

Parere n. 41 del 26 febbraio 2014

PREC 203/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Serenissima Ristorazione s.p.a. - "Servizio di refezione scolastica a favore degli alunni delle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di I grado del Comune di Castelfranco Veneto (periodo dal 01.09.2013 al 30.06.2016) - Importo a base di gara € 2.305.436,00 - S.A.: Comune di Castelfranco Veneto.

Refezione scolastica. Prossimità centro cottura. Requisiti di partecipazione e aggiudicazione. Attribuzione punteggio supplementivo.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto e ritenuto in diritto

In data 12 luglio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, presentata dalla Serenissima Ristorazione S.p.a. con la quale è stato richiesto un parere in merito alla legittimità di alcune clausole contenute nel bando e nei documenti di gara.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità con nota del 18.09.2013 è pervenuta una memoria della S.A. nella quale ribadisce la legittimità delle clausole contenute nella *lex specialis*.

Nel bando di gara al capitolo III.2.3 "Condizioni di partecipazione" e nel disciplinare di gara al paragrafo B punto d) "Condizioni minime", il Comune di Castelfranco Veneto (TV) ha prescritto, quale requisito di capacità tecnica per la partecipazione alla gara, la "disponibilità od impegno pre-contrattuale ad avere tale disponibilità prima dell'inizio del servizio e per tutta la durata dello stesso di un centro di cottura, che disti non più di 25 km dalla sede municipale (...)".

Analogamente il Capitolato Speciale di Gara, all'art. 7 "Determinazione del punteggio di qualità", considera come elementi di valutazione dell'offerta tecnica l'ubicazione del centro di cottura dedicato entro un raggio di 15 km dalla sede municipale e la disponibilità immediata di un centro di cottura alternativo con tempo di percorrenza non superiore ad un'ora. Lo stesso articolo attribuisce per l'ubicazione del centro di cottura principale un sub punteggio di tre punti se la distanza del medesimo è inferiore a 15km dalla sede municipale e un sub punteggio di zero punti se tale distanza è compresa tra 15 e 25km; nonché, per l'immediata disponibilità di un centro di cottura alternativo un sub punteggio di tre punti se tale centro alternativo è immediatamente disponibile e di zero punti se tale centro alternativo non è immediatamente disponibile.

L'istante ritiene che dette disposizioni siano dirette, per un verso, a porre una illegittima condizione di partecipazione e un requisito di ammissione alla gara, e, per un altro, all'attribuzione di un punteggio più elevato, configurandosi in entrambi i casi una palese violazione del principio di non discriminazione e del principio della parità di trattamento dei concorrenti, sanciti dall'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché delle Direttive Europee in materia di appalti. Esse produrrebbero un iniquo vantaggio per gli operatori economici già operanti sul territorio di riferimento, determinando un elemento di distorsione dei costi del partecipante alla gara a causa della richiesta capacità organizzativa aggiuntiva per l'impresa.

Giova richiamare l'attenzione che, sulla questione in esame, l'Autorità si è più volte pronunciata. Innanzitutto, con deliberazione A.V.C.P. n. 47 del 4 maggio 2011 (anticipata da Cons. St., Sez. V, n. 3887/2010; in tal senso parere prec. 18/2013) è stato stabilito che: "Per ciò che attiene alla previsione nel bando di gara secondo cui, tra i requisiti di ammissione, i partecipanti devono possedere un centro cottura ad una distanza non superiore a 50 km dal punto di consumo, si osserva che quando la stazione appaltante, per motivate e peculiari circostanze, ritenga importante che il soggetto che provvede all'erogazione del servizio di refezione scolastica debba avere un centro cottura in prossimità del proprio territorio, deve chiedere nel bando al solo aggiudicatario di soddisfare detto requisito (in questo senso chiaramente par. 2.2.1 della Comunicazione Interpretativa della Commissione UE 20061C 179102 sul diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici"; cfr. anche TAR Puglia-Bari, sez. I, sent. 2602/09).

Diversamente, infatti, si configurerebbe una violazione sia del principio di non discriminazione, sia del principio di parità di trattamento richiamati dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici e principi cardine del Trattato CE e delle Direttive appalti (cfr. ex multis: Corte di Giustizia, sent. 13.07.1993, causa C-330/91, *Commezbank*), producendo un iniquo vantaggio agli operatori economici già operanti sul territorio di riferimento e determinando, a causa della richiesta capacità organizzativa aggiuntiva per l'impresa, un elemento di distorsione dei costi del partecipante alla procedura di gara (Cons. St., Sez. V, n. 3887/2010)".

Nella fattispecie qui in esame, i parametri dettati nella deliberazione risultano rispettati posto che la *lex specialis* di gara prevede quale requisito per l'aggiudicazione e la stipula del relativo contratto la disponibilità o l'impegno pre-contrattuale ad avere tale disponibilità prima dell'inizio del servizio e per tutta la durata dello stesso di un centro di cottura, che disti non più di 25 km dalla sede municipale. Pertanto, detto requisito non è condizione di partecipazione, ma condizione di aggiudicazione e stipulazione del contratto, in armonia con quanto stabilito della deliberazione n. 47

del 4 maggio 2011.

Sull'attribuzione dei maggiori punteggi per la prossimità del centro di cottura, prosegue la deliberazione n. 47/2011 affermando che "Per quanto concerne, ancora, il problematico nodo del centro cottura si deve osservare, altresì, come sostenuto dal consolidato orientamento giurisprudenziale e dell'Autorità in materia, che l'attribuzione di punteggio nell'ambito dell'offerta tecnica (v. punto 15.2, lettera C) "Ubicazione del centro di cottura" del bando) alla distanza chilometrica tra il luogo di preparazione dei pasti e quello di consumo non è del tutto in linea con i dettami del D.Lgs. 163/06, in quanto, a stretto rigore, tra i requisiti oggettivi dell'offerta cui attribuire punteggio nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa non si possono far rientrare i requisiti soggettivi di partecipazione, (sulla non commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi dell'offerta cfr., ex multis, deliberazioni A.V.C.P. nn. 45/2010, 58/2008, 30 e 209 del 2007; parere di prec. n. 141/2010, n. 97/2010; Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 1° marzo 2007 - "Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi").

Di converso, poiché sulla qualità dei pasti influisce comunque in modo preponderante il tempo di consegna, sarebbe stato al limite più opportuno che il bando avesse previsto un punteggio per tale elemento (il tempo), piuttosto che per la distanza chilometrica (sul punto, di recente, anche la conferenza unificata Governo, Regioni, Autonomie locali del 29.04.2010 - G.U. n. 134 del 11.06.2010). A tale riguardo, si sottolinea peraltro che anche la stazione appaltante ha evidenziato l'importanza del fattore tempo tra gli impegni dell'aggiudicatario (v. primo capoverso art. 8, Capitolato d'appalto).

Si osserva, infine, che la distanza chilometrica non rappresenta un "indicatore più oggettivo" per garantire la freschezza dei cibi, in quanto a parità di distanza il tempo di consegna può variare a seconda delle condizioni infrastrutturali, territoriali, etc..".

Con parere di precontenzioso del 26.06.2012, n. 100, questa Autorità ha stabilito che: "Orduque, come pacificamente ammesso dalle parti, la previsione del bando sulla quale si concentrano le perplessità dell'istante contempla un qualificante profilo dell'offerta migliorativa, con conseguente attribuzione di punteggio addizionale, ma non costituisce anche un requisito di partecipazione alla procedura, di talché la sua introduzione non può determinare il paventato restringimento della platea dei concorrenti. In un caso del tutto analogo, la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato Sez. V, Sent., 13-04-2012, n. 2101) ha appunto ritenuto che la disponibilità di un centro di cottura di emergenza può ragionevolmente rientrare tra gli elementi di valutazione a cui deve attenersi la Commissione, siccome esattamente riconducibile a quello relativo all'organizzazione gestionale del servizio con specifico riferimento ai piani di emergenza da attuare nel caso in cui la cucina non sia in grado di funzionare per guasti o altre sopravvenienze". Ed ancora sull'argomento, parere n. 26 del 13.02.2014.

Ne deriva che l'attribuzione di un punteggio suppletivo all'offerta tecnica per maggiore prossimità del centro di cottura dedicato ai luoghi di consegna dei pasti, appare legittimo, soprattutto se viene in rilievo anche il fattore tempo, che nella fattispecie in esame, risulta essere stato preso in considerazione dalla *lex specialis* di gara.

Da ultimo evidenzia l'istante che l'art. 7 lettera F) del Capitolato di Gara prescrive che le proposte migliorative del servizio - da inserire in offerta tecnica e quindi nella busta tecnica - "devono contenere gli elementi di valore economico affrontati dal concessionario. A fini indicativi si considera il valore di € 1.000,00= annui (€ 3.000,00= per il triennio) di spesa del concessionario/vantaggio comunale per l'assegnazione di 1 (uno) punto."

Una simile previsione contrasterebbe apertamente con il principio per cui nelle offerte tecniche non si possano inserire elementi di valutazione economica o comunque tali da anticipare i contenuti dell'offerta economica, come peraltro più volte ribadito dalla giurisprudenza amministrativa.

Il capitolato in questione all'art. 7, lettera f), si limita a richiedere una valutazione economica sulla proposta migliorativa, infatti indica che: "verranno predilette quelle iniziative che tendano a migliorare l'aspetto educativo del servizio, oltre a favorire il contenimento dei costi da parte del servizio pubblico e precisamente: proposte che comportano un miglioramento dal punto di vista educativo e ambientale; proposte che consentono un miglioramento nell'organizzazione del servizio; proposte che portano un vantaggio economico per l'Ente", al fine di attribuire alla stessa una reale consistenza, e pertanto, non viene in rilievo un'anticipazione dell'offerta economica in sede di offerta tecnica, in quanto secondo quanto indicato nel suddetto CSA all'art. 8, il corrispettivo per l'offerta economica si determina sommando i numeri annui per prezzi unitari offerti per ciascuna tipologia di pasto (scuola dell'infanzia, primaria e secondaria).

Conseguentemente, le clausole della *lex specialis* di gara qui in rilievo risultano legittime. Tutto ciò premesso e considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le clausole della *lex specialis* di gara siano legittime.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 marzo 2014

Il Segretario Maria Esposito