

rif. REG 25/2011

13/03/2012

Oggetto: richiesta di chiarimenti del 21 dicembre 2011 sulla determinazione n. 5/2011 - “Questioni interpretative concernenti le procedure di gara per l’affidamento del servizio sostitutivo di mensa tramite buoni pasto”

Con nota del [omissis], sono stati formulati alcuni quesiti aventi ad oggetto la determinazione n. 5/2011 “Questioni interpretative concernenti le procedure di gara per l’affidamento del servizio sostitutivo di mensa tramite buoni pasto”.

Al riguardo, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 7 e 8 marzo 2012, ha approvato le seguenti considerazioni.

I quesiti proposti sono riferiti ad alcune questioni fondamentali affrontate nella citata determinazione: 1) il rilievo che possono assumere i cd “servizi aggiuntivi” nella procedura di gara in questione; 2) i criteri di aggiudicazione ed il metodo di attribuzione dei punteggi nel caso di utilizzo dell’offerta economicamente più vantaggiosa 3) la rete degli esercenti e gli accordi di convenzionamento.

Al fine di un corretto inquadramento giuridico delle questioni sottoposte si rende necessaria, preliminarmente, la ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale rilevante.

Come affermato nella determinazione n. 5 del 2011 e nel parere n. 45 del 2007, gli appalti per l’affidamento del servizio sostitutivo di mensa tramite buoni pasto hanno un oggetto complesso, che vede coinvolta una filiera di soggetti necessariamente interrelati, quali le stazioni appaltanti, le società emettitrici, gli esercenti convenzionati nonché i lavoratori/fruitori. Tale peculiarità si riflette nella disciplina di gara prevista dall’articolo 285 del d.P.R. 207 del 2010 che, nel definire l’attività di emissione di buoni pasto come attività finalizzata a rendere per il tramite di esercizi convenzionati il servizio sostitutivo di mensa aziendale, inserisce, tra gli elementi di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la rete degli esercenti convenzionati, lo sconto incondizionato verso gli esercenti ed i termini di pagamento agli esercizi convenzionati.

In tal senso, come rilevato dalla Autorità nel citato parere n. 45, infatti, la prestazione posta a gara non può essere identificata con la mera spendibilità del buono pasto, bensì deve rinvenirsi nella messa a disposizione della stazione appaltante di un servizio complesso – il servizio sostitutivo di mensa – che è costituito, in sostanza, dalla messa a disposizione dei dipendenti della stazione appaltante di pasti materialmente forniti dai ristoratori convenzionati. Questi, pertanto, non sono terzi indifferenti ed estranei rispetto all’oggetto della gara, ma sono parte integrante del servizio sostitutivo di mensa, in quanto erogatori del servizio ‘materiale’ di ristorazione, incorporato nel servizio ‘virtuale’ rappresentato dalla erogazione dei buoni pasto ad opera delle società emettitrici degli stessi.

La natura di soggetti parte integrante del sistema ha portato l’Autorità, anche alla luce delle distorsioni verificatesi nel mercato, a rivedere, nella citata determinazione, parzialmente il proprio precedente orientamento, riconoscendo che le condizioni contrattuali a favore degli esercenti devono essere esplicitate in sede di offerta, attraverso alcune puntualizzazioni dei contorni del concetto di “pertinenza” (o “connessione intrinseca”) e la ridefinizione della collocazione dei “servizi aggiuntivi” nell’ambito della procedura di gara.

In particolare, al fine di rendere più trasparente ed efficace la procedura di gara, l'Autorità ha rammentato alle stazioni appaltanti che, qualora utilizzino il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre prevedere ex ante nel bando di gara il perimetro dei "servizi aggiuntivi" al quale deve conformarsi il progetto tecnico presentato dai concorrenti. Tale possibilità è ammessa soltanto nel caso in cui la stazione appaltante applichi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto, nel caso del prezzo più basso, [omissis], il progetto del servizio è definito in tutti i suoi aspetti dalla stazione appaltante, mentre l'offerta del concorrente è relativa soltanto al prezzo costituito dal ribasso sul valore facciale del buono pasto.

I quesiti posti fanno emergere la necessità di meglio motivare le indicazioni contenute nella citata determinazione n. 5 del 2011. La possibilità di prevedere che, nell'ambito del progetto tecnico da offrire, siano previsti anche i servizi aggiuntivi va inquadrata all'interno delle disposizioni previste dal Codice dei contratti pubblici riguardanti le varianti che, in sede di gara, possono essere proposte dai concorrenti, qualora la gara si svolga con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La disciplina delle varianti nella fase della gara è contenuta nell'articolo 76 del Codice dei contratti pubblici e riguarda indifferentemente lavori, servizi e forniture: essa si applica, quindi, anche agli appalti in questione. La possibilità di presentare varianti in sede di gara è, ai sensi del comma 1 dell'articolo 76, limitata al caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, soltanto, se, ai sensi del comma 2, la stazione appaltante, in sede di redazione della lex specialis, abbia precisato che le varianti sono ammesse, nonché, ai sensi del comma 3, specificato quali requisiti minimi esse devono rispettare e con quali modalità esse devono essere presentate. Va poi ricordato che, ai sensi del comma 4, le stazioni appaltanti possono prendere in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti previsti nella lex specialis e che, ai sensi del comma 5, nel caso di gare relative a servizi e forniture, qualora sia stata autorizzata la presentazioni di varianti, queste non possono essere respinte per il solo fatto che, se accolte, il contratto si trasformerebbe da appalto di servizi ad appalto di forniture oppure da appalto di forniture ad appalto di servizi. Tali prescrizioni riproducono la disciplina contenuta nell'articolo 24 della direttiva 2004/18/CE.

La ratio della scelta normativa comunitaria, riprodotta nel citato articolo 76 del Codice dei contratti pubblici, è fondata sulla circostanza che la selezione delle offerte mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente di scegliere il contraente valutandolo sulla base di aspetti non soltanto quantitativi, cioè solo matematici (come il prezzo), ma sulla base della complessità dell'offerta proposta, cioè su aspetti quantitativi e qualitativi: sicché, nel corso del procedimento di gara, occorre rendere possibile effettuare degli aggiustamenti non solo quantitativi ma anche qualitativi del progetto elaborato dalla stazione appaltante e posto a base della gara; nel caso, invece, di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche e qualitative sono predeterminate al momento dell'offerta, non vi è alcuna ragione per ammettere la possibilità di presentare varianti.

Le considerazioni esposte hanno trovato conferma nella giurisprudenza nazionale, che ha elaborato alcuni criteri guida relativi alle varianti in sede di offerta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2009 n. 1019; sez. V 11 luglio 2008 n. 3481; sez. V, 19 febbraio 2003, n. 923; sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578; sez. IV, 2 aprile 1997, n. 309):

a) le varianti possono riguardare le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla stazione appaltante;

- b) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base;
- c) l'offerente deve dare contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali;
- d) l'offerente deve fornire la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della stazione appaltante p.a. sottese alla prescrizione variata;
- e) la *lex specialis* deve specificare i criteri motivazionali in base ai quali vanno espresse le valutazioni dei vari aspetti che caratterizzano le varianti ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- f) la commissione giudicatrice ha un ampio margine di discrezionalità nell'ambito della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il tema delle varianti in sede di offerta pone, però, secondo alcuni interpreti, un ulteriore problema: l'individuazione del discrimen tra variante al progetto posto a base di gara e proposta migliorativa del progetto posto a base di gara. La prima, sarebbe ammessa solo se prevista dalla *lex specialis* di gara, mentre la seconda sarebbe sempre ammessa. Alla luce della normativa e dei criteri-guida di cui alla giurisprudenza citata (in particolare, Cons. St., V, 16 maggio 2008, n. 3481), in realtà, questa suddivisione non pare avere effetti in concreto, in quanto la *lex specialis* deve specificare non solo se la variante è o non è ammessa, ma anche quali sono i limiti entro i quali, se ammessa nel bando di gara, deve essere offerta.

Anche l'Autorità si è più volte espressa in conformità a tali principi (cfr. deliberazione n. 253 del 12 luglio 2007 e parere n. 142 del 2009). Sulla base di tale analisi, si può concludere che la stazione appaltante, se utilizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e ritiene opportuno ed utile prevedere che al servizio base possano essere aggiunte migliorie delle condizioni di esecuzione del contratto, consistenti anche in "servizi aggiuntivi", deve prevedere nella *lex specialis* tale possibilità ed i limiti entro i quali la stazione appaltante considererà valutabili i servizi aggiuntivi.

Con riguardo a tali limiti, da prevedere nella *lex specialis*, essi possono essere stabiliti in positivo o in negativo, nel senso che è ammissibile indicare quale migliorie sono possibili - perché d'interesse della stazione appaltante - oppure indicare quali migliorie non possono essere proposte - in quanto non di interesse della stazione appaltante o non connesse all'oggetto del contratto oppure, ancora, non accettabili per motivi dovuti a vincoli normativi. Nel caso degli appalti per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa tramite buoni pasto si suggerisce di specificare quali servizi aggiuntivi non saranno considerati migliorativi del servizio posto in gara ovvero non saranno ritenuti accettabili in quanto non pertinenti all'oggetto del contratto secondo i criteri specificati nella determinazione n. 5 citata; in tal modo, si lascia ai concorrenti la libertà di proporre "servizi aggiuntivi" da loro pensati e studiati, ma entro i limiti fissati dalla stazione appaltante nella *lex specialis*.

Alla luce delle suddette considerazioni, nella determinazione n. 5 del 2011, l'Autorità ha offerto una serie di indicazioni sul punto, muovendo dal fatto che i servizi aggiuntivi sono da ritenersi ammissibili soltanto se presentano una connessione intrinseca con l'oggetto del contratto, secondo i criteri indicati nella determinazione citata. La *par condicio* impone, infatti, che i concorrenti conoscano le condizioni della gara e, quindi, i miglioramenti inseriti nel progetto tecnico sono ammessi a condizione che abbiano un peso limitato all'interno del peso attribuito al progetto tecnico

nel bando di gara e che siano tali da non snaturare l'oggetto del servizio. Tali servizi aggiuntivi possono essere rivolti alla stazione appaltante, al dipendente della stazione appaltante o all'esercente. Rimane, comunque, fermo, come da giurisprudenza costante, che l'adesione a tali servizi aggiuntivi da parte della stazione appaltante, del dipendente o dell'esercente è facoltativa, ancorché essi facciano parte del progetto tecnico offerto. Occorre rilevare che i servizi aggiuntivi in parola sicuramente sono funzionali a migliorare il progetto tecnico – e, pertanto, lo fanno preferire nella valutazione - ma, inoltre, essi possono essere utilizzati dal concorrente per dimostrare la congruità dell'offerta economica presentata, anche se i relativi utili non sono certi in quanto stazione appaltante, utenti finali ed esercenti non sono obbligati ad usufruirne e pagarne l'uso. La commissione di gara, quindi, potrà valutare tali varianti al progetto del servizio a base di gara, mediante l'utilizzo dei parametri certi (cui ancorare la propria valutazione) che la stazione appaltante ha predeterminato nella *lex specialis* e, quindi, ritenuto di proprio interesse, considerando, pur indirettamente, all'interno del servizio anche gli esercenti ed i dipendenti poiché i “servizi aggiuntivi” - in quanto tali - non possono essere scorporati dalla prestazione principale e, così, essere oggetto di una autonoma prestazione, resa al di fuori di quella relativa al servizio sostitutivo di mensa oggetto di offerta.

Tale impostazione ha, quindi, come affermato nella citata determinazione, dirette conseguenze anche ai fini della valutazione di congruità, nell'ambito della quale non potranno essere valutati eventuali servizi aggiuntivi diversi da quelli indicati nell'offerta entro i limiti stabiliti dalla *lex specialis*, ai sensi dell'articolo 76 del Codice dei contratti pubblici.

Secondo costante giurisprudenza, in merito alla fase di verifica di congruità, deve, infatti, rimanere immutato sia il quantum dell'offerta iniziale globalmente considerata sia le modalità esecutive della commessa, all'interno delle quali rientrano i servizi aggiuntivi (sul punto, cfr., da ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 2012 n. 636, secondo il quale “ (...) dalla citata giurisprudenza si desume che ciò che si può consentire è: a) o una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate; b) oppure un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili. La giurisprudenza ha infatti precisato che il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile [Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009 n. 1451]. Quello che non si può invece consentire è che in sede di giustificazioni vengano apoditticamente rimodulate le voci di costo senza alcuna motivazione, con un'operazione di finanza creativa priva di pezze d'appoggio, al solo scopo di “far quadrare i conti” ossia di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo)”.

Alla luce di quanto disposto nell'articolo 87 del Codice dei contratti pubblici e di quanto osservato dalla giurisprudenza in relazione alla valutazione di congruità delle offerte, nella determinazione n. 5/2011, si è posta in rilievo l'adozione di un canone ermeneutico in parte innovativo rispetto a quello del parere n. 45 dell'11 ottobre 2007, per il quale i servizi aggiuntivi possono essere considerati nell'ambito della valutazione di anomalia se ed in quanto sia sussistente un collegamento intrinseco tra i servizi aggiuntivi stessi e l'oggetto dell'appalto, nei termini chiariti nella determinazione citata. Tale collegamento opera, in ogni caso, quale limite generale alla possibilità di addurre i proventi derivanti dai servizi aggiuntivi per scongiurare l'anomalia dell'offerta. Ciò chiarito, qualora i servizi aggiuntivi siano ammessi, quale variante del progetto tecnico del servizio posto a base di gara, la valutazione di sussistenza del collegamento intrinseco viene effettuata in sostanza *ex ante* ed in linea generale dalla stazione appaltante e, soprattutto, è lo stesso concorrente, in tale ipotesi, che indica nell'ambito della sua proposta di progetto tecnico quali

di questi “servizi aggiuntivi” intende proporre. E’, quindi, nel senso chiarito che la determinazione afferma che “è giocoforza che nella successiva valutazione di congruità potranno essere considerati solo i servizi aggiuntivi indicati dal medesimo offerente”.

Con specifico riferimento ai chiarimenti richiesti circa le modalità di utilizzo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, si rinvia al punto 5.3.3 della determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 “Linee guida per l’applicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa nell’ambito dei contratti di servizi e forniture “ ed alle osservazioni formulate nel punto 5.5 del Quaderno dell’Autorità “Il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa”.

Per quanto riguarda, infine, gli accordi di convenzionamento e la rete degli esercizi convenzionati, si ritiene che, al fine di dare maggiore certezza a quanto dichiarato dall’offerente, tali accordi debbano recare evidenza dei servizi aggiuntivi prescelti che, qualora la stazione appaltante abbia utilizzato il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, saranno stati inseriti dal concorrente nel progetto tecnico presentato. Circa gli obblighi di verifica della stazione appaltante delle percentuali di adesione a tali servizi, l’opzione di una verifica a campione, specie in caso di centrali di committenza, pare da ritenersi compatibile con le soluzioni indicate da questa Autorità.

Qualora la stazione appaltante chieda, quale requisito minimo, un numero di esercizi adeguato alle proprie esigenze, senza valutarne quindi la maggiore numerosità tra gli elementi di valutazione, sembra sufficiente una adeguata verifica documentale degli accordi; detta verifica tuttavia, potrebbe essere integrata, anche in questo caso, da ispezioni effettuate a campione.

Il presidente

Sergio Santoro

© Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture - Tutti i diritti riservati

via di Ripetta, 246 - 00186 Roma - c.f. 97163520584

Contact Center: 800896936