



**CONFCOMMERCIO**  
IMPRESE PER L'ITALIA

*“Indagine conoscitiva sull'applicazione del codice dei contratti  
pubblici”*

**SENATO DELLA REPUBBLICA**

**8<sup>a</sup> Commissione - Lavori pubblici, comunicazioni**

**Roma, 10 aprile 2019**

## PREMESSA

Confcommercio, accoglie con favore l'iniziativa di codesta Commissione di avviare un'indagine conoscitiva in merito ai profili applicativi del codice dei contratti pubblici che, come noto, contrariamente alle aspettative (alte, a dire il vero) che hanno preceduto la sua entrata in vigore, si è rivelato nella prassi inefficace, quando non addirittura inadeguato, rispetto agli obiettivi macroeconomici di rilancio degli investimenti pubblici e di contenimento dei costi, nonché alle esigenze del mercato di procedure snelle e rapide, in grado di rispondere tanto alle esigenze delle pubbliche amministrazioni, interessate a soddisfare i propri bisogni nel minor tempo ed alle migliori condizioni possibili, quanto a quelle degli operatori economici, interessati parimenti a svolgere la propria attività in un quadro di regole chiare, di tempi certi, con oneri amministrativi e burocratici quanto più possibile ridotti.

Già in passato, in occasione dell'iter parlamentare d'approvazione della legge delega per il recepimento delle tre direttive europee riconducibili al c.d. "Pacchetto appalti", Confcommercio aveva avuto modo di rappresentare il punto di vista delle imprese associate - che, come noto, operano principalmente nei settori dei servizi e delle forniture - esprimendo un giudizio tendenzialmente positivo rispetto ad alcune tra le principali linee d'intervento allora prospettate tra cui, in particolare la previsione di misure volte a garantire un maggiore accesso delle PMI agli appalti pubblici e il perseguimento del miglior rapporto qualità-prezzo attraverso la valorizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure d'aggiudicazione.

Anche la previsione di un corpus normativo più snello, destinato nelle intenzioni del legislatore ad una maggiore stabilità nel tempo, accompagnato dall'innovativo ricorso a strumenti di soft-law per declinarne nel dettaglio i profili applicativi, in quanto più flessibili e dunque (almeno in linea teorica) maggiormente idonei ad adattarsi alle mutevoli esigenze del mercato, era stata inizialmente accolta con favore anche se successivamente, già durante la fase d'approvazione delle prime linee guida ANAC, sono emerse le numerose problematiche legate a tale modalità di regolamentazione, anche a causa delle lacune e/o delle imperfezioni normative risalenti al codice (l'esempio più evidente in tal senso è costituito dalle linee guida relative al rating d'impresa).

L'ulteriore obiettivo di carattere generale di un'effettiva semplificazione delle procedure e della riduzione degli oneri amministrativi e burocratici, funzionale alla creazione di un ambiente più favorevole alle attività d'impresa in generale e ad agevolare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici (che spesso non dispongono di un'organizzazione ovvero di strumenti adeguati per far fronte a tali oneri, diversamente dalle imprese di maggior dimensioni, che normalmente hanno al loro interno un ufficio gara che cura l'adempimento di tali oneri), appare nella prassi sostanzialmente disatteso, anche se si registrano misure destinate a tale finalità (ad es. il Documento di gara unico o i processi di informatizzazione e di perfezionamento delle banche dati che, tuttavia, appaiono ancora incompleti).

A ciò devono aggiungersi gli effetti negativi in termini di oneri a carico delle imprese conseguenti alle previsioni di carattere processuale relative al c.d. "rito superaccelerato". Come noto, infatti, nell'ambito delle procedure di gara, uno dei principali elementi di costo è connesso alla gestione del contenzioso. In tal senso, le predette misure, sebbene rispondano all'obiettivo di predisporre meccanismi di filtro

per ridurre un contenzioso sproporzionato e spesso strumentale, in quanto finalizzato a bloccare/rallentare le gare in corso, nella prassi hanno comportato un aumento degli oneri che si sono tradotti in costi insostenibili per le PMI, tali da costituire una vera e propria barriera d'accesso alla giustizia in grado di scoraggiare gli operatori che dispongono di minori risorse economiche da destinare al contenzioso. Al riguardo, occorre pertanto ribadire che la necessità di garantire la certezza e la celerità delle procedure di gara non può in alcun modo risolversi in una negazione di giustizia.

Un'ultima notazione di carattere generale riguarda infine l'auspicio, che Confcommercio ha da sempre ribadito in ogni sede, di una disciplina più adeguata ai settori dei servizi e delle forniture che tuttavia, al netto di alcuni oggettivi miglioramenti, anche nell'attuale Codice continua a soffrire della carenza di disposizioni di maggior dettaglio rispetto alle specificità di tali contratti, nonostante gli affidamenti per servizi e forniture superino ormai per numero e per valore quelli di lavori.

L'affermazione secondo cui il paradigma principale su cui si fonda la complessiva disciplina in materia di appalti pubblici continua ad essere rappresentato dagli appalti di lavori è infatti confermata, oltre che dal dato normativo (un esempio in tal senso, trattato nei paragrafi successivi, è costituito dalle disposizioni in materia di lotti funzionali), anche dalla circostanza che l'amministrazione competente - al netto delle indiscutibili ed oggettive competenze - continua ad essere il Ministero delle infrastrutture e trasporti presso i cui tavoli di lavoro vengono sistematicamente convocate, salvo alcune eccezioni, le diverse componenti interessate principalmente alla filiera dei lavori pubblici.

Tanto premesso, si riportano di seguito alcuni approfondimenti relativi alle principali criticità riscontrate dalle imprese associate nei settori di rispettivo interesse.

#### **1. Suddivisione in lotti [art. 3, lett. qq) e lett. ggggg), e artt. 30 e 51, d.lgs. n. 50/2016]**

Il processo di centralizzazione degli acquisti della P.A. in corso da diversi anni e in ultimo proseguito con il codice dei contratti del 2016, ha prodotto, come conseguenza, la concentrazione del potere di acquisto e la drastica diminuzione delle gare, che hanno assunto dimensioni tali da penalizzare, di fatto e in misura sempre maggiore, le PMI, in particolare quelle che operano nel campo della distribuzione di beni e servizi, che vengono sistematicamente *bypassate* da una contrattazione che si rivolge elettivamente ai grandi produttori (nel caso delle forniture di beni) ovvero ai principali *player* del mercato (nel caso dei servizi).

Gli esiti delle gare bandite da CONSIP e dalle centrali d'acquisto regionali (il cui ruolo è stato ulteriormente rafforzato dal D.L. n. 66/2014 che ha reso obbligatorio il ricorso ai soggetti aggregatori per le categorie merceologiche individuate con successivo DPCM), pur prevedendo la suddivisione in lotti, invero obbligatoria per legge ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016, risultano in concreto e sistematicamente in contrasto con l'obiettivo di favorire la più ampia partecipazione delle PMI alle gare, centrale nelle direttive europee del 2014 in relazione al perseguimento dei principali obiettivi di Europa 2020, come espressamente affermato dal *considerando* n. 2 della direttiva 24/2014/UE.



In sostanza, il mercato pubblico di beni e servizi continua a diventare, sempre di più, appannaggio di pochi, ponendo a rischio anche gli obiettivi di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che per realizzarsi richiede risorse aggiuntive che il legislatore europeo immagina di ottenere con un miglioramento delle qualità concorrenziali del mercato in favore delle PMI. In tal senso, infatti, il richiamato *considerando* n. 2 afferma che la precedente disciplina normativa in materia di appalti pubblici *“dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l’efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici”*.

A conferma di un’applicazione, da parte delle stazioni, della disciplina *de quo* in senso difforme da quanto auspicato dal legislatore, europeo e nazionale, si sono registrati nell’ultimo biennio diversi interventi dell’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, sempre più spesso impegnata ad accertare, nell’ambito delle grandi gare pubbliche, l’esistenza di cartelli tra le imprese aggiudicatrici dei lotti che, oltre a impedire il raggiungimento della finalità di contenimento dei costi, hanno altresì penalizzato la grande maggioranza di imprese - principalmente PMI - attive nei comparti economici interessati che sono state fortemente discriminate in favore dei principali player del mercato, a carico dei quali sono state poi accertate le condotte anticoncorrenziali da parte dell’AGCM.

Il nuovo codice, sul punto, non ha dato buona prova di sé; e ciò è dovuto principalmente al mancato adattamento della definizione di “lotto funzionale” - che ben si attaglia agli appalti di lavori, per i quali l’espressione è stata coniata - agli acquisiti di beni e servizi (art. 3, comma 1, lett. qq, d.lgs. n. 50/2016).

Quanto sin qui detto è confermato dai numerosi interventi del Giudice Amministrativo, che da due anni a questa parte continua ad annullare numerose gare d’appalto, per violazione dell’obbligo di suddivisione degli appalti in lotti funzionali (cfr., tra le tante, l’antesignana TAR del Lazio n. 9441/2016, nonché Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2017 n. 1038, Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5224/2017, Consiglio di Stato, Sez. III, 4 febbraio 2019, n. 861), con conseguente inefficienza del sistema e sperpero di denaro pubblico.

In particolare, il CdS ha riconosciuto che il requisito di fatturato costituisce una conseguenza della dimensione del lotto territoriale, la cui eccessiva ampiezza è pregiudizievole al rispetto dei principi di concorrenza, buon andamento dell’amministrazione, ragionevolezza e proporzionalità, in quanto la partecipazione *“sarebbe riservata «solo a pochissimi grandi operatori economici del settore», individuabili in quelli già detentori di posizioni consolidate di mercato (incumbents), e per contro preclusa alle «imprese di media e piccola dimensione»”*.

Più specificamente, è stata ritenuta corretta la valutazione del giudice di primo grado (nel caso di specie il TAR Lazio), focalizzata non tanto sulla congruità del fatturato specifico richiesto per ciascun lotto quanto, piuttosto, sull’idoneità dei lotti in cui è stato suddiviso l’appalto a definire gli ambiti territoriali ottimali *“vale a dire gli ambiti in cui la concorrenza, la cui tutela reca in sé la garanzia di un corretto funzionamento del mercato, possa esplicarsi più efficacemente con conseguente beneficio, oltre che per il mercato, in cui le imprese di settore possono confrontarsi pienamente e liberamente, per la stessa stazione appaltante”*.

Al riguardo, lo stesso CdS ha inoltre precisato che *“La scelta della centrale di committenza di suddividere il territorio nazionale in lotti di dimensioni tali da richiedere un fatturato specifico per la partecipazione in possesso solo degli operatori più rilevanti del mercato, pertanto, ha violato il fondamentale principio del favor participationis limitando in modo irragionevole la facoltà di presentazione individuale delle offerte e non garantendo in tal modo né l’esplicitarsi di una piena apertura del mercato alla concorrenza né i risparmi di spesa potenzialmente derivanti da una più ampia gamma di offerte relative ai singoli lotti”*.

Nelle considerazioni conclusive, il CDS ha confermato che *“le dimensioni dei lotti, i requisiti di fatturato richiesti, la possibilità di partecipare a più di lotti e il cumulo di requisiti imposto per questa eventualità sono sproporzionate rispetto alle esigenze di massima concorrenzialità e - come evidenziato dal Tribunale amministrativo - irragionevolmente lesive dell’interesse della stessa amministrazione a favorire la più ampia partecipazione di operatori privati al fine di conseguire i maggiori risparmi economici che solo un confronto competitivo ampio può assicurare. Del pari, le medesime circostanze denotano una carente istruttoria da parte della centrale di committenza nell’individuazione di dimensioni territoriali dei lotti ottimali e cioè in grado di bilanciare gli interessi ora esposti con quello di non segmentare eccessivamente le convenzioni da aggiudicare all’esito della gara”*.

Un simile indirizzo è stato successivamente confermato anche dalla III Sezione del CdS, con la sentenza 23 novembre 2017, n. 5224, che oltre a censurare il bando oggetto del giudizio *de quo*, affermando che il frazionamento *“in lotti di dimensioni economiche spropositate e spazialmente incongrue, costituisce una manifesta distorsione della concorrenza”*, ha altresì evidenziato che la preferenza per una ragionevole suddivisione in lotti costituisce uno dei cardini dello *Small Business Act* (SBA) dell’Unione europea, recepito in Italia con la legge 11 novembre 2011, n. 180, meglio nota come *“Statuto delle imprese”*.

Con la medesima sentenza, il massimo organo di giustizia amministrativa ha inoltre evidenziato quanto già emerso a seguito delle risultanze istruttorie dei procedimenti conclusi dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato relativamente ad un bando CONSIP per i servizi di pulizia negli edifici scolastici, vale a dire che *“i grandi appalti sono facilmente permeabili a tentativi di corruzione diretti a determinare gli esiti delle gare, con la creazione di “cartelli” e “sinergie” tra concorrenti o peggio ad infiltrazioni di imprese mafiose vere e proprie. Ed anche al di fuori di questi casi patologici, la partecipazione di poche grandi imprese comporta talvolta il rischio naturale di comportamenti compiacenti o anche solo di un eccessivo “fair play” tra i diversi concorrenti”*.

Uno degli aspetti più interessanti di questa pronuncia, è infine legato al riconoscimento esplicito di una prassi, piuttosto diffusa tra le stazioni appaltanti, finalizzata a *“facilitare l’espletamento della gara ed evitare la notoria proliferazione del contenzioso”* attraverso il coinvolgimento del minor numero possibile di concorrenti. Al riguardo, infatti, il Collegio, pur ammettendo *“le difficoltà di gestione di questa tipologia di procedimenti, causate dall’abnorme numero di partecipanti alle gare e da un tasso di litigiosità”* particolarmente elevato, ha confermato quanto ripetutamente segnalato da Confcommercio e dalle sue componenti di settore (segnatamente, FNIP - Federazione Nazionale delle Imprese di Pulizia, di disinfestazione, di servizi e

multiservizi), riconoscendo che *“l’esperienza storica di questi ultimi anni ha dato modo di constatare, sotto vari profili, che il ricorso ai maxi lotti per gli appalti di pulizie si è rivelato un rimedio forse peggio del male per la piaga dei ribassi talvolta molto incidenti sui margini operativi delle imprese. Sotto il profilo del buon andamento e dell’efficienza dei servizi prestati, i grandi contratti hanno visto, nell’esperienza del recente passato, il ripetersi di situazioni incidenti negativamente sull’esecuzione in quanto la stessa complessità organizzativa delle prestazioni diffuse in un gran numero di immobili, comporta un naturale “allungamento della catena di comando” nella gestione dell’esecuzione dell’appalto. Non sono nemmeno mancati poi i casi nei quali l’affidatario del contratto era indotto a ripartire comunque le prestazioni tra un grande numero di subappaltatori (talvolta anche al di là dei limiti consentiti) con conseguenti gravi disservizi, proteste degli utenti e risoluzioni per grave negligenza nell’esecuzione contrattuale (a loro volta generatrici di ulteriore contenzioso in sede civile)”*.

Confcommercio ritiene dunque necessario, da un lato, rinforzare l’obbligo di suddivisione degli appalti in lotti funzionali, previsto dall’art. 51 d.lgs. 50/2016, utilizzando la facoltà concessa dalle direttive di vietare la gara in lotto unico, almeno per gli appalti di grandi dimensioni economiche; dall’altro, di introdurre una definizione di “lotto funzionale” differenziata per gli appalti di forniture e servizi, rispetto a quella, già esistente, di lavori.

#### PROPOSTE DI EMENDAMENTO

Al fine di correggere le criticità sopra evidenziate, si riportano, di seguito, alcune proposte emendative al d.lgs. n. 50/2016.

- a) All’art. 51, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, alle parole: *“Le stazioni appaltanti motivano”*, premettere il seguente periodo: *“In caso di appalti di servizi e forniture di valore inferiore ai 5.000.000 di euro,”*;
- b) All’art. 3, comma 1, lett. qq), apportare le seguenti modifiche:
  - a. Dopo le parole: *“lotto funzionale”*, aggiungere le seguenti: *“negli appalti e nelle concessioni di lavori”*;
  - b. Sopprimere le parole: *“o servizio generale”*.
- c) All’art. 3, comma 1, dopo la lettera qq), inserire le seguenti:
  - qq) *bis*: *«lotto funzionale negli appalti e nelle concessioni di servizi»*, uno specifico oggetto di appalto o di concessione, da aggiudicare con separata e autonoma procedura, ovvero parte di un servizio generale, la cui separata progettazione e realizzazione sia tale da assicurare funzionalità ed economicità all’intervento, garantendo al contempo l’obiettivo della massima partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, indipendentemente dal ricorso agli istituti dell’avalimento e del raggruppamento temporaneo d’imprese;
  - qq) *ter*: *«lotto funzionale negli appalti e nelle concessioni di forniture»*, uno specifico oggetto di appalto o di concessione, da aggiudicare con separata e autonoma procedura, ovvero parte di una fornitura generale, la cui separata progettazione e realizzazione sia tale da assicurare funzionalità ed economicità dell’acquisto, garantendo al contempo l’obiettivo della massima partecipazione delle micro, piccole e medie

imprese, indipendentemente dal ricorso agli istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo d'impresa.

## **2. Centralizzazione delle committenze e qualificazione delle stazioni appaltanti [artt. 37 e 38, d.lgs n. 50/2016]**

L'importanza dell'argomento sopra trattato impone di considerare coesistente, ai fini di un effettivo miglioramento delle condizioni di accesso al mercato delle PMI, anche una modifica al sistema di centralizzazione della committenza, che ad oggi si è in concreto posto d'ostacolo, non solo all'espansione ma anche solo al recupero delle quote di mercato pubblico perse nell'ultimo decennio dalle imprese di più ridotte dimensioni.

Si rende a tal fine necessario un ripensamento complessivo del sistema degli acquisti centralizzati, anche alla luce del sostanziale fallimento e del carattere controproducente degli acquisti obbligatori attraverso centrali di committenza, così come disposto dall'art. 9 del D.L. 24 aprile 2014, n. 66 (Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale, convertito in legge 23 giugno 2014 n. 89), indipendentemente dalla possibilità di spuntare condizioni più vantaggiose sul mercato, come previsto dall'art. 1, comma 510, della L. 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di stabilità 2016).

La relativa disciplina è infatti inopportuna contenuta in norme non collocate nel codice e necessita sicuramente di un maggior coordinamento con esso che, ad avviso di Confcommercio, potrebbe realizzarsi anzitutto attraverso l'abrogazione dei richiamati art. 9 DL 66/2014 e art. 1, comma 510, L. 208/2015, eventualmente con la contestuale previsione di disposizioni normative più flessibili che potrebbero essere inserite nell'ambito dell'art. 37 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

### **PROPOSTA DI EMENDAMENTO**

La formulazione di una previsione in tal senso potrebbe pertanto essere la seguente: *"Sono abrogati l'articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014 n. 66, convertito in legge 23 giugno 2014, n. 89, e l'articolo 1, comma 510, della legge 28 dicembre 2015, n. 208"*.

Risulta inoltre necessario abrogare anche il previsto esonero dei soggetti aggregatori dall'obbligo di qualificarsi come stazione appaltante, non giustificato da alcuna evidenza di una migliore organizzazione o di un miglior esito delle gare indette da tali soggetti, che sono anzi spesso oggetto d'intervento da parte del Giudice Amministrativo.

Si propone dunque il seguente emendamento: "all'articolo 38, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, le parole da: «*Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al primo periodo*» a «*dalla legge 23 giugno 2014 n. 89.*» sono soppresse".

## **3. Equo compenso (art. 30)**

Confcommercio ritiene importante esplicitare, anche nell'ambito del Codice dei contratti pubblici, l'applicazione del principio dell'equo compenso che la Pubblica Amministrazione è chiamata già a garantire sulla base dell'art. 19-*quaterdecies*, comma 3, del decreto legge 148/2017, convertito dalla legge 172/2017, in attuazione dei

principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività e in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge.

Nell'ambito degli appalti pubblici, si può notare come vi sia la tendenza ad un progressivo e rilevante ridimensionamento dei compensi, anche per prestazioni estremamente qualificate. Va rilevato, infatti, come la necessità di regolare per legge questi aspetti sia avvertita soprattutto nei rapporti con il committente pubblico.

Del resto, nel caso degli appalti pubblici, non può essere valorizzato il solo criterio del prezzo a cui vengono offerti i servizi sul mercato, ma occorre dare rilevanza ai criteri che valutino anche la qualità, il merito, l'efficienza nella prestazione. Ciò coerentemente con la lettera della legge che, com'è noto, oltre al criterio dell'economicità, annovera anche il criterio della qualità, quale principio cardine nell'affidamento delle opere pubbliche: principio che, tuttavia, rischia di essere vanificato attraverso gare costantemente al ribasso, senza riferimenti economici parametranti e gare pubbliche ove sia richiesta la presentazione di offerta tecnica progettuale a fronte di nessun compenso. Le buone pratiche che stanno iniziando a consolidarsi a tal proposito a livello regionale, consistenti nell'adozione di linee guida, dovrebbero quindi essere estese a livello nazionale.

#### **PROPOSTA DI EMENDAMENTO**

Coerentemente con quanto evidenziato, l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici potrebbe essere riformulato, **prevedendo espressamente al comma 1, tra i principi generali ivi contenuti, anche il principio dell'equo compenso da parte della PA** quale stabilito dall'art. 19-quaterdecies, comma 3, del decreto legge 148/2017, convertito dalla legge 172/2017, nei confronti dei professionisti aggiudicatari di appalti pubblici. Eventualmente, si potrebbe valutare l'opportunità di **esplicitare in modo più dettagliato, nell'ambito dei commi successivi, che il compenso del professionista debba essere commisurato al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività,** come già previsto dall'art. 24, comma 8 del Codice con riferimento agli incarichi di progettazione per cui è prevista l'adozione di appositi Decreti ministeriali.

Con riferimento, infine, alle gare e ai bandi presenti sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA), si rileva l'opportunità di valutare che la partecipazione ad essi non sia condizionata dall'iscrizione, spesso prevista come requisito, alla Camera di commercio, dal momento che i professionisti non vi sono iscritti obbligatoriamente e in quanto tali.

#### **4. Valore della concessione (art. 167)**

Il legislatore nazionale, recependo l'orientamento comunitario sul punto, ha inteso prevedere l'obbligo delle Stazioni concedenti di stimare il valore della concessione al fine di consentire all'Operatore Economico di formulare una offerta ponderata (la più consapevole possibile) nonché al fine di costruire una concessione che sia, e permanga per tutta la sua durata, in equilibrio economico e finanziario (così come previsto dall'art. 165, comma 2, del medesimo D. Lgs.50/2016).

Ancora troppo spesso però gli Enti e le Amministrazioni pubbliche omettono la puntuale indicazione del valore della concessione e, ancora più grave, in molti casi il valore reso



dalla P.A. non rispecchia minimamente il reale importo generato dalla concessione, a causa della carente istruttoria espletata dall'Amministrazione. Ciò perché non vi sono conseguenze certe, normativamente previste, nel caso di omissioni nel senso rappresentato.

La stessa giurisprudenza amministrativa, a più riprese, ha chiarito l'essenzialità dell'indicazione del dato di fatturato calcolato secondo un metodo oggettivo, prima dell'avvio della procedura di gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 23/05/2017, n. 2411; Consiglio di Stato, Sez. III, 18/10/2016, n. 4343; Consiglio di Stato, Sez. III, 20/2/2017 n.748; Consiglio di Stato, Sez. III, 23/05/2017, n. 2411; Consiglio di Stato, sez. III, 11.01.2018 n. 127)

Tanto premesso e al fine di evitare interpretazioni contraddittorie, appare necessario:

- rafforzare e precisare il concetto in base al quale il valore stimato della concessione deve essere calcolato dall'Amministrazione prima dell'indizione della gara e attraverso un metodo oggettivo e verificabile, sì da consentire all'Operatore Economico di formulare una offerta consapevole e ponderata;
- rafforzare e precisare il concetto in base al quale la durata della concessione debba essere determinato dalla P.A. affinché sia consentito all'Operatore Economico, in condizioni operative normali, il rientro dell'investimento.

La conoscenza del flusso dei corrispettivi generati dalla concessione rappresenta dunque il primo elemento (la conditio sine qua non) che l'Amministrazione deve conoscere (e far conoscere) per avviare l'istruttoria volta a comprendere (e far comprendere) quale potrà essere, ad esempio, l'ammontare del canone concessorio da richiedere per evitare di immettere sul mercato una concessione in perdita (violando così l'art. 165 D.Lgs. n. 50/2016). Ovvero, per stimare la durata della concessione in termini di tempo necessario per far sì che, in condizioni operative normali, il concessionario rientri nell'investimento. Consentendo ad entrambe le parti del rapporto concessorio di ben valutare l'allocazione e la distribuzione dei rischi (operativi).

Si evidenzia in proposito come la stessa ANAC ha acclarato e "certificato" l'importanza della prodromica attività istruttoria alla base delle concessioni; e per tale ragione con le Linee Guida n. 9 (pubblicate nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n.92 del 20 aprile 2018 e in vigore dal 5 maggio 2018) - partendo proprio dal presupposto che il valore della concessione è basato sul fatturato - ha previsto tutta una serie di adempimenti istruttori volti alla corretta allocazione e ripartizione dei rischi che il concessionario dovrà assumersi in sede di adempimento contrattuale.

Ciò al fine di una consapevole ripartizione e conseguente accollo del c.d. rischio operativo della concessione (declinando la distinzione fra il c.d. risk assessment e risk management).

**Appare dunque essenziale introdurre fra i documenti istruttori necessari ai fini dell'indizione della gara proprio la griglia relativa alla matrice dei rischi, in aderenza alla puntuale specificazione elaborata nelle Linee Guida n. 9, punto 5).**

**5. Servizi sostitutivi di mensa aziendale - sistema dei buoni pasto (art. 144 d.lgs. n. 50/2016). Premessa**

Confcommercio, al pari delle componenti del proprio sistema direttamente interessate, denuncia ormai da tempo e con grande preoccupazione le distorsioni collegate all'attuale sistema di mercato dei buoni pasto e, ora più che mai, ritiene necessario un confronto con le Istituzioni per affrontare sia la crisi generata dal fallimento della Qui!Group S.p.a., sia un complessivo ripensamento della normativa attualmente in vigore, considerate anche le ineluttabili preoccupazioni ricollegate alle altissime percentuali di sconto d'aggiudicazione relative alla gara Consip - edizione 8 (ID Sigef 1808) che, in molti casi, raggiungono punte superiori al 20% del valore facciale del buono pasto.

Con riferimento al primo dei due punti sopra citati, la Confederazione ha appreso con interesse l'ampio impegno profuso tra agosto e settembre da parte delle Istituzioni a supporto della Pubblica Amministrazione e dei suoi dipendenti per la gestione della crisi della società emittitrice di buoni pasto genovese. In estrema sintesi, tali azioni hanno garantito, da un lato, la continuazione - dopo la risoluzione comunicata da Consip con nota del 13 luglio scorso - della fornitura del servizio sostitutivo di mensa tramite l'individuazione di un nuovo fornitore (comun. Consip del 2 agosto 2018) e, dall'altro, la convocazione, il 20 settembre scorso, di un Tavolo per la gestione della crisi riservato esclusivamente alle parti interessate dalla crisi occupazionale.

A queste iniziative è altresì seguita la previsione, nel disegno di legge "Concretezza" attualmente all'esame della Camera, dello stanziamento di 20 milioni di euro - tramite l'escussione di una cauzione definitiva ed un fondo appositamente costituito - destinati esclusivamente alle Pubbliche Amministrazioni rimaste coinvolte nella vicenda della Qui!Group s.p.a. Difatti, sono stati esclusi dalla partecipazione a tale stanziamento gli esercenti che, pur avendo anticipato i costi per garantire i pasti ai dipendenti pubblici, ancora attendono il rimborso del proprio credito (cfr. Osservazioni Fipe-Confcommercio, Audizione Camera dei Deputati, DdL AC1433, del 5.02.2019).

In sostanza, nonostante l'interesse delle Istituzioni sia stato elevato, nessuna attenzione hanno ricevuto le imprese convenzionate con le aziende emittitrici, players indispensabili nel processo di erogazione del servizio sostitutivo di mensa e sulle quali si è effettivamente abbattuto il danno economico derivante dalla dichiarazione di fallimento della Qui!Group S.p.a., società emittitrice espressamente selezionata dalla Consip. Eppure, si stima che gli esercizi convenzionati possano vantare verso la società fallita crediti per un ammontare complessivo di 200 milioni di euro. Inoltre, non si può nascondere che tali operatori hanno, nel complesso, già versato iva per circa 20 milioni di euro, oltre ad aver anticipato i costi relativi all'effettivo svolgimento del servizio sostitutivo di mensa (come il pagamento delle materie prime, la retribuzione dei lavoratori ecc.) e, inevitabilmente, stanno subendo gravi ricadute economiche anche per la natura chirografaria del proprio credito.

E' dunque evidente che il presente provvedimento oggetto di consultazione, risulta di cruciale interesse per le imprese rappresentate che, pur non essendo direttamente coinvolte in sede di gara, subiscono tutte le distorsioni sottese al peculiare meccanismo di aggiudicazione vigente.

La Confederazione ben comprende l'importanza economica del mercato dei buoni pasto che consente di prestare un servizio decontribuito per il datore di lavoro e defiscalizzato per il dipendente. Ciononostante, i fatti accaduti nello scorso anno e le

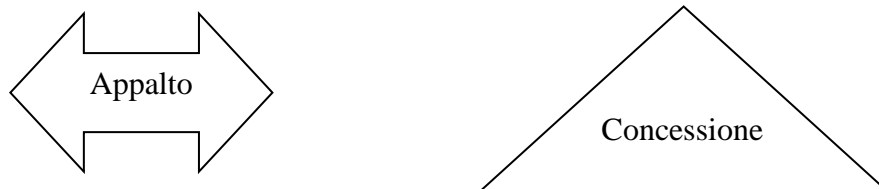
percentuali di aggiudicazione della recente gara Consip - edizione 8 (anche oltre il 20%) hanno messo in evidenza la vulnerabilità di un sistema che, per come attualmente regolamentato, in sostanza premia offerte economiche spregiudicate e di fatto insostenibili.

### 5.1 Inquadramento generale: peculiarità del funzionamento del sistema dei buoni pasto nel mercato pubblico

Il d.lgs. n. 50/2016 nel disciplinare i rapporti negoziali di cui è parte una pubblica amministrazione (o un soggetto ad essa equiparato) e che comportano un costo per quest'ultima, prevede due tipologie di contratto, in certo modo, definibili come 'classiche' (ovviamente al netto delle nuove figure di partenariati pubblico privati e di altre soluzioni c.d. di confine):

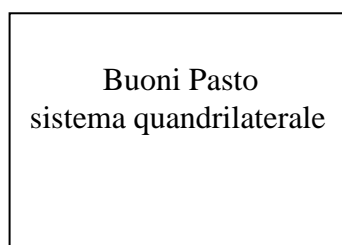
- (i) il contratto di appalto
- (ii) il contratto di concessione.

Lo schema sinallagmatico ipotizzato dal legislatore può, di conseguenza, assumere una struttura bilaterale (stazione appaltante - appaltatore) o trilaterale (concedente - concessionario - utente). Nel primo caso (appalto), il corrispettivo del soggetto privato per i lavori, il servizio o la fornitura effettuati, è dovuto e versato direttamente dalla stazione appaltante pubblica. Nel secondo caso (concessione), il corrispettivo per il concessionario di opere o servizi pubblici discende (quantomeno per la più parte) dallo sfruttamento economico dell'opera o dalla gestione del servizio e viene versato dall'utente finale che è il soggetto che usufruisce degli stessi.



Per quanto concerne il mercato dei buoni pasto, la situazione è alquanto diversa. Infatti, se l'affidamento di servizi di ristorazione o mensa assume la classica struttura bilaterale, l'affidamento dei servizi sostitutivi di mensa (mediante buoni pasto) si configura come anomalo sistema quadrangolare.

Nel dettaglio, la stazione appaltante (1° angolo) conclude un contratto di appalto con una società di emissione (2° angolo) versando direttamente a quest'ultima il corrispettivo per la fornitura e la gestione del servizio di buoni pasto. La stazione appaltante consegna i buoni pasto così ottenuti ai propri dipendenti secondo quanto previsto dai rispettivi contratti di lavoro (3° angolo); e, infine, questi ultimi li spendono presso i pubblici esercizi convenzionati, i quali erogano effettivamente il servizio sostitutivo di mensa (4° angolo). A questo stadio è, invece, in virtù di un rapporto di diritto privato (c.d. accordo di convenzionamento) che i pubblici esercizi che hanno accettato i buoni pasto ne domandano il rimborso alla società emittente (così chiudendo un rapporto quadrilaterale).





## 5.2 Estensione dell'ambito di copertura della garanzia definitiva ex artt. 103 e 104 del D.Lgs. n. 50/2016

Ad una prima analisi si ritiene che tale peculiarità di funzionamento del sistema dei buoni pasto nel mercato pubblico e, segnatamente, l'esclusione dell'esercente dalla partecipazione al rapporto pubblicistico P.A. - società di emissione, sia una delle cause (o quantomeno una delle principali concause) del 'corto circuito' del sistema, reso evidente dal fallimento Qui! Group S.p.A.

Tale 'corto circuito' si è registrato, in primo luogo, per l'assenza di garanzie a copertura del rischio finanziario che si assume l'esercizio convenzionato nell'accettare il buono pasto da parte del dipendente pubblico. Infatti, l'art. 103 (ma analogo ragionamento vale anche per l'art. 104 quanto agli appalti di valore superiore ai 100 milioni di euro) del D.Lgs. n. 50/2016 impone, sì, all'appaltatore di "costituire una garanzia, denominata "garanzia definitiva" a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione" (comma 1, primo inciso); tuttavia, tale "*cauzione è prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore*" (comma 1, terzo inciso). In altri termini, la c.d. garanzia definitiva (nella descritta ottica di rapporti negoziali bilaterali o trilaterali su cui è costruito il Codice) è uno strumento posto a tutela della posizione della sola stazione appaltante e non direttamente di terzi.

*In effetti, "le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione, nei limiti dell'importo massimo garantito, per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore e hanno il diritto di valersi della cauzione per provvedere al pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori comunque presenti in cantiere o nei luoghi dove viene prestato il servizio nei casi di appalti di servizi. Le stazioni appaltanti possono incamerare la garanzia per provvedere al pagamento di quanto dovuto dal soggetto aggiudicatario per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto"* (art. 103, comma 2).

Per tali ragioni, si ritiene opportuno estendere - nell'ambito dei contratti di affidamento dei servizi sostitutivi di mensa - la garanzia definitiva di cui agli articoli 103 e 104 del D.Lgs. n. 50/2016 anche a copertura delle inadempienze delle società di emissione nel pagamento delle prestazioni effettuate da parte degli esercizi convenzionati, a fronte dell'accettazione dei buoni pasto emessi. Tramite questa via, le stazioni appaltanti sarebbero abilitate ad incamerare la garanzia, oltre che per danno proprio, anche per provvedere al pagamento diretto di quanto dovuto dalla società di emissione ai singoli esercizi convenzionati.

Tale proposta potrebbe transitare attraverso un intervento emendativo dell'art. 144 del D.Lgs. n. 50/2016, ad esempio mediante l'inserimento di un nuovo comma 9.

### **5.3 Inserimento di penali nel contratto pubblico tra stazione appaltante e società di emissione**

Al fine di assicurare una maggiore attenzione della società di emissione all'adempimento delle proprie obbligazioni (sostanzialmente extra-contrattuali pubbliche) sarebbe ipotizzabile agire sullo strumento delle penali, così da collegare il contratto pubblico P.A. - società di emissione con gli accordi di convenzionamento di diritto privato società di emissione - pubblico esercizio. In altri termini, si tratterebbe di prevedere all'interno del contratto pubblico di appalto penali a carico della società di emissione per il ritardo nei pagamenti delle prestazioni effettuate da parte degli esercizi convenzionati a fronte dell'accettazione dei buoni pasto emessi, rispetto ai termini indicati negli accordi di convenzionamento con i singoli esercizi.

Lo strumento delle penali rappresenta un mezzo catalizzatore dell'attenzione del soggetto appaltatore, in quanto al superamento del 10% del valore contrattuale comportano la risoluzione del contratto medesimo. Inoltre, l'imposizione delle penali sull'appaltatore-società emittente avrebbe come effetto diretto quello di consentire una sorta di rimborso diretto P.A. - pubblico esercizio a soddisfazione del c.d. danno da ritardo subito da quest'ultimo. In caso di mancato pagamento delle penali da parte dell'appaltatore, la P.A. potrebbe escutere pro-quota la garanzia definitiva di cui agli artt. 103 e 104 del D.Lgs. n. 50/2016, destinando le somme così ricavate ai pubblici esercizi danneggiati.

Tale proposta potrebbe transitare attraverso un intervento emendativo dell'art. 144 del D.Lgs. n. 50/2016, ad esempio mediante l'inserimento di un nuovo comma 6-*bis*.

### **5.4 Estensione della delega ministeriale quanto ai format contrattuali e alle clausole inderogabili (proposta di emendamento all'art. 144, comma 5 D.Lgs. n. 50/2016)**

Al fine di assicurare una maggiore uniformità nel descritto rapporto quadrangolare, si ritiene necessario che a livello statale sia definito (i) un *format* contrattuale unico tra stazione appaltante e società di emissione e (ii) un maggiore potere di intervento ai sensi dell'art. 41 della Costituzione nel contenuto degli accordi di convenzionamento tra società di emissione di buoni pasto e i titolari degli esercizi convenzionabili.

#### **(i) Modello contrattuale "unico" tra stazione appaltante e società emittitrici**

La previsione di un modello contrattuale pubblico unico (o centralizzato) garantirebbe la certezza dell'introduzione nel relativo testo negoziale di tutti gli obblighi e di tutte le garanzie di legge in favore dei pubblici esercizi che di fatto esercitano il servizio sostitutivo di mensa aziendale e che rappresentano al contempo il soggetto finanziariamente più esposto: del resto, il pagamento dei servizi resi viene effettuato in un momento temporalmente (anche) molto distante dallo svolgimento dei servizi medesimi.

Inoltre, la previsione di un modello contrattuale pubblico a monte (P.A. - società emittente), renderebbe più facile la trattativa a valle sugli accordi di convenzionamento (società emittente - pubblici esercizi), in quanto i singoli esercizi sarebbero a conoscenza delle clausole generali imposte dalla P.A. e che quindi dovrebbero riversarsi

‘a cascata’ negli accordi di convenzionamento (ad esempio per quanto concerne le penali da ritardo).

Volendo citare un caso analogo (*mutatis mutandis*), si potrebbe pensare agli schemi di garanzie fideiussorie che sono approvati a livello ministeriale e sono unici e obbligatori per tutte le stazioni appaltanti.

**(ii) “Contratto tipo” esercizi convenzionati e società emittitrici**

Per quanto riguarda la necessità che sia prevista l’adozione di un “contratto - tipo” di convenzionamento, va in primo luogo evidenziato che attualmente vengono proposti dalle società emittitrici modelli diversi ma allineati nei contenuti base, indubbiamente vessatori nei confronti della rete degli esercizi convenzionati.

Tale situazione si crea inevitabilmente in ragione dell’asimmetrica forza contrattuale che vede gli esercenti in una sostanziale situazione di soggezione derivante dall’impostazione stessa del testo contrattuale che impedisce ogni possibilità di negoziazione e impone di aderire incondizionatamente a contenuti vessatori, stante la necessità per gli esercizi di non vedersi esclusi da un mercato che genera, ad ogni gara di appalto, miliardi di euro.

Per tali ragioni risulta improcrastinabile un intervento statale che imponga, tramite il coinvolgimento delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative del settore, la negoziazione dei contenuti degli accordi di convenzionamento base maggiormente rispettosi della tutela del contraente debole, in modo da consentire l’adozione di un “contratto-tipo”.

Nelle more della predisposizione di tali modelli contrattuali *standard* non vi sarebbero ritardi nelle gare, in quanto le stazioni appaltanti potrebbero procedere con i testi attualmente a loro disposizione, ovviamente integrati dalle nuove norme imperative che dovessero essere introdotte nel corpo dell’art. 144 del D.Lgs. n. 50/2016.

**5.5 Trasparenza delle procedure e nell’esecuzione contrattuale e sostenibilità delle offerte (proposte di emendamento all’art. 144, commi 6 e 7 D.Lgs. n. 50/2016)**

Infine, e più in generale, allo scopo di assicurare una maggiore trasparenza nello svolgimento delle procedure di affidamento e nella successiva fase di esecuzione contrattuale, nonché la sostenibilità delle offerte, si dovrebbe tener conto delle seguenti criticità.

**(i) Criterio dell’offerta di aggiudicazione ex art. 144 co. 6 lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016**

Attualmente, il Codice di contratti pubblici prevede che le stazioni appaltanti dispongano l’aggiudicazione di tale servizio esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95 comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016), ed espressa fundamentalmente da due parametri: l’offerta economica e l’offerta tecnica.

Per quanto concerne il profilo dell’offerta economica, precedentemente all’intervento del c.d. “Correttivo”, i criteri di aggiudicazione previsti dall’art. 144 comma 6) erano tali per cui più alto era lo sconto offerto alla PA, più bassa era la commissione all’esercente, più le emittitrici ottenevano un punteggio elevato. Non a caso le ultime

gare *ante* riforma, hanno visto richiedere agli esercenti commissioni al 2% a fronte di sconti del 22% alla PA. La conseguente differenza di 20 punti percentuali, che evidentemente manifestava un'offerta in perdita e quindi anomala, veniva di fatto compensata, per le società emittitrici, con la sottoscrizione da parte degli esercenti dei cd. "servizi aggiuntivi" teoricamente facoltativi. Questi ultimi - che originariamente ricomprendevano i servizi più vari e che, a seguito di quanto disposto dal DM n. 122/2017, ora devono necessariamente consistere in prestazioni ulteriori rispetto a quelle oggetto della gara, pur avendo un'oggettiva e diretta connessione intrinseca con l'oggetto della stessa - non concorrono alla formazione del *quantum* della commissione (*i.e.* "sconto incondizionato") applicata agli esercizi convenzionati. Ciò sebbene, nella pratica, il loro costo andasse ad aggiungersi allo sconto incondizionato imposto agli esercenti, che si trovavano a pagare percentuali ben più alte di quelle presentate in sede di gara, arrivando anche a più del 15%.

Con l'obiettivo di limitare l'imposizione di fatto dei servizi aggiuntivi e rendere maggiormente trasparente il sistema, il legislatore, con il c.d. "Correttivo", ha introdotto la dirompente novità di agganciare espressamente le commissioni pagate dagli esercenti agli sconti di cui beneficiano i committenti (l'art. 144 comma 6 lett.a) intendendo in tal modo eliminare, almeno sotto il profilo economico, ogni motivazione ai servizi aggiuntivi.

Tuttavia, la reale ricaduta - resa evidente dall'ultima gara Consip edizione 8 - di tale modifica normativa è stata di quella di innalzare la commissione a carico degli esercenti. Invero, poiché l'interesse delle stazioni appaltanti è di massimizzare il risparmio ottenibile dalle offerte di gara, si sono generati fenomeni di sovradimensionamento delle stesse.

Alla luce di quanto illustrato, dunque, si ritiene opportuno espungere, tra i criteri di valutazione dell'offerta economica, quello del ribasso sul valore facciale del buono pasto che, pur assicurando considerevoli risparmi in favore delle singole stazioni appaltanti, ha finito per incentivare l'adozione di politiche commerciali aggressive, inducendo alcuni emittitori ad aumentare l'entità dello sconto per poi recuperarlo dagli esercenti mediante l'imposizione di commissioni esplicite o implicite (attraverso i summenzionati "servizi aggiuntivi").

L'eliminazione del criterio del ribasso sul valore facciale del buono consentirebbe, in altri termini, di valutare l'offerta di gara privilegiando gli aspetti qualitativi del servizio a concreto beneficio per i lavoratori dipendenti delle amministrazioni.

Considerando che si tratta, come anticipato, di un servizio decontribuito per il datore di lavoro e defiscalizzato per il dipendente, va evidenziato che l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture ha espressamente rilevato che "*tale modifica, al fine di evitare aggravii di costi per lo Stato, deve essere ovviamente accompagnata dal riequilibrio del sistema fiscale (...) eliminando il costo rappresentato dal differenziale tra iva a credito (4%) verso i committenti ed iva a debito (10%) verso gli esercizi convenzionati*" (cfr. Segnalazione AVCP del 18 novembre 2011).

#### (ii) La rete degli esercizi convenzionabili

E' opportuno puntualizzare che, dal momento che la rete degli esercizi costituisce uno dei criteri di aggiudicazione (art. 144 comma 6 lett. b)), affinché sia effettivamente

garantita ai lavoratori la spendibilità dei buoni pasto, deve essere prestata particolare attenzione da parte della stazione appaltante non solo all'effettiva e perdurante sussistenza della rete degli esercizi convenzionati, ma anche alla verifica periodica che l'aggiudicatario abbia onorato gli obblighi derivanti dal contratto di convenzionamento stipulato con l'esercente.

E a tal fine è necessario che i controlli sul possesso della rete dichiarata in sede di gara avvengano non solo nella fase antecedente alla stipula del contratto, ma anche successivamente, durante tutta la durata dello stesso. L'effettuazione di detti controlli implica necessariamente che la stazione appaltante vigili sul concreto rispetto delle prescrizioni legali e negoziali, ivi compreso il puntuale rispetto dei tempi di rimborso dichiarati in sede di gara e oggetto di specifico punteggio dell'offerta.

Alla luce di quanto esposto, la Confcommercio ritiene indispensabile un intervento di riforma del sistema di aggiudicazione del servizio sostitutivo di mensa che sia in grado non solo di contenere i rischi economici cui sono esposti gli operatori del settore ma anche di garantire l'equità e trasparenza degli accordi negoziali, nonché il loro puntuale adempimento da parte degli aggiudicatari.