



# DELIBERA N. 153

24 febbraio 2021.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Ladisa S.r.l. – Procedura aperta per l'appalto del servizio di mensa scolastica presso le scuole d'infanzia, primarie e secondarie inferiori cittadine da febbraio 2021 a giugno 2021 e per gli anni scolastici 2021/2022-2022/2023-2023/2024 – Importo a base di gara: euro 4.962.060,85 - S.A.: Comune di Chieti - 2° Settore – Pubblica istruzione, Servizi Demografici

**PREC 22/2021/S**

## Riferimenti normativi

Articoli 35, 60, 79 d.lgs. n. 50/2016

## Parole chiave

Ristorazione – base d'asta – costi sicurezza – termini – riapertura

## Massima

### **servizio di ristorazione scolastica – adeguatezza del prezzo a base d'asta**

Rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della stazione appaltante individuare una base d'asta congrua e tale da garantire la qualità delle prestazioni.

### **costi della sicurezza da interferenza – discrezionalità**

L'indicazione dei costi della sicurezza da interferenza costituisce oggetto di valutazioni proprie della stazione appaltante;

### **clausola sociale – dati del personale - riapertura termini**

E' corretta la riapertura dei termini effettuata dalla stazione appaltante al fine di fornire i dati inerenti al personale soggetto all'applicazione della clausola sociale, qualora essa abbia garantito le medesime forme di pubblicità che hanno assistito gli atti di gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 febbraio 2021



## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 650 del 7 gennaio 2021 e l'integrazione acquisita al prot. 1222 dell'8 gennaio 2021, presentata da Ladisa S.r.l., con cui l'istante contesta il bando di gara per l'affidamento del servizio di mensa scolastica del Comune di Chieti. In particolare la società istante, attuale gestore del servizio, rileva le seguenti criticità:

- il bando avrebbe erroneamente richiamato il d.m. 25 luglio 2011 ("Criteri Ambientali Minimi per il Servizio di ristorazione collettiva e la fornitura di derrate alimentari nell'ambito del piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione"), invece del d.m. 10 marzo 2020. L'istante, pur rassicurato dalla S.A. sul fatto che tale richiamo sia un mero refuso, insiste sul fatto che al fine di uniformarsi alle nuove prescrizioni del d.m. 10 marzo 2020, occorrerebbe rimodulare la base d'asta e procedere a una nuova pubblicazione della gara. Ladisa S.r.l. evidenzia in proposito che, nonostante alcuni criteri di aggiudicazione della gara prevedano l'impiego di prodotti biologici, locali e a filiera corta, e quindi impositivi di maggiori oneri, la S.A. pone un prezzo unitario a base d'asta per singolo pasto pari a € 5,00, inferiore rispetto alla gara del 2015 che recava un prezzo unitario a base d'asta per singolo pasto pari a € 5,50;
- l'importo degli oneri per la sicurezza, fissato nella gara attuale in € 9.875,85 per tre anni, risulta inferiore a quello del 2015 (€ 55.000,00 per cinque anni), nonostante l'attuale situazione di emergenza sanitaria comporti la necessità di adottare i relativi protocolli di sicurezza e le misure anticontagio. In proposito, Ladisa S.r.l. richiama la deliberazione Anac n. 1022 del 25 novembre 2020 che invitava le stazioni appaltanti a prendere in considerazione il grave squilibrio contrattuale, nei contratti aventi ad oggetto i servizi di ristorazione collettiva, dovuto a eventi sopravvenuti ed imprevedibili, e attuare le necessarie varianti ai sensi dell'art. 106 del d.lgs 50/2016. La ditta istante, osserva che lo stesso Comune di Chieti aveva deliberato, in ragione di ciò, un incremento del prezzo del pasto unitario;
- la S.A. non avrebbe fornito indicazioni sul CCNL applicabile né sul contratto attualmente applicato. Inoltre essa avrebbe fornito dati errati relativamente al personale da assorbire;

VISTO l'avvio del procedimento in data 18 gennaio 2021, con nota prot. n. 3973;

VISTA la memoria della S.A. Comune di Chieti, acquisita al prot. 4621 del 20 gennaio 2021, con cui l'Amministrazione riferisce innanzi tutto, con riguardo alla lamentata insufficienza del prezzo unitario a base d'asta, che proprio dalle ricerche di mercato citate nel d.m. 10 marzo 2020 si rilevava il dato del costo medio di € 4,80 per singolo pasto. Pertanto la S.A. ritiene che l'attuale base d'asta pari a € 5,00 sia congrua, e osserva che nella gara del 2015, affidata appunto all'istante Ladisa S.r.l., il ribasso offerto aveva portato a un prezzo di aggiudicazione pari a € 4,20. La S.A. sottolinea che la scelta dei criteri di aggiudicazione attiene alla propria sfera di discrezionalità e, con riguardo ai costi della sicurezza indicati nel DUVRI, osserva che la relativa spesa può subire variazioni nel tempo, a seguito del miglioramento degli standard di sicurezza sui luoghi di lavoro. In relazione alla clausola sociale, la S.A. evidenzia che il disciplinare, all'art. 23, richiama il CCNL di settore, e riferisce che, a seguito della pubblicazione errata dei dati relativi al personale da assorbire, essa procedeva, con determinazione del 13 gennaio 2021, a riaprire i termini per la presentazione delle offerte in modo da consentire alla platea di tutti i soggetti interessati di presentare un'offerta basata sulle informazioni corrette;

VISTA la memoria di replica inviata dall'istante Ladisa S.r.l., acquisita al prot. 5723 del 22 gennaio 2021, con cui la ditta, nel confermare le proprie contestazioni e nel riferire che a causa di un difetto del portale telematico non riusciva a partecipare alla prima seduta pubblica della gara, contesta la riapertura dei



termini della gara, con cui venivano concessi ulteriori 20 giorni, decorrenti dalla data di pubblicazione degli atti sulla GUCE, per la presentazione delle offerte o per la riformulazione di quelle già presentate. L'istante, nel richiamare l'art. 79 del d.lgs. 50/2016, rileva l'illegittima riapertura di termini avvenuta dopo la scadenza degli stessi, fissata al giorno 11 gennaio 2021, invoca l'annullamento della gara e una nuova pubblicazione della stessa;

CONSIDERATO che, per quanto riguarda la ritenuta insufficienza della base d'asta per singolo pasto pari a € 5,00, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale la base d'asta, seppure non deve corrispondere necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168; Cons. Stato, sez. V, sentenza 28 agosto 2017 n. 4081). In particolare, si è osservato come la misura 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, tuttavia, il giudice (o l'Autorità) giungere alla determinazione del prezzo congruo (v. parere reso con delibera n. 1017 del 25 novembre 2020). La S.A. tuttavia deve garantire la qualità delle prestazioni, non solo in fase di scelta (art. 97 d.lgs. 50/2016) ma anche nella fase di predisposizione degli atti di gara (art. 30 d.lgs. 50/2016). Nel caso di specie, si rileva che il d.m. 10 marzo 2020 riporta un costo medio stimato per singolo pasto di € 4,60 (indicazione della Relazione tecnica per la revisione dei CAM, Università degli Studi di Milano 2017) e specifica che una maggiore richiesta di materie prime biologiche comporta la necessità di aumentare la base d'asta, a parità di altre condizioni. Nel caso di specie, si osserva che il capitolato di gara prevede l'impiego obbligatorio di alcuni prodotti biologici e, fra i criteri di valutazione, il disciplinare prevede un punteggio premiante fino a 4 punti per l'utilizzo di prodotti biologici ulteriori e fino a 6 punti per l'utilizzo di ulteriori prodotti locali e a km. zero (art. 19 del disciplinare di gara), punteggio quindi certamente non preponderante ai fini dell'affidamento. Inoltre la S.A. prendeva in considerazione il prezzo di aggiudicazione dell'ultima gara effettuata e stabiliva una base d'asta superiore. Pertanto, occorre ribadire 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. Gli elementi a disposizione non evidenziano particolari vizi di irragionevolezza o arbitrarietà nell'iter logico giuridico seguito dalla Stazione appaltante e non consentono di affermare che l'attuale base d'asta sia tale da impedire con certezza ai concorrenti di formulare un'offerta remunerativa;

CONSIDERATO che, con riferimento alla ritenuta insufficienza dei costi della sicurezza da interferenza indicati negli atti di gara, tali costi derivano dalla stima effettuata "a monte" dalla stazione appaltante. Tali costi, a cui l'impresa è vincolata contrattualmente, «rappresentano "l'ingerenza" del committente nelle scelte esecutive della stessa e attengono esclusivamente alle spese connesse al coordinamento delle attività, alla gestione delle interferenze o sovrapposizioni [...] secondo le scelte di discrezionalità tecnica della stazione appaltante» (V. parere reso con delibera n. 616 del 7 giugno 2017). Pertanto anche l'indicazione di tali costi costituisce oggetto di valutazioni proprie della S.A., per le quali nel caso di specie non emergono elementi di inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione;

CONSIDERATO che, come si trae dalla Relazione Illustrativa alle Linee Guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali" approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13.2.2019, «la presentazione di un'offerta adeguata nel rispetto della clausola sociale non può prescindere dalla indicazione da parte della stazione appaltante dei dati inerenti il personale soggetto all'applicazione della clausola medesima. È innegabile, del resto, che la conoscenza analitica di tali elementi può riflettersi



positivamente sulla consapevole formulazione dell'offerta da parte dei concorrenti. Tale posizione è condivisa anche dal Consiglio di Stato, secondo il quale il bando deve indicare gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale e sia la stazione appaltante che l'operatore uscente sono tenuti a comunicare i dati ulteriori eventualmente richiesti dai soggetti interessati»;

CONSIDERATO che l'art. 79, comma 3, d.lgs. 50/2016 si riferisce a ipotesi di proroga di termini non ancora scaduti, a causa di "modifiche significative ai documenti di gara" o di introduzione di "informazioni supplementari" che sebbene non modifichino, comunque integrano la *lex specialis* (Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 2020, n. 5338; 31 marzo 2020, n. 2183; Cons. giust. amm., 24 novembre 2020, n. 1103; Cons. Stato, Sez. V, 22 luglio 2019, n. 5127);

CONSIDERATO che le informazioni aggiuntive sul personale impiegato nell'esecuzione del servizio da parte del precedente affidatario rilevano ai fini della corretta formulazione dell'offerta, e quindi è corretto che la stazione appaltante proceda a una vera e propria riapertura dei termini (v. parere reso con delibera Anac n. 1081 del 21 novembre 2018). È principio consolidato quello per cui le modifiche alla *lex specialis* di una gara seguono la regola del *contrarius actus*, a maggior ragione qualora non si tratti di mere rettifiche formali della *lex specialis* di gara ma di modifiche di natura sostanziale che incidono sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura, tali da poter determinare un ampliamento della platea dei soggetti potenzialmente interessati all'affidamento dell'appalto;

RITENUTO pertanto che è corretta la riapertura dei termini effettuata nel caso in esame dalla S.A., qualora essa abbia garantito le medesime forme di pubblicità che hanno assistito gli atti di gara;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, 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. Gli elementi a disposizione non consentono di affermare che l'attuale base d'asta sia tale da impedire con certezza ai concorrenti di formulare un'offerta remunerativa;
- l'indicazione dei costi della sicurezza da interferenza costituisce oggetto di valutazioni proprie della stazione appaltante;
- è corretta la riapertura dei termini effettuata dalla stazione appaltante al fine di fornire i dati inerenti al personale soggetto all'applicazione della clausola sociale, qualora essa abbia garantito le medesime forme di pubblicità che hanno assistito gli atti di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 marzo 2021  
Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente