AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 499

25 ottobre 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Serenissima Ristorazione S.p.A.– Procedura aperta per ex art. 60 D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio di ristorazione e servizi integrativi presso centro servizi Antica Scuola dei Battuti comprensivo di ristrutturazione ed adeguamento tecnologico dei locali ed attrezzature a ridotto impatto ambientale - Importo a base di gara euro: 5.747.265,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Istituzioni Pubbliche di Assistenza Veneziane (I.P.A.V.)

PREC 137/2022/S

Riferimenti normativi

Artt. 35 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Base d'asta – Prezzi di riferimento ANAC - Valore

Massima

Appalto pubblico – Servizi - Scelta del contraente – Bando – Prezzo a base d'asta – Determinazione – Prezzi di riferimento ANAC – Scostamento – Legittimità

I prezzi di riferimento per servizi e forniture pubblicati dall'Autorità costituiscono prezzi massimi di aggiudicazione e utile parametro di riferimento nella determinazione della base d'asta, dai quali, tuttavia, è consentito discostarsi quando, sulla base delle conoscenze tecniche del mercato di riferimento, la Stazione appaltante ritenga di poter porre a base di gara un prezzo più basso.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 25 ottobre 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 69494 dell'1 settembre 2022, con cui la Serenissima Ristorazione S.p.A., operatore economico interessato a partecipare alla procedura di gara in oggetto, ha sollevato contestazioni avverso la misura della base d'asta, deducendone la non adeguata remuneratività. La Stazione appaltante, infatti, nel fissare il prezzo a base di gara, non avrebbe tenuto in adeguata considerazione né l'incidenza dei costi derivanti dall'applicazione dei CAM di cui al D.M. 65 del 10/03/2020, né quelli relativi agli investimenti a carico dell'appaltatore per la realizzazione delle cucine interne alla struttura oggetto del servizio, né il generale e straordinario aumento dei prezzi di tutti i fattori produttivi. La base d'asta, determinata in assenza di un'esplicita analisi di tutti gli elementi incidenti nel servizio, si discosterebbe, peraltro, in maniera consistente, anche dai prezzi di riferimento ANAC;

VISTE le specifiche questioni su cui l'Autorità è stata chiamata a pronunciarsi: a) se sia corretto che la Stazione Appaltante imponga il rispetto delle previsioni di cui al D.M. 65 del 10/03/2020; b) se è corretto che l'Ente fissi inderogabilmente le modalità tecniche di esecuzione del servizio (impedendo agli operatori economici di proporre soluzioni maggiormente efficienti) e richieda l'esecuzione di ingenti investimenti a carico dell'appaltatore, a fronte di un prezzo a base d'asta determinato in assenza di una esplicita e motivata istruttoria a riguardo e totalmente avulso rispetto all'attuale situazione economica, oltre che considerevolmente discostato rispetto ai prezzi di riferimento ANAC; c) se la Stazione Appaltante, considerato il notevole scostamento rispetto ai prezzi di riferimento ANAC, è obbligata a fornire una motivazione analitica degli elementi che giustificano una riduzione così marcata e, di contro, le modalità con cui siano state valorizzate le voci di costo componenti il prezzo posto a base d'asta; d) se, in mancanza di un'istruttoria specifica relativa alla determinazione della base d'asta, possa essere considerata illegittima la previsione di un prezzo che si discosti in maniera sostanziale dai prezzi di riferimento ANAC e se gli stessi, in tale ipotesi di assenza di istruttoria, possano essere ritenuti un parametro di riferimento vincolante, essendo normativamente previsti dal Decreto Legge 24 aprile 2014, n. 66 ed espressamente richiamati all'art. 213 del D. lgs. 50/2016;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 74078 del 19 settembre 2022;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 75654 del 23 settembre 2022, con cui la Stazione appaltante ha chiesto, in via preliminare, l'archiviazione dell'istanza di precontenzioso per sopravvenuta improcedibilità della stessa, avendo l'istante presentato regolare domanda di partecipazione alla procedura di gara; nel merito, l'Ente ha rappresentato, per un verso, che la propria natura di organismo di diritto pubblico comporta l'assoggettamento alle disposizioni recate dal d.l.gs. 50/2016, tra le quali l'obbligo del rispetto della normativa CAM di cui al D.M. 10 marzo 2020 e, dall'altro, che l'istruttoria seguita per la determinazione del prezzo a base d'asta è stata condotta partendo dal prezzo della giornata alimentare tipo previsto nel contratto attualmente in essere, revisionato a maggio del corrente anno, ed ha tenuto conto delle differenze, in aumento e in diminuzione, derivanti dalle diverse modalità di espletamento del servizio. In particolare, rispetto alla precedente gara, ove era previsto che la preparazione dei pasti avvenisse secondo la modalità "cook and chill", ovvero presso i locali dell'impresa aggiudicatrice, nella presente procedura è stato scelto il regime "fresco caldo", con conseguente preparazione dei pasti presso la cucina della struttura. A tal fine sono stati imposti dei lavori di adeguamento, quantificati in circa 250.000,00 euro. Tuttavia, rispetto alla precedente gara, i costi della fornitura energetica sono stati posti

completamente a carico della Stazione appaltante, sono stati stralciati i costi derivanti dalle forniture di articoli di compendio, accessorie al servizio di ristorazione, quali i materiali compostabili monouso (il cui costo totale è stato stimato sui 70.000,00-80.000,00 euro), e sono state anche eliminate le royalties in favore dell'Amministrazione derivanti dalla gestione del bar interno e dei vari distributori automatici. La Stazione appaltante ha prodotto una tabella, volta a dimostrare come il prezzo della giornata tipo, fissato in euro 8,40, derivi dalla valutazione dell'incidenza giornaliera delle voci sopra richiamate (lavori di adeguamento, royalties, e forniture di articoli di compendio) rispetto all'attuale prezzo di esecuzione del medesimo servizio (peraltro corrisposto all'istante in qualità di aggiudicatario della precedente gara). Quanto ai prezzi di riferimento ANAC, la Stazione appaltante ha sottolineato come gli stessi costituiscano dei prezzi massimi di aggiudicazione e non dei prezzi da porre a base di gara e che, peraltro, il prezzo unitario fissato è in linea con i prezzi di un'analoga procedura da poco aggiudicata per il servizio di ristorazione in altre due strutture di riposo anziani;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 75721 del 23 settembre 2022, con cui l'istante ha reiterato le precedenti contestazioni ed ha altresì rappresentato che i prezzi di riferimento ANAC sono stati elaborati prima dello scoppio del conflitto russo-ucraino, che avrebbe inciso anche sul costo delle materie alimentari, di talché l'Amministrazione, dovrebbe utilizzarli come parametro per la fissazione della base d'asta, procedendo anche ad un loro aggiornamento;

VISTI gli atti di gara;

CONSIDERATO, preliminarmente, che l'infondatezza nel merito delle contestazioni sollevate dall'istante consente di prescindere dalla valutazione degli effetti che la presentazione della domanda di partecipazione alla gara spiega rispetto alla procedibilità dell'istanza di precontenzioso. Tuttavia, appare opportuno ricordare come risulti ontologicamente diversa la condizione dell'operatore economico che lamenti l'impossibilità di presentare un'offerta, in ragione della fissazione di un prezzo a base d'asta talmente basso da non consentire l'espletamento del servizio se non in perdita, dalla contestazione relativa alla non adeguata remunerativitá dei prezzi posti a base d'asta, situazione che ricorre quando il prezzo fissato dall'Amministrazione (inferiore rispetto ai prezzi di mercato) erode la quota parte di utile ricavabile dall'operatore nella gestione del servizio, incidendo, in sostanza, sulla libertà di impresa e di iniziativa economica, costituzionalmente tutelata;

RICHIAMATI, in via generale, i principi elaborati dalla Giurisprudenza e dall'Autorità in tema di fissazione del prezzo a base d'asta, così sintetizzabili: le valutazioni compiute dalla Stazione appaltante in ordine alla determinazione della base d'asta, "*in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti*" (C.d.S., Sez. V, n. 6006/2018, cit.; v. pure Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081). Detto travisamento "*non può dedursi dalla presentazione di conteggi e simulazioni, unilateralmente predisposti dall'appellante, che non evidenziano alcun manifesto errore logico o di ragionevolezza e che, comunque, non dimostrano un'impossibilità oggettiva, a carico di ogni potenziale concorrente, di presentare un'offerta, ma dimostrano semplicemente l'impossibilità soltanto per l'attuale appellante, di presentare un'offerta, il che è irrilevante ai fini della valutazione della legittimità della procedura di gara*" (C.d.S., Sez. V, n. 6006/2018, cit.). Quanto appena detto non toglie, tuttavia, che, come affermato dalla giurisprudenza, è necessario che la determinazione della base d'asta sia effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili ed 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 (cfr. C.d.S., Sez. III, 24 settembre 2019, n. 6355, e 10 maggio

2017, n. 2168; Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081). Va rimarcato, sul punto, come nel nuovo Codice degli appalti le stazioni appaltanti debbano garantire la qualità delle prestazioni, non solo nella fase di scelta del contraente (v. art. 97 del d.lgs. 50/2016 in tema di esclusione delle offerte anormalmente basse), ma anche nella fase di predisposizione dei parametri della gara (v. art. 30, comma 1). Pertanto, la determinazione del prezzo posto a base d'asta non può prescindere da una verifica della reale congruità in relazione alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del servizio, comprese le condizioni di lavoro che consentano ai concorrenti la presentazione di una proposta concreta e realistica, a rischio, in caso contrario, sia di carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, sia di alterazioni della concorrenza tra imprese: profili tutti giudizialmente scrutinabili (C.d.S., Sez. III, n. 6355/2019, cit.). Si è affermato, al riguardo, che in un giudizio avverso il bando di gara "*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 sindacato del giudice amministrativo, con la precisazione che tale sindacato è limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento*", non essendo consentito al giudice di giungere egli stesso alla determinazione del prezzo congruo (T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 18 ottobre 2011, n. 992). Sono state richiamate in argomento anche le linee guida espresse dall'A.N.A.C. con deliberazione n. 32 del 20 gennaio 2016, le quali, sebbene attinenti all'affidamento di servizi ad Enti del terzo settore ed alle cooperative sociali, contengono al par. 11 un'indicazione di principio, lì dove affermano che "*le stazioni appaltanti, nella determinazione dell'importo a base di gara per l'affidamento dei servizi, non possono limitarsi ad una generica e sintetica indicazione del corrispettivo, ma devono indicare con accuratezza e analiticità i singoli elementi che compongono la prestazione e il loro valore. Le stesse devono procedere già in fase di programmazione alla stima del fabbisogno effettivo in termini di numero di ore di lavoro/interventi/prestazioni e alla predeterminazione del costo complessivo di ciascuna prestazione*". Da ultimo, si è sottolineato che "*la correttezza della determinazione della base d'asta con attinenza alla situazione di mercato rileva ai fini dell'utilizzazione di tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta (cfr. Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2739, 22 marzo 2016, n. 1186, 15 luglio 2013, n. 3802, 31 marzo 2012, n. 1899)*" (C.d.S., Sez. III, n. 6533/2019, cit.);

CONSIDERATO, nel merito, che ai sensi dell'art. 9, comma 7, del d.l. 24 aprile 2014 n. 66, i prezzi di riferimento pubblicati dall'Autorità – elaborati da rilevazioni dei prezzi di mercato per le singole categorie merceologiche "alle condizioni di maggiore efficienza" – "*sono utilizzati per la programmazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione e costituiscono prezzo massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate all'offerta più vantaggiosa, in tutti i casi in cui non è presente una convenzione stipulata ai sensi dell'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, in ambito nazionale ovvero nell'ambito territoriale di riferimento. I contratti stipulati in violazione di tale prezzo massimo sono nulli.*". Stando alla norma istitutiva dei prezzi di riferimento, quindi, l'obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare i valori di riferimento indicati dall'Autorità è riferita al prezzo di aggiudicazione - rectius contrattuale – e non già a quello a base d'asta. Successivamente, il bando tipo n. 1/2017 relativo a servizi e forniture in generale, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.298 del 22 dicembre 2017, alla pag. 7 presenta la seguente dicitura: "[*In caso di pubblicazione dei prezzi di riferimento dei beni o servizi oggetto di affidamento] L'importo a base di gara è stato calcolato considerando i prezzi di riferimento per..... [inserire i beni o servizi], rilevazione anno ..... [inserire ultimo anno di rilevazione] pubblicati dall'ANAC. nella delibera n. ... del ... in relazione alla stima dei*

fabbisogni dettagliati nel progetto allegato al presente disciplinare"; analoga formulazione è contenuta nel bando tipo n. 2 relativo ai servizi di pulizia e sanificazione in ambito sanitario. Nella nota illustrativa al bando tipo n. 1/2017, si chiarisce che è opportuno che la Stazione appaltante tenga conto dei prezzi di riferimento nei documenti a base di gara, in quanto detti prezzi costituiscono valore massimo di aggiudicazione, rendendo nulli i contratti stipulati in violazione di essi. Pertanto, alla luce del disposto normativo e delle prescrizioni contenute nel bando tipo, è corretto affermare che l'applicazione del prezziario pubblicato dall'Autorità integra in ogni caso una presunzione di congruità dei prezzi indicati nel bando; tuttavia, un eventuale scostamento non costituisce un vizio idoneo a sindacare la misura del prezzo a base d'asta fissato dall'Amministrazione, qualora l'Ente dimostri di aver condotto una completa ed adeguata istruttoria circa i prezzi del servizio nel mercato di riferimento;

RILEVATO che la Stazione appaltante ha dettagliatamente indicato le valutazioni tecniche compiute ai fini della determinazione della base d'asta, le quali non appaiono né illogiche né arbitrarie ma, al contrario, risultano analitiche e aderenti alle modalità di esecuzione del servizio, in quanto tengono conto sia dei costi derivanti dall'esecuzione dei lavori di adeguamento della cucina, sia dei notevoli risparmi conseguibili dall'appaltatore mediante l'eliminazione delle voci di spesa delle royalties e delle forniture di materiale compostabile, rendendo, altresì, giustificato lo scostamento del prezzo unitario della giornata alimentare dai prezzi di riferimento per la ristorazione pubblicati dall'Autorità;

Il Consiglio

Ritiene, alla luce delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che le valutazioni tecniche compiute dalla Stazione appaltante al fine di determinare il prezzo a base d'asta non risultano manifestamente illogiche ed arbitrarie e che lo scostamento dai prezzi di riferimento pubblicati dall'Autorità risulta giustificato alla luce del prezzo unitario della giornata tipo fissato nel contratto in corso di esecuzione, aggiornato a maggio del corrente anno, e del prezzo di aggiudicazione del contatto, avente ad oggetto il medesimo servizio, stipulato recentemente dall'IPAV per altre due strutture di riposo anziani.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2022

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente