

DELIBERA N. 753

17 novembre 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Ladisa Srl – Affidamento del servizio di refezione scolastica degli Alunni e del Personale Docente e non Docente avente diritto ai sensi di legge delle scuole statali dell'infanzia e primaria – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 2.119.399,60 – S.A.: Comune di Ostuni.

PREC 213/2021/S/PB

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 – Determinazione importo a base di gara

Massima

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 17 novembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0073765 del 12.10.2021, con la quale la società Ladisa Srl contesta la congruità dell'importo posto a base di gara in quanto, ai fini della sua determinazione, la Stazione appaltante non avrebbe tenuto conto degli obblighi derivanti dai cc.dd. C.A.M. (Criteri Ambientali Minimi), di cui all'art. 34 del Codice appalti;

CONSIDERATO, in particolare, che a giudizio della società istante:

«- il Codice dei Contratti Pubblici prevede dunque l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nella documentazione progettuale e di gara, quanto meno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei CAM approvati con decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare;

- i servizi in affidamento sono servizi di ristorazione ex art. 144 d. lgs. n. 50/2016 rientranti nell'allegato IX del codice, con la conseguenza che la valutazione dell'offerta tecnica deve tener conto del "rispetto dei criteri ambientali minimi pertinenti di cui all'art. 34...";

- gli atti di gara avrebbero dovuto essere redatti tenendo conto delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nel D.M. 2020 entrato in vigore in epoca antecedente alla deliberazione a contrarre che ha dato avvio alla procedura evidenziale in esame.

Il Decreto sui nuovi CAM del 10/03/2020 è entrato, infatti, in vigore in data 4.8.2020 provocando la abrogazione del precedente D. M. DEL 25/7/2011 ai sensi di quanto esplicitato nello stesso all'art. 3 "Disposizioni transitorie e abrogazioni";

- si tratta, inoltre, della normativa ministeriale emanata al dichiarato fine di "implementare le azioni per perseguire con maggiore efficacia gli obiettivi di riduzione degli sprechi e della produzione di rifiuti premiando altresì modelli produttivi e distributivi a basso impatto ambientale, assicurando al contempo una sana alimentazione anche attraverso modalità più incisive di verifica sulla corretta esecuzione dei servizi e delle forniture", all'uopo individuando, per il servizio di ristorazione collettiva e la fornitura di derrate alimentari, tre distinte categorie per le quali i C.A.M. devono trovare applicazione, tra cui viene espressamente contemplato:

▪ il servizio di ristorazione scolastica (asili nido, scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo e secondo grado);

- per ognuna delle categorie suscettibili di rientrare nell'alveo applicativo del decreto in parola sono dettagliate le caratteristiche che le prestazioni e le forniture oggetto dell'appalto devono rispettare;

- la nuova disciplina sui CAM contiene evidenti profili di maggiore onerosità dell'offerta»;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante, a confutazione delle suesposte contestazioni, ha precisato, innanzitutto, che *«il prezzo stimato per la fornitura di un pasto è il risultato di un'attenta valutazione*



costi-benefici, nel rispetto dei CAM di cui all'art. 34 D.M del 10/03/2020 entrato in vigore il 04/08/2020 e, conseguentemente, con profili di maggiore onerosità dell'offerta, rispetto alla disciplina precedente (D.M. del 25/07/2011), abrogata» e che «non ha ritenuto necessario specificare l'applicazione nel capitolato di gara di oneri maggiori conformi ai nuovi CAM, in quanto risulta scontato e doveroso adeguarsi alla disciplina vigente e non a quella precedente, peraltro abrogata»; mentre, per quanto riguarda la specifica questione dell'importo a base di gara, sostiene che «Ad oggi, il costo del pasto di 4,65 euro è dovuto alla possibilità per il fornitore di utilizzare prodotti a prezzi molto competitivi, sempre biologici, pur nel rispetto dei criteri ambientali minimi. Un'attenta ricerca di alimenti di qualità ha consentito alla stazione appaltante di stabilire un costo del prezzo inferiore rispetto al precedente, anche perché a seguito della crisi economica dovuta alla pandemia, i fornitori hanno proposto beni alimentari a prezzi ribassati per non essere tagliati fuori dal mercato e per reggere il peso della concorrenza. Questo ha consentito al committente di stipulare un prezzo minore, pur mantenendo integri gli standard qualitativi richiesti, nel rispetto della normativa vigente»;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 26.10.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO che il parere può essere reso ai sensi dell'art. 11, comma 3 del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

RILEVATO, preliminarmente, a sostegno della fondatezza della presente richiesta di parere, che tra le clausole da considerare immediatamente escludenti rientrano anche quelle che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi, inidoneo cioè ad assicurare ad un'impresa un sia pur minimo margine di utilità o addirittura tale da imporre l'esecuzione della stessa in perdita (ciò in quanto l'Amministrazione, nel perseguimento del suo interesse all'ottenimento della prestazione alle condizioni più favorevoli, deve contemperare tale interesse con l'esigenza di garantire l'utilità effettiva del confronto concorrenziale), aggiungendosi al riguardo che il carattere escludente di una siffatta clausola deve essere verificato e apprezzato in concreto, cioè anche in relazione allo specifico punto di vista dell'impresa e della sua specifica organizzazione imprenditoriale (v. Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1331 e 21 febbraio 2019, n. 513);

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 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;

RITENUTO, in argomento, 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;

CONSIDERATO 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);

CONSIDERATO che l'art. 9, comma 1 del CSA stabilisce che «L'importo posto a base di gara, relativo ad ogni singolo pasto, al netto dell'IVA (4%) e del costo per la sicurezza, equivalente al costo stimato per la fornitura di un pasto, risulta essere di euro 4,65 per il pasto completo», mentre nel comma 2 è precisato che «Nel prezzo unitario di ogni singolo pasto, che si intende impegnativo e vincolante, si considerano interamente compensati dall'Amministrazione all'Appaltatore tutti i servizi, le derrate, la preparazione, la cottura, la veicolazione, la somministrazione, tutte le prestazioni del personale, le risorse strumentali, la gestione delle stoviglie, il riassetto dei locali, nonché le spese ed ogni altro onere, espresso e non, inerente e conseguente al servizio di cui trattasi nel presente capitolato e relativi allegati. E' da intendersi



compresa anche l'eventuale fornitura di acqua minerale in bottiglia, nel caso di impedimento temporaneo nella distribuzione di acqua di rete in caraffa»;

RITENUTO, alla luce di quanto sopra considerato, e tenuto anche conto che l'art. 23, comma 5 del CSA prevede, altresì, *«la fornitura obbligatoria dei seguenti prodotti biologici: PANE, FRUTTA, VERDURA FRESCA»*, 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 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 che le motivazioni addotte dall'Amministrazione, peraltro in modo del tutto irrituale su un foglio (Word) privo degli elementi essenziali per verificarne l'attendibilità (sono assenti, infatti, l'intestazione, il numero di registrazione/protocollazione e soprattutto la firma dell'estensore), e in particolar modo laddove si sostiene che *«Un'attenta ricerca di alimenti di qualità ha consentito alla stazione appaltante di stabilire un costo del prezzo inferiore rispetto al precedente, anche perché a seguito della crisi economica dovuta alla pandemia, i fornitori hanno proposto beni alimentari a prezzi ribassati per non essere tagliati fuori dal mercato e per reggere il peso della concorrenza. Questo ha consentito al committente di stipulare un prezzo minore, pur mantenendo integri gli standard qualitativi richiesti, nel rispetto della normativa vigente»*, non appaiono comunque supportate da dati oggettivi e verificabili, cosicché risulta impossibile stabilire quanto l'elemento estrinseco della crisi economica conseguente alla pandemia da COVID-19 abbia potuto incidere sull'asserita contrazione generale del costo di approvvigionamento dei beni alimentari (con particolare riguardo a quelli della filiera biologica, il cui costo ordinario è sensibilmente superiore ai prodotti non biologici),

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 25 novembre 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente