

DELIBERA N. 13

7 gennaio 2021

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 Day Ristoservice Spa – Affidamento del servizio sostitutivo mensa mediante fornitura di buoni pasto elettronici a favore del personale tecnico-amministrativo d’Ateneo nell’ambito del sistema dinamico di acquisizione della Pubblica Amministrazione – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 4.704.00,00 – S.A.: Università degli Studi di Milano.

PREC 254/2020/S

Riferimenti normativi

Art. 1, comma 583 della legge n. 160/2019

Art. 1, comma 510 della legge n. 208/2015

Art. 106, comma 1, lett. e) e comma 4, lett. a), b), c) e d), del d. lgs. n. 50 del 2016

Parole chiave

Servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto – Convenzione Consip – Obbligo di adesione e deroghe motivate – Rinegoziazione del prezzo offerto in gara

Massima

Servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto – Convenzione Consip – Obbligo di adesione – Possibilità di deroga motivata – Presupposti e condizioni – Definizione e qualificazione delle caratteristiche essenziali del servizio – Rinegoziazione del prezzo offerto in gara – Condizioni di legittimità

Il rapporto tra numero dei dipendenti e consistenza numerica della rete di esercizi costituisce senza dubbio una “caratteristica essenziale” del servizio oggetto di affidamento, intesa quale condizione che



legittima l'esercizio della deroga di cui all'art. 1, comma 510 della legge n. 208/2015 (c.d. Legge di Stabilità 2016), conformemente a quanto previsto dal Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 21 ottobre 2019.

L'indiscusso principio di immodificabilità dell'offerta, volto a garantire il rispetto del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, non può considerarsi lesivo laddove l'ulteriore sconto sia di entità tale da non determinare la modifica delle condizioni essenziali dell'appalto o da introdurre un criterio di valutazione nuovo e, conseguentemente, l'alterazione della concorrenza e considerato, altresì, che non emergono ragioni logico-giuridiche che si oppongano al conseguimento di un risparmio maggiore, con ovvi vantaggi generali per le finanze pubbliche, soprattutto se tale sconto è praticato dall'operatore economico la cui offerta sia già risultata, in gara, la migliore sia sotto il profilo qualitativo che sotto l'aspetto economico.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 7 gennaio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0091254 del 30.11.2020, con la quale la società Day Ristoservice Spa chiede all'Autorità parere in ordine alla legittimità della decisione della Stazione appaltante di derogare all'obbligo, previsto dall'art. 1, comma 583, L. 27 dicembre 2019, n. 160, di aderire alla Convenzione CONSIP per approvvigionarsi del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto elettronici e di procedere autonomamente all'indizione di una nuova gara nel sistema SDAPA;

CONSIDERATO che, secondo quanto riportato dall'istante, l'Università degli Studi di Milano avrebbe motivato tale deroga adducendo due ordini di ragioni:

- 1 - la Convenzione CONSIP in corso non prenderebbe in considerazione il rapporto tra il numero dei dipendenti ed il numero degli esercizi convenzionati;
- 2 - lo sconto praticato dalla società Edenred Italia srl nei numerosi "contratti-ponte" seguiti alla scadenza della precedente Convenzione CONSIP, pari al 19%, avrebbe indotto l'Amministrazione a ritenere vi fosse la possibilità di conseguire un miglioramento economico rispetto alla vigente Convenzione CONSIP (15,69%);

CONSIDERATO, più specificamente, che le contestazioni dell'istante si possono riassumere come di seguito:

- a) illegittimità della decisione di derogare all'obbligo di adesione alla Convenzione CONSIP e, conseguentemente, di procedere autonomamente all'indizione di una gara *ad hoc*;
- b) infondatezza delle motivazioni addotte dalla Stazione appaltante per derogare a suddetta Convenzione;
- c) incongruità della formula matematica prevista per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica;
- d) illegittimità della richiesta avanzata dalla Stazione appaltante all'operatore economico aggiudicatario della gara di praticare un ulteriore ribasso sul prezzo definitivo di aggiudicazione;



CONSIDERATO, altresì, che con nota del 23-29 luglio 2020, l'odierna istante (aggiudicataria della convenzione CONSIP, Lotto 1) ha formalmente invitato l'Università degli Studi di Milano ad aderire alla Convenzione CONSIP evidenziando, *inter alia*, che tale Convenzione obbliga l'aggiudicatario ad adeguare la consistenza della Rete di esercizi convenzionati alle specifiche esigenze delle singole Amministrazioni aderenti, senza ulteriori oneri e che quindi tale previsione svuoterebbe di contenuto il primo dei due presupposti che l'Università degli Studi di Milano ha posto alla base della deroga all'obbligo di aderire alla suddetta Convenzione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 4.12.2020;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'art. 1, comma 583 della legge 27 dicembre 2019, n. 160 stabilisce che «*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, commi 449 e 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, le amministrazioni statali centrali e periferiche, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, sono tenute ad approvvigionarsi attraverso gli accordi quadro stipulati dalla Consip Spa o il sistema dinamico di acquisizione realizzato e gestito dalla Consip Spa*»;

CONSIDERATO, altresì, quanto sancito dall'art. 1, comma 510 della legge 28 dicembre 2015, n. 208, secondo cui «*Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip SpA, ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali*»;

RILEVATO che il CdA dell'Ateneo ha motivato la deroga all'obbligo di aderire alla Convenzione CONSIP di riferimento sulla base della considerazione che «*le caratteristiche del servizio descritto nel capitolato Consip (per la gara in corso) non rispondono appieno alle esigenze dell'Ateneo: ad esempio, il numero minimo richiesto di esercizi convenzionati non prende in considerazione il rapporto tra numero dei dipendenti e consistenza numerica della rete di esercizi. Tale elemento, che rappresenta per l'organizzazione dell'Ateneo un aspetto rilevante, considerato l'elevato numero di sedi dell'Ateneo, dislocate su un'area piuttosto estesa, anche nel capitolato della gara precedente, e quindi nel rapporto convenzionale di cui codesta Società è aggiudicataria, veniva disciplinato secondo dei parametri non rispondenti alle esigenze dell'Ateneo (infatti il rapporto tra numero dei dipendenti e consistenza numerica della rete di esercizi costituisce un criterio di aggiudicazione dell'appalto specifico in corso)*»;

RITENUTO che il rapporto tra numero dei dipendenti e consistenza numerica della rete di esercizi costituisce senza dubbio una "caratteristica essenziale" del servizio oggetto di affidamento, intesa quale condizione che legittima l'esercizio della deroga di cui all'art. 1, comma 510 della legge n. 208/2015 (c.d. Legge di Stabilità 2016), conformemente a quanto previsto dal Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 21 ottobre 2019 (recante "Definizione delle caratteristiche essenziali delle prestazioni principali costituenti oggetto delle convenzioni stipulate da Consip S.p.a."), che con riferimento alla Convenzione Consip 8, avente ad oggetto "Fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei ed



elettronici di qualsiasi valore nominale”, individua le (due) caratteristiche essenziali di tale servizio nella “numerosità degli esercizi convenzionati”, appunto, e nei “termini di pagamento verso l'esercente”;

CONSIDERATO che la valutazione dell'insufficienza degli esercizi convenzionati relativamente ai propri peculiari fabbisogni riguarda il “merito” tecnico che, in quanto tale, è rimesso al giudizio discrezionale dell'Amministrazione procedente, sindacabile unicamente sotto i profili della manifesta illogicità, incongruità o sproporzione, che tuttavia nel caso di specie non sembrano ricorrere;

RITENUTO che la medesima attività valutativa di natura discrezionale circonfonde la decisione attinente alla scelta della formula matematica per l'attribuzione dei punteggi (in questo caso di quella relativa all'offerta economica) e che comunque al riguardo non appaiono fondate le doglianze dell'istante, anche in ragione di quanto precisato dalla Stazione appaltante nella memoria controdeduttiva (ovvero che *«la suddetta formula è stata mutuata direttamente dallo schema di CdO reso disponibile da CONSIP sullo SDAPA Buoni Pasto, ed è stata ritenuta ragionevolmente valida in virtù della rilevanza della componente qualitativa, in un servizio come quello in considerazione, dove la valorizzazione eccessiva dell'elemento economico a svantaggio di quello tecnico potrebbe determinare un servizio inefficiente e pertanto il mancato soddisfacimento del primario interesse pubblico»*);

RITENUTO, relativamente alla questione dell'ulteriore ribasso richiesto e ottenuto dalla Stazione appaltante rispetto al prezzo offerto in gara dall'aggiudicatario, che la contestazione non può trovare accoglimento atteso che l'indiscusso principio di immutabilità dell'offerta, volto a garantire il rispetto del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, non può considerarsi leso laddove, come nel caso di specie, l'ulteriore sconto sia di entità tale da non determinare la modifica delle condizioni essenziali dell'appalto o da introdurre un criterio di valutazione nuovo e, conseguentemente, l'alterazione della concorrenza e considerato, altresì, che non emergono ragioni logico-giuridiche che si oppongano al conseguimento di un risparmio maggiore, con ovvi vantaggi generali per le finanze pubbliche, soprattutto se tale sconto è praticato dall'operatore economico la cui offerta sia già risultata, in gara, la migliore sia sotto il profilo qualitativo che sotto l'aspetto economico (v., in tal senso, Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2014, n. 923 e i precedenti ivi richiamati);

RITENUTO, infine, che il richiamato insegnamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sez. VIII, 7 settembre 2016, C. 549.14), la quale ha chiarito che *«il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne derivano ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che tali disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell'appalto iniziale», cosa che avviene, secondo la Corte, “quando le modifiche previste hanno l'effetto: a) di estendere l'appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti; b) di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario; c) di rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, “se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la gara procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi”*» è palesemente errato e fuorviante, posto che nessuna di tali ipotesi, integranti una modifica sostanziale dell'originario rapporto contrattuale e recepite espressamente nella nuova normativa sui contratti pubblici dall'art. 106, comma 1, lett. e), e comma 4, lett. a), b), c) e d), del d. lgs. n. 50 del 2016, si è verificata nel caso di specie in quanto:

a) l'ulteriore ribasso non ha esteso il rapporto contrattuale ad elementi non previsti e non ha stravolto gli elementi essenziali del rapporto in origine pattuiti;



b) la modifica non ha alterato l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario, ma – al contrario – della Stazione appaltante, alla quale è stato riconosciuto uno sconto ulteriore (v., sulla contrazione del corrispettivo, Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2288);

c) la riduzione ulteriore del prezzo, ad esclusivo vantaggio, come detto, della Stazione appaltante, non ha modificato le condizioni di partecipazione alla gara, poiché l'eventuale fissazione di una base d'asta originariamente più bassa avrebbe, semmai, ristretto la platea dei concorrenti per la ridotta convenienza della partecipazione ad una gara a condizioni remunerative meno vantaggiose,

Il Consiglio

ritiene che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni normative vigenti in materia di affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto elettronici e, quindi, legittima, limitatamente alle questioni oggetto di valutazione, la deroga all'obbligo di adesione alla relativa Convenzione Consip.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente