



DELIBERA N. 82

Del 27 gennaio 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 di affidamento del servizio di ristorazione ospedaliera a ridotto impatto ambientale per l’A.O. Consorziale Policlinico di Bari e Ospedale Giovanni XXIII - Importo a base di gara: 31.924.256,25 euro. S.A.: Azienda Ospedaliero-universitaria Consorziale Policlinico di Bari.

PREC 261/2020/S

Riferimenti normativi

Art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Offerta condizionata, modifiche del contratto.

Massima

Offerta condizionata – Definizione.

Ricorre la fattispecie della cd. offerta condizionata quando l’operatore economico subordina l’impegno assunto nei confronti della stazione appaltante ad un evento futuro e incerto, senza rendere una dichiarazione di volontà attendibile, univoca e certa di partecipare alla gara e di accettarne le relative prescrizioni. Non rientra in tale ipotesi, il caso in cui la stazione appaltante, per l’affidamento del servizio di ristorazione (che fisiologicamente può subire variazioni in base al numero dei degenti), preveda che l’aggiudicatario verrà remunerato mensilmente sulla base dei pasti effettivamente erogati, fornendo altresì i “dati storici” sulla base dei quali gli operatori possono formulare l’offerta economica.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 27 gennaio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 93326 del 7 dicembre 2020, con la quale la società Ladisa S.r.l. ha contestato alcune clausole del disciplinare di gara (artt. 4.2.3 e 4.2.5) della procedura in oggetto, ritenendo che renderebbero l'appalto un contratto aleatorio, costringendo gli operatori economici a produrre un'offerta "condizionata", in quanto è previsto che la stazione appaltante può diminuire, senza limite, l'ammontare delle prestazioni dedotte nel contratto e può anche affidare "ad altri" le prestazioni comprese nell'affidamento senza che l'aggiudicatario possa avanzare pretese;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 97115 del 21 dicembre 2020;

VISTA la documentazione in atti nonché la memoria presentata dalla SA, acquisita al prot. n. 98247 del 24 dicembre 2020;

CONSIDERATO preliminarmente che, secondo consolidata giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2018; Id. n. 1/2003), rientrano nel *genus* delle "clausole immediatamente escludenti" (tali cioè da radicare un interesse alla loro immediata contestazione) le condizioni negoziali che rendono il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293), nonché le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980). Nel caso di specie (come osservato dalla SA in sede di memoria), la società istante non ha dimostrato che le clausole della legge di gara - di cui lamenta l'illegittimità - le impediscono la formulazione di una offerta seria e consapevole, né ha allegato in quali termini la variabilità (in aumento o in diminuzione) del numero dei pasti da erogare incida sui costi fissi da sostenersi per l'esecuzione del contratto, al punto da rendere *ex ante* impossibile effettuare una valutazione circa la convenienza di partecipare alla gara;

RITENUTO che, in ogni caso, dalla disamina complessiva della legge di gara si ricavano gli elementi essenziali per la formulazione di un'offerta economica e che questa (diversamente da quanto avallato dall'istante) non può essere considerata "condizionata";

CONSIDERATO, infatti, che sia l'art. 4.2.1 del disciplinare di gara che l'art. 4 del capitolato speciale prevedono che il pagamento del servizio sarà a fattura, sulla base dei pasti effettivamente consumati, analizzando il numero dei pasti e i servizi accessori effettivamente forniti. In particolare, l'art. 4.2.1 del disciplinare statuisce che: *"Si evidenzia che il servizio viene aggiudicato sulla base di un'ipotesi di volume di attività, elaborata sulla scorta dei dati storici disponibili. I valori indicati - da intendersi come plafond massimo di spesa - non sono in alcun modo vincolanti. Il pagamento del servizio, dunque, sarà per entrambi i lotti di gara a fattura, sulla base dell'effettivo consumato, analizzando il numero di pasti e servizi accessori effettivamente forniti. I prezzi saranno quelli rinvenuti dal ribasso offerto in sede di gara. La remunerazione dei servizi avverrà sulla base degli effettivi pasti erogati"*. L'art. 4 del c.s.a. dispone che: *"Il servizio viene aggiudicato sulla base di una ipotesi di volume di attività, elaborata sulla base dei dati storici disponibili. Il pagamento del servizio però sarà a fattura, da rendersi sulla base dell'effettivo consumato, ovvero analizzando il numero di pasti e servizi accessori effettivamente forniti. I prezzi saranno quelli offerti dall'OEA in sede di gara. L'A.O.U.C. si riserva la facoltà di modificare l'entità"*



del volume di attività, per mutate esigenze connesse con il cambiamento del numero di ricoveri o per altra ragione istituzionale, entro i limiti consentiti dalle leggi vigenti e dal presente Capitolato nonché dal Disciplinare di Gara, secondo i limiti di cui alle opzioni 3 e 4, esplicitate nel paragrafo successivo. In tal caso, la Ditta manterrà comunque valido il prezzo offerto e gli altri prezzi unitari di aggiudicazione. L'A.O.U.C. potrà richiedere all'OEA la produzione di pasti aggiuntivi, in quantità non prevedibile, per occasioni particolari. I pasti forniti a detto scopo saranno equiparati, quanto a corrispettivo, a quelli forniti ordinariamente";

VISTO, inoltre, l'apposito chiarimento reso, sul punto, dalla SA, nel quale viene precisato che: *"La stima del volume di attività per il dimensionamento del servizio posto a base di gara è stata valutata sulla base dei dati storici, per gli anni 2018 e 2019. Così come già diffusamente illustrato nei documenti di gara, si ribadisce che: - si tratta di quantità puramente indicative e non impegnative per l'Azienda; conseguentemente le quantità potranno essere diverse da quelle esposte, in relazione alla effettiva presenza degli utenti; - non costituiscono, per il Fornitore, un minimo contrattuale garantito, in quanto l'Azienda non si impegna a produrre un quantitativo minimo garantito per tale prestazione di servizio; - è tassativamente esclusa l'imposizione da parte del Fornitore di importi minimi fatturabili";*

CONSIDERATO che, ai fini della formulazione dell'offerta, la SA ha precisato che la stima dell'importo complessivo posto a base di gara è stata effettuata considerando il volume di attività elaborato in base ai dati storici disponibili. A tal fine, l'art. 5 c.s.a. riporta i suddetti dati dei pasti relativi ai singoli plessi ospedalieri, con riferimento agli anni 2018 e 2019, suddividendoli per struttura, periodo, giornata di degenza (pazienti), giornata di degenza (accompagnatori), accessi in *day hospital*, precisando che *"per il servizio de quo, che: - si tratta di quantità puramente indicative e non impegnative per l'Azienda; conseguentemente le quantità potranno essere diverse da quelle esposte, in relazione alla effettiva presenza degli utenti; - non costituiscono, per il Fornitore, un minimo contrattuale garantito, in quanto l'Azienda non si impegna a produrre un quantitativo minimo garantito per tale prestazione di servizio (...)*. Pertanto, le richiamate disposizioni della disciplina di gara nonché i dati storici riportati consentivano ai concorrenti la formulazione di un'offerta economica;

RITENUTO che, diversamente da quanto sostenuto dall'istante, nel caso di specie non si può parlare di "offerta condizionata". Tale ipotesi (vietata dai principi generali che regolano gli appalti pubblici) si configura quando l'operatore economico subordina l'impegno assunto nei confronti della stazione appaltante ad un evento futuro e incerto, senza rendere una dichiarazione di volontà attendibile, univoca e certa di partecipare alla gara e di accettarne le relative prescrizioni (cfr. su tale concetto TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 6 maggio 2019, n.1017; cfr. Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2010, n. 248; sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583). Nel caso di specie, invece, l'offerta presentata dai concorrenti non può essere considerata "condizionata": l'art. 17 del disciplinare prevede chiaramente che il ribasso unico offerto in sede di gara *"sarà applicato sia all'importo posto a base di gara, sia all'elenco prezzi unitari e/o ai prezziari di cui alla relazione tecnica ed illustrativa, sia a qualsiasi altro prezzario o listino, anche per l'eventuale formulazione di nuovi prezzi. Ad ogni buon conto, si ribadisce, saranno pagate solo le prestazioni effettivamente prestate"*. Inoltre, la stazione appaltante non ha subordinato l'erogazione del servizio né la sua remunerazione ad un evento futuro e incerto, ma ha solo stabilito che l'aggiudicatario verrà remunerato mensilmente sulla base dei pasti effettivamente erogati nel mese di riferimento, nel rispetto dell'importo stimato per ciascun lotto di gara. D'altra parte, per i servizi di ristorazione, è fisiologico che la capacità ricettiva delle strutture ospedaliere possa subire variazioni in base al numero dei degenti, per cui risponde ai principi di buon andamento, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (di cui



all'art. 97 Cost.) la previsione secondo cui saranno remunerati solo i pasti e i servizi accessori effettivamente erogati dall'appaltatore;

RITENUTO, sotto altro profilo, che le clausole contestate dall'istante - l'art. 4.2.3 del disciplinare secondo cui *"Anche ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 50 del 2016, l'Azienda Ospedaliera si riserva la facoltà di modificare in diminuzione (senza alcun limite) l'entità del volume di attività, per mutate esigenze connesse con il cambiamento del numero di ricoveri o per altra ragione istituzionale ovvero in ragione di sopravvenute esigenze organizzative, logistiche e funzionali, senza che ciò comporti alcun tipo di responsabilità, neanche precontrattuale, a carico dell'Azienda Ospedaliera e senza che l'aggiudicatario possa vantare titolo alcuno per richieste di risarcimento danni e/o indennizzi di sorta. L'aggiudicatario manterrà valido il ribasso offerto e tutti i prezzi unitari di aggiudicazione"* e l'art. 4.2.5. del disciplinare secondo cui *"L'Azienda Ospedaliera si riserva la facoltà di affidare ad altri tutte quelle prestazioni che, anche se comprese nel Capitolato Speciale descrittivo e prestazionale, per loro natura o per altro insindacabile motivo riterrà di non affidare all'aggiudicatario, senza che l'aggiudicatario possa avanzare pretesa alcuna"* - non sembrano porsi in contrasto con l'art. 106 del Codice (che disciplina le modifiche dei contratti in corso di esecuzione);

CONSIDERATO che la previsione di cui all'art. 106 del Codice si applica quando un'esigenza di aumento o di diminuzione delle prestazioni contrattuali emerge in corso di esecuzione (dopo la stipula del contratto), si osserva che, ai sensi dell'art. 106, comma 2, lett. c) del Codice, la stazione appaltante può modificare il contratto, anche riducendo le prestazioni quando *"la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore (...)"* sempre che *"la modifica non altera la natura generale del contratto"*. In questi margini, è consentito alla SA modificare anche in riduzione le prestazioni contrattuali, anche oltre il cd. quinto d'obbligo (ex art. 106, comma 12), a fronte di specifiche e motivate circostanze sopravvenute in corso; circostanze che, peraltro, nel caso di specie sono state specificamente enunciate nella clausola in esame facendo riferimento a i) *"mutate esigenze connesse con il cambiamento del numero dei ricoveri"*, ii) *"altra ragione istituzionale"* iii) *"sopravvenute esigenze organizzative, logistiche e funzionali"*. Peraltro, come sottolineato dalla SA (e ribadito in apposito chiarimento), la società istante non tiene conto del fatto che l'art. 4.3 del disciplinare prevede anche la possibilità di aumento del volume delle prestazioni contrattuali, sulla base della considerazione che *"la ristorazione ospedaliera è naturalmente condizionata alle peculiarità dell'utenza cui è rivolta, in uno con le notorie mutevoli esigenze organizzative dei presidi serviti; si considerino, ad esempio, le modificazioni all'esecuzione del servizio di ristorazione causate dall'attuale stato pandemico"*;

RITENUTO che anche la censura secondo cui la previsione di cui all'art. 4.2.5 del disciplinare *"integrerebbe un vietato e malcelato affidamento diretto dello stesso servizio/di parte del servizio in gara a soggetti terzi diversi dall'aggiudicatario"* sia priva di fondamento. La finalità di tale clausola non è, infatti, quella di legittimare la SA all'affidamento diretto ad altri operatori del servizio di ristorazione oggetto dell'appalto (anche perché un eventuale affidamento di tale natura sarebbe palesemente illegittimo, laddove posto in violazione dell'art. 36 del Codice e dell'art. 1 della L. n. 120/2020). La *ratio* ad essa sottesa è, piuttosto, quella di evitare che la SA possa subire azioni di rivalsa nel caso in cui riterrà di affidare a terzi alcune prestazioni. Resta inteso che il suddetto affidamento (peraltro previsto in maniera del tutto eventuale) dovrà avvenire nel rispetto dei principi che regolano i contratti pubblici.

Il Consiglio



Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore, in quanto non ricorrono gli estremi per configurare una offerta "condizionata" e le clausole del disciplinare di gara contestate dall'istante non contrastano con l'art. 106 del Codice.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente