



DELIBERA N. 526

2 novembre 2022.

Oggetto

Istanze di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentate da Ladisa S.r.l. e Vivenda S.p.A. – Procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di ristorazione per le scuole comunali e statali dell'infanzia e primarie del Comune di Foggia per la durata di anni due (2022-2023 e 2023-2024) – CIG: 93360353CE - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: 2.312.880,00euro – SA: Comune di Foggia

PREC 135/2022/S-PB

Riferimenti normativi

Artt. 34, 35 e 95 del d.lgs. n. 50/2016

D.M. n. 65 del 10 marzo 2020

Parole chiave

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente - Servizio di refezione scolastica – Criteri Ambientali Minimi – Congruità dell'importo a base d'asta – Inserimento dei CAM nella documentazione di gara – Impatto sulla determinazione del costo del singolo pasto completo da porre a base d'asta – Limiti alla discrezionalità della valutazione tecnica

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente - Servizio di refezione scolastica – Criteri Ambientali Minimi – Congruità dell'importo a base d'asta – Inserimento dei CAM nella documentazione di gara – Impatto sulla determinazione del costo del singolo pasto completo da porre a base d'asta – Limiti alla discrezionalità della valutazione tecnica.

In una procedura di affidamento del servizio di ristorazione collettiva, l'individuazione del prezzo a base di gara per singolo pasto rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della Stazione appaltante. Tuttavia, nel caso in cui tale importo risulti, di fatto, inferiore al costo medio stimato per pasto previsto dal D.M. 10 marzo 2020 sui nuovi Criteri Ambientali Minimi e la Stazione appaltante non abbia reso noto l'iter logico seguito per la sua determinazione o, in ogni caso, non abbia fornito elementi sufficienti per la verifica di quanto determinato, sussistono i presupposti per mettere in discussione la valutazione tecnica effettuata.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 2 novembre 2022

DELIBERA

VISTE le istanze di parere prot. n. 65818 del 10 agosto 2022 e prot. n. 69982 del 5 settembre 2022, relative alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante Ladisa s.r.l. contestava la determinazione del prezzo a base d'asta e, in particolare, la mancata applicazione dei nuovi CAM di cui all'articolo 34 del D.M. 10 marzo 2020, sostenendone l'illegittimità;



CONSIDERATO che l'istante Vivenda contestava la *lex specialis* e, in particolare, la mancata stima dei costi della manodopera ai sensi dell'articolo 23, comma 16 del d. lgs. n. 50/2016; il mancato rispetto del D.M. n. 65 del 10 marzo 2020 nonché del combinato disposto degli articoli 34 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; la violazione dell'articolo 29 del decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4 c.d. "decreto sostegni-ter e del relativo obbligo della revisione dei prezzi; nonché la violazione dell'articolo 95 del d.lgs. n. 50/2016 con riferimento alla valutazione del centro di cottura;

RILEVATA l'identità soggettiva ed oggettiva delle due istanze, le stesse sono state riunite e trattate in un unico procedimento;

VISTA la documentazione di gara e in particolare che l'importo di un singolo pasto a base d'asta è fissato in € 4,00, I.V.A. ed oneri della sicurezza esclusi; che il disciplinare di gara, all'articolo 12.2. "*Requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica - organizzativa ai sensi dell'art. 83, comma 1, lettere b) e c) del D. Lgs. n. 50/2016*", prevedeva alla lettera e): «*di avere la piena disponibilità, ovvero impegnarsi ad avere la piena disponibilità entro la data di stipula del contratto, in proprietà o in locazione o altro titolo legittimo, per tutta la durata del contratto, di un centro di produzione e cottura pasti (in linea all'art. 26 del Capitolato Speciale d'Appalto), regolarmente autorizzato e certificato dalla competente Autorità sanitaria per territorio, avente una capacità produttiva giornaliera (in termini di preparazione e confezionamento pasti) di almeno 1700 pasti, conforme alla vigente normativa e destinato alla refezione collettiva. Lo stesso centro deve essere conforme a tutte le normative vigenti (igienico sanitarie, sicurezza di igiene degli alimenti, sicurezza sul lavoro, sicurezza sugli impianti) e deve possedere il certificato di prevenzione incendi. Il centro di produzione pasti dovrà essere dotato altresì, di un piano di autocontrollo documentato, secondo il sistema HACCP. Tra il momento conclusivo della preparazione e cottura dei pasti e la somministrazione agli utenti dovrà intercorrere un lasso di tempo non superiore a 60 minuti (da rilevarsi con sito google maps da calcolarsi dalla Sede comunale di Corso Garibaldi 58)*»; che all'articolo 21, relativo ai criteri di aggiudicazione, sono previsti, tra gli altri, quali elementi di valutazione: «*1) Organizzazione del servizio e del personale - Descrizione metodo ed organizzazione del lavoro: descrizione dell'organizzazione del centro di cottura, delle fasi di svolgimento del servizio con l'individuazione analitica di tempi e modalità attraverso i quali si prevede di eseguirlo, con l'indicazione di eventuali aspetti peculiari che possano caratterizzare ulteriormente la qualità del servizio stesso nella sua esecuzione da parte del personale addetto. Fino a 6 Punti*» e «*7) Generi alimentari e Prodotti certificati (max 12 punti): Utilizzazione di prodotti certificati da agricoltura biologica e di qualità, nonché di prodotti tipici tradizionali DOP, DOC, IGP, IGT della Regione Puglia ai sensi della L. n.488/99: - pasta: Punti 1;- olio extra vergine di oliva; Punti 1;- riso; Punti 1;- altri prodotti: 0,5 punti per ogni prodotto offerto fino a 6 Punti;- copia schede tecniche (etichettatura) di TUTTE le materie prime offerte per i generi alimentari del menù Fino a Punti 3*»;

VISTO l'articolo 1 del capitolato speciale d'appalto che definisce l'oggetto del contratto in tali termini: «*il servizio di ristorazione per le scuole dell'infanzia e primarie del Comune di Foggia nelle diverse fasi di acquisto delle materie prime, preparazione, trasporto, consegna e distribuzione dei pasti presso le sedi indicate al successo art. 3, nonché l'allestimento dei tavoli dei refettori, lo scodellamento, il successivo riordino, la pulizia e sanificazione dei locali in cui si consumeranno i pasti nonché la fornitura delle derrate alimentari per l'asilo nido comunale Tommy Onofry secondo le modalità di cui al presente articolo del capitolato*», procedendo poi ad una dettagliata descrizione delle prestazioni comprensive nell'oggetto contrattuale;



VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 16 settembre 2022 con nota prot. n. 73556;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che l'amministrazione non partecipava al procedimento;

RILEVATO che con verbale del 14 settembre 2022 la Ladisa s.r.l., attuale gestore del servizio ed unica partecipante alla procedura, veniva ammessa alla fase di valutazione delle offerte;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità delle scelte operate dall'amministrazione nella definizione della procedura di gara e, in particolare, alla congruità dell'importo a base d'asta calcolato dalla stazione appaltante;

RILEVATO che l'ordinamento riconosce alla stazione appaltante la discrezionalità nella definizione delle condizioni di gara, affinché sia possibile selezionare il contraente che con la propria offerta meglio risponde alle esigenze che l'amministrazione persegue attraverso l'aggiudicazione del contratto, soddisfacendole; tale discrezionalità, come noto, non è sindacabile nel merito;

CONSIDERATO che, con riferimento alla contestazione inerente l'importo a base di gara, è stato più volte chiarito come la definizione del prezzo a base d'asta non implichi una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche, sulla quale è possibile il solo sindacato estrinseco, ovvero limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo il giudice, o l'Autorità, giungere alla determinazione del prezzo congruo (cfr. ANAC, delibere n. 1017 del 25 novembre 2020; n. 321 del 21 aprile 2021, n. 144 del 30 marzo 2022; n. 753 del 17 novembre 2021);

CONSIDERATO che è stato altresì esplicitato che rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della stazione appaltante individuare una base d'asta congrua e tale da garantire la qualità delle prestazioni e che le valutazioni tecniche operate dall'amministrazione sono sindacabili nei limitati casi di complessiva inattendibilità o illogicità manifesta: sono pertanto da ritenere escludenti solo le clausole abnormi o irragionevoli che con assoluta e oggettiva certezza rendono aleatoria la remunerazione del servizio o estremamente difficoltoso il calcolo di convenienza economica, e tali quindi da precludere la partecipazione (cfr. ANAC, delibera n. 241 del 23 marzo 2021; delibera n. 208 del 27 aprile 2022);

VISTO l'articolo 34 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui «1. Le stazioni appaltanti contribuiscono al *conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell'articolo 144.* 2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. [...] 3. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di



affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione»;

CONSIDERATO quanto previsto dal D.M. n. 65 del 10 marzo 2020 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare recante i nuovi C.A.M. per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari;

CONSIDERATO che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, la base d'asta non corrisponde necessariamente al prezzo di mercato, e tuttavia è necessario che la sua determinazione sia effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili, e acquisendo attendibili elementi di conoscenza, al fine di scongiurare il rischio di una base d'asta arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2020, n. 5634; 24 settembre 2019, n. 6355; 10 maggio 2017, n. 2168; sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081). Occorre a tal fine considerare che la stazione appaltante deve garantire la qualità delle prestazioni, non solo in fase di scelta, ai sensi dell'articolo 97 del Codice, ma anche nella fase di predisposizione degli atti di gara, ex articolo 30 del Codice (cfr. ANAC delibere n. 321 del 21 aprile 2021, n. 144 del 30 marzo 2022; n. 753 del 17 novembre 2021);

RITENUTO che sebbene rientri nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della stazione appaltante individuare una base d'asta congrua e tale da garantire la qualità delle prestazioni, il fatto che essa risulti nettamente inferiore al prezzo medio risultante dal D.M. 10 marzo 2020 sui nuovi Criteri Ambientali Minimi per il servizio di ristorazione, pur essendo i criteri di aggiudicazione incentrati sull'offerta di prodotti con caratteristiche ambientali e sociali, rende *l'iter* logico seguito dalla Stazione appaltante non coerente con la normativa di settore (cfr. ANAC delibere n. 321 del 21 aprile 2021, n. 144 del 30 marzo 2022; n. 753 del 17 novembre 2021);

RITENUTO che nell'ipotesi in cui la stazione appaltante non abbia reso noto *l'iter* logico seguito per la sua determinazione o, in ogni caso, non abbia fornito elementi sufficienti per la verifica di quanto determinato, sussistono i presupposti per mettere in discussione la valutazione tecnica effettuata (cfr. ANAC delibera n. 753 del 17 novembre 2021);

RITENUTO che in ragione dei menzionati principi di diritto e delle caratteristiche prestazionali della procedura, la base d'asta della gara in contestazione appare effettivamente non congrua, soprattutto se ci si pone nella ragionevole prospettiva dell'operatore economico che nell'apprezzamento della remuneratività del prezzo a base d'asta deve tener conto normalmente della necessità di coprire i costi del servizio e di conseguire un utile dalla propria attività di impresa, coerentemente con le tipiche delle dinamiche di un mercato in regime di concorrenza;

RITENUTO tale profilo di censura assorbente rispetto alle ulteriori criticità sollevate;

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e nei limiti del sindacato che compete all'Autorità, sopra precisati, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore, ed in particolare che sussistano i presupposti per mettere in discussione la valutazione tecnica effettuata dall'Amministrazione in relazione alla stima dell'importo da porre a base di gara in quanto non è stato adeguatamente esplicitato *l'iter* logico seguito per la sua determinazione e, in ogni caso, non sono stati forniti elementi sufficienti per la verifica di quanto determinato.



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 novembre 2022

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente