

Deliberazione n. 92 Adunanza del 26 ottobre 2011

Oggetto: Affidamento servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per i dipendenti della Provincia di Lodi per il biennio 2012/2013. Importo a base di gara: € 650.000,00

Stazione appaltante: Provincia di Lodi

Esponente: QUI! Group Spa

Dirigente Responsabile: dott. Alberto Cucchiarelli

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza lavori, servizi e forniture in data 22 settembre 2011

Considerato in fatto

In data 12 aprile 2011 è pervenuta a questa Autorità una segnalazione da parte della società QUI! Group S.p.a., con la quale si contesta la richiesta, contenuta nel Disciplinare della gara in oggetto, di produrre, in sede di offerta tecnica, gli elenchi relativi alla rete degli esercizi pubblici convenzionati o convenzionabili, indicando puntualmente i dati e le caratteristiche degli stessi.

Detta richiesta, sostiene il segnalante, implica per i partecipanti un onere economico assai gravoso, peraltro inutile in caso di mancata aggiudicazione, infatti, per comporre l'elenco in questione è indispensabile aver provveduto al relativo convenzionamento già in fase di offerta. Pertanto, tale previsione restringe la platea dei possibili partecipanti alla gara, ponendosi in favore solamente del precedente gestore del servizio, il quale, ovviamente, dispone già di una rete di esercizi convenzionati.

Considerata la rilevanza della questione, la Direzione Vigilanza Lavori Servizi e Forniture, in data 26.07.2011, ha avviato una specifica istruttoria nei confronti della Provincia di Lodi, chiedendo gli opportuni chiarimenti corredati dalla necessaria documentazione.

La Provincia di Lodi, in riscontro alla criticità contestata, ha evidenziato che il valore nominale riportato sul buono pasto rappresenta il valore spendibile dal dipendente presso gli esercizi pubblici convenzionati, l'amministrazione ha quindi previsto che, per partecipare alla procedura, i concorrenti debbano avere minimo 32 convenzioni già stipulate o da stipulare con esercizi ubicati entro il raggio di 1 Km pedonale dalla sede di lavoro. In tal modo, ha inteso assicurare ai dipendenti la possibilità di usufruire di una rete di locali numericamente adeguata, nelle vicinanze della sede di lavoro, di tipologie diverse, premiando l'operatore economico che consentirà un maggior utilizzo di buoni pasti sul territorio lodigiano e concedendo un maggior punteggio a chi offrirà il maggior numero di esercizi convenzionati o di futuro convenzionamento. La Stazione Appaltante, non ha chiarito tuttavia le ragioni per le quali, già in sede di offerta, viene richiesto ai partecipanti non "l'impegno" a convenzionarsi ma dati, caratteristiche e impegnativa degli esercizi convenzionati o da convenzionare.

Ritenuto in diritto

Dall'esame della documentazione di gara, in merito alla criticità segnalata, si rileva che il disciplinare, tra la documentazione da inserire nella busta contenente l'Offerta Tecnica, richiede ai partecipanti, di produrre un elenco relativo alla rete degli esercizi pubblici suddiviso tra esercizi minimi, convenzionati o convenzionabili, necessari per partecipare alla gara; e esercizi aggiuntivi, convenzionati o convenzionabili, utili all'attribuzione del punteggio. Richiede, altresì, di dettagliare detto elenco riportando per ogni esercizio: la ragione sociale o il nome del locale, l'indirizzo, la tipologia, il comune di appartenenza e il giorno di chiusura. Inoltre, per ogni esercizio dovrà essere allegato all'elenco di appartenenza il modello ALLEGATO G denominato "Impegnativa esercizio convenzionato/convenzionabile" nel quale riportare oltre ai dati già sopra indicati (ragione sociale, denominazione, indirizzo,...) anche il valore della commissione applicata sul valore del buono pasto nonché il valore rimborsato. La stipula del contratto è subordinata alla circostanza che l'aggiudicatario fornisca, entro il termine di 15 giorni naturali e consecutivi dall'aggiudicazione provvisoria, copia del contratto di convenzione stipulato con tutti gli esercizi indicati in sede di offerta (sia minimi che aggiuntivi).

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che la richiesta, come formulata nel Disciplinare di gara, di produrre un siffatto elenco degli esercizi, comprensivo anche dell'impegnativa degli esercenti a convenzionarsi, potrebbe favorire l'attuale fornitore del servizio. Quest'ultimo, infatti, in virtù dei rapporti già esistenti con la propria rete è l'unico in grado, già in sede di offerta, di produrre l'impegnativa e di indicare le caratteristiche richieste. Viceversa, gli altri operatori, interessati a

partecipare alla procedura, per rispondere a quanto richiesto dal disciplinare dovrebbero, in concreto, instaurare la rete di convenzione già in fase di predisposizione dell'offerta. Pertanto, la richiesta contestata, si pone in contrasto con il principio di parità di trattamento, scoraggiando eventuali partecipanti e determinando uno sbarramento ingiustificato all'accesso alla procedura di che trattasi.

Al riguardo, occorre rilevare che il criterio di aggiudicazione basato sulla capillarità degli esercizi già convenzionati con gli esercenti ha dato luogo alla procedura di infrazione comunitaria dell'U.E. n. 2005/4065. In quella sede la Commissione europea constatava che diverse amministrazioni italiane richiedono ai partecipanti alle gare per il servizio dei buoni pasto di produrre in sede di offerta l'indicazione della lista degli esercizi convenzionati "attivi". Tale richiesta favorisce le imprese con sede in Italia, le quali, prima della presentazione delle offerte, potrebbero più facilmente disporre di esercizi convenzionati nel territorio indicato ai fini della gara di appalto, rispetto alle imprese operanti in altri Stati membri. Le procedure di gara attuate con le predette regole sono, quindi, a parere della Commissione, in contrasto con i precetti comunitari e, più precisamente, con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché con i principi generali di non discriminazione, di parità di trattamento, di cui è espressione, in particolare, l'articolo 49 del Trattato CE.

Con riferimento alla medesima procedura di infrazione, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dip. Politiche Comunitarie - con la circolare del 27/4/2006, pubblicata sulla G.U. serie generale n.167 del 20/07/2006, ha invitato le stazioni appaltanti a non inserire per l'avvenire, "tra i requisiti per la partecipazione alle gare concernenti il servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto il numero degli esercizi di ristorazione situati nel territorio interessato, che siano già convenzionati con il prestatore".

Sul punto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con la segnalazione AS763 dell'8/10/2010 (ex S1201/2010), ha sostenuto che la rete degli esercizi può "essere ritenuta un valido parametro di valutazione dell'offerta tecnica", ma deve essere utilizzato in modo tale da "non determinare effetti distorsivi della concorrenza, favorendo indebitamente gli operatori di maggiori dimensioni".

Si precisa, inoltre, che le regole circa l'affidamento del servizio di che trattasi devono raccordarsi con il Regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture, il quale, all'articolo 285, c.7, lett. b), stabilisce 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". La norma citata, evidentemente, intende favorire la massima partecipazione a questo tipo di gare, aprendo il mercato, particolarmente concentrato tra poche imprese presenti nel settore con una posizione consolidata e dominante, anche ad altri operatori economici che non posseggono la rete ma che possono, in sede di offerta, impegnarsi a costituirla.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

Ritiene che la clausola contenuta nel disciplinare che prescrive ai partecipanti di presentare, in sede di offerta, un elenco contenente i dati degli esercenti convenzionati, o convenzionabili, da comprovare entro 15 giorni dall'aggiudicazione provvisoria si ponga in contrasto con la normativa e con i principi di parità di trattamento e di libera concorrenza.

Dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione alla Provincia di Lodi e al segnalante.

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente supplente: Piero Calandra

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito