

## **Parere n.103 del 27/06/2012**

### **PREC 63/12/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da: Vivenda S.p.A. – Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di “Servizi di refezione scolastica per le scuole dell'infanzia e dell'obbligo-quinquennio 2011/2016” – Importo a base d'asta : €4,43, IVA esclusa, per singolo pasto – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Albano Laziale

**1) Requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta -2) D.U.V.R.I. Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenza) 3) Art. 86, commi 3 bis e 3 ter d.lgs. n. 163/2006; 4) Art. 81, comma 3 bis d.lgs. n. 163/2006.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 29 novembre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la società Vivenda S.p.A. ha chiesto un parere in ordine alla legittimità della *lex specialis* predisposta dal Comune di Albano Laziale per l'affidamento dei “*Servizi di refezione scolastica per le scuole dell'infanzia e dell'obbligo-quinquennio 2011/2016*”.

In particolare, l'istante ha dedotto quanto segue:

1. il requisito relativo alla disponibilità del centro di cottura situato nell'ambito del territorio comunale, previsto quale requisito di partecipazione e quale criterio di valutazione dell'offerta con attribuzione di relativo punteggio sarebbe illegittimo perché ad effetti discriminatori e distorsivi della concorrenza e perché frutto di una inammissibile commistione tra criteri soggettivi di ammissione alla gara ed elementi di valutazione dell'offerta;

2. la Stazione Appaltante, nel redigere la documentazione di gara, avrebbe omesso di fare riferimento alla normativa vigente in tema di sicurezza sul lavoro, in ordine alla redazione del D.U.V.R.I. (Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenza) e all'indicazione degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso; la obbligatorietà del D.U.V.R.I. sarebbe stata confermata sia da questa Autorità che dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato;

3. la Stazione Appaltante avrebbe altresì omesso di indicare gli oneri di sicurezza, come previsto dall'art. 86, commi 3-bis e 3-ter del d.lgs n. 163/2006;

4. sarebbe altresì violato l'art. 81 comma 3 bis, in tema di spese relative al costo del personale avendo previsto, la *lex specialis* di gara, che il punteggio massimo (35 punti) verrà attribuito in ragione del prezzo del pasto completo offerto senza operare alcuno scorporo dell'incidenza del costo del personale;

4. illegittimo sarebbe infine il criterio di valutazione dell'offerta che prevede l'assegnazione di un punteggio all'elemento "*corsi di aggiornamento/formazione svolti nell'ultimo triennio scolastico a favore del personale che sarà impiegato nel servizio di ristorazione scolastica...*" - in quanto anch'esso darebbe luogo alla inammissibile commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 27 marzo 2012, la Stazione appaltante ha fatto presente che la gara si è conclusa, che si è addivenuti alla stipula del relativo contratto e che, comunque, l'istante ha omesso di presentare domanda di partecipazione anche dopo la pubblicazione di una nuova disciplina di gara cui si è proceduto a seguito di una diffida presentata proprio dalla società Vivenda S.p.A., nella quale erano articolate le medesime censure di cui alla presente istanza di parere. Tale ultima circostanza, a parere della Stazione Appaltante, darebbe luogo alla inammissibilità dell'istanza.

In ordine poi alle censure articolate, la Stazione Appaltante osserva quanto segue: per quanto riguarda la richiesta disponibilità di un centro cottura, questa, oltre ad essere giustificata dalla necessità di affidare il servizio in tempi brevi, non costituisce una deviazione dai principi che informano le pubbliche gare essendo sotteso ad essa un preciso interesse pubblico connesso alla preparazione dei cibi in un luogo non lontano da quello in cui il servizio deve essere espletato; in ogni caso, poi, tale elemento non costituirebbe un requisito soggettivo di partecipazione alla gara; l'importo degli oneri di sicurezza era indicato come pari a zero per l'assenza di rischi da interferenza. Pertanto, nella considerazione che la prestazione dovesse avvenire in luoghi non messi a disposizione del Comune, non si è provveduto alla predisposizione del D.U.V.R.I.; l'art. 81, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163/2006 è stato abrogato per effetto dell'art. 44, comma 2, D.L. n. 201 del 6.12.2011, convertito nella legge n. 214 del 22.12.2011; per quanto riguarda, invece, la

censura relativa ai corsi di formazione, la disposizione di *lex specialis* che li prevede sottende l'esigenza di verificare la preparazione del personale che verrà impiegato nel servizio.

### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità e congruità della disciplina di gara predisposta per l'affidamento dei *Servizi di refezione scolastica per le scuole dell'infanzia e dell'obbligo*, relativamente a quattro distinti e concorrenti profili, ciascuno meritevole di autonoma considerazione.

Va preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'istanza di parere per non avere la Società Vivenda S.p.A. partecipato alla procedura di gara in oggetto.

A tal riguardo occorre infatti precisare che, per quanto il requisito della partecipazione alla procedura concorsuale venga generalmente considerato necessario per poter rivolgere l'istanza di parere, se si è in presenza di clausole del bando c.d. escludenti - cioè di clausole che precludono la partecipazione alla gara, impedendo l'ammissione alla stessa, e di quelle che non consentono di effettuare un'offerta concorrenziale - si ritiene che l'onere di presentare la domanda di partecipazione costituisca un inutile aggravio a carico dell'impresa (Consiglio Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217). Inoltre, nei casi in cui, come quello in esame, la richiesta di parere investa questioni di massima ovvero relative ad aspetti cruciali delle regole della concorrenza, sulla corretta osservanza delle quali l'Autorità è istituzionalmente chiamata a vigilare nel settore di propria competenza, può sussistere un interesse strumentale di un soggetto non partecipante alla gara all'enunciazione di principi che possano orientare, anche in futuro, le Stazioni Appaltanti nella stesura dei bandi di gara, nel pieno rispetto delle regole del mercato.

Fatta tale necessaria premessa, si osserva che nel caso di specie assume carattere dirimente il profilo di contestazione inerente alla disciplina di gara, nella parte in cui richiede la disponibilità del centro di cottura, che, a parere dell'istante, si atterrebbe sia a requisito di partecipazione che a criterio di valutazione dell'offerta con attribuzione di relativo punteggio, con conseguenti effetti discriminatori e distorsivi della concorrenza e inammissibile commistione tra criteri soggettivi di ammissione alla gara ed elementi di valutazione dell'offerta.

In ordine a tale specifico punto di doglianza, in termini generali, si registra il consolidato orientamento della giurisprudenza secondo cui "*risultano indebitamente inclusi, tra i criteri di*

*valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi, anche comunitari, ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione ed i criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio (vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo), donde la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare, tra questi ultimi, i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare” (cfr. T.A.R Emilia Romagna Parma, sez. I, 31 gennaio 2011, n. 32).*

Eppure, secondo l'autorevole insegnamento del Consiglio di Stato, non può configurarsi una netta cesura tra i due profili, l'uno correlato alla qualità dell'offerta, l'altro alla qualificazione dell'impresa, tant'è che lo stesso avverte che *“la previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), è legittima soltanto nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta”* (C. Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837).

Anche questa Autorità, con la determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, che ha fissato le linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha evidenziato lo sviluppo di un vero e proprio filone giurisprudenziale che non esclude, entro determinati limiti, la predetta commistione, deprecata dall'istante.

La soluzione del quesito agitato, pertanto, non va escogitata indulgendo a principi assoluti, quanto piuttosto verificando nel caso di specie la eventuale correlazione tra la ubicazione del centro di cottura rispetto alla qualità dell'offerta, al fine di stabilire se vi sia congruenza tra il primo e la seconda.

Andando quindi ad esaminare nel dettaglio la disciplina del bando di gara, si precisa che, a norma del Capitolato speciale, la prestazione oggetto dell'appalto consiste *“nella preparazione, cottura e confezionamento in multirazioni di pasti caldi preparati presso un centro cottura e da qui trasportati in legame fresco-caldo, ai refettori scolastici, ove si provvederà alla loro distribuzione. L'Impresa Aggiudicataria..., a tale scopo, dovrà essere dotata della struttura in grado di produrre per il Comune di Albano Laziale n. 1750 pasti giornalieri, così come di idonei mezzi di trasporto per la distribuzione ai refettori scolastici, in modo tale che la distribuzione dei pasti caldi sia garantita nei luoghi e tempi previsti dai successivi artt. 10 e 39”*. Tale ultima disposizione infatti a sua volta prevede che *“il tempo intercorrente tra la partenza di ogni mezzo di trasporto dal centro di cottura e l'arrivo dello stesso presso i plessi scolastici...non deve superare i 30 (trenta) minuti”*.

Scolpite in siffatti termini le caratteristiche qualitative della prestazione in appalto, è da porre in debito rilievo che il bando di gara dedica l'art. 5 alla definizione dei requisiti di capacità, economica-finanziaria e tecnica-professionale richiesti ai concorrenti, mentre il successivo art. 6, rubricato "*Modalità di esecuzione*", richiede la necessità che la produzione dei pasti giornalieri avvenga da parte dell'affidatario del servizio presso "*un proprio centro cottura*". La localizzazione di questo è invece contemplata a pagina 6 del bando, a proposito dei criteri di valutazione dell'offerta qualitativa, prevedendo l'attribuzione di un punteggio decrescente all'aumentare della distanza tra il confine territoriale del Comune ed il centro cottura, fino ad un massimo di 16 punti quando sia ubicato nel Comune stesso.

Ora, dall'esame complessivo della disciplina di gara è dato inferire che questa prevede, *quoad participationem*, la disponibilità di un centro cottura per la preparazione dei pasti, mentre la sua ubicazione si riflette soltanto sull'attribuzione del punteggio, ponendosi quindi tale ultimo elemento, non quale requisito di partecipazione bensì in termini di criterio di valutazione dell'offerta. Per il primo aspetto, quindi, vanno ritenute infondate le perplessità manifestate dall'impresa istante.

Per quanto riguarda, invece, il secondo aspetto, non è irragionevole ritenere che la disponibilità, nelle vicinanze, del centro cottura possa essere funzionale ad una migliore qualità del servizio in appalto. Recente giurisprudenza ha infatti osservato che "*È illegittimo per irragionevolezza e contrasto con i principi comunitari di massima tutela della concorrenza tra imprese, il bando per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, che impone ai partecipanti di allestire un centro per la cottura e la preparazione dei pasti esclusivamente in una data area, tutte le volte in cui tale prescrizione non sia utile ai fini della individuazione del miglior contraente e non sia giustificabile con addotte finalità di controllo dell'attività di confezionamento, dal momento che contrasta con i principi di economicità e di risparmio su scala aziendale, in quanto si determina un indubbio favoritismo per i pochi (o unici) soggetti che già sono presenti in quel preciso ambito territoriale, dovendo considerarsi sufficiente, per le specifiche finalità dell'amministrazione, solo una clausola che stabilisca i tempi massimi di trasporto dei pasti e la possibilità, da parte dell'Amministrazione, di verificare il loro rispetto*" (cfr. T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 22-07-2011, n. 476). Tale pronuncia giurisprudenziale serve innanzitutto a ribadire che il pericolo di inammissibile restringimento della platea dei concorrenti è concretamente configurabile soltanto quando sia prescritta, a pena di esclusione dalla gara, la disponibilità del centro di cottura entro un determinato raggio dal luogo della fornitura, prescrizione che, per le ragioni anzidette, non è dato rinvenire nel tessuto disciplinare della legge di gara.

Vale inoltre rilevare che è del tutto ragionevole pretendere da parte della Stazione Appaltante, in casi siffatti, che non sia eccessiva la distanza tra il luogo di preparazione dei cibi e quelli in cui devono essere consumati, in considerazione della natura stessa dell'oggetto della prestazione che prevede la preparazione di pasti caldi per gli alunni delle scuole comunali.

Va quindi conclusivamente affermato che nell'attribuzione del punteggio relativo all'offerta qualitativa, la considerazione della distanza tra il centro cottura e i refettori scolastici, non solo non

rischia di operare come fattore limitativo della concorrenza, non assurgendo al rango di requisito di partecipazione alla gara, ma nemmeno consente di configurare la contestata commistione tra criteri soggettivi di ammissione alla gara ed elementi di valutazione dell'offerta. La disponibilità *in loco* di un centro cottura non integra, come detto, un requisito di partecipazione, ma riflette esclusivamente l'esigenza di assicurare la migliore qualità del servizio di refezione scolastica in appalto.

Lo stesso vale, per quanto attiene al quarto punto di contestazione in ordine al criterio di valutazione dell'offerta che prevede l'assegnazione di un punteggio all'elemento "*corsi di aggiornamento/formazione svolti nell'ultimo triennio scolastico a favore del personale che sarà impiegato nel servizio di ristorazione scolastica...*". Anche in tal caso, infatti, emerge l'interesse della Stazione Appaltante ad assicurarsi una prestazione altamente qualitativa che non può prescindere anche dalla qualificazione professionale del personale impiegato.

Tanto è sufficiente per dirimere in termini favorevoli alla Stazione Appaltante l'istanza di parere in esame, avuto riguardo alla consistenza del profilo di interesse rinvenibile in capo all'impresa istante, per non avere partecipato alla gara.

Per ragioni di completezza, va comunque esclusa la fondatezza degli ulteriori due rilievi sollevati.

Circa l'omesso riferimento al D.U.V.R.I. e agli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, persuade quanto controdedotto sul punto dalla Stazione Appaltante, laddove questa osserva che, come evidenziato nello stesso bando di gara (punto 8, pag. 13), l'importo degli oneri per la sicurezza è pari a zero per la mancanza di costi da interferenza, essendo la prestazione espletata al di fuori dei locali dell'Amministrazione aggiudicatrice. Tale circostanza esonera anche dalla predisposizione del D.U.V.R.I. secondo gli stessi criteri fissati da questa Autorità (Det. n. 3/2008 del 5 marzo 2008), trattandosi di un mero servizio di fornitura di pasti preparati in un luogo "*esterno*" alla Stazione Appaltante.

L'ulteriore questione agitata dall'istante attiene, infine, alla lamentata violazione dell'art. 81, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, nella formulazione introdotta dalla legge n. 106/2011 di conversione del d.l. n. 70/2011, norma ritenuta applicabile alla fattispecie in considerazione della data di pubblicazione del bando, successiva alla sua entrata in vigore. Poiché tale novella legislativa prevede(va) che l'offerta migliore è determinata al netto delle spese del costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale, il bando avrebbe dovuto specificare i costi per il personale, scorporandoli dal prezzo a base d'asta e oggetto di ribasso.

Al riguardo è importante osservare che la norma in oggetto, proprio per le rilevanti difficoltà esegetiche ed applicative che ha da subito presentato, è stata espunta dall'ordinamento giuridico a seguito del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 c.d. decreto Salva-Italia (convertito dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214).

In particolare, l'art. 44 di tale recentissima disciplina ha apportato talune modifiche al Codice dei Contratti Pubblici anche mercé l'abrogazione del sopra richiamato comma 3-bis dell'art. 81. Tale disposizione, nell'ambito della definizione dei criteri per l'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva che *“l'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”*.

E' appena il caso di osservare che il nuovo intervento, in senso abrogativo, del legislatore è stato salutato con favore, se non con sollievo, da parte dei commentatori, alla luce dei seri problemi interpretativi che aveva suscitato, tant'è che, come evidenziato da questa Autorità di Vigilanza nel Documento di consultazione per la redazione dei bandi-tipo, è di fatto impossibile evidenziare il costo del personale in sede di progettazione del servizio o della fornitura, in quanto ciò presupporrebbe una conoscenza del settore che le stazioni appaltanti verosimilmente non possiedono. Senza considerare che il tempo di impiego del personale dipende dalla natura della prestazione e dall'organizzazione dell'impresa, con la conseguenza che l'esecuzione di una stessa prestazione può comportare fra due imprese la necessità di impiegare manodopera per un tempo diverso a causa di una differente organizzazione produttiva e/o di una diversa attrezzatura impiegata. L'interpretazione che è apparsa preferibile a questa Autorità, nella vigenza della disposizione in esame, è stata nel senso che l'art. 81, comma 3-bis impone sempre alle stazioni appaltanti e alle imprese di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera. Invero, *“questa conclusione trova il proprio fondamento nella stessa disposizione, dal momento che affermare che l'offerta migliore (l'offerta aggiudicataria) è determinata al netto delle spese relative al costo del personale ....sembra significare che le offerte dei concorrenti (ed in particolare quella del concorrente risultato aggiudicatario) non possono essere giustificate sulla base di un mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale necessario, come del resto prevede l'articolo 87, comma 3, del Codice, non modificato; di conseguenza, il ribasso offerto può essere giustificato da un'organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, tutelando al contempo il costo del personale”*.

Seguendo tale indirizzo interpretativo, pertanto, dall'applicazione della norma di cui all'art. 81, comma 3-bis non sarebbe derivato l'obbligo di individuazione *ex ante* del costo del personale, ma semplicemente quello di effettuare la verifica della congruità del lavoro su due piani distinti, dei quali, il primo, avente ad oggetto la verifica della produttività presentata dal concorrente, il secondo, il livello e il numero del personale necessario per garantire la produttività presentata nonché i corrispondenti minimi salariali previsti nella giustificazione.

Pertanto, in disparte l'intervenuta abrogazione della norma in esame, alla luce di quanto sopra rappresentato non si ritiene che le deduzioni di parte istante siano idonee a riverberarsi sulla legittimità della disciplina di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dal Comune di Albano Laziale per il conferimento del servizio di refezione scolastica sia conforme alla normativa e ai principi di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 luglio 2012*

Il Segretario: Maria Esposito