



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Delibera n. 67 del 30 gennaio 2019

Fasc. 4915/2017

Oggetto: Contratto per l'affidamento in concessione ex art. 30, d. lgs 163/2006 del servizio di gestione della mensa presso la sede della Regione Lazio di via R. Raimondi Garibaldi, 7, Roma – durata 6 anni – valore stimato della concessione € 14.886.900,00 - servizio a ridotto impatto ambientale ai sensi del DM 25/7/2011 – CIG 655780470D. S.A. Regione Lazio

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 30 gennaio 2019;

Visto l’articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all’Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Fatto

La società Ladisa S.R.L. concessionaria del servizio di ristorazione indicato in oggetto, ha fatto pervenire all’Autorità per conoscenza, una memoria (prot. ANAC n. 99691 del 10.8.2017) indirizzata alla Regione Lazio con cui formulava le proprie osservazioni in ordine alla possibile rinegoziazione del canone di concessione del servizio di mensa aziendale.

Con la predetta memoria la società concessionaria rappresentava l’errata formulazione da parte della Regione Lazio degli atti di gara da imputarsi alla sovrastima del numero dei pasti giornalieri oggetto della concessione *“di gran lunga non corrispondente alla realtà”*, ed il *“pagamento del canone di importo assolutamente ingiustificato alla luce dei pasti consumati”*, tale da ingenerare una grave situazione di pregiudizio economico per il concessionario.

La questione che ha caratterizzato la *querelle* innanzi esposta tra la Regione Lazio la società Ladisa attiene principalmente alla richiesta sin dai primi mesi di esecuzione del contratto (gennaio 2017) di revisione dei patti contrattuali eccessivamente onerosi per la concessionaria, avanzata alla Regione Lazio ai sensi dell'art. 165, comma 6 del d. lgs 50/2016 per *“fatti non riconducibili al concessionario”* o in subordine ha ipotizzato l'annullamento *ex tunc* del contratto per vizio di volontà con richiesta di risarcimento del danno corrispondente alla perdita conseguita nei mesi di gestione del servizio.

L'Autorità, interpellata dalla stessa Regione Lazio si è pronunciata con parere del 12.2.2018 prot. 13091 in merito alla possibile rinegoziazione del canone contrattuale ai sensi dell'art. 165, comma 6 del d. lgs 50/2016 *“per fatti non riconducibili al concessionario o se possa attivare il rimedio della risoluzione contrattuale per inadempimento nei confronti del concessionario stesso, ed infine se essa possa accordare la rinegoziazione del canone di concessione nelle more della risoluzione del contratto e dell'avvio di una nuova procedura di gara”*.

Con il predetto parere l'Autorità ha precisato che essa *“non può sostituirsi all'amministrazione aggiudicatrice nell'accertamento dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione, accertamento che è rimesso alla esclusiva competenza e responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice tenuta a valutare in concreto le reali esigenze esposte dalla parte privata rispetto alle condizioni contrattuali originariamente convenute”*.

In generale, prosegue il parere, in tema di modifica degli elementi sostanziali del contratto l'Autorità con Delibera 86/2017 si è richiamata al principio espresso dalla Corte di giustizia CE, Causa C-91/08 secondo cui *“al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto”*.

L'Autorità ha quindi ritenuto che *“fermo restando che compete all'amministrazione valutare quali siano le opportune azioni negoziali di reazione all'eventuale inadempimento delle obbligazioni da parte del concessionario, non appare percorribile la prospettata strada della rinegoziazione del canone contrattuale nelle more dell'avvio di una nuova procedura di gara per la stipula di una nuova concessione di servizi, ai sensi dell'art. 164 e segg. Del d. lgs. 50/2016, non trovando tale scelta legittimazione nella disciplina dei contratti pubblici”*.

In ordine al profilo di anomalia evidenziato dalla memoria della società Ladisa riguardante la sovrastima del fabbisogno dei pasti giornalieri da parte della S.A., è stata avviata ai sensi dell'art. 13 del Regolamento di vigilanza l'istruttoria con nota del 26.10.2017 prot. 121201.

Occorre premettere che la procedura di gara è stata indetta con bando pubblicato in data 19 aprile 2016 sulla GUCE, in vigenza del vecchio codice dei contratti ed il 20.4.2016 sulla GURI, giorno successivo dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti, d. lgs 50/2016.

L'Ufficio, nella CRI approvata dal Consiglio nell'adunanza dell'11.9.2018, ha ritenuto che il momento rilevante fosse quello della pubblicazione del bando nella GURI e di conseguenza la gara dovesse essere regolata dalla disciplina introdotta dal nuovo codice, d. lgs 50/2016.

In tema si è fatto richiamo alla sentenza del TAR Emilia Romagna del 26.10.2016 n. 883¹, la quale aderiva all'orientamento giurisprudenziale ed alle norme dell'art. 66, comma 8 del d. lgs. 163/2006 e all'art.216, comma 11 del d. lgs 50/2016 che connettono alla pubblicità in ambito nazionale il momento rilevante ai fini della disciplina applicabile.

La Regione Lazio sul punto, nelle controdeduzioni alla CRI ha eccepito che il Consiglio di Stato con sentenza del 29.5.2017 n. 2549 ha riformato la sentenza del TAR Emilia Romagna 883/2016 avendo ritenuto *“indiscutibile tanto nel vecchio quanto nel nuovo quadro normativo, che il momento rilevante nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblico (regolate dall'UE) sia quello della pubblicazione del bando in GUCE. Una diversa interpretazione sarebbe in palese contrasto con i principi fissati dal TFUE ancor prima che nelle direttive in materia”*.

Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale espresso nella predetta sentenza n.2549, l'Autorità ritiene che alla procedura in esame debbano applicarsi le disposizioni del d. lgs del 12 aprile 2006 n. 163.

La sentenza ha infatti chiarito che *“la pubblicazione dirimente debba essere quella effettuata in sede comunitaria, peraltro costituirebbe diretto precipitato del principio del primato del diritto europeo (CGUE Costa c. Enel del 15 luglio 1964), con particolare riferimento alla disciplina dei contratti pubblici. Afferma altresì che la pubblicazione in GUCE costituisce il presupposto necessario per poter*

¹ TAR Emilia Romagna – Sent. n. 833/2016 - *“ai sensi dell'art. 66, comma 8 del vecchio codice gli effetti giuridici che l'ordinamento riconnette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”* pertanto *“deve ritenersi la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Comunità Europea avente mera valenza accessoria della successiva pubblicazione sulla GURI”*.

La stessa sentenza ha affermato che *“proprio l'avvenuta pubblicazione del bando in GUCE sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti comporta che il principio cui far riferimento al fine di stabilire a quale tipo di pubblicazione agganciare la produzione degli effetti giuridici è la norma del vecchio codice, ovvero l'art. 66/8 del medesimo che riconnette alla pubblicazione in GURI la produzione degli effetti giuridici in ambito nazionale.*

Inoltre è dirimente la considerazione che secondo la proposizione finale del comma 4 dell'art. 73 del d. lgs 50/2016 fino alla data indicata nel decreto previsto nel medesimo comma si applica l'art. 216, comma 11, che chiaramente riconnette la produzione di effetti giuridici in ambito nazionale alla pubblicazione in GURI fino alla predetta data, poiché fino alla stessa data gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella GURI Serie Speciale relativa ai contratti”.

permettere a tutti gli operatori economici del mercato unico, per cui solo a partire da tale momento il bando potrà aver perfezionato la sua pubblicità”.

Venendo al merito dell'istruttoria, dall'esame dei documenti e delle memorie in atti acquisiti nel corso del procedimento sono state formulate alla Regione Lazio le risultanze come di seguito sintetizzato:

- a) errata applicazione delle disposizioni del d. lgs. 163/2006;
- b) la stima del fabbisogno e del relativo valore economico non paiono discendere da una ragionevole e ponderata valutazione;
- c) incoerenza nell'operato nella procedura, data la forte discrasia tra il quantitativo dei pasti determinato nel bando e quello aggiudicato;
- d) mancato riscontro degli atti richiesti riguardanti la decisione conclusiva della Commissione di gara nel subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta;
- e) mancato riscontro della richiesta documentazione attestante l'avvenuto controllo tecnico contabile del DEC sull'esecuzione del contratto.

Considerazioni

In ordine al punto a) acclarato che la disciplina applicabile alla procedura in esame è quella regolata dal d. lgs. 163/2006, si riportano di seguito le controdeduzioni della Regione Lazio formulate nella memoria pervenuta il 9.10.2018 e le considerazioni in ordine ai punti successivi nei termini che seguono.

La Regione ha preliminarmente eccepito che il presente procedimento ha preso avvio da una segnalazione non conforme alla modalità di presentazione degli esposti prevista dall'art. 5 del Regolamento di vigilanza (modulo per la presentazione di esposti per contratti di lavori, servizi e forniture accompagnato dal documento di identità dell'esponente), ma da una nota della soc. Ladisa (prot. ANAC n. 99691 del 10.8.2017) indirizzata alla Regione Lazio e per conoscenza all'Autorità, con cui detta società formulava osservazioni a tutela del proprio interesse in ordine alla possibile rinegoziazione del canone di concessione del servizio di mensa aziendale.

Sul punto va precisato che le questioni rappresentate nella predetta nota evidenziavano profili di criticità meritevoli di accertamento istruttorio da parte dell'Autorità.

Inoltre il Regolamento di vigilanza stabilisce che l'attività di vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture è attivata dall'Autorità d'ufficio o allorquando venga conoscenza di presunte irregolarità, rilevanti aspetti di criticità o violazioni alle vigenti disposizioni normativa in materia di appalti pubblici.

Ciò posto, la modalità di conoscenza di notizie ritenute rilevanti ai fini della verifica dell'operato delle SS.AA. nelle procedure di affidamento delle commesse pubbliche, non solleva l'Autorità dal compito di avviare il procedimento di vigilanza.

Quanto all'entità del fabbisogno giornaliero dei pasti da distribuire determinato negli atti di gara di cui al punto *b)* la Regione Lazio ha comunicato di aver assunto nella metodologia di calcolo quale parametro il flusso quotidiano nella sede della Regione di 2500 persone per 250 giorni.

Ha altresì dichiarato di non possedere i dati storici cui riferirsi relativi al numero dei pasti erogati ed al fatturato consolidato nell'ultimo triennio dal precedente gestore Soc. Vivenda, il quale, tuttavia con nota dell'11.5.2016 dava indicazioni di un flusso quotidiano di circa 1800 fruitori della mensa.

Quanto all'aggiudicazione della commessa alla soc. Ladisa, nonostante l'offerta dalla stessa presentata fosse drasticamente riduttiva rispetto al quantitativo di pasti richiesti nel bando di gara, la Regione ha dichiarato che le giustificazioni prodotte dalla società nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta sono state ritenute dalla Commissione di gara "attendibili ed esaurienti".

Ha argomentato sul punto che la società Ladisa in virtù dell'esperienza maturata nel settore, ha desunto tale stima da specifici parametri quali: il numero di posti a sedere circa 300, gli orari di apertura al servizio (13.00 - 15.00), il tipo di servizio offerto (pasto completo, ridotto, vegetariano), la diversa affluenza nell'arco settimanale per effetto dell'articolazione dei rientri pomeridiani del personale e della minore affluenza nei periodi estivi e natalizi.

Orbene, occorre premettere che per valore stimato della concessione di servizi pubblici ai sensi del combinato disposto degli artt. 29, comma 1 e 30, comma 7 del d. lgs s'intende che il valore della concessione è valutato dalle Stazioni appaltanti e che il concessionario deve poter remunerare l'attività di gestione con i flussi di ricavi conseguibili dalla gestione dei servizi oggetto dell'affidamento, ossia la stima dei ricavi attesi, provenienti dai fruitori della gestione dei servizi.

L'erronea individuazione dell'importo a base di gara quindi ha riflessi sulle modalità di pubblicità, sulla quantificazione della cauzione in garanzia, nonché sui requisiti richiesti ai concorrenti, oltre a ridurre come nel caso di specie, in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti dotati di capacità tecniche ed economiche per eseguire le stesse prestazioni offerte dalla società Ladisa, producendo un effetto discriminatorio.

Quanto alla verifica della congruità di un'offerta, si rileva che tale accertamento verte sull'attendibilità della medesima e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione della concessione, da ciò dunque può desumersi che ove la S.A. ritenga congrua un'offerta fortemente riduttiva di quanto da essa stimato, ammette implicitamente l'errata valutazione dei servizi da affidare.

A tal proposito un'osservazione va fatta sull'offerta della società Ladisa, la quale a fronte del valore del canone annuo di concessione a base d'asta di € 110.400,00 ha offerto un rialzo pari

all'1%, prevedendo un utile "annuo" per la gestione della commessa di € 699,38 pari a circa lo 0,08 dei ricavi.

In ordine all'entità dell'utile derivante dall'offerta la società Ladisa ha specificato che "*il prezzo offerto è omnicomprensivo di quanto previsto negli atti della presente procedura ed è pienamente remunerativo per l'esecuzione a perfetta regola d'arte di tutte le prestazioni da eseguire*".

Stando all'entità della remuneratività per la società Ladisa derivante dalla gestione del servizio, essa parrebbe del tutto esigua, quindi insufficiente a garantire l'equilibrio economico finanziario in caso di contrazione della domanda, quale rischio allocato in capo all'operatore economico.

A tale rischio l'operatore economico sembrerebbe essersi esposto in maniera considerevole, tenuto conto che a fronte della sua previsione pur "prudenziale" di distribuire mediamente 700 pasti al giorno, ha invece registrato sin dall'inizio della gestione un'affluenza pari alla metà delle attese, con la conseguenza che il grave squilibrio economico non consente alla società di corrispondere alla S.A i canoni di concessione pattuiti.

Quanto alla modifica dell'oggetto del bando di cui al punto c) è utile ricordare che, per opinione consolidata in giurisprudenza, "l'Amministrazione che indice una procedura selettiva è vincolata al rispetto del bando che costituisce la *lex specialis* della procedura medesima le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela. In altri termini, la stazione appaltante non conserva alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento *ex officio* del bando"².

"La *lex specialis* della gara quindi deve essere sempre applicata anche dalla Commissione di gara, che riveste la qualità di organo straordinario e temporaneo, di natura tecnica dell'amministrazione appaltante, non potendo quest'ultima giammai procedere alla disapplicazione delle norme della gara"³.

Fermo restando quindi che le prescrizioni del bando di gara non possono essere disapplicate dalla PA, la Regione Lazio ravvisata la sovrastima dell'oggetto della concessione una volta riconosciuta l'attendibilità dell'offerta della società Ladisa nella fase di verifica dell'anomalia, avrebbe dovuto, anziché contrarre con l'aggiudicatario, disporre l'annullamento in autotutela della procedura ed indire di una nuova gara riformulata alla luce di una nuova stima, quindi riproporzionare i requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica da richiedere agli

²Cfr. TAR Basilicata – Sez. I. sent. 195, 8.3.2017; Consiglio di Stato Sez. V – sent. 1652, 22.3.2010.

³ Consiglio di Stato: Sez. IV, 15 sett. 2006 n. 5405; Sez. V 22 mar. 2010 n. 1652.

aspiranti partecipanti al fine di consentire la partecipazione ad una più ampia platea di concorrenti.

Quanto alla richiesta di cui al punto **d)** si rileva che la S.A. non ha fatto pervenire gli atti concernenti la decisione della Commissione di gara nel subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta relativa all'accettazione delle giustificazioni prodotte dalla soc. Ladisa alla propria offerta.

Quanto alla richiesta di cui al punto **e)** concernente la documentazione relativa all'attività attestante il controllo tecnico-contabile di competenza del DEC nell'esecuzione del contratto, la S.A. non ha fornito documentazione precisando: *“che il RUP in coerenza con quanto disposto dal d. lgs 163/2006 ed in particolare all'art. 30 rubricato “concessione di servizi”, ha provveduto a formulare all'aggiudicatario segnalazioni di disservizi e comunicare criticità evidenziate anche nel corso dei sopralluoghi effettuati dalla “Commissione regionale qualità mensa bar” e a verificare, in contraddittorio con la ditta, la risoluzione delle problematiche emerse, Certamente non può ritenersi applicabile la disciplina di dettaglio in merito alle certificazioni delle attività di controllo da parte del DEC ai sensi dell'art. 111 del d. lgs 50/2016 ...”.*

In buona sostanza la S.A. ritiene di aver ben operato stante che ogniqualvolta si sono verificati disservizi o problemi nella gestione, questi, sono stati prontamente affrontati dal RUP in coerenza con le disposizioni del d lgs 163/2006.

A tale ultimo proposito, per quanto in atti, non può sottacersi che l'esecuzione del servizio è stata connotata da gravi inadempimenti contrattuali in ordine alla scarsa qualità del servizio e dei cibi, alle precarie condizioni igienico-sanitarie ed alla corresponsione del canone di concessione.

A fronte delle inadempienze sulla qualità degli alimenti e di carattere igienico sanitario, per quanto in atti non si sono ravvisati interventi incisivi da parte della Regione Lazio che avrebbe potuto richiedere l'intervento organi terzi quali le autorità sanitarie competenti in materia igienico sanitaria.

Orbene dovendosi applicare le norme del previgente codice dei contratti, occorre precisare che l'art. 119 del Codice, comma 1, disponeva che l'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto servizi e forniture era diretta dal responsabile del procedimento o da altro soggetto, nei casi e con le modalità stabilite dal Regolamento di esecuzione D.P.R. 207/2010.

Detto Regolamento ha disciplinato nel dettaglio sia la fase esecutiva e la contabilità dei contratti sia la verifica della regolare esecuzione degli stessi.

Il DEC soggetto deputato al coordinamento alla direzione, al controllo tecnico contabile è la figura prevista dal codice e disciplinata dal regolamento, D.P.R. 207/2010.

Dall'analisi della disciplina dettata dal Codice e dal Regolamento in relazione alla fase di programmazione, progettazione ed esecuzione dei contratti pubblici di servizi e forniture, l'Autorità si è espressa attraverso le linee guida di cui alla Determinazione n 5/2013.

Le attività di verifica e controllo richiamate nelle citate linee guida debbono essere strettamente correlate a quanto espressamente disciplinato nei documenti contrattuali. In particolare, l'attività di controllo deve essere tesa a verificare che le previsioni del contratto - piuttosto che dei capitolati prestazionali ad esso eventualmente allegati - siano pienamente rispettate sia con riferimento alle scadenze temporali che alla modalità di consegna, alla qualità e quantità di prodotti e/o dei servizi.

Con riferimento ai compiti del Direttore dell'esecuzione, lo stesso è deputato al coordinamento tecnico contabile dell'esecuzione del contratto e ad assicurarne la regolare esecuzione, verificando che le attività e le prestazioni siano espletate in conformità dei documenti contrattuali: è stabilito inoltre che egli ponga in essere tutte le attività previste dal Codice e dal Regolamento nonché quelle che si rendano opportune per assicurare il perseguimento dei compiti al medesimo assegnati (art. 301 Regolamento).

Si sottolinea l'importanza delle attività di controllo e verifica del DEC, il mancato utilizzo degli strumenti di controllo del livello qualitativo delle prestazioni fornite dall'operatore rende difficoltoso, se non impossibile, valersi della possibilità di escludere da gare successive gli imprenditori che abbiano svolto precedenti contratti con negligenza e malafede.

L'utilizzo concreto della facoltà di esclusione dalle gare successive, di quelle imprese che non hanno rispettato, in fase esecutiva i livelli di qualità richiesti in sede di gara e offerti dalle stesse, rappresenta una leva estremamente importante per scoraggiare la presentazione di offerte eccessivamente aggressive sul prezzo e/o con livelli qualitativi concretamente insostenibili.

Il Direttore dell'esecuzione è inoltre, anche il soggetto che, in via generale è incaricato della verifica di conformità (art. 314 Regolamento) e del relativo rilascio quando risulti che l'esecutore abbia completamente e regolarmente eseguito le prestazioni contrattuali. (art. 322, comma 1).

In base a quanto sopra considerato e ritenuto

DELIBERA

Alla procedura in esame si applicano le disposizioni del d. lgs 163/2006; sono state disapplicate alla gara d'appalto le norme previste dalla *lex specialis*.

La condotta della Regione Lazio risulta ascrivibile ad una non scrupolosa valutazione nella predisposizione della documentazione di gara e, più in generale, da quanto emerso nell'istruttoria, alla gestione di tutto il "ciclo di vita" dell'affidamento del servizio di ristorazione.

L'operazione negoziale si è rivelata limitativa della concorrenza per aver disincentivato la partecipazione alla gara di quelle imprese non in grado di garantire l'entità del servizio richiesto, oltre ad essersi riverberata sull'esecuzione del contratto per le ragioni suesposte.

La Regione Lazio avrebbe dovuto arrestare la procedura di gara, annullare il bando e procedere alla pubblicazione di un nuovo bando riformulato alla luce della nuova stima, solo in tal modo possono dirsi rispettati i fondamentali principi di correttezza, concorrenza, imparzialità e buon andamento.

Di dare mandato all'Ufficio istruttore di inviare copia della presente delibera al Presidente della Regione Lazio, al Responsabile della prevenzione della corruzione, al Responsabile del procedimento, ai soggetti controinteressati, nonché, per eventuali profili di competenza, alla Procura Regionale della Corte dei Conti.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2019

Il Segretario Maria Esposito