

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Roma, 8 novembre 2011

Circolare n. 191/2011

**AL SIG. PRESIDENTE
CONFSERVIZI MARCHE
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

OGGETTO:

- 1) AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI – DETERMINAZIONE 20 OTTOBRE 2011, N. 5 – SERVIZI SOSTITUTIVI DI MENSA.**
- 2) LEGGE 3 OTTOBRE 2011, N. 174 – DISPOSIZIONI PER LA CODIFICAZIONE IN MATERIA DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.**
- 3) AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI - AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA – DOCUMENTO DI CONDULTAZIONE.**

1) AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI – DETERMINAZIONE 20 OTTOBRE 2011, N. 5 – SERVIZI SOSTITUTIVI DI MENSA.

Con la determinazione in oggetto, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha fornito istruzioni applicative della disciplina che regola gli affidamenti dei servizi sostitutivi di mensa aziendale, tramite buoni pasto, da parte delle pubbliche amministrazioni.

Sulla base di specifiche indagini effettuate in materia, l'Organo di vigilanza, dunque, ha ritenuto opportuno approfondire le principali problematiche riscontrate, al fine di consentire la corretta applicazione delle norme di settore, ed evitare di penalizzare oltremodo i fruitori finali del servizio (dipendenti) e gli esercenti che lo forniscono.

In questa sede, vengono evidenziati in sintesi gli aspetti più significativi contenuti nel provvedimento amministrativo.

INFORMATIZZAZIONE DEI BUONI PASTO

Sulla base della normativa vigente, l'A.V.C.P. ritiene ammissibile anche il "buono pasto" in formato elettronico, posto che mediante l'informatizzazione del possesso di emissione e gestione del titolo si potrebbero eliminare una serie di prestazioni necessarie per il funzionamento del "buono" cartaceo (conteggio, ritiro, controlli, ect.), che spesso sono offerte separatamente agli esercenti, quali servizi aggiuntivi.

CALCOLO DELLA BASE D'ASTA

Per quanto concerne l'importo da porre a base di gara, l'Autorità ha precisato innanzitutto che il d.P.R. 207/10, all'art. 285, non ha riprodotto la norma già contenuta all'art. 7 del d.P.C.M. 18 novembre 2005, secondo cui il valore assunto per le gare non poteva essere inferiore al valore facciale del buono pasto.

Si trattava di un criterio di calcolo difforme da quello previsto all'art. 29 del Codice, i cui presupposti si fondavano sul fatto che le utilità economiche derivanti dalla tipologia di appalto per la società emittitrice, non si limitano alle provvigioni applicate al rimborso dovuto al ristoratore, tenuto conto che ad esse devono aggiungersi i vantaggi fiscali correlati al differenziale IVA, nonché gli eventuali proventi derivanti da servizi aggiuntivi, ossia prestazioni ulteriori offerte agli esercenti.

Ad avviso dell'Autorità, tale metodo di calcolo dell'importo a base di gara appare valido e va quindi confermato.

Pertanto, l'importo da considerare è l'importo massimo che può essere teoricamente corrisposto all'appaltatore ovvero, il valore facciale del buono pasto moltiplicato per il numero dei buoni richiesti.

REQUISITI DEL CONCORRENTE

Relativamente ai requisiti di qualificazione delle società di emissione, essi sono indicati specificamente all'art. 285, d.P.R. 207 cit.

Per quanto concerne, invece, i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, ai sensi degli artt. 41 e 42 del Codice, l'Autorità si sofferma sulla prescrizione di solito contenuta nei bandi, relativa al possesso da parte del concorrente della rete di esercizi attraverso cui si espleta il servizio sostitutivo di mensa.

Al riguardo, viene precisato che la Commissione europea ha censurato la pratica di assumere, come criterio di selezione dei candidati o di aggiudicazione dell'appalto, il numero di esercizi di ristorazione aventi in un determinato territorio un rapporto commerciale in corso con la società che emette i "buoni pasto", poiché in tal modo sarebbero favorite le imprese con sede in Italia, le quali, prima della presentazione delle offerte, potrebbero più agevolmente disporre di esercizi convenzionati nel territorio indicato.

Di conseguenza, il comma 8 dell'art. 285 dispone che tale requisito - previsto come requisito di ammissione oppure come parametro di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa - possa essere comprovato mediante l'impegno del concorrente alla attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento della aggiudicazione, fissato specificamente dal bando di gara.

Da tale previsione può desumersi che il numero degli esercizi può essere utilizzato, alternativamente, quale requisito di partecipazione alla gara ovvero come elemento di valutazione dell'offerta, fatta salva la possibilità, per la stazione appaltante, di fissare una soglia minima (cd. "soglia di sbarramento") di esercizi convenzionati al di sotto della quale l'offerta non è da ritenersi ammissibile.

Di conseguenza, è ammissibile richiedere nel bando di gara il possesso della rete degli esercizi soltanto quale criterio di partecipazione, fermo restando che è sufficiente, ai fini della partecipazione, presentare una dichiarazione di impegno all'attivazione della

rete. Ciò comporta che la stazione appaltante individui, nei documenti di gara, il numero di esercizi minimo richiesto.

La scelta dell'indicazione a monte di tale criterio - che si sostanzia in realtà non come requisito di partecipazione, ma quale condizione di esecuzione del contratto - potrebbe essere preferibile per evitare aggiudicazioni basate su numeri fittizi (al fine di aggiudicarsi la gara alcuni concorrenti potrebbero sovrastimare la rete, confidando nella difficoltà, da parte delle stazioni appaltanti, di effettuare controlli al riguardo e di assumere le iniziative conseguenti).

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

L'articolo 285, comma 7, del Regolamento 207 cit. stabilisce che i servizi in esame vengano aggiudicati, di preferenza, ai sensi dell'articolo 83 del Codice (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) ovvero, previa indicazione delle motivazioni a base di tale scelta, ai sensi dell'articolo 82 (criterio del prezzo più basso). Secondo l'Autorità la scelta è, in concreto, vincolata a fattori oggettivamente riconducibili alle caratteristiche specifiche del servizio, dovendo essere motivata in funzione degli elementi oggettivi del contratto.

Dunque, sulla base dell'analisi delle caratteristiche oggettive del contratto, l'utilizzo del criterio del prezzo più basso sarà da preferire nelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara non demandi all'iniziativa degli operatori economici concorrenti margini di definizione dei contenuti del contratto e, quindi, predefinisca e descriva tutti gli elementi progettuali, individuando, in modo preciso, il complesso delle prestazioni e la concreta organizzazione delle stesse.

Particolare attenzione va rivolta all'ipotesi "ordinaria" di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'articolo 285 del Regolamento prescrive che il bando debba indicare i criteri di valutazione dell'offerta medesima, tra i quali vengono annoverati, in via esemplificativa e non esaustiva:

- a) il ribasso sul valore nominale del "buono pasto";
- b) la rete degli esercizi da convenzionare;
- c) lo sconto incondizionato verso gli esercenti;
- d) i termini di pagamento agli esercizi convenzionati;
- e) il progetto tecnico.

Al riguardo, l'Autorità ha più volte chiarito che le stazioni appaltanti sono tenute a stabilire, fin dalla redazione della documentazione di gara, tutti i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, precisando, ove necessario, anche i sub-criteri e la connessa ponderazione, cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi, nonché il metodo di determinazione dell'offerta, scegliendolo fra quelli indicati nel Regolamento.

La disposizione precisa che l'elencazione dei criteri è esemplificativa e non esaustiva. Tuttavia, stante la lettera della norma, la prescrizione, con riguardo agli elementi quantitativi, vale a fondare l'obbligatorietà del criterio del ribasso sul valore nominale del "buono pasto" e del criterio dello sconto incondizionato verso gli esercenti, la cui differenza, in sostanza, si caratterizza come fondamentale elemento di prezzo tra quelli enumerati.

Quanto all'elemento "progetto tecnico", lo stesso riguarda aspetti di tipo qualitativo, quali l'organizzazione del servizio e le modalità di esecuzione del contratto, tra cui, ad esempio, la distribuzione sul territorio degli esercizi convenzionati, la dimensione media degli esercizi convenzionati, le caratteristiche qualitative medie dei locali degli esercizi convenzionati, l'articolazione temporale di funzionamento degli esercizi convenzionati, la distanza massima e minima dalle sedi delle stazioni appaltanti; ancora, la capienza degli esercizi in funzione del numero dei dipendenti impiegati per singola sede, le procedure ed i termini di consegna dei "buoni pasto", le modalità di controllo dell'effettuazione del servizio e di redazione di *report* di rendicontazione. Inoltre, nell'ambito delle modalità di esecuzione del contratto, possono essere anche considerati eventuali "servizi aggiuntivi" all'esercente e/o al dipendente. La stazione appaltante deve, in tal caso, prevedere i limiti entro i quali tali servizi sono reputati ammissibili, in quanto gli stessi presentano una connessione con l'oggetto del contratto. La *par condicio* impone, infatti, che i concorrenti conoscano le condizioni della gara e, quindi, i miglioramenti inseriti nel progetto tecnico per la stazione appaltante e per gli esercenti sono ammessi a condizione che abbiano un peso limitato in sede di offerta e che siano tali da non snaturare l'oggetto del servizio.

Possono, ad esempio, essere valutati servizi aggiuntivi che generano benefici ai fini della spendibilità dei "buoni pasto" e/o che, comunque, qualificano la prestazione principale. Si può trattare di servizi aggiuntivi agli esercenti relativi al cd. "ciclo passivo" dei buoni pasto (processo che permette di garantire l'effettivo rispetto dei termini di pagamento agli esercenti, dalla validazione dei buoni ai fini della fatturazione alla emissione del pagamento) ovvero di elementi che recano beneficio agli utenti finali del servizio, i cd. servizi aggiuntivi per i dipendenti (sconti, promozioni e servizi alla persona) e/o, più direttamente, alla stazione appaltante. In questo caso, possono essere contemplati esclusivamente i servizi offerti dalla medesima rete degli esercizi convenzionati, in ragione di una maggior fidelizzazione all'esercizio stesso.

E', inoltre, opportuno chiarire che, qualora la stazione appaltante preveda, tra gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "la rete di esercizi da convenzionare", il bando non può attribuire un punteggio diverso a seconda che il convenzionamento sia o meno già in atto, stante l'equiparazione normativa tra possesso attuale della rete ed impegno al convenzionamento (art. 285, comma 8, d.P.R. 207 cit.).

Per quanto concerne, poi, le modalità di attribuzione dei punteggi in caso di ricorso all'O.E.V., l'articolo 83 del Codice, al comma 5, stabilisce che "*le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa*". Lo stesso comma 5 dispone che le metodologie sono stabilite dal Regolamento che, per quanto riguarda i servizi e le forniture, le indica nell'all. P.

Alla luce di quanto previsto nel suddetto allegato del Regolamento, l'Autorità conferma le indicazioni rese sull'argomento nella determinazione n. 4 del 20 maggio 2009. In tale contesto, è stato chiarito che l'intera procedura di determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si suddivide in due fasi:

a) la prima fase, indipendentemente da quale metodo (aggregativo-compensatore o somma pesata, electre, analitic hierarchy process - ahp, evamix, topsis, punteggio

assoluto) si applicherà per costruire la graduatoria delle offerte, comporta la determinazione dei coefficienti variabili tra zero ed uno;

b) la seconda fase, invece, comporta la formazione della graduatoria, applicando il metodo previsto negli atti di gara.

Nella citata determinazione si è anche precisato che le due fasi vanno tenute separate e in quali casi occorre procedere alla c.d. “riparametrazione dei coefficienti”.

Ad ogni buon conto, con la determinazione n. 5/11, l’Autorità suggerisce formule che possono essere utilizzate dalle SS.AA..

RETE DEGLI ESERCIZI CONVENZIONATI

Con riguardo alla rete di esercizi convenzionati, ex art. 285, comma 7, lett. b) del Regolamento, i documenti di gara devono prevedere che la mancata attivazione della rete richiesta, entro il termine indicato, comporta la decadenza dell’aggiudicazione.

Quanto alla dimostrazione del possesso della rete dichiarata in sede di gara, dal dato letterale dell’art. 285, comma 8, emerge che l’attuazione dell’impegno assunto deve avvenire in un momento antecedente alla sottoscrizione del contratto, venendo a costituire una causa di decadenza automatica dall’aggiudicazione: l’aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto devono, di conseguenza, essere subordinati all’esito positivo delle verifiche ispettive da condurre a seguito dell’aggiudicazione provvisoria. È, tuttavia, necessario prevedere un congruo termine affinché l’aggiudicatario provvisorio possa dar corso al perfezionamento degli impegni di convenzionamento assunti. La congruità del termine dovrebbe essere valutata in funzione dell’entità del servizio in termini di valore economico, della numerosità dei beneficiari e della dimensione della rete.

È necessario, quindi, che nella *lex specialis* siano dettagliati i controlli pre-stipula e post-stipula, nonché indicati ulteriori elementi di verifica, quali la documentazione che l’operatore economico è tenuto a presentare per la sottoscrizione del contratto e gli oneri di rendicontazione da osservare nel corso dell’esecuzione. Devono, inoltre, essere disciplinate espressamente le conseguenze in caso di inadempimenti, declinandole in termini di decadenza dall’aggiudicazione provvisoria ovvero, nella fase successiva alla stipula, come cause di risoluzione del contratto, anche in correlazione con il contenuto degli accordi di convenzionamento stipulati con la rete di esercenti.

Quanto ai controlli da porre in essere nella fase antecedente alla stipula del contratto, essi sono volti a verificare che l’aggiudicatario abbia onorato, nel termine indicato nel bando, l’impegno alla costituzione della rete di esercenti. E’ gioco forza ritenere che la relativa dimostrazione debba avvenire, innanzitutto, mediante l’invio alla stazione appaltante degli accordi di convenzionamento sottoscritti con gli esercenti.

In secondo luogo, la stazione appaltante dovrà procedere alla verifica degli accordi, vagliando la documentazione depositata dall’aggiudicatario provvisorio e svolgendo ispezioni presso gli esercizi convenzionati. Laddove il numero di esercizi fosse talmente elevato da non consentire una verifica capillare entro un ragionevole lasso temporale, è legittimo prevedere che i controlli possano essere effettuati mediante indagini ispettive a campione, purché tali da consentire di comprovare la serietà e la veridicità degli impegni assunti dall’aggiudicatario in sede di offerta. L’esito negativo dei controlli e, quindi, la mancata attivazione della rete richiesta, entro il termine

indicato, è causa di decadenza dall'aggiudicazione e comporta l'escussione della cauzione provvisoria.

Considerate, inoltre, le gravi conseguenze che la legge ed il contratto collegano alla mancata attivazione della rete, è opportuno predeterminare nel bando di gara una soglia minima di conformità, fissata in percentuale al numero complessivo di esercizi dichiarati, considerando accettabile e fisiologico un certo scostamento tra numero di esercizi dichiarati e numero di esercizi effettivamente convenzionati. In altri termini, sia in caso di controllo integrale che a campione, la verifica è da ritenersi positivamente superata se il numero di "non conformità" riscontrato si riveli inferiore alla percentuale stabilita nel bando e riportata nel contratto. Ovviamente, lo scostamento fisiologico tra esercizi dichiarati ed esercizi convenzionati è quello non imputabile al comportamento doloso o gravemente colposo della società emittitrice. Il quoziente di tolleranza, inoltre, andrebbe differenziato per "zone omogenee" interessate dal servizio, al fine di evitare che un quoziente noto e predeterminato si traduca in una minore attenzione al convenzionamento di esercenti in zone disagiate, meno appetibili dal punto di vista commerciale.

VALUTAZIONE DI CONGRUITÀ DELLE OFFERTE

Le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando come modalità di esecuzione del contratto all'interno del criterio di valutazione "progetto tecnico", la prestazione di "servizi aggiuntivi" a quello del "servizio sostitutivo di mensa". In tal caso, è il committente a valutare preventivamente quali siano i servizi connessi all'esecuzione dell'appalto, rendendo maggiormente trasparente il procedimento.

L'esercizio di tale facoltà ha precise conseguenze sulla considerazione dei c.d. "servizi aggiuntivi" in sede di valutazione della congruità delle offerte. Tale possibilità è già stata vagliata dall'Autorità (cfr. parere n. 45 del 2007), che ha ritenuto ammissibile supportare la congruità dell'offerta adducendo, a sostegno della sua economicità, ulteriori iniziative imprenditoriali, purché strettamente correlate all'appalto, in quanto dipendenti dall'aggiudicazione della gara e dall'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, quali l'espletamento, appunto, dei servizi aggiuntivi o la vendita di pubblicità veicolata attraverso i "buoni pasto".

Tuttavia, al fine di consentire lo sviluppo di una reale ed equilibrata concorrenza nel mercato, secondo l'Autorità, occorre evitare che i "servizi aggiuntivi" possano tradursi, nei fatti, nell'imposizione agli esercenti convenzionati di condizioni peggiorative di quelle dichiarate in sede di gara e nel conseguente abbassamento qualitativo delle prestazioni nei confronti degli utenti finali.

Alla luce di questi obiettivi, l'Autorità ha ritenuto necessario puntualizzare i "contorni" del concetto di "pertinenza" (o "connessione intrinseca") e ridefinire la collocazione dei servizi aggiuntivi nell'ambito della procedura di gara.

Sotto il primo profilo, va chiarito che gli stessi non possono essere dilatati sino a permettere l'accorpamento di prestazioni del tutto eterogenee, assolutamente prescindenti dalla sussistenza di un nesso di effettiva pertinenza con il servizio sostitutivo di mensa e, a volte, anche prive di reale utilità per gli esercenti.

E', al contrario, necessario che la connessione intrinseca sia ancorata ad una delimitazione più oggettiva dei servizi ammissibili per giustificare l'economicità

dell'offerta, tenendo presente che i "servizi aggiuntivi" devono collocarsi all'interno del processo produttivo prefigurato "in modo unitario dalla impresa" (Cons. Stato, n. 3900 del 2008). Ciò implica, a parere dell'Autorità, che l'operatore economico non può limitarsi a svolgere, in detto disegno unitario, il ruolo di mero intermediatore tra gli esercenti convenzionati ed altri soggetti del tutto estranei alla propria attività di impresa, dovendo, al contrario, mantenere la responsabilità della produzione e gestione imprenditoriale di tali servizi.

Sotto il secondo profilo, qualora la stazione appaltante definisca *ex ante* il perimetro dei servizi aggiuntivi al quale deve conformarsi il progetto tecnico presentato dall'offerente in sede di gara, è giocoforza che nella successiva valutazione di congruità potranno essere considerati solo i servizi aggiuntivi indicati dal medesimo offerente.

In ogni caso, le stazioni appaltanti sono tenute a valutare attentamente il collegamento intrinseco tra "servizio principale" e "servizi aggiuntivi" ed a richiedere, all'aggiudicatario, stime puntuali circa il tasso di adesione atteso da parte degli esercenti in riferimento al singolo servizio aggiuntivo da supportare mediante evidenze documentali (quali, a titolo esemplificativo, precedenti esperienze, analisi di mercato, etc.).

Resta fermo che, in sede di verifica della rete degli esercenti, prima dell'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante deve comunque procedere alla verifica degli accordi di convenzionamento che recano evidenza dei servizi aggiuntivi prescelti dagli esercenti.

2) LEGGE 3 OTTOBRE 2011, N. 174 – DISPOSIZIONI PER LA CODIFICAZIONE IN MATERIA DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Sulla G.U.R.I. n. 295 del 2 novembre u.s. è stata pubblicata la legge n. 174/11, con la quale il Governo è stato delegato ad adottare, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi per raccogliere in appositi TT.UU. le disposizioni vigenti, in particolare, nelle materie di cui:

- a) alla legge n. 241/90 e s.m.i.;
- b) al d.P.R. n. 445/00 e s.m.i.;
- c) al d.lgs. 165/01 e s.m.i..

Nell'esercizio della delega, il Governo dovrà attenersi ai seguenti principi e criteri direttivi:

- a) ricognizione e abrogazione espressa delle disposizioni oggetto di abrogazione tacita o implicita, nonché di quelle che siano prive di effettivo contenuto normativo o siano comunque obsolete;
- b) organizzazione delle disposizioni per settori omogenei o per materie, secondo il contenuto precettivo di ciascuna di esse;
- c) coordinamento delle disposizioni, apportando le modifiche necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo;
- d) risoluzione di eventuali incongruenze e antinomie tenendo conto dei consolidati orientamenti giurisprudenziali.

3) A.V.C.P. - AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA – DOCUMENTO DI CONDULTAZIONE.

Si informa che sul sito dell'A.V.C.P. è stato pubblicato un documento di consultazione in tema di avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alle gare.

Nell'elaborato l'Organismo di vigilanza riassume le criticità rilevate a seguito delle indagini effettuate sulle dichiarazioni di avvalimento trasmesse dalle SS.AA., ai sensi dell'art. 49, comma 11, d.lgs. 163/06, e i dubbi manifestati dagli operatori, evidenziando altresì la copiosa giurisprudenza intervenuta sul tema.

L'obiettivo della consultazione è quello di definire modalità applicative della disciplina nazionale conformi con la normativa comunitaria, al fine della eventuale adozione di linee guida di indirizzo, utili per la soluzione delle varie problematiche sollevate sull'argomento dagli operatori, pubblici e privati.

I contributi potranno essere trasmessi entro il 12 dicembre p.v., utilizzando l'apposito modello disponibile sul sito dell'A.V.C.P.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

