vada interpretata "nel senso che solo il datore di lavoro e non un terzo delegato deve assumersi la paternità e la responsabilità della valutazione dei rischi e del documento redatto sulla base di tale valutazione". È comunque evidente che un datore di lavoro non debba obbligatoriamente avere personalmente tutte le disparate conoscenze tecniche e specialistiche che attengono alla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute e la capacità di trasferirle in un documento di particolare rilevanza e delicatezza quale il DVR. Resta, comunque, imprescindibile il fatto che la prestazione predisposta da consulenti specialisti della materia è un onere del datore di lavoro che se ne assume direttamente la responsabilità.

Inoltre, sulla nomina del medico competente, si è rilevato che sebbene sia stata prevista la possibilità per il datore di lavoro di avvalersi di un medico esterno, che non fosse né libero professionista né dipendente del datore stesso, ciò dovrebbe avvenire solo previa stipula di apposita

convenzione con una struttura esterna, pubblica o privata (art. 39 D.Lgs. n. 81/2008). Con tale richiamo si è inteso evidenziare l'ipotesi della convenzione e il relativo limite imposto dalla norma citata che prescrive la scelta tra un dipendente o un collaboratore di una struttura esterna, pubblica o privata, convenzionata con l'imprenditore (oltre alla possibilità di incaricare un dipendente interno o un professionista esterno all'amministrazione contraente). Anche in tal caso, in presenza di una normativa generica sul punto, la scelta dell'affidatario non poteva essere svincolata da valutazioni inerenti le specifiche prestazioni da espletare e ciò anche e soprattutto in fase di selezione. Quindi anche in tal caso i requisiti di ammissione alla gara delle "strutture" private avrebbero dovuto tener conto dell'oggetto di tale specifica prestazione.

Più in generale l'Autorità, richiamando l'attenzione sui requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dei concorrenti, rileva la non congruità dei requisiti fissati in concreto nella gara bandita dalla Consip S.p.A. Si deve, infatti, tener conto della diversità delle prestazioni oggetto della gara nonché del valore rilevante dei singoli lotti, che avrebbero richiesto il possesso da parte del singolo concorrente di diversi ed appositi requisiti economici, finanziari, tecnici ed organizzativi ai fini della partecipazione alla gara quali, a titolo esemplificativo, fatturato specifico distinto per tipologia di prestazioni, iscrizioni in albi e/o collegi professionali etc., diversificati per settore di competenza, qualificazione tecnica, al fine di garantire la qualità delle prestazioni richieste e la corrispondenza delle stesse con le caratteristiche previste negli atti di gara.

La Sezione III – Punto 2 – Condizioni di partecipazione, del Bando di gara, stabilisce, infatti, che i requisiti di ammissione sono, per la situazione personale degli operatori economici, l'iscrizione al registro delle imprese per "**attività inerenti la presente fornitura**"; per la capacità economica e finanziaria, l'aver realizzato negli ultimi due esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando "**un fatturato specifico per servizi inerenti l'oggetto dell'appalto**, per ciascun lotto, non inferiore a 2.000.000,00 di euro"; per la capacità tecnica, l'essere in possesso della certificazione in corso di validità UNI EN ISO 9001/2000 o UNI EN ISO 9001/2008 **per servizi inerenti l'oggetto dell'appalto**. E nella Sezione III – Punto 3 – Condizioni relative all'appalto di servizi, del Bando di gara, è previsto che la prestazione del servizio non è riservata ad una particolare professione e che gli operatori economici non devono indicare il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate della prestazione del servizio.

Visto quanto sopra, come si evince dall'esame del bando e del disciplinare di gara, si ritiene di concludere che i requisiti di partecipazione alla gara tanto di ordine tecnico quanto economico sono del tutto generici e non contengono distinzione alcuna o richieste specifiche per tipologia e classe dei servizi da espletare.

Ciò appare in contrasto, altresì, con quanto previsto nel capitolato tecnico che nel paragrafo 5 descrive analiticamente tutte le prestazioni oggetto di gara, in modo talmente dettagliato da non sussistere dubbi sul fatto che oggetto della gara non sia un unico servizio bensì molteplici servizi, in molti casi disciplinati da normative di settore che ne limitano tra l'altro l'esercizio a determinati soggetti.

Sempre in merito al requisito di capacità economico-finanziaria, si rileva che la S.A. ha previsto il possesso di un medesimo importo di fatturato per tutti i lotti, sebbene questi differissero tra di loro anche per importi rilevanti; inoltre non ha ritenuto richiedere il fatturato globale (Cfr. da ultimo Consiglio di Stato, Sez. V, Sent., 23 febbraio 2010, n. 1040 che statuisce che rientra nella piena discrezionalità della stazione appaltante quella di chiedere agli aspiranti appaltatori, a riprova della capacità economica e finanziaria, una dichiarazione che riguardi il fatturato globale, necessaria, ed una relativa al fatturato del settore oggetto dell'appalto, facoltativa) e pur avendo chiesto il solo importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, lo ha chiesto solo per gli ultimi

due esercizi (invece che per gli ultimi tre esercizi, come previsto nell'art. 41, 1° comma, lett. c) del Codice appalti).

Sul punto, vale peraltro la pena rimarcare il fatto che chiedere di dimostrare il possesso di un fatturato specifico per servizi inerenti l'oggetto dell'appalto, in assenza di ulteriori specifiche, equivale a chiedere ai concorrenti di aver maturato il fatturato richiesto nello svolgimento di uno qualunque dei vari servizi oggetto di gara (ad es. una società di formazione avrebbe potuto partecipare alla gara dimostrando il solo fatturato per servizi di formazione; come pure una società di ingegneria dimostrando il possesso del fatturato maturato solo per servizi di ingegneria etc.).

Si rileva, inoltre, che il bando non ha individuato alcun requisito di capacità tecnico-professionale ai fini della partecipazione alla gara, posto che la "certificazione in corso di validità UNI EN ISO 9001/2000 o UNI EN ISO 9001/2008 **per servizi inerenti l'oggetto dell'appalto**", richiesta a tale titolo dal bando di gara, non è riferibile all'art. 42 del codice. La citata norma prevede, infatti, per le sole forniture di beni (comma 1, lett. m), la possibilità di dimostrare le capacità tecniche mediante la produzione di altro certificato "rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme".

Invero, la certificazione di qualità richiesta è quella prevista dall'art. 43 del Codice degli Appalti, in tema di norme di garanzia della qualità, e anche in tal caso deve sottolineare l'assoluta genericità della certificazione richiesta poiché priva del riferimento alle singole specifiche attività oggetto dell'appalto, per cui valgono le stesse considerazioni sulla capacità economica, sopra riportate.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

- ritiene che l'obiettivo ed indubbia presenza di servizi diversi nell'oggetto della gara, le loro peculiarità e l'esistenza di limiti per l'affidamento di tali servizi a determinati soggetti qualificati imponga alla stazione appaltante per le ragioni ampiamente espresse in motivazione: da un lato l'adozione di misure idonee a garantirne l'affidamento in conformità a quanto previsto dal codice dei contratti pubblici, nonché dalle normative di settore; dall'altro, l'onere di fornire una chiara e completa dimostrazione dei benefici derivanti dalla scelta di accorpate in una unica procedura di gara servizi fra loro oggettivamente diversificati, in confronto con le altre soluzioni possibili, in un'ottica di efficienza, economicità e coerenza con gli obiettivi da raggiungere e nel rispetto dei principi di trasparenza e di massima partecipazione alle gare, in quanto il citato accorpamento altera comunque la concorrenza, andando a incidere sui diversi mercati professionali di riferimento;
- in particolare, con riguardo agli affidamenti dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, rileva il contrasto con gli artt. 90 e segg. del codice dei contratti pubblici in quanto l'affidamento di tali servizi non è stato effettuato con le procedure e riservato ai soggetti ivi previsti;
- ritiene che i requisiti di ammissione alla gara, tanto di capacità economico-finanziaria che tecnico-professionale, richiesti dalla stazione appaltante risultino generici e non contengano distinzione alcuna per tipologia dei servizi da affidare e, per tale motivo, non siano conformi a quanto disposto dagli artt. 39, 41, 42 e 43 del codice, nonché ai principi generali di logicità, razionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa;

- invita Consip a dare riscontro alla presente delibera entro trenta giorni dalla ricezione postale della stessa, rendendo note le eventuali iniziative assunte in autotutela;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Contratti perché comunichi la presente delibera alla Consip S.p.A., alle Società Sintesi, COM Metodi e Igeam, nonché all'Ordine degli ingegneri della Provincia di Bologna, anche per conto delle altre Federazioni regionali e interregionali esponenti.

Il consigliere relatore: Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 settembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito

¹ Sono esclusi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado, nonché le istituzioni educative e quelle universitarie. _

² Gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale –ASL, sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento. _

³ Tale risultato si consegue attraverso la standardizzazione degli ordini di acquisto conseguenti a procedure di scelta del contraente che culminano nella stipulazione di convenzioni dotate di particolare efficacia (a seconda dell'Ente che le utilizza). _