

AVVISO 4

PROCEDURA APERTA, IN MODALITA' TELEMATICA, PER LA FORNITURA DI SERVIZI DI LAVAGGIO E NOLEGGIO BIANCHERIA, VESTIARIO E FORNITURA KIT STERILI – CIG 6282125D89 E 628215022E

In relazione all'oggetto si comunica che in data 16/07/2015 è pervenuta da parte di un potenziale offerente la nota 145/15 acquisita al protocollo ASL con il numero 30743/2015 inerente: *"Informativa ex art. 243 bis d.Lgs. 163/2006 in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale avverso il bando di gara inerente "Procedura aperta in modalità telematica, per la fornitura di servizi di lavaggio e noleggio biancheria, vestiario e kit sterili – CIG 6282125D89 E 6282215022E"*.

Pertanto, in data odierna si pubblica quanto segue:

- a) nota 145/15 acquisita al protocollo ASL con il numero 30743/2015 **(allegato 1 al presente avviso)**;
- b) nota ASL prot. 30981/2015 del 17/07/2015 *"Appalto servizi di lavaggio e noleggio biancheria, vestiario e fornitura kit sterili – informativa ex art. 243 bis del D.Lgs. 163/2006 pervenuta da (...) – prot. 145/15 acquisita al protocollo ASL con il numero 30743/2015 – comunicazione parere istruttorio"* **(allegato 2 al presente avviso)**.

Publicato in data 17/07/2015

IL RUP
DOTT.SSA M. CASSITTA

Prot: 145/15
Rif: [REDACTED]

Allegato n. 1 dell'oviso n° 4 del 17.07.2015

[REDACTED] 16 luglio 2015

PG/2015/30543
16.07.2015

Spett.le
ASL N. 2 di Olbia
Via Bazzoni Sircana n. 2
07026 - OLBIA
protocollo@pec.aslolia.it

OGGETTO: Informativa ex art. 243 bis d.lgs. n. 163/2006 in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale avverso il bando di gara inerente "Procedura aperta, in modalità telematica, per la fornitura di servizi di lavaggio e noleggio biancheria, vestiario e fornitura kit sterili - CIG 6282125D89 E 628215022E".

Nella mia qualità di Legale Rappresentante di [REDACTED] società operante nel medesimo settore oggetto della gara indetta da Codesta Amministrazione, significo quanto di seguito ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. n° 163/2006.

(I) Il bando di gara, corredato dal relativo disciplinare, dal capitolato speciale e dagli allegati, risulta palesemente illegittimo per violazione di fondamentali norme in materia di affidamento di contratti pubblici.

E' qui appena il caso di rilevare, sinteticamente, quanto di seguito:

- a norma dell'art. 11, quarto comma, del D.Lgs. n° 163/2006, "Le procedure di affidamento selezionano **la migliore offerta** mediante uno dei criteri previsti dal presente codice...[...].";

- ai sensi dell'art. 41 ('Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi'), secondo comma, del medesimo D.Lgs. "Le amministrazioni **precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere...[...].**";

- secondo quanto previsto dal successivo art. 42 ('Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi'), secondo comma, del medesimo D.Lgs. "La stazione appaltante **precisa nel bando di gara o nella lettera di invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati.**"

Ora, contrariamente a quanto previsto dalle norme sopra richiamate, la *lex specialis* e, segnatamente, il disciplinare di gara si limita a richiedere ai partecipanti la dimostrazione dei 'Requisiti generali' (art. 4.1. - pagg. 8/11) e dei 'Requisiti di idoneità professionale' (art. 4.2. - pag. 12) senza alcun riferimento ai requisiti di capacità economica finanziaria e tecnico professionale.

[REDACTED]

Il che, come ciascuno può comprendere, non consente di selezionare alcuna migliore offerta, visto che la predetta *lex specialis*, giova ribadirlo, non prevede alcuna clausola di sbarramento e/o prescrizione minima di capacità economica e/o di fatturato relativo all'esperienza maturata nell'ultimo triennio dall'impresa partecipante.

(II) In altre parole, Codesta Amministrazione intende illegittimamente consentire la partecipazione di qualsiasi operatore, anche privo di una dimostrata maturazione di adeguata capacità economica e tecnica.

Ed è per questo motivo, oltre all'importanza e alla delicatezza del servizio messo a concorso, che invece la A.s.l. n. 2 di Olbia avrebbe dovuto precisamente definire, ai sensi dei ricordati artt. 41 e 42 del Codice dei Contratti, i requisiti di partecipazione (i) con richiesta di dimostrazione della capacità economica nonché (ii) di previsione di limiti minimi di fatturato per servizi espletati nel settore (identici o analoghi).

L'omessa previsione di siffatti indispensabili requisiti, pertanto, rendono il bando di gara e il correlato disciplinare palesemente illegittimi per violazione dei citati artt. 41 e 42 del D.Lgs. n° 163/2006 che, ripetesi, richiedono la definizione da parte delle stazioni appaltanti di requisiti specifici in ordine alla 'capacità economica' ed alla 'capacità tecnica' dei concorrenti.

In questi termini, peraltro, si è recentemente espressa la Prima Sezione del T.a.r. Sardegna con l'ordinanza cautelare n. 74/2015.

*** **

Alla luce di quanto sopra esposto, pertanto, ai sensi dell'art. 243 bis D.Lgs. n. 163/2006, si comunica l'intendimento di proporre impugnazione avverso il bando di gara ed i relativi atti connessi (disciplinare, capitolato speciale etc.) qualora Codesta Amministrazione non provveda al relativo annullamento in autotutela, nel breve termine di 7 giorni, così da predisporre una *lex specialis* immune dai vizi sopra segnalati.

Allegato n. 2 all'avviso n. 4 del 17/07/2015

Prot. n. **PG 30981****Olbia 17/07/2015**

Alla Direzione Aziendale

EPC


Oggetto: Appalto servizi di lavaggio e noleggio biancheria, vestiario e fornitura kit sterili – informativa ex art. 243 bis del D.Lgs. 163/2006 pervenuta da  – prot. 145/15 acquisita a protocollo ASL con il numero 30743/2015 – comunicazione parere istruttorio

E' pervenuta ieri la nota prot. 145/15 acquisita al protocollo ASL con il numero 30743/2015 dall'impresa  inerente "*Informativa ex art. 243 bis d.Lgs. 163/2006 in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale avverso il bando di gara inerente "Procedura aperta in modalità telematica, per la fornitura di servizi di lavaggio e noleggio biancheria, vestiario e kit sterili – CIG 6282125D89 E 6282215022E"*".

Si comunica che non si sta attivando procedimento di intervento in autotutela per le seguenti ragioni:

- l'istanza è volta a ottenere un'integrazione del bando di gara: si vorrebbe che fosse inserito un requisito di ammissione delle imprese di idoneità economica (fatturato per servizi identici o analoghi nel triennio scorso) che non è stato invece previsto;
- l'istanza in sé e le motivazioni che la sorreggono sono, ad avviso di chi scrive, palesemente infondate.

Infatti:

- Anzitutto non si crede che vi sia alcun interesse tutelato dall'Ordinamento a proporre ricorso: infatti la giurisprudenza consente di impugnare il bando, *immediatamente*, quando sia *immediatamente* lesivo della possibilità di partecipazione, mentre nel caso di specie si vorrebbe esattamente l'opposto, e cioè che un bando aperto al massimo alla concorrenza fosse modificato in senso restrittivo, con scopi evidentemente protezionistici e quindi di limitazione della concorrenza, in contrasto con i principi comunitari nazionali in materia;
- il potenziale offerente pretende di sostituire proprie valutazioni di merito sulle condizioni di

ammissione alla procedura a quelle effettuate dalla stazione appaltante, per il proprio evidente esclusivo interesse, ancora in contrasto con i principi comunitari - nazionali sul riparto di competenze e con le regole e i principi che regolano il procedimento amministrativo.

Per scrupolo comunque si reputa opportuno svolgere alcune considerazioni nel merito:

- la legge prevede requisiti obbligatori (in particolare, nel caso di specie i requisiti morali e commerciali, contemplati dal bando di gara) e requisiti facoltativi, tra i quali il fatturato; il fatto che il requisito sia facoltativo non obbliga quindi affatto la P.A. ad inserirlo;
- anzi, da ultimo, il legislatore ha dimostrato di considerare con sempre maggior sfavore ogni limite non ragionevole che restringa la concorrenza; e proprio l'utilizzo da parte delle stazioni appaltanti, in fase di qualificazione degli offerenti, del requisito che l'istante vorrebbe fosse inserito nel bando è stato specificatamente disincentivato: infatti è stato modificato l'articolo 41 del Codice degli appalti pubblici "*capacità economico-finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi*", con inserimento al secondo comma della seguente clausola: "*sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale*"; pertanto e conclusivamente sul punto la regola è non prevedere il fatturato quale limite di accesso, con obbligo di adeguata motivazione quando si deroghi alla regola; e così, sia detto per inciso, si è sempre comportato questa stazione appaltante com'è agevole verificare confrontando altri bandi precedenti;
- comunque non si sono posti limiti di questo tipo in fase di ammissione concorrenti per queste semplici considerazioni: a) l'appalto include forniture abbastanza banali (in termini di complessità tecnica: si tratta di vestiario e lingerie con pochi complementi speciali quali alcuni beni anti-decubito di bassa tecnologia) e servizi i cui processi ordinari sono ormai strutturati a livello internazionale (sterilizzazione e lavaggio-stiratura panni, trasporti degli stessi beni, piccoli servizi di guardaroba) cosicché il relativo know-how è accessibile a chiunque esistendo anche specifiche norme UNI EN sulla certificazione dei processi produttivi. Quindi non si capisce perché si dovrebbe ritenere che una nuova impresa non dovrebbe essere in grado di gestire detti processi secondo standard qualitativi minimi adeguati; b) di più, si può plausibilmente supporre che una nuova impresa nata per operare in un settore con processi produttivi consolidati e con concorrenti innumerevoli abbia effettuato uno studio per massimizzare i profitti a parità di qualità produttiva e quindi possa risultare estremamente competitiva in termini tecnico economici;

- si lamenta anche il fatto che nelle regole per la valutazione delle offerte non si sia previsto uno "sbarramento" per escludere offerte inadeguate; e ciò è errato; infatti, gli atti di gara contengono, in perfetta conformità con l'ordinamento vigente (come risulta anche dalla recente sentenza Consiglio di Stato n. 3275/2015 in una causa che ha visto vittoriosa quest'Asl e che trattativa questioni simili) l'esplicito rinvio all'art. 68 del Codice, il quale prevede la possibilità per la stazione appaltante di rifiutare le offerte che non rispettano le minime specifiche tecniche; inoltre, il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cosicché saranno opportunamente e adeguatamente valutate anche le caratteristiche tecniche dei progetti; ed infine, ad ulteriore garanzia, gli atti comprendono norme stringenti di salvaguardia in fase di esecuzione contrattuale (cause di risoluzione, anche di diritto del contratto – penali); e si crede di poter affermare che proprio l'inserimento di clausole simili in ogni appalto di quest'ASL sia la ragione della sostanziale inesistenza di contenzioso in fase di esecuzione contrattuale, da anni, per quanto riguarda gli obblighi prestazionali delle parti diversi dai termini di effettuazione dei pagamenti.

Ovviamente qualora codesta Direzione dovesse essere di diverso avviso ci si adeguerà ad eventuali direttive difformi nell'ambito della discrezionalità amministrativa.

Si rimane a disposizione per eventuali chiarimenti ritenuti necessari.

Distinti saluti

**Il Direttore del Servizio Provveditorato
e Amministrazione Patrimoniale
Avv. Roberto Di Gennaro
(f.to)**