

Roma, 08 febbraio 2023

Alla c.a. 8° Commissione  
(Ambiente, transizione ecologica,  
energia, lavori pubblici,  
comunicazioni, innovazione  
tecnologica)  
Alla c.a. Presidente Sen. Fazzone,  
Senato della Repubblica  
Palazzo Madama  
00186, Roma

**OGGETTO: proposta di modifica del nuovo art. 131 dello Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici**

L'art. 131 dello Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici riforma la materia delle gare pubbliche per i servizi sostitutivi di mensa aziendale recependo le modifiche applicate con il D.l. Aiuti (legge del 15.07.2022 n. 91). In particolare, interviene su due punti:

- La precedente lettera a) del comma 5 dell'art. 144 del Codice, recante la clausola di contenenza tra sconto al cliente e commissione all'esercente, viene abrogata;
- Nella precedente lettera c) del comma 5 dell'art. 144 del Codice viene introdotto, quale parametro di valutazione delle offerte, *“lo sconto incondizionato verso gli esercenti in misura non superiore al cinque per cento del valore nominale del buono pasto”, con la precisazione per cui “tale sconto incondizionato remunera altresì ogni eventuale servizio aggiuntivo offerto agli esercenti”.*

Tali modifiche limitano la portata applicativa della normativa in almeno tre punti: la ratio del D.L. Aiuti, le dinamiche concorrenziali e il disequilibrio di mercato. Alla luce di queste disfunzionalità, l'Associazione Nazionale delle Società Emittitrici di Buoni Pasto formula una proposta generale di modifica.

**1. La ratio del D.L. Aiuti.**

Il D.l. Aiuti interveniva *“nelle more di una riforma complessiva del settore dei servizi sostitutivi di mensa”* e fino al 31 dicembre 2022 (ora prorogato sino a giugno 2023 con il c.d. Milleproroghe)

Corre l'obbligo di constatare, che l'emendamento al D.l. Aiuti risultava essere il frutto di un *“tavolo tecnico”* indetto dal Ministero dell'Economia cui hanno preso parte solamente alcuni portatori di interesse, nello specifico i soggetti rappresentativi della distribuzione organizzata e dei pubblici esercizi (Fipe - Confcommercio, Fida, Fiepet - Confesercenti, Federdistribuzione, Ancc-Coop e Ancd-Conad).

Pur avendo ad oggetto specificamente la disciplina dei servizi sostitutivi di mensa, da tale tavolo tecnico erano state inspiegabilmente escluse *proprio* le società di emissione

di buoni pasto, la cui Associazione di categoria, pur affiliata a Fipe, non è stata *mai* interpellata in ordine a tale tematica.

Il nuovo articolato 131 presente nel Codice, ancora una volta, non è stato oggetto di confronto approfondito tra le parti, ma solo di consultazioni online senza un dialogo aperto e partecipativo. Proprio la ratio dell'intervento legislativo di luglio 2022 prevedeva una discussione ampia per una riforma complessiva sia del mercato pubblico che privato. Corre poi constatare un aggravio ulteriore al settore. Lo Schema di decreto inoltrato alle Camere il 5 gennaio, abrogando inoltre il d.m. n. 122/2017 (*Regolamento recante disposizioni in materia di servizi sostitutivi di mensa, in attuazione dell'articolo 144, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50* – "Decreto buoni-pasto"), lascia il mercato privato del buono pasto senza una norma di riferimento anche se derivata.

## 2. Concorrenzialità

Come noto, l'art. 41 della Costituzione stabilisce che «*l'iniziativa economica privata è libera*» ma «*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*». Al Legislatore, dunque, è affidato il compito di determinare i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, ma al di fuori di essi non vi è spazio per interventi idonei a limitare l'iniziativa imprenditoriale e a ridurre il gioco della concorrenza.

La lettura costituzionale, poi, va ulteriormente integrata con quella sviluppatasi a livello comunitario ed in forza della quale il funzionamento concorrenziale dei mercati è stato interpretato come un interesse generale, il mezzo per perseguire obiettivi di benessere della comunità attraverso un più efficiente utilizzo delle risorse e allo stesso tempo, come un prolungamento delle libertà naturali dell'individuo, prima fra tutte, quella di iniziativa economica. Per l'effetto, dunque, le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale con finalità economiche o a prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, non adeguati o non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche perseguite e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici, ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, sono considerate incompatibili con i principi sopranazionali in materia di svolgimento delle attività economiche.

Alla luce di ciò, la norma introdotta con il D.l. Aiuti sembra porsi proprio in contrasto con i principi posti dalla normativa comunitaria e nazionale. Introducendo un tetto allo sconto incondizionato, la previsione sterilizza un elemento essenziale del confronto concorrenziale ed appiana le differenze pure necessarie in un mercato dinamico e aperto.

### 3. Disequilibrio di mercato

Il nuovo dispositivo crea un duplice disequilibrio di mercato: da una parte, protegge la rete di esercizi convenzionati da commissioni elevate, penalizzando dall'altra l'attività commerciale delle società emettitrici. Eppure, i rapporti tra gli attori del mercato sono strettamente connessi: la possibilità di garantire ai ristoratori una soddisfacente quantità di utenti ogni giorno dipende, a sua volta, dalla quantità e dalla tipologia delle società/amministrazioni committenti (e dal loro relativo numero di dipendenti), che a sua volta incide in modo significativo sulla capacità della società emettrice di ottenere un maggiore sconto dal ristoratore da poter ribaltare come sconto sul prezzo dei buoni pasto offerti al cliente. Il profilo di tensione del sistema, infatti, risiede nel rapporto tra società emettitrici ed esercizi commerciali: le prime, in ragione della struttura delle gare pubbliche, si trovano a dover offrire uno sconto percentuale sul valore nominale dei buoni pasto alle Pubbliche Amministrazioni, trovandosi di conseguenza nella necessità di contrattare uno sconto incondizionato con gli esercizi commerciali che sia – in una certa misura – proporzionale al ribasso offerto e idoneo comunque a garantirgli un minimo di utile.

Inoltre, disallineando fortemente mercato pubblico e mercato privato dei buoni pasto, lo Schema di decreto potrebbe portare ad offerte in dumping nelle gare pubbliche in modo che l'operatore offerente possa così acquisire quote di mercato per poi recuperare marginalità sul mercato privato.

Infine, lo stretto legame tra “ribasso sul valore nominale” e “sconto incondizionato” garantisce anche il massimo rispetto del criterio dell'offerta economica più vantaggiosa. A ben vedere, la modifica normativa ipotizzata dall'art. 131, incidendo solo su uno dei criteri (quello dello sconto incondizionato) mediante l'inserimento di un “tetto massimo”, rischia di far retrocedere le procedure di affidamento allo stato ante Codice 2016; infatti, l'aver posto un tetto allo sconto incondizionato equivale a sterilizzare tale criterio di valutazione, ottenendo, come effetto, che l'elemento vero di discriminare tra le offerte sarà solamente quello del ribasso sul valore nominale alla pubblica amministrazione, svilendo, di fatto, il concetto stesso di “offerta economicamente più vantaggiosa” e facendo – nei fatti – tornare il sistema al criterio del “prezzo più basso” che, come noto, è ritenuto criterio “straordinario” di aggiudicazione.

3

### Posizione dell'Associazione Nazionale delle Società Emettitrici di Buoni Pasto

Per questi motivi in sede di consultazione parlamentare, ANSEB avanza una forte richiesta di revisione dell'articolo 131 al comma 6 inerente i servizi sostitutivi di mensa aziendale. L'Associazione esprime la necessità che sia confermato un collegamento, paritario o dinamico, tra lo sconto incondizionato verso gli esercenti e il ribasso sul valore nominale del buono pasto come già nella precedente legislazione. Questa soluzione, anche provvista di tetti allo sconto e al ribasso, manterrebbe un equilibrio di mercato auspicabile anche per il committente pubblico, in quanto garanzia di sostenibilità delle imprese emettitrici e allo stesso tempo non genererebbe un controllo anti-concorrenziale sui prezzi.

Per questi e altri motivi, chiediamo la possibilità di un dialogo costruttivo tra le parti per una soluzione equilibrata e strutturale dell'art. 131 del nuovo Codice degli appalti. Confidiamo che vogliate prendere in considerazione i suggerimenti di cui sopra e restiamo a completa disposizione per un confronto.

In fede,

Il Presidente