

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29238-la-consolidazione-del-bando-per-omessa-impugnazione-nei-termini-sotto-il-profilo-in-questione-esclude-d-altra-parte-una-contestazione-tardiva-e-strumentale-finalizzata-all-annullamento-dell-inter>

Autore: Lazzini Sonia

La consolidazione del bando per omessa impugnazione nei termini, sotto il profilo in questione, esclude d'altra parte una contestazione tardiva e strumentale, finalizzata all'annullamento dell'intera procedura di gara.

C.St. 26.02.2010 n. 1140

La consolidazione del bando per omessa impugnazione nei termini, sotto il profilo in questione, esclude d'altra parte una contestazione tardiva e strumentale, finalizzata all'annullamento dell'intera procedura di gara.

Se nel bando non vengono indicati anche gli oneri relativi alla sicurezza, l'impresa ha l'onere di immediata impugnazione

Il bando di gara deve infatti ritenersi immediatamente lesivo – ed impugnabile, pertanto, nei prescritti termini decadenziali – non solo quanto contenga prescrizioni preclusive per la partecipazione di alcune imprese interessate, ma anche ove risulti privo di contenuti, ritenuti necessari per la corretta predisposizione delle offerte: nella situazione in esame

Viceversa, non solo la società appellante (come, del resto, le altre imprese partecipanti) non ha ravvisato problemi in ordine a quanto sopra, ma ha anche presentato l'offerta ritenuta più conveniente, con anche successiva assenza di lesione del proprio interesse, riconducibile alla carenza segnalata.

Ricorso per violazione dell'art. 86, commi 3 bis e 3 ter del D.Lgs. n. 163/2006, essendo stato indicato l'importo a base d'asta, nel disciplinare di gara, senza precisazione del costo per la sicurezza, non soggetto a ribasso, e non dovendo tale censura essere proposta entro termini decadenziali, decorrenti dalla data di pubblicazione del bando stesso, in quanto avrebbero dovuto ritenersi soggetti ad immediata impugnazione solo i vizi, riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara; l'interesse dell'attuale appellante alla riproposizione della censura, infine, sarebbe stato identificabile con quello – di carattere residuale – all'annullamento dell'intera procedura di gara, in vista della relativa rinnovazione e della possibile nuova aggiudicazione all'appellante stessa.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Quanto al terzo motivo di gravame, riferito a omessa esplicitazione, nel bando di gara, del costo per la sicurezza, il Collegio concorda con le conclusioni, al riguardo raggiunte nella sentenza appellata, che ne ha rilevato l'irricevibilità. Il bando di gara deve infatti ritenersi immediatamente lesivo – ed impugnabile, pertanto, nei prescritti termini decadenziali – non solo quanto contenga prescrizioni preclusive per la partecipazione di alcune imprese interessate, ma anche ove risulti privo di contenuti, ritenuti necessari per la corretta predisposizione delle offerte: nella situazione in esame, viceversa, non solo la società appellante (come, del resto, le altre imprese partecipanti) non ha ravvisato problemi in ordine a quanto sopra, ma ha anche presentato l'offerta ritenuta più conveniente, con anche successiva assenza di lesione del proprio interesse, riconducibile alla carenza segnalata.

La consolidazione del bando per omessa impugnazione nei termini, sotto il profilo in questione, esclude d'altra parte una contestazione tardiva e strumentale, finalizzata all'annullamento dell'intera procedura di gara.

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio ravvisa giusti motivi per disporre la compensazione fra tutte le parti, tenuto conto della complessità della disciplina normativa di riferimento e della non chiarissima formulazione del bando di gara, in ordine alle questioni dedotte in giudizio.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1140 del 26 febbraio 2010 emessa dal Consiglio di Stato

N. 01140/2010 REG.DEC.

N. 06811/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 6811 del 2009, proposto da:
Ricorrente Service S.r.l., rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Erba, Enzo Robaldo e Daniele Vagnozzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, viale Angelico N.103;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia, rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Simonetta Mastropieri, con domicilio eletto presso l'avv. Antonia De Angelis in Roma, via Portuense N. 104;
Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia-Dipartimento di Prevenzione, Az.San.Loc.Della Provincia di Foggia-Dipart.Di Prevenzione-Servizio Igiene degli Alimenti e della Nutrizione;

e con l'intervento di

ad opponendum:
Controinteressata Italia Spa, Controinteressata due Industrie Alimentari Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Mariani, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N.2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI – SEZIONE I, n. 01943/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO QUINQUENNALE SERVIZIO DI RISTORAZIONE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero-Universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2010 il consigliere Gabriella De Michele e uditi per le parti gli avvocati Robaldo, Vagnozzi, Pappalepore e Mariani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto di appello, notificato il 6.8.2009 e depositato in pari data, la società Ricorrente Service s.r.l. impugnava la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, n. 1493 del 22.7.2009 (che non risulta notificata), con la quale era stato in parte respinto e in parte dichiarato irricevibile il ricorso proposto dalla medesima società, avverso la propria esclusione (a seguito di atto n. prot. 3/4020 del 17.7.2008) dalla procedura di gara, indetta dall'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia per l'affidamento quinquennale del servizio di ristorazione presso le strutture dell'Azienda stessa, nonché avverso la richiesta di produzioni documentali ed il parere reso in data 29.5.2008 dal Dipartimento di Prevenzione della locale ASL.

Nella citata sentenza si riteneva, in via preliminare, tardivamente proposto il motivo di gravame, riferito a mancata indicazione del costo per la sicurezza nel corrispettivo a base d'asta, in quanto vizio da riferire – eventualmente – al bando

di gara, tramite tempestive impugnazione del medesimo, non avvenuta nel caso di specie.

Nel merito, venivano quindi respinte le censure, prospettate in rapporto all'esclusione della citata società Ricorrente – benché risultata migliore offerente – dalla gara, per mancanza del requisito di partecipazione riferito alla disponibilità di un centro di cottura, “da utilizzare in caso di emergenze” ed “ubicato a non oltre un raggio di 50 km. dalla città di Foggia, dotato di autorizzazione sanitaria intestata alla ditta concorrente, ausiliaria (avvalimento) convenzionata”. Nella situazione in esame, legittimamente non sarebbe stata ritenuta adeguata, a tale riguardo, l'autorizzazione sanitaria rilasciata dal Comune di Foggia, nel 1998, al legale rappresentante di un esercizio di bar-ristorante-pizzeria, munito di licenza per la somministrazione di alimenti e bevande: detta autorizzazione, infatti, non avrebbe potuto ritenersi equipollente a quella richiesta per la gestione di un centro di cottura e confezionamento di pasti, da trasportare all'esterno per servizi di refezione.

In sede di appello, venivano riproposti i seguenti motivi di gravame:

I) violazione o falsa applicazione di legge (L. n. 283/1962, D.P.R. n. 327/1980, D.Lgs. n. 193/2007), in quanto l'autorizzazione sanitaria, rilasciata a norma dell'art. 2 L. n. 283/1962 e del D.P.R. n. 327/1980 (ora D.I.A., ex D.Lgs. n. 193/2007) avrebbe dovuto garantire solo la sussistenza delle condizioni igienico-sanitarie, prescritte per i locali destinati allo svolgimento di attività di ristorazione, indipendentemente dallo specifico tipo di attività svolta, con conseguente non conformità a legge di prassi, che avessero portato a distinguere fra tipi di autorizzazione diversi nel settore alimentare, fatta salva la diversa disciplina dei locali di produzione dei cibi, rispetto a quella dei relativi mezzi di trasporto; l'autorizzazione sanitaria di cui all'art. 2 della legge n. 283/1962, pertanto, sarebbe stata un'autorizzazione a carattere generale, abilitante all'esercizio di stabilimenti e

laboratori di produzione, preparazione e confezionamento di sostanze alimentari; non richiesto dal bando, inoltre, sarebbe stato il possesso della medesima autorizzazione da parte delle ditte concorrenti, risultando espressamente prevista al riguardo l'intestazione a ditte ausiliarie o convenzionate;

II) violazione o falsa applicazione della *lex specialis* e dei principi generali in materia di gare pubbliche, nonché degli articoli 64 e seguenti del D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per illogicità, essendo state illegittimamente modificate ex post le regole di gara, a seguito di un parere reso dalla Azienda Sanitaria Locale della provincia di Foggia e richiedendo il bando semplicemente una "autorizzazione sanitaria", senza particolari caratteristiche, per il centro di cottura in questione, trattandosi di struttura da utilizzare solo in caso di emergenza;

III) violazione dell'art. 86, commi 3 bis e 3 ter del D.Lgs. n. 163/2006, essendo stato indicato l'importo a base d'asta, nel disciplinare di gara, senza precisazione del costo per la sicurezza, non soggetto a ribasso, e non dovendo tale censura essere proposta entro termini decadenziali, decorrenti dalla data di pubblicazione del bando stesso, in quanto avrebbero dovuto ritenersi soggetti ad immediata impugnazione solo i vizi, riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara; l'interesse dell'attuale appellante alla riproposizione della censura, infine, sarebbe stato identificabile con quello – di carattere residuale – all'annullamento dell'intera procedura di gara, in vista della relativa rinnovazione e della possibile nuova aggiudicazione all'appellante stessa.

E' intervenuta nel presente giudizio, ad opponendum, la costituenda ATI, composta dalle ditte Controinteressata Italia s.p.a. e Controinteressata due Industrie Alimentari s.r.l. (seconda classificata in sede di aggiudicazione provvisoria) chiedendo il rigetto dell'appello, in considerazione dei requisiti richiesti per il rilascio dell'autorizzazione sanitaria, riferita a stabilimenti, laboratori e depositi all'ingrosso di sostanze alimentari, requisiti non coincidenti con quelli

richiesti per la ristorazione “in loco”, cui si riferiva l’autorizzazione prodotta nel caso di specie.

L’Azienda Ospedaliero-Universitaria appellata – a sua volta costituita in giudizio – ribadiva la necessità che l’autorizzazione sanitaria, riferita al centro di cottura sostitutivo, fosse pertinente all’oggetto dell’appalto e, quindi, riferita a “pasti da asporto o veicolati”, nonché “intestata direttamente al soggetto autorizzato alla produzione dei pasti”; la medesima Azienda chiariva peraltro come – a seguito di intervenuta ammissione con riserva della società Ricorrente alla gara – detta società fosse risultata aggiudicataria in via provvisoria, con sospensione, però, dell’aggiudicazione, “fino alla definizione del giudizio di merito”.

DIRITTO

La questione sottoposta all’esame del Collegio è quella dell’autorizzazione sanitaria, che avrebbe dovuto essere posseduta dall’aggiudicataria (Ricorrente Service s.r.l.) della gara per l’affidamento del servizio quinquennale di ristorazione, indetta dall’Azienda Ospedaliero-Universitaria “Ospedali Riuniti” di Foggia. In primo grado di giudizio è stata ritenuta valida l’esclusione dalla gara stessa della citata società, per violazione di una delle condizioni di partecipazione prescritte dal bando: disponibilità a titolo di proprietà, ovvero per avvalimento o convenzione, di un centro di cottura, da utilizzare in caso di emergenze, ubicato a non più di 50 km. dalla città di Foggia e dotato, al momento dell’offerta, di autorizzazione sanitaria intestata alla ditta concorrente, ausiliaria o convenzionata, in termini meglio specificati dall’art. 16 del disciplinare tecnico, secondo cui la Ditta avrebbe dovuto assicurare – tramite il predetto centro di cottura – l’erogazione del servizio “senza soluzione di continuità, anche a fronte di impedimenti di qualsiasi natura”, dimostrando di possedere “automezzi idonei per la veicolazione di pasti, già dotati di autorizzazione sanitaria”.

In conformità al parere del Dipartimento di Prevenzione della ASL di Foggia n. 289 del 29.5.2008, con provvedimento n. 3/4020 del 17.7.2008 veniva ritenuta inidonea, ai fini di cui sopra, l'autorizzazione sanitaria rilasciata dal medesimo Comune di Foggia alla titolare e legale rappresentante di un esercizio di bar-ristorante-pizzeria, munito di licenza per la somministrazione di alimenti e bevande. Quanto sopra, poiché un centro di produzione pasti, destinato alla ristorazione ospedaliera, avrebbe dovuto possedere l'autorizzazione sanitaria per pasti da asporto o veicolati, intestata al soggetto autorizzato alla produzione dei pasti stessi. Ogni autorizzazione sanitaria, infatti, sarebbe riconducibile alle modalità specifiche, con cui gli alimenti debbono essere trattati e consumati.

Il Collegio condivide tale prospettazione.

E' vero infatti che, come sostenuto dall'appellante nel primo ordine di censure, la normativa non disciplina diverse tipologie di autorizzazioni sanitarie; è anche vero, tuttavia, che ogni autorizzazione (anche identificabile in base a DIA, nel sistema introdotto con D.Lgs. 6.11.2007, n. 193, attuativo delle vigenti direttive comunitarie) deve riferirsi ad attività specifiche, in rapporto alle quali sussistono precise regolamentazioni, a tutela della salute dei consumatori.

Già la normativa nazionale, nel disciplinare la produzione e la vendita di sostanze alimentari e bevande (L. 30.4.1962, n. 283 e relativo regolamento di esecuzione, approvato con D.P.R. 26.3.1980, n. 327) condizionava l'autorizzazione all'accertamento di requisiti igienico-sanitari, riferiti sia agli impianti che ai processi produttivi e di confezionamento degli alimenti; non meno dettagliata risulta poi la più recente disciplina, emanata in attuazione della direttiva 2004/41/CE, relativa ai controlli in materia di sicurezza alimentare e applicazione dei regolamenti comunitari nel settore (D.Lgs. 6.11.2007, n. 193 cit.): in base al regolamento CE nn. 852/2004, in particolare, gli operatori del settore stesso debbono ritenersi impegnati a collaborare con le autorità competenti, con opportuna comunicazione

delle previste fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti, a fini di registrazione dello stabilimento, con opportuna informazione di “qualsivoglia cambiamento significativo di attività” (reg. cit., art. 6).

Tra le variazioni significative di un impianto, stabilimento o laboratorio di produzione e preparazione di sostanze alimentari deve ritenersi compreso, ad avviso del Collegio (con conseguente necessità di specifica autorizzazione, o DIA), l'introduzione di un ciclo lavorativo, in precedenza non effettuato, come quello finalizzato alla preparazione di pasti destinati a mense o ad altre strutture esterne, previo apposito confezionamento degli alimenti (cfr. anche, per il principio, Cass. Pen., sez. III, 9.7.1997, n. 2430).

Sembra corrispondere peraltro a dato di comune esperienza, ai sensi e per gli effetti dell'art. 115, comma 2, c.p.c., la diversa configurazione del servizio di ristorazione “in loco”, rispetto a quello cosiddetto “da asporto”, quando riferito in particolare, come nel caso di specie, a grandi strutture richiedenti determinate tipologie di pasti, confezionati in modo idoneo e igienico per il trasporto. Nel caso ipotizzato dal bando di gara di cui si discute (ovvero, ove si fosse verificata l'impossibilità di utilizzare il centro di cottura, interno agli Ospedali Riuniti di Foggia), la impresa aggiudicataria avrebbe dovuto assicurare – attraverso un centro di cottura esterno – la continuità del servizio: appare evidente che la preparazione di centinaia di pasti aggiuntivi, da confezionare senza rischi di contaminazione, per la rapida consegna in orari stabiliti, avrebbe comportato per un esercizio, definito come “bar-ristorante-pizzeria”, non semplice incremento del lavoro ordinario, ma introduzione di un diverso ramo di attività, disciplinato con regole proprie e richiedente, pertanto, apposito titolo autorizzativo o nuova denuncia di attività.

Le considerazioni sopra esposte consentono di ritenere che il provvedimento, impugnato in primo grado di giudizio, fosse conforme non solo alla normativa di riferimento, in precedenza ricordata, ma anche alla *lex specialis* della gara di cui

trattasi. Il centro di cottura sostitutivo costituiva, infatti, condizione di partecipazione, prescritta a pena di esclusione dal bando; l'art. 16 del disciplinare tecnico a sua volta – pur non richiedendo che il centro di cottura sostitutivo possedesse “particolari caratteristiche, se non quelle di fornire i pasti necessari al regolare funzionamento delle strutture operative dell’Azienda” – ribadiva la necessità che il medesimo centro fosse titolare di “tutte le autorizzazioni al momento dell’offerta”, non potendo che riferirsi alle autorizzazioni proprie del tipo di attività da effettuare, ovvero alla preparazione di pasti “da asporto o veicolati”.

Nel parere n. 289 del 29.5.2008, il Dipartimento di Prevenzione della competente ASL di Foggia escludeva altresì – non, come sembra ritenere l’appellante, che l’autorizzazione non potesse essere posseduta dalla impresa ausiliaria in questione – ma che la stessa fosse integrabile (ove relativa solo alla produzione di pasti da servire “in loco”) col contratto di subappalto, prodotto dalla Ricorrente per la veicolazione dei pasti stessi tramite altra ditta, autorizzata al trasporto di derrate deteriorabili.

Quanto sopra poichè la preparazione di pasti “da asporto”, ovvero preparati e confezionati con determinate modalità e cautele, costituiva modalità di effettuazione del servizio, autonomamente rilevante e di per sé suscettibile di autorizzazione.

Sia il primo che il secondo ordine di censure non possono, pertanto, trovare accoglimento.

Quanto al terzo motivo di gravame, riferito a omessa esplicitazione, nel bando di gara, del costo per la sicurezza, il Collegio concorda con le conclusioni, al riguardo raggiunte nella sentenza appellata, che ne ha rilevato l’irricevibilità. Il bando di gara deve infatti ritenersi immediatamente lesivo – ed impugnabile, pertanto, nei prescritti termini decadenziali – non solo quanto contenga prescrizioni preclusive

per la partecipazione di alcune imprese interessate, ma anche ove risulti privo di contenuti, ritenuti necessari per la corretta predisposizione delle offerte: nella situazione in esame, viceversa, non solo la società appellante (come, del resto, le altre imprese partecipanti) non ha ravvisato problemi in ordine a quanto sopra, ma ha anche presentato l'offerta ritenuta più conveniente, con anche successiva assenza di lesione del proprio interesse, riconducibile alla carenza segnalata.

La consolidazione del bando per omessa impugnazione nei termini, sotto il profilo in questione, esclude d'altra parte una contestazione tardiva e strumentale, finalizzata all'annullamento dell'intera procedura di gara.

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio ravvisa giusti motivi per disporre la compensazione fra tutte le parti, tenuto conto della complessità della disciplina normativa di riferimento e della non chiarissima formulazione del bando di gara, in ordine alle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello indicato in epigrafe, lo respinge; compensa le spese giudiziali.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione