amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2022
Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

I servizi di ristorazione. Alcuni nodi problematici agli albori della riforma del codice dei contratti

di Luigi Ferrara

(Professore ass. di diritto amministrativo - Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. Profili generali. I servizi di ristorazione nel sistema dei servizi sociali. - 2. Il sistema di aggiudicazione per la refezione scolastica e l'integrazione della disciplina nelle linee guida ministeriali. L'organizzazione del servizio e la c.d. autorefezione scolastica. - 3. La disciplina dei servizi sostitutivi di mensa. - 4. Le riforma della disciplina nel futuro codice dei contratti pubblici. Osservazioni conclusive.

Abstract (in inglese)

The article analyses the catering services in in Italian system of public procurement. The article n. 144 of Italian Code of public contracts is analysed. The article focuses the topics of food-stamps and the public procurement rules on school catering services and the school canteens. In particular, the student' right to homemade food and the opportunities to promote the implementation of local food purchase. Finally, the article provides an overview of the catering services in the draft of new Italian code of public procurement.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

1.Profili generali. I servizi di ristorazione nel sistema dei servizi sociali

Il presente contributo si propone di analizzare la disciplina dei servizi di ristorazione e di mensa nel sistema attuale degli appalti pubblici, a partire dall'art. 144 del vigente codice dei contratti pubblici. Il contributo muove da una ricostruzione generale della disciplina, per poi concentrarsi su due temi specifici, i cd. buoni pasto ed i servizi di refezione scolastica. In questo ultimo ambito, sono emersi negli ultimi anni due temi particolarmente rilevanti. Da un lato, il diritto degli studenti e delle loro famiglie alla cd. autorefezione scolastica. Dall'altro, l'emersione nella legislazione regionale ed in alcune regolamentazioni degli enti locali di strumenti per per la promozione delle filiere produttive agroalimentari locali. Il contributo si propone di evidenziare come la disciplina ed i limiti della cd. autorefezione scolastica solleciti la ricerca di un contemperamento, da un lato, delle esigenze di sicurezza alimentare e di ordinata e sicura organizzazione del servizio negli istituti scolastici; dall'altro, della garanzia di alcuni diritti fondamentali che possono essere messi fondamento delle istanze di autorefezione, come la libertà di espressione religiosa.

Per altro verso, la promozione delle approvigionamenti agroalimentari locali nelle mense e nella ristorazione scolastica deve essere analizzata in una triplice prospettiva: in primo luogo, la compatibilità di interventi per il sostegno dei sistemi produttivi agroalimentari locali con il sistema eurounitario di tutela della concorrenza e della libera circolazione nella disciplina dei contratti pubblici; in secondo luogo, rintracciandone le ragioni giustificative nel rafforzamento della sostenibilità alimentare per la tutela ambientale, per cui la disciplina deve essere riportata a coerenza con le diverse disposizioni che negli appalti pubblici impongono l'attenzione a questioni ambientali e l'introduzione di clausule ambientali; infine, occorre riconstruire, nel sistema delle fonti, i margini di intervento della legislazione regionale e della regolamentazione locale rispetto alla disciplina statale[1].

Nella parte finale del lavoro, sarà oggetto di attenzione la nuova disciplina dei servizi di ristorazione che si avvia a delinearsi nel progetto del nuovo Codice dei Contratti, approvato dal Governo. L'oggetto di questa prima lettura della riforma sarà soprattutto l'indagine le

[1] Sui servizi di ristorazione, cfr., *ex multis*, AVERSANO, *Limitazioni del diritto al cibo: una proposta a margine di alcuni casi esemplari*, *Rivista di Diritto Alimentare*, 2018, 4, 34; BOTTEON, *Risarcimento per responsabilità precontrattuale anche in assenza di un aggiudicatario: l'Adunanza Plenaria scioglie positivamente il nodo. Ma a chi va la giurisdizione?*, *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2018, 3, 19; GALLI, *Settori ordinari e settori speciali: complementarietà o alternatività?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 2, 227; MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, *UA* 2016, 8-9, 1001; MEDDA, *La mensa scolastica tra pretese individuali ed esigenze collettive. Note a margine della sentenza del TAR Liguria, 19 settembre 2019, n. 722*, *Osservatorio costituzionale*, 2020, 1, 256; NATALI, *La decisione del Consiglio di Stato n. 8013 del 2019: un focus sulle problematiche applicative dei Criteri Ambientali Minimi per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari*, *Riv. Dir. Agrario*, 2020, 1/2, 15; PAGANI, *Affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa: una breccia nel costrutto unitario del codice dei contratti pubblici?* (Nota a Cons. Stato sez. V 26 settembre 2007, n. 4970), *UA* 2008, 2, 196; ROTA – BORRIELLO, *Organizzazione amministrativa e tutela dei diritti sociali nell'emergenza pandemica e per la ripresa post-pandemica, con particolare riferimento alla sanità e all'istruzione*, *Amministrativ@mente*, 2/2021, 200.

tematiche oggetto di analisi in queste brevi riflessioni abbiano avuto riscontro nel progetto di riforma.

Per inquadrare la disciplina in esame, occorre muovere dalla sua collocazione nel (ancora) vigente Codice dei contratti pubblici, il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La materia è disciplinata nell'art. 144 del Codice, nell'ambito del Capo II della Sezione IV, didicato ai servizi sociali. Infatti, in attuazione dell'allegato IX della Direttiva n. 2014/24/UE e dell'art. I lett. gg), della legge 28 gennaio 2016 n. 11, i servizi di ristorazione sono aggiudicati secondo le regole definite in relazione ai servizi sociali. Il servizio di ristorazione è, infatti, ritenuto come servizio specifico secondo quanto stabilito dall' allegato XIV, dir. 2014/24/UE. Sono conseguentemente applicabili le norme comunitarie, ovviamente per i contratti di importo pari o superiori a euro 750.000, per i settori ordinari e a euro 1.000.000 per i settori speciali.

La direttiva 2014/24/UE, al considerando 6, riconosce agli Stati membri la libertà «di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi, quali i servizi postali, in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi». Più in generale, il considerando 7 della direttiva, «lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito operativo e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico», riconoscendo alle «autorità nazionali, regionali e locali la facoltà di fornire, fare eseguire e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al TFUE». Al considerando 114, la direttiva prevede che i contratti per i servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici, di importo superiore alla soglia comunitaria siano improntati alla trasparenza a livello di Unione, specificando che gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo considerato più adeguato e che le norme della direttiva tengono conto di tale imperativo imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e parità di trattamento. Inoltre, è prevista la libertà degli Stati membri di fornire direttamente tali servizi o di organizzare servizi sociali (quindi con riferimento alla fase esecutiva) attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio attraverso il semplice finanziamento di tale servizio o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni stabilite in precedenza dalle amministrazioni. Il considerando 118 della direttiva stabilisce, infine, che la direttiva medesima dovrebbe prevedere la possibilità di riservare la partecipazione alle procedure di appalto per taluni servizi nei settori dei servizi sanitari, sociali e culturali alle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario e alle organizzazioni esistenti quali le cooperative. L'articolo 76 della direttiva stabilisce che

gli Stati membri introducono norme a livello nazionale per l'aggiudicazione degli appalti di servizi sociali al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento e che gli stessi sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili che consentano di tener conto delle specificità dei servizi in questione. La Commissione europea, nella "Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali…" del 2013 ha avuto occasione di chiarire che i Servizi Sociali di Interesse Generale (SSIG) possono essere di natura economica o non economica e che, in base alle disposizioni del Trattato relative al mercato interno, qualsiasi prestazione di servizi remunerata deve essere considerata un'attività economica. Perciò i SSIG di carattere economico sono considerati Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG) e, come tali, sono assoggettati alle norme europee in materia di mercato interno e concorrenza. Anche la dir. 2014/25/UE si colloca nel solco della "specialità" così tracciato. Per i settori ordinari, il Capo I del Titolo III della dir. 2014/24/UE prevede una normativa speciale per i servizi sociali nei settori ordinari e gli altri servizi specifici elencati nell'allegato XIV, consentendo una discrezionalità in capo agli Stati membri per le procedure di affidamento e di aggiudicazione. In particolare, gli appalti per i servizi sociali e altri servizi specifici nei settori ordinari sono disciplinati dagli artt. da 74 a 77 recanti le modalità di aggiudicazione, la pubblicazione degli avvisi e dei bandi, i principi per l'aggiudicazione degli appalti e gli appalti riservati per determinati servizi. Ai sensi delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE la nuova disciplina dei servizi sociali non costituisce una nuova ipotesi di contratti esclusi, ma un c.d. "regime alleggerito", un regime speciale previsto per i servizi sociali, che si differenzia poi ulteriormente nei settori ordinari e nei settori speciali (considerando 28, 117, 118 dir. 2014/24/UE, considerando 36, 121, 122, 123, 124 dir. 2014/25/UE).

La disciplina applicabile ad appalti (e concessioni) di servizi sociali nei settori ordinari è stata successivamente differenziata in relazione a forme di pubblicità e alla disciplina dei procedimenti sotto soglia, ai sensi dell'art. 142, c. 5-bis ss., introdotti con il decreto correttivo, d.lgs. 19.4.2017, n. 56. Con il decreto correttivo, il Governo si proponeva di a) riportare a coerenza l'art. 140 (relativo ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali, di cui al Capo I, Titolo VI, Parte II del codice) e l'art. 142 (relativo anch'esso ai servizi sociali e ad altri servizi, ma nei settori ordinari, servizi questi ultimi normati al successivo Capo II); b) introdurre una nuova disciplina intermedia - prevista dai c. 5-bis ss. - per alcuni servizi sociali nei settori ordinari individuati dall'allegato IX; c) introdurre la medesima disciplina intermedia anche per i servizi sociali dello stessa natura e contenuto nei settori speciali, ma limitatamente alle procedure sotto soglia. Questa nuova disciplina (non corrispondente ad un modello presente nelle direttive) viene riservata solo ad alcune categorie di servizi, ai sensi dell'art. 142, c. 5-bis (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali,

da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative).

Nell'architettura attuale dell'articolo in commento, si ritrovano così, come ricorda il CdS, «due categorie: una prima categoria, per la quale resta ferma la scelta originaria del codice (cioè di soggezione alla disciplina ordinaria degli affidamenti di servizi) [nei commi 1-5]; una seconda categoria, i servizi espressamente nominati nel comma 5-bis, a cui si applica un regime che non è né quello ordinario, né quello alleggerito europeo, ma "intermedio", attraverso la elencazione nominativa, nei commi 5-ter e seguenti, delle disposizioni, dettate per i settori ordinari, applicabili ai servizi sociali»[2].

Sulla scorta di questa interpretazione data dal CdS dal decreto correttivo, è possibile, ricapitolando, rinvenire nell'art. 142 riformato differenti regimi: 1) Affidamenti di servizi sociali nei settori ordinari elencati nell'Allegato IX del codice (classificati sulla base dell'allegato XIV della Dir. 2014/24/UE) ai sensi dell'art. 142, commi 1-5, di valore superiore alla soglia prevista dall'art. 35, c. 1, lett. d, pari a 750.000 euro); 2) Affidamenti di servizi sociali nei settori ordinari elencati nell'Allegato IX a "regime alleggerito" ai sensi dell'art. 142, c. 5-bis, di valore superiore alla soglia prevista dall'art. 35, c. 1, lett. d); 3) Affidamenti di servizi sociali sotto soglia nei settori ordinari elencati nell'Allegato IX a "regime alleggerito" ai sensi dell'art. 142, c. 5-bis e 5-octies, di valore inferiore alla soglia prevista dall'art. 35, c. 1, lett. d); 4) Affidamenti di servizi di ristorazione e sostitutivi di mensa aziendale elencati nell'Allegato IX ai sensi degli artt. 144 e 142 c. 5-nonies, ogggetto del presente lavoro. Nell'architettura del nuovo Codice, sotto il profilo della disciplina applicabile, il regime è poi diversificato (per lo meno in parte) a seconda che si ricada nei settori ordinari (Capo II - artt. 142 e 143) o in quelli speciali (Capo I - art. 140), fermi restando i principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.

Come venne osservato poco dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice da molti commentatori, la nuova disciplina dei servizi sociali nei settori ordinari continuava a mancare di coordinamento con la legge quadro sui servizi sociali, legge 8.11.2000, n. 328, e la legge "Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale", l. 6.6.2016, n. 106. La legge quadro sui servizi sociali aveva istituito un "sistema integrato di interventi e servizi sociali" da realizzarsi mediante politiche e prestazioni coordinate nei diversi settori della vita sociale, integrando servizi alla persona e al nucleo familiare con eventuali misure economiche, e mediante la definizione di percorsi attivi volti a ottimizzare l'efficacia delle risorse e a impedire sovrapposizioni di competenze e settorializzazione delle risposte. La finalità perseguita consisteva nel garantire, in coerenza con gli artt. 2, 3 e 38 Cost., il raggiungimento di obiettivi sociali determinati, quali: il miglioramento della qualità della vita; le pari opportunità; la non discriminazione e il godimento dei diritti di

[2] Parere n. 782 del 30.3.2017, sul decreto correttivo, d.lgs. 19.4.2017, n. 56, p. 107 ss.

cittadinanza; la prevenzione, eliminazione o riduzione delle condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia. Un tentativo di coordinamento fu operato dall'ANAC con l'approvazione delle "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali" (delibera n. 32 del 20.1.2016): per "servizi sociali" si intendono tutte le "attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia".

In conseguenza della legge delega del 2016, le procedure di affidamento di servizi ad enti del terzo settore hanno avuto un riassetto nel nuovo Codice del Terzo Settore (CTS), adottato con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117. Ai regimi summenzionati previsti nel codice si aggiunge il regime degli affidamenti ai sensi degli artt. 55-57 del CTS. L'adozione del nuovo CTS ha palesato subito problemi di coordinamento con la disciplina dei contratti pubblici per i servizi sociali, che sono stati solo in parte rispolti dal successivo intervento del legislatore. Gli artt. 8, commi 5, lettera c-bis), e 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120), che hanno introdotto nell'art. 140 del Codice dei Contratti un rinvio all'applicazione delle disposizioni contenute nel titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, il CTS. Il d.l. n.76/20 ha modificato anche l'ottavo comma dell'art. 30 del Codice, che ora dispone che, "per quanto non espressamente previsto" nel codice e negli atti attuativi, "alle procedure di affidamento e alle altre attivita' amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile. La formulazione del rinvio "fermo restando" nella disposizione in commento e la contestuale riforma del comma ottavo dell'art. 30 sono state interpretata da parte della dottrina come espressione dell'intenzione del legislatore di collocare in posizione paritaria le due discipline codicistiche, che coprirebbero ambiti diversi, l'uno quello della concorrenza, l'altro quello della sussidiarietà, risolvendo i problemi di compatibilità della disciplina di settore con il diritto europeo. Secondo altri, il sintetico rinvio non pare in grado a risolvere «le criticità legate all'utilizzo da parte dell'amministrazione dell'una o dell'altra via, né idonea ad indicare termini e modi del coordinamento tra i due Codici»[3]. Le aporie intrepretative

[3] GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, *Federalismi.it*, 2021, 21, 113-135. Sul rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici e quella del CTS, cfr., *ex multis*, ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarieta`*, *Munus*, 2019, 1, 145; CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, *RIDPCom* 2016, 3-4, 733; CAVALIERE, *Servizi sociali e principio concorrenziale*,

rinnovate dalle nuove disposizioni di rinvio introdotte hanno portato a nuovi interventi della Corte Costituzionale (decisione n. 131 del 2020), dell'ANAC (richiesta di parere n. 59638 del 6 luglio 2018 al CdS sulla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lgs. 18/4/2016 n. 50 e del d.lgs. 3/7/2017 n. 117), del CdS (pareri n. 2052 del 2018 e n. 3235 del 2019), del Ministero del Lavoro (Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, adottate con Decreto n. 72 del 31.03.2021) e , da ultimo, ancora dell'ANAC, con la pubblicazione delle Linee Guida N° 17 recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali» (Delibera n. 382 del 27 luglio 2022).

A seguito di queste riforme, il Consiglio di Stato ha provato a delimitare gli ambiti di questi regimi. Secondo il CdS, (parere n. 2052 del 2018), "E' opportuno precisare che l'applicazione del Codice dei contratti pubblici è integrale ed attiene, dunque, a tutti gli istituti ivi previsti, salva l'applicazione dell'art. 36 per i contratti sotto soglia". Secondo il CdS, le disposizioni di settore in materia di servizi sociali possono trovare applicazione nei soli casi espressamente consentiti dalla normativa, al ricorrere dei presupposti soggettivi ed oggettivi ivi individuati, con esclusione di applicazioni analogiche o estensive, e si integrano con la disciplina codicistica in ordine ai profili di qualificazione o di accreditamento dei soggetti partecipanti alle selezioni, laddove sulla disciplina dell'evidenza pubblica applicabile, restano fermi regimi stabiliti dal Codice, salvo i casi di esclusione e le procedure selettive rientranti negli artt. 55-57 del CTS[4]. Ma soprattutto, sono da considerare le distinzioni effettuati dalla Corte Costituzionale, nella decisione n. 131 del 2020: i modelli di collaborazione e affidamenti disciplinati dal CTS sono riservati «in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 CTS, in forza del quale costituiscono il Terzo settore gli enti che rientrano in specifiche forme organizzative tipizzate… e gli altri enti "atipici" [le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di diritto privato diversi dalle società]…che perseguono, senza scopo di lucro… finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale… e che risultano iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore». Quindi, «agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le fattispecie di affidamenti previste dall'art. 55 del CTS: esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica».

Dirittifondamentali.it, 2020, 2, 1129-1154; FLACCO, *Sussidiarietà e mercato nell'affidamento dei servizi sociali*, *ForoAmm*, 2020, 2, 362-380; (13); (5) GALLI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - i settori speciali*, *GDA* 2016, 4, 436; MAZZEO, Gli appalti e le concessioni nei servizi sociali: un regime non troppo "alleggerito" *frutto di una "complicata semplificazione"*, *UA* 2016, 8-9, 1001; MICHIARA, *Contrattazione e servizi "relazionali" ai sensi delle direttive comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE. Spunti per un inquadramento*, *RIDPCom* 2016, 2, 461; MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, *RTDP* 2015, 1, 89

[4] Cfr. soprattutto la giurisprudenza in tema di affidamento dei servizi di trasporto in emergenza/urgenza: C. Stato, III, 28.02.19, n. 1139 e C. Stato, III, 03.08.20, n. 4905.

Ritornando ai servizi di ristorazione disciplinati dall'art. 144, occorre ricordare che nella disciplina previgente, la giurisprudenza aveva progressivamente chiarito i limiti di applicabilità delle norme previste dal previgente codice del 2006. Gli artt. 66 (modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi) e 70 (termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte), del d.lgs. 163/2006 non trovavano applicazione per l'appalto di servizi di ristorazione scolastica. Infatti, l'art. 20 del d.lgs. 163/2006 stabiliva per gli appalti di servizi di cui all'all. B) II - tra cui era espressamente contemplato il servizio di ristorazione - che l'aggiudicazione fosse disciplinata esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'art. 65 (avviso sui risultati delle procedura di affidamento) e dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Pertanto, in base a dette disposizioni la procedura di scelta del contraente per i contratti di refezione scolastica non era disciplinata da tutte le disposizioni del codice; l'appalto soggiaceva solo ad un nucleo minimo di regole, mentre non trovavano applicazione le disposizioni relative alle modalità di pubblicazione dei bandi e ai relativi tempi posti dall'art. 70. Era rimessa quindi all'Amministrazione la scelta circa i termini per la presentazione delle offerte, scelta che, lungi dall'essere arbitraria, doveva comunque essere effettuata seguendo i principi di cui all'art 27 dello stesso codice del 2006, che introduceva per tutte le tipologie di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori forniture e servizi esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice, il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità[5].

Nel nuovo codice del 2016, ai sensi del comma 1 dell'art. 144, i servizi in oggetto devono essere affidati esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, c. 3. Appare innovativa l'individuazione dei relativi fattori, che fanno riferimento alla qualità dei generi alimentari (prodotti biologici, tipici e tradizionali, a denominazione protetta e provenienti da sistemi di c.d. filiera corta), ai principi e alle disposizioni della green economy e alla formazione degli operatori.

In tale ambito, l'art. 144, c. 1, specifica altresì che vengono fatte salve le disposizioni di cui all'art. 4, c. 5-quater, d.l. n. 104/2013 (convertito nella l. n. 128/2013), e di cui all'art. 6, c. 1, l. n. 141/2015: il richiamato art. 4, c. 5-quater, stabilisce che le stazioni appaltanti prevedano specificatamente l'inserimento dei suddetti aspetti nei bandi delle gare d'appalto per l'affidamento e la gestione dei servizi di refezione scolastica e di fornitura di alimenti e prodotti agroalimentari agli asili nido, alle scuole dell'infanzia, alle scuole primarie, alle scuole secondarie di primo e di secondo grado e alle altre strutture pubbliche che abbiano come utenti bambini e giovani fino a diciotto anni di età.

L'art. 6, c. 1, l. n. 141/2015, inoltre, consente alle istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche e ospedaliere di prevedere nelle gare, concernenti i relativi servizi di fornitura,

[5] Cfr. TAR Puglia Lecce II 30.3.2007, n. 1333.

criteri di priorità per l'inserimento di prodotti agroalimentari provenienti da operatori dell'agricoltura sociale.

Il criterio direttivo era già emerso nella giurisprudenza amministrativa, in nome della superiore esigenza di tutela della sicurezza alimentare. Così, era stata accolta la censura con la quale era stata denunciata la violazione dell'art. 23, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 157/1995, che prescriveva il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo valore preminente alla qualità e alla sicurezza dei prodotti agroalimentari offerti, a fronte del disciplinare di gara che attribuiva il punteggio largamente prevalente all'elemento del prezzo offerto, giustificando questa opzione con la collocazione della gara al di sotto della soglia comunitaria. La necessità di ritenere obbligato il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche per gli appalti sotto soglia doveva giustificarsi in nome della "sicurezza alimentare" e in nome del perseguimento degli altri obiettivi di natura socio-economica, come il sostegno dei prodotti tipici e tradizionali che aveva trovato riconoscimento una fonte integrativa della disciplina nazionale nelle previsioni della legge regionali[6].

Prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, sul ruolo della legislazione regionale di integrazione dei criteri si deve segnalare anche l'intervento della Corte Costituzionale. La disposizione di legge regionale impugnata integrava tra i criteri di valutazione per la selezione delle offerte per la ristorazione collettiva la promozione dei prodotti agricoli di qualità da filiera corta, a chilometro zero. La disposizione era dichiarata illegittima perché veniva ad imporre all'amministrazione appaltante un criterio di scelta del contraente chiaramente idoneo ad alterare la concorrenza protetta dal diritto dell'Unione Europea, e quindi in violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., incentivando gli imprenditori ad impiegare prodotti provenienti da una certa area territoriale a discapito di prodotti con caratteristiche similari, ancorché provenienti da aree poste a distanza uguale o minore dal luogo di consumo (come poteva avvenire nelle zone di confine tra Regioni)[7].

Per la corretta ricostruzione delle modalità di determinazione dei criteri di valutazione da parte della stazione appaltante, oggi non può non farsi riferimento alle Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" elaborate dall'ANAC[8]. La specificazione puntuale che il legislatore fa dei criteri di valutazione

[6] Cfr. in tal senso C. Stato, V, 21.12.2007, n. 5935.

[7] C. Cost. 2.12.2013, n. 292. Veniva quindi fatta una distinzione tra prodotti agricoli trasportati esclusivamente nel territorio della Regione (non ammessi) e prodotti trasportati con una ridotta quantità di emissioni nocive (ammessi): l'art. 36 del TFUE, infatti, lascia impregiudicate le restrizioni alle importazioni giustificate da motivi di "tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali", cui la salvaguardia dell'ambiente è strettamente connessa.

[8] Deliberazione dell'ANAC del 21.9.2016, n. 1005. Secondo l'ANAC, "così le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto

(in relazione agli "aspetti relativi a fattori quali la qualità dei generi alimentari con particolare riferimento a quella di prodotti biologici, tipici e tradizionali, di quelli a denominazione protetta, nonché di quelli provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale, il rispetto delle diposizioni ambientali in materia di *green economy*, dei criteri ambientali minimi pertinenti di cui all'articolo 34 del presente codice e della qualità della formazione degli operatori") non deve essere visto come "appiattimento" delle specifiche tecniche delle offerte in requisiti minimi di partecipazione[9]. In una successiva decisione, il CdS ha analizzato la presenza nei bandi e nei capitolati di gara dei criteri ambientali minimi (cd. CAM) e dei "criteri ambientali premianti" «*ossia a quella parte dei CAM che individuano i criteri ambientali "premianti", da introdurre nelle gare d'appalto esperite con il criterio di aggiudicazione dell'offerta "economicamente più vantaggiosa"*», previsti dal d.m. Ambiente del 25.7.2011, ed in particolare i sistemi di trasporto merci e di mobilità del personale a minore impatto ambientale: «*il criterio di valutazione…"Modalità di trasporto de i prodotti"…appare ispirarsi alla finalità di "premiare" con uno specifico punteggio le offerte che si mostrino rispettose delle esigenze di tutela ambientale, pur se interpretate in modo autonomo dalla stazione appaltante, anche in funzione della specificità della gara e del servizio che ne costituisce oggetto, in considerazione del fatto che la norma non impone la pedissequa applicazione dei "criteri ambientali minimi" di cui all'art. 34, ma di quelli soli che risultino "pertinenti" all'oggetto della gara*»[10].

Riguardo alla determinazione della base d'asta, è stato chiarito che «*la pur ampia discrezionalità goduta dall'amministrazione non può risolversi in arbitrarietà…non essendo ragionevole fissare un valore economico, qual è la base d'asta, senza svolgere un'adeguata attività istruttoria volta ad accertare la effettiva rilevanza ed incidenza su quel valore economico dei prezzi dei prodotti da fornire, ma limitandosi a verificare la pretesa congruità anche per la nuova gara di quello stesso valore posto a base d'asta della precedente gara*». Così Il prezzo a base d'asta deve essere congruo a seguito di una corretta indagine, anche effettuata sulla base di studi e ricerche già disponibili, sul costo delle materie prime alimentari necessarie alla preparazione delle attività di ristorazione (contemplando, in particolare il costo di prodotti specificamente precisati nel bando, come prodotti biologici o di filiera corta) ed i costi ulteriori (logistica, trasporto, pulizia, etc.)[11].

---

concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. In altri termini, non dovrebbero essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione che, per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti, o le condizioni minime - incluso il prezzo - con cui i lavori, servizi o forniture devono essere realizzati; si dovrebbe attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara".

[9] In tal senso, TAR Lazio, Roma, I-bis, 5.6.2017, n. 6613.

[10] C.Stato, III, 17.04.2018, n. 2317.

[11] C.Stato, V, 25.11.2019, n. 8043.

In ordine alla capacità tecnica, la giurisprudenza amministrativa[12] ha di recente chiarito che, anche laddove il bando preveda l'obbligo di dimostrare in sede di gara la disponibilità di un centro cottura per la l'esecuzione della prestazione, la sia possibile il ricorso all'avvalimento, purché ne consenta esclusiva disponibilità alla ditta ausiliaria, non intesa come uso esclusivo, ma, intendendo il requisito secondo canoni di ragionevolezza e proporzionalità, la condizione in cui l'«*effettuazione di tutte le attività connesse al requisito oggetto di avvalimento deve infatti competere esclusivamente alla ditta ausiliaria, con il proprio personale e i propri mezzi*». Tali fattispecie di avvalimento, non devono essere ricostruite né come cessione del contratto, né come subappalto. Nella stessa decisione, viene inoltre precisata la portata delle clausole sociali in questi appalti di servizi: «*la clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara* (va) *formulata in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati…l'onere di riassorbimento del personale, oggetto della clausola sociale, è legittimo solo se alla stessa viene attribuita un'interpretazione che rispetti le scelte organizzative dell'imprenditore*». La giurisprudenza segnalata richiama la necessità di coordinare la disciplina dell'art. 144 con quella dell'art. 50 del Codice, che disciplina le clusole sociali[13]. Nell'ambito della predisposizione dei documenti di gara, l'inserimento di clausole sociali nei contratti d'appalto è una tecnica tradizionalmente usata per promuovere l'applicazione di condizioni di lavoro coerenti con i minimi salariali definiti per i contratti collettivi nazionali e per promuovere le imprese socialmente responsabili nel mercato dei lavori e dei servizi per la pubblica amministrazione. Come per altri istituti giuridici spesso accumunati - come le clausole ambientali nell'ambito del *green public procurement* e i sistemi di rendicontazione sociale della c.d. «responsabilita` sociale dell'impresa» - la *ratio* di queste fattispecie e` da annoverarsi nella promozione di esternalita` positive mediante l'apposizione nei congegni negoziali di clausole di disciplina di oneri, doveri o obblighi non immediatamente funzionali al soddisfacimento delle pretese creditorie principali recipro- che delle parti del rapporto negoziale, ma alla protezione o al riconoscimento di diritti e interessi sociali di terzi *stakeholders* (cittadini, lavoratori, consumatori). In casi molto limitati, precisati dalla giurisprudenza, queste clausole sono state ammesse come vere e proprie clausole sociali di riassorbimento occupazionale, compatibilmente con il diritto europeo e con i principi di parita` di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalita`. Le stazioni appaltanti indicano, pertanto, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta, agli operatori economici che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale, nel rispetto del diritto dell'Unione europea, ovvero,

[12] C.Stato, V, 16.01.2020, n. 389.

[13] Sulle clausole sociali e ambientali, sia consentito di rinviare a FERRARA, *Clausole sociali e responsabilità sociale dell'impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale*, in questa rivista, 3-4/2018, 4ss.

in via prioritaria gli addetti gia` impiegati nel medesimo appalto. Le stazioni appaltanti che prevedono condizioni sociali possono darne comunicazione all'ANAC, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilita` di dette clausole con il diritto dell'Unione europea. L'art. 50 del Codice dei Contratti prevede, in particolare, «l'inserimento» della clausola socia- le nei bandi, avvisi ed inviti con particolare ri- guardo ai contratti ad alta intensita` di manodopera.
Nella stessa prospettiva, il tema della sostenibilità alimentare si declina nella prospettiva europea del *Green public procurement*. Il rilievo delle clausole ambientali nei contratti pubblici muove dalla Comunicazione inter- pretativa della Commissione europea C-333/2001. Successivamente, con due importanti pronunce della Corte di Giustizia, la n. C-513/1999 del 17.09.2002 e la n. C-368/10 del 10.05.2012, vengono definiti i caratteri delle cd. «clausole ecologiche» che, seppure per larghi tratti lasciate alla discrezionalita` della stazione appaltante, incontrano due limiti fondamentali all'utilizzo nella «appropriatezza» e nella «pertinenza». Il primo criterio declina in buona sostanza il principio di proporzionalita` della clausola ecologica, nel senso che questa non potra` essere eccessivamente onerosa per l'operatore economico che partecipa alla gara. In tal senso un appalto di entita` economica modesta non potra` richiedere il possesso di certificazioni ambientali o di soluzioni progettuali i cui costi risultano cosi` elevati da rendere la relativa partecipazione alla gara antieconomica. La pertinenza attiene al collegamento funzionale all'oggetto dell'appalto, cosi` da poterne comprendere la reale incidenza sulla qualita` dell'offerta presentata[14].
Si segnala poi, per le caratteristiche del tutto peculiari, la gestione dei servizi di ristorazione negli aeroporti. La ristorazione - si è ritenuto - è cosa ben diversa dall'attività di assistenza a terra (c.d. *handling*) che contiene l'insieme di servizi predisposti dalla società di gestione aeroportuale e consistenti in prestazioni rese a favore dei vettori.
La gestione dell'attività di ristorazione, peraltro, esula certamente dal concetto di servizio reso nell'interesse della collettività con carattere di necessarietà e dunque, ai fini della individuazione della giurisdizione in capo al giudice amministrativo, non è qualificabile come pubblico servizio. Tale posizione è assunta con il conforto di quella posizione della Corte di Cassazione secondo cui il servizio pubblico si connota funzionalmente per esser rivolto al soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale, elemento che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali[15]. Sempre

---

[14] Sul *green public procurement*, cfr., tra i piu` recenti, VIVANI, *Appalti sostenibili, "green public procurement" e "socially responsible public procurement"*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, pp. 993- 1000; VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilita`, economici- ta`*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, 3/2, pp. 101-112; FELIZIANI, *I "nuovi" appalti verdi: un primo passo verso un'e- conomia circolare?*, in *Il Diritto dell'economia*, 2017, 2, p. 349- 378.

[15] Cfr. Cass.civ, SU, 30.3.2000, n. 71.

secondo la decisione in esame, la giurisdizione del giudice amministrativo non può fondarsi nemmeno sull'art. 6, l. 21.7.2000, n. 205, a mente del quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. Ciò in quanto, nel caso dell'affidamento dei servizi di ristorazione, non ricorre né lo schema della concessione di servizi pubblici né quello del contratto di appalto dal momento che l'ente affidante non è tenuto a corrispondere alcun importo per l'attività prestata dall'operatore, ma al contrario riceve dall'assegnatario un canone commisurato al fatturato, con riconoscimento di un "minimo garantito" annuo, sicché il costo del servizio grava sugli utenti e l'affidataria ritrae i proventi della sua attività esclusivamente dalla gestione degli spazi di ristoro. Peraltro, accertata la natura di impresa pubblica dell'ente gestore del sedime aeroportuale (tale cioè da rendere lo stesso soggettivamente annoverabile tra gli enti aggiudicatori dei settori esclusi), si è ritenuto che l'applicazione di dette norme dovesse essere comunque esclusa, in quanto il servizio di ristorazione non attiene al trasporto aereo propriamente detto (c.d. servizio *aviation*), cioè ad un'attività per l'esercizio della quale l'impresa pubblica gode di un diritto speciale o esclusivo[16].

La giursprudenza in materia ha avuto modo di pronunciarsi anche in merito ad alcuni profili di responsabilità. Il ricorso presentato da un raggruppamento di imprese, che aveva partecipato ad una gara per l'affidamento di un lotto del servizio di ristorazione delle aziende sanitarie della Regione Calabria, contro l'esclusione dell'offerta ritenuta in aumento rispetto all'importo annuale che l'amministrazione riteneva di aver fissato per il singolo lotto, ha consentito all'Adunanza Plenaria del CdS[17] di pronunciarsi in tema di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, che spetta sia anteriormente alla "proposta di aggiudicazione" ai sensi dell'artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del Codice, sia prima ancora della pubblicazione del bando di gara. L'Adunanza Plenaria afferma che la presenza di una pluralita` di soggetti partecipanti alla procedura e la mancata individuazione di una posizione differenziata tra gli stessi non e` di ostacolo al riconoscimento di una tutela risarcitoria dell'interesse negativo.

[16] Cfr. ,TAR Lombardia, Milano, 17.10.2007, n. 6107.

[17] Crr. CdS, Ad.Plen., 4.05.2018, n. 5. «*La responsabilita` precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede… Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento*».

2. Il sistema di aggiudicazione per la refezione scolastica e l'integrazione della disciplina nelle linee guida ministeriali. L'organizzazione del servizio e la c.d. autorefezione scolastica

Ai sensi del comma 2 dell'art. 144, con decreti del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, sono definite e aggiornate le linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica. Fino all'adozione delle linee guida le stazioni appaltanti individuano nei documenti di gara le specifiche tecniche finalizzate a garantire la qualità del servizio richiesto, ai sensi dell'art. 216, c. 18. In attesa delle nuove linee di indirizzo ministeriali, per l'aggiudicazione dei servizi di ristorazione devono considerarsi come fonti di integrazione dei capitolati le Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione scolastica, approvate in Conferenza Stato-Regioni e pubblicate in G.U. n. 134 dell'11.6.2010, le Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera e assistenziale, approvate in Conferenza Stato-Regioni il 16.12.2010 e pubblicate in G.U. n. 37 del 15.2.2011, le Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera pediatrica, approvate in Conferenza Stato-Regioni il 18.12.2014. In particolare, con la nota n. 11703 del 25.3.2016 il Ministero della Salute ha disposto l'integrazione delle Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione scolastica al fine di disporre l'obbligo, nell'organizzazione dei servizi di ristorazione, di assicurare le adeguate sostituzioni di alimenti correlate a ragioni etico-religiose o culturali. Le Linee guida precisano che per tali sostituzioni non possa essere richiesta certificazione medica, ma solo l'assunzione di responsabilità dei genitori.

In alcune recenti decisioni, la giurisprudenza ha indagato, con alcune oscillazioni, il tema della cd. autorefezione scolastica, ovvero la possibilità per gli studenti, su richiesta dei genitori, di partecipare, alla "pausa pranzo" negli istituti scolastici senza avvalersi del servizio di ristorazione. La giurisprudenza ordinaria[18] e amministrativa[19] hanno confermato l'illegittimità delle alcune delibere comunali di istituzione e il regolamentazione della refezione scolastica, che prevedevano sia l'obbligatorietà del servizio per tutti gli alunni, sia il divieto di consumare cibi diversi da quelli forniti dall'impresa appaltatrice nei locali adibiti all'espletamento de servizio.

Richiamando i principi di proporzionalità e non discriminazione, la giurisprudenza amministrativa osserva che ragioni di sicurezza alimentare e prevenzione del rischio di contaminazione igienico-sanitaria o di controllo del corretto regime alimentare degli studenti non possono essere poste a fondamenti di aprioristici divieti già nei regolamenti e negli atti di organizzazione del servizio, ma devono essere valutati concretamente dal dirigente scolastico

[18] C.Appello Torino, 21.06.2016, n. 1049.
[19] CdS, VI, 3.09.2018, n. 5156.

e dal gestore del servizio con misure specifiche, contemperando l'interesse pubblico con il diritto all'istruzione e la libertà di scelta alimentare delle famiglie e degli studenti[20].
Questo necessario contemperamento è stato ribadito anche dalle Sezioni Unite[21], che hanno affermato l'insussistenza in queste fattispecie di un diritto soggettivo perfetto all'autorefezione scolastica, ma riconducendo le pretese azionate allo schema del «diritto sociale (all'istruzione), evidentemente condizionato e dipendente dalle scelte organizzative rimesse alle singole istituzioni scolastiche». Come è stato osservato, le pretese genitoriali devono trovare riconoscimento anche come diritti procedimentali, al fine di influire sulle scelte riguardanti le modalità di gestione del servizio mensa, rimesse all'autonomia organizzativa delle istituzioni scolastiche, in attuazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica[22].
Occorre infine ricordare che, a seguito dell'emergenza pandemica, molte amministrazioni hanno provveduto alla riorganizzazione del servizio, comprimendo il diritto all'autorefezione. Sul tema, il CdS ha ribadito che occorre rimettere all'amministrazione la ponderazione degli interessi, anche durante l'emergenza pandemica, qualificando ancora una volta le situazioni soggettive degli alunni e delle famiglie come interessi legittimi. In questa prospettiva, compete tuttavia all'amministrazione di considerare l'importanza della consumazione collettiva e condivisa del pasto per gli studenti, al fine di tutelarne la socializzazione e la salute psicologica[23].

3. La disciplina dei servizi sostitutivi di mensa

Prima della emanazione del codice vigente, le procedure di affidamento dei servizi sostitutivi di mensa e le relative modalità di gestione trovavano il proprio quadro normativo di riferimento nel d.l. 30.6.2005, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla l. 17.8.2005, n. 168, e nel d.P.C.M. 18.11.2005, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 17.1.2006, n. 13. Il predetto d.P.C.M. attuava l'art. 14 vicies-ter del citato d.l. n. 115/2005, che ne prevedeva l'emanazione al fine di disciplinare: a) le caratteristiche e i requisiti anche finanziari delle società di capitali che svolgono l'attività di gestione dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto; b) i requisiti degli esercizi di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, delle mense aziendali e interaziendali, nonché degli altri esercizi convenzionabili con le società di cui alla lettera a) per l'erogazione dei servizi sostitutivi di mensa; c) le modalità per garantire il valore della prestazione concordato con i lavoratori dipendenti; d) le caratteristiche del buono pasto e la regolamentazione dell'utilizzo dello stesso da parte dei lavoratori dipendenti e delle categorie assimilate. Il medesimo d.P.C.M. qualificava l'attività

[20] Cfr. AVERSANO, *op.cit.*, p. 40.
[21] Cass.civ., SS.UU., 30.07.2019, n. 20504.
[22] Cfr. ancora MEDDA, *op.cit.*, p. 261 eROTA – BORRIELLO, *op.cit.*, p. 221.
[23] Cf. CdS, VI, 30.11.2020, n. 6926 e CdS, VI, 5.10.2020, n. 5839, richiamate in ROTA – BORRIELLO, *op.cit.*, p. 220.

di emissione di buoni pasto come l'attività finalizzata a rendere, per il tramite di esercizi convenzionati, il servizio sostitutivo di mensa aziendale (art. 2, c. l, lett. a), a sua volta definito come somministrazione di alimenti e bevande e cessione di prodotti di gastronomia pronti per il consumo immediato effettuate dagli esercizi a ciò autorizzati ai sensi della vigente normativa (art. 2, c. l, lett. b).

La normativa in commento veniva in larga parte trasfusa nell'art. 285, d.P.R. 5.10.2010, n. 207, entrato in vigore nel giugno 2011, il cui art. 385 provvedeva ad abrogare il d.P.C.M. del 18.11.2005 e lo emendava da quelle previsioni ritenute illegittime dalla giurisprudenza amministrativa[24]. In particolare, con riguardo ai criteri di aggiudicazione delle procedure di affidamento dei servizi sostitutivi di mensa, il comma 7 esprimeva un giudizio di preferenza verso l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 83 del citato d.P.R. n. 207/2010. Tuttavia, il criterio del prezzo più basso del medesimo decreto poteva essere utilizzato, ai sensi dell'art. 82, in via residuale, per la scelta della società di emissione, previa indicazione, però, delle specifiche motivazioni a supporto di tale scelta.

Nell'ipotesi di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara doveva indicare i criteri di valutazione dell'offerta medesima, tra i quali venivano annoverati, in via esemplificativa e non esaustiva: a) il ribasso sul valore nominale del buono pasto; b) la rete degli esercizi da convenzionare; c) lo sconto incondizionato verso gli esercenti; d) i termini di pagamento agli esercizi convenzionati; e) il progetto tecnico. I commi 4 e 5 stabilivano che per "buono pasto" doveva intendersi il documento di legittimazione che attribuisce, al possessore, il diritto di ricevere dagli esercizi convenzionati il servizio sostitutivo di mensa di importo pari al valore facciale del buono stesso e, al contempo, all'esercizio convenzionato, la possibilità di provare l'avvenuta prestazione nei confronti delle società di emissione; i buoni - non cedibili, commercializzabili, cumulabili o convertibili in denaro - potevano essere utilizzati esclusivamente dai prestatori di lavoro subordinato o assimilato per l'intero valore facciale.

Con riguardo ai requisiti delle società di emissione, il comma 1 prescriveva che le medesime avessero la forma giuridica di società di capitali, con capitale sociale versato non inferiore a settecentocinquantamila euro, aventi ad oggetto l'esercizio dell'attività finalizzata a rendere il servizio sostitutivo di mensa, tramite buoni pasto ed altri titoli di legittimazione rappresentativi di servizi. Il bilancio di tali società doveva essere certificato da una società di revisione iscritta nell'elenco di cui all'art. 161, d.lgs. 24.2.1998, n. 58. Il comma 3 stabiliva, poi, che il servizio sostitutivo di mensa reso a mezzo dei buoni pasto fosse erogato, fermo restando il possesso dei requisiti igienico-sanitari prescritti, nel caso di preparazione o manipolazione dei prodotti di gastronomia all'interno dell'esercizio, dagli esercizi che svolgevano le seguenti attività: a) le somministrazioni di alimenti e bevande effettuate dagli esercizi di

[24] Cfr. i rilievi contenuti in TAR Lazio I 26.1.2007, n. 572, e C Stato IV 26.9.2007, n. 4970.

somministrazione previsti dalla l. 25.8.1991, n. 287, e dalle eventuali leggi regionali in materia di commercio, nonché da mense aziendali ed interaziendali; b) le cessioni di prodotti di gastronomia pronti per il consumo immediato, effettuate, oltre che dagli stessi esercizi di somministrazione e da mense aziendali ed interaziendali, da rosticcerie e gastronomie artigianali i cui titolari siano iscritti all'albo di cui all'art. 5, c. l, l. 8.8.1985, n. 443, nonché dagli esercizi di vendita di cui al d.lgs. 31.3.1998, n. 114, ed alle eventuali leggi regionali in materia di commercio, legittimati a vendere i prodotti appartenenti al settore merceologico alimentare.
A seguito dell'entrata in vigore del codice vigente, l'attività di emissione di buoni pasto, consistente "nell'attività finalizzata a rendere per il tramite di esercizi convenzionati il servizio sostitutivo di mensa" viene in parte innovata dai commi da 3 a 8 dell'art. 144 del Codice dei contratti.
In primo luogo, l'attività di emissione di buoni pasto deve essere svolta esclusivamente da società di capitali con capitale sociale versato non inferiore a euro 750.000, che abbiano come oggetto sociale l'esercizio dell'attività sostitutiva di mensa e il cui bilancio sia corredato dalla relazione redatta dalle società di revisione iscritte nell'apposito registro presso il Ministero della giustizia ai sensi dell'art. 2409-bis c.c. (comma 3). Inoltre, le società di cui al comma 3 possono svolgere l'attività di emissione dei buoni pasto previa segnalazione certificata di inizio attività dei rappresentanti legali comprovante il possesso dei requisiti prescritti dallo stesso comma 3 e trasmessa ai sensi dell'art. 19, l. 7.8.1990, n. 241, e successive modificazioni, al Ministero dello sviluppo economico. In ordine ai requisiti di capacità economica e finanziaria, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che tale prescrizione sia da mettere in relazione con quanto disposto dall'art. 83 del codice vigente, secondo cui i requisiti di capacità economica e finanziaria devono essere "attinenti e proporzionati" all'oggetto dell'appalto, tenendo presente "l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti".
Il legislatore, pertanto, consapevole delle particolarità del settore di mercato relativo ai buoni pasto, ha previsto il peculiare requisito del capitale sociale minimo di euro 750.000,00, fissando così alle stazioni appaltanti la soglia di capitale sociale, presuntivamente comunque idonea di per sé alla partecipazione alle gare di settore. Tale disposizione appare conforme al noto principio del diritto dell'Unione Europea finalizzato alla tutela ed alla promozione della concorrenza nei pubblici appalti, oltre che al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, inteso come necessità di perseguire il pubblico interesse attraverso il minor sacrificio possibile dell'interesse dei privati coinvolti nell'azione dell'amministrazione. Qualora le amministrazioni aggiudicatrici volessero, alla luce dell'oggetto del contratto, prevedere altri e più rigorosi requisiti di capacità economica e finanziaria, questi ultimi non potrebbero dunque riferirsi al capitale sociale, bensì ad altri elementi (quali ad esempio il fatturato o le referenze bancarie), da indicarsi motivatamente nella *lex specialis*, trattandosi in ogni modo di requisiti restrittivi della concorrenza. Inoltre, quando pure si ritenesse che la

Stazione appaltante possa innalzare ulteriormente il capitale sociale minimo, richiesto per la partecipazione alle gare d'appalto per la fornitura di buoni pasto, dovrebbe fornire adeguata motivazione in ordine alla deroga al regime dell'art. 144 del nuovo codice[25].

Inoltre, al fine di dimostrare la capacità economica finanziaria, la giurisprudenza aveva chiarito che lo svolgimento di servizi sostitutivi di mensa mediante fornitura di "buoni-pasto" non fosse assimilabile, neanche per analogia, al servizio di ristorazione svolto mediante la preparazione e fornitura di pasti e che quindi i due fatturati per servizi pregressi non fossero cumulabili al fine dell'attestazione del possesso dei requisiti della capacità economica[26].

La lett. d) dell'art. 1 della l. delega n. 11/2016 prevedeva una specifica disciplina per il settore dei servizi sostitutivi di mensa e disponeva, in particolare, che l'affidamento di tali servizi dovesse anch'esso avvenire esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, come disposto dalla lett. gg) dell'art. 1 della stessa Legge delega e come, conseguentemente, disposto dall'art. 95, c. 3. Il comma 6 dell'art. 144 dispone che il bando deve stabilire i pertinenti criteri di valutazione dell'offerta, potendo fare riferimento - oltre ad altri, ove ritenuto - ai seguenti: ribasso sul valore nominale del buono pasto (a seguito del decreto correttivo, in misura comunque non superiore allo sconto incondizionato verso gli esercenti), disponibilità o impegno a conseguire a pena di decadenza dell'aggiudicazione (comma 7) la rete degli esercizi da convenzionare, sconto incondizionato verso gli esercenti, termini di pagamento agli esercenti convenzionati e progetto tecnico.

Con particolare riferimento al progetto tecnico rilevano elementi quali: organizzazione del servizio, distribuzione sul territorio degli esercizi convenzionati, caratteristiche quantitative medie dei locali di detti esercizi, la loro articolazione temporale di funzionamento, la distanza massima e minima dalle sedi delle stazioni appaltanti, la capienza in funzione del numero di dipendenti pubblici impiegati in ciascuna sede, le procedure ed i termini di consegna dei "buoni pasto", le modalità di controllo dell'effettuazione del servizio e di redazione di report di rendicontazione. Inoltre, nell'ambito delle modalità di esecuzione del contratto, possono essere anche considerati eventuali "servizi aggiuntivi" all'esercente e/o al dipendente. La stazione appaltante deve, in tal caso, prevedere i limiti entro i quali tali servizi sono reputati ammissibili, in quanto gli stessi presentano una connessione con l'oggetto del contratto. La par condicio impone, infatti, che i concorrenti conoscano le condizioni della gara e, quindi, i miglioramenti inseriti nel progetto tecnico per la stazione appaltante e per gli esercenti sono ammessi a condizione che abbiano un peso limitato in sede di offerta e che siano tali da non snaturare l'oggetto del servizio[27]. Come previsto al comma 5 dell'art. 144, con decreto del

[25] Cfr., in tal senso, TAR Lazio Roma II 10.5.2016, n. 5470 e TAR Lombardia Milano 16.1.2017, n. 89.
[26] Cfr. C. Stato, IV 18.3.2008, n. 1167.
[27] Cfr., in tal senso, la determinazione ANAC n. 5 del 20.10.2011su cui MAZZEO, *op.cit.*, 2016, p. 1010.

Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, devono essere individuati gli esercizi presso i quali può essere erogato il servizio sostitutivo di mensa reso a mezzo dei buoni pasto, le caratteristiche dei buoni pasto e il contenuto degli accordi stipulati tra le società di emissione di buoni pasto e i titolari degli esercizi convenzionabili.

Ai fini del possesso della rete di esercizi attraverso cui si espleta il servizio sostitutivo di mensa eventualmente richiesto come criterio di partecipazione o di aggiudicazione, il comma 7 dell'articolo stabilisce che è sufficiente l'assunzione, da parte del concorrente, dell'impegno all'attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento dell'aggiudicazione fissato in sede di bando. La mancata attivazione della rete richiesta entro il termine indicato comporta la decadenza dell'aggiudicazione. In ogni caso, stabilisce il comma 8 dell'articolo, le stazioni appaltanti che acquistano i buoni pasto, le società di emissione e gli esercizi convenzionati consentono, ciascuno nell'esercizio della rispettiva attività contrattuale e delle obbligazioni di propria pertinenza, l'utilizzabilità del buono pasto per l'intero valore facciale.

La nuova disciplina sui buoni pasto cerca di superare le criticità che caratterizzavano in negativo l'operatività della previgente disciplina, con l'effetto ultimo di penalizzare i fruitori finali del servizio e gli esercenti che forniscono il servizio: la disponibilità della rete di esercizio o l'impegno a conseguirla che, ai sensi dell'art. 285, c. 8, d.P.R. n. 207/2010, poteva costituire sia un criterio di valutazione che di partecipazione, in forza dell'art. 144, d.lgs. n. 50/2016 può soltanto essere un criterio di valutazione o, per lo meno, una condizione di esecuzione del contratto; è venuta meno la possibilità di ricorrere al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, in precedenza prevista, quale alternativa all'offerta economicamente più vantaggiosa, dal comma 7 dell'art. 285[28].

Analizzando il presupposto che «*la natura del servizio oggetto di gara debba comportare la necessaria attenzione alla composizione della rete degli esercizi convenzionati al fine di impedire l'utilizzo non corretto e improprio del buono pasto da parte dei fruitori (id est: per l'acquisto di prodotti diversi da un pasto pronto al consumo nei giorni di servizio)*», la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto irragionevole, sproporzionato, discriminatorio e anticoncorrenziale un disciplinare di gara che prevedeva in modo tassativo l'obbligo di costituire reti solo per con esercenti in possesso di codice ATECO di ristorazione senza somministrazione con preparazione di cibo da asporto, con l'ulteriore prescrizione dell'esposizione in cassa di uno specifico avviso dell'utilizzabilità del buono pasto solo per l'acquisto di pasti pronti per il consumo immediato, escludendo gli esercizi commerciali (quali ad esempio i supermercati con vendita di pasti per l'asporto e il consumo immediato)[29].

[28] Cfr. C. Stato, V, 5.2.2007, n. 433, analizzata in PAGANI, *op,cit.*, 2008, p. 198.
[29] Cfr., recente, C. Stato, 27.09.2021, V, n. 6496.

Per la disciplina in dettaglio di tutti questi aspetti, con Decreto del 07.06.2017 è stato emanato il nuovo "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", da parte del Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che era stato oggetto del Parere n. 287 del 03 febbraio 2017 del Consiglio di Stato.
Il Regolamento individua le finalità della disciplina nella garanzia della libera concorrenza nel settore, nell'«equilibrato svolgimento dei rapporti tra i diversi operatori economici», e nell'efficienza dei servizi ai consumatori. L'oggetto della disciplina comprende l'individuazione degli esercizi presso i quali è possibile il servizio sostitutivo; le caratteristiche dei buoni pasto; il contenuto degli accordi stipulati tra le società di emissione di buoni pasto e i titolari degli esercizi convenzionabili (art. 1). Le tipologie degli esercizi convenzionati sono precisate dall'art. 3 e comprendono gli esercizi abilitati alla somministrazione di alimenti e bevande; alle attività di mensa aziendale; alla vendita al dettaglio di prodotti alimentari; alle attività di agri- e ittiturismo.
Il regolamento poi richiama le caratteristiche dei buoni pasto, anche in formato elettronico (art. 4): essi consentono al titolare di ricevere un servizio sostitutivo di mensa di importo pari al valore facciale del buono pasto e all'esercizio convenzionato di provare documentalmente l'avvenuta prestazione nei confronti delle società di emissione; sono utilizzati esclusivamente dai prestatori di lavoro subordinato e dai titolari di rapporto di collaborazione anche non subordinato; sono utilizzabili solo dal titolare, esclusivamente per l'intero valore, e non sono cedibili, né cumulabili oltre il limite di otto buoni, né commercializzabili o convertibili in denaro; sono precisati i dati che devono essere riportati sui buoni cartacei e le informazioni contenute nei buoni elettronici. Il regolamento precisa anche il contenuto degli accordi (art. 5), stipulati in forma scritta a pena di nullità, tra le società di emissione e i titolari degli esercizi convenzionati: la durata del contratto, le sue condizioni anche economiche, termine di preavviso per l'eventuale rinegoziazione o la disdetta; le clausole di utilizzabilità dei buoni pasto; lo "sconto incondizionato", ovvero la remunerazione «per tutte le attività necessarie e sufficienti al corretto processo di acquisizione, erogazione e fatturazione del buono pasto»; i termini di rimborso a favore degli esercizi convenzionati da parte della società di emissione; gli eventuali ulteriori corrispettivi riconosciuti alle società di emissione per i servizi aggiuntivi. Viene stabilito il divieto di clausole di esclusione totale del rimborso a fronte di contestazioni parziali delle fatture relative ai buoni pasto.
Viene precisato che l'accordo deve distinguere in modo chiaro l'offerta di base «idonea ad assicurare al cliente un servizio completo» dagli eventuali servizi aggiuntivi che possono essere proposti agli esercizi convenzionati. Viene stabilito il divieto di addebitare agli esercizi convenzionati costi diversi dallo sconto incondizionato e dai corrispettivi per eventuali prestazioni o servizi e resta ferma la facoltà dei titolari degli esercizi convenzionabili di non aderire alla proposta di prestazioni aggiuntive. Questa distinzione è rilevante già per le

procedure di affidamento, che sembrano prestarsi, secondo la disciplina regolamentare anche a finalità di tutela degli esercizi convenzionati, contro l'imposizione di servizi aggiuntivi: i bandi di gara devono prescrivere la presentazione da parte dei concorrenti anche dell'offerta di base; è vietato pattuire con gli esercizi convenzionati uno sconto incondizionato più elevato di quello stabilito dalla società di emissione in sede di offerta ai fini dell'aggiudicazione (e poi in sede di conclusione del contratto con il cliente); ai fini della partecipazione alle gare, e della valutazione delle offerte economiche, possono essere considerati come servizi aggiuntivi solo quelli che consistono in prestazioni ulteriori rispetto all'oggetto principale della gara e abbiano un'oggettiva e diretta connessione intrinseca con l'oggetto della gara.

Nel caso di procedura ad evidenza pubblica, accordi che prevedono un obbligo di adesione alla proposta di prestazioni aggiuntive per gli esercizi convenzionati, «o comunque di fatto lo determinino», costituiscono causa di risoluzione del contratto tra la stazione appaltante e la società di emissione. Per le summenzionate finalità di maggior tutela degli esercizi convenzionati, viene previsto che in caso di mancato convenzionamento a seguito della non adesione alla proposta di prestazioni aggiuntive resta ferma l'applicabilità, ove sussistano i presupposti, degli articoli 1341, in ordine alle condizioni generali di contratto, e 2598, primo comma, numero 3), del codice civile, in tema di atti di concorrenza sleale e di richiamo ai principi di correttezza professionale.

Il contenzioso relativo ad una procedura per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa attraverso buoni pasto da parte di Poste Italiane ha fatto emergere un contrasto giurisprudenziale tra GO e GA in ordine alla qualificazione di Poste Italiane come organismo di diritto pubblico, alla sottoposizione o meno al regime dei contratti pubblici per l'affidamento del servizio e al riparto di giurisdizione.

Secondo un recente orientamento delle Sezioni Unite, le controversie relative all'aggiudicazione dell'appalto del servizio sostitutivo di mensa, reso mediante buoni pasto cartacei, per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. appartengono alla giurisdizione ordinaria, incidendo solo in via indiretta sull'attività inerente al servizio speciale. Ne consegue che il procedimento di stipulazione dell'appalto non è soggetto alle regole dell'evidenza pubblica, né sussiste la giurisdizione esclusiva[30]. In particolare, l'appalto non rientra nei servizi postali e

[30] Cass.civ., SS.UU., 01.03.2018, ord. n. 4899. «*le controversie relative all'aggiudicazione dell'appalto del servizio sostitutivo di mensa, reso mediante buoni pasto cartacei, per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. appartengono alla giurisdizione ordinaria, atteso che tale appalto non rientra nella disciplina dei cd. settori speciali…avendo un oggetto che, per sua natura, non rileva direttamente ai fini dell'espletamento del "servizio speciale"…, incidendo solo in via indiretta sull'attività inerente al servizio speciale. Ne consegue che – a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'ente… – il procedimento di stipulazione dell'appalto non è soggetto alle regole dell'evidenza pubblica, sicché non sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. e), del d.lg. n. 104 del 2010, e ciò anche se Poste Italiane si sia volontariamente vincolata, pur non essendovi tenuta, alle regole di evidenza pubblica, poiché la sottoposizione o meno dell'appalto al regime*

negli altri «servizi diversi dai servizi postali» ai sensi dell'art. 120 del Codice, che giustificano l'applicazione della disciplina dei settori speciali. L'appalto che ci occupa non ha infatti nulla in comune con i servizi di raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali, ma ha ad oggetto la prestazione del «*servizio di sorveglianza sanitaria dei dipendenti di Poste*». Esso, inoltre, non è riconducibile neppure all'ambito dei servizi diversi previsti dell'art. 120, comma 2, lett. c), i quali comprendono esclusivamente le attività precedenti e successive all'invio postale, ma strettamente connesse allo stesso. Sul piano soggettivo, secondo le SSUU non sussisterebbero le condizioni perché Poste possa essere configurata come organismo di diritto pubblico) e, dunque, per una sua attrazione nell'ambito della disciplina sui settori ordinari. Questo orientamento sembrerebbe porsi in contrasto con la posizione della Corte di Giustizia[31] e del CdS[32] della necessaria unicità del regime giuridico degli appalti applicabile all'organismo di diritto pubblico, affermando che un organismo di diritto pubblico possa applicare o meno la disciplina pubblicistica a seconda delle attività cui l'affidamento è destinato[33].

4. Le riforma della disciplina nel futuro codice dei contratti pubblici. Osservazioni conclusive

Come è noto, il processo riformatore concordato con l'Unione Europea per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)[34] ha mirato anche alla riforma del codice dei contratti pubblici del 2016, il quale, già poco tempo dopo la sua entrata in vigore, è stato

pubblicistico discende esclusivamente dalle sue caratteristiche oggettive e da quelle soggettive della stazione appaltante».

[31] Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, IV, 5.10.2017, n. C-567/15.

[32] In particolare, cfr. CdS, Ad. Plen., 28.06.2016, n. 13.

[33] GALLI, *op.cit.*, p, 227.

[34] Sull'impatto del pacchetto europeo cd. "Next Generation EU" e del PNRR italiano sulle riforme amministrative la letteratura è ormai copiosa. *Ex multis*, cfr. DI CESARE, ZITO, *Dall'indirizzo al vincolo: le procedure parlamentari nell'esame del PNRR*, *federalismi.it*, 24/2022, 82-130; MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, *federalismi.it*, 18/2022, 148-161; PEREZ, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2022, 593-606; TUBERTINI, *La nuova pianificazione integrata dell'attività e dell'organizzazione amministrativa*, *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2022, 614-622; DE BELLIS, *Il ruolo di indirizzo e controllo della Commissione europea nel dispositivo per la ripresa e la resilienza: la trasformazione della condizionalità*, *Diritto costituzionale*, 2/2022, pp. 31-49; PICOZZA, *"The Next Generation EU": un passo decisivo verso l'unificazione europea*, *Diritto e processo amministrativo*, 2/2022, 315-340; BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del "Recovery and Resilience Facility", tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, *Costituzionalismo.it*, 1/2022, 2, 1-51; LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, *federalismi.it*, 1/2022, 4-13; SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, *federalismi.it*, 18/2021, 235-261; MACCHIA, *La "governance" del Piano di ripresa*, *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2021, 733-741; SCIULLO, *La "Governance" del PNRR: profili organizzativi*, *Rivista giuridica di urbanistica*, 4/2021, 1, 716-742; DI MARZIO, *La legge di conversione n. 108/2021 del decreto semplificazioni 2021 (governance e piano nazionale di rilancio e resilienza-PNRR)*, *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 9-10/2021, 1, 447-464.

oggetto di critiche e di correzioni e riforme (si pensi innanzitutto al cd. decreto correttivo, il d.lgs. 19.4.2017, n. 56, e, negli ultimi anni, al d.l. n. 77 del 31.05.2021)[35]. Il disegno di riforma, nell'ultimo anno, si è concretizzato con la delega al governo per l'adozione di un nuovo codice dei contratti pubblici, prevista dalla legge n. 78 del 21 giugno 2022, le cui tappe sono scandite, in maniera da assicurarne la celerità, nel PNRR[36].

È stato osservato[37] che la prospettiva che il PNRR delinea complessivamente per l'inclusione sociale e per i servizi sociali è quella della necessità di rafforzare il ruolo dei servizi sociali territoriali, attraverso la definizione di modelli personalizzati per la cura delle famiglie, delle persone di minore età, degli adolescenti, degli anziani e delle persone con disabilità. A tal scopo, il PNRR prevede l'approvazione di una riforma della non autosufficienza, l'adozione di una legge quadro per la disabilità e l'accelerazione dell'attuazione della riforma del Terzo settore, con il rafforzamento e la qualificazione dell'offerta di servizi sociali da parte degli Ambiti territoriali. Nel solco, quindi, delineato dalla legge n. 328 del 2000, ovvero un sistema integrato di interventi e servizi sociali finalizzato alla creazione di una struttura di rete, fondata sulla programazione, regionale di zona, e sulla concertazione, che si delinea in uneludibili modelli di sussidiarietà orozzontale di coprogrammazione e coprogettazione, richiamati,

---

[35] Sull'impatto del PNRR sulla disciplina dei contratti pubblici, cfr. BENETAZZO, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, *federalismi.it*, 29/2021, 122-134; BIANCARDI, *L'intervento sostitutivo nel "decreto Semplificazioni II", per l'esecuzione dei contratti pubblici legati ai finanziamenti PNRR e PNC*, *Appalti e Contratti*, 10/2021, 70-78; CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2022, 284-348; CONTESSA, *La nuova "governance" del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, *Urbanistica e appalti*, 6/2021, 751-771; D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, *Diritto amministrativo*, 3/2022, 667; FERRANTE, GUCCIONE, SERAFINI, *I contratti pubblici*, *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2021, 753-765; OSCURATO, Le principali novità in materia di esecuzione di lavori pubblici, alla luce del DL n. 77/2021; *Appalti e Contratti*, 7-8/2021, 11-18.

[36] Il disegno di legge di iniziativa governativa è stato trasmesso al Senato il 10 marzo 2022. I lavori parlamentari sono consultabili on line alle pagine web https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/54833.htm e https://www.camera.it/leg18/126?leg=18&idDocumento=3514. Nella relazione introduttiva dei lavori nelle commssioni, viene ribadito che l'obiettivo della riforma «*è quello di ridurre drasticamente e razionalizzare le norme in materia di contratti pubblici armonizzando ulteriormente la disciplina interna con il diritto comunitario. L'intervento in questione è stato quindi strutturato al fine di assicurare un riordino e una rivisitazione complessiva del Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 50 del 2016)…L'adozione di questa riforma rientra, tra l'altro, tra gli impegni recentemente assunti dal Governo con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). Nello stesso Piano, infatti, si prevede – successivamente all'adozione del decreto-legge in materia del giugno 2021- una riforma complessiva del quadro legislativo in materia di contratti pubblici con la seguente tempistica: entro giugno 2022, l'entrata in vigore della presente legge delega; entro marzo 2023, l'entrata in vigore dei decreti legislativi attuativi; entro giugno 2023, l'entrata in vigore di tutte le altre normative (primarie e subprimarie, nonché di diritto privato) per la revisione del sistema degli appalti pubblici; entro dicembre 2023, il pieno funzionamento del sistema nazionale di e-procurement*».

[37] Cfr. , *ex multis*, BIONDI DAL MONTE, *Per un sistema integrato di interventi e servizi sociali. Sfide e prospettive nel quadro del PNRR e dopo vent'anni dall'approvazione della l. 328/2000*, *Le Regioni*, 4/2021, 779-806.

come si vedrà, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. La permanenza della collocazione dei servizi di ristorazione nell'ambito della disciplina dei servizi sociali, riporta evidentemente, a considerare che anche questi affidamenti, evidentemente, soprattutto laddove operati da amministrazione erogatrici di rilevanti servizi sociali (come le amministrazioni sanitarie o scolastiche) non possono eludere la finalità di promozione degli enti del terzo settore di cui all'art. 4 del D.Lgs. n.117 del 3 luglio 2017, nelle forme di una interlocuzione provilegiata o differenziata rispetto a quella con le imprese nei settori della ristorazione, dei servizi di mensa, della filiera agroalimentare di approvigionamento.

Come si è visto, la disciplina dei servizi di ristorazione e mensa, nella prospettiva della sostenibilità alimentare, è poi strettamente intrecciata con le evoluzioni della disciplina dei contratti pubblici in tema di sostenibilità ambientale[38].

In tema di servizi sociali, la legge delega, alla lettera v) del'art. 1, formula il criteri direttivo della «*revisione della disciplina relativa ai servizi sociali e della ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché a quelli di servizio ad alta intensita` di manodopera, per i quali i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere la previsione di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilita` occupazionale del personale impiegato, prevedendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente piu`vantaggiosa*». Per le ragioni più volte richiamate, di rilievo anche i criteri direttivi richiamati alla lettera f), tra cui la «*previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilita` energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti…in particolare attraverso la definizione di criteri ambientali minimi da rispettare obbligatoriamente*» e «*l'introduzione di sistemi di rendicontazione degli obiettivi energetico-ambientali*».

Lo schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici è stato preparato, ai sensi del comma 4 dell'art. 1 della legge n. 78/2022, dai lavori di una Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, che ha lo sottoposto nel Dicembre 2022, con una dettagliata relazione illustrativa, al Governo. Il Consiglio dei ministri nella riunione del 16 dicembre, ha approvato, in via preliminare, il decreto legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78.

La disciplina dei servizi sociali è ivi contemplata nei Titoli I (I servizi sociali e i servizi assimilati, artt. 127-128) e II (Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari 129-131) della parte VII (Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari) del

[38] Sulle evoluzioni del cd. *Green Deal* europeo e del *green public procurement*, cfr., *ex multis*, NICOTRA, SAGONE, *Green Public Procurement: a look into the past to meet future challenges*, *federalismi.it*, 6/2022, 259-279; ROLANDO, *L'attuazione del "Green Deal" e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2022, 185-197.

Libro II. In particolare, le norme sui servizi di ristorazione sono ora suddivise nei due artt. 130 (Servizi di ristorazione)[39] e 131 (Servizi sostitutivi di mensa)[40].

---

[39] *Servizi di ristorazione. 1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 127, i servizi di ristorazione indicati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. La valutazione dell'offerta tecnica tiene conto in particolare, tramite l'attribuzione di un punteggio premiale: a) della qualità dei generi alimentari, con particolare riferimento ai prodotti biologici, tipici e tradizionali, ai prodotti a denominazione protetta, nonché ai prodotti provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale; b) del rispetto delle disposizioni ambientali in materia di economia sostenibile (green economy), nonché dei pertinenti criteri ambientali minimi di cui all'articolo 57; c) della qualità della formazione degli operatori. 2. Per l'affidamento e la gestione dei servizi di refezione scolastica e di fornitura di alimenti e prodotti agroalimentari agli asili nido, alle scuole dell'infanzia, alle scuole primarie, alle scuole secondarie di primo e di secondo grado e alle altre strutture pubbliche che abbiano come utenti bambini e giovani fino a 18 anni di età, resta fermo l'obbligo di cui all'articolo 4, comma 5-quater del decreto legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n. 128. 3. Le istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche e ospedaliere possono prevedere, nelle gare concernenti i relativi servizi di fornitura, nel rispetto dell'articolo 6, comma 1, della legge 18 agosto 2015, n. 141, criteri di priorità per l'inserimento di prodotti agroalimentari provenienti da operatori dell'agricoltura sociale. 4. Con decreti del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e con il Ministro dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, sono definite e aggiornate le linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica. Fino all'adozione di dette linee di indirizzo, le stazioni appaltanti individuano nei documenti di gara le specifiche tecniche finalizzate a garantire la qualità del servizio richiesto.*

[40] *Servizi sostitutivi di mensa. 1. L'attivita` di emissione di buoni pasto ha per scopo l'erogazione del servizio sostitutivo di mensa aziendale per il tramite di esercizi convenzionati, a mezzo di buoni pasto o di altri titoli rappresentativi di servizi. 2. L'affidamento dei servizi sostitutivi di cui al presente articolo e` riservato a societa` di capitali, con capitale versato non inferiore a 750.000 euro e costituite con tale specifico oggetto sociale, il cui bilancio deve essere corredato dalla relazione redatta da una societa` di revisione iscritta nel registro istituito presso il Ministero della giustizia ai sensi dell'articolo 2409-bis del codice civile. 3. Il possesso dei requisiti di cui al comma 2 deve essere provato mediante preventiva segnalazione certificata di inizio attivita`, redatta dai rappresentanti legali della societa` e trasmessa, ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, al Ministero delle imprese e del made in Italy. 4. Gli operatori economici attivi nel settore dell'emissione di buoni pasto aventi sede in altri Paesi dell'Unione europea possono esercitare l'attivita` se a cio` autorizzati in base alle norme del Paese di appartenenza. 5. L'affidamento dei servizi di cui al presente articolo avviene esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente piu` vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualita`/prezzo. Il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta pertinenti, tra cui: a) il ribasso sul valore nominale del buono pasto; b) la rete degli esercizi da convenzionare, con specifica valorizzazione, in sede di attribuzione dei punti o dei pesi, delle caratteristiche qualitative che connotano il servizio sostitutivo di mensa offerto dalla rete di esercizi selezionata; c) lo sconto incondizionato verso gli esercenti, in misura non superiore al 5 per cento del valore nominale del buono pasto. Tale sconto incondizionato remunera altresi` ogni eventuale servizio aggiuntivo offerto agli esercenti; d) i termini di pagamento agli esercizi convenzionati; e) il progetto tecnico. 6. L'allegato II.17 individua gli esercizi presso cui puo` essere erogato il servizio sostitutivo di mensa, le caratteristiche dei buoni pasto e il contenuto degli accordi stipulati tra le societa` di emissione dei buoni e i titolari degli esercizi convenzionabili. Nel caso di buoni pasto in forma elettronica e` garantito agli esercizi convenzionati un unico terminale di pagamento. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato e` abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge*

Nella relazione illustrativa, viene evidenziata l'importanza del richiamo dei principi generali, che consentono delimitare «il campo di applicazione del codice, enucleando i rapporti tra appalti e contratti gratuiti da un lato e affidamenti di servizi sociali agli enti del terzo settore dall'altro». Più in particolare, viene sottolineata la centralità dell'art. 6, che, menzionando quelli di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, «*recepisce la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale*» e consentente «*alle condizioni stabilite, l'affidamento diretto di servizi sociali agli enti del terzo settore*». Così, superando il più volte ricordato parere n. 2052 del 20 agosto 2018 del CdS, l'affidamento diretto «*riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del Terzo settore (ETS) e non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo*». Sui rapporti tra i due codici, viene affermato che, da un lato «*si attribuisce portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore…chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il Codice dei contratti*»; dal'altro, «*la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle differenti previsioni del codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro – unitario*».
Come viene osservato nella Relazione, il CdS ha operato un intervento di *drafting* rispetto alla struttura dell'art. 144 del Codice del 2016. Nel comma 1 sono stati differentemente evidenziati "per una maggiore intellegibilita`" (p. 181 della Relazione) i criteri 'specifici' preordinati alla valutazione delle offerte, con la conferma sia di un piu` generale rinvio alla normativa in tema di economia sostenibile/*green economy* sia di un rinvio piu` specifico alle previsioni dell'art. 57 in tema di criteri ambientali minimi. Viene conservato il richiamo alla normativa speciale inerente la refezione scolastica, assistenziale ed ospedaliera, a cui sono dedicati due appositi commi (i commi 2 e 3), specificando in essi alcuni rinvii materiali alla normativa di settore. Come gia` previsto nel comma 1 dell'art. 144 del Codice del 2016, gli appalti ai sensi del comma 1 della disposizione in esame, devono essere affidati esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente piu` vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualita`/prezzo. In ordine all'individuazione dei relativi criteri di aggiudicazione, riordinando le previsioni del codice del 2016, il comma 1 fa riferimento alla qualita` dei generi alimentari

23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualita` di allegato al codice. 7. Ai fini del possesso della rete di esercizi attraverso cui si espleta il servizio sostitutivo di mensa, eventualmente richiesto come criterio di partecipazione o di aggiudicazione, e` sufficiente l'assunzione, da parte dell'operatore economico, dell'impegno all'attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento dell'aggiudicazione, fissato in sede di bando. La mancata attivazione della rete richiesta entro il termine indicato comporta la decadenza dell'aggiudicazione. 8. Le stazioni appaltanti che acquistano i buoni pasto, le societa` di emissione e gli esercizi convenzionati consentono, ciascuno nell'esercizio della rispettiva attivita` contrattuale e delle obbligazioni di propria pertinenza, la utilizzabilita` del buono pasto per l'intero valore nominale.

(prodotti biologici, tipici e tradizionali, a denominazione protetta e provenienti da sistemi di c.d. filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale), alla tutela dell'ambiente (con il rinvio ai principi e alla normativa di settore in tema di *green economy*, e ai criteri ambientali minimi di cui all'art. 57) e alla formazione degli operatori. Per la ristorazione scolastica e ospedaliera, i commi 2 e 3 rinviano ulteriormente alle disposizioni di cui all'art. 4, c. 5-quater, d.l. n. 104/2013 (convertito nella l. n. 128/2013), e di cui all'art. 6, c. 1, l. n. 141/2015. Il richiamato art. 4, c. 5-quater, stabilisce che le stazioni appaltanti prevedano specificatamente l'inserimento di "*un'adeguata quota di prodotti agricoli, ittici e agroalimentari provenienti da sistemi di filiera corta e biologica e comunque a ridotto impatto ambientale e di qualita*" e di attribuzione di un punteggio per le offerte rispondenti "*al modello nutrizionale denominato dieta mediterranea*" nei bandi delle gare d'appalto per l'affidamento e la gestione dei servizi di refezione scolastica e di fornitura di alimenti e prodotti agroalimentari agli asili nido, alle scuole dell'infanzia, alle scuole primarie, alle scuole secondarie di primo e di secondo grado e alle altre strutture pubbliche che abbiano come utenti bambini e giovani fino a diciotto anni di eta`. L'art. 6, c. 1, l. n. 141/2015, inol- tre, consente alle istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche e ospedaliere di prevedere nelle gare, concernenti i relativi servizi di fornitura, criteri di priorita` per l'inserimento di prodotti agroalimentari provenienti da *operatori dell'agricoltura sociale*. Come si è visto, il criterio direttivo era gia` emerso nella giurisprudenza amministrativa, in nome della superiore esigenza di tutela della sicurezza alimentare.

Come si è visto, anche il concetto di "filiera corta" è già stato oggetto di scrutinio della Corte costituzionale, nella ricordata sentenza n. 292 del 2013. Sulla nozione di "filiera corta", si puo` richiamare anche una recente ricostruzione operata dal CdS[41], in ordine alla possibilita` di ricondurre alla nozione di "filiera corta" i prodotti acquistati da una piattaforma logistica e da intermediari commerciali**.** la qualificazione di prodotti a "filiera corta" e` ammissibile soltanto per quelli «*acquistati direttamente dall'allevatore o dall'azienda produttrice, senza intermediari commerciali*» e «*provenienti preferibilmente dalla provincia... e comunque coltivati e/o prodotti a distanze non superiori a 50 km dal confine del territorio comunale*». Questa denominazione puo` essere oggetto di un circoscritta specificazione nei capitolati speciali di gara, ma non coincide, in generale con la nozione riconducibile a quella normativamente contemplata all'art. 2, par. 1, lett. m), del reg. UE del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 1305 del 17.12.2013 (sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR): "*una filiera di approvvigionamento formata da un numero limitato di operatori economici che si impegnano a promuovere la cooperazione, lo sviluppo economico locale e stretti rapporti socio-territoriali tra produttori, trasformatori e consumatori*". In mancanza di una diversa disposizione normativa o nel capitolato speciale, a fronte del riferimento a "un numero limitato" di operatori economici della filiera contenuto al menzionato reg. UE n. 1305/2013, la filiera corta non richiede

[41] CdS, sez. V, 27.09.2021, n. 6483.

necessariamente il contatto diretto tra produttore e consumatore. La disciplina è oggi contenuta nella recente l. 17.5.2022, n. 61 "*Norme per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agricoli e alimentari a chilometro zero e di quelli provenienti da filiera corta*", che introduce (art. 2) le definizioni di "*prodotti agricoli e alimentari a chilometro zero*" e "*prodotti agricoli e alimentari nazionali provenienti da filiera corta*": i prodotti la cui filiera produttiva risulti caratterizzata dall'assenza di intermediari commerciali (cooperative e loro consorzi non sono considerati tali), ovvero composta da un solo intermediario tra il produttore, singolo o associato in diverse forme di aggregazione, e il consumatore finale. Il successivo art. 3 dispone che lo Stato, le regioni e gli enti locali possono prevedere misure per favorire l'incontro diretto tra i produttori di prodotti di cui all'art. 2 e i soggetti gestori, pubblici e privati, della ristorazione collettiva.
Come si visto, tra i criteri di aggiudicazione viene contemplato il rispetto delle disposizioni ambientali in materia di economia sostenibile (*green economy*), e di *criteri ambientali minimi*. Ai sensi comma 2 dell'art. 57 (dopo la disciplina al primo comma delle cd "clausole sociali", cui si ricollegano), le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilita` ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva. Come è stato argomentato nella summenzionata giurisprudenza amministrativa, tali criteri, in particolare quelli premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente piu` vantaggiosa, distinguendo il ruolo e la specificità di criteri ambientali minimi, criteri ambientali premianti e requisiti di partecipazione.
Riguardo ai servizi sostitutivi di mensa, oggetto nello schema di riforma di una collocazione autonoma nell'art. 131, Rispetto alla previgente disciplina, una novità è rappresentata, recependo gli orientamenti della giurispru- denza, dal riferimento, con riguardo alla rete degli esercizi da convenzionare, alla "specifica valorizzazione, in sede di attribuzione dei punti o dei pesi, delle caratteristiche qualitative che connotano il servizio sostitutivo di mensa offerto dalla rete di esercizi selezionata". La nuova formulazione del criterio di valutazione della rete degli esercizi, con specifico riferimento alla possibilità di introdurre elementi per la "*specifica valorizzazione, in sede di attribuzione dei punti o dei pesi, delle caratteristiche qualitative*", dovrà essere interpretata con specifica attenzione a tutti gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa che hanno delimitato la specificazione del criterio nei bandi in nome dei principi proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione[42]. Una ulteriore novità della

[42] Ad esempio, analizzando il presupposto che «*la natura del servizio oggetto di gara debba comportare la necessaria attenzione alla composizione della rete degli esercizi convenzionati al fine di impedire l'utilizzo non*

disciplina si ritrova in ordine al rapporto tra sconto incondizionato verso gli esercenti e valore nominale del buono pasto[43]. La nuova formulazione della disposizione affronta il tema, nell'ambito delle modalita` di aggiudicazione del contratto, dello spazio che possa essere riconosciuto ad eventuali "servizi aggiuntivi" all'esercente e/o al dipendente, che, come si è visto, è stato oggetto di attenzione della giurisprudenza e dell'ANAC sulla base della previgente disciplina.

In conclusione, la nuova disciplina degli art.130 e 131 sembra in grado di risolvere alcuni nodi emegenti dallla disciplina vigente dell'art. 144 del Codice, recependo molti orientamenti della giurisprudenza. Tuttavia, una lettura complessiva delle nuove disposizioni sui servizi sociali contenuti nello schema definitivo predisposto dal CdS, negli artt. 6 e 127-131, evidenzia ancora alcuni nodi da risolvere.

In primo luogo, come si è visto, non tutte le definizioni dei prodotti agro-alimentari e delle relative filiere contemplate nella disciplina trovano un sicuro e chiaro riferimento normativo, europeo, nazionale o regionale, di fonte primaria e secondaria.

In secondo luogo, sembra restare ancora problematico il contemperamento della tutela del mercato e della promozione degli enti del terzo settore. In terzo luogo, la nuova disciplina non sembra sufficiente a definire tutti i nodi della refezione scolastica, in particolare quelli relativi all'autorefezione e alla rappresentazione di istanze espressive di diritti di identità religiosa e culturale.

Infine, nonstante le previsioni dell'art. 6, occorrerà verificare se lo schema definitivo del nuovo Codice, una volta approvato, sarà in grado effettivamente di realizzare il coordinamento della disciplina dei contratti pubblici relativi ai servizi sociali e le discipline di coprogrammazione e coprogrettazione dei servizi sociali previste dal Codice del terzo settore del 2017.

---

corretto e improprio del buono pasto da parte dei fruitori (id est: per l'acquisto di prodotti diversi da un pasto pronto al consumo nei giorni di servizio)», la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto irragionevole, sproporzionato, discriminatorio e anticoncorrenziale un disciplinare di gara che prevedeva in modo tassativo l'obbligo di costituire reti solo per con esercenti in possesso di codice ATECO di ristorazione senza somministrazione con preparazione di cibo da asporto, con l'ulteriore prescrizione dell'esposizione in cassa di uno specifico avviso dell'utilizzabilità del buono pasto solo per l'acquisto di pasti pronti per il consumo immediato, escludendo gli esercizi commerciali (quali ad esempio i supermercati con vendita di pasti per l'asporto e il consumo immediato). In tal senso, cfr. CdS, sez. V, 27.9.2021, n. 6496.

[43] Nel codice del 2016, era stabilito che il ribasso sul valore nominale del buono pasto non potesse essere superiore allo sconto incondizionato verso gli esercenti. Nel nuovo codice, il comma 5 dell'articolo in commento prevede che lo sconto incondizionato verso gli esercenti sia formulato in misura non superiore al 5% del valore nominale del buono pasto. Inoltre, viene precisato che lo sconto incondizionato "*remunera altresì ogni eventuale servizio aggiuntivo offerto agli esercenti*".