



**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 Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2431 del 2012, proposto da:  
Gemeaz Cusin s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Giustino Ciampoli,  
Francesco Bellocchio e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso l'avv. Diego  
Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

***contro***

Innova s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Discepolo, con domicilio  
eletto presso l'avv. Maurizio Discepolo in Roma, via Conca d'Oro n. 184/190;

***nei confronti di***

Azienda ospedaliera "Ospedali Riuniti Umberto I – Lancisi - Salesi";

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00086/2012,  
resa tra le parti, concernente affidamento della fornitura di pasti pronti in legame  
refrigerato confezionati in atmosfera protettiva

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Innova s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Bellocchio e Discepolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con atto notificato in date 19, 22 e 23 marzo 2012 e depositato il 3 aprile seguente Gemeaz Cusin s.p.a., aggiudicataria provvisoria della gara indetta dall'Azienda "Ospedali riuniti Umberto I – Lancisi – Salesi" di Ancona per l'affidamento, nel periodo di temporanea chiusura per lavori di ristrutturazione delle cucine dell'ospedale Torrette dell'Ente, della fornitura di pasti pronti in legume refrigerato confezionati con sistema ad atmosfera protettiva, ha appellato la sentenza 27 gennaio 2012 n. 86 del TAR per le Marche, sezione prima, con la quale il bando della stessa gara è stato annullato in accoglimento del ricorso proposto da Innova s.p.a., impresa operante nel settore ma non partecipante alla procedura. In particolare il TAR, pur avendo respinto la censura diretta a contestare la richiesta della preparazione dei pasti in atmosfera protettiva, ha giudicato fondata la doglianza avverso la prescrizione del requisito di partecipazione concernente il possesso di fatturato pregresso in servizi analoghi la cui esecuzione prevedesse l'impiego di quella tecnologia, ritenendo trattarsi di requisito maturato solo da pochi operatori, quindi restrittivo della concorrenza, penalizzante la ricorrente, relativo a tecnica non obbligatoria, ingiustificato e sproporzionato.

Gemeaz Cusin, premesso di essere intervenuta *ad opponendum* in giudizio, a sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- Violazione art. 28, co. 1, c.p.a.; violazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio.

E' stato violato il diritto di difesa dell'appellante, che era parte necessaria. Per ciò è intervenuta *ad opponendum* ed ha chiesto un differimento dell'udienza di discussione per poter esercitare appunto il diritto di difesa, nel rispetto del contraddittorio e con facoltà di depositare documenti e memorie nei termini di legge ed in condizioni di parità. Il differimento non è stato concesso, sicché ai sensi dell'art. 105 c.p.a. la causa va rimessa al primo giudice.

2.- Carezza di motivazione.

Il TAR non ha esaminato l'eccezione di inammissibilità sollevata con riguardo alla modifica da parte dell'Ente del requisito, nel senso dell'estensione anche a servizi effettuati presso privati, posto che il ricorso era stato proposto avverso una clausola poi modificata proprio per ampliare la platea dei potenziali concorrenti.

3.- Motivazione carente, erronea, insufficiente e contraddittoria.

Il TAR ha ritenuto di prescindere – immotivatamente - dai principi affermati dalla giurisprudenza in tema di requisiti di partecipazione, secondo cui è legittima la richiesta di pregressi servizi identici al fine di assicurare lo svolgimento del servizio da commettere da parte di soggetti particolarmente qualificati. Ha invece basato il proprio giudizio di sproporzione su affermazioni apodittiche, erronee, irrilevanti e contraddittorie con la già ritenuta ragionevolezza della richiesta della tecnica in questione, alla stregua delle quali il confezionamento in atmosfera protettiva non sarebbe obbligatorio e le diverse tecniche di conservazione sarebbero equivalenti ed idonee in ugual misura ad evitare la contaminazione batterica. Né ha tenuto conto che si tratta di ovvia conseguenza della predetta richiesta, poiché la capacità professionale maturata con riguardo a tecniche differenti non era rilevante ai fini dell'apprezzamento dell'esperienza e dell'abilità concretamente necessaria per garantire la buona esecuzione dell'appalto. Apodittico è poi che non sia discutibile

la perfetta capacità al riguardo di Innova, mentre del tutto erroneo è che l'aspetto dell'adeguata capacità della medesima non formerebbe oggetto di discussione, atteso che ciò che conta per il soddisfacimento dello scopo perseguito dall'Ente è che il concorrente abbia dato concreta dimostrazione di saper utilizzare la tecnica con perizia. Inoltre, ha affermato che l'Ente non avrebbe provato la sussistenza di particolari circostanze che richiedessero di limitare la partecipazione ad imprese in possesso di specifica esperienza, atteso che l'Ente stesso non era tenuto a motivare la richiesta, la cui pertinenza, comunque, emerge con evidenza dall'esame della relazione tecnica. In realtà, il TAR ha inammissibilmente sostituito la propria valutazione di merito a quella della stazione appaltante che, invece, deve ritenersi pertinente e congrua in relazione sia alla delicatezza del servizio, sia alla particolarità del processo che la tecnica comporta, sia, infine, alla richiesta di un fatturato addirittura inferiore al volume dell'appalto.

Innova si è costituita in giudizio, ha svolto controdeduzioni ed ha proposto appello incidentale in relazione alla statuizione della sentenza concernente la liquidazione delle spese di causa nella misura di soli € 2.000,00, a fronte dei minimi inderogabili della vigente tariffa professionale, nonché alla statuizione di reiezione del suo primo motivo di gravame, concernente la prescrizione della modalità del confezionamento in atmosfera protettiva.

Con memorie del 29 e 30 maggio 2012 le parti presenti hanno insistito nelle rispettive tesi e richieste, poi con memorie del 4 giugno seguente hanno rispettivamente svolto repliche.

## DIRITTO

Come esposto nella narrativa che precede, si controverte della gara, indetta dall'Azienda "Ospedali riuniti Umberto I – Lancisi – Salesi" di Ancona, per l'affidamento temporaneo della fornitura di pasti pronti in legume refrigerato confezionati con sistema ad atmosfera protettiva.

Come rilevato dal primo giudice e come risulta dagli atti di causa, la scelta di richiedere siffatto confezionamento è giustificata da una serie di considerazioni inerenti la qualità microbiologica, organolettica e nutrizionale, l'integrità igienico-sanitaria dei pasti, la possibilità di conservazione dei pasti stessi per un più lungo periodo e, di qui, la flessibilità nella gestione del servizio, con riflessi anche economici.

In altri termini, si tratta di una scelta di natura tecnico discrezionale, tipicamente insindacabile sotto il profilo del merito, che risulta immune da manifesti vizi di irrazionalità o travisamento dei fatti in quanto rispondente a criteri di logica, ragionevolezza, efficienza ed economicità.

Pertanto, vanno disattese le censure, riproposte – sia pure in via subordinata all'accoglimento dell'appello principale - dall'appellata Innova col secondo motivo del rispettivo appello incidentale, avverso la reiezione del proprio primo motivo incentrato appunto sull'assunta illegittimità della richiesta di tale tipo di confezionamento. In tal modo, infatti, Innova tende in ultima analisi a sostituire col proprio il giudizio dell'Amministrazione.

Le argomentazioni e conclusioni appena esposte sono pregiudiziali rispetto all'esame della questione, posta con l'appello principale, concernente la correttezza o meno dell'accoglimento in primo grado della censura concernente la fissazione del requisito di partecipazione contestato da Innova. Difatti dall'esito sopra raggiunto in ordine a detta scelta deriva consequenzialmente analogo esito in ordine alla legittimità del medesimo requisito, questa volta diversamente da quanto ritenuto in proposito dal TAR.

Invero, questo Consiglio di Stato ha costantemente affermato il principio della legittimità delle determinazioni con cui, nel fissare col bando requisiti di partecipazione ulteriori e più restrittivi di quelli di legge, nonché ed al fine di ottenere la dimostrazione della capacità economica, finanziaria e dei tecnica dei

partecipanti, le stazioni appaltanti stabiliscano di limitare l'ammissione ai soli concorrenti che abbiano svolto nei tre anni anteriori alla gara servizi identici a quelli da affidare, purché ciò non sia illogico o irragionevole o irrazionale rispetto all'oggetto dell'appalto (cfr., tra le tante, Cons. St., sez. V, 23 maggio 2010 n. 3100). Nel caso in trattazione, proprio all'evidente scopo di garantirsi la buona esecuzione della fornitura, l'Amministrazione ospedaliera non avrebbe potuto non prescrivere l'effettuazione di identica fornitura, vale a dire quella di pasti pronti in legume refrigerato confezionati con la prescelta tecnica dell'atmosfera protettiva e non con una qualsiasi altra più tradizionale e diffusa tecnica, pena altrimenti rinunciare ad avvalersi di fornitori muniti di adeguata esperienza per capacità produttiva, operativa ed organizzativa specifica, concretamente acquisita, così eludendo il predetto scopo.

Pertanto, in ciò nulla vi è di illogico, irragionevole o irrazionale, e neppure di sproporzionato, tenuto anche conto, per un verso, dell'importo triennale all'uopo richiesto, pari ad euro 2.000.000,00 a fronte dell'importo presunto dell'appalto per l'intero periodo previsto di 300 giorni, pari ad euro 2.472.515,67; e, per altro verso, pur nella consapevolezza della destinazione dei pasti in gran parte ad utenti in particolari situazioni di sensibilità e debolezza, dell'estensione della possibilità di includere nel fatturato non solo quello relativo ad aziende sanitarie sia pubbliche che private (art. 6.2.2 del disciplinare), ma pure a qualsiasi struttura pubblica o privata, quindi anche non sanitaria (provvedimento 7 ottobre 2011 n. 528 e rispettivo comunicato, punti 1 e 2).

Né vale evidentemente opporre che le suindicate esperienza e capacità possano essere ottenute dal concorrente con l'utilizzazione di altre tecniche, tale utilizzazione non essendo qualificata nei termini di cui innanzi, e neanche che il concorrente sia dotato di attrezzature e *know how* specifici, atteso che ciò non

comporta il prescritto, sufficiente grado di preparazione nella ripetuta tecnica del confezionamento in atmosfera protettiva.

In conclusione, l'appello principale dev'essere accolto in relazione alle doglianze di cui al terzo motivo, concernenti gli aspetti su esaminati, e con assorbimento di ogni altra censura non trattata.

Quanto alle spese giudiziali di entrambi i gradi, nella peculiarità delle questioni ad essa sottoposte la Sezione ravvisa ragioni affinché possa esserne disposta la compensazione tra tutte le parti.

Va da sé l'improcedibilità dell'appello incidentale – per questa parte autonomo – avverso il capo di sentenza relativo alla quantificazione delle spese liquidate in favore di Innova.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale, in parte respinge ed in parte dichiara improcedibile l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)