

DELIBERA N. 786

1 dicembre 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Ladisa S.r.l. – Procedura aperta per l'appalto del servizio di refezione scolastica in favore del Comune di Francavilla Fontana per n. 5 anni scolastici mediante produzione dei pasti presso i centri di produzione del fornitore - Importo a base di gara: Euro 7.012.500,00 - S.A.: Comune di Francavilla Fontana.

PREC 204/2021/S

Riferimenti normativi

Artt. 34, 35 e 144 del D.Lgs. n. 50/2016; D.M. n. 65 del 10 marzo 2020.

Parole chiave

Servizio di refezione scolastica – Criteri Ambientali Minimi.

Massima

Servizio di ristorazione scolastica – Criteri Ambientali Minimi – Obbligatorietà *ex lege* – Erronea applicazione D.M. abrogato – Rettifica degli atti di gara – Non sufficiente – Obbligo di effettuare una nuova istruttoria.

In una procedura di affidamento del servizio di ristorazione scolastica, l'obbligatorietà dei CAM per la stazione appaltante è espressamente stabilita dall'art. 34 del D.Lgs. n. 50/2016, sia in relazione al rispetto delle specifiche tecniche e/o clausole contrattuali sia in relazione alla previsione di almeno uno dei criteri premiali (ai sensi del vigente D.M. n. 65 del 10 marzo 2020). Ciò comporta che deve essere coerente con i CAM sia la documentazione di gara sia gli obblighi informativi a carico della stazione appaltante, al fine di consentire un effettivo confronto concorrenziale e la presentazione di offerte complete ed adeguate (nell'interesse non solo degli operatori economici, ma anche della stessa Amministrazione). Nel caso in cui un'Amministrazione abbia impostato la gara in base ai CAM previsti da



un decreto non più vigente, non è sufficiente procedere alla sola rettifica del richiamo normativo effettuato nella documentazione di gara, in quanto questa può avere ad oggetto meri errori materiali (riconoscibili), in cui è incorsa l'Amministrazione ovvero semplici irregolarità che non incidono sul contenuto finale di un provvedimento; in tale ipotesi, è, invece, necessario che la stazione appaltante svolga un'istruttoria al fine di accertare la conformità della legge di gara con i nuovi CAM.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 1 dicembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 65077 del 7 settembre 2021, con la quale la società Ladisa S.r.l. ha contestato l'operato della stazione appaltante per avere proceduto alla "rettifica" della documentazione di gara, sostituendo il richiamo al D.M. 25 luglio 2011 con quello al D.M. 10 marzo 2020, senza procedere all'adeguamento dei documenti di gara ai nuovi C.A.M. e senza concedere un nuovo termine per la presentazione delle offerte;

RILEVATO che, dopo la comunicazione dell'istanza di precontenzioso, la stazione appaltante ha differito i termini di presentazione delle offerte (al 18 settembre 2021);

VISTA la nota prot. n. 71411 dell'1 ottobre 2021, con cui è stato chiesto alla Società istante se avesse interesse al conseguimento del parere alla luce del sopravvenuto differimento dei termini, e la positiva risposta fornita dalla Società (nota prot. 72192 del 5 ottobre 2021);

VISTA altresì la nota (acquisita al prot. ANAC 72057 del 5 ottobre 2021) con cui la SA ha precisato che alla procedura hanno partecipato due operatori, tra cui l'istante, e che *"si è proceduto a pubblicare apposito avviso di rettifica e che non si è proceduto a pubblicare nuova documentazione in attuazione al DM 10 marzo 2020"*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 73890 del 12 ottobre 2021;

VISTA la documentazione in atti;

TENUTO CONTO che, con avviso di rettifica, la SA ha solo previsto che: *"In riferimento al D.M. 25 luglio 2011 indicato negli atti di gara, si precisa che essendo tale D.M. abrogato, tutti gli atti di gara devono far riferimento al D.M. 10 marzo 2020, in quanto normativa vigente"*;

VISTO l'art. 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 che la richiamata disposizione prevede, per un verso, l'obbligatorietà del rispetto degli standard fissati dai Criteri Ambientali Minimi (noti come CAM), definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e, per altro verso, consente alle Amministrazioni di prevedere anche parametri più stringenti, con la precisazione che dovrà trattarsi di una azione incentivale non suscettibile di determinare l'insorgere di discriminazioni irragionevoli o di orientare l'andamento delle selezioni pubbliche in direzione di un determinato prodotto o fornitore. L'art. 34 del Codice risponde all'esigenza di garantire lo sviluppo sostenibile anche attraverso un uso dei contratti orientato all'eco-efficienza. L'assegnazione di un peso rilevante ai profili ambientale in sede di confronto concorrenziale ha, infatti, l'effetto di innalzare i livelli di sostenibilità delle attività sia delle imprese (in termini di un minore impatto sulle matrici ambientali del ciclo di produzione e uso del prodotto) sia delle stazioni appaltanti (in termini di minore impatto del ciclo di vita del prodotto che si procurano);

CONSIDERATO che i servizi oggetto del presente affidamento sono servizi di ristorazione di cui all'art. 144 del Codice, con la conseguenza che il rispetto delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei CAM è obbligatorio. Il primo comma del richiamato art. 34 prevede espressamente che le stazioni appaltanti devono inserire nella documentazione di gara *"almeno"* le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei CAM e il secondo comma stabilisce che i CAM vanno presi in considerazione anche ai fini della definizione dei criteri di valutazione dell'offerta;

CONSIDERATO, quindi, che l'obbligatorietà dei CAM per l'Amministrazione è espressamente stabilita dalla legge (cfr. di recente Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972; TAR Lazio Roma, sez. I-bis, 2 febbraio 2021, n. 9140). Il Consiglio di Stato ha sottolineato che *"tali disposizioni, lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dal terzo comma dell'art. 34, il quale sancisce che "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";* ciò comporta che l'Amministrazione non può procedere alla formulazione di una *lex specialis* contenente specifiche tecniche e criteri premianti difformi ai CAM previsti in un decreto ministeriale, *"né a tanto, (...), può ragionevolmente opporsi la discrezionalità dell'amministrazione: quest'ultima può (e anzi deve) sicuramente individuare le proprie necessità, attraverso una corretta e approfondita istruttoria, ma non può né decidere autonomamente se perseguire gli obiettivi di compatibilità ambientale, né le modalità attraverso cui perseguirla, ciò essendo stato stabilito direttamente proprio dal decreto ministeriale più volte citato (rientrando invece nella discrezionalità dell'ente l'individuazione della durata del contratto, durata la cui previsione (non inferiore ad un triennio) deve essere in ogni caso coerente con le esigenze individuate e con i criteri ambientali minimi concretamente applicabili. E' appena il caso di aggiungere che coerenti con i modelli (...) previsti dal decreto ministeriale (...) devono essere anche la documentazione che l'amministrazione deve porre a base della gara (e a disposizione dei concorrenti) nonché gli obblighi informativi che conseguentemente sono a carico dell'amministrazione appaltante, il tutto per consentire un effettivo confronto concorrenziale e la presentazione di offerte complete ed adeguate (nell'interesse non solo degli operatori economici, ma anche della stessa amministrazione)"* (Cons. Stato cit., n. 972/2021);



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 CAM per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, con cui è stato abrogato il precedente D.M. n. 220 del 25 luglio 2011;

RILEVATO che il nuovo D.M. ha apportato diverse novità rispetto al precedente. La prima significativa novità consiste nella diversificazione dei CAM per tipologia di servizio di ristorazione; l'art. 1, comma 2, del D.M. n. 65/2020 prevede la suddivisione del servizio di ristorazione collettiva in tre settori: a) ristorazione scolastica; b) ristorazione per gli uffici, le università e le caserme; c) ristorazione per le strutture ospedaliere, assistenziali, socio-sanitarie e detentive. Per ciascuna categoria sono dettagliate sia le clausole contrattuali da rispettare sia i criteri premianti da prevedere negli atti di gara. Con riferimento al servizio di ristorazione scolastica, all'interno della sezione C.a) dedicata alle clausole contrattuali, sono indicati tutti i requisiti che le stazioni appaltanti devono inserire nei documenti di gara e vengono apportate diverse modifiche alle percentuali minime di biologico che devono contenere i vari alimenti. Ulteriori novità riguardano le modalità di verifica da parte della SA della conformità dei prodotti forniti ai CAM, la tipologia di formazione da svolgere nei confronti del personale impiegato nell'affidamento (prevedendo che entro 60 giorni dall'inizio del servizio, l'aggiudicatario trasmetta il programma di formazione del personale e l'elenco dei partecipanti), i criteri premianti. Sotto quest'ultimo aspetto viene, in particolare, previsto che *"la stazione appaltante, laddove utilizzi il miglior rapporto qualità prezzo ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, introduce uno o più dei seguenti criteri premianti nella documentazione di gara, attribuendovi una significativa quota del punteggio tecnico complessivo"*: 1. Chilometro zero e filiera corta; 2. Attuazione di soluzioni per diminuire gli impatti ambientali della logistica. 3. Comunicazione. 4. Ulteriori caratteristiche ambientali e sociali dei prodotti alimentari. 5. Acquacoltura biologica, prodotti ittici di specie non a rischio, prodotti ittici freschi. 6. Verifica delle condizioni di lavoro lungo le catene di fornitura. Ciascun criterio di valutazione è suddiviso in diversi sub-criteri;

RILEVATO che, nel caso di specie, la documentazione di gara appare strutturata in base all'abrogato D.M. sia sotto il profilo delle clausole contrattuali che in relazione ai criteri premianti. A titolo esemplificativo, si evidenzia che nessuno dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica richiama almeno uno dei criteri premiali previsti nel D.M. n. 65/2020 e che il capitolato di gara non richiama le prescrizioni del citato D.M. laddove descrive la composizione e la modalità di preparazione dei pasti;

RITENUTO che, ai fini del rispetto delle prescrizioni contenute nel D.M. n. 65/2020, non è sufficiente la pubblicazione dell'avviso di rettifica della *lex specialis* nel quale si esplicita che i riferimenti all'abrogato D.M. n. 220/2011 vanno letti alla luce del D.M. n. 65/2020. La rettifica, infatti, ha ad oggetto meri errori materiali, necessariamente riconoscibili, in cui è incorsa l'Amministrazione ovvero semplici irregolarità che non incidono sul contenuto finale di un provvedimento (Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 1998; Id., sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889; Id., sez. III, 22 agosto 2012, n. 4592). Nel caso di specie, invece, non si trattava semplicemente di correggere l'erroneo richiamo ad un decreto ministeriale abrogato, ma la stazione appaltante avrebbe dovuto anche svolgere un'istruttoria (di cui non vi è alcuna traccia né negli atti di gara né nella memoria della SA) al fine di accertare la conformità della legge di gara con i nuovi CAM e, per gli aspetti di divergenza, procedere alla modifica della documentazione di gara, previa nuova pubblicazione del bando di gara e della documentazione a corredo.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore, in quanto l'applicazione dei nuovi CAM previsti dal D.M. n. 65 del 10 marzo 2020



richiede lo svolgimento di una istruttoria da parte della stazione appaltante, con conseguente ripubblicazione degli atti di gara, e non la sola pubblicazione di un avviso di rettifica volto a correggere il richiamo ad un decreto ministeriale abrogato.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2021
Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente