

Contratti e Appalti

Servizio di refezione scolastica. Le mense biologiche. Legittimità e illegittimità del bando di gara

Il **nuovo codice dei contratti** (art. 144 “Servizi di ristorazione”) a differenza del previgente d.lgs. n. 163/2006, non contiene disposizioni derogatorie per le procedure di aggiudicazione del servizio di refezione scolastica che pertanto seguono le regole ordinarie per le varie fasi e per i vari obblighi specifici.

Rilevante in materia, il [Decreto pubblicato in G.U. n. 79 del 5 aprile 2018](#) del Ministro delle Politiche Agricole di concerto con il Miur e il Ministro della Salute, col quale sono stati definiti i criteri e requisiti delle mense scolastiche biologiche. L’obiettivo: *“promuovere il consumo di prodotti biologici e sostenibili per l’ambiente nell’ambito dei servizi di refezione scolastica negli asili nido, nelle scuole dell’infanzia, nelle scuole primarie e nelle scuole secondarie di primo e di secondo grado”*.

Il decreto dunque individua le percentuali minime di utilizzo di prodotti biologici, nonché le specifiche tecniche necessarie per qualificare il servizio di refezione scolastica quale mensa biologica, in piena conformità alla disciplina europea vigente.

Definisce inoltre i criteri di premialità, da inserire nella documentazione di gara, rivolti a favorire il consumo di prodotti biologici sostenibili per l’ambiente, ridurre lo spreco alimentare e l’impatto ambientale.

Va così attribuito il massimo punteggio nella valutazione qualitativa dell’offerta, al *“recupero di prodotti non somministrati e destinati ad organizzazioni non lucrative di utilità sociale che effettuano, a fini di beneficenza, distribuzione gratuita agli indigenti di prodotti alimentari”* o all’uso di alimenti biologici se prodotti in *“un’area vicina al luogo di somministrazione del servizio (un raggio di 150km)”*.

Sono inoltre istituiti marchi collettivi identificativi della mensa scolastica biologica in funzione delle percentuali di prodotto biologico utilizzato.

In particolare, il marchio di qualità sarà **“oro”** se la percentuale di ingredienti da agricoltura e allevamenti in mare e in stalla proverrà da aziende biologiche almeno nel 50% dei casi; frutta, ortaggi, legumi, prodotti trasformati di origine vegetale, pane e prodotti da forno, pasta, riso, farine, cereali e derivati, olio extravergine per il 90%, mentre uova, yogurt e succhi di frutta per il 100%; **“argento”** se la quota bio per prodotti lattiero-caseari, carne e pesce raggiungerà il 30%, frutta, ortaggi, legumi, prodotti trasformati di origine vegetale pane e prodotti da forno, pasta, riso, farine, cereali e derivati, olio extravergine il 70% mentre per uova, yogurt e succhi di frutta la percentuale dovrà comunque raggiungere il 100%.

Indagando sulla natura del servizio di refezione scolastica, la **giurisprudenza** ha precisato che esso assume le caratteristiche di **servizio essenziale**, strumentale all’attività scolastica, in quanto funzionale a garantire la didattica. L’attività, pur in astratto ricadente tra quelle industriali per il metodo di produzione adottato, non può ascriversi giuridicamente a tale categoria, in quanto è opera che assicura un servizio economico di interesse generale quale appunto il servizio scolastico.¹

Rilevata la natura del servizio, la giurisprudenza ha inoltre chiarito la portata applicativa di alcune clausole del bando di gara di dubbia legittimità.

¹In tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5589.

Contratti e Appalti

- ❖ **La clausola del bando che attribuisce un punteggio differenziato all'offerta tecnica in proporzione della distanza chilometrica del centro di cottura dal luogo di esecuzione del servizio è illegittima**

Siffatta prescrizione non risulta conforme al c.d. "divieto di commistione" tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi dell'offerta cui attribuire punteggio nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Sebbene la giurisprudenza amministrativa riconosca la possibilità di applicare in maniera "attenuata" il divieto generale di derivazione comunitaria di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente², la distanza chilometrica, a ben vedere, non rappresenta un "indicatore più oggettivo" per garantire la freschezza dei cibi, in quanto a parità di distanza il tempo di consegna può variare a seconda delle condizioni infrastrutturali, territoriali, etc.

Su tale asserzione la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto sufficiente, per le specifiche finalità dell'amministrazione, **solo una clausola che stabilisca i tempi massimi di trasporto dei pasti e la possibilità, da parte dell'Amministrazione, di verificare il loro rispetto**³.

Dunque, la clausola di un bando di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica che limiti l'ammissione alla gara in base alla distanza della sede operativa delle imprese concorrenti rispetto al territorio dell'espletando servizio è illegittima⁴.

- ❖ **La mancata dimostrazione del possesso di un centro di cottura non può costituire causa di esclusione. Al fine della partecipazione alla gara basta la mera dichiarazione di impegno alla disponibilità di un centro di cottura**

La Seconda Sezione del [T.A.R. Campania - Napoli, con pronuncia n. 2083/2018](#) ha precisato che *nel caso di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, il possesso di un centro cottura si pone non come requisito di partecipazione bensì di esecuzione dell'appalto. Si tratta, infatti, di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione del contratto di appalto del servizio di mensa scolastica, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio; in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura (Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5929 e T.A.R. Campania - Napoli, sez. VIII, 19 dicembre 2017, n. 5945). Prima dell'aggiudicazione, considerata l'alea della gara, è in realtà sufficiente, anche ai fini del rispetto della par condicio, che vi sia una formale dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un centro di cottura, sulla cui*

²"La possibilità di applicare in maniera "attenuata" il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, è da ritenere ammessa soltanto a) se aspetti dell'attività della impresa possano effettivamente "illuminare" la qualità della offerta e b) a condizione che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo". (Fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, n. 2770/08; Cons. Stato, sez. V, n. 837/09; Cons. Stato n. 5197/2012)

³Si veda, T.A.R. Abruzzo - Pescara, Sez. I, 22/07/2011, n. 476.

⁴Sul punto, T.A.R. Lazio - Latina, Sez. I, 20/12/2017, n. 637.

Contratti e Appalti

base la Stazione Appaltante potrà poi pretendere a pieno diritto che sia acquisita la disponibilità effettiva della struttura, ciò ai fini della stipula e della successiva esecuzione del contratto d'appalto."

Dunque, in fase di partecipazione alla gara, il concorrente deve esclusivamente dichiarare l'astratta disponibilità di un centro di cottura, ma non già l'effettiva disponibilità di esso, che andrà invero comprovata solo al momento dell'aggiudicazione⁵.

Per tal via, l'Amministrazione potrà confidare nell'esistenza di una struttura abilitata all'esercizio dell'attività oggetto dell'appalto ed in particolare del centro cottura per la preparazione dei pasti, presso il quale l'aggiudicatario del servizio potrà operare, senza così porre in essere alcun limite di partecipazione alla gara⁶.

Diversamente opinando, infatti, si configurerebbe una violazione sia del principio di non discriminazione, sia del principio di parità di trattamento richiamati dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici e, altresì, dei principi cardine del Trattato CE e delle Direttive appalti⁷, producendo invero un iniquo vantaggio agli operatori economici già operanti sul territorio di riferimento e determinando, a causa della richiesta capacità organizzativa aggiuntiva per l'impresa, un elemento di distorsione dei costi del partecipante alla procedura di gara.

❖ **La clausola del bando che prevede il possesso del centro di cottura nel territorio comunale quale requisito di partecipazione è illegittima**

Medesima a quella testé richiamata, la *ratio* ispiratrice della statuizione di illegittimità della clausola del bando che richiede il centro di cottura all'interno del territorio comunale, quale requisito di partecipazione e non di mera esecuzione.

"E' illegittima una clausola del bando di una gara indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica che richieda alle imprese partecipanti, come requisito di ammissione, la disponibilità di un centro di cottura ubicato nel territorio comunale, in quanto sproporzionata e distorsiva del principio di concorrenza tra imprese (T.A.R. Puglia, Bari, I, 3.11.2009, n. 2602). In caso di appalto del servizio di refezione scolastica, infatti, il richiedere tout court l'effettiva disponibilità di un centro di cottura nel territorio comunale sin dalla data di presentazione della domanda, senza consentire all'impresa di organizzarsi all'esito della vittoriosa partecipazione, equivale a riservare la gara stessa alle sole imprese che già operano nel territorio, in palese violazione delle disposizioni comunitarie (T.A.R. Lazio, Latina, I, 1.3.2016, n. 116; T.A.R. Abruzzo, Pescara, I, 22.7.2011, n. 476).

⁵Sul punto, si veda TAR Campania – Napoli, Sez. II, 10.6.2016, n.2971.

⁶E' indiscutibile che l'amministrazione debba potere confidare nell'esistenza di una struttura abilitata all'esercizio dell'attività oggetto dell'appalto, ed in particolare del centro cottura per la preparazione dei pasti, presso il quale l'aggiudicatario del servizio potrà operare. Nondimeno, nessun ostacolo alla selezione di un soggetto effettivamente idoneo è ravvisabile nel fatto che questa possibilità legale possa essere conseguita all'esito della procedura di gara, fermo restando la necessità di dimostrare comunque sin dal momento della partecipazione a quest'ultima la disponibilità di una struttura idonea a tal fine. Pertanto, richiedere sin dal momento iniziale che il titolo sanitario sia già stato volturato appare eccessivo rispetto agli interessi dell'amministrazione medesima, perché in questo modo viene posto a carico dell'operatore economico un onere che ben può essere assolto all'esito della procedura di gara sulla base di una mera comunicazione all'autorità competente. (Cons. Stato, Sez. V, del 24/5/2017 n. 2443)

⁷Sul punto, Corte di Giustizia, sent. 13/07/1993, n. C-330/91 "il principio della parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o in base alla sede per quanto riguarda le società, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato".

Contratti e Appalti

In base agli articoli 2, comma 1, ed 83, commi 1 e 2, del D. Lgs n. 50/2016, la disponibilità di un centro cottura nel territorio comunale della Stazione appaltante che ha bandito la gara per l'affidamento del servizio di mensa scolastica non può essere imposta come requisito di selezione dei partecipanti, ma unicamente come requisito di esecuzione, che l'aggiudicatario dovrà effettivamente possedere al momento della stipula e della successiva esecuzione del contratto d'appalto. La clausola del bando di gara che anticipa il possesso di questo elemento al momento della presentazione delle domande è invece illegittima, poiché viola la par condicio che deve sussistere tra tutti i concorrenti, la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi e la parità di trattamento dei partecipanti alla gara. Così, da ultimo il T.A.R. Campania – Napoli, Sez. II, del 03/04/2018, n. 2083.

Per i soci della Centrale di Committenza Asmel Consortile disponibili schemi di bando e disciplinare.