



DELIBERA N. 321

12 luglio 2023

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 [OMISSIS] – Affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni delle scuole dell'infanzia e delle scuole primarie del Comune di Siracusa-AA.SS. 2023/2024-2024/2025-2025/2026 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 3.141.600,00 – S.A.: Comune di Siracusa.

UPREC-PRE 590/2023/S/PREC

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 – Determinazione importo a base di gara – Informazioni e dati da valutare – Criteri Ambientali Minimi – Valutazione di congruità.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Servizio di refezione scolastica – Scelta del contraente – Modalità di determinazione importo a base di gara – Congruità dell'importo a base d'asta – Informazioni e dati da valutare – Criteri Ambientali Minimi – Impatto sulla determinazione del costo del singolo pasto completo da porre a base d'asta – Limiti alla discrezionalità della valutazione tecnica – Giudizio finale di incongruità.

In una procedura di affidamento del servizio di ristorazione scolastica, 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 non tenga conto neppure dei maggiori costi delle materie prime e, più in generale, degli aumenti di tutti i beni, prodotti e servizi determinati dall'attuale tasso di inflazione, sussistono i presupposti per mettere in discussione la valutazione tecnica effettuata e per dimostrarne l'effettiva incongruità.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 12 luglio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0037136 del 15.5.2023, con la quale la società [OMISSIS] chiede parere in ordine alla congruità dell'importo posto a base di gara e alla correttezza delle stime effettuate dall'Amministrazione committente ai fini della sua corretta determinazione;

CONSIDERATO, più specificamente, che secondo la società istante *«l'Amministrazione appaltante ha statuito una base d'asta pari ad euro 4,40 I.E. a pasto, con un aumento rispetto alla precedente gara bandita nel 2019 (ante covid-19 e conflitto Russo/Ucraino per il quale si è subito un incremento medio dei prezzi di materie prime food no food del 25%) di soli euro 0,13 centesimi. Aumento che non comporta un effettivo adeguamento dei prezzi. Infatti la base d'asta di euro 4,40 I.E. a pasto risulta veramente esigua rispetto a quanto finora rappresentato, anche e soprattutto in considerazione del fatto che il capitolato prevede differenti (e ulteriori) prestazioni (all'allestimento dei refettori, allo scodellamento e distribuzione ai fruitori del servizio, alla pulizia di tavoli, sedie, attrezzature e stoviglie) e l'applicazione dei CAM che prevedono un prezzo base d'asta almeno pari ad euro 5,50 (cfr. note pag. 20 Gazzetta ufficiale n. 90 del 4 aprile 2020 - Decreto Ministero dell'Ambiente 10 marzo 2020 recante "Criteri ambientali minimi per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari"). Oneri ulteriori che, evidentemente, non sono stati correttamente valutati allorquando è stata stimata la base d'asta»;*

CONSIDERATO che la Stazione appaltante, in difesa del proprio operato, nelle memorie di replica sostiene che:

- 1) *«l'importo stimato dell'appalto... è stato determinato a seguito di un'analisi, oltretutto delle voci normativamente previste, dei seguenti elementi, meglio specificati nella presente nota: indice ISTAT FOI aprile 2023, sebbene attestato all'8%, la S.A. sull'importo di aggiudicazione della precedente gara applica, in aumento, il 13% circa; previsione nei documenti di gara della variazione in corso d'opera ex art. 106 Codice Contratti; inserimento della clausola sociale e relativo esame delle figure impegnate nel servizio e delle retribuzioni considerato anche ai fini dell'importo stimato; previsione clausola di revisione dei prezzi. La stazione appaltante, nella stima presunta, al fine di ottenere dati più prossimi alla realtà e pervenire a risultati non falsati da circostanze eccezionali, quali la pandemia, ha altresì posto a base delle determinazioni un arco temporale più ampio del triennio proprio per garantire agli operatori economici un quadro ed un contesto di riferimento il più possibile prossimo alla certezza del dato segnalato nei documenti di gara»;*
- 2) *«al fine di favorire la massima partecipazione... nel prevedere a carico dei concorrenti, tra i requisiti di capacità economica, il fatturato minimo, non ha richiesto tale parametro al fine della partecipazione alla procedura de qua»;*



- 3) *«si rileva che questa S.A. rispetto al prezzo aggiudicato con la precedente gara pari ad € 3,94 a pasto, ha determinato un incremento del prezzo a base della gara de qua in misura superiore rispetto all'incremento dell'indice dei prezzi al consumo nel 2023 (che si è attestato all'8%)»;*
- 4) *«negli atti di gara non sono presenti clausole meramente escludenti e quindi tali da precludere o limitare la partecipazione»;*
- 5) *«se le clausole della lex specialis non sono tali da impedire oggettivamente e indistintamente a tutti i potenziali concorrenti una corretta e consapevole formulazione dell'offerta, significa che la base d'asta può essere considerata congrua»;*
- 6) *«le doglianze della ditta "Gran Menu di Giudice Giovanni snc" altro non manifestano se non difficoltà della stessa a proporre un'offerta; a conferma di ciò giova sottolineare che la gara è risultata di apprezzabile interesse tra operatori economici del settore, atteso che le quattro ditte che hanno effettuato sopralluoghi nei siti oggetto dell'appalto hanno poi presentato istanza di partecipazione alla gara»;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 22.5.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO, al fine di tratteggiare i principi generali entro cui esaminare la controversia in esame, di poter integralmente richiamare il contenuto della Delibera Anac n. 321 del 21 aprile 2021, in particolare laddove si chiarisce che:

- la misura del prezzo a base d'asta non implica 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;
- 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 (art. 97 del Codice), ma anche nella fase di predisposizione degli atti di gara (art. 30 del Codice);
- 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;

RILEVATO, venendo al merito della questione oggetto del presente parere, che la Stazione appaltante, per la determinazione dell'importo a base di gara, dichiara di aver *«azionato una indagine di mercato avente ad oggetto le procedure ad evidenza pubblica realizzate per il servizio di refezione scolastica sul territorio nazionale»* e di aver tenuto nel dovuto conto tanto dell'aumento generalizzato dei prezzi verificatosi a seguito degli ultimi eventi pandemici e bellici, quanto dei maggiori costi per gli operatori economici derivanti dagli obblighi connessi al rispetto della normativa sui Criteri Ambientali Minimi (CAM) per i servizi di ristorazione, tanto che tale importo è stato aumentato del 13% rispetto all'importo di



aggiudicazione della precedente gara (indetta a fine ottobre del 2019 e aggiudicata definitivamente in data 8.9.2020), nonostante l'indice Istat FOI di aprile 2023 si attesti intorno all'8%;

RITENUTO, rispetto a tale prima motivazione difensiva, di eccepire che, innanzitutto, il tasso di inflazione reale si attesta su valori ben superiori se si osserva – come correttamente fatto rilevare dalla parte istante – l'incremento dei principali prodotti agroalimentari verificatosi nel periodo marzo 2021 – marzo 2022 (Tot. Agricoltura +26,2%; Tot. Coltivazioni agr. +31,4%; Cereali +69,8%; Frutta +30,2%; Ortaggi +25,1%; Semi oleosi +24,6%; Tot. Allevamenti +20,4%; Latte e derivati bovini +14,8%; Conigli +15,6%; Bovini da macello +16,7%; Ovini e caprini +1,0%; Suini +8,7%; Uova +21,7%; Avicoli +74,9% - Fonte ISMEA – Istituto di Servizi per il Mercato Agricolo Alimentare), nonché gli aumenti relativi alle fonti energetiche, trasporti e prodotti non alimentari (Trasporti e logistica +6%; Accessori a perdere/materiale non alimentare +7%; Energia elettrica fino a +200%; Gas fino a +400% - Rilevazione Dicembre 2021), ancorché si tratti di stime che devono essere attualmente riviste alla luce della riduzione dei rincari dei primi mesi di quest'anno, sicuramente rilevante in certi settori (come ad esempio quello energetico), ma comunque non in grado di compensare gli aumenti esponenziali registratisi nel biennio 2020/2022;

RITENUTO, in secondo luogo, che l'indagine di mercato effettuata per avere un quadro generale del valore presunto delle gare aventi medesimo oggetto, conclusasi – verosimilmente – con una valutazione di sostanziale congruità della base d'asta poi formalmente indicata nei documenti di gara, non costituisce un parametro di riferimento legittimante le determinazioni adottate e ciò perché in assenza di informazioni specifiche in ordine ai principi, ai presupposti e alle modalità con cui è stata condotta, la mera circostanza che un numero imprecisato di Enti pubblici abbia fissato una base d'asta identica o simile a quella in contestazione non esclude la possibilità che siano tutte ugualmente incongrue per le medesime o per differenti motivazioni;

RITENUTO che poco o nulla prova in termini di adeguatezza dell'importo a base d'asta il fatto che quest'ultimo sia stato incrementato del 13% circa rispetto *“all'importo di aggiudicazione della precedente gara”*, atteso che, per un verso, è operazione errata – per ovvi motivi – sotto il profilo logico mettere a confronto dati non omogenei quali, nel caso di specie, l'importo a base della nuova gara e l'importo di aggiudicazione di quella precedente, che risente delle dinamiche concorrenziali specifiche di quella data procedura selettiva, svoltasi per giunta in un contesto economico completamente diverso (ovvero prima della pandemia da Covid-19 e prima del conflitto russo-ucraino, per citare i due eventi che più di tutti hanno comportato uno stravolgimento, tra gli altri, dei mercati agro-alimentare ed energetico); e che, per altro verso, se il confronto venisse effettuato, come dovrebbe essere, tra i due importi posti a base di gara (ovvero euro 4,40/pasto per la gara in esame e 4,27/pasto per la gara del 2019/2020) è evidente che l'asserito incremento del 13% si ridurrebbe drasticamente al 3,2%;

CONSIDERATO, oltre alle suespresse valutazioni, che nel D.M. n. 65 del 10 marzo 2020 (recante “Criteri ambientali minimi per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari”) si legge che *«a fronte di un costo medio stimato per pasto di euro 4,6 (fonte: relazione tecnica per la revisione dei CAM, Università degli Studi di Milano, 2017) considerata l'incidenza delle derrate alimentari pari al 35-40% del costo complessivo del pasto, le medesime derrate alimentari hanno un costo medio stimato circa pari a euro 1,7 a pasto. Una maggiore richiesta di materie prime biologiche, comporta la necessità di aumentare la base d'asta, a parità di altre condizioni, precauzionalmente raddoppiando il valore della quota incrementale di materie prime biologiche che vengono richieste rispetto alla gara precedente. Per esempio, se per una gara priva di derrate biologiche, fosse richiesto, l'anno successivo, il 50% di materie prime biologiche, il costo del pasto dovrebbe arrestarsi a euro 5,5 (stime riferite all'anno 2017)»* (v. nota (1) del D.M. citato);



RILEVATO, dunque, che sulla base della stima contenuta nella normativa sopra citata, riferita al 2017 e al netto dell'adeguamento dei prezzi base ai CAM, il costo medio di un pasto giornaliero veniva stimato intorno a euro 4,60, che già così risulta essere superiore di 20 centesimi rispetto a quello oggetto dell'odierna contestazione e che, sempre sulla base di stime riferite a più di 5 anni fa, il costo del pasto, comprensivo della valutazione dei costi di materie prime biologiche, avrebbe dovuto aggirarsi, per essere considerato congruo, intorno a euro 5,50;

RITENUTO, alla luce di quanto sopra considerato, e tenuto anche conto che la *lex specialis*, con il mero rinvio alla normativa di settore ai fini dell'individuazione delle percentuali minime di prodotti biologici da inserire nel servizio di refezione scolastica, prevede l'utilizzo consistente di tali prodotti, che 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 tutti i costi del servizio e di conseguire un utile dalla propria attività di impresa, coerentemente con le tipiche dinamiche di un mercato in regime di concorrenza;

RITENUTO che non può condurre a diversa conclusione la circostanza – evidenziata dalla Stazione appaltante a difesa del proprio operato – che per la gara in esame siano pervenute ben quattro domande di partecipazione (da parte dei quattro operatori economici che hanno effettuato il sopralluogo), atteso che, da un lato, in considerazione dell'importo complessivo della procedura e del mercato di riferimento, tal numero di concorrenti non può costituire, *ex se*, una dimostrazione dell'adeguatezza dell'importo di gara e, dall'altro, che, sebbene – come evidenzia correttamente il Comune sulla scorta di pronunce sia della giustizia amministrativa che della stessa Autorità – l'impossibilità soltanto soggettiva di presentare un'offerta da parte di un operatore economico non dimostra, di per sé, un'impossibilità oggettiva di ogni potenziale concorrente di presentarla e, quindi, l'illegittimità della procedura di gara, nondimeno non può costituire prova certa del contrario il fatto che la gara non vada deserta, considerato che qualsiasi tipo di affidamento di valore anche indubitabilmente sottostimato potrebbe risultare appetibile per qualche operatore economico interessato alla partecipazione per una mera prosecuzione della propria attività, per motivi pubblicitari, ai fini della qualificazione o per un incremento curriculare oppure guidato da finalità non conformi all'interesse pubblico, con la conseguenza che in tutti questi casi l'Amministrazione committente non riuscirebbe a garantire il perseguimento del primario interesse pubblico alla corretta e soddisfacente esecuzione dell'appalto;

RITENUTO, infine, che neppure l'assenza negli atti di gara «*di clausole meramente escludenti e quindi tali da precludere o limitare la partecipazione*» (quali «*la clausola sociale non interpretata in maniera rigida; la assenza tra i requisiti di capacità economica di qualsivoglia fatturato minimo; le clausole inerenti la revisione dei prezzi nonché la variazione in corso d'opera*») può essere addotta come prova dell'infondatezza delle doglianze della società istante, in quanto l'eventuale insufficienza del prezzo a base di gara non può ritenersi controbilanciata da altre clausole della *lex specialis* tendenti ad ampliare la platea dei possibili contendenti; e ciò perché sia l'uno che le altre devono concorrere parimenti, sebbene in ambiti formali e sostanziali della procedura selettiva del tutto differenti, all'individuazione dell'operatore economico che garantisca al contempo, superando la concorrenza del numero più ampio possibile di partecipanti, la serietà e l'affidabilità dell'offerta presentata, l'esatta esecuzione delle prestazioni contrattuali e un costo ragionevole da cui ricavare un utile di impresa non irrisorio e la giusta remunerazione dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto,



ritiene, alla luce delle motivazioni che precedono, che l'importo stimato a base di gara riferito al costo onnicomprensivo di un pasto giornaliero sia incongruo e che per tale motivo debba essere calcolato nuovamente in conformità alle indicazioni fornite nella parte motiva del presente parere.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 luglio 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente