

## PARERE N. 167 DEL 10/10/2012

### PREC 177/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da A.N.S.E.B. - Procedura aperta per l'affidamento del servizio sostitutivo mensa per i dipendenti della Regione Liguria, degli enti del settore regionale allargato e degli enti strumentali - Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: € 7.326.788,00 - S.A.: Regione Liguria.

**Remuneratività del prezzo a base d'asta - Servizi aggiuntivi - Violazione dell'art. 46, comma 1 bis d.lgs. n. 163/2006**

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 7 agosto 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Associazione Nazionale Società Emittitrici Buoni Pasto (ANSEB), ha chiesto un parere in merito alla legittimità della disciplina di gara predisposta dalla Regione Liguria per l'affidamento del servizio mensa in oggetto.

Lamenta l'istante A.N.S.E.B. che le condizioni tecniche ed economiche della gara non consentirebbero alle imprese di settore di formulare un'offerta con un margine di utile e quindi nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria in materia, in quanto le disposizioni [Disciplinare: Sezione A), relativa all'Offerta Tecnica, punti 2 e 4; Sezione B)] che stabiliscono la percentuale massima di commissione (non superiore al 5,19%) e lo sconto minimo (non inferiore al 17,19%) fisserebbero dei limiti tra di loro inconciliabili ai fini della predisposizione di un'offerta congrua, anche in considerazione della gratuità e facoltatività dei servizi aggiuntivi intrinseci e predeterminati in sede di bando e della possibilità di fornirne altri non meglio specificati, nonché ulteriori migliorie qualitative non in grado di incidere sulle commissioni praticate. Inoltre, la Regione Liguria avrebbe violato precise indicazioni di questa Autorità (Determinazione n. 5/2011) nel non predeterminare i servizi aggiuntivi e nell'utilizzare i ricavi da questi scaturenti in sede di verifica di congruità delle offerte anomale. L'istante evidenzia, in punto di fatto, che la S.A., nel replicare all'istanza di annullamento in autotutela della gara (nota del 20 luglio 2012), ha affermato che la congruità è riferita " *alla stazione appaltante ed agli enti aderenti alla relativa convenzione* ", senza quindi considerare che il relativo peso economico andrebbe a gravare esclusivamente sugli esercenti convenzionati.

Pertanto, l'Associazione istante solleva, sotto distinti e concorrenti profili, i vizi della violazione di legge e dell'eccesso di potere, in quanto la Regione Liguria avrebbe indetto una procedura di gara senza previamente valutarne la necessaria sostenibilità economica, in contrasto con l'art. 89 del d.lgs. n. 163/2006. La materiale impossibilità di formulare un'offerta congrua deriverebbe, oltre che dai richiamati limiti, ovvero dalla differenza negativa tra la percentuale massima di commissione (non superiore al 5,19 %) e lo sconto minimo (non inferiore al 17,19 %), anche dalla percentuale di scorporo (9,1 %) e dalle voci di costo del servizio (verifiche ispettive, *addendum* da fare sul territorio, cauzione provvisoria e definitiva, polizze assicurative, ecc.). Inoltre il bando di gara avrebbe introdotto, per tal via, delle sanzioni di esclusione per mancata osservanza delle condizioni economiche imposte, in violazione dell'art. 46, comma 1- *bis*, del Codice dei contratti pubblici. L'istante lamenta, infine, la contraddittorietà del bando, ove prima esclude e poi consente di apportare varianti migliorative, e la indebita integrazione della disciplina di gara per effetto della su citata nota del 20 luglio, nella parte in cui afferma che la gratuità dei servizi aggiuntivi deve essere riferita alla sola stazione appaltante.

All'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 8 agosto 2012, la Regione Liguria, che nel caso di specie ha operato come Centrale di committenza e Stazione Unica Appaltante, ha ribadito la conformità del bando alla disciplina di cui all'art. 6, comma 1- *ter* della legge regionale 9 maggio 2003, n. 13, nonché ai decreti legge nn. 94 e 96 del 6 luglio 2012 in ordine alla necessità di adeguarsi agli esiti delle gare espletate da CONSIP S.p.A.. La Regione altresì precisa che la gratuità dei servizi aggiuntivi va riferita alla sola stazione appaltante e agli altri enti convenzionati e che il loro peso ai fini del punteggio complessivo è da considerare limitato (2 punti su 60).

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la l'asserita illegittimità della disciplina di gara indetta dalla Regione Liguria per l'affidamento del servizio in oggetto. Al fine di definire la suddetta questione e stabilire se effettivamente la disciplina di gara, così come costruita, non consente la formulazione di un'offerta congrua, pare opportuno riprodurre l'esatto tenore delle previsioni di *lex specialis* ritenute tali da ingenerare tale distonia. In particolare, gli strali dell'istante si indirizzano nei riguardi del Disciplinare di gara e segnatamente dei punti 2 e 4 della Sezione A), relativa all'Offerta Tecnica, del secondo capoverso della Sezione B), relativa all'Offerta Economica, e dell'art. 5, laddove rispettivamente prevedono quanto segue:

- “ [...] la percentuale massima di commissione (in cifre e in lettere) che il concorrente si impegna a non superare con riferimento sia agli esercizi convenzionati che a quelli non convenzionati presso i quali siano comunque spesi i Buoni pasto oggetto della presente gara; tale percentuale non potrà superare il limite del 5,19 % (...). Le offerte contenenti una percentuale massima di commissione superiore a tale limite saranno escluse dalla gara (...)”;
- elaborato contenente la descrizione di un progetto migliorativo della fornitura oggetto della presente gara mediante la proposta dei seguenti servizi di pertinenza intrinseca alla prestazione principale proposti dal concorrente a titolo assolutamente facoltativo e gratuito, nonché qualunque altra proposta avente comunque le finalità di migliorare dal punto di vista qualitativo le prestazioni finali, anche verso i fruitori dei buoni pasto oggetto della presente gara, senza modificare le commissioni di rimborso agli esercizi convenzionati e senza alcuna imposizione che possa condizionare il contratto di convenzionamento con i medesimi esercizi e mantenendo altresì invariati i livelli indicati in sede di offerta [...];
- [...] lo sconto minimo posto a base di gara è pari al 17,19 % [...]; le offerte contenenti uno sconto inferiore a quello posto a base di gara saranno escluse dalla gara [...];
- [...] la scelta del contraente verrà effettuata da una Commissione giudicatrice [...], la quale attribuirà un punteggio ad ogni offerta, sino ad un massimo di 100 punti, determinato sulla base degli elementi e criteri di valutazione di seguito indicati: [...] d) altri eventuali servizi aggiuntivi migliorativi 2 [...]” .

La Società istante invoca da parte di questa Autorità una indagine sulla idoneità dei criteri di formulazione delle offerte economiche nella pubblica gara in oggetto a salvaguardare il principio di remuneratività delle offerte, assumendo, in primo luogo, la novità della fissazione di limiti massimi (sulle percentuali di commissione) e dei limiti minimi (sullo sconto da praticare), che sarebbero tali da generare una differenza negativa e quindi un utile negativo, pertanto da ritenere insostenibile da parte delle imprese di settore.

Vale il caso preliminarmente osservare che, secondo costante riflessione giurisprudenziale, la disamina della disciplina di gara, al fine di verificare che la sua formulazione consenta la predisposizione di offerte in grado di generare un margine di utile per l'impresa aggiudicataria, soggiace a limiti che risentono della necessità di escludere il rischio di trasmodare nel merito di scelte imprenditoriali, in quanto tali *ab externo* insondabili. Si osserva infatti che “ *In un regime di libera concorrenza, le Stazioni appaltanti non hanno l'obbligo di porre a base d'asta un prezzo remunerativo o di inserire clausole (non discriminatorie) che producano un effetto di non remuneratività dell'opera prestata per il servizio o per il lavoro eseguito, atteso che il mercato deve assicurare la possibilità di partecipare alle varie iniziative economiche poste in essere dai soggetti pubblici operanti in ambito comunitario, ma non pure costringere l'Amministrazione a formulare prezzi-base tali da assicurare un guadagno in ogni caso; pertanto, è inammissibile l'impugnazione del bando di gara fondata sulla detta non remuneratività del prezzo a base d'asta, dovendo l'ostacolo alla partecipazione alla gara stessa avere natura obiettiva e non meramente soggettiva (o di mera opportunità)* ” (cfr. TAR Milano, Sez. I, n. 5755 del 10 dicembre 2008).

Fatta questa necessaria premessa, occorre prendere atto che la normativa in materia, così come evidenziato dall'Amministrazione nella nota di risposta all'istanza di autotutela avanzata dall'istante e nella successiva memoria indirizzata a questa Autorità in sede istruttoria, prevede l'obbligo dell'Amministrazione regionale di adeguarsi ai parametri forniti dalle “ *convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.* ” (v. art. 7, comma 1, D.L. n. 52/12). La normativa regionale (art. 6, comma 1- *ter* della legge regionale 9 maggio 2003, n. 13) a sua volta prevede che “ *Ai fini della stipulazione delle convenzioni di cui al comma 1 (cioè quelle “stipulate dalla Regione, quale centrale di committenza, ai sensi del combinato disposto dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”) si tiene conto dei parametri prezzo qualità contenuti nelle convenzioni quadro stipulate dalla Consip S.p.A. ai sensi della vigente normativa* ”. L'Amministrazione ha quindi rappresentato, nella memoria depositata agli atti del procedimento di precontenzioso, di aver tenuto conto dei parametri derivanti dalla Convenzione stipulata da CONSIP S.P.A. denominata “ *Buoni pasto 5” ai fini della quantificazione della percentuale massima di commissione e dello sconto minimo applicato al valore facciale del buono pasto, rispettivamente al 5,19% e al 17,19%*.”

Orbene, i limiti massimi e minimi, rispettivamente imposti sulla percentuale di commissione e sullo sconto da praticare, appaiono esattamente conformi alle risultanze della “GARA CONSIP BUONI PASTO EDIZIONE 5” per il lotto n. 1, le cui percentuali di commissione e di sconto sono per altri lotti addirittura più gravosi. In particolare, per il lotto n. 5 la percentuale di sconto è stata di 18,76; per il lotto n. 4, di 17,63 e per il lotto n. 3, di 17,81. La percentuale di commissione, invece, per il lotto n. 3, è stata di 5,01; per il lotto n. 4, di 1,75 e, per il lotto n. 5, di 4,00. Si può quindi affermare che i valori presi in considerazione nella procedura selettiva in oggetto rispecchiano quelli medi ricavabili dalla gara CONSIP di riferimento, cosicché non convincono le perplessità sollevate dall'istante in ordine ad un preteso sensibile scostamento da tali valori.

Con altro profilo di censura, l'istante però lamenta anche la violazione dei criteri stabiliti da questa Autorità con la Determinazione n. 5/2011, laddove il disciplinare di gara non predetermina tutti i servizi aggiuntivi, attribuendo così alla commissione il compito di stabilire, volta per volta, il necessario regime di connessione con la prestazione principale. Inoltre, l'affermazione della stazione appaltante, contenuta nella nota citata in punto di fatto, circa la gratuità dei servizi aggiuntivi per la sola stazione appaltante e gli enti convenzionati, sarebbe tale da indebitamente integrare la normativa di gara, da violare l'art. 62, comma 2, del D.L. n. 1/12 nonché la predetta Determinazione

dell'Autorità perché i ricavi provenienti da tali servizi sarebbero utilizzabili in sede di verifica delle offerte anomale. Tali servizi aggiuntivi avrebbero per giunta un peso ponderale (7 punti) prevedibilmente decisivo ai fini dell'aggiudicazione.

Sotto tal profilo le perplessità manifestate dall'istante sono da ritenere fondate. La disciplina di gara, invero, non appare conforme ai criteri di cui alla citata Determinazione n. 5, proprio per quanto attiene alla identificazione dei Servizi aggiuntivi di cui al " *Criterio 4 - Progetto migliorativo* ". A tal riguardo è previsto un punteggio complessivo di punti 7, ripartito tra i servizi consistenti nella messa a disposizione attraverso il proprio sito internet di un servizio di " *tracciabilità on line dello stato dell'ordine* " e di " *tracciabilità on line dello stato delle fatture* ", nonché nella garanzia circa la provenienza della carta utilizzata da " *cellulosa estratta da legname proveniente da foreste controllate* ". Ebbene se, per la gran parte, i servizi aggiuntivi sono stati esattamente identificati in seno alla disciplina di gara, ciò non risulta avvenuto per la totalità degli stessi, atteso che in corrispondenza della voce specifica " *altri eventuali servizi aggiuntivi migliorativi* " è prevista l'assegnazione di un punteggio pari a 2, che, per quanto di ridotta grandezza rispetto a quello complessivo di 60 non può escludersi possa risultare decisivo all'esito della gara. La mancata predeterminazione di tutti i servizi aggiuntivi si risolve in contrasto con la Determinazione n. 5 del 20 ottobre 2011, volta alla soluzione delle questioni interpretative **concernenti le procedure di gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa tramite buoni pasto**, laddove l'Autorità, nell'emanare talune 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 afferma che " *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* ". A più riprese l'Autorità ha infatti inteso sottolineare l'esigenza, in primo luogo, di stabilire, da parte delle stazioni appaltanti, fin dalla redazione della documentazione di gara, tutti i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di assicurare compiuto rispetto alla previsione di cui all'art. 83 del Codice dei contratti pubblici. Per quanto attiene specificamente ai servizi aggiuntivi l'Autorità ha osservato che se " *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* ". Ne consegue la fondatezza delle doglianze dell'istante, laddove osserva che la mancata predeterminazione dei servizi aggiuntivi comporta il deferimento alla commissione del compito di valutare la loro connessione con l'oggetto del contratto. Con riferimento invece alla contestata previsione circa la gratuità e facoltatività dei servizi aggiuntivi predeterminati in sede di bando, vale precisare che con la Determinazione n. 5/2011 l'Autorità ha affermato il principio della facoltatività dei servizi aggiuntivi "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* ". Pertanto "i servizi aggiuntivi non possono in alcun caso essere imposti alla rete degli esercenti o costituire condizioni per l'ingresso o la permanenza nella rete stessa".

Ma si profila la illegittimità della disciplina di gara anche sotto altro profilo, lamentando l'istante la possibile violazione l'art. 46 comma 1- *bis* del d.lgs. 163/2006, così come introdotto dal decreto legge n. 70/2011 concernente Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia (convertito in legge n. 106/2011), il quale prevede che " *La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle* ". In merito alla *ratio* di tale recente modifica normativa il T.A.R. Lazio Roma, sez. I *bis*, con la sentenza n. 9791 del 15 dicembre 2011, ha chiarito che il Legislatore, ispirato anche dal principio del *favor participationis*, ha limitato il numero di esclusioni fondate su elementi di carattere formale. L'intento è stato quello di tutelare in modo sostanziale e concreto il principio di derivazione comunitaria della concorrenza oltre quello, più esattamente politico-economico-sociale, di ridurre il contenzioso in materia di appalti. Secondo il nuovo testo del citato art. 46, la stazione appaltante può escludere le imprese dalla gara di appalto esclusivamente in caso di:

- mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (DPR n. 207/2010) e da altre disposizioni legislative vigenti;
- incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di

altri elementi essenziali;

- non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura del plico, tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Invero, in sede pretoria, non si è mancato di rilevare una certa oscurità del testo normativo, in quanto, si afferma, che *“ la formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi ”* (cfr. Tar Liguria, n. 1396 del 26.09.2011).  
Or dunque, le fattispecie escludenti contemplate dalla disciplina di gara in contestazione, laddove impone il rispetto dei limiti anzidetti in sede di predisposizione dell'offerta tecnica ed economica, pare esorbitare dal perimetro tracciato dalla norma entro il quale possa esplicarsi il potere sanzionatorio della S.A. con immediati effetti ostativi alla partecipazione alla gara, non essendo riconducibili ad alcuna delle ipotesi generali descritte dal legislatore.

In base a tutto quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla Regione Liguria per l'affidamento del servizio sostitutivo mensa non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2012*

Il Segretario Maria Esposito