



DELIBERA N. 156

19 aprile 2023.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla Vivenda S.p.A. - Procedura aperta per il servizio di mensa scolastica per le scuole statali dell'infanzia e scuola primaria aderenti. AA.SS. 2023/2024 - 2024/2025 - Importo a base di gara euro: 2.209.715,20 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Acquaviva delle Fonti - Città Metropolitana di Bari - Settore Servizi Socio-Culturali

UPREC/PRE/477/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 95 e 100 del d.lg. 50/2016

Parole chiave

Centro cottura – requisito di esecuzione - caratteristiche

Massima

Appalto pubblico – Servizi- Scelta del contraente – Offerta tecnica – Criteri di valutazione – Caratteristiche centro cottura – Requisito di esecuzione - Contrasta

La previsione di criteri di valutazione delle offerte legati alle caratteristiche del centro di cottura, quali le superfici interne ed esterne, le condizioni strutturali del centro di cottura, le attrezzature che saranno utilizzate attraverso la legenda del layout, contrasta con la natura di requisito di esecuzione del centro di cottura, finendo con il premiare coloro che ne siano già in possesso, ed alterando, in tal modo, il massimo dispiegarsi della concorrenza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 aprile 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 14064 del 20 febbraio 2023, con cui la Soc. Vivenda S.p.A. ha contestato gli atti della procedura di gara in oggetto, denunciando l'impossibilità di presentare un'offerta congrua in ragione sia dell'insufficienza della busta d'asta sia della presenza di plurime clausole illegittime, fortemente limitative della libera concorrenza e della massima partecipazione;

RILEVATO che le censure formulate dall'istante concernono la disponibilità di un centro di cottura per la preparazione dei pasti. Il possesso del centro, infatti, sarebbe formalmente qualificato come requisito di esecuzione del contratto – essendo sufficiente, ai fini della partecipazione, attestare l'impegno a dotarsene in caso di aggiudicazione – e tuttavia, alla luce dei criteri di valutazione delle offerte fissati nel disciplinare, lo stesso assurgerebbe, nella sostanza, a requisito di partecipazione. Il riferimento è, in particolare, al criterio A.3, che premia con l'attribuzione di massimo 15 punti il tempo medio impiegato per la consegna dei pasti ai plessi scolastici e il criterio A.11., che prevede l'assegnazione di 16 punti in ragione di una serie di caratteristiche del locale (superfici, condizioni strutturali, le eventuali fonti di energia rinnovabile, attrezzature del centro cottura, eventuali altri commesse analoghe che saranno erogate dallo stesso centro di cottura). A ciò si aggiunga che il tempo fissato dal disciplinare affinché l'aggiudicatario possa dotarsi del centro di cottura è irrisorio (20 giorni) e tale da impedire l'allestimento *ex novo* di un centro dotato di tutte le certificazioni richieste dalla Stazione appaltante (certificati UNI CEI EN ISO 50001:2011, EMAS o ISO 14001:2015 in corso di validità, di attestato della ASL che classifichi il centro di cottura di categoria A "per la preparazione di pasti per celiaci" in ottemperanza della delibera di giunta della Regione Puglia del 9.5.2012 n°890 e circolare ASL BA del 3/8/2012 e previamente sottoposto a verifica e controllo attraverso ispezioni, da uno degli organismi nazionali di controllo autorizzati, ai sensi del Reg. CE n°834/2007 e successive modificazioni ed integrazioni il predetto centro di cottura);

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 17612 del 3 marzo 2023;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 19044 dell'8 marzo 2023, con cui la Stazione appaltante ha rappresentato che il possesso del centro di cottura è chiaramente previsto negli atti di gara quale requisito di esecuzione del servizio, potendo il concorrente limitarsi ad attestare l'impegno a dotarsene in caso di aggiudicazione. Peraltro, la "disponibilità" è concetto distinto dalla "proprietà" dell'immobile, con la conseguenza che l'impresa potrebbe dimostrarne il possesso anche ricorrendo ad un contratto di locazione. L'attribuzione di 30 punti alle caratteristiche del centro di cottura è, inoltre, coerente con l'obiettivo perseguito, ovvero quello di assicurare un servizio di qualità già nella fase di preparazione dei pasti;

VISTE, infine, le note trasmesse per conoscenza all'Autorità con cui, in risposta alla richiesta di accesso agli atti finalizzata ad ottenere l'elenco dei soggetti che hanno presentato offerta in relazione alla procedura di gara in oggetto, la Stazione appaltante ha confermato quanto ipotizzato dall'istante, ovvero che solo l'impresa Ladisa S.r.l. – gestore uscente del servizio ed affidatario da quasi 20 anni – ha presentato un'offerta;

VISTO il vigente Regolamento di precontenzioso;

RILEVATO, preliminarmente, che l'istanza è inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. e) del vigente Regolamento di precontenzioso, con riferimento alla questione concernente la presunta incapienza del



prezzo posto a base di gara; l'eccezione, infatti, è solo accennata nell'*incipit* delle memorie trasmesse ma non sono state articolate specifiche censure da cui possano evincersi irragionevolezza o macroscopici errori di fatto commessi dalla Stazione appaltante nella determinazione del prezzo del singolo pasto posto a base d'asta. In difetto di tali elementi, l'istanza risulta generica;

CONSIDERATO, sulla questione del centro di cottura, che il condivisibile orientamento giurisprudenziale e dell'Autorità formatosi sul punto (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, n. 5734/2020; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 dicembre 2017, n. 5929, T.A.R. Campania, Sez. II, 3 aprile 2018, n. 2083; idem, Sez. VIII, 19 dicembre 2017, n. 5945; Delibere Anac n. 1132 del 04/12/2019; n. 265 del 26/03/2019; n. 36 del 13/01/2016) ha chiarito che trattasi di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del servizio, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio; in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura, reperendo – con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario – immobili idonei alla preparazione di pasti per servizi di ristorazione collettiva, sostenendo i connessi investimenti in vista di una sola possibile ma non certa acquisizione della commessa. Pertanto, prima dell'aggiudicazione, considerata l'alea della gara, è in realtà sufficiente, anche ai fini del rispetto della *par condicio*, che vi sia una formale dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un centro di cottura, sulla cui base la Stazione Appaltante potrà poi pretendere a pieno diritto che sia acquisita la disponibilità effettiva della struttura, in caso di aggiudicazione, ai fini della stipula e della successiva esecuzione del contratto d'appalto (cfr., a tal proposito, il par. 2.2.1 della Comunicazione Interpretativa 2006/C 179/02 della Commissione UE sul diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti; cfr. anche la delibera 13.1.2016 n. 33 dell'ANAC). 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, altresì, dei principi cardine del Trattato CE e delle Direttive appalti (cfr., ex multis, Corte di Giustizia, sent. 13.7.1993 n. C-330/91 ove si è affermato che "il principio della parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o in base alla sede per quanto riguarda le società, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato"), 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" (T.A.R. Campania, Sez. II, sentenza n. 2083/2018, già citata);

CONSIDERATO, altresì, che l'Autorità, in un caso analogo a quello di specie, ha giudicato non coerente con la natura di requisito di esecuzione del contratto la previsione di un criterio di valutazione dell'offerta tecnica relativo alla qualità del centro, basato sullo schema progettuale del centro cottura inclusivo di informazioni relative ad elementi specifici e strutturali dell'immobile quali superfici, planimetrie e percorsi progettati, in quanto volto a premiare sostanzialmente i concorrenti che, all'atto della partecipazione, ne abbiano già la disponibilità, con conseguente lesione dei principi di *favor participationis*, massima concorrenza e parità di trattamento, impedendo agli operatori economici che non siano nel possesso di un centro cottura di formulare una proposta tecnica con la quale possano aspirare ad ottenere il massimo del punteggio;



RILEVATO che, nel caso di specie, il disciplinare di gara prevede, all'art. 7.3. lett. c), tra i requisiti di capacità tecnico-professionale, che il concorrente presenti *"apposita dichiarazione resa ai sensi del DPR n°445/2000 attestante l'impegno a possedere entro 20 giorni dall'aggiudicazione e per tutta la durata dell'appalto (durata massima 4 anni), un proprio centro di cottura idoneo rispondente alle norme vigenti ed ai requisiti richiesti dal Capitolato Speciale d'Appalto, per garantire quantitativamente e qualitativamente la richiesta di servizio esplicitata negli atti di gara, munito di SCIA idonea per esercitare l'attività da appaltare, dotato di certificati ISO50001: 2011 e EMAS o ISO 14001:2015 in corso di validità, dotato di attestato dell'ASL che classifica il centro cottura di categoria A "per la preparazione di pasti per celiaci" (in ottemperanza della delibera di giunta della Regione Puglia del 9/5/2012 n°890 e circolare ASLBA del 3/8/2012), sottoposto a verifica e controllo attraverso ispezione da uno degli organismi nazionali di controllo autorizzati, ai sensi del Reg. CE n.834/2007 e successive modificazioni ed integrazioni"*;

RILEVATO, altresì, che il disciplinare di gara, con riferimento alla valutazione delle offerte tecniche, alle quali sono destinati 80 punti, con una soglia di sbarramento pari a 40 punti, fissa i seguenti criteri:

- **A.3 "Ottimizzazione dei tempi di consegna presso i terminali di consumo.** Sarà oggetto di attribuzione di punteggio, il tempo medio di percorso stradale per la consegna dei pasti, dal sito previsto del centro di cottura previsto verso tutti i terminali di refezione (plessi). Il tempo medio di consegna dei pasti, fra il sito previsto del centro di cottura e tutti i terminali di refezione, sarà calcolato/verificato attraverso l'utilizzo del sito Google Maps, che fornirà l'arco temporale di consegna fra l'ubicazione del centro di cottura previsto e ciascun plesso scolastico da servire previsto, consentendo la determinazione del tempo medio di consegna dei pasti fra il centro di cottura e tutti i plessi, con assegnazione di massimo 15 punti;
- **A.11 "Centro di cottura per la preparazione dei pasti.** Il concorrente dovrà descrivere nella relazione e attraverso la documentazione di seguito indicata, il Centro di Cottura che intende impiegare e possedere, per tutta la durata dell'appalto e comunque entro 20 gg dall'aggiudicazione definitiva. Si dovranno descrivere, attraverso la seguente documentazione richiesta, da allegare: le Superfici; le condizioni strutturali del centro di cottura; le eventuali fonti di energia rinnovabile che saranno impiegate; le attrezzature del centro di cottura attraverso la legenda del layout; elenco di eventuali altre commesse di servizi di ristorazione che saranno erogate dallo stesso centro di cottura elencando i Clienti/servizi, la tipologia di servizio ristorativo ed i pasti previsti da preparare quotidianamente; pertanto il concorrente dovrà allegare: - dichiarazione che attesti l'ubicazione della struttura; - dichiarazione attestante il titolo di possesso dell'opificio; - descrizione delle caratteristiche strutturali del centro di cottura che si intende impiegare nella gestione e delle aree esterne di pertinenza, delle attrezzature documentate da planimetria quotata in scala 1:100 con layout e legenda (delle attrezzature numerata che consente di individuare il puntuale posizionamento delle attrezzature), oltre alle indicazione delle destinazioni d'uso di spazi/locali/superfici (interne ed esterne di pertinenza del centro cottura); - descrizione dei flussi operativi dell'attività; - eventuale dichiarazione che attesti l'impegno del concorrente ad impiegare per l'attività presso il centro di cottura citato in premessa, fonti di energia rinnovabili per il contenimento dei consumi energetici - - l'aggiudicatario dovrà documentare entro 20 gg dall'aggiudicazione quanto dichiarato in sede di offerta", con assegnazione di massimo 16 punti;

RITENUTO, sulla scorta dei principi richiamati, che nonostante la disponibilità di un centro di cottura sia formalmente prevista quale requisito di esecuzione del contratto – essendo sufficiente, ai fini della partecipazione, la dichiarazione dell'impegno a dotarsene in caso di aggiudicazione - l'assegnazione di



un punteggio elevato (pari a 31 punti sugli 80 totali) in ragione del tempo medio per la consegna dei pasti e delle caratteristiche intrinseche del centro (superficie, utilizzo delle energie rinnovabili, strumentazione e sua collocazione all'interno del centro) porta a configurare il possesso del centro sostanzialmente come una condizione per la partecipazione alla procedura anziché ai fini della sola esecuzione del servizio, atteso che costituisce un elemento da indicarsi già in sede di offerta e da farsi oggetto di autonoma valutazione da parte della Commissione preposta, il cui difetto, nell'attualità, vanifica ogni possibilità di gareggiare utilmente, in una situazione di *par condicio* con gli altri concorrenti, attraverso una proposta realmente competitiva, comportando l'assegnazione di zero punti a due rilevanti voci di valutazione dell'offerta tecnica;

RITENUTO, inoltre, che anche il risibile tempo concesso all'aggiudicatario per dimostrare il possesso del centro di cottura (dotato, di tutte le certificazioni richieste nel disciplinare di gara), pari a soli 20 giorni dall'aggiudicazione, appare misura restrittiva della concorrenza e volta a premiare chi, all'atto della partecipazione, ne sia già in possesso. In ogni caso, la tempistica individuata dalla Stazione appaltante risulta anche sproporzionata. La procedura di gara in oggetto, infatti, è stata bandita a gennaio 2023 mentre l'appalto, concernente la refezione scolastica per le annualità 2023/2024 e 2024/2025, avrà un principio di esecuzione nel mese di settembre 2023; sarebbe stato possibile, pertanto, individuare una tempistica più ampia che, compatibilmente con le esigenze dell'Ente, garantisse agli operatori economici del settore - non aventi un centro di cottura in prossimità dei plessi scolastici ma interessati a partecipare - la possibilità di presentare un'offerta e concorrere in condizioni di parità rispetto a coloro che, all'atto della partecipazione, ne erano già in possesso;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:

- l'istanza è inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. e) del vigente Regolamento di precontenzioso con riferimento alla questione concernente la presunta insufficienza e incapienza del prezzo posto a base di gara;
- i criteri di valutazione delle offerte volti a premiare la qualità del centro di cottura, la sua ubicazione rispetto ai plessi scolastici, unitamente al ristretto termine concesso all'aggiudicatario per dotarsi del centro cottura, si pongono in contrasto con i principi di *favor participationis*, massima concorrenza e parità di trattamento, operando un'ingiusta discriminazione in fase di accesso alla procedura e ai fini dell'aggiudicazione del servizio tra gli operatori economici che già dispongono e coloro che invece siano privi di un centro di cottura.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 aprile 2023
Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente