

DELIBERA N. 111

9 marzo 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Turrini Ristorazione Srl – Affidamento del servizio di ristorazione scolastica, con gestione informatizzata del servizio e dei pasti pre-pagati, per la scuola dell'Infanzia e la scuola Primaria del Comune di Tivoli-Anni scolastici 2021/2022-2022/2023-2023/2024 con eventuale rinnovo per ulteriori due anni – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 5.399.237,83 – S.A.: CUC IX Comunità Montana del Lazio – Comune di Tivoli.

PREC 17/2022/S

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 marzo 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 003810 del 19.1.2022, con la quale la società Turrini Ristorazione Srl chiede parere in ordine alla legittimità della *lex specialis* di gara relativamente ai punti 3.2.4 del Bando e 16.1.4 del Disciplinare e all'art. 6 del Capitolato, riguardanti, rispettivamente, i requisiti di capacità tecnico-professionale e le modalità di informatizzazione del servizio;

CONSIDERATO, più specificamente, che l'impresa istante contesta, quanto ai requisiti di capacità tecnico-professionale, la richiesta del possesso, ai fini dell'ammissione alla gara, tra gli altri, del certificato di qualità aziendale Uni En ISO 27001, perché afferente al settore della sicurezza informatica e non conferente al CPV oggetto di gara, nonché l'obbligo imposto dalla Stazione appaltante dell'utilizzo esclusivo del sistema informatico "E.Meal School", di proprietà della società Nova Srl, ai fini «*della rilevazione, della prenotazione e della registrazione dei pasti, divisi per alunni e docenti, del menù ordinario, delle diete speciali e per motivo etico-religioso, con procedure che arrechino il minor disagio possibile alle attività didattiche*», poiché contrario ai principi di libera concorrenza e non discriminazione;

CONSIDERATO, dunque, che l'istante chiede all'Autorità «*di voler esprimere parere in ordine alla illegittimità delle prescrizioni di lex specialis contenute nei punti 3.2.4 del Bando, 16.1.4 del Disciplinare di gara e art. 6 del Capitolato Tecnico. Nello specifico, si richiede di voler valutare se le censurate*



prescrizioni producano un effetto impeditivo della partecipazione alla gara, se producano un ingiustificato effetto restrittivo della concorrenza e se impongano un onere sproporzionato che rende la partecipazione alla gara incongruamente difficoltosa agli operatori economici con la conseguente violazione dei principi di tutela della concorrenza, della non discriminazione e della parità di trattamento, oltre all'ipotesi di annullamento della intera procedura di gara»;

CONSIDERATO che a seguito di richiesta di integrazione istruttoria la Stazione appaltante ha fornito i seguenti chiarimenti:

- a) l'appalto di ristorazione scolastica precedente a quello oggetto di odierna controversia (triennio 2017/2020) è stato affidato alla società Vivenda Spa (che ancora attualmente svolge il servizio a seguito di proroga tecnica ex art. 106, comma 11 del Codice);
- b) tale società ha gestito e gestisce ancora il servizio anche per la parte informatica con costi a suo carico, atteso che l'appalto riguardava, oltre alla ristorazione, anche la gestione informatizzata del servizio e dei pasti prepagati;
- c) l'applicativo informatico necessario all'esecuzione di tale gestione informatizzata, che da contratto doveva essere fornito dall'aggiudicatario dell'appalto, è appunto il software "E.Meal School" di proprietà della società Nova Srl e individuato dalla società Vivenda Spa nella propria offerta tecnica;
- d) non sussiste alcun contratto di avvalimento tra Vivenda Spa e Nova Srl per l'utilizzo del software in questione, ma esiste un contratto di avvalimento con cui Nova Srl ha prestato a Vivenda Spa la certificazione ISO 27001, che nella gara precedente, come anche in quella in oggetto, costituiva uno dei requisiti di partecipazione;
- e) per espressa previsione contrattuale, allo scadere del triennio (oltre la proroga tecnica di cui al precedente punto a) la Stazione appaltante acquisirà le licenze d'uso e la proprietà della banca dati relative al software in questione a fronte di un canone che viene posto a intero carico del nuovo aggiudicatario;
- f) la certificazione ISO/IEC 27001, benché non imposta per legge, è da considerare comunque pertinente all'oggetto del servizio posto a gara in quanto insieme alla ristorazione scolastica ne viene contestualmente richiesta la gestione informatizzata;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 27.1.2022 e la richiesta di integrazione istruttoria del 15.2.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RICHIAMATO quanto disposto dall'art. 83 in tema di criteri di selezione, in particolare laddove al comma 2 è previsto che *«I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione»;*

CONSIDERATO che, come indicato anche nella Relazione illustrativa al Bando tipo n. 1/2017, le stazioni appaltanti possono prevedere, nell'esercizio della loro discrezionalità e ai sensi dell'art. 87, d.lgs. n. 50/2016, tra i requisiti speciali di partecipazione, eventuali certificazioni ritenute necessarie per lo svolgimento dei servizi e della fornitura; tali richieste esprimono l'esercizio di valutazioni e scelte discrezionali delle stazioni appaltanti, ma devono rispettare il limite della logicità, ragionevolezza e proporzionalità, dovendo essere pertinenti e congrue rispetto all'oggetto del contratto;



RITENUTO che nella fattispecie in esame la richiesta della certificazione ISO 27001:2017 non possa considerarsi di per sé né illogica né contraria al principio di proporzionalità, trattandosi di certificazione attinente al Sistema di Gestione per la Sicurezza delle Informazioni e con la finalità di proteggere i dati e le informazioni da minacce di vario tipo e di assicurarne l'integrità, la riservatezza e la disponibilità, che appare pertinente rispetto agli obblighi contrattuali previsti in capo all'aggiudicatario e all'obiettivo perseguito dalla Stazione appaltante di proseguire nella gestione informatizzata dell'intero servizio mensa ("rilevazione, prenotazione e registrazione dei pasti, divisi per alunni e docenti, del menù ordinario, delle diete speciali e per motivo etico-religioso" – art. 6 del Capitolato tecnico);

CONSIDERATO, altresì, che la certificazione in discussione, benché posseduta anche da imprese che si occupano prevalentemente di servizi di ristorazione (come fatto rilevare dalla Stazione appaltante), non può tuttavia considerarsi, al momento, comune alla maggior parte di tali imprese e quindi, correttamente, si ammette il ricorso all'istituto dell'avvalimento per evitare che la richiesta di siffatto requisito si traduca in un fattore discriminatorio a danno della concorrenza;

RILEVATO che anche l'aggiudicataria della precedente gara, essendo sfornita della certificazione in parola, è dovuta ricorrere all'avvalimento per poter presentare la propria offerta e che l'impresa ausiliaria è proprio la Nova Srl proprietaria del software gestionale oggetto di controversia;

CONSIDERATO che non può essere ritenuta una semplice coincidenza la circostanza che, sebbene l'avvalimento non riguardasse – come precisato dalla SA – l'utilizzo del software, sia stata proprio la Nova Srl a fornire quest'ultimo, per il tramite della società Vivenda Spa, al Comune di Tivoli, che ora ne impone l'adozione anche al concorrente che risulterà aggiudicatario della nuova gara. E' indubbio, infatti, che la società ausiliata, esercente i soli servizi di refezione, si sia rivolta alla società ausiliaria, il cui *core business* riguarda proprio la creazione di «*Sistemi integrati di gestione informatica ad alto livello tecnologico, sempre aggiornati in tempo reale, che permettono il controllo completo di ogni fase del processo di prenotazione e somministrazione dei pasti, facili da usare, sicuri e affidabili*» (come si può leggere nella pagina di presentazione della società contenuta nel proprio sito web), non solo per fruire della certificazione ISO 27001 ai fini della partecipazione alla gara, ma anche per poter fornire all'Amministrazione committente il software necessario per adempiere all'ulteriore prestazione richiesta di informatizzazione del servizio mensa;

CONSIDERATO che, in ragione delle clausole del bando della precedente gara, la Nova Srl continua a fornire il proprio software gestionale all'Amministrazione comunale indipendentemente dalla scadenza del contratto con la società Vivenda Spa e che per *"le licenze d'uso e la proprietà della relativa banca dati"*, pur essendo per espressa previsione contrattuale acquisite dall'Amministrazione medesima, è previsto il versamento a favore della Nova Srl di *"canoni annuali di manutenzione e di hosting, di aggiornamento software, e di assistenza telefonica e telematica il cui il valore complessivo annuale, riferito alla configurazione di sistema in essere, è di € 8.200,00 + IVA"* e che tali canoni sono interamente a carico del nuovo aggiudicatario, il quale dovrà farsi carico anche delle spese relative *"all'acquisto di pacchetti SMS per le comunicazioni ed i solleciti verso l'utenza al costo di € 500,00 + IVA per singolo pacchetto di 5.000 SMS"*, nonché di *"eventuali costi per necessità di formazione o modifiche al sistema effettuate dalla ditta produttrice del software i costi di seguito riportati* (tutti non comprensivi di IVA al 22% - n.d.r.):

- *NR. 1 ORA DI FORMAZIONE Presso il cliente – costo orario durata minima 4 ore: 80,00 euro;*



- *COSTI DI TRASFERTA (FORFETTARI) Per trasferta in giornata: 180,00 euro;*
- *COSTI DI TRASFERTA (FORFETTARI) Per trasferta con arrivo il giorno prima; o partenza il giorno successivo all'intervento: 260,00 euro;*
- *MODULO FORMAZIONE DA REMOTO – 2 ORE: 180,00 euro;*
- *1 GIORNO (8 ORE) SVILUPPO SOFTWARE – PERSONALIZZAZIONI: 840,00 euro* (v. Allegato 13 al Capitolato speciale);

RITENUTO che la decisione della Stazione appaltante di vincolare il nuovo aggiudicatario all'utilizzo del software e dell'hardware, nonché di tutti i servizi applicativi, formativi e manutentivi connessi a tale sistema gestionale informatico forniti dalla società Nova Srl, oltre che all'integrazione tecnica e funzionale della propria organizzazione aziendale con l'organizzazione e i prodotti e servizi venduti da quest'ultima, non appare supportato da alcuna motivazione (peraltro neppure fornita) riferibile ad una eventuale infungibilità del software (che avrebbe potuto, in ipotesi, giustificare l'obbligo contrattuale in questione posto a carico dell'aggiudicatario in quanto «*il legislatore ha previsto deroghe all'evidenza pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse*» - così Linee Guida Anac n. 8), né compatibile con i principi generali che regolano l'affidamento dei contratti tra Pubblica Amministrazione e operatori economici privati;

RITENUTO, infatti, che la società Nova Srl, grazie alle disposizioni della *lex specialis* in contestazione, ha acquisito una posizione giuridica ed economica illegittimamente privilegiata dal momento che per essere stata individuata quale ausiliaria della società Vivenda Spa al solo fine di consentire a quest'ultima di partecipare alla precedente gara per il triennio scolastico 2017/2021, si ritrova di fatto, oltre tale triennio contrattuale e senza aver superato alcuna selezione pubblica, a fornire al Comune di Tivoli, per un periodo di tempo tendenzialmente illimitato o comunque indefinito, un software e una serie di servizi gestionali e manutentivi ad esso connessi da cui trae una rilevante utilità economica e facenti parte di una categoria merceologica autonoma (rispetto ai servizi di refezione scolastica) e quindi astrattamente idonei a formare oggetto di separata gara per il loro affidamento; software e servizi annessi il cui costo è scaricato interamente sul nuovo aggiudicatario, il quale non può liberamente scegliere (a differenza di quanto fatto da Vivenda Spa) il partner "tecnico" cui affidarsi per la parte informatizzata del servizio di refezione;

RITENUTO, dunque, che l'architettura complessiva della gara in esame presenta i punti critici di seguito rappresentati:

- creazione di una barriera all'ingresso consistente nell'obbligo imposto all'aggiudicatario di utilizzare il software "E.Meal School" per la gestione informatizzata del servizio di refezione scolastica di proprietà esclusiva di una società individuata dall'aggiudicataria uscente come partner tecnico e legata a quest'ultima da un contratto di avvalimento per la certificazione ISO 27001;
- premesso che, per consolidata giurisprudenza, laddove l'avvalimento riguarda una certificazione di qualità l'ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata tutti i fattori della produzione e tutte le risorse, che, complessivamente considerati, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità da prestare, il combinato disposto della previsione dell'obbligo di possesso della certificazione di qualità ISO 27001 e dell'obbligo di utilizzare il menzionato software crea una indubbia limitazione della potenziale platea di concorrenti nella misura in cui tutti gli operatori economici non in possesso della citata certificazione sono inevitabilmente condizionati, nella scelta se partecipare o meno alla selezione o, quantomeno, nella formulazione dell'offerta economica



(rischiando di intaccarne la competitività), dalla consapevolezza che ai costi legati al contratto di avvalimento si dovranno aggiungere, in caso di aggiudicazione, quelli derivanti dall'obbligo di dover remunerare (al di fuori del contratto di avvalimento) la società Nova Srl per la licenza d'uso del software e per tutti i servizi correlati imposti dall'Amministrazione committente;

- sussistenza di un evidente vantaggio competitivo dell'aggiudicataria uscente, qualora intendesse partecipare alla gara, dato dalla perfetta conoscenza e reciproca integrazione sistemica con la Nova Srl, già ausiliaria della prima e da questa scelta per la fornitura dell'applicativo informatico (i cui costi di gestione, verosimilmente, sono frutto di una trattativa e un conseguente accordo a monte tra queste due società);
- ingiustificato consolidamento di una posizione di vantaggio competitivo-economico da parte di Nova Srl, la quale, senza essersi aggiudicata direttamente alcuna gara pubblica, realizza profitti connessi all'erogazione da parte dell'Amministrazione comunale di servizi pubblici, a tempo indeterminato e senza alcun rischio di impresa, che viene invece scaricato sull'aggiudicatario del servizio principale;

CONSIDERATO, altresì, che, qualora l'imposizione dell'utilizzo del software "E.Meal School" fosse legato a ragioni tecniche, ancorché non emergenti dalla documentazione di gara né successivamente esplicitate nelle memorie difensive, l'Amministrazione committente avrebbe comunque l'obbligo di impedire i rischi legati al c.d. *lock-in* (ovvero il fenomeno per il quale un'Amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza di un contratto perché non sono disponibili informazioni essenziali sul sistema informatico in uso, che consentirebbero ad un altro fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente), come ben illustrato dall'Autorità nelle Linee Guida n. 8 (recanti "Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili"), in cui vengono proposte anche diverse soluzioni tecnico-giuridiche (come ad esempio prevedere che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori; oppure, seguendo la soluzione proposta dalla Commissione Europea per il settore dell'ICT, agire sulle specifiche tecniche, mediante gare su standard e non su sistemi proprietari) per impedire all'origine o per superare, se già instaurate, tutte le problematiche legate a tale fenomeno, destinate ad incidere gravemente sulle corrette dinamiche concorrenziali (con particolare riferimento al settore ICT);

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- il requisito di partecipazione relativo alla certificazione ISO/IEC 27001:2017 sia pertinente e congruo rispetto all'oggetto dell'appalto *de quo* ai sensi dell'art. 83, comma 2 del Codice;
- gli operatori economici non in possesso di tale certificazione e interessati alla partecipazione alla gara in esame possano validamente ricorrere all'istituto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 89 del Codice;
- l'obbligo di utilizzare il "sistema Informatico di gestione del servizio iscrizione, prenotazione e riscossione delle rette software "E.Meal School" della società Nova Srl" da parte dell'aggiudicatario del servizio di refezione scolastica oggetto d'appalto confligge con i principi di tutela della concorrenza, di non discriminazione e di parità di trattamento in quanto produce un ingiustificato effetto restrittivo della concorrenza e impone un onere sproporzionato che rende la partecipazione alla gara incongruamente gravosa agli operatori economici.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 marzo 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente