

DETERMINAZIONE n. 5 del 20 ottobre 2011

Questioni interpretative concernenti le procedure di gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa tramite buoni pasto

(pubblicata in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana – Serie Generale – n. 258 del 5-11-2011)

Sommario

Premessa

1. La disciplina dell'affidamento del servizio sostitutivo di mensa

2. Il calcolo del valore dell'appalto

3. I requisiti o criteri di partecipazione

4. I criteri di aggiudicazione delle gare

5. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

6. Indicazioni operative sui metodi di attribuzione dei punteggi in caso di offerta economicamente più vantaggiosa

6.1 Suggerimenti sulle formule per l'attribuzione di punteggi

7. La rete degli esercizi convenzionati

8. La valutazione di congruità delle offerte

9. Gli accordi di convenzionamento

Premessa

Sono pervenute all'Autorità numerose segnalazioni concernenti irregolarità delle procedure di gara per la fornitura, al personale dipendente delle stazioni appaltanti tenute all'applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice), del servizio sostitutivo di mensa aziendale, mediante "buoni pasto".

L'Autorità, in considerazione della rilevanza sociale, oltre che economica, di un mercato equilibrato dei servizi sostitutivi di mensa ha esperito una procedura di consultazione pubblica, degli operatori del settore e delle amministrazioni interessate, nel febbraio e nel luglio 2011, avente ad oggetto alcuni aspetti sensibili della regolazione delle gare. I documenti di consultazione e le osservazioni presentate sono consultabili all'indirizzo: www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/.

Sia da quanto emerso dall'attività di vigilanza svolta dall'Autorità che da quanto rilevato nel corso della consultazione, le dinamiche del mercato evidenziano diverse criticità, che potrebbero avere l'effetto ultimo di penalizzare i fruitori finali del servizio e, cioè, i dipendenti pubblici, così come gli esercenti che forniscono il servizio.

Le criticità riscontrate riguardano, soprattutto, il profilo della rete di esercenti da convenzionare e quello dei servizi aggiuntivi al servizio sostitutivo della mensa, che alcune delle società emittitrici hanno iniziato ad offrire - fondamentalmente agli esercenti convenzionati - e ad addurre a giustificazione della congruità dell'offerta presentata, nonché la questione del ritardo nei tempi di rimborso dei "buoni pasto" agli esercenti.

Sebbene taluni aspetti appaiano ascrivibili a vincoli presenti nel quadro normativo vigente, l'Autorità ritiene opportuno emanare alcune indicazioni applicative della disciplina del Regolamento attuativo del Codice, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, circa la regolazione degli affidamenti dei servizi sostitutivi di mensa.

1. La disciplina dell'affidamento del servizio sostitutivo di mensa

L'articolo 285 del Regolamento¹, che riprende sostanzialmente la previgente disciplina, stabilisce che, per "buono pasto", deve intendersi un documento che attribuisce al possessore il diritto di ricevere, da esercizi convenzionati, un servizio sostitutivo di mensa, di importo pari al valore facciale del buono stesso e, al contempo, all'esercizio convenzionato, la possibilità di comprovare l'avvenuta prestazione nei confronti delle società di emissione.

L'articolo 3, comma 1, lett. zz) del Regolamento definisce il "buono pasto" come il documento di legittimazione, anche in forma elettronica, avente le caratteristiche di cui all'articolo 285, comma 5, che attribuisce al possessore, ai sensi dell'articolo 2002 del codice civile, il diritto ad ottenere dagli esercizi convenzionati la somministrazione di alimenti e bevande, nonché la cessione di prodotti di gastronomia pronti per il consumo, con esclusione di qualsiasi prestazione in denaro.

I "buoni pasto" non sono cedibili, commerciabili, cumulabili o convertibili in denaro e possono essere utilizzati dai prestatori di lavoro subordinato, a tempo pieno e parziale, nonché dai soggetti che hanno instaurato con le stazioni appaltanti un rapporto di collaborazione anche non subordinato (articolo 285, commi 4 e 5, del Regolamento).

I "buoni pasto" sono utilizzabili esclusivamente per l'intero valore facciale, comprensivo dell'imposta sul valore aggiunto prevista per le somministrazioni al pubblico di alimenti e bevande (articolo 285, commi 4 e 11, del Regolamento). Il Regolamento (articolo 285, comma 10) dispone espressamente che le stazioni appaltanti, acquirenti dei "buoni pasto", le società di emissione e gli esercizi convenzionati devono assicurare, ciascuno nell'esercizio della rispettiva attività contrattuale e delle obbligazioni di propria pertinenza, la utilizzabilità del "buono pasto" per l'intero valore facciale.

Dalle previsioni sinteticamente analizzate emerge che, a normativa vigente, è ammissibile anche il "buono pasto" in forma elettronica, sistema che può attenuare alcune delle criticità esistenti, giacché consentirebbe, mediante l'informatizzazione del processo di emissione e gestione del titolo, di eliminare una serie di prestazioni attualmente necessarie per il funzionamento del "buono pasto" cartaceo (quali, il conteggio, il ritiro e i relativi controlli), offerte spesso separatamente agli esercenti, quali servizi aggiuntivi.

2. Il calcolo del valore dell'appalto

Poiché la normativa vigente non prevede più quale sia l'importo a base di gara, appare opportuno chiarire le regole applicabili alla sua individuazione, soprattutto al fine di individuare il livello di pubblicità richiesto e le procedure da applicare sopra o sotto la soglia comunitaria.

L'articolo 7 del d.P.C.M. 18 novembre 2005 stabiliva che "il valore assunto a base d'asta per le gare non può essere inferiore al valore facciale del buono pasto". Tale previsione non è stata riprodotta nel Regolamento attuativo del Codice.

La disposizione prescriveva un metodo di calcolo dell'importo stimato dell'appalto in deroga rispetto a quello previsto dall'articolo 29 del Codice. La ratio della norma è da ricercare nell'intento di utilizzare un criterio di calcolo che tenga conto del fatto che le utilità economiche, derivanti dalla tipologia di appalto in esame per la società emittitrice, non si limitano alle provvigioni applicate al rimborso dovuto al ristoratore, in quanto ad esse devono sommarsi i vantaggi fiscali correlati al differenziale IVA, nonché gli eventuali proventi derivanti da servizi aggiuntivi, ossia prestazioni ulteriori offerte agli esercenti, o anche dalla pubblicità apposta sui buoni cartacei.

Si ritiene che tale metodo di calcolo dell'importo a base di gara sia da confermarsi anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 285 del Regolamento, che ha sostanzialmente confermato la struttura della disciplina del servizio sostitutivo di mensa, nonché la relativa regolamentazione della gara. Pertanto, l'importo da considerare è l'importo massimo che può essere teoricamente corrisposto all'appaltatore e, cioè, il valore facciale del "buono pasto" moltiplicato per il numero dei buoni richiesti.

Una diversa interpretazione porterebbe all'effetto paradossale di sottrarre alle regole comunitarie la maggior parte degli appalti, per di più ancorando il calcolo dell'importo ad un valore non certo.

3. I requisiti o criteri di partecipazione

Con riguardo ai requisiti delle società di emissione, il comma 1 dell'articolo 285 del Regolamento prescrive che le stesse abbiano la forma giuridica di società di capitali, con capitale sociale versato non inferiore a settecentocinquanta mila euro, aventi ad oggetto l'esercizio dell'attività finalizzata a rendere il servizio sostitutivo di mensa, tramite "buoni pasto" ed altri titoli di legittimazione rappresentativi di servizi. Il bilancio di tali società deve essere certificato da una società di revisione iscritta nell'elenco di cui all'articolo 161 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

Per quanto riguarda i requisiti di partecipazione alla gara, gli stessi sono individuati dalla stazione appaltante all'interno di quelli previsti dagli articoli 41 e 42 del Codice, in modo non sproporzionato ed eccessivo.

Un profilo specifico riguarda la eventuale richiesta, come criterio di partecipazione, del "possesso da parte del concorrente della rete di esercizi attraverso cui si espleta il servizio sostitutivo di mensa".

Circa tale requisito, si deve rammentare 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 facilmente disporre di esercizi convenzionati nel territorio indicato.

Di conseguenza, il comma 8 dell’articolo 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 dal bando di gara. Il citato comma 8, infatti, precisa che “ai fini del possesso della rete di esercizi attraverso cui si espleta il servizio sostitutivo di mensa eventualmente richiesto come criterio di partecipazione o di aggiudicazione, è sufficiente l’assunzione, da parte del concorrente, dell’impegno all’attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento dell’aggiudicazione fissato in sede di bando”.

Pertanto, secondo la lettera dell’articolo 285, comma 8, gli esercizi attraverso i quali si esplica il servizio sostitutivo di mensa possono costituire, nell’ambito della gara, un criterio di partecipazione oppure un criterio di aggiudicazione.

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, come sarà chiarito oltre.

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, come segnalato in diversi casi all’Autorità, potrebbero sovrastimare la rete, confidando nella difficoltà, da parte delle stazioni appaltanti, di effettuare controlli al riguardo e di assumere le iniziative conseguenti).

4. I criteri di aggiudicazione delle gare

Con riguardo ai criteri di aggiudicazione, l’articolo 285, comma 7, del Regolamento 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). La nuova disposizione esprime, quindi, un giudizio di preferenza verso l’adozione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all’articolo 83 del Codice, configurando l’opzione a favore del criterio del prezzo più basso come residuale e da motivare in maniera esplicita.

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 (cfr., tra gli altri, parere AVCP n. 78 del 20 marzo 2008).

Caratteristiche dell'oggetto del contratto e valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza sono, dunque, i punti di riferimento, nonché i vincoli alla discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione, cui le stazioni appaltanti devono soggiacere nella preparazione delle strategie di gara e nell'individuazione delle finalità da raggiungere con le procedure espletate.

All'esito 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.

5. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Nell'ipotesi ordinaria (aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), l'articolo 285 del Regolamento, prescrive che il bando provveda ad 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, in ottemperanza all'articolo 83, comma 4 del Codice (come modificato dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152), non possono sussistere spazi di discrezionalità valutativa o poteri integrativi in capo alla commissione di gara, dovendo il bando provvedere a definire tutti i criteri di valutazione dell'offerta (criteri generali, sub-criteri e criteri motivazionali), nonché i relativi punteggi o pesi la cui somma, come specificato in più parti del Codice e del Regolamento, deve essere pari a cento. Le stazioni appaltanti sono, quindi, 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 uno di quelli indicati nel Regolamento (sul punto cfr., ex multis, parere dell'Autorità n. 38 del 25 febbraio 2010).

La disposizione precisa, come rilevato, 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; o, 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 (articolo 285, comma 8, Regolamento).

6. Indicazioni operative sui metodi di attribuzione dei punteggi in caso di offerta economicamente più vantaggiosa

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'allegato P.

Quest'ultimo prevede, per la determinazione del parametro numerico finale, due possibilità: al punto I), l'impiego di uno dei metodi multicriteri o multiobiettivi che si rinvencono nella letteratura scientifica e, al punto II), l'impiego di una specifica formula; tale formula non è nient'altro che la formula indicata all'allegato "G" ed ivi denominata "metodo aggregativo compensatore". Per la sua applicazione occorre trasformare, sia per i criteri e sub criteri di natura qualitativa che per i criteri e sub criteri di natura quantitativa, le offerte dei concorrenti in coefficienti variabili tra zero ed uno attraverso una procedura denominata "normalizzazione".

Tale prescrizione si desume:

a) per quanto riguarda i criteri aventi natura quantitativa, dalle due formule contenute nell'allegato "P" e dalla disposizione della lettera b) relativa al "metodo aggregativo compensatore" di cui

all'allegato "G", secondo cui "per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura quantitativa, quali il prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe, attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari ad uno attribuito ai valori degli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, e coefficienti pari a zero, attribuito ai valori offerti pari a quelli posti a base di gara".

b) per quanto riguarda i criteri aventi natura qualitativa, dalle disposizioni di cui alla lettera a) relativa al "metodo aggregativo compensatore" di cui all'allegato "G" ed alla lettera a) relativa alla formula di cui all'allegato "P".

L'attribuzione del coefficiente uno all'offerta più favorevole per la stazione appaltante e coefficiente zero all'offerta pari al valore a base di gara comporta che ai concorrenti sia attribuibile l'intera gamma dei punteggi, circostanza che è richiesta dalla giurisprudenza prevalente come condizione necessaria da rispettarsi qualunque sia la formula impiegata per determinare il parametro numerico finale.

Fra i criteri previsti dalla letteratura scientifica, l'allegato "P" indica anche il metodo del cosiddetto "punteggio assoluto".

Tale metodo, pur rientrando fra i metodi di analisi multicriteri o multiobiettivi, è fondato su attribuzioni dei punteggi su base tabellare. In sostanza, è il "metodo aggregativo compensatore" applicato sulla base di punteggi tabellari, cioè di una tabella che mette in rapporto specifici aspetti qualitativi e quantitativi a specifici coefficienti. Il Regolamento richiama tale metodo solo nell'allegato "P" e non nell'allegato "G" e nell'allegato "M", poiché lo stesso metodo non può essere applicato quando i criteri qualitativi comportano valutazioni di natura soggettiva e non oggettiva. L'attribuzione di punteggi su base tabellare, infatti, può avvenire nelle forniture ed in alcuni servizi cui fa riferimento l'allegato "P", ma non nei lavori pubblici o nei servizi tecnici che normalmente prevedono valutazioni di natura soggettiva.

Il coefficiente "zero" riguarda, anche in caso di punteggi tabellari, come avviene con qualsiasi metodo di analisi multicriteri o multiobiettivi, l'offerta il cui impatto è il minimo oggettivamente possibile, o l'offerta risultata uguale a quella posta a base di gara, mentre il coefficiente "uno" riguarda l'offerta che presenta un impatto, nei riguardi dell'obiettivo o criterio di valutazione in esame, pari o superiore ad un determinato valore, stabilito nei documenti di gara.

Qualora si ritenga possibile utilizzare solo criteri di valutazione di natura quantitativa, definiti su base tabellare, il metodo del punteggio assoluto può essere previsto nel bando, mentre ciò non pare possibile se i criteri di valutazione sono di natura qualitativa e quantitativa.

Alla luce di quanto previsto nell'allegato "P" del Regolamento, è possibile confermare quanto già affermato nella determinazione del 20 maggio 2009, n. 4 ed illustrato nel flow chart allegato alla determinazione. In tale flow chart si è chiarito che l'intera procedura di determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si suddivide in due fasi.

La prima fase della procedura, indipendentemente da quale metodo (aggregativo-compensatore o somma pesata, electre, analytic 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. La seconda fase, invece, comporta la formazione della graduatoria applicando il metodo previsto negli atti di gara. In tale determinazione, si è anche precisato che le due fasi vanno tenute separate e si è specificato in quali casi occorre procedere alla cosiddetta riparametrazione dei coefficienti.

6.1 Suggerimenti sulle formule per l'attribuzione di punteggi

Le formule che in prosieguo si riportano rispettano il principio prima illustrato (coefficiente uno all'offerta più favorevole per la stazione appaltante e coefficiente zero all'offerta pari al valore a base di gara) e comportano che, nel bando di gara, per ogni criterio di valutazione, siano previsti particolari valori che devono essere determinati sulla base di un progetto economico finanziario della prestazione.

Anzitutto la stazione appaltante deve stabilire :

- a) il valore nominale del "buono pasto";
- b) il massimo dello sconto applicabile al pagamento verso gli esercenti;
- c) il massimo del termine di pagamento agli esercenti convenzionati;
- d) il numero minimo degli esercenti di cui deve essere costituita la rete.

Occorre fissare il valore massimo per i criteri b) e c) e quello minimo per il criterio d); poiché nel caso tali valori non siano fissati, potrebbero teoricamente verificarsi le seguenti situazioni :

- per il criterio b) la migliore offerta (uno sconto di valore minimo) è comunque tale da non garantire che gli esercenti abbiano le condizioni economiche per fornire agli utenti un servizio di qualità;
- per il criterio c) la migliore offerta (il minor termine per il pagamento agli esercenti) è comunque tale da non consentire agli esercenti di svolgere una attività che, sul piano economico, sia positiva;
- per il criterio d) la migliore offerta (quella di valore più elevata) è comunque inadeguata a garantire un servizio efficiente.

Nelle situazioni sopradescritte, ancorché da un punto di vista logico non accettabili per la stazione appaltante, la gara dovrebbe comunque essere aggiudicata.

Sulla base di tali presupposti, di seguito si riportano, a titolo esemplificativo, alcune formule relative agli elementi quantitativi che sono compatibili con i principi contenuti nel Regolamento e nell'allegato P, nel caso in cui la stazione appaltante utilizzi il metodo aggregativo compensatore.

a) nel caso del "ribasso sul valore nominale del buono pasto" (la formula è fondata sul valore soglia dei ribassi pari alla media dei ribassi offerti):

$$C_i \text{ per } (R_i \leq R_s) = X * R_i/R_s$$

$$C_i \text{ per } (R_i > R_s) = X + (1-X) * [(R_i - R_s) / (R_m - R_s)]$$

dove

C_i = coefficiente attribuito al concorrente *i*

R_i = ribasso offerto dal concorrente *i*esimo

R_s = media aritmetica dei ribassi offerti dai concorrenti

R_m = ribasso massimo offerto dai concorrenti

X = coefficiente di riduzione (0,80; 0,85; 0,90) (indicare nei documenti di gara quale delle tre percentuali va applicata)

E' sempre ammissibile, ovviamente, l'utilizzo della semplice formula lineare prevista dal Regolamento; tale formula, tuttavia, amplifica il punteggio attribuito al prezzo nel caso in cui i ribassi siano molto contenuti e vicini tra di loro.

b) nel caso dello "sconto incondizionato verso gli esercenti" (la formula prevede la fissazione nei documenti di gara di un massimo di sconto)

$$C_i = (S_m - S_i) / (S_m - S_n)$$

dove

C_i = coefficiente attribuito al concorrente *i*

S_i = sconto sul valore nominale del buono offerto dal concorrente

S_m = sconto massimo posto a base di gara;

S_n = sconto minimo offerto dai concorrenti

c) nel caso dei "termini di pagamento agli esercizi convenzionati" la formula prevede la fissazione nei documenti di gara di un massimo del termine):

$$C_i = (T_m - T_i) / T_m - T_n$$

dove

C_i = coefficiente attribuito al concorrente *i*

T_i = termine di pagamento espresso offerto dal concorrente

T_m = termine di pagamento massimo, espresso in giorni, posto a base di gara;

T_n = termine di pagamento espresso in giorni minimo offerto dai concorrenti

d) nel caso della “rete degli esercizi da convenzionare”(la formula prevede la fissazione nei documenti di gara di un minimo di esercizi della rete):

$$C_i = (N_i - N_b) / (N_m - N_b)$$

dove

C_i = coefficiente attribuito al concorrente i

N_i = numero esercizi da convenzionare offerti dal concorrente

N_b = numero minimo esercizi da convenzionare posto a base di gara;

N_m = numero massimo esercizi da convenzionare offerto dai concorrenti

Per quanto riguarda il criterio di valutazione della rete degli esercizi da convenzionare, come osservato, si ritiene preferibile che lo stesso sia utilizzato quale criterio di partecipazione secondo quanto stabilito dal comma 8 dell'art. 285. Tuttavia, qualora lo stesso venga previsto come criterio di aggiudicazione, tenuto conto che l'interesse della stazione appaltante consiste essenzialmente nel garantire ai propri dipendenti la possibilità di accedere ad un numero congruo di esercizi convenzionati, ma al contempo, di disincentivare la presentazione di offerte con un alto rischio di risultare in concreto non attuabili, il numero degli esercizi offerti in gara potrebbe essere affetto da un coefficiente di riduzione del numero stesso variabile linearmente da uno, per le offerte pari o inferiori alla media aritmetica delle offerte, ed un numero inferiore ad uno, pari ad esempio a 0,80, per il numero massimo offerto. Tale indicazione deve essere contenuta nella lex specialis che deve, in ogni caso, indicare il numero minimo degli esercenti che devono costituire la rete. Tale ipotesi è consentita dalla citata disposizione sulla possibilità dell'impiego di soglie di cui all'articolo 83, comma 2, del Codice.

In questo caso il coefficiente sarà determinato con le seguenti formule:

$$C_i \text{ per } (N_i \leq N_s) = X * [(N_i - N_n) / (N_s - N_n)]$$

$$C_i \text{ per } (N_i > N_s) = X + (1-X) * [(N_i - N_s) / (N_m - N_s)]$$

dove

C_i = coefficiente attribuito al concorrente i

N_n = numero minimo degli esercenti

N_i = numero esercizi da convenzionare offerti dal concorrente (deve essere > di N_n)

N_s = media aritmetica dei numeri di esercizi da convenzionare offerti dai concorrenti

N_m = numero massimo degli esercizi da convenzionare offerto dai concorrenti

X = coefficiente di riduzione (0,80; 0,85; 0,90)(indicare nei documenti di gara quale delle tre percentuali va applicata) _

7. La rete degli esercizi convenzionati

Con riguardo alla rete di esercizi convenzionati ex articolo 285, comma 7, lett. b) del Regolamento, è opportuno puntualizzare che 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'articolo 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.

Con riguardo ai concreti strumenti di verifica a disposizione della stazione appaltante, questi ultimi devono essere individuati già nella *lex specialis* di gara e ciò sia per garantirne la conoscibilità *ex ante* ai partecipanti sia per evitare contestazioni nascenti dall'eventuale genericità delle relative prescrizioni.

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 (e, quindi, ai controlli in sede di controllo ex articolo 48, comma 2 del Codice), 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 che la relativa dimostrazione avvenga, 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 (controllando la rispondenza al numero dichiarato in sede di gara, la conformità a quanto richiesto nel bando per la distribuzione territoriale degli stessi, l'assenza di duplicazioni, etc.) 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 dell'aggiudicazione e comporta l'escussione della cauzione provvisoria.

Oltre ai controlli nella fase precedente alla sottoscrizione del contratto, l'amministrazione deve anche predeterminare, nella documentazione di gara, gli analoghi controlli da effettuarsi in corso di

esecuzione: in questo caso, l'esito negativo delle verifiche post-sottoscrizione si potrà qualificare, in funzione della gravità dell'inadempimento, come causa di risoluzione dello stesso.

Nella fase esecutiva, a titolo esemplificativo, le stazioni appaltanti dovranno verificare l'esistenza e le caratteristiche degli esercenti, nonché il rispetto delle condizioni di convenzionamento dichiarate in sede di gara.

E', poi, legittimo prevedere la facoltà di modifiche o sostituzioni degli esercizi in corso di esecuzione del servizio, purché tali modifiche non abbiano un impatto rilevante sui livelli prestazionali del servizio. Affinché una simile facoltà non vanifichi, di fatto, l'esperibilità dei controlli, è necessario stabilire, a carico dell'appaltatore, un correlato onere di rendicontazione puntuale circa le variazioni intervenute nella rete di esercizi convenzionati, con scadenze temporali prestabilite.

Attese, poi, le gravi conseguenze che la legge ed il successivo 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, tanto in caso di controllo integrale che a campione, la verifica è da ritenersi positivamente superata se il numero di "non conformità" riscontrate si riveli inferiore alla percentuale stabilita nel bando e riportata nel contratto. Chiaramente, 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.

Infine, le stazioni appaltanti, per evitare il rischio di dichiarazioni sovrastimate nella presentazione delle offerte tecniche, possono valutare di graduare il quoziente di tolleranza in relazione allo "stadio" di esecuzione del contratto, andando da una percentuale più restrittiva nella fase iniziale di esecuzione ad una più ampia nel corso della vigenza del contratto stesso.

8. La valutazione di congruità delle offerte

Come osservato nel paragrafo 6, 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 quindi è il committente a valutare ex ante quali siano i servizi connessi all'esecuzione dell'appalto, rendendo maggiormente trasparente il processo.

Ciò ha precise conseguenze sulla considerazione dei cd "servizi aggiuntivi" in sede di valutazione della congruità delle offerte. Tale possibilità è già stata vagliata dall'Autorità, nella prima fase di sviluppo del mercato: considerando il carattere esemplificativo dell'elenco delle giustificazioni ammesse ex articolo 87 del Codice, l'Autorità (parere n. 45 dell'11 ottobre 2007) 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". Ciò sul presupposto che gli eventuali "servizi aggiuntivi" offerti agli esercenti

convenzionati, in quanto destinati a soggetti parte integrante del “servizio sostitutivo di mensa”, oggetto di gara, ed in quanto correlati alla gestione del servizio medesimo, possono, in taluni casi, essere ritenuti “intrinseci” alla prestazione principale.

Tuttavia, alla luce delle distorsioni verificatesi in concreto ed al fine di consentire lo sviluppo di una reale ed equilibrata concorrenza nel mercato, 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’evoluzione del mercato, così come risultante dalle indagini svolte in sede di vigilanza dall’Autorità, rende 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 ben a mente che i “servizi aggiuntivi” devono collocarsi all’interno del processo produttivo prefigurato “in modo unitario dalla impresa” (Consiglio di Stato, sentenza 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.

Peraltro, anche qualora non sia previsto il progetto tecnico, o si utilizzi il criterio del prezzo più basso, vale quanto osservato a proposito della connessione intrinseca. A titolo esemplificativo, seguendo questo canone ermeneutico in parte innovativo, il presupposto della connessione intrinseca può ritenersi sussistente per i “servizi aggiuntivi” relativi alla raccolta dei “buoni pasto” presso il domicilio del ristoratore, all’emissione delle fatture per conto del ristoratore, alla vendita di pubblicità.

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.).

Si rammenta, inoltre, che, in sede di verifica della rete degli esercenti, prima dell’aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante dovrà comunque procedere alla verifica degli accordi di convenzionamento che recano evidenza dei servizi aggiuntivi prescelti dagli esercenti.

Per altro verso, al fine di evitare che i costi degli elevati ribassi presentati in sede di offerta economica vengano traslati sulla rete di esercizi convenzionati, mediante modifiche delle

commissioni di rimborso giustificate in ragione della fruizione di “servizi aggiuntivi”, è opportuno rimarcare l’assoluta facoltatività degli stessi. I servizi aggiuntivi, infatti, non possono, in alcun caso, essere imposti alla rete degli esercenti o costituire condizione per l’ingresso o la permanenza nella rete stessa. Affinché sussista una reale libertà di scelta, la facoltatività deve contraddistinguere ogni singolo servizio, dovendosi escludere la possibilità di accorpate una serie eterogenea di servizi aggiuntivi in un unico pacchetto da accettarsi in blocco.

Alla luce di quanto precede, pattuizioni che prevedessero una simile obbligatorietà o la causassero in concreto dovrebbero ritenersi una grave violazione delle condizioni di servizio prospettate alla stazione appaltante in sede di gara, con possibilità di costituire causa di risoluzione del contratto principale tra l’amministrazione e la società di emissione.

9. Gli accordi di convenzionamento

L’articolo 285, al comma 9, fissa il seguente contenuto minimo degli accordi di convenzionamento tra società emittitrici e rete di esercenti:

- a) l’indicazione del termine di pagamento da parte della società di emissione dei “buoni pasto” utilizzati presso gli esercizi convenzionati;
- b) la durata del contratto, le condizioni anche economiche, ed il termine del preavviso per l’eventuale rinegoziazione o la disdetta;
- c) le clausole di utilizzabilità del buono pasto, relative alle condizioni di validità ed ai limiti di utilizzo, nonché ai termini di scadenza, specificati in modo espresso ed uniforme;
- d) l’indicazione dello sconto incondizionato e di eventuali altri corrispettivi riconosciuti alle società di emissione;
- e) l’indicazione del termine, non inferiore a sei mesi dalla data di scadenza del “buono pasto”, entro il quale l’esercizio convenzionato potrà validamente richiedere il pagamento delle prestazioni effettuate.

Oltre a tali elementi, si ritiene opportuno, anche per l’espletamento delle verifiche a carico delle stazioni appaltanti, prevedere l’indicazione dei seguenti elementi:

- 1) il nominativo, il codice fiscale e la qualifica del soggetto che sottoscrive per l’esercente che deve essere munito di idonei poteri di rappresentanza;
- 2) gli estremi del documento d’identità del sottoscrittore;
- 3) un documento fiscale di provenienza certa dell’esercente o copia della sua autorizzazione commerciale.

Viene, inoltre, specificato che gli accordi possono essere stipulati e modificati, con specifica accettazione delle parti, esclusivamente in forma scritta.

Al fine di verificare il rispetto delle prescrizioni legali, è opportuno che lo standard degli accordi di convenzionamento venga incluso nella documentazione da produrre in sede di partecipazione alla

gara e che copia degli accordi di convenzionamento sottoscritti venga inviata alle stazioni appaltanti.

Alcune puntualizzazioni si rendono necessarie per quanto concerne i termini di pagamento agli esercizi convenzionati. L'offerta con ribassi superiori ad una certa soglia può indurre le società emittenti, per preservare il margine di utile, a traslare sugli esercizi convenzionati il maggiore sconto offerto, incrementando le commissioni di rimborso in misura corrispondente e/o ritardando i termini di pagamento.

Ciò influisce in maniera rilevante sul livello qualitativo dei servizi offerti.

Come già evidenziato, la valutazione delle diverse offerte presentate dai concorrenti in gara, si basa, in misura notevole, anche sui tempi di rimborso che gli stessi si impegnano a garantire. Tale impegno deve essere rispettato per tutta la durata dell'affidamento. Pertanto, in analogia con quanto osservato per la dimensione della rete convenzionata, le stazioni appaltanti potrebbero prevedere controlli a campione sugli esercenti, verificando il rispetto di elementi quali i termini di pagamento da parte delle società emittenti, la volontarietà dell'acquisto di servizi aggiuntivi, ecc.. Anche in questo caso, è necessario prevedere, nel bando di gara, una soglia di conformità da rispettarsi, a pena di risoluzione del contratto.

Le società emittenti dovrebbero avere, comunque, la possibilità di dimostrare che l'eventuale mancato rispetto degli impegni contrattuali assunti è imputabile a circostanze eccezionali alle stesse non imputabili. In ogni caso, si suggerisce di specificare che eventuali contestazioni in merito a taluni "buoni pasto" presentati all'incasso non possono costituire una giustificazione per il ritardo nel rimborso dei buoni non contestati.

Sulla base delle considerazioni sopra esposte

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente supplente: Piero Calandra

Depositato nella segreteria del Consiglio in data: 26 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito

1 La normativa in materia ha subito numerose modifiche: talune disposizioni contenute nel d.P.C.M. 18 novembre 2005 sono state ritenute illegittime prima dal TAR Lazio con sentenza n. 572/07 e, successivamente, dal Consiglio di Stato con sentenza n. 4970/07.