

Intervento del Presidente cantone presso la Commissione Agricoltura del Senato – Roma, 15 febbraio 2017

Esame disegno di legge n. 2037 del 4 agosto 2015 – “Disposizioni in materia di servizi di ristorazione collettiva”

Il disegno di legge in oggetto (A.S. n. 2327) recante disposizioni in materia di servizi di ristorazione collettiva risponde a più esigenze, anche molto diverse fra loro, che vanno dalla promozione di abitudini alimentari corrette per la prevenzione di patologie cronico-degenerative, alla valorizzazione dei prodotti agricoli di qualità, quale leva per il mondo produttivo. L'impostazione del disegno di legge rende evidente l'obiettivo di dettare una disciplina di settore che coniughi politiche della salute con politiche più prettamente afferenti alla sfera economia.

Il disegno di legge in esame – comunicato alla Presidenza del Senato il 4 agosto 2015 – necessita di una revisione complessiva al fine di renderlo compatibile con il novellato quadro normativo di riferimento ed in particolare con il nuovo Codice dei contratti pubblici che ha abrogato il d.lgs. n. 163/2006. Per quanto di competenza dell'Autorità, si rappresenta quanto segue.

L'art. 1 dispone che l'affidamento e lo svolgimento del servizio di ristorazione collettiva sia effettuato in conformità alla normativa dell'Unione europea vigente, nonché alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture di cui al d.lgs. n. 163/2006. Come già detto, il riferimento normativo corretto è il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

L'art. 5 rubricato “Ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica” si compone di 13 commi e disciplina in maniera puntuale le modalità di affidamento dei contratti pubblici relativi ai servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica.

In particolare, il comma 1 qualifica i servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica come servizi pubblici essenziali ed il comma 2 definisce le modalità di affidamento dei contratti pubblici relativi ai servizi di cui al comma 1, precisando che le procedure di selezione dell'offerta devono avvenire sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) e che è, comunque, esclusa l'applicazione del criterio del prezzo più basso.

A tale riguardo, deve essere innanzitutto precisato che il riferimento normativo non è più l'art. 83, del citato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 bensì l'art. 95, comma 3 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. E, in particolare, l'art. 95, comma 3 recita: “Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1”. Pertanto, considerato che l'ordinamento prevede già quale unico criterio di aggiudicazione dei contratti pubblici relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica quello dell'offerta economica più vantaggiosa, sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo, appare sufficiente che l'articolo 5, comma 2 del disegno di legge in esame effettui un mero rinvio all'art. 95, comma 3 del Codice senza specificare il criterio di selezione dell'offerta. Coerentemente con il predetto richiamo all'art. 95, comma 3 deve

essere espunto il comma 3, lettere a) e b) ed il comma 4 in quanto non più coerenti con la nuova disposizione di legge.

Il comma 5 stabilisce che le procedure di selezione dell'offerta devono essere fondate su parametri di qualità. Lo stesso comma 5 individua, altresì, alcuni ambiti cui i parametri di qualità possono essere riferibili, quali, per es. gli indici di valorizzazione di offerte di alimenti a filiera corta, l'utilizzo di prodotti alimentari a ridotto impatto ambientale quali alimenti provenienti da produzione biologica e da produzione integrata, la valorizzazione delle imprese agricole che dispongono di autonome piattaforme alimentari, la formazione del personale, avendo riguardo ai progetti di promozione della salute, il monitoraggio dei cibi prodotti in eccesso e non utilizzati, etc.. Ed il successivo comma 6 dispone che almeno il 60% dei parametri di cui al comma 5 deve essere espresso in forma univocamente qualitativa e secondo criteri di valorizzazione oggettivamente stabiliti nel bando di gara.

Con le previsioni di cui ai commi 5 e 6, il legislatore ha inteso rafforzare ulteriormente la scelta operata con l'individuazione del criterio dell'OEPV quale unico criterio di aggiudicazione dei contratti pubblici relativi ai servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica. Tale scelta appare condivisibile.

Sull'argomento si rappresenta che l'Autorità ha ricevuto le segnalazioni di alcune associazioni di categoria le quali hanno evidenziato – coerentemente con la proposta di legge in esame – che la ristorazione collettiva appartiene a quell'area di servizi alla persona in cui il solo elemento prezzo è inidoneo ad individuare l'offerta che meglio soddisfa l'interesse pubblico. Tuttavia nonostante il comma 3 dell'art. 95 imponga per i servizi in esame l'obbligo di utilizzo del criterio della OEPV nella prassi, si sarebbero verificati numerosi casi in cui è di fatto premiato il minore prezzo, pur applicando, la stazione appaltante, nominalmente il criterio dell'OEPV, ciò a causa dell'attribuzione del punteggio economico sulla base della formula cosiddetta dell'interpolazione lineare che può attribuire, come peraltro segnalato dall'Autorità, differenze di punteggio notevoli anche in presenza di minime differenze nei ribassi.

La tendenza descritta sembrerebbe costringere le imprese del settore a competere solo sul terreno del contenimento dei costi, a scapito della qualità del servizio offerto all'utenza. Al riguardo una delle associazioni di categoria ha osservato che la formulazione del criterio di aggiudicazione deve consentire la valorizzazione del progetto tecnico proposto ed evitare l'appiattimento delle offerte medesime. In particolare, ritiene che l'utilizzo di formule che prevedono come elementi di valutazione gli sconti percentuali offerti e non i valori assoluti dei prezzi, generi forti differenziazioni nei punteggi, anche in presenza di minime differenze tra gli sconti; questo andrebbe ad amplificare il peso del prezzo sulla qualità vanificando ogni tentativo di valorizzare l'elemento tecnico, sia da parte degli operatori economici, nella fase di presentazione delle offerte, sia da parte della commissione di gara, nella fase di valutazione qualitativa dei progetti. Anche le formule descritte nelle Linee Guida n. 2 sull'OEPV rischierebbero, ad avviso di questi, di annullare le innovazioni introdotte con il Codice.

In ordine alle osservazioni presentate in merito alle Linee Guida n. 2 sull'OEPV, giova evidenziare che, trattandosi di atto a carattere generale, le stesse non possono fornire indicazioni relative a settori e/o mercati specifici. Le stazioni appaltanti sono tenute, di volta in volta, in base alle peculiarità del settore e/o mercato in cui hanno interesse a svolgere la procedura di selezione del contraente, ad analizzare e a valutare le formule di aggiudicazione più rispondenti alle proprie esigenze.

L'Autorità nelle Linee Guida ha, tuttavia, analizzato i vantaggi del ricorso a differenti formule di attribuzione del punteggio economico, indicando come la scelta dell'interpolazione lineare deve essere effettuata quando si vuole privilegiare la componente prezzo, mentre si deve ricorrere ad altre formule di tipo concavo (ovvero con la curva situata al disopra della retta rappresentante l'interpolazione lineare) se si vuole evitare il ricorso a ribassi eccessivi.

Ad esempio, nelle Linee Guida è espressamente chiarito che «il vantaggio della formula bilineare è quello di scoraggiare offerte con ribassi eccessivi (poiché ricevono un punteggio incrementale ridotto) e di limitare l'inconveniente, evidenziato per il metodo dell'interpolazione lineare, di valorizzare eccessivamente differenze contenute in termini di prezzo». Si evidenzia, inoltre, che formule diverse da quelle descritte nelle Linee Guida possono produrre effetti distorsivi laddove annullano l'entità del ribasso offerto ai fini dell'aggiudicazione della gara.

Considerata la rilevanza economica del settore e degli interessi pubblici coinvolti, l'Autorità sta valutando l'opportunità di un atto di regolazione a carattere generale finalizzato a illustrare le principali criticità che possono interessare le procedure di selezione del contraente nel settore della ristorazione collettiva, al fine di individuare gli strumenti utilizzabili dalle stazioni appaltanti per gestire efficacemente tali procedure e raggiungere gli obiettivi prefissati.

Si tratterà, ad esempio, di fornire indicazioni specifiche sulle modalità di utilizzo del criterio dell'OEPV, con particolare riferimento agli accorgimenti da utilizzare per assicurarsi che la componente "qualità" prevalga effettivamente sulla componente "prezzo", come l'attribuzione di una maggiore quota della prima rispetto alla seconda, l'utilizzo di una formula bilineare al posto di una interpolazione lineare, etc..

Potrà essere utile, altresì, fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per distinguere i requisiti di ammissione alla gara dai requisiti il cui possesso è richiesto ai fini della valutazione del progetto tecnico, individuandoli in modo che essi possano portare ad un miglioramento effettivo del servizio offerto, nonché per inserire nei bandi di gara elementi necessari a definire in modo obiettivo e puntuale il contenuto dei requisiti richiesti e consentire una efficace verifica del possesso degli stessi. Tale indirizzo sarebbe coerente con il disegno di legge in esame.

Il comma 7 stabilisce che l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) predisponga entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge, un modello di bando (bando-tipo) per l'affidamento dei servizi in questione. A tale proposito è possibile osservare che l'art. 71 del Codice dei contratti pubblici affida già all'ANAC il compito di redigere i bandi tipo "al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte" e prevede, altresì, che i bandi di gara siano redatti da parte delle stazioni appaltanti in conformità agli stessi. Le stazioni appaltanti si devono, dunque, conformare ai bandi tipo dell'ANAC, salvo la possibilità di discostarsi dalle previsioni in essi contenute dandone espressa motivazione nella delibera a contrarre. I bandi tipo sono da intendersi quali atti di indirizzo a valenza rinforzata, in quanto non hanno carattere vincolante ma per non adeguarvisi è necessario darne appropriata motivazione. Tenuto conto che la norma così come formulata nel ddl in esame risulta coerente con la previsione di carattere generale di cui all'art. 71 del Codice dei contratti pubblici, essa è condivisibile.

Si rimette, invece, alla valutazione del Parlamento l'opportunità di prevedere un termine più ampio, rispetto agli attuali 90 gg., entro il quale l'Autorità dovrà adottare il bando tipo in questione. L'adozione del Bando tipo prevede, infatti, sia la consultazione degli stakeholder sia la redazione dell'AIR e della VIR oltre che ovviamente dello stesso bando tipo. Si ritiene, pertanto, che il termine per adempiere debba essere necessariamente più ampio rispetto a quello attualmente previsto.

Il comma 9 prevede che l'ANAC proceda ogni anno alla elaborazione del prezzo medio del pasto, distinto per aree territoriali e per tipologia di ristorazione pubblica, con specifico riferimento a quella ospedaliera, scolastica e assistenziale. La norma proposta prevede, altresì che costituisca indice di anomalia dell'offerta la circostanza che il valore del prezzo risultante dall'aggiudicazione provvisoria sia inferiore al costo medio del pasto determinato annualmente dall'ANAC.

La norma, così come proposta nel disegno di legge in esame non appare più attuale e deve essere riformulata tenendo conto del novellato quadro normativo; inoltre, la stessa presenta alcune problematiche che si vanno di seguito rappresentando.

Si suggerisce innanzitutto di eliminare il riferimento ad una elaborazione annuale dei prezzi, rimettendo all'Autorità il compito di effettuare, sempre con cadenza annuale, un aggiornamento dei prezzi esistenti. Tale proposta consentirebbe, infatti, sia di ottenere una verifica costante dell'attualità dei prezzi sia di contenere i costi di elaborazione degli stessi, tenuto conto che i servizi di ristorazione non subiscono cambiamenti particolarmente significativi in tempi molto brevi. Inoltre, la suggerita formulazione risulta compatibile sia con rilevazioni annuali/continue, laddove sia possibile implementarle, sia con un meccanismo di aggiornamento annuale sulla base di un indice dei prezzi elaborato da Istat.

Si propone, altresì, di espungere dalla formulazione originaria il riferimento all'art. 7 del d.lgs. n. 163/2006 in quanto la norma è stata abrogata dal d.lgs. n. 50/2016 che, fra l'altro, non prevede più un'analoga previsione. Il nuovo codice dei contratti pubblici, infatti, non fa più riferimento ai costi standard, fatta eccezione per un rinvio contenuto all'art. 106, lett. a) tant'è che, considerata la rilevanza della funzione, il Consiglio dell'Autorità ha ritenuto di riproporre, in sede di decreto correttivo del Codice, l'attribuzione della competenza dell'ANAC in merito alla definizione dei costi standard e dei prezzi di riferimento[1].

Si suggerisce, inoltre, di inserire nella nuova formulazione della norma il riferimento "alle normative di settore". Tale precisazione appare necessaria in quanto esiste un problema di compatibilità fra la norma generale che dispone in merito all'elaborazione dei prezzi di riferimento e le specifiche normative di settore; per esempio, per i servizi di ristorazione in ambito sanitario, il riferimento normativo è il d.l. n. 98/2011 che prevede il calcolo dei prezzi di riferimento sulla base di precise indicazioni che vengono dettate dalla stessa norma. Ed infatti, l'Autorità con la delibera n. 1204 del 23 novembre 2016 ha elaborato i prezzi di riferimento dei servizi di ristorazione in ambito sanitario. Al riguardo si deve precisare che la definizione dei prezzi di riferimento in ambito sanitario secondo il d.l. n. 98/2011 determina effetti molto più stringenti sul mercato rispetto a quelli di cui alla norma proposta nel testo del disegno di legge in esame, atteso che il percentile prescelto, secondo le indicazioni del d.l. 98/2011, è molto più performante del prezzo medio suggerito nella proposta di norma. Pertanto, la stazione appaltante, ai fini della determinazione della base d'asta, dovrebbe tenere conto del prezzo di riferimento e non del prezzo medio. Una formulazione della norma che non tenesse conto delle normative di settore andrebbe in contrasto, per esempio, con la disciplina di cui al d.l. 66/2014, che prevede, peraltro, effetti regolatori assai stringenti (prezzo di riferimento come prezzo massimo di aggiudicazione e conseguente nullità dei contratti stipulati in violazione di tale prezzo).

Si propone, inoltre, di eliminare anche il riferimento alle specifiche aree territoriali in quanto potrebbe creare una serie di problemi tenuto conto del fatto che la localizzazione geografica è in generale analizzata ai fini della determinazione del prezzo di riferimento e potrebbe astrattamente dare luogo ad una variabile suscettibile di valorizzazione senza essere necessariamente coerente con prezzi medi differenziati tra aree territoriali distinte.

Si suggerisce, infine, di prevedere che costituisce indice di anomalia dell'offerta, la circostanza che il valore del prezzo risultante dall'aggiudicazione provvisoria sia significativamente inferiore ai prezzi determinati dall'Autorità; solo in tali casi l'amministrazione dovrebbe avere l'obbligo di procedere con la verifica di congruità. Sarebbe paradossale che l'anomalia venisse verificata nei casi di prezzi provvisori inferiori a quelli medi, atteso che questi ultimi sarebbero presumibilmente quasi certamente di gran lunga superiori a quelli di riferimento. Il meccanismo di anomalia dell'offerta previsto nella proposta darebbe poi luogo a situazione a dir poco paradossali. Un prezzo provvisorio inferiore al prezzo medio darebbe luogo alla verifica di anomalia, pur essendo quasi certamente al di sopra del

prezzo di riferimento e, quindi, sottoposto al meccanismo della rinegoziazione e dell'eventuale recesso del contratto, nel caso del d.l. 98/2011 (servizi di ristorazione ospedaliera), o addirittura nullo ai sensi del d.l. 66/2014 (servizi di ristorazione scolastica e assistenziale).

La riformulazione del comma 9 potrebbe, pertanto, essere la seguente: “L’ANAC procede ad elaborare, pubblicare ed aggiornare annualmente i prezzi di riferimento dei pasti, distinti per tipologia di ristorazione pubblica, con specifico riferimento a quella ospedaliera, scolastica e assistenziale. Le amministrazioni aggiudicatrici, al momento della determinazione della base d’asta, fatte salve le normative di settore sui prezzi di riferimento, devono tenere conto dei prezzi pubblicati dall’ANAC. Costituisce indice di anomalia dell’offerta, con conseguente obbligo per l’amministrazione di procedere alla verifica di congruità, la circostanza che il valore del prezzo risultante dall’aggiudicazione provvisoria sia significativamente inferiore ai prezzi di riferimento determinati dall’ANAC”.

Il comma 10 dispone che nelle procedure di affidamento del servizio di ristorazione pubblica è applicato l’istituto dell’avvalimento, ad esclusione di quello avente per oggetto le certificazioni di qualità. Tale norma appare coerente con il quadro normativo vigente e con gli orientamenti della giurisprudenza (si v. Consiglio di Stato n. 5695 del 19 novembre 2014).

Il comma 11 individua il requisito di capacità economica che le imprese devono possedere per accedere alle gare della ristorazione ovvero un fatturato sullo specifico servizio, calcolato sulla media dell’ultimo triennio, pari almeno al valore della gara e, comunque, non superiore al doppio. Tale previsione risulta coerente con le indicazioni contenute nella direttiva 2014/24 all’art. 58, paragrafo 3, comma 2 nella parte in cui prevede che il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere non deve superare il doppio del valore stimato dell’appalto; la norma proposta è, quindi, ancora più favorevole in ottica pro-concorrenziale in quanto consente alle imprese la dimostrazione del fatturato non nell’anno precedente ma nel triennio.

Il comma 13 deve essere abrogato in quanto il riferimento all’art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 non è più attuale.

L’art. 6 disciplina l’istituzione di un Albo dei fornitori per l’affidamento dei servizi di ristorazione scolastica, assistenziale e ospedaliera, anche sopra soglia comunitaria. Tale previsione non appare condivisibile e comunque risulta in parte superata dall’entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici. Non appare condivisibile nella parte in cui prevede la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere ad un albo dei fornitori anche per le procedure superiori alla soglia comunitaria, in quanto significherebbe introdurre una sostanziale per gli affidamenti sopra soglia comunitaria deroga alle procedure ordinarie come previste nel codice dei contratti pubblici.

Una volta espunto il riferimento alle procedure superiori alla soglia comunitaria, la norma dovrebbe essere riformulata in maniera da renderla coerente con le disposizioni di cui all’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 “Contratti sotto soglia”. A tale proposito si rappresenta che l’Autorità ha già adottato la Linea Guida n. 4, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante “Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”.

Raffaele Cantone