

APPALTI: Gara - Servizio di ristorazione per le scuole dell'infanzia e primarie – Aggiudicazione - Decadenza - Per difetto del possesso di un idoneo centro cottura sotto il profilo igienico-sanitario - Legittimità.

Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2022, n. 5168

[...] Il Collegio ritiene immune da vizi il difetto del requisito dell'idoneità igienico-sanitario della struttura atteso che l'autorizzazione per la ristorazione pubblica/commerciale non comprende alcuna attività connessa alla preparazione degli alimenti per il loro trasporto.

E' sufficiente sul punto richiamare la giurisprudenza amministrativa che, in precedenti pronunce, ha ritenuto inadatto alla funzione di centro di cottura (anche se solo emergenziale) la cucina di ristorante – pizzeria [...] stante l'incompatibilità della destinazione d'uso di questa con le condizioni e i requisiti necessari al corretto funzionamento del primo.

Irrilevante è poi verificare se, come afferma l'appellante, sarebbe stata possibile “una estensione dell'autorizzazione esistente a ‘0 giorni’, sussistendo i requisiti di legge e dunque prima dell'avvio dell'appalto”, perché, come chiarito, la lex specialis di gara – in parte qua non contestata e divenuta incontestabile – richiedeva il possesso di tale requisito, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione. In ogni caso, dall'affermazione dell'appellante appare evidente come, anche ad avviso della stessa, l'autorizzazione posseduta andasse quanto meno integrata, con la conseguenza che quella posseduta non costituiva titolo sufficiente per la partecipazione alla gara [...]”.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Tortolì;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fa.Ma. s.a.s.;

Visto l'appello incidentale depositato dalla Fa.Ma. s.a.s. in data 28 febbraio 2022;

Viste le memorie depositate dal Comune di Tortolì in date 21 marzo 2022 e 31 maggio 2022;

Viste le memorie depositate dalla Fa.Ma. s.a.s. in date 21 marzo 2022, 31 maggio 2022 e 3 giugno 2022;

Vista la memoria depositata dalla Cocktail Service s.r.l. in data 31 maggio 2022 e 3 giugno 2022;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 16 giugno 2022 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. In data 27 agosto 2021, il Comune di Tortolì ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di ristorazione per le scuole dell'infanzia e primarie del Comune di Tortolì, anni scolastici 2021-2022 e 2022-2023, per un valore complessivo di € 749.500,00.

La gara è stata aggiudicata alla Cocktail Service s.r.l.; seconda classificata si è posizionata la Fa.Ma. s.a.s..

A seguito del ricorso giurisdizionale proposto dalla Fa.Ma. s.a.s. avverso la prima aggiudicazione, il Comune provvedeva in autotutela, con la determina n. 1345 del 4 ottobre 2021, dichiarando la decadenza dall'aggiudicazione della società Cocktail.

Tale provvedimento è stato motivato sul rilievo che, a seguito di controlli successivi all'aggiudicazione, sono state riscontrate carenze di alcuni requisiti necessari alla fornitura del servizio. In particolare, è stata contestata l'assenza di un centro di cottura idoneo alla produzione dei 600 pasti giornalieri richiesti dal bando nonché di un'autorizzazione sanitaria alla ristorazione collettivo-assistenziale.

2. La determina di decadenza è stata impugnata (ricorso n. 838/2021) dinanzi al Tar Sardegna.

3. Con sentenza 17 gennaio 2022, n. 17, la sez. II del Tar Sardegna ha respinto il ricorso sul rilievo che gli elementi di cui era carente l'offerta della Cocktail Service s.r.l. erano richiesti in maniera inequivocabile del bando di gara, con la conseguenza che l'amministrazione, rilevata la loro assenza, ha correttamente fatto decadere la stessa dall'aggiudicazione.

4. La sentenza del Tar Sardegna 17 gennaio 2022, n. 17 è stata impugnata con appello notificato in data 17 febbraio 2022 e depositato il successivo 22 febbraio.

Erroneamente il primo giudice ha rilevato la correttezza dell'operato dell'amministrazione nonostante le carenze da essa riscontrate concernessero elementi dell'esecuzione dell'appalto e non requisiti di partecipazione ad esso.

Inoltre, con riguardo alle strutture presentate nell'offerta, anche per il tramite di avvalimento, esse, sulla base dell'organizzazione della produzione secondo flussi di lavoro, permetteva la corretta erogazione del servizio nonostante il mancato rispetto delle Linee Guida predisposte in materia dalla Regione che, per giunta, non sono da ritenersi vincolanti.

Anche con riguardo alla presunta carenza dell'idonea autorizzazione sanitaria, il giudice di prime cure erroneamente non ha rilevato che l'autorizzazione pubblica è concessa sugli stessi requisiti di quella collettivo-assistenziale e, ad ogni modo, l'amministrazione avrebbe dovuto consentire una integrazione postuma della stessa prima dell'avvio dell'esecuzione del servizio.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Tortoli, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dell'appello.

6. Si è costituita in giudizio la Fa.Ma. s.a.s., che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso di primo grado, non avendo Cocktail Service s.r.l. impugnato le prescrizioni della lex specialis che imponevano – quale requisito di partecipazione, a pena di esclusione – la disponibilità di un idoneo centro di cottura dei pasti; nel merito ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

7. Con appello incidentale, notificato in data 25 febbraio 2022 e depositato il successivo 28 febbraio 2022, la Fa.Ma. s.a.s. ha sostenuto l'illegittimità della mancata esclusione della società Cocktail anche per aver adempiuto alla presentazione della cauzione provvisoria solo a seguito di soccorso istruttorio.

L'aggiudicazione è, inoltre, illegittima per nullità per indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento stipulato dall'appellante.

8. All'udienza pubblica del 16 giugno 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Al fine del decidere occorre una breve premessa, in punto di fatto.

Come esposto in narrativa, la Cocktail Service s.r.l. (d'ora in poi, Cocktail) ha partecipato (insieme alla sola Fa.Ma. s.a.s., gestore uscente dal servizio) alla gara, bandita dal Comune di Tortoli per l'affidamento del servizio di ristorazione per le scuole dell'infanzia e primarie del Comune di Tortoli, anni scolastici 2021-2022 e 2022-2023, collocandosi al primo posto.

L'aggiudicataria si è avvalsa dell'istituto dell'avvalimento per soddisfare il requisito, richiesto dal disciplinare di gara, della capacità produttiva del centro cottura di almeno 600 pasti e per essere in possesso dei requisiti igienico-sanitari previsti dalla normativa vigente per la ristorazione collettiva; a comprova del possesso del requisito si richiedeva la produzione – in originale o copia conforme – delle autorizzazioni sanitarie nonché un titolo giuridico idoneo per la sua disponibilità, dimostrabile mediante produzione del titolo di proprietà del Centro/i di produzione pasti o, in subordine, copia del contratto di locazione o di affitto dell'azienda da dove possano evincersi il soggetto proprietario e la durata del contratto.

La stazione appaltante ha ritenuto non idonea a dimostrare il possesso del requisito della idoneità igienico-sanitario quanto attestato con la nota del 30 settembre 2021 “in quanto riferita alla ristorazione pubblica e non collettiva-assistenziale e in quanto all'interno della stessa non è prevista la preparazione per il trasporto da consumarsi presso altre sedi ed inoltre non è specificato il numero massimo di pasti prodotti e/o somministrati relativi alle mense né viene specificata la possibilità di preparazione pasti per soggetti celiaci” (determina 4 ottobre 2021).

Chiarito che il possesso del requisito di idoneità del centro cottura indicato andava verificato prima dell'esecuzione del contratto e non in fase di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, la stazione appaltante ha dichiarato "la decadenza dell'aggiudicazione dell'appalto relativo al servizio di refezione scolastica da attuarsi presso la scuola dell'infanzia e la scuola primaria, anni scolastici 2021/2022, 2022/2023 in favore dell'operatore economico Cocktail Service disposta con determinazione dirigenziale del 4 ottobre 2021, per esito negativo dei controlli, per non avere lo stesso la disponibilità di un centro cottura idoneo ai sensi della lex specialis".

2. Alla vigilia dell'udienza di merito il Comune di Tortoli, in data 27 maggio 2022 ha depositato il decreto del Tribunale di Cagliari, sezione Fallimentare, del 18 maggio 2022, che fa seguito al ricorso per la dichiarazione di fallimento della Cocktail Service s.r.l. ex art. 161, comma 6, della legge fallimentare, e alla richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo, con beneficio del termine per la presentazione della proposta e del piano ('concordato in bianco').

Chiede l'autorizzazione al deposito tardivo.

Il Collegio ritiene ininfluenza il deposito sia perché il contenuto di tale decreto è stato illustrato nella memoria depositata dallo stesso Comune di Tortoli in data 31 maggio 2022 sia – e soprattutto – perché, essendo l'appello principale infondato nel merito, si può prescindere dall'esame della eccezione di improcedibilità dello stesso, sollevata alla vigilia dell'udienza di discussione sia dal Comune di Tortoli che dalla appellata sul rilievo che l'appellante, ammessa alla procedura di concordato preventivo in bianco con il citato decreto del Tribunale di Cagliari del 18 maggio 2022, non ha richiesto e ottenuto dal giudice l'autorizzazione, in caso di esito positivo dell'appello, ad una eventuale esecuzione dell'appalto contestato né, tantomeno, ha prudenzialmente provveduto a stipulare uno specifico contratto di avvalimento relativo al possesso di tutti i requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, in frontale contrasto con quanto previsto dall'art. 110 del Codice dei contratti pubblici.

3. Con il primo motivo dell'appello principale la Cocktail Service afferma che il requisito della "disponibilità del centro di cottura" è richiesto per l'esecuzione del contratto e non per la partecipazione alla procedura.

Sul punto l'appellata ripropone, con memoria depositata il 21 marzo 2022, l'eccezione di inammissibilità – già sollevata dinanzi al Tar Sardegna – per omessa impugnazione della clausola della lex specialis di gara nella parte in cui prevede che il centro cucina fosse già operativo e perfettamente idoneo per l'esecuzione del servizio, in quanto in regola con tutte le autorizzazioni a tal fine necessarie.

Con memoria depositata in data 31 maggio 2022 l'appellante deduce l'inammissibilità della censura, formulata impropriamente quale eccezione rispetto all'appello, nonché la sua infondatezza nel merito, non trattandosi di clausola immediatamente "escludente" (non integrando un requisito di partecipazione) ma semmai di necessario requisito di esecuzione, con la conseguenza che, trattandosi di previsione non correttamente applicata dalla stessa Amministrazione, non avrebbe dovuto essere impugnata.

L'eccezione sollevata dall'appellata non è suscettibile di positiva valutazione stante l'impianto difensivo dato dalla Cocktail a supporto delle proprie ragioni, e cioè che il Disciplinare prevedeva il possesso del centro cucina già operativo e di una autorizzazione sanitaria alla ristorazione collettivo-assistenziale non a pena di esclusione e, dunque, la possibilità di comprovare il possesso prima dell'esecuzione dell'appalto.

L'assunto è però infondato nel merito.

L'art. 9.3 del Disciplinare è, infatti, chiaro nell'individuare, quale requisito di partecipazione, la "disponibilità di uno o più centri di produzione pasti ..." e a chiedere il deposito della "Dichiarazione di possesso delle autorizzazioni sanitarie", di un titolo di proprietà o di locazione nonché dell'"attestazione di essere in regola con quanto previsto dalla vigente normativa in materia relativa al sistema di autocontrollo (Haccp)".

La stessa norma chiarisce che "In caso di mancata ottemperanza o qualora venisse accertato che l'operatore economico si trovi in una delle condizione che non le consentano la stipulazione dei contratti con la Pubblica amministrazione, l'aggiudicazione si intenderà come non avvenuta e la Stazione appaltante avrà diritto ad escutere la garanzia provvisoria e di richiedere eventualmente il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata conclusione dell'obbligazione contrattuale. Per la comprova dei requisiti, i relativi documenti devono essere inseriti nel sistema SardegnaCat".

Il chiaro tenore della norma avrebbe quindi richiesto di impugnare la *lex specialis* ove si fosse ritenuto che una simile prescrizione avrebbe potuto essere imposta solo per eseguire il contratto e non anche – e prima – per partecipare alla procedura, in tal modo costringendo l'operatore ad un aggravio economico che potrebbe risultare inutile.

Ma per stessa ammissione dell'appellante la *lex specialis* di gara non è stata censurata neanche unitamente all'impugnazione della decadenza dall'aggiudicazione, perché della stessa se ne è data una interpretazione favorevole alla prospettazione attorea, con la conseguenza che resta incontestata la prescrizione alla quale la società Cocktail non ha adempiuto e inconfidenti – perché non applicabili a fronte della previsione del Disciplinare di gara – le sentenze citate nell'atto di impugnazione dalla appellante.

4. Con il secondo motivo l'appellante afferma che le Linee guida del Commissario straordinario della Ats Sardegna n. 147 del 31 ottobre 2019 non possono costituire – come invece afferma la stazione appaltante – supporto motivazionale dell'impugnata decadenza nella parte in cui prevedono che ad una capacità produttiva di circa 600 pasti deve corrispondere una superficie minima del locale cucina di oltre 100 mq.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione, non essendo condivisibile l'incipit dal quale muove. Non è infatti vero che le prescrizioni introdotte dalle Linee guida rappresentino la ragione unica che ha indotto la stazione appaltante a dichiarare decaduta la società Cocktail dalla aggiudicazione, essendo invece la motivazione principe da rinvenire nella inidoneità del requisito dell'idoneità igienico-sanitario della struttura in quanto riferito alla ristorazione pubblica e non collettiva-assistenziale.

Come innanzi chiarito, infatti, la decadenza dalla aggiudicazione si fonda sulla non conformità a quanto richiesto dalla lex specialis di gara del requisito dell'idoneità igienico-sanitario della struttura in quanto riferito alla ristorazione pubblica e non collettiva-assistenziale, nonché sulla mancata previsione, all'interno della autorizzazione sanitaria del centro cottura, della preparazione per il trasporto da consumarsi presso altre sedi e sulla omessa specificazione, sempre all'interno della autorizzazione sanitaria, del numero massimo di pasti prodotti e/o somministrati relativi alle mense e della possibilità di preparazione pasti per soggetti celiaci, pasti che richiedono linee produttive e di confezionamento totalmente differenziate ed isolate, già a partire dagli spazi di deposito / conservazione dei prodotti prima della loro preparazione, nonché l'utilizzo di spazi ed attrezzature da cucina appositamente dedicati.

A riprova di ciò è il tenore letterale della determina dirigenziale del 4 ottobre 2021, che richiama "inoltre" il testo delle Linee guida, in aggiunta, dunque, alle ragioni individuate nel paragrafo precedente.

Stante le diverse, autonome ragioni sottese al provvedimento impugnato dinanzi al Tar Sardegna, è sufficiente, per la reiezione del ricorso, che ne resista una ai motivi di gravame.

Il Collegio ritiene immune da vizi il difetto del requisito dell'idoneità igienico-sanitario della struttura atteso che l'autorizzazione per la ristorazione pubblica/commerciale non comprende alcuna attività connessa alla preparazione degli alimenti per il loro trasporto.

E' sufficiente sul punto richiamare la giurisprudenza amministrativa che, in precedenti pronunce, ha ritenuto inadatto alla funzione di centro di cottura (anche se solo emergenziale) la cucina di ristorante – pizzeria (Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190; id., sez. III, 4 gennaio 2012, n. 3;

id., sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 1140) stante l'incompatibilità della destinazione d'uso di questa con le condizioni e i requisiti necessari al corretto funzionamento del primo.

Irrilevante è poi verificare se, come afferma l'appellante, sarebbe stata possibile "una estensione dell'autorizzazione esistente a '0 giorni', sussistendo i requisiti di legge e dunque prima dell'avvio dell'appalto", perché, come chiarito, la *lex specialis* di gara – in parte qua non contestata e divenuta incontestabile – richiedeva il possesso di tale requisito, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione. In ogni caso, dall'affermazione dell'appellante appare evidente come, anche ad avviso della stessa, l'autorizzazione posseduta andasse quanto meno integrata, con la conseguenza che quella posseduta non costituiva titolo sufficiente per la partecipazione alla gara.

Pur risultando assorbente la considerazione che la stessa appellante era consapevole che l'autorizzazione andasse integrata, giova per completezza chiarire che a riprova della diversa disciplina sottesa ai due tipi di ristorazione (id est, collettiva e pubblica) sono peraltro le già richiamate Linee guida del Commissario straordinario della Ats Sardegna n. 147 del 31 ottobre 2019, che individuano separatamente i requisiti per la ristorazione collettiva (mense, terminali di distribuzione, sedi per eventi e banqueting) e pubblica, per tali intendendo "tutte le forme di ristorazione che si svolgono in esercizi di somministrazione alimenti e bevande e che sono rivolte al consumatore finale indifferenziato, quali bar, ristoranti, trattorie, agriturismo, pizzerie, fornitura di pasti preparati, tavole calde/fredde, circoli, ecc."

5. Non è, infine, assecondabile l'assunto (pag. 23 dell'atto di impugnazione) dell'appellante secondo cui anche se all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara non aveva ancora l'autorizzazione, sarebbe stata ancora in termini per chiederla.

E' sufficiente sul punto ricordare le prescrizioni del Disciplinare, chiare nel richiedere la produzione dell'autorizzazione all'atto della partecipazione alla gara e non nel momento successivo della esecuzione del contratto.

6. La reiezione dell'appello principale comporta l'improcedibilità dell'appello incidentale, dichiaratamente proposto per l'ipotesi in cui l'appello principale fosse stato giudicato fondato.

7. In conseguenza del rigetto dell'appello deve respingersi anche la domanda risarcitoria.

L'infondatezza nel merito del ricorso comporta infatti il rigetto della domanda di risarcimento del danno atteso che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria per accordare il ristoro richiesto; la reiezione della parte impugnatoria del gravame impedisce, infatti, che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione.

8. Per le ragioni sopra esposte l'appello principale deve essere respinto; l'appello incidentale deve essere dichiarato improcedibile.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto: a) respinge l'appello principale; b) dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida in € 2.000,00 a favore di ciascuna parte costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere

IL SEGRETARIO