



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Delibera n. 427 del 15 maggio 2019

Fasc. 665/2018

Oggetto: Gara d'appalto a mezzo procedura aperta per l'affidamento del Servizio di Ristorazione per i fabbisogni delle Aziende sanitarie della Regione Veneto, per la durata di 5 anni, rinnovabile per 2 anni, numero gara 6616088.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 15 maggio 2019;

Visto l'articolo 19, comma 2, del d. l. 24.6.2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 114 11.8.2014 secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il d. lgs. n. 50 del 18.4.2016 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi

Premessa

Con esposto acquisito al protocollo ANAC in data 28.12.2017 prot.139969 la Società Dussmann Service Srl, segnalava delle criticità nella procedura aperta per l'affidamento del servizio di Ristorazione per cinque anni, più due anni di proroga e ulteriori sei mesi di proroga tecnica, per i fabbisogni delle AA.SS.LL. della Regione Veneto, suddivisa in sei lotti territoriali di importi particolarmente rilevanti, da aggiudicarsi secondo le modalità previste dall'art 95 d. lgs n.50/2016, per una spesa complessiva di € 303.510.618,83-

La procedura indetta dalla Direzione Risorse Strumentali SSr – Crav con decreto nr. 62 del 23/12/2016 è stata pubblicata nel supplemento alla GUUE in data 28 dicembre 2016.

Con il citato esposto si lamentava la violazione degli artt.51 e 30 del codice dei contratti e conseguentemente un non corretto funzionamento delle regole della concorrenza.

Nello specifico la violazione dei citati articoli, attraverso una fittizia suddivisione in lotti territoriali aggravata da prescrizioni restrittive poste nella *lex specialis* di gara, avrebbe comportato dei vizi nell'intero impianto della gara dimostrato poi dalla aggiudicazione con il massimo del punteggio attribuibile, 50 punti per l'offerta tecnica e 50 punti per l'offerta economica, di tutti i sei lotti di gara ad un unico concorrente Serenissima Ristorazione Spa.

Contestualmente, come da documentazione in atti, si apprendeva di alcuni articoli di stampa apparsi su quotidiani della Regione in relazione all'appalto in questione che evidenziavano il “*monopolio nella ristorazione della sanità veneta*” della società Serenissima ristorazione.

L'Autorità, esaminato l'esposto e la documentazione in atti, al fine di acquisire ulteriori elementi di valutazione, inoltrava una richiesta di informazioni con prot. n. 13590 del 13.2.2018 alla Stazione appaltante, Azienda Zero, ente strumentale della Regione Veneto con funzioni di Soggetto aggregatore e Centrale di Committenza subentrato, in attuazione della Legge Regionale del Veneto n. 19/2016, a far data dal 01.01.2018 alla U O Acquisti centralizzati SSR Crav.

La richiesta era diretta ad assumere notizie in riferimento alle motivazioni che avevano condotto l'Amministrazione al progetto di gara elaborato secondo le modalità in concreto svolte cioè tipo di procedura, criterio di aggiudicazione, criteri di valutazione, suddivisione in lotti con particolare riferimento alla definizione dei lotti in funzione del tipo di prestazione contrattuale anche in relazione alla regola generale contenuta nell'art.51 del d.lgs.50/20016, nonché alla previsione di cui all' art 15.4 del Capitolato speciale di Gara – *caratteristiche dei centri di cottura - con particolare riguardo alla disponibilità del centro di cottura al momento della stipula del contratto e del relativo avvio del servizio.* Si richiedeva inoltre elenco dei precedenti affidatari del servizio di ristorazione per ogni Azienda sanitaria e ospedaliera del territorio Veneto.

Azienda Zero riscontrava con propria nota, nei termini richiesti, con un laconico riferimento alla costituzione della gara in lotti territoriali “*tenuto conto della contiguità territoriale delle aziende sanitarie e della necessità di individuare lotti omogenei per valori di spesa aggregata*”, un rinvio alla attività del gruppo di lavoro e un puntuale riferimento alla corrispondenza tra questo e l'organismo regionale CRITE Commissione Regionale Investimenti, tecnologia ed Edilizia per i pareri sulla gara prima e durante la sua pubblicazione.

Con comunicazione di risultanze istruttorie, approvata dal Consiglio nell'Adunanza del 18.07.2018, l'Autorità ha inoltrato le proprie determinazioni.

La procedura, secondo quanto previsto dal Regolamento di Vigilanza, è stata successivamente parzialmente sospesa come deciso nell'adunanza del 26.09.2018 in attesa del giudicato del Consiglio di Stato al quale la società Dussman Service si è appellato dopo la pronuncia da parte del Giudice di prime cure che aveva respinto i ricorsi presentati dalla citata società.

Con tre separate Sentenze *nn 1350/2019,1486/2019,1491/2019* il Consiglio di Stato ha statuito l'illegittimità della gara in riferimento agli appelli presentati per il lotto numero 1, ospedali di Belluno e Marca Trevigiana, il lotto numero 6, ospedali di Dolo, Mirano, Noale e il lotto numero 3, ospedali di Rovigo.

I contenuti della Cri e le statuizioni del Consiglio di Stato nelle tre sentenze.

Occorre premettere che la procedura di gara è stata oggetto di due ulteriori separati approfondimenti da parte dell'Ufficio competente, che hanno riguardato la regione Veneto relativamente alle funzioni e gli ambiti di competenza e al tipo di attività svolte dalla Commissione Regionale Investimenti ,Tecnologia ed Edilizia - C.R.I.T.E. preposta, come da specifica legge Regionale, alla valutazione delle gare in ambito sanitario e la Ulss 6 Euganea in riferimento ad un affidamento in *project financig* disposto in favore della Società Serenissima Ristorazione dalla ex Ausl 16 di Padova, confluita nella attuale Ulss Euganea, quale ente capofila di una iniziativa di gara congiunta con l'AO di Padova

avente ad oggetto l'appalto del servizio di ristorazione con il sistema refrigerato *cook and chill* e costruzione del relativo centro di cottura.

Con Comunicazione di risultanze istruttorie venivano contestate alla Stazione Appaltante significativi profili di illegittimità in riferimento agli *artt 30,31,32,51 del d.lgs n.50/2016* e, a cascata, anche in riferimento alla violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, partecipazione, proporzionalità e non discriminazione.

Le scarse controdeduzioni fornite dalla stazione Appaltante non sono servite a fugare i rilievi contenuti nella Cri.

Preliminarmente occorre precisare che gli stessi profili di illegittimità sono stati confermati ed ampliati nelle tre citate Sentenze del Consiglio di Stato *nn 1350/2019,1486/2019,1491/2019*.

Nel presente atto si riportano i gli orientamenti comuni alle tre sentenze.

In primo luogo le contestazioni sollevate da questa Autorità hanno riguardato il ruolo incisivo svolto dalla CRITE sotto il profilo organizzativo della gara e la penetrante azione della stessa in riferimento alle scelte gestionali riguardanti la procedura in oggetto.

Infatti i lavori del gruppo di lavoro incaricato della pianificazione della proposta di gara centralizzata per l'affidamento del servizio *de quo* sono stati svolti in più sedute stante anche la necessità di sottoporre il progetto di gara alle valutazioni della C.R.I.T.E.¹ per il relativo parere prima della pubblicazione della gara. La citata Commissione, come da pareri espressi agli atti dell'Autorità, ha emendato la procedura come proposta dal gruppo di lavoro con specifiche prescrizioni di gara quali, “[.....]*cucina esterna alle strutture delle Aziende sanitarie, metodo cook and chill; cucina interna solo per la rigenerazione eventuale previo adeguamento dei relativi locali a carico delle Asl; durata 5 anni; aggiudicazione con attribuzione di punti 50/50 prezzo/qualità, di cui 30 per l'organizzazione del servizio, numero di persone, procedure, formazione personale, penali, i criteri specifici di aggiudicazione dovranno essere esaminati nella CRITE prima della pubblicazione;[...] rigenerazione valorizzata come punteggio,[...]*” “*prescrizione e previsione di punteggi di merito per i partecipanti che dichiarano la disponibilità di centri di cottura già al momento della stipula del contratto e quindi si impegnano a dare avvio al servizio fin dalla stipula stessa, obbligo di avvalersi di uno o più centri di cottura esterni alle Aziende sanitarie*”

Per quanto riguarda la disponibilità del centro di cottura e avvio del servizio, la CRITE ha disposto il punteggio premiale come di seguito specificato

¹ Con DGRV n.1455 del 06.02.2008. all'interno della Direzione Risorse Strumentali SSR della Regione Veneto è stata istituita la CRITE “*con il compito specifico di supportare in sede consultiva l'organo di governo regionale nella scelta dei progetti di investimento da avviare a realizzazione e di quelli eventualmente ammissibili ai finanziamenti di leggi speciali o di finanza straordinaria che dovessero rendersi disponibili, ovvero per adeguare la programmazione stessa*”.

Il ruolo consultivo della CRITE è stato riconosciuto e confermato dalla Legge Regionale n. 19/2016. Il riconoscimento legislativo e la regolazione con DGVR nr 1940 del 27.11.2017 configurano questo Organismo “*quale espressione della potestà auto organizzativa della Regione e modellano l'azione di questo nel perseguimento dei principi di efficienza e di efficacia quale organismo eminentemente consultivo sulla congruità della programmazione socio-sanitaria regionale, sulla conformità ad aspetti tecnico sanitari sulla convenienza economica e sulla fattibilità/sostenibilità finanziaria complessiva, alla luce delle risorse globalmente disponibili per gli investimenti e in generale per la spesa in sanità, di ipotesi e /o modelli organizzativi per la gestione di servizi afferenti il sistema sanitario regionale*”.

- Disponibilità del/i centro/i cottura al momento della stipula del contratto con avvio del servizio entro 30 giorni dalla sottoscrizione del contratto (punti 5)
- Disponibilità del/i centro/i di cottura e avvio del servizio entro 3 mesi dalla sottoscrizione del contratto (punti 3).

Non è sfuggito al Giudice amministrativo appellato che nella presentazione alla CRITE del progetto di esternalizzazione del servizio *de quo* predisposta dal Gruppo di lavoro era specificatamente indicato che : *“moltissime Aziende sanitarie erano dotate di centri di cottura interni ed utilizzavano sia il sistema produttivo dei pasti fresco-caldo, sia il sistema cook and chill, sia quello misto; l'unico centro di cottura esterno non di proprietà delle Aziende sanitarie che produce il cook and chill è proprio il Centro di Boara Pisani di proprietà della Serenissima Ristorazione.”*

Come indicato in premessa, la società Serenissima Ristorazione ha infatti in disponibilità un centro di cottura nel territorio Veneto con preparazione dei pasti con metodo *cook and chill*, riveniente da un affidamento *in project financing* disposto dalla ex Ausl 16 di Padova e che, anche in ragione della predetta struttura, la Serenissima risulta già affidataria della maggior parte degli appalti nella sanità veneta ed opera sul mercato in condizione di netta superiorità rispetto alla concorrenza.

Dagli atti istruttori è emerso come la citata CRITE di fatto si sia sostituita alla Stazione appaltante nella predisposizione del capitolato tecnico con una serie di emendamenti sulla gara che superando l'aspetto consultivo sono sfociate in vere e proprie prescrizioni su elementi essenziali della *lex specialis* di gara quali il criterio di aggiudicazione, la definizione del rapporto qualità/prezzo, la determinazione dei punteggi, anche abbastanza restrittivi, su alcuni aspetti tecnici spettanti alla stazione appaltante per espressa previsione di legge *art 32 del d.lgs 50/2016*, e senza alcuna circostanziata motivazione rinvenibile nei pareri espressi.

Alla luce delle predette considerazioni, *ictu oculi*, si evince come anche la previsione di attribuzione, per il criterio di *cui al co. 3 dell'art 95 del d.lgs 50/2016*, di 50 punti per l'offerta tecnica e di 50 per l'offerta economica, nell'ambito del delicato settore dei servizi sanitari quale la ristorazione ospedaliera, prescritto dalla Commissione regionale, diversamente da quanto previsto nel progetto di gara, cioè nella misura di 60/40, ha avuto l'effetto di appiattare la valutazione tecnica attribuendo un peso decisivo all'offerta economica che ha inevitabilmente favorito l'operatore economico colosso della ristorazione nel Veneto.

Non vi è dubbio come si rileva nella sentenza del CdS nr.1491/2019 “il fine della standardizzazione dei servizi è stato perseguito strutturando illegittimamente la gara in modo da favorire la “concentrazione” di tutti i lotti nell'unica impresa già presente sul territorio e che opera con il sistema cook and chill mediante il più grande centro di produzione pasti della Regione Veneto.

Pur acclarata l'azione consultiva svolta dall'organo regionale in ragione dei compiti di indirizzo tecnico, promozione e supporto nei confronti delle aziende sanitarie riconosciuti alla Regione *dal art 2 della Legge 502/92*, nonché dalle specifiche norme legislative regionali e regolamentari circa l'attività consultiva della Crite relativamente alla verifica della congruità degli investimenti e della spesa sanitaria

con la programmazione socio sanitaria regionale, la stessa non può porsi in contrasto con la Legge e la Costituzione²

Censurabile di conseguenza anche il comportamento del Rup, al quale ai sensi dell'art. 31, comma 4, nonché ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, spettano tutti i compiti relativi alle procedure di gara in riferimento agli atti di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti. Nel caso di specie questi acriticamente si è conformato agli emendamenti dell'organismo regionale quali vere e proprie prescrizioni vincolanti fino alla approvazione definitiva del progetto di gara senza alcuna specifica motivazione rilevabile nella determina a contrarre.

Non va dimenticato che la fonte dell'obbligo motivazionale, ex art 3 della L.241/90 in tutti i procedimenti amministrativi, trova la sua ragione tanto nella prospettiva di rendere conto del processo decisionale, dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche, coerentemente con l'istruttoria, quanto nel fine di assicurare la massima trasparenza dell'azione amministrativa.

Nello stesso senso il Consiglio di Stato che eccepisce il difetto di motivazione nell'intero procedimento decisionale e specificatamente *“Anche sotto il profilo economico resta da chiedersi come mai, senza una reale analisi sulla loro eventuale disfunzionalità ovvero obsolescenza delle attrezzature e senza, anche qui, alcuna motivazione al riguardo, si sia decisa la rottamazione – con oneri di € 700.000 a carico delle Aziende Sanitarie – di tutte le strutture di produzione dei pasti in precedenza funzionanti presso le strutture sanitarie della Regione Veneto”* e aggiunge *“In sostanza l'individuazione, in sede di istruttoria preliminare, di un sistema imperniato sull'abbandono delle cucine esistenti -- in presenza di unico centro di proprietà di una sola delle partecipanti – si rivela un elemento cardine sotto il profilo sintomatico dell'eccesso di potere di un'operazione artatamente diretta a conseguire un determinato risultato ed un determinato assetto finale del settore. In questo senso la rilevanza della circostanza che l'unico centro esterno per il cook and chill fosse quello della impresa mandante dell'ATI aggiudicataria porta a dover ritenere casuali le risultanze della gara, che hanno visto soccombenti delle scelte discrezionali produttori che non utilizzavano il sistema cook and chill e sia quelli che, operando fuori regione, ricorrevano al sistema cook and chill”*.

Ciò posto l'intero impianto della gara appare sotto il profilo delle scelte discrezionali strutturata in violazione delle regole della corretta e leale concorrenza nel mercato delle imprese del settore.

Ulteriore profilo di censura contestato alla stazione Appaltante nella Comunicazione di risultante istruttorie è la omessa previsione del cosiddetto *“vincolo di aggiudicazione”*.

Nel caso di specie in ragione delle considerazioni su esposte, al fine di scongiurare posizioni di monopolio sarebbe stato opportuno, secondo le previsioni di cui al citato art 51 del codice dei contratti, inserire nella gara di cui si discute il cosiddetto *“vincolo di aggiudicazione”* ossia la facoltà della Stazione appaltante di limitare il numero massimo di lotti che potevano essere aggiudicati ad un solo offerente quale strumento proconcorrenziale, che come chiarito dal Tar Lazio, sez. II, 26 gennaio

² Corte Costituzionale Sentenza nr 431/2007 *“Questa Corte, di recente, ha affermato che, nel settore degli appalti pubblici, la disciplina delle procedure di gara e in particolare la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenza n. 401 del 2007). Esse, in quanto volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono dunque riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza ex art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, di esclusiva competenza del legislatore statale (sentenze n. 401 del 2007, n. 345 del 2004).*

2017, n. 1345 rappresenta “*un ulteriore impulso all’apertura dei mercati attraverso la partecipazione alle gare e la possibile aggiudicazione delle stesse da parte del più alto numero di imprese possibile – le quali in tal modo, in un circolo “virtuoso”, potrebbero acquisire le qualificazioni ed i requisiti necessari alla partecipazione ad un numero sempre maggiore di gare*”.

Dalla istruttoria condotta dall’ufficio veniva in rilievo come il numero e le caratteristiche dei lotti rappresentassero delle scelte decisive nel disegno di una gara d’appalto, poiché esercitano un impatto diretto sulla partecipazione potenziale e contribuiscono a determinare il grado di competizione nel mercato di riferimento. La violazione dell’art 51 del codice dei contratti pubblici si concretizzava pertanto anche nella violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, partecipazione, proporzionalità e non discriminazione che trovano protezione nell’art 30 del d.lgs 50/2016

Dello stesso parere è il Consiglio di Stato che univocamente nelle citate sentenze ricorda come “*sia illegittima, per sviamento di potere, la suddivisione in lotti di un appalto pubblico laddove integri la duplice violazione del principio di libera concorrenza in senso oggettivo (come astratta possibilità di contendersi il mercato in posizione di parità) e in senso soggettivo (per la creazione di una posizione di ingiustificato favore di un concorrente rispetto agli altri)*”.

I giudici affermano come si sia in presenza “*di una suddivisione in lotti e di una articolazione complessiva della gara solo apparentemente conforme ai paradigmi normativi di suddivisione ma, sostanzialmente, non rispettosa in concreto dei principi e del complesso delle disposizioni vigenti in materia di tutela della concorrenza e del libero mercato*” e ancora “*L’artata applicazione delle norme sugli appalti da parte delle Centrali di committenza non può risolversi in una situazione per effetto della quale la conquista del mercato da parte di un’azienda non dipende esclusivamente dalla propria capacità ed iniziativa, ma è il frutto dei condizionamenti provenienti da intenzionali scelte di programmazione che appaiono finalizzate ad orientare un certo assetto produttivo per un tempo indefinito. La sottrazione sostanziale al mercato di importi così elevati e per periodi così lunghi finisce per condizionare la permanenza stessa delle altre imprese sul mercato e tradisce gli obiettivi propri della politica comunitaria in tema di appalti pubblici, diretta a favorire condizioni di reale concorrenza senza discriminazioni e a rendere contendibile il mercato agli operatori economici. [...] Certamente la possibilità di stabilire un limite alla aggiudicazione di tutti i lotti di cui all’articolo 51 del codice dei contratti è una facoltà discrezionale il cui mancato esercizio non è – da solo e di per sé – sintomo di illegittimità, tuttavia – specie relativamente alle procedure indette dalle Centrali di committenza e dai soggetti aggregatori di grandi dimensioni – la tutela della concorrenza impone una ragionevole e proporzionata determinazione dell’oggetto e della tipologia delle prestazioni, dell’importo dei lotti, della loro allocazione territoriale, della durata, delle imposizioni di clausole o di condizioni particolari che, in ogni caso, non devono finire di fatto per favorire una impresa rispetto ad un’altra. In conclusione dunque, i singoli profili denunciati se interpretati gli uni in collegamento con gli altri portano alla ricomposizione di un quadro sintomaticamente rivelatore di un eccesso di potere per sviamento e violazione dei ricordati articoli 30 e 51 del Codice dei contratti.*”

“*L’intero procedimento relativo al Lotto n.6, risulta dunque illegittimo con riguardo in particolare:*

- alla scelta della stazione appaltante di far luogo a tutti maxi lotti, di cui quello qui in questione pari ad oltre € 54 ml);*
- alla mancata limitazione della possibilità di aggiudicazione di tutti i lotti a un’unica impresa;*
- all’imposizione dell’obbligo degli aggiudicatari di avvalersi di centri di cottura esterni alle strutture delle Aziende sanitarie per la produzione dei pasti;*
- all’adozione di criteri di valutazione nella lex specialis del tutto generici e privi di criteri motivazionali di giudizio;*

alle valutazioni delle offerte effettuate attraverso la artata valorizzazione di un parametro di giudizio, quale la pregressa titolarità di centro di cottura, che ancorché non espressamente contemplato nella lex specialis era risultato nei fatti determinante” Consiglio di Stato sent.1491/2019.

In conclusione, considerato che l'intera struttura della gara risulta viziata sotto il profilo discrezionale e funzionale in quanto disposta in violazione dell'art 51 del codice dei contratti pubblici e dei principi comunitari di libera concorrenza, partecipazione, proporzionalità e non discriminazione di cui all'art 30 del d.lgs 50/2016, nonché nei principi costituzionali di efficacia, economicità, efficienza, imparzialità, pubblicità, trasparenza e giusto procedimento.

Delibera

per i motivi espressi in narrativa l'illegittimità della procedura di gara con inoltro alla stazione appaltante della presente deliberazione e l'invito a voler far conoscere nel termine di 30 giorni le conseguenti determinazioni assunte.

Dispone altresì, per gli eventuali profili di competenza, la trasmissione della presente delibera alla AGCM, alla Procura della Corte dei Conti ed alla Procura della Repubblica.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 maggio 2019

Il Segretario, Maria Esposito