

PARERE N. 201 DEL 5/12/2012

PREC 243/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da ANGEM, Confcooperative Lazio e Legacoop Servizi – Procedura aperta per l’*“Affidamento del servizio di refezione scolastica nelle scuole dell’infanzia statali e comunali, comprese le sezioni ponte e primavera, le scuole primarie e secondarie di I grado di Roma Capitale – Periodo 01.01.2013 – 30.06.2017”* – Importo a base d’asta: €392.736.525,00 IVA esclusa – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Roma Capitale.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 5 ottobre 2012 è pervenuta la prefata istanza di parere, contenente svariati rilievi, con i quali si contesta alla S.A. il mancato rispetto della normativa di settore su diversi punti della disciplina di gara. In particolare, i soggetti collettivi istanti, dopo aver evidenziato, in punto di fatto, di rappresentare una larghissima fetta delle imprese operanti nella ristorazione collettiva, sollevano plurime e articolate doglianze così testualmente rubricate:

- “1. Indeterminatezza delle prestazioni richieste dal capitolato e conseguente difficoltà/impossibilità di formulare un’offerta consapevole;*
- 2. Sub-voce di valutazione di cui al punto b1. dell’Allegato n. 12 al Capitolato Speciale d’Appalto;*
 - 2.1. Violazione art. 83 del codice dei contratti pubblici, del 46° considerando della direttiva 2004/18/CE; difetto di proporzionalità;*
 - 2.2. Violazione art. 83 del codice dei contratti pubblici; difetto di proporzionalità;*
 - 2.3. Violazione art. 83 del codice dei contratti pubblici; violazione art. 97 Cost. e art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici;*
 - 2.4. Violazione art. 83 del codice dei contratti pubblici, del 46° considerando della direttiva 2004/18/CE, del Trattato istitutivo CE;*
- 3. Violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell’azione amministrativa – Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste e difetto assoluto di istruttoria – Violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 del D.Lgs. n.163 del 2006;*
- 4. Violazione dell’art. 83 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione del principio di trasparenza. Violazione della par condicio competitorum. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifesta. Sviamento, Violazione dell’art. 97 della Costituzione;*
- 5. Sui requisiti di accesso in caso di partecipazione in raggruppamento;*
- 6. Violazione dell’art. 2 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione della libertà d’impresa. Violazione dell’art. 97 della Costituzione. Violazione dell’art. 77 del R.D. n. 827 del 1924. Violazione dell’art. 83 del D.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità. Sviamento;*
- 7. Violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell’azione amministrativa – Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste e difetto assoluto di istruttoria – Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 Cost., 1341 e 1460 c.c., 7 e 8 D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, 2, comma 1 lett. c, L. 11 novembre 2011, n. 180, 62 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1”.*

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 29 ottobre 2012, la S.A. ha ribadito la legittimità del proprio operato articolando una serie di controdeduzioni e trasmettendo varia documentazione. Da parte loro, le associazioni istanti insistono nel senso della oscurità del capitolato di gara, evidenziando per giunta che il criterio dei 300 km. non tiene conto delle modalità di organizzazione della fase distributiva e del fatto che taluni prodotti non provengono dal territorio ricompreso nell'arco dei 300 km. dal Campidoglio. Le istanti aggiungono che la formula matematica prevista per il criterio b.1 sarebbe incomprensibile per oscurità del valore "O".

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della disciplina di gara in oggetto, per le ragioni indicate in fatto.

1. Le associazioni istanti lamentano, in primo luogo, che talune prescrizioni del capitolato sarebbero tali da rendere la prestazione contrattuale del tutto indeterminata, in maniera da non consentire ai concorrenti di predisporre un'offerta adeguatamente ponderata. Si riferiscono, in particolare, al combinato disposto degli artt. 1 e 90 del Capitolato Speciale d'Appalto (CSA), laddove impongono all'aggiudicatario non solo di effettuare le operazioni di manutenzione ordinaria e straordinaria, ma anche di adeguare gli impianti presenti presso i centri refezionali al fine di integrare la cosiddetta "*dotazione standard*", descritta dall'allegato 7 del Capitolato medesimo. L'incertezza circa l'entità economica dell'impegno contrattuale deriverebbe dal fatto che non è reso noto ai concorrenti lo stato e la consistenza dei locali refezionali, in modo da rendere possibile formulare un'offerta consapevole e ponderata, anche in considerazione del rilevante importo (80 milioni di euro) del costo complessivo ipotetico della dotazione *standard* necessaria per tutti i 479 centri refezionali esistenti sul territorio comunale. La suddivisione in undici lotti dell'appalto non sarebbe in grado di ridimensionare tale voce di costo indeterminata entro limiti accettabili proprio per il rilevante numero dei centri refezionali, tant'è che sarebbe del tutto insufficiente il lasso di tempo assegnato dalla stazione appaltante per l'effettuazione del sopralluogo, peraltro consentito mercé un semplice chiarimento in corso di gara nemmeno adeguatamente pubblicizzato. L'indeterminatezza denunciata sarebbe vieppiù aggravata da quelle prescrizioni del Capitolato (*sub* artt. 7, 12, 23, 94) che consentono alla Stazione appaltante di mutare, in aumento o in diminuzione, il numero dei pasti, i centri refezionali e le prestazioni da richiedere all'aggiudicatario. L'Amministrazione non avrebbe altresì considerato l'incidenza che può avere sull'appalto la prossima riduzione degli attuali 20 Municipi di Roma, prevista dal D.Lgs. n. 156 del 17 settembre 2010, e la implicita induzione a presentare offerte più dispendiose per l'Ente, proprio per il concreto rischio di affrontare forti spese per manutenzione e/o dotazione dei centri refezionali, in contrasto con i principi della *Spending Review* (D.L. n. 95 del 2012).

Sul punto, il Comune capitolino osserva quanto segue: la descrizione dell'oggetto dell'appalto, in maniera da includere anche la manutenzione e l'integrazione della dotazione *standard*, sarebbe conforme alla prassi che si è consolidata attraverso le precorse gare di refezione scolastica e comunque si tratterebbe di interventi finalizzati alla sola conservazione/ripristino (e non anche al miglioramento/adeguamento) del preesistente rispetto agli *standard* fissati dal Capitolato; le attività di manutenzione e di integrazione sarebbero dettagliatamente esplicitate nell'allegato n. 6 al Capitolato Speciale d'Appalto; i centri refezionali sarebbero già stati interessati da analoghi interventi nel quinquennio di gestione appena trascorso; tale pratica rifletterebbe esigenze di economicità e di ciò si sarebbe tenuto conto ai fini della quantificazione del prezzo a base di gara; la prevista variazione dell'oggetto del contratto, lungi dal comportare la paventata indeterminatezza, sarebbe connessa alla natura del servizio in appalto, le suindicate previsioni del Capitolato non sarebbero tali da ingenerare alcuna indeterminatezza e rifletterebbero il naturale rischio insito nella

prestazione dell'appaltatore; gli atti di gara sarebbero conformi agli obiettivi di efficientamento dell'azione amministrativa imposti dalla *Spending Review* e la suddivisione dell'oggetto dell'appalto in 11 lotti rifletterebe la macrostruttura dell'Ente Roma Capitale.

Ebbene, questa Autorità è dell'avviso che le perplessità sollevate sul punto dagli istanti siano da condividere, in quanto la possibilità di verificare, mediante apposito sopralluogo, quanto asserito in sede di gara (v. art. 6 del capitolato) circa l'adeguata dotazione dei centri refezionali ed il loro corretto funzionamento non è stata espressamente contemplata dalla stessa *lex specialis*. Questa Autorità, con la recente Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, ha affermato, in materia di redazione dei bandi tipo, **ex artt. 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici**, quanto segue: *“L'art. 106 è riferito unicamente agli appalti di lavori e non vi è una norma analoga per i servizi e per le forniture. Tuttavia, anche in detti settori, vi sono dei casi in cui difficilmente un operatore economico può formulare un'offerta attendibile senza aver preso visione dei luoghi: in tali ipotesi, può ritenersi che il sopralluogo costituisca un elemento essenziale dell'offerta, poiché indispensabile per la formulazione della stessa (cfr. parere AVCP n. 105 del 9 giugno 2011). Una simile circostanza, peraltro, deve risultare espressamente ed inequivocabilmente dalla documentazione di gara. In particolare, la stazione appaltante può prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione qualora l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con gli organismi edilizi – come, ad esempio, avviene per il global service – ovvero qualora la prestazione debba essere eseguita in ambienti specifici e particolari (si pensi al caso di forniture biomedicali da installare in ambienti ospedalieri). Si ribadisce che le stazioni appaltanti sono tenute, in ogni caso, ad indicare chiaramente nella lex specialis di gara se il sopralluogo è obbligatorio o facoltativo, nonché quali soggetti devono effettuarlo, consentendo alle imprese - per favorire la partecipazione alle gare e limitare le spese connesse - di delegare detto adempimento a soggetti diversi dal rappresentante legale o direttore tecnico, purché dipendenti del concorrente”* (cfr. Parte II, punto 6.2). Invero, la facoltà di effettuare sopralluogo è stata espressamente riconosciuta dalla S.A. soltanto in corso di gara e con una nota di chiarimenti pubblicata sul sito dell'Ente e quindi non sottoposta ad adeguata pubblicità. Tale nota risale al 17 settembre 2012, di guisa che, essendo intervenuta appena trenta giorni prima del termine di scadenza del 16 ottobre successivo, non integra il termine minimo di 52 giorni previsto dall'art. 70 del d.Lgs. n. 163/06 per la predisposizione delle offerte da parte delle imprese. Non vale a ripristinare un adeguato lasso temporale il differimento del termine di scadenza al 6 novembre 2012 sia per il mancato raggiungimento dei 52 giorni a far data dal 18 settembre – giorno successivo alla nota di chiarimenti che autorizza l'effettuazione del sopralluogo – sia soprattutto per il deficit pubblicitario che caratterizza la sua diffusione. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza infatti *“le modifiche del bando di gara non hanno effetto nei confronti delle imprese partecipanti alla gara se non sono portate a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando. Non può pertanto essere ritenuta sufficiente la pubblicazione della modifica nel sito internet o su un quotidiano, sia pure a diffusione nazionale. Tali forme di pubblicità non possono, infatti, considerarsi in alcun modo equipollenti alla pubblicazione in gazzetta ufficiale.”* (Cons. Stato, sez. VI, 11.5.2007, n. 2306; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 8 marzo 2006, n. 528; AVCP, parere di precontenzioso n. 53 dell'11.03.2010).

Circa la prospettata necessità di effettuare sopralluogo al fine di predisporre una ponderata offerta economica, vale quanto osservato sul punto dagli istanti a proposito della rilevante spesa necessaria per dotare i centri refezionali delle attrezzature necessarie per l'espletamento del servizio, in ragione sia del numero degli stessi (pari a 479 complessivamente) sia del novero dei dispositivi richiesti (ben 53 fra attrezzature e macchinari). Non vale a ridimensionare l'incidenza economica della prestazione aggiuntiva richiesta in sede di appalto sia la suddivisione dello stesso in undici lotti, enumerando ciascuno di essi un cospicuo numero di centri refezionali, sia la presenza fra questi di siti privi di cucina (denominati “Terminali di Consumo”), in quanto anche per questi è richiesta una rilevante dotazione strutturale e tecnologica. Non vale a dirimere in senso contrario la questione sollevata il fatto che, come valorizzato dalla Stazione appaltante, la disciplina di gara (Allegato n. 7 al

Capitolato Speciale d'Appalto) contiene la minuziosa descrizione degli interventi di manutenzione e della dotazione *standard* compresi nell'appalto dall'art. 1 del Capitolato, atteso che essa, anzi, conferma la necessità di prendere esatta contezza dello stato dei luoghi al fine di verificare la conformità degli stessi a quanto prescritto, anche al fine di verificare il corretto funzionamento dei macchinari presenti. Va quindi conclusivamente riconosciuta la fondatezza del rilievo di parte istante, anche tenendo conto di quanto previsto dal comma 3 dell'art. 9 C.S.A., secondo cui *“i Municipi si riservano la facoltà di apportare variazioni sia al numero dei pasti sia alle sedi dei centri refezionali ricadenti nel proprio territorio”*, per tal via incrementando i rischi connessi all'obbligo di manutenzione/integrazione dei siti utilizzati per la preparazione e la distribuzione dei pasti. Gli altri profili pure evidenziati dalle istanti, non denotano a loro volta la fondatezza delle perplessità sollevate, nel senso di una indebita indeterminazione della prestazione dedotta in appalto, dovendosi rilevare che la variazione (o in aumento o in diminuzione) del numero dei pasti per ciascun lotto prevista dall'art. 9 del C.S.A. non è in grado di incidere in maniera indebita sulla portata economica del contratto, in quanto essa deve muoversi nel *“limite del quinto delle quantità pattuite”* (cfr. art. 9, comma 2, C.S.A.), quindi in perfetta sintonia con quanto stabilito dall'art. 311, commi 2, lett. c) e 4 del d.P.R. n. 207/2010. Parimenti sono prive di rilevante incidenza economica le disposizioni del capitolato che impongono all'appaltatrice di incrementare il personale (art. 12), di fornire acqua minerale naturale in confezione PET in caso di interruzione del servizio idrico (art. 23) o di espletare *“ogni attività che si rendesse necessaria”* (cfr. art. 94). La futura riduzione dei Municipi di Roma non è in grado altresì di incidere sull'assetto cristallizzato dagli atti di gara ai fini della definizione della prestazione in appalto. Le doglianze di parte istante sono quindi da condividere nei limiti anzidetti.

2. Gli strali degli istanti si appuntano, altresì, sulla Sub-voce di valutazione contemplata dal punto b1. dell'Allegato n. 12 al Capitolato Speciale d'Appalto, che prevede l'assegnazione di punti 17, nell'ambito dei 60 riservati in generale all'offerta tecnica, per *“Derrate per le quali l'intero ciclo di produzione, trasformazione e confezionamento si svolga all'interno di un territorio ricompreso nell'arco di 300 km., in linea d'aria, dal Campidoglio e il trasporto avvenga utilizzando, almeno per il 50%, mezzi su ferro e/o veicoli almeno euro 4 e/o veicoli elettrici e/o vetture ibride”*. Gli istanti ritengono che il peso attribuito a detto criterio sarebbe sproporzionato, illogico, incomprensibile, inattuabile e finanche contraddittorio rispetto alle dichiarate finalità ad esso sottese. Il criterio sarebbe infatti in grado di avvantaggiare le imprese locali, per tal via provocando effetti distorsivi sulla concorrenza, non sarebbe idoneo a tutelare esigenze ambientali e non sarebbe pertinente alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, come previsto dal 46° considerando della Direttiva 2004/18/CE. La pretesa inattuabilità del criterio sarebbe connessa alla impossibilità di produrre talune derrate (come il filetto di merluzzo atlantico) all'interno del territorio considerato mentre la sua inidoneità a fini di tutela ambientale deriverebbe, tra l'altro, dalla mancata previsione di un regime inversamente proporzionale tra punteggio assegnabile e distanza dal Campidoglio.

La Stazione Appaltante, da parte sua, osserva che l'architettura progettuale dell'impianto di gara, con il riconoscimento di punteggi premiali, sarebbe conforme alla normativa nazionale e comunitaria in materia e che tale conformità vi sarebbe anche con riferimento al punteggio tecnico previsto per le prestazioni ambientali nella misura contemplata dalla disciplina di gara. Le lamentele degli istanti non trovano riscontro negli atti di gara, dovendosi, in primo luogo, constatare la plausibilità del metodo della cosiddetta *“filiera corta”* al fine di assicurare, nell'interesse degli utenti del servizio, la preparazione di cibi dalle qualità organolettiche non intaccate dalla lontananza del luogo di produzione rispetto a quello di consumo. Il criterio contestato sottende quindi chiare esigenze di interesse pubblico, che scongiurano i paventati effetti distorsivi della concorrenza, ed appare calibrato secondo la significativa ricaduta che è in grado di avere sulla qualità del servizio in appalto. Gli ulteriori plurimi profili che denoterebbero, a parere degli istanti, la illegittimità del criterio in esame per la dedotta violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006 non trovano parimenti riscontro negli atti di gara. Invero, come correttamente osservato

dal Comune di Roma nella sua memoria di controdeduzioni, la statuizione di cui al punto b.4 dell'allegato 12 al C.S.A. non comporta l'impossibilità di conseguire il punteggio massimo per effetto del ricorso a formule matematiche, fermo restando che il divieto di duplice valutazione dei medesimi prodotti risponde all'ovvia esigenza di evitare di riconoscere un duplice trattamento premiale dalla medesima causale. Le perplessità sollevate sul punto sono da respingere.

Gli istanti lamentano difficoltà interpretative concernenti il concetto di individuazione dell'intero ciclo di produzione, trasformazione e confezionamento. Sul punto osserva la Stazione appaltante, in memoria, che la scelta di attribuire il punteggio premiale quando l'intero ciclo di produzione, trasformazione e confezionamento si svolge all'interno del territorio ricompreso nell'arco di 300 km. nella sua discrezionalità di committente, non è tale da rendere impossibile il raggiungimento del massimo punteggio ed è conforme all'esigenza di incentivare la modalità prescelta per il trasporto in grado di assicurare il rispetto di esigenze di tutela ambientale. Le perplessità sollevate dagli istanti sono da condividere, in quanto la rigida applicazione del criterio nella sua formulazione letterale, e peraltro confermata dalla Stazione appaltante in sede di chiarimenti, comporta l'esclusione delle derrate i cui ingredienti hanno origine al di fuori del territorio di riferimento ancorché siano inclusi nel Modello C (ad es. il pesto alla genovese). Trova quindi riscontro la denunciata contraddittorietà del criterio e pertanto, sotto tal profilo, le perplessità sollevate sono da ritenere fondate.

Per quanto riguarda la scelta di valorizzare la percentuale di chilometri percorsi con mezzi a basso impatto ambientale rispetto al totale previsto per la singola derrata anziché il valore assoluto dei chilometri stessi gli istanti lamentano che tale criterio non sarebbe conforme all'insegnamento della Corte di Giustizia (sentenza 17 settembre 2002, in causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*) perché inidoneo a produrre benefici sotto il profilo ambientale. Le perplessità non convincono, in quanto privilegiare il valore costituito dal numero di chilometri percorsi determinerebbe un indebito vantaggio a favore di chi è in grado di procurarsi i prodotti in un'area limitrofa al Campidoglio rispetto alle imprese che, comunque orbitando nel raggio dei 300 km. dalla sede del Comune, operano nell'ambito del contesto territoriale di riferimento.

3. Gli istanti altresì esprimono le seguenti ulteriori lamentele: l'automaticità di alcuni criteri di assegnazione dei punteggi (a.2, a.3, b.3.2, b.5), con conseguente svuotamento delle funzioni valutative della commissione giudicatrice, il cui espletamento è richiesto in caso di ricorso al criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa; la coincidenza di una parte dell'offerta, descritta nell'Allegato B al Capitolato (introduzione dei filetti di pesce fresco e il riciclo dei residui di mensa) con i relativi criteri di valutazione; l'illogicità della previsione di cui ai punti 1.3. e 1.4 del Disciplinare di gara, laddove prevedono che il requisito di capacità tecnica (l'aver svolto, negli ultimi tre anni, servizi di ristorazione collettiva non commerciale nei confronti di un unico committente con un numero complessivo di pasti erogati non inferiore al 50% del numero dei pasti stimati per il lotto per cui si concorre) sia soddisfatto dalla sola mandataria, in quanto sarebbe tale da tagliare fuori una rilevante fetta del mercato e sarebbe in contrasto con il principio di corrispondenza fra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione; irragionevolezza del criterio di assegnazione dei lotti che limita a due quelli assegnabili ad un singolo concorrente da individuarsi in base a sorteggio in caso di offerte plurime superiori a due, in tal modo trascurando il loro valore economico invece di garantire al concorrente che abbia presentato la migliore offerta disponibile sul mercato l'aggiudicazione dei lotti di maggior valore. Gli istanti osservano inoltre che il C.S.A. prevede che l'offerta presentata dal concorrente già aggiudicatario di due lotti, ancorché destinata ad essere esclusa, verrebbe comunque computata nella determinazione della graduatoria finale. Sarebbe infine illegittima la prescrizione di *lex specialis* che impone alla ditta aggiudicataria di assicurare l'espletamento del servizio anche in caso di inadempimento e/o ritardo nei pagamenti da parte della Stazione Appaltante perché pregiudicherebbe l'applicazione dell'autotutela del credito di cui all'art. 1460 c.c., sarebbe vessatoria secondo i principi in materia di condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.) e configurerebbe una pratica commerciale sleale, come tale vietata dall'art. 62, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, peraltro lesiva della libertà di impresa sancita

dall'art. 41 Costituzione.

Le controdeduzioni della Stazione appaltante sono del seguente tenore: la individuazione da parte del bando di una serie di elementi di merito tecnico rifletterebbe commendevoli esigenze di chiarezza e gli *item* relativi alla introduzione dei filetti di pesce fresco e il riciclo dei residui di mensa sarebbero accompagnati dalla previsione di criteri valutativi; la previsione del cosiddetto "requisito di punta" sarebbe conforme ai dettami del regolamento di attuazione al codice dei contratti pubblici e all'insegnamento di questa Autorità; il meccanismo dell'ordine di estrazione dell'ordine di apertura dei lotti sarebbe ragionevole e comunque già sperimentata in passato; la contestata clausola del bando, che impone alla ditta aggiudicataria di assicurare l'espletamento del servizio anche in caso di inadempimento e/o ritardo nei pagamenti da parte della Stazione Appaltante riflette esigenze di continuità della prestazione e non inciderebbe sulla sinallagmaticità del contratto.

Le perplessità sollevate, suscettibili di essere esaminate congiuntamente, possono condividersi solo in parte. Fermo restando che l'incidenza dei suddetti criteri di assegnazione dei punteggi non ha carattere determinante sul complessivo assetto della piattaforma predisposta dal capitolato, occorre rilevare che il paventato effetto restrittivo che può produrre sulla sfera discrezionale di pertinenza della commissione giudicatrice è priva della pretesa carica patologica per il contributo di chiarezza che invece è in grado di apportare alle operazioni di gara. Si osserva infatti in giurisprudenza che *"Nelle gare d'appalto improntate al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta tecnica, in presenza di criteri puntuali e stringenti (fissati dalla "lex specialis" ai sensi dell'art. 83 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163), può estrinsecarsi mediante l'attribuzione di punteggi senza la necessità di una ulteriore motivazione, esternandosi in tal caso il giudizio della commissione ex se nella graduazione e ponderazione dei punteggi assegnati in conformità ai criteri"* (cfr. C. Stato sez. VI 08 marzo 2012, n. 2332).

Per quanto attiene alla lamentata coincidenza di una parte dell'offerta con i relativi criteri di valutazione, dall'esame della documentazione di gara può sostenersi che le perplessità degli istanti sono da ritenere fondate.

Gli istanti contestano altresì la legittimità della previsione di cui ai punti 1.3. e 1.4. del disciplinare di gara, laddove impongono che il requisito di partecipazione relativo alla capacità tecnica (l'aver svolto, negli ultimi tre anni, servizi di ristorazione collettiva non commerciale nei confronti di un unico committente con un numero complessivo di pasti erogati non inferiore al 50% del numero dei pasti stimati per il lotto per cui si concorre), sia soddisfatto dalla sola mandataria. Tale criterio sarebbe eccessivamente restrittivo della concorrenza, immotivato e violativo del principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione, essendo i primi concentrati sulla sola mandataria. In materia di enucleazione dei requisiti di accesso alle gare, la giurisprudenza ha osservato di recente che *"Mediante il contratto di punta la Stazione appaltante seleziona a priori la partecipazione di concorrenti con un certo grado di esperienza, comprovata dall'aver svolto singoli servizi di un rilievo economico certo complessivamente considerati, con l'avvertenza che il valore e la durata di questo singolo contratto devono essere stabiliti con carattere di proporzionalità e di adeguatezza rispetto alla tipologia e all'oggetto della prestazione per la quale è stata indetta la gara"* (cfr. TAR Milano, Sez. I, n. 1356 del 15 maggio 2012). Orbene, il requisito imposto dal Comune di Roma si presenta in rapporto di corretta proporzione con l'oggetto dell'appalto, fermo restando che gli effetti concretamente restrittivi della concorrenza non sono affatto corroborati documentalmente dagli istanti e comunque non sembrano trovare conferma nella cospicua partecipazione che l'evoluzione della gara ha registrato. La dedotta violazione dell'art. 1 del D.L. n. 95 del 6 luglio 2012, convertito con Legge n. 135 del 7 agosto 2012, a sua volta non si configura, imponendo tale norma un preciso onere motivazionale nel caso di introduzione di limiti all'accesso alle gare connessi al fatturato aziendale. Nel caso di specie, infatti, il requisito dimensionale del contratto di punta riflette piuttosto un dato esperienziale che sia sintomatico della complessità del servizio precedentemente espletato e che pertanto assume rilievo innanzitutto qualitativo invece che quantitativo. Le perplessità *in parte qua* sollevate non sono quindi condivisibili.

Parimenti non colgono nel segno le lamentele di parte istante che si riferiscono alla previsione del meccanismo di estrazione dell'ordine di apertura dei lotti in rapporto alle correlate disposizioni concernenti il limite di aggiudicazione di massimo due lotti, meccanismo che sarebbe affetto da irragionevolezza ed illogicità perché non consente alle imprese di scegliere i lotti che intendono aggiudicarsi. In senso contrario è sufficiente osservare che questa componente di pura causalità è in grado potenzialmente di assicurare alla Stazione Appaltante una maggiore distribuzione delle migliori offerte delle ditte concorrenti tra tutti i lotti oggetto di gara, a prescindere dalla loro maggiore o minore appetibilità economica. Nemmeno si configura la lamentata violazione dell'ordine di valutazione delle offerte, in quanto, come correttamente osservato dalla Stazione Appaltante, la ditta che ha conseguito due aggiudicazioni non è da escludere dalle gare successive potendo teoricamente risultare nuovamente aggiudicataria ove risulti unico in graduatoria. Vanno infine esaminate le perplessità di parte istante sollevate con riferimento alle previsioni del CSA (art. 83, ultimo comma) che disciplinano le modalità di pagamento all'impresa appaltatrice prevedendo che “[...] *in nessun caso, ivi compreso eventuali ritardi nei pagamenti dei corrispettivi dovuti, l'O.E.A. può sospendere le prestazioni oggetto del servizio e, comunque, le attività previste nel presente Capitolato*”. Tale disposizione, nel suo generale tenore (“*in nessun caso*”), si presenta in contrasto con i principi civilistici a tutela del credito, così come sanciti dagli artt. 1460 e 1461 c.c. e a tutela del cosiddetto contraente debole nelle fattispecie generali di contratto. Quest'Autorità (Determinazione n. 4 del 7 luglio 2010), come segnalato da parte istante, ha avuto modo di affermare che “*l'imposizione della dilazione dei termini per il pagamento introdurrebbe un indebito vantaggio per l'amministrazione, considerata, in ragione dei poteri autoritativi di cui dispone nella fase pubblicistica dell'attività negoziale, alla stregua di parte contrattuale forte*”. La clausola in questione si palesa quindi lesiva del diritto di credito del soggetto appaltatore nonché iniqua, in quanto non limita il suo alveo applicativo ai ritardi imputabili ad eventi non dipendenti dalla stazione appaltante quali, a titolo esemplificativo, l'ipotesi di causa di forza maggiore ovvero cause riconducibili a fatto dello stesso appaltatore.

Merita, poi, almeno un cenno il recente intervento in materia del legislatore comunitario che con la direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, ha reso ancor più severa la disciplina dei pagamenti delle Pubbliche Amministrazioni, prevedendo, tra l'altro, un limite massimo alla facoltà di estensione del termine di pagamento, un aumento del tasso degli interessi moratori e inoltre l'applicabilità di tale disciplina al settore dei lavori pubblici (l'undicesimo considerando della nuova direttiva prevede infatti che “*la fornitura di merci e la prestazione di servizi dietro corrispettivo a cui si applica la presente direttiva dovrebbero anche includere la progettazione e l'esecuzione di opere e edifici pubblici, nonché i lavori di ingegneria civile*”). Tale direttiva è stata integralmente recepita con D.lgs n. 192 del 11/11/2012, la cui disciplina è applicabile alle transazioni commerciali concluse a decorrere dal 1° gennaio 2013.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore nella parte in cui:

- non consente la facoltà di sopralluogo;

- introduce il criterio di valutazione consistente nell'intero ciclo di produzione, trasformazione e confezionamento nell'arco di 300 km. dal Campidoglio;
- Fa coincidere elementi dell'offerta tecnica con i relativi criteri di valutazione;
- in nessun caso consente la sospensione della prestazione dell'appaltatore.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 dicembre 2012

Il Segretario Maria Esposito