



**Al Dirigente Area Approvvigionamenti
e Contratti, Servizi Tecnici e
Informatici**

**Al Coordinatore Servizio
Approvvigionamenti e Contratti**

Oggetto: PROCEDURA NEGOZIATA AI SENSI DELL'ART. 36, COMMA 2, LETT. B) DEL D.LGS. 50/2016 E ART. 1, COMMA 2, LETT. B) DEL D.L. 76/2020 CONVERTITO NELLA LEGGE 120/2020, DA SVOLGERSI IN MODALITÀ TELEMATICA TRAMITE IL SISTEMA TELEMATICO D'ACQUISTO DELLA REGIONE TOSCANA (START), PER L'AFFIDAMENTO IN APPALTO DEL "SERVIZIO DI RISTORAZIONE PER GLI STUDENTI UNIVERSITARI FREQUENTANTI LA SCUOLA IMT ALTI STUDI DI LUCCA CON APPLICAZIONE DEI CRITERI AMBIENTALI MINIMI" – GARA N. 8130752 - CIG N. 8731154835.

Verifica di congruità dell'offerta di ELIOR RISTORAZIONE SpA

A seguito dell'esito della seduta pubblica di gara del 28/10/2021 è emersa la necessità di attivare la verifica di congruità dell'offerta collocata al primo posto della graduatoria, presentata dall'operatore economico ELIOR RISTORAZIONE SpA, in quanto la stessa recava il carattere di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 3 del D. Lgs. 50/2016, con conseguente obbligo di attivare la procedura di verifica prevista dalla citata disposizione normativa.

La procedura di verifica di congruità dell'offerta in parola è stata avviata con la richiesta delle spiegazioni di cui all'art. 97, commi 4 e segg. del D. Lgs. 50/2016, inoltrata con nota prot. 33494/21 del 2/11/2021.

L'operatore economico dava seguito alla richiesta di cui sopra nei termini di adempimento assegnato, con nota PEC del 15/11/2021.

A seguito dell'esame dei giustificativi, poiché gli stessi non risultavano sufficienti per completare la verifica a cui erano sottesi, con nota prot. 35735/21 del 22/12/2021 si richiedeva all'operatore economico in questione l'invio di integrazioni ai giustificativi trasmessi.

A tale ulteriore richiesta ELIOR RISTORAZIONE SpA dava riscontro con PEC del 27/12/2021 con cui riconfermava in via di principio quanto già espresso in sede di prima risposta, senza aggiungere elementi ulteriori di valutazione.

Si dà atto che nell'espletamento della verifica di cui al presente documento ci si è attenuti ai principi elaborati in materia dalla giurisprudenza consolidata che afferma che il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. Essa mira infatti in generale a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso l'espletamento della procedura di gara per l'effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, così che l'esclusione dalla gara dell'offerta per anomalia è l'effetto della valutazione di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere.



Dall'esame della documentazione presentata dalla ELIOR RISTORAZIONE SpA nell'ambito del procedimento di verifica di cui trattasi, combinata con quello dell'offerta prodotta, emergono le criticità che si vanno ad enunciare.

In primo luogo l'operatore economico, nell'effettuare al punto B dei Giustificativi la scomposizione delle voci di costo che costituiscono l'offerta, prende a riferimento, quale dato dei ricavi stimati per la durata contrattuale di 24 mesi, la somma di **€ 583.474,61** al netto di IVA, superiore di circa il 30% rispetto all'importo dell'offerta economica presentata sul sistema START su cui si tiene la procedura, che risulta pari a **€ 442.482,81** al netto di Iva.

Questo dato di fatto è già di per sé idoneo a configurare una aperta violazione del principio generale di immodificabilità dell'offerta economica che vige nella materia degli appalti pubblici, con le conseguenze allo stesso sottese in merito alla "sorte" dell'offerta. In tale ambito, infatti, la giurisprudenza ha costantemente riconosciuto la possibilità di ammettere, in sede di sub procedimento di verifica ex art. 97 D. Lgs. 50/2016, la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o di diritto rispetto alla data in cui è stata formulata l'offerta, ma anche per porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, a condizione che resti in ogni caso ferma l'entità originaria dell'offerta economica nel suo importo complessivo.

Nulla di tutto ciò si riscontra nel caso in parola, né quanto alla sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto legittimanti, né quanto all'esito di tale operazione di correzione, se è vero che l'entità dell'offerta economica risulta incrementata in modo significativo rispetto al valore originario.

In aggiunta al rilievo appena espresso, si dà conto di come l'assunzione, quale elemento di valutazione, di un ricavo ulteriore rispetto a quello risultante dall'offerta e conseguente alla vendita di un quantitativo di pasti aggiuntivo rispetto a quello stimato dalla Stazione Appaltante, risulta nello specifico in contrasto con quanto disposto dall'articolo 3, comma 6 del Capitolato speciale di appalto e dall'articolo 3, comma 2 dello schema di contratto.

Le succitate disposizioni sanciscono in termini chiari ed univoci che l'importo massimo dell'appalto in parola sarà quello risultante dall'offerta della ditta aggiudicataria, ovvero dal prodotto del numero di pasti stimati a base di gara (n. 86.260, di cui n. 80.223 interi, n. 3.450 ridotti di tipo 1 e n. n. 2.550 ridotti di tipo 2) per i prezzi offerti per ciascuna delle predette tre tipologie di pasto, aggiungendo che qualora tale corrispettivo massimo venga raggiunto anticipatamente rispetto alla scadenza contrattuale di 24 mesi, il contratto avrà termine anticipato al raggiungimento di tale importo, tanto da porre a carico delle parti l'onere di *"costantemente monitorare l'andamento dei pasti erogati e del corrispettivo raggiunto, al fine di una effettiva conoscenza dei termini finali del contratto stesso e consentire all'Azienda di programmare per tempo eventuali procedure di gara per il nuovo affidamento del servizio di cui trattasi"*.

In ragione delle considerazioni sopra esposte, la previsione di ulteriori ricavi per € 141.000,00 introdotta dall'operatore economico per giustificare la propria offerta non può essere accolta in quanto determinerebbe una violazione del limite massimo dell'importo contrattuale sancito dagli atti di gara testé richiamati.

Parimenti il richiamo operato da ELIOR RISTORAZIONE SpA in sede di giustificativi all'articolo 7 del Capitolato speciale di appalto per motivare la previsione di una tale fonte ulteriore di ricavo risulta espresso in termini e contenuti che si pongono in contrasto con le restanti previsioni capitolari che assumono valenza al riguardo.

La possibilità, infatti, di far accedere alla mensa in questione utenti ulteriori oltre a quelli "istituzionali" come definiti dal comma 1 della citata disposizione (studenti frequentanti la



Scuola IMT Alti Studi Lucca, personale docente, personale tecnico – amministrativo della Scuola IMT Alti Studi Lucca, studenti iscritti all'Università degli Studi di Pisa, studenti delle Università degli Studi di Firenze e di Siena, studenti di Atenei non toscani, studenti universitari assegnatari di posto alloggio dell'Azienda, personale dipendente dall'Azienda, personale docente e non docente degli atenei toscani), non si traduce in un automatico incremento del numero di pasti e, quindi, dell'importo del contratto, in quanto la stima contenuta all'articolo 3 del Capitolato speciale di appalto (i già citati n. 86.260, di cui n. 80.223 interi, n. 3.450 ridotti di tipo 1 e n. n. 2.550 ridotti di tipo 2) e posta a base d'asta, è stata formulata previa attenta verifica dell'andamento del servizio riscontrato nel corso della gestione attuale dell'appalto in essere dal 31 agosto 2018, in cui gli atti di gara contemplavano, con gli stessi termini utilizzati nella presente procedura, la possibilità di estendere la platea dei destinatari del servizio e, pertanto, tiene già conto di una siffatta evenienza, cosicché torna in rilievo il principio dell'invalidità del limite massimo dell'importo dell'appalto già speso in precedenza.

Risulta poi del tutto priva di giustificazione l'indicazione di € 6,00, quale prezzo medio di vendita del pasto applicato ai 23.500 pasti ulteriori contenuta nei giustificativi del concorrente.

Tale prezzo risulta difatti incongruente sia ove lo si raffronti con i prezzi unitari indicati dall'Impresa in sede di offerta economica (€ 5,17 per il pasto intero, € 4,51 per il pasto ridotto tipo 1 e € 4,20 per il pasto ridotto tipo 2) e che, in caso di aggiudicazione, determinerebbero l'importo (massimo) dell'appalto, che ove lo si compari con quelli posti a base di gara (€ 5,50, € 4,80 e € 5,00).

Al riguardo giova precisare che nell'appalto in questione l'accesso al servizio ristorazione è consentito esclusivamente ad utenti "in possesso del tesserino magnetico da utilizzare con l'apposito lettore messo a disposizione dall'Azienda <....>, o altro sistema di riconoscimento stabilito dalla stazione appaltante" e che "L'Azienda provvede a comunicare, al momento dell'aggiudicazione e successivamente ad ogni variazione, le tariffe da applicare in riferimento alla tipologia di pasto e di utente nonché ad aggiornare il sistema informatico. Il DSU provvede direttamente alla rilevazione di tutti i dati giornalieri registrati sul sistema (pasti erogati ed incassi effettuati)".

Il tenore della suddetta disposizione risulta sufficientemente chiaro nel dare evidenza che il prezzo di vendita di qualsiasi pasto erogato nell'esecuzione dell'appalto in questione, compresi quindi anche quelli forniti agli ulteriori utenti a cui si faceva sopra cenno, sarà corrisposto all'appaltatore dalla Stazione Appaltante che, evidentemente, applicherà solo e soltanto i prezzi offerti dall'operatore economico risultato aggiudicatario, non ravvisandosi, né negli atti di gara né nei principi che regolano i pubblici appalti, i presupposti per ritenere ammissibili ulteriori forme di remunerazione delle prestazioni oggetto di gara.

Peraltro, il ricorso ad un quantitativo aggiuntivo di pasti per giustificare la congruità dell'offerta, quand'anche venisse ritenuto accettabile superando i rilievi fin qui espressi, porrebbe in ogni caso problemi di ammissibilità insormontabili sotto il profilo del divieto generale di formulare offerte condizionate in sede di procedure di affidamento di pubblici appalti, senza trascurare gli effetti che si andrebbero a generare sul principio della certezza della spesa, a cui l'Amministrazione procedente è tenuta ad aderire in virtù della sua natura di ente pubblico.

La previsione espressa dall'operatore economico, infatti, lega il ricavo di € 141.000,00 ad una circostanza meramente eventuale, l'insorgere di un fabbisogno aggiuntivo di pasti, rispetto al quale non vi è e non può esserci alcuna certezza in ordine al suo effettivo avverarsi in termini di *an e/o quantum*, traducendosi appunto in una condizione.



Oltre tutto, detto quantitativo risulta superiore anche alla soglia di cui all'articolo 106, comma 12 del D. Lgs. 50/2016 (il c.d. quinto d'obbligo), richiamato espressamente dall'articolo 4 del Capitolato speciale di appalto, quale unica ipotesi di modifica del contratto nel corso della sua esecuzione, peraltro anch'esso formulato in termini di eventualità, cosicché neppure questa previsione può venire in soccorso a sostegno dell'argomentazione utilizzata dall'operatore economico.

Di conseguenza, per effetto del giustificativo formulato nei termini anzidetti, si determina l'introduzione nel sinallagma negoziale di un elemento non previsto dagli atti di gara che, in quanto tale, conferisce all'offerta la natura di offerta condizionata con il conseguente giudizio di inammissibilità che ne scaturisce a norma di legge e in coerenza con il consolidato indirizzo giurisprudenziale espresso al riguardo.

Per le argomentazioni sopra esposte si conclude il procedimento di verifica in parola formulando il giudizio che l'offerta presentata da ELIOR RISTORAZIONE SpA, **non è congrua** rivelandosi priva dei necessari requisiti di attendibilità, sostenibilità e realizzabilità.

In ragione di tale giudizio si propone che l'offerta dell'operatore economico in parola sia esclusa dalla procedura.

Il R.U.P.
Dott. Enrico Carpitelli