



**FAQ relative all'affidamento del servizio di Consulenza in Area Legale:
"CONSULENZA E ASSISTENZA LEGALE PER LA FEDERAZIONE NAZIONALE
ORDINI DELLA PROFESSIONE DI OSTETRICA (FNOPO) NONCHÉ PER GLI
ORDINI TERRITORIALI"**

Aggiornamento del 30 marzo ore 18:30

In fase di Indagine di mercato

D. L'avviso prevede quale requisito esperienza di consulenza in ambito civile ed amministrativo in favore di un Ente pubblico non economico quale Federazione/Ordine Professionale del settore sanitario. A tal fine si chiede se il requisito possa essere soddisfatto anche nel caso in cui si sia prestato la consulenza a favore di Enti Pubblici o Aziende Speciali (Farmacie) nel settore sanitario.

R. Il requisito da Lei indicato può essere soddisfatto anche nei casi da Lei indicati e sarà valutato con l'assegnazione di punteggio dalla Commissione che sarà nominata dalla Stazione Appaltante, a condizione che il professionista invitato documenti con precisione il tipo di consulenza svolta e la tipologia di ente pubblico o di altra persona giuridica per cui l'ha resa.

In fase di Invito a partecipare

D. Nella lettera di invito al punto 2.D) viene indicato un numero massimo di pareri pari a 50, mentre nell'allegato B è indicato un numero massimo di 30 pareri. Si chiede, quindi, quale dei due è da ritenersi valido.

R. Deve considerarsi valevole quanto scritto nella lettera d'invito

D. In considerazione delle **Linee guida ANAC n. 4**, che contengono specifiche indicazioni sulle modalità di selezione degli operatori economici, prevedendo l'applicazione del principio di rotazione quando l'affidamento immediatamente precedente e quello attuale hanno ad oggetto lo stesso settore di servizi, considerato peraltro che trattasi di una procedura negoziata su invito, alla quale presumibilmente alla stesura ha partecipato il precedente operatore economico (vedasi Vs. delibera n. 8/2020 con richiesta parere del consulente legale), si chiede se l'Ente intende applicare il suddetto principio di rotazione rispetto ai precedenti affidamenti in materia di consulenza legale (anno 2019).

R. La Stazione Appaltante ha fatto rigorosa applicazione del principio generale espresso dall'art. 3.6. delle Linee Guida ANAC n. 4 del 2016 secondo cui - in relazione all'applicazione del principio di rotazione ed al divieto di invito del precedente affidatario - prevede nella sua seconda parte che.. "La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi



alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione". FNOPO ha previsto, sin dalla pubblicazione dell'avviso di manifestazione di interesse-indagine di mercato, che sarebbero stati invitati alla procedura tutti gli interessati, senza limitazioni di sorta, ed ha proceduto in tal senso invitando un numero di concorrenti ben superiore rispetto a quello minimo di 5 (ex art. 36, comma 2 lett. b) che sarebbe richiesto dalla normativa di settore. Pertanto, ritenendo che il principio di rotazione sia servente rispetto a quello di libera concorrenza, ha inteso farvi applicazione in modo tale da garantire la massima partecipazione dei professionisti e garantire alla Commissione ampia possibilità di valutazione al fine di acquisire un servizio di alta qualità tecnica.

Pertanto FNOPO ha ritenuto di applicare il coerente principio giurisprudenziale secondo cui, "ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto" (TAR Trieste, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 16).

Nonché seguendo conforme giurisprudenza secondo cui il principio di rotazione «non può essere trasformato in una non codificata causa di esclusione dalla partecipazione alle gare [...] allorquando la stazione appaltante [...] apre al mercato anche nelle procedure negoziate, dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, ma significa non favorirlo» (TAR Cagliari, Sez. I, 22 maggio 2018, n. 493); «è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo» (T.A.R. Firenze, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816, con riferimento ad un caso in cui all'avviso esplorativo avevano fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente);

In ogni caso il precedente candidato invitato è stato vincitore di Gara Aperta e non soggetto di affidamento diretto (o altra procedura semplificata sotto soglia- e nella decisione dell'invito la Stazione Appaltante ha tenuto conto anche - come richiesto dallo stesso art. 3.6. delle Linee Guida - "del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)", dimostrabile in ogni contesto possibile e con amplissima documentazione.

La scelta di FNOPO di non porre limiti o selezioni agli inviti, è inoltre in linea con le sentenze TAR Toscana, sez. II, 12.6.2017, n. 816, per cui il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, sicché non può disporsi l'estromissione del gestore uscente allorché ciò finisca per ridurre la concorrenza, con TAR Veneto, sez. I, 26.5.2017, n. 515, secondo cui: «...per unanime giurisprudenza proseguita anche sotto il vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non



ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale (in questi termini: Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.12.2011, n. 6906; TAR Napoli, II, 08.03.2017 n. 1336; TAR Lazio, Sez. II, 11.03.2016 n. 3119).

Quanto all'ultima parte del quesito, Si precisa che il consulente legale per anticorruzione e trasparenza che ha valutato gli atti ed i documenti delle tre procedure ed espresso pareri - citato nella delibera 8/2020 ritualmente pubblicata - non ha presentato nessuna manifestazione di interesse per alcuna delle procedure, al fine di evitare situazioni di conflitto di interessi e pertanto nel rispetto del bando non è stato invitato alle procedure. L'invito sopra indicato è stato rivolto ad altro legale consulente in area di diritto sanitario che non ha espresso nessuna valutazione su nessuna delle procedure.

D. Nella Lettera di Invito, pag. 3, è previsto che “Le istanze di partecipazione alla selezione firmate digitalmente...”. Sembrerebbe, quindi, che le istanze di partecipazione debbano essere firmate digitalmente, mentre nella stessa Lettera di Invito è previsto che la domanda di partecipazione e le offerte devono essere trasmesse tramite Posta Ordinaria presso la sede legale della Federazione. Pertanto la domanda e le offerte dovrebbero essere sottoscritte con firma autografa del partecipante. Si chiede, quindi, di chiarire detto aspetto.

R. Appare evidente che dovendosi presentare la domanda di partecipazione con posta ordinaria - necessaria per la segretezza delle offerte economiche e tecniche - la domanda e le offerte debbono essere sottoscritte con firma autografa.

D. Nel testo della Lettera di Invito non è previsto che la stessa debba essere firmata dal partecipante, mentre in calce (pag. 12) viene chiesta la firma digitale del “candidato”. Si chiede, pertanto, se la Lettera di Invito deve essere sottoscritta dal partecipante, le modalità della sottoscrizione e in quale busta eventualmente inserirla (A, B o C).

R. La domanda di partecipazione deve essere sottoscritta dal candidato, se professionista singolo, o dal legale rappresentante dello studio associato se il partecipante è un'Associazione professionale. La domanda di partecipazione va inserita nella busta "A". Debbono essere del pari sottoscritti anche i modelli B e C secondo quanto già predisposto nel modello stesso e debbono essere inseriti in distinte buste B e C contenenti informazioni sull'offerta tecnica e su quella economica. Si ribadisce che la firma digitale era prevista solo sulla manifestazione d'interesse trasmissibile via pec, mentre per la domanda di partecipazione ed i modelli B e C non essendo possibile l'invio tramite pec debbono essere sottoscritti con firma autografa.

D. Nella Lettera di Invito è previsto che “*Per assistenza si intende sia il rapporto stabile di consulenza che abbia avuto un inizio e una fine documentata.* A tal fine, si precisa che alcuni rapporti di collaborazione, ormai decennali (sorti molto prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici), non sono formalizzati e sono tuttora in corso. Pertanto, si chiede se in questi casi è sufficiente indicare l'Ente, l'inizio dell'incarico e il tipo di incarico.



R. Per i rapporti di consulenza ancora in corso deve essere indicato l'Ente, la data di inizio del rapporto e l'indicazione "ancora in essere" e spiegata la tipologia dell'incarico in modo più dettagliato possibile.

D. Nella Lettera di Invito è previsto che “Alla domanda dovrà essere allegato il “PASSOE” di cui all’art. 2, comma 3.2, delibera n. 111 del 20 dicembre 2012 dell’AVCP, come modificata dalla Deliberazione ANAC n. 157 del 17.2.2016”. Si chiede se l’allegato in questione è previsto a pena di inammissibilità, considerato che, ad oggi, vi è un problema tecnico sulla piattaforma Anac per recuperare il Passoe, già segnalato alla medesima Anac.

R. La mancata allegazione del PASSOE non è prevista a pena di inammissibilità, stante la difficoltà tecnica a generarlo dal sistema informatico ANAC. In ogni caso la Stazione Appaltante si riserva di espletare richiesta integrativa, in sede di valutazione della Commissione ed, in ogni caso, sull'aggiudicatario.

D. Data la situazione di emergenza sanitaria dovuta al COVID-19, e la conseguente limitazione degli spostamenti per soli motivi di necessità, nonché data la modalità di lavoro in smart working, condivisa dalla maggior parte dei lavoratori, risulta difficile poter far pervenire alla Vostra stazione appaltante il plico contenente le buste richieste nell’Invito pubblico. Per tanto si chiede la possibilità di inviare la documentazione, seppur rispettando l’ordine e il contenuto delle varie buste: amministrativa, tecnica ed economica, tramite PEC.

R. La trasmissione via pec della documentazione non è possibile perché FNOPO non dispone di idonea piattaforma che possa garantire la inviolabilità e segretezza del contenuto delle offerte economiche e tecniche. Pertanto la spedizione via pec renderebbe inammissibile l’offerta. La documentazione della procedura dovrà pertanto essere Spedita a mezzo posta all’indirizzo indicato nella lettera di invito, nella quale compare il riferimento a firma digitale e trasmissione via pec quale mero refuso, superato dalla chiara indicazione dell’indirizzo fisico dell’Ente presso cui deve pervenire la documentazione.

Al fine di fornire ulteriore sostegno agli offerenti si segnala che il Dpcm 22.3.2020 - integrato dal Decreto Mise 25.3.2020 - pone all’allegato 1 l’elenco delle attività produttive e dei servizi NON sospesi, fra i quali compaiono “i servizi postali e attività di corriere” (codice Ateco 53) e le stesse “attività legali e contabili” (codice Ateco 69)” che legittimano spostamenti nel comune per “comprovate esigenze lavorative” anche autocertificate (si vedano faq Presidenza del Consiglio dei Ministri).

D. Chiedo conferma che, anche alla luce della giurisprudenza amministrativa sulla materia, in relazione al requisito di cui all’art. 6 lett. d), – “polizza assicurativa professionale per un massimale di € 1.000.000,00” – sia possibile innalzare il massimale fino al valore richiesto con aggiornamento della polizza in caso di aggiudicazione della gara.

R. La delibera ANAC n. 419 del 15.5.2019 nel valutare un caso simile e citando giurisprudenza amministrativa sul punto ha precisato - che l’art. 83, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce, in via generale, che «Per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al



comma 1, lettera b), le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere: a) [...]; b) [...]; c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali»; - che trattandosi di un requisito richiesto ai fini dell'ammissione alla gara e non di un requisito per l'esecuzione del servizio qualsiasi, modifica sostanziale della documentazione attestante il suo possesso successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte non può considerarsi ammissibile perché in violazione del principio della par condicio competitorum, posto a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell'interesse sia della pubblica amministrazione che dei partecipanti;

- che la sentenza del TAR Brescia n. 282/2017, aveva esaminato un caso in cui la società ricorrente aveva dato prova, in fase di presentazione dell'offerta, di aver già concordato con l'agenzia assicurativa l'adeguamento del massimale in caso di aggiudicazione sulla base di semplice richiesta con effetto immediato, tanto che il giudice amministrativo ha potuto concludere che «[...] l'esclusione dalla gara è una sanzione ragionevole e proporzionata solo quando la stazione appaltante sia esposta al rischio di selezionare un aggiudicatario non in grado di attivare immediatamente la copertura assicurativa. Al contrario, se vi è la certezza che la copertura assicurativa richiesta dal bando o dal disciplinare di gara sarà presente al momento dell'aggiudicazione, e che l'attivazione della suddetta copertura dipende solo dalla volontà dell'aggiudicatario, e non dall'assenso di terzi, l'interesse pubblico può dirsi tutelato, e di conseguenza risulta indifferente lo strumento negoziale che ha reso possibile il risultato».

Il Giudice Amministrativo, infatti, aveva rilevato che l'art. 83, co. 4, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016, che consente alle stazioni appaltanti di chiedere un livello adeguato di copertura assicurativa a dimostrazione della capacità economica e finanziaria negli appalti di servizi, "impone che sia accertata, ancora al momento della presentazione dell'offerta, una condizione che in realtà sarà necessaria solo per lo svolgimento dell'attività, ossia un adempimento che produrrà effetti solo per l'aggiudicatario".

La norma, secondo il T.A.R., pertanto, deve essere interpretata alla luce del principio del favor participationis, in forza del quale occorre preferire, tra tutti i possibili significati, quello "che impone il costo minore per gli operatori economici, evitando la creazione di ostacoli impropri alla partecipazione". In tale ottica, l'allegazione in fase di gara di un contratto di assicurazione con un massimale già adeguato al valore dell'appalto risulta particolarmente onerosa per i concorrenti e "del tutto superflua", divenendo necessaria solo al momento dell'aggiudicazione.

Pertanto, secondo il T.A.R., ove il concorrente – in fase di gara – dia prova certa del fatto che la copertura assicurativa richiesta dalla lex specialis sarà presente all'atto della aggiudicazione e che la sua attivazione sarà immediata, a semplice richiesta dell'aggiudicatario e senza necessità di ulteriore assenso da parte di soggetti terzi, non può essere comminata l'esclusione per mancata prova del requisito.

Pertanto la Stazione Appaltante, vista la delibera ANAC citata e la giurisprudenza amministrativa applicabile, nel rispetto della parità di trattamento dei partecipanti, per favorirne la partecipazione, e per soddisfare l'interesse pubblico sotteso alla prestazione di garanzia assicurativa per danni a terzi, ritiene che sia equivalente al possesso di polizza



assicurativa RC professionale con massimale minimo di 1.000.000,00 di euro, la produzione - già in fase di presentazione dell'offerta o comunque resa entro il medesimo termine anche se prodotta successivamente - di dichiarazione della Compagnia assicuratrice che, in caso di aggiudicazione, il massimale sarà innalzato al livello richiesto, a semplice richiesta del contraente assicurato.