



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 412

DEL 8 maggio 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Agenzia Regionale per le Attività Irrigie e Forestali (A.R.I.F.) – Avviso pubblico per il conferimento dell’incarico professionale di durata biennale per lo svolgimento della funzione di medico competente dell’Agenzia regionale attività irrigue e forestali della Regione Puglia - Importo a base d’asta: euro 160.000,00 – S.A.: Agenzia Regionale per le Attività Irrigie e Forestali (A.R.I.F.).

PREC 35/19/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, acquisita al prot. n. 12532 del 14 febbraio 2019, l’Agenzia Regionale per le Attività Irrigie e Forestali (A.R.I.F.) ha chiesto all’Autorità se, per l’affidamento dell’incarico di medico competente di cui al d.lgs. n. 81/2008, sia possibile avvalersi della procedura di conferimento degli incarichi individuali di cui all’art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, attribuendo l’incarico ad un medico libero professionista (ex art. 39, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 81/2008), oppure se sia obbligatorio esperire una procedura ad evidenza pubblica per l’individuazione di una struttura esterna che indica il dipendente o il collaboratore esercente l’attività di medico competente (ex art. 39, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 81/2008).

A fondamento dell’istanza, l’A.R.I.F. ha rappresentato di avere indetto, con Deliberazione del Direttore Generale n. 7 del 25 gennaio 2019, una procedura pubblica selettiva per il conferimento dell’incarico di medico competente di cui al d.lgs. n. 81/2008, per la durata di due anni, e di avere pubblicato, in pari data, un avviso pubblico che precludeva la partecipazione alle società e/o ditte (art. 3). Detta clausola è stata contestata dalla società 626 Mi.Ro. S.r.l. che, in data 30/01/2019, ha formulato istanza di autotutela, chiedendo all’Agenzia Regionale di modificare l’avviso onde consentire la partecipazione alla procedura a tutti gli operatori economici di cui all’art. 45 del d.lgs. n. 50/2016.

A seguito di ulteriore scambio di corrispondenza tra l’ente (nota prot. n. 0005881 del 5/02/2019) e la società (nota prot. n. 0007002 del 12/02/2019), l’Amministrazione ha deciso di interpellare questa Autorità, sospendendo nelle more la procedura di affidamento.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con nota prot. n. 0030214 del 12 aprile 2019, l'Autorità ha comunicato alle parti l'avvio del procedimento ed in data 16/04/2019, la società 626 Mi.ro. S.r.l. ha trasmesso la propria memoria, ribadendo l'illegittimità della decisione della stazione appaltante di non ammettere alla procedura tutti gli operatori economici di cui all'art. 45 del d.lgs. n. 50/2016.

Ritenuto in diritto

La procedura selettiva di cui si discute ha ad oggetto l'affidamento dell'attività di sorveglianza sanitaria di cui al d.lgs. n. 81/2008 ed in particolare il conferimento dell'incarico di medico competente, di cui all'art. 39 del predetto Decreto.

Per stabilire se sia obbligatoria o meno l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica, con ciò che ne consegue in termini di soggetti ammessi a partecipare alla gara, è necessario esaminare l'oggetto dell'affidamento, verificando: a) se si tratta di un appalto di servizi ovvero di incarico professionale ex art. 7 del d.lgs. n. 165/2001; b) nel caso in cui si qualifichi come appalto di servizi, a quale regime di affidamento vada assoggettato.

L'art. 3, comma 1, lett. ss) del d.lgs. n. 50/2016 definisce l'appalto pubblico di servizi come il contratto *“tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, avente ad oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lettera ll)”. La nozione fornita dal legislatore è piuttosto ampia, comprendendo in generale i contratti aventi ad oggetto una prestazione di *facere* suscettibile di valutazione economica che non costituisca un'opera pubblica, incluse le prestazioni d'opera intellettuale. In tale prospettiva, è stato ritenuto elemento qualificante dell'appalto di servizi, oltre alla complessità dell'oggetto, la circostanza che l'affidatario dell'incarico necessiti, per l'espletamento dello stesso, di apprestare una specifica organizzazione finalizzata a soddisfare i bisogni dell'ente.*

L'oggetto dell'affidamento di cui si discute è qualificabile come appalto di servizi e non come incarico di collaborazione di cui all'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001.

Dall'art. 4 dell'avviso pubblico allegato alla Deliberazione n. 7/2019 si evince che l'affidamento comprende una serie di attività di sorveglianza sanitaria che presuppongono un'organizzazione *ad hoc* dedicata all'ente committente al fine di soddisfare gli obblighi di tutela della salute sui luoghi di lavoro incombenti sul datore di lavoro, ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 81/2008. I compiti del soggetto affidatario non consistono, infatti, solo nell'effettuazione di visite mediche programmate nei confronti dei lavoratori, ma comprendono anche la collaborazione *“con il datore di lavoro e con il servizio di prevenzione e protezione alla valutazione dei rischi, anche ai fini della programmazione della sorveglianza sanitaria, alla predisposizione dell'attuazione delle misure per la tutela della salute e della integrità psicofisica dei lavoratori, all'attività di formazione e informazione nei confronti dei lavoratori, per la parte di competenza, ed alla organizzazione del servizio di primo soccorso”*; è inoltre



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

previsto il compito di *“programmare ed effettuare la sorveglianza sanitaria di cui all’art. 41 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, e ss.mm.ii. attraverso protocolli sanitari definiti in funzione dei rischi specifici e tenendo in considerazione gli indirizzi specifici più avanzati”*. Sempre l’art. 4 dell’avviso prevede che l’affidatario dovrà partecipare alle riunioni periodiche di cui all’art. 35 del d.lgs. n. 81/2008, elaborare il calendario degli accertamenti sanitari periodici, esprimere giudizi di idoneità sui lavoratori, avendo la facoltà finanche di avvalersi della collaborazione di ulteriore personale medico. Peraltro, le prestazioni richieste dovranno essere effettuate su un numero rilevante di dipendenti (mille lavoratori a tempo indeterminato, centodieci a tempo determinato ed ulteriori dipendenti di numero non stimato assunti in costanza di contratto).

Dalla natura delle prestazioni da erogare, dalla loro complessità, dal carattere costante del servizio, nonché dalla considerazione che esso presuppone un’organizzazione di mezzi non individuale, si trae la conferma della sua qualificazione come appalto di servizi. D’altra parte, dalla lettura complessiva della delibera di indizione della procedura e dell’avviso pubblico, sembra che la stessa A.R.I.F., pur escludendo la natura di appalto di servizi dell’incarico (si legge nella delibera che *“l’incarico di medico competente non riguarda la fornitura di un “servizio”, bensì configura un incarico di elevata qualità e con prestazioni di tipo professionale sanitario”*), lo abbia sostanzialmente considerato tale sotto alcuni aspetti, ad esempio, richiedendo all’Autorità il CIG, nominando il RUP ai sensi dell’art. 31 del d.lgs. n. 50/2016 e prevedendo, tra i motivi di esclusione dalla selezione, l’assenza dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, salvo poi (illogicamente) non assoggettare la procedura all’applicazione delle pertinenti disposizioni codicistiche relative agli appalti di servizi (come di seguito precisato).

Di contro, va esclusa la sussistenza dei presupposti prescritti dall’art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001 per il conferimento dell’incarico esterno di medico competente, difettando, in particolare, la condizione di cui all’art. 7, comma 6, lett. a) (*“l’oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall’ordinamento all’amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell’amministrazione conferente”*), nonché di quella prescritta dalla lett. c) della citata disposizione (*“la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata”*).

Per quanto concerne il presupposto di cui alla cit. lett. a), si osserva che l’affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria non rientra tra i compiti istituzionali dell’A.R.I.F. che non si occupa di medicina e di sicurezza sul lavoro, bensì di attività irrigue e forestali. Infatti, la legge istitutiva dell’Agenzia istante prevede che *“L’Agenzia ha personalità giuridica di diritto pubblico e opera quale ente tecnico-operativo preposto all’attuazione degli interventi oggetto della presente legge, attraverso attività e servizi a connotazione non economica finalizzati al sostegno dell’agricoltura e alla tutela del patrimonio boschivo”* (art. 1, comma 2, della L.R. Puglia 25 febbraio 2010, n. 3). Di contro, l’incarico di medico competente non è strumentale all’esercizio delle attività in ambito forestale né



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

al sostegno delle attività irrigue, ma riguarda lo svolgimento di attività che il datore di lavoro è chiamato a svolgere in via obbligatoria, ai sensi degli artt. 25, comma 1, lett. b) e 41, comma 2, del d.lgs. n. 81/2008.

Invece, per quanto concerne il presupposto di cui alla cit. lett. c), difetta il requisito della temporaneità dell'incarico, dal momento che esso ha durata di due anni ed è prorogabile per il medesimo periodo, per cui si può protrarre per un periodo anche di quattro anni dalla data di sottoscrizione della convenzione.

Precisato che l'oggetto della procedura *de qua* è qualificabile come appalto di servizi, ai sensi del d.lgs. n. 50/2016, va chiarito a quale regime va assoggettato il relativo affidamento.

A tal fine va considerato che il servizio di sorveglianza sanitaria rientra tra i servizi sanitari, in relazione ai quali, con il nuovo Codice, si è passati da un regime di "specialità" ad un regime "alleggerito" nell'ambito delle regole dell'evidenza pubblica. Infatti, con il d.lgs. n. 163/2006, il servizio *de quo* era stato annoverato tra quelli di cui all'allegato II B esclusi dall'applicazione del Codice e disciplinato esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 163/2006 (in questo senso si veda la Deliberazione dell'Autorità n. 10 assunta all'adunanza del 25 febbraio 2010, nonché la sentenza del TAR Sicilia, Catania, sez. III, 1 luglio 2013, n. 1942). Invece, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, il servizio di sorveglianza sanitaria (al pari degli altri servizi sanitari) non può essere più annoverato tra i servizi esclusi ma va ricompreso tra i servizi di cui all'allegato IX "*Servizi di cui agli articoli 140, 142, 143 e 144*" (cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, 30 novembre 2016, n. 1186).

La disciplina attuale (risultante dalle modifiche apportate dal correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017) prevede, innanzitutto, una soglia di rilevanza europea pari ad Euro 750.000,00 (per i settori ordinari) differenziata rispetto agli altri affidamenti.

Inoltre, il vigente codice ha assoggettato tali servizi ad un "regime alleggerito", [a seguito dell'introduzione del correttivo diversificato a seconda che il contratto ricada nei settori ordinari (Capo II - articoli 142 e 143) o in quelli speciali (Capo I - articolo 140, che espressamente richiama gli articoli 142 e 143)], ma, comunque, ispirato ai principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici. I servizi sopra soglia nei settori ordinari sono regolati dagli artt. 142, 143 e 144, mentre quelli sotto soglia (come quello in esame) sono disciplinati dall'art. 36 del Codice. Sul punto, infatti, il comma 5-*octies* dell'art. 142 del d.lgs. n. 50/2016 (introdotto dall'art. 88 del d.lgs. n. 56/2017) dispone che: "*gli appalti di servizi di cui al comma 5-bis [dunque, anche i servizi sanitari di che trattasi], di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera d), sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36*".

Pertanto, nel caso di specie, considerando che l'importo posto a base di gara è inferiore alle soglie di rilevanza europea (essendo pari ad Euro 160.000,00), l'A.R.I.F. avrebbe dovuto procedere alla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

selezione pubblica nel rispetto dei principi e delle procedure di cui all'art. 36 del Codice, nonché delle Linee Guida ANAC n. 4 relative agli affidamenti di servizi sotto-soglia, ammettendo alla procedura gli operatori economici di cui all'art. 3, comma 1, lett. p) del Codice (comprese le società, sulla nozione ampia e "neutra" di operatore economico in ambito europeo si veda, *ex plurimis*, CGUE, 18 dicembre 2007, C-357/06; CGUE, 18 dicembre 2014, C-568/13). Quest'ultima disposizione, unitamente all'art. 45 del medesimo Codice (che espressamente la richiama), rappresenta una norma di carattere generale applicabile a tutte le procedure di affidamento dei contratti pubblici soggetti all'applicazione del Codice, salvo i casi in cui il legislatore abbia introdotto deroghe espresse. Una di queste può essere considerata quella dettata dall'art. 143 che, per quanto concerne gli appalti di servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'allegato IX, attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di riservare la partecipazione alle procedure alle organizzazioni che soddisfano i requisiti prescritti dal comma 2 della medesima disposizione. Tuttavia, al di fuori di questa ipotesi (che astrattamente potrebbe essere invocata – ma non è stata applicata nel caso di specie - per l'affidamento del servizio di che trattasi) non si ritiene legittima una clausola della *lex specialis* con la quale si limita la partecipazione ad una procedura di affidamento di un appalto di servizi solo ad alcune categorie di soggetti, escludendo *in toto* le società.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore, dovendo essere affidato il servizio di sorveglianza sanitaria di cui al d.lgs. n. 81/2008 nel rispetto delle procedure previste per l'affidamento dei servizi sanitari di cui all'allegato IX del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi nel caso di specie di appalto di servizi.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 maggio 2019

Il segretario Maria Esposito