

Pulizie in sanità: le censure del Consiglio ANAC alla gara Consip

di Domenico Gentile

Data di pubblicazione: 24-5-2019

Gara - Consip - pulizie in sanità - suddivisione in lotti - ampia apertura del mercato pubblico - PMI - garanzia

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha recentemente censurato l'operato della Consip SpA in relazione alla gara Consip sulle pulizie in sanità, di rilevantissimo importo economico, in quanto suddivisa in un numero di lotti insufficiente a garantire la più ampia apertura del mercato pubblico alle PMI.

Il procedimento era stato avviato nel febbraio del 2017 su istanza della F.N.I.P. - Confcommercio, che aveva censurato la scelta della Centrale di committenza di non suddividere l'appalto in lotti funzionali, favorendosi così la partecipazione delle sole grandi imprese del settore, ciascuna delle quali - non a caso - era risultata aggiudicataria, in via provvisoria, di almeno un lotto, e in alcuni casi anche del numero massimo di lotti aggiudicabili, spartendosi così, in danno delle PMI, un mercato di valore quasi pari ad un miliardo e mezzo di euro.

Ad avviso dell'Associazione di categoria - che come noto rappresenta le PMI nel comparto del multiservizi, in ambito Confcommercio - la procedura era stata erroneamente suddivisa in quattordici lotti geografici a carattere ultra-regionale, avendo Consip irragionevolmente privilegiato i profili di aggregazione della domanda, perseguiti dalla normativa sulla razionalizzazione della spesa pubblica, rispetto a quelli della massima apertura del mercato in favore delle PMI: finalità, tuttavia, che secondo la giurisprudenza amministrativa non sono affatto contrastanti, ma anzi perfettamente collimanti, in quanto proprio attraverso la massima apertura del mercato è possibile perseguire l'obiettivo del "miglior acquisto possibile", in uno con quello eurounitario della massima concorrenza (cfr. il leading case, costituito da TAR Lazio, sentenza n. 9441/2016).

La suddivisione in pochi lotti, ciascuno dei quali di valore tra i cento e i duecento milioni di euro, aveva invece comportato la richiesta di requisiti di fatturato sproporzionati rispetto alle predette finalità, imposte dalla normativa interna già nel vigore del vecchio codice (cfr. l'art. 2, comma 1 bis, d.lgs. n. 163/2006) e poi invece divenute centrali con le direttive europee di ultima generazione (cfr. il 2° considerando della direttiva 2014/24/UE e gli artt. 3, 30 e 51 del d.lgs. n. 50/2016).

Alle barriere preclusive costituite da requisiti di fatturato sproporzionati, si aggiungevano le richieste del bando Consip di fidejussioni, referenze bancarie e sanzioni (per il caso di attivazione del soccorso istruttorio), anch'esse paramtrate all'elevato valore dei lotti, con la

conseguenza che le imprese di minori dimensioni, a differenza di quelle grandi, sarebbero state poste a rischio di sopravvivenza, anche nel caso in cui fossero state nelle condizioni di poter partecipare alla gara attraverso i tradizionali strumenti pro-competitivi (RTI, consorzi, avvalimento etc.).

A fronte di tali evidenze, Consip ha sostenuto innanzi l'Autorità che l'istruttoria posta in essere dai propri Uffici, sulla specifica gara d'appalto, aveva messo in luce l'esistenza di una domanda assolutamente peculiare. Si trattava, infatti, dell'affidamento di servizi "integrati" (di sanificazione, igienizzazione e pulizie di aree sia a rischio infettivo che di uffici), e che per ciò l'appalto solo non sarebbe stato suddivisibile in lotti "funzionali". I relativi importi, anche ove singolarmente considerati, erano spesso elevatissimi, di modo che l'adesione alla Convenzione anche di una sola stazione appaltante avrebbe potuto assorbire l'intero plafond del lotto, rendendo così problematica la durata del contratto per l'intero suo periodo di durata. Infine, Consip ha eccepito innanzi ad Anac che la scelta relativa alla suddivisione in lotti è sempre connotata da profili di alta discrezionalità tecnica, incensurabile anche alla luce della motivazione resa nel bando.

Tali argomentazioni difensive - che la Centrale di committenza aveva invero almeno in parte già speso in precedenti occasioni innanzi al Giudice Amministrativo, che le ha ritenute non persuasive (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 6.03.2017 n. 1038, con l'intervento di FNIP e di Confcommercio e, più di recente, Consiglio di Stato, Sez. III, 26.9.2018, n. 5534) - sono state respinte dal Consiglio dell'Autorità, con ampi richiami giurisprudenziali e in base alla ulteriore, duplice osservazione secondo la quale, da un lato, le scelte a carattere discrezionale non sono in assoluto incensurabili, non essendo ammessa in un moderno ordinamento giuridico una concezione della discrezionalità assimilabile al mero arbitrio e dovendosi pur sempre garantire il controllo sul legittimo esercizio del potere, attraverso lo scrutinio della motivazione; dall'altro, non è neppure vero che il concetto di "lotto funzionale" sia di principio incompatibile con la suddivisione in lotti a carattere "geografico", ancorché in relazione ad un servizio "integrato", sol che si consideri che la grandezza territoriale di un lotto ben può essere adeguata ai caratteri della "autonoma progettabilità, fruibilità e fattibilità", secondo la definizione di "lotto funzionale" espressa ora dal legislatore del 2016 (cfr. l'art. 3, comma 1, lett. qq del d.lgs. n. 50/2016).

È quest'ultimo, probabilmente, il profilo maggiormente innovativo dell'intervento dell'Autorità di settore: la quale, andando oltre lo steccato ad oggi tracciato dal Giudice Amministrativo, entra nel merito del rapporto tra lotti a carattere geografico, propri degli appalti di servizi, e lotti a carattere funzionale, imposti dalla disciplina interna ed europea. Specificando così, per i servizi, le caratteristiche di una suddivisione che la legge impone a beneficio dell'interesse pubblico e le cui finalità travalicano - come il Consiglio dell'Autorità non tralascia di ricordare - il risparmio di spesa e financo il miglior acquisto possibile dal punto di vista qualitativo, quasi a sancire la prevalenza delle finalità pro-concorrenziali perseguite dall'ordinamento eurounitario rispetto a quelle del risparmio di spesa proprie dell'ordinamento contabile.

Si tratta di un punto nevralgico della tematica del favor participationis per le PMI, sul quale è

opportuno soffermarsi.

È noto, in proposito, che la disciplina previgente, sino alla modifica introdotta all'art. 2 del vecchio codice, addirittura vietava la suddivisione degli appalti in lotti, al fine di evitare che il frazionamento potesse essere utilizzato con finalità elusive della disciplina comunitaria, attraverso la riduzione artificiosa del valore degli appalti. Al contempo, sin da allora si evidenziava che in caso di opere pubbliche da realizzarsi in tempi diversi, spesso a causa dell'indisponibilità immediata dell'intero finanziamento, si sarebbe potuto eccezionalmente procedere al frazionamento in lotti da appaltare separatamente, a patto che in relazione all'importo complessivo d'appalto valido ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile fosse considerato unitariamente per tutti i lotti e, per quanto qui di maggior rilievo, che ciascuno di essi avesse carattere "funzionale", ovverosia che l'opera incompleta potesse essere - secondo quanto precisato dalla giurisprudenza - autonomamente fruibile, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti, secondo una definizione poi fatta propria dal legislatore del nuovo codice.

Ed è questo il punto: un concetto elaborato per i lavori, in relazione ad opere da realizzarsi in diverse fasi temporali, è stato esteso nel tempo agli appalti di servizi e forniture, da affidarsi invece contestualmente, con la finalità d'imporre ciò che prima era vietato (e che, per certi versi, lo è ancora, essendo stata ribadita la regola: cfr. l'art. 51, comma 1, de. d.lgs. n. 50/2016). Un'endiadi "camaleontica", in relazione alla quale il chiarimento proveniente da Anac si rivela assolutamente prezioso, nella misura in cui viene finalmente precisato che i lotti geografici, in cui sono suddivisibili gli appalti di servizi e non certo quelli di lavori, ben possono essere funzionali e dunque, in un certo senso, obbligatori, "nella misura in cui ciascun lotto identifica uno specifico oggetto dell'appalto la cui progettazione o realizzazione sia tale da assicurare funzionalità, fruibilità e fattibilità".

La definizione normativa introdotta dal nuovo codice e nata per i lavori pubblici viene così adattata agli appalti complessi e integrati di servizi, con il precipitato che è inidonea e insufficiente la motivazione resa da Consip nell'ambito del bando di gara, considerato illegittimo da Anac, secondo la quale "la presente procedura non viene suddivisa in lotti funzionali in quanto elemento fondante e qualificante della merceologia oggetto di gara è la fornitura integrata dei servizi. Una suddivisione di detti servizi in lotti funzionali avrebbe fatto venir meno tale necessaria caratteristica".

In accoglimento dell'istanza presentata da FNIP, l'Anac considera dunque falsa e tautologica una siffatta motivazione, richiamando Consip a rispettare, per il futuro, i principi oramai pacifici in giurisprudenza.

e non potrà, per il passato, non considerare l'eventualità di un intervento in autotutela sulla specifica gara d'appalto, prendendo atto che i principi fondanti il nuovo corso della contrattualistica pubblica sono stati lesi dal relativo bando.

[LEGGI LA DELIBERA ANAC 123 del 13 febbraio 2019](#)