

DIRITTO DEL VENDING

LA PRATICA DELLA “**DOPPIA LEVA**” È ILLEGITTIMA: ADDIO ALLE GARE CON MASSIMO RIBASSO SUI PREZZI E MASSIMO RIALZO SUL RISTORNO



AVV. ANDREA NETTI
AVV. MICHELA BIGONZONI

www.studiointerlex.it

I Giudici Amministrativi da tempo hanno affermato che il “*vending*” (servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori semiautomatici e automatici) non si risolve nella sola messa a disposizione di un

luogo pubblico per lo svolgimento di una libera attività di impresa, ma che trattasi a tutti gli effetti di un “**servizio pubblico**” finalizzato al soddisfacimento degli interessi della collettività nonché destinato a migliorare, nel suo complesso, l’efficienza dei servizi resi dall’Amministrazione concedente nei suoi rapporti con il pubblico.

Per tali ragioni, le Amministrazioni

Pubbliche nella scelta del Gestore devono conformarsi alla disciplina delle concessioni – non a quella degli appalti – e, di conseguenza, osservare principi comunitari e quelli generali relativi ai contratti pubblici, quali la **trasparenza**, l’**adeguata pubblicità**, la **non discriminazione**, la **parità di trattamento**, il **mutuo riconoscimento** e la **proporzionalità** come richiamati dall’art. 30 del D.lgs. 163/2006.

Il rimando ai soli principi appena richiamati e la sostanziale libertà dalle più stringenti regole delle procedure per l'aggiudicazione di appalti hanno però consentito alla Pubblica Amministrazione di creare un sistema di selezione (che per comodità definiremo d'ora innanzi a "doppia leva") che fin dalla sua prima applicazione ha dimostrato tanto di non essere capace di selezionare la migliore impresa quanto di essere capace a soffocare l'iniziativa economica di chi partecipava al bando.

Da un'attenta analisi di numerosi bandi redatti dalle Amministrazioni Pubbliche di tutta Italia, è stato possibile constatare che il citato sistema a "doppia leva" è stato adottato in maniera pressoché uniforme su tutto il territorio nazionale.

Questo sistema, in buona sostanza, si atteggia come di seguito illustrato:

- da un lato, la gara richiede un rialzo sul canone concessorio (nella prassi il canone concessorio viene chiamato "ristorno");
- dall'altro, dispone contemporaneamente il ribasso sui prezzi dei prodotti applicati al pubblico (spesso distinguendo fra il prezzo chiave da quello a moneta).

Ne deriva che il sistema della "doppia leva", in assenza di qualsivoglia regola certa e di precisi limiti, conduce inesorabilmente verso la torsione del Piano Economico della singola concessione e ciò perché, da un lato, il rialzo sul canone (prima leva) determina un maggior costo per il Gestore mentre, dall'altro, il ribasso sui prezzi (seconda leva) si traduce in un minor ricavo.

Sulla base delle considerazioni appena svolte, ci si è domandati se il meccanismo di selezione di cui si parla possa essere oggetto o meno di una censura di illegittimità in quanto detto sistema non garantisce ai *competitors* la possibilità di preservare il proprio **equilibrio economico finanziario complessivo** e

con esso la remunerazione della gestione (cd. ordinario utile di impresa). A ciò si aggiunga – a corollario della censura di illegittimità appena mossa – che su 100 bandi analizzati in tutto il territorio Nazionale, oltre 90, attribuiscono alla valutazione economica, imperniata sul sistema a doppia leva, non meno di 60 punti su 100, in alcuni casi si arriva anche a 80, il che autonomamente costituisce un ulteriore profilo di illegittimità in quanto la Pubblica Amministrazione, di fatto, camuffa una selezione apparentemente secondo il criterio dell'economicamente più vantaggioso con una struttura che invece risulta sostanzialmente essere imperniata sul criterio dell'offerta al massimo ribasso, con buona pace della ricerca della qualità del servizio...

Ad avviso degli scriventi la strutturazione di simili bandi si pone in aperto contrasto con i principi e le disposizioni che seguono:

- **con** i principi espressi nella Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), in particolare con l'art. 1, commi 1 e 2 del I Protocollo Addizionale;
- **con** i principi comunitari e nazionali di imparzialità e buon andamento previsti dall'art. 97 della Costituzione;
 - **con** il combinato disposto degli artt. 29 e 30 del D.Lgs. 163/2006;
 - **con** la disposizione di cui all'art. 2041 c.c. che sanziona l'ingustificato arricchimento.

Con particolare riguardo all'art. 1 del I° Protocollo Addizionale della CEDU si sottolinea che la lesione arrecata al "bene" si individua nel **negativo impatto finanziario causato dal mancato riconoscimento dell'ordinario utile di impresa**, da solo idoneo ad elidere il giusto equilibrio economico finanziario che deve sussistere tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui (che

siano essi persone fisiche o giuridiche).

La censura di illegittimità fondata sul ragionamento anzidetto è stata recentemente mossa avverso il bando di gara redatto dall'Agenzia Regionale Centrale Acquisti (ARCA) della Lombardia per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici per n. 19 Lotti per un valore complessivo presunto di Euro 6.484.33,21 (l'importo è riferito alla somma dei ristorni di tutti i Lotti), con il quale, per l'appunto, era stato adottato il meccanismo di aggiudicazione della "doppia leva".

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sede di Milano, in accoglimento della richiesta di istanza cautelare, ha sospeso con l'Ordinanza n. 1182 del 06.11.2013 l'efficacia della procedura di gara riconoscendo **"l'evidente anti-economicità e la non sostenibilità finanziaria del servizio"** (l'Ordinanza è stata confermata successivamente dal Consiglio di Stato con provvedimento nr. 253 del 2014).

Stante l'importanza e la indiscussa portata innovatrice di tale pronuncia per l'intero comparto *vending*, gli Autori del presente contributo hanno ritenuto necessario formulare, con spirito propositivo e di confronto, delle proposte strutturali che, si auspica, possano guidare le Amministrazioni Pubbliche nella stesura di un bando avente ad oggetto il servizio di distribuzione automatica, onde evitare la censura di illegittimità di cui si è appena scritto.

La prima, fondamentale ed imprescindibile operazione che deve essere svolta dalla Stazione Concedente è la corretta determinazione del **valore della concessione** secondo il combinato disposto degli artt. 29 e 143 comma 7 (richiamato dall'art. 30, ult. co.) del Codice dei Contratti Pubblici.

In primo luogo, è indispensabile che

NUOVE DIMENSIONI

Faster TM

L'evoluzione tecnologica e le nuove dimensioni si adattano ai nuovi prodotti del mercato.



©2015_www.imagination.it



Vano erogazione maggiorato. Tasca prelievo ad alta visibilità con vetro rinforzato. Modalità erogazione con lampeggio per dare visione del prodotto al consumatore.



Predisposizione per Kit Display cassette e Cassetti spingitori.



Tastiera illuminata.



Display grafico a colori per dare comunicazione ed evidenziare info & prodotti.

 **FAS**
we are connected

venditalia
International Vending Exhibition
2015
specialedition

In collaborazione con **TUTOFOOD**
MILANO WORLD FOOD EXHIBITION
rho fieramilano 3-6 maggio

FAS INTERNATIONAL spa
36015 Schio (VI) Italy · Via Lago di Vico, 60
T +39 0445 502.011 · F +39 0445 502.010
info@fas.it · www.fas.it

Presente a
venditalia
International Vending Exhibition | 2015
Fiera Milano-Rho | Padiglione 18
3-6 maggio 2015

SPINEL

MACCHINE DA CAFFÈ ESPRESSO

SPECIFICHE
per O.C.S.



Ciao

Cialde



officina.m.it



DESIGN e CUORE SPINEL

Nuovo Sistema Idraulico Anticalcare brevettato | Energy Saving | Credit Coffee System



Made in Italy

SPINEL srl | 73052 PARABITA (Le) | Italy | tel +39 0833 593.641 | fax +39 0833 598.318

www.spinel.it

l'Amministrazione Aggiudicatrice non cada nell'errore di parametrare il valore della concessione al ristorno (*ergo* al prezzo complessivamente pagato – a base d'asta – dal concorrente), ma, al contrario stimi prioritariamente – **anche sulla base dell'esperienza pregressa del gestore uscente e dell'estensione materiale e temporale del nuovo servizio** – i flussi di cassa previsti ed indichi gli stessi, ancorché in via presuntiva, nella legge di gara. In altri termini, la P.A. dovrebbe stimare il cd. **valore dell'approvvigionamento**, ossia **il volume complessivo del fatturato generato dal consumo totale dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica durante tutto l'arco del futuro contratto da stipulare** (operazione questa oggi semplicissima in quanto basterebbe che la P.A. intenzionata a pubblicare il nuovo bando chiedesse, nelle forme della dichiarazione *ex* D.P.R. 445 del 2000, al precedente gestore il volume di fatturato fino a quel momento generato su base annuale).

Il dato così ottenuto è un punto di partenza fondamentale per stimare **il reale valore della concessione** che la P.A. intende mettere a Gara. Trattasi, ovviamente, di una stima che deve essere condotta ai sensi e per gli effetti dell'art. 29 del D.lgs. 163/2006, la quale può mutare in relazione alle seguenti variabili:

- dalla possibilità che il numero dei distributori messi a gara sia inferiore o superiore al numero di quelli attualmente installati;
- dalla eventualità che la posizione dei distributori sia diversa da quella attuale;
- dalla circostanza che il servizio possa essere reso in plessi all'interno dei quali esistono strutture di bar o ristorante o altra forma di ristoro che possano andare in concorrenza con la distribuzione automatica.

Trattasi in ogni caso di concessioni

che **devono essere date in esclusiva**. Diversamente si incapperebbe proprio in una di quelle specifiche censure che hanno portato il TAR Lombardia (e poi il CdS) a sospendere il bando ARCA.

La seconda operazione, anch'essa di fondamentale importanza, **concerne la definizione dell'esatto importo del ristorno**. È evidente che una Pubblica Amministrazione che determina il ristorno senza aver preliminarmente stabilito il reale valore della concessione rischia concretamente di erodere l'ordinario utile di impresa della gara del caso e, di conseguenza, rischia di bandire una procedura illegittima.

Soltanto partendo da una esatta stima del fatturato e da una esatta determinazione del ristorno si può garantire l'ordinario utile di impresa della Concessione e parimenti soltanto attraverso l'esatta individuazione del fatturato e del ristorno si può effettuare una corretta **valutazione e verifica dell'anomalia dell'offerta** *ex* art. 86 del Codice dei Contratti Pubblici. La *ratio* di tale operazione consiste, in definitiva, nell'assicurare la piena affidabilità della proposta contrattuale, nonché l'esigenza di tutelare la concorrenza ed assicurare il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, oltre che i principi di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa.

Soltanto per mezzo della verifica dell'anomalia è effettivamente possibile evitare che offerte troppo basse esponano l'Amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta, oltre a non assicurare il più volte citato "ordinario utile di impresa" con l'effetto di spingere le imprese del settore ad una guerriglia del massimo ribasso a discapito dell'aspetto qualitativo del servizio.

La procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta deve, pertanto, essere

condotta dalla Stazione Concedente richiedendo alla ditta (provvisoriamente) aggiudicataria le note giustificazioni *ex* art. 88 D.lgs. 163/2006, con le quali deve dimostrare l'affidabilità e la serietà della propria offerta evidenziando tutte le componenti di spesa: costi per l'acquisto dei prodotti da introdurre nei distributori, costi per la gestione della concessione nel rispetto del D.lgs. 81 del 2008 – avendo particolare riguardo all'indicazione dei costi per la sicurezza –, costi per il personale, costi indiretti della struttura aziendale, altri costi della concessione, ammortamento delle macchine installate e, ovviamente, il ristorno promesso.

-

È quindi giunto il momento di trarre le conclusioni di questa riflessione sulle gare per la distribuzione automatica e, più in generale, sulle nuove politiche che una Pubblica Amministrazione attenta può perseguire in tema di *vending* senza incappare in censure di illegittimità.

-

Come si è già ampiamente detto, la struttura e l'intera *governance* di una concessione avente ad oggetto il servizio di *vending* deve essere elaborata dalla P.A. sulla base di una complessità di scelte strategiche che non solo devono garantire l'interesse pubblico, ma devono altresì **assicurare l'ordinario utile di impresa al futuro Gestore**, il tutto al fine di rispettare i principi cardine della concorrenza, della trasparenza, dell'efficacia, dell'efficienza e della *par condicio*.

Ciò in quanto una **politica massimalista, ossia un meccanismo di aggiudicazione che utilizza come criteri** il massimo rialzo sul ristorno ed il massimo ribasso sul prezzo – per le motivazioni sopra esposte ed in linea con l'indirizzo espresso dal TAR Lombardia e poi dal CdS – rischia inesorabilmente di introdurre una procedura di gara

illegittima perché caratterizzata da un elevato rischio di anti-economicità e non sostenibilità finanziaria, causati, da un lato, dalla sensibile riduzione del fatturato e, dall'altro, dall'aumento dei costi in capo al gestore concessionario che inesorabilmente vanno ad incidere negativamente sulla qualità del servizio che, vale la pena ricordare, conosce di processi di conservazione e trasformazione alimentare.

Premesso quanto sopra ed al fine di non incappare in censure di illegittimità, gli Scriventi ritengono che la politica perseguita dalla Pubblica Amministrazione nella selezione del Gestore per il *vending* possa atteggiarsi, alternativamente, in due modi:

- una politica orientata a “**contenere il prezzo del servizio per gli utenti**” (si pensi alle politiche adottate per il trasporto pubblico locale ed alla concessione della gestione delle acque pubbliche divenuto persino oggetto di referendum nel 2011);
- ovvero una politica orientata a “**trarre profitto dal servizio**” (in maniera non dissimile a quanto avviene in altri ambiti concessori come in quello della pubblicità e del vettoriamento del metano).

Entrambe le politiche risultano essere conformi al dettato normativo di cui all'art. 30 del D.Lgs. 163/2006.

Le ipotesi in questione avranno inoltre, come minimo comune denominatore, l'estinzione del sistema “a doppia leva” in quanto nella prima ipotesi la Pubblica Amministrazione punta sulla ricerca di PREZZI POLITICI (annullando di fatto il concetto di RISTORNO), mentre nel secondo caso la Pubblica Amministrazione punta sul PROFITTO (annullando di fatto il concetto di gara sul PREZZO).

Il minimo comune denominatore delle due strade è in buona sostanza **l'eliminazione di una delle due leve**.

Analizziamo nel dettaglio i due predetti sistemi di selezione del miglior offerente.

Il primo sistema, cioè quello volto a contenere il prezzo del servizio a favore degli utenti, con il quale si stabilisce di praticare dei prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa (prezzi cd. “amministrati o politici”), per l'effetto di applicare direttamente prezzi bassi (Listino di prodotti a prezzi fissi) ovvero di attuare una gara esclusivamente sui prezzi al ribasso, la Pubblica Amministrazione deve necessariamente rinunciare alla richiesta di ristorno e, al contempo, **come prescrive espressamente il comma 3 dell'art. 30 D.lgs. 163/2006**, stabilire, in sede di *lex specialis*, **una somma di denaro da corrispondere al gestore per le prestazioni dedotte in contratto, il tutto sempre al fine di dare certezza ai partecipanti di un utile proporzionato all'offerta economica formulata**.

Nella seconda ipotesi, quella volta a trarre profitto dal servizio di *vending*, lo scenario è agli antipodi del precedente dal momento che la Pubblica Amministrazione deve selezionare il gestore che può assicurare il miglior risultato economico.

In altri termini, la Stazione Concedente si apre al mercato ricercando il *partner* che sappia sviluppare al meglio il *business* del *vending* all'interno della propria struttura. Il concorrente, in buona sostanza, dopo aver valutato, almeno:

- il valore della concessione (adeguatamente calcolato secondo i criteri precisati all'inizio di questo articolo);
- la tipologia di struttura, di utenza e le altre informazioni fornite dal bando (ad esempio: il bando deve precisare l'utenza fissa, intesa come popolazione stabile o dipendenti della struttura, nonché l'utenza variabile intesa come il numero di visitatori annuali/affluenza esterna, nonché il numero e la collocazione esatta dei distributori, la presenza di altri punti di ristoro/bar/ristorante, periodi di chiusura uffici/scuole etc.);

è in grado di partecipare e di proporre un progetto di sviluppo del *vending*

all'interno della specifica struttura.

Tale progetto deve essere redatto dalla Concorrente dopo aver valutato, a suo totale rischio:

- quanto il *business* possa essere sviluppato, con nuove macchine, nuove tecnologie integrate, nuovi investimenti in arredi;
- adeguati prezzi di vendita calibrando il giusto mix di prodotti da inserire nei distributori;
- la variazione dei volumi rispetto ai prodotti e prezzi introdotti;

e, solo dopo le predette valutazioni, è in grado di proporre secondo la propria esperienza:

- una **offerta tecnica** contenente il piano di sviluppo del servizio di *vending* nella struttura a Gara, in pratica una presentazione globale nella quale dovrà spiegare come intende raggiungere gli obiettivi qualitativi introdotti dalla P.A. ai fini dell'attribuzione dei vari punteggi. A questa offerta tecnica la Pubblica Amministrazione deve dare peso preponderante, distribuendo **non meno di 70 punti su 100**, valutando in che modo la Concorrente abbia inteso inanellare ogni richiesta all'interno di un medesimo progetto (è poi di fondamentale importanza che anche la P.A. abbandoni l'idea di rilasciare concessioni della durata di uno, due o tre anni in quanto una Azienda può dire di aver potuto ammortizzare l'investimento – in particolar modo quello in distributori – in un periodo temporale non inferiore ad un quinquennio);
- una **offerta economica** di ristorno adeguata al piano di sviluppo che si vuole realizzare (ovviamente tale sistema **deve necessariamente prevedere che la concorrente fornisca adeguata polizza fidejussoria** – bancaria o assicurativa – di Istituto Primario a prima richiesta e senza vincoli ostativi alla sua piena efficacia a tutela della Pubblica Amministrazione – ciò ovviamente consentirebbe alla P.A. di rimettere a terzi la valutazione circa la reale solidità finanziaria dell'Azienda,

evitando di incappare nel mancato pagamento del ristorno promesso, ipotesi di inadempimento la cui consistenza è spiacevolmente aumentata nell'ultimo triennio, complice la crisi, a danno dell'immagine dell'intero settore). A questa offerta economica la Pubblica Amministrazione deve attribuire **non più di 30 punti su 100** in modo da rendere la selezione effettivamente secondo un criterio dell'economicamente più vantaggioso.

Più in generale, in questo secondo scenario la selezione del gestore è stimolata ed orientata alla ricerca di progetti innovativi, di *marketing* e di analisi della *customer satisfaction*, in definitiva è orientata alla ricerca del miglior partner.

Una selezione, dunque, chiamata a ragionare **sul servizio** di *vending*, in

particolare sulla qualità dello stesso con uno sguardo attento al tema dell'igiene, al contrario, dimenticato o sottovalutato con riferimento ai processi di conservazione e trasformazione dei delicati.

Il risultato finale è quello della creazione di un *business* potenziato e massimizzato che sviluppa sinergie integrate con l'ambiente e con le altre attività organizzate e gestite dalla struttura che bandisce la Gara (si pensi al *vending* nelle Scuole, nelle Università e negli Enti ospedalieri, nonché ai progetti integrati che potrebbero svilupparsi anche e soprattutto in materia di sana alimentazione che per sola e mera inconsapevolezza è messa a volte in antitesi alla distribuzione automatica), raggiungendo in tal modo *performance* di vendita migliori, sia in termini qualitativi che economici.

In conclusione, quest'ultimo scenario, ad avviso degli Scriventi, deve rappresentare il nuovo futuro del rapporto fra P.A. e *Vending*: una Pubblica Amministrazione capace di stimolare il mercato a dare e ad offrire il meglio, con maggiore sensibilità ai costi ed agli *standard* di qualità; una Pubblica Amministrazione capace di creare le condizioni per realizzare una offerta di prodotti ispirata ai principi della sana alimentazione sempre più richiesta negli Istituti Scolastici come dimostra il recente Decreto sulla Scuola (n. 104/2013).

Trattasi in ogni caso di forme di crescita intelligenti e responsabili di un *business* strategico per il nostro Paese che in un mercato asfittico, quale quello censurato con lungimiranza dal TAR Lombardia e dal Consiglio di Stato, non potranno mai trovare terreno fertile per un sano sviluppo.



TORREFATTORI DAL 1946



ESPRESSO INTENSO
Dolce e avvolgente



Le Capsule Biodé sono rifiuti indifferenziati biodegradabili non compostabili, nel rispetto della Direttiva 94/62 CE



Linea Capsule Miscela d'Oro



IT BIO 007
Agricoltura non UE

Miscelad'Oro S.p.A. - www.misceladoro.it - info@misceladoro.it