



## DELIBERA N. 835

21 ottobre 2020.

### 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 Sacco Giuseppe Srl – Procedura aperta per l’affidamento in concessione quinquennale di spazi finalizzati alla gestione del servizio bar-posto di ristoro (Ospedali Monaldi e C.T.O.) e servizio di distribuzione automatica di bevande, snack, acqua e bibite nei tre plessi ospedalieri (Monaldi-Cotugno-C.T.O.) dell’A.O. dei Colli per le necessità dei degenti, dipendenti e visitatori-Lotto n.1 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 480.000,00 – S.A.: A.O.R.N. Azienda Ospedaliera dei Colli-Monaldi-Cotugno-C.T.O.

**PREC 186/2020/S**

### Riferimenti normativi

***Art. 30 e art. 95 del d.lgs. n. 50/2016***

### Parole chiave

Servizio bar-posto di ristoro e servizio di distribuzione automatica di bevande, snack, acqua e bibite – Classificazione ATECO – Preparazione pasti – Avvisi e chiarimenti della Stazione appaltante – Inidoneità modificazione o integrazione delle clausole del bando o delle condizioni di gara

### Massima

**Non massimabile**



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 ottobre 2020

## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0053213 del 13.7.2020, con la quale la società Sacco Giuseppe Srl chiede all'Autorità parere in ordine alla legittimità dell'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante a seguito dell'attribuzione di un punteggio per l'offerta tecnica inferiore al minimo previsto dalla *lex specialis* (pari a punti 35/70) per il passaggio alle fasi successive di valutazione;

**CONSIDERATO**, più specificamente, che l'istante pone all'Autorità il seguente quesito: se sia legittimo l'operato della Commissione giudicatrice laddove nella procedura di gara in questione, in relazione al Lotto n. 1, ha valutato le offerte tecniche dei concorrenti, richiedendo e valorizzando, nel confronto a coppie, prestazioni, risorse e attrezzature inerenti alla preparazione e la cucinatura di cibi caldi, siccome proprie delle attività di tavola calda, benché detto servizio di tavola calda, a seguito di intervenuta modifica della normativa di gara, fosse stato espressamente espunto dalle prestazioni oggetto di affidamento e, dunque, fosse del tutto estraneo alla stessa e se per effetto di quanto sopra sia conseguentemente illegittimo l'affidamento del Lotto n. 1 al RTI GEMEARP/Bamar Italia;

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 11.9.2020;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie delle parti;

**CONSIDERATO** che l'appalto in oggetto è stato suddiviso in tre lotti funzionali così dettagliati: **Lotto n. 1**- Gestione servizio bar-punto di ristoro (servizio principale) – tavola calda e il servizio di distribuzione automatica di bevande, snack, acqua, bibite (servizio secondario) all'interno dell'Ospedale Monaldi e concessione dei relativi spazi; **Lotto n. 2**-Gestione servizio bar-punto di ristoro (servizio principale) e il servizio di distribuzione automatica di bevande, snack, acqua, bibite (servizio secondario) all'interno dell'Ospedale CTO e concessione dei relativi spazi; **Lotto n. 3**-Servizio di distribuzione automatica di bevande, snack, acqua, bibite all'interno dell'Ospedale Cotugno; che dunque il Lotto n. 1 si distingueva dal Lotto n. 2 per la previsione dell'ulteriore servizio di "tavola calda", che comporta, tra i requisiti richiesti per la partecipazione, l'obbligo dell'iscrizione alla Camera di Commercio (nonché relativa autorizzazione) per l'esercizio dell'attività di "ristorazione", cui la "tavola calda" è formalmente equiparata;

**CONSIDERATO** che la Stazione appaltante ha successivamente proceduto, come da indicazioni contenute nell'Avviso del 28.5.2018, alla rettifica del bando e al conseguente adeguamento di tutta la allegata documentazione di gara, con il risultato che – secondo quanto asserito dall'istante – dalle prestazioni oggetto di affidamento del Lotto n. 1 sarebbe stato espunto il servizio di tavola calda, tanto che veniva richiesto un diverso codice ATECO, ossia il 56.3, relativo, secondo la nomenclatura ISTAT, ai "Bar e altri servizi simili senza cucina";

**CONSIDERATO** che la società istante lamenta che, nonostante tale asserita parziale modifica dell'oggetto del Lotto n. 1, *«l'assegnazione dei punteggi all'offerta tecnica della odierna istante è stata indubbiamente e pesantemente penalizzata dall'illegittima contestazione, da parte del seggio di gara, dell'assenza di figure professionali e di attrezzature proprie del servizio di tavola calda (ossia inerenti la preparazione e cucinatura di cibi caldi), nonostante tale servizi, si ribadisce, non fosse più annoverato tra le prestazioni oggetto di gara la mancanza dell'abilitazione per l'esercizio dell'attività di ristorazione-tavola calda»* e che dunque ciò – come



detto – ha comportato che *«all'offerta tecnica della ditta Sacco Giuseppe s.r.l. è stato tributato, con riguardo al lotto 1, un punteggio inferiore alla soglia minima (35/70) fissata dall'allegato "criteri di aggiudicazione", ai fini dell'ammissione alle fasi successive di gara»;*

**RILEVATO** che dal confronto della documentazione di gara originaria con quella conseguente alla rettifica non emergono differenze formali o sostanziali né in relazione alla parte dei due Capitolati in cui vengono dettagliatamente descritte le prestazioni richieste, né con riferimento alla scheda contenente la descrizione dei criteri per l'assegnazione del punteggio all'offerta tecnica (vedasi in particolare la parte dei due Capitolati in cui, in merito ai locali e agli spazi messi a disposizione dall'Azienda, viene precisato, in maniera identica, che *«Gli stessi dovranno necessariamente essere predisposti per la somministrazione e preparazione di pasti e bevande calde o fredde, di generi di pasticceria e gelateria, di dolci, di prodotti di gastronomia, comprendendo tutte le operazioni inerenti alla vendita e/o alla preparazione di prodotti di consumo in bar e tavola calda da effettuarsi al banco o in spazi interni attrezzati, ove esistenti, e con l'indicazione esatta della provenienza degli stessi al fine di assicurare la rintracciabilità dei prodotti in vendita»;* nonché la descrizione del criterio "A2", contenuto nella Tabella per l'attribuzione del punteggio tecnico, in cui si legge, sia prima che dopo la rettifica, *«relazione concernente la soluzione proposta per la realizzazione di un eventuale punto di ristoro provvisorio, nelle more della realizzazione dello sgombero e riallestimento del nuovo prossimo bar/punto ristoro/tavola calda»* e rilevato che, dunque, l'unica differenza è rintracciabile nella eliminazione della locuzione "tavola calda" dalla descrizione del Lotto n. 1;

**RITENUTO** che l'eliminazione di tale locuzione non ha comportato, di fatto, alcuna susseguente modifica della documentazione di gara, né con riferimento alla descrizione delle prestazioni richieste al futuro affidatario del servizio né con riferimento alle modalità con cui la Commissione giudicatrice avrebbe attribuito i punteggi per la proposta tecnica, di talché si può ritenere che per motivi di natura non certo giuridica o tecnica la Stazione appaltante ha inteso sussumere l'attività originariamente individuata con la locuzione (autonoma) di "tavola calda" nella più generica definizione di "punto di ristoro";

**RITENUTO** che tale variazione lessicale non è in idonea, sotto il profilo giuridico, a modificare l'oggetto del Lotto n. 1 che rimane, come provato dalla documentazione di gara, sostanzialmente identico a quello precedente alla rettifica e che non può essere in alcun modo addebitato alla Stazione appaltante l'esito negativo della partecipazione della società istante alla gara *de qua*, esclusivamente derivante, invero, da una errata interpretazione di un dato testuale del tutto trascurabile a fronte dell'identità di prestazioni contrattuali richieste tanto nel primo bando di gara quanto nel secondo (a seguito di rettifica) e della univocità della volontà dell'Ente committente riversata nei vari documenti di gara;

**CONSIDERATO** che il codice ATECO 56.3 (Bar e altri servizi simili senza cucina) trova espressa menzione, quale requisito per la partecipazione alla gara, senza alcun riferimento ad un lotto specifico, esclusivamente nell'Avviso di rettifica del 28.5.2018 e che pertanto tale dato testuale in apparente disaccordo con il contenuto della *lex specialis* non autorizza di per sé una conclusione diversa da quella sopra esposta, sia perché potrebbe essersi trattato di un mero errore materiale, sia perché né gli avvisi né i chiarimenti della Stazione appaltante (o, in ipotesi, del RUP) sono idonei a modificare o integrare le clausole del bando o le condizioni di gara (v., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2020, sent. n. 4758 e giurisprudenza conforme ivi citata);

**RITENUTO**, in definitiva, che debba essere considerata prevalente la volontà della Stazione appaltante, riversata in modo esplicito e chiaro nella *lex specialis* di gara, rispetto ad interpretazioni basate su dati testuali estemporanei, che non hanno trovato conferma nelle successive operazioni di gara condotte



dalla Commissione giudicatrice e che pertanto, relativamente ai profili esaminati, non possa essere sindacata l'aggiudicazione del Lotto n. 1 oggetto di controversia al RTI GEMEARP/Bamar Italia,

Il Consiglio

ritiene, limitatamente ai quesiti posti e alle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni normative vigenti in materia di criteri di valutazione dell'offerta e quindi legittima l'esclusione dell'offerta della società Sacco Giuseppe Srl in relazione al Lotto. n.1.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 ottobre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente