

N. 03663/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 08848/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8848 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Innova S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Francario, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via della Mercede, 11;

*contro*

ASL RM/H, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Rodolfo Mazzei, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via XX Settembre, 1;

Regione Lazio, in persona del Presidente p.t., n.c.;

*nei confronti di*

Vivenda S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Perrone, con domicilio eletto presso il Dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, 2;

Serenissima Ristorazione S.p.A., n.c.;

*e con l'intervento di*

ad adiuvandum:

Bioristoro Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Zampetti, con

domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, vicolo Scavolino, 61;

*per l'annullamento,*

quanto al ricorso introduttivo,

della procedura negoziata finalizzata all'acquisizione del servizio di ristorazione per l'ASL Roma H, di cui alla lettera di invito registro 01, prot. 084860 del 20.10.2011 e di ogni atto preparatorio, presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi la lettera d'invito, il capitolato tecnico ed i relativi allegati e la nota di Errata corrige del 26.10.2011 prot. N. 86668;

e per l'annullamento, altresì,

quanto ai motivi aggiunti notificati il 12.1.2012,

del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in questione in favore di Vivenda s.p.a., disposta con DDG n. 1050 del 13.12.2011 (e comunicata con nota del 14.12.2011) e di ogni altro atto preparatorio, presupposto, connesso e consequenziale, con particolare riferimento ai verbali della Commissione di gara nn. 1, 2 e 3/2011, alle note del 28.12.2011 prot. n. 103667, del 15.11.2011 prot. nn. 91819 e 91816, nonché agli atti già impugnati con il ricorso introduttivo;

nonché per l'accertamento

(richiesto con i medesimi motivi aggiunti)

dell'inefficacia del contratto di appalto, ove medio tempore stipulato, avente ad oggetto il suddetto servizio, e del diritto della ricorrente a subentrare all'attuale aggiudicataria nell'esecuzione del servizio stesso, ai sensi dell'art. 124, co. 2, del D.Lgs. n. 104/2010;

ed in via subordinata

per il risarcimento per equivalente del danno subito;

nonché per l'annullamento,

quanto ai motivi aggiunti notificati in data 18.1.2012,

della determinazione del 17.1.2012 prot. 4399 con la quale la ASL Roma H di Albano Laziale ha disposto l'esecuzione anticipata in via d'urgenza del

servizio di ristorazione aggiudicato a Vivenda s.p.a.;  
e di ogni atto preparatorio, presupposto, connesso e consequenziale, ivi  
comprese le note 17.1.2012 nn. 4391 e 4418 e gli atti già gravati con il  
ricorso introduttivo e con i precedenti motivi aggiunti;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl Rm/H e della S.p.A.  
Vivenda;

Visto l'atto di intervento, ad adiuvandum, di BioRistoro Italia srl,  
depositato il 9.11.2011;

Viste le memorie difensive delle parti;

Viste le ordinanze di rigetto delle istanze cautelari nn. 4137/2011 e  
271/2012;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per l'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2012 il dott.  
Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel  
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

I. Prospetta la ricorrente, Innova spa, nell'atto introduttivo del giudizio, di  
essere una società operativa da oltre 30 anni nell'ambito della ristorazione  
sanitaria e di gestire in regime di proroga il servizio di ristorazione per le  
esigenze dei presidi ospedalieri e delle strutture sanitarie ricadenti nella  
competenza della ASL Roma H di Albano Laziale.

Poiché la procedura regionale centralizzata finalizzata alla assegnazione, tra  
gli altri, di tale servizio è stata interessata da vicende giudiziarie che ne  
hanno interrotto il corso (sospensione del bando di gara con ordinanze del  
Tar Lazio nn. 2901 e 2902 del 2011 e rigetto del relativo appello), la ASL  
Roma H ha indetto, con lettera invito del 20.10.2011, ai sensi dell'art. 57,

comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, una gara per l'affidamento del servizio di ristorazione necessario alle esigenze dei propri presidi ospedalieri e centri sanitari, da svolgersi per la durata di sei mesi e per un importo complessivo presunto pari ad euro, IVA esclusa, di 1.774.067,50, "nelle more della decisione del Giudice Amministrativo e/o fino all'aggiudicazione di una eventuale nuova procedura concorsuale aperta centralizzata".

La gara in questione è stata svolta e portata a compimento, con la relativa aggiudicazione definitiva in data 13.12.2011 alla concorrente Vivenda spa (individuata quindi come assegnataria del servizio) e con la classificazione al 3° posto della graduatoria, risultante dai lavori dell'apposita Commissione, di Innova spa, preceduta anche da Serenissima spa.

Avverso gli atti della procedura negoziata di cui trattasi, con particolare riferimento alla lettera invito, al capitolato tecnico ed alla nota del 26.10.2011 (di errata corrige del termine di scadenza per la presentazione delle offerte), insorge con il ricorso introduttivo Innova spa che successivamente, con due atti di motivi aggiunti depositati il 18.1.2012, impugna anche l'aggiudicazione definitiva dell'appalto a Vivenda spa in data 13.12.2011 (ed altri atti procedurali tra cui i verbali della Commissione di gara), nonché la determinazione del 17.1.2012 di esecuzione anticipata, in via d'urgenza, dell'aggiudicato servizio di ristorazione.

II. La complessa impugnativa che ne occupa si articola in 9 motivi di censura dei quali i primi tre, già formulati nel ricorso introduttivo e riguardanti la fase e gli atti di indizione della gara, sono reiterati e dedotti, in via di illegittimità derivata, anche nei motivi aggiunti, che per il resto prospettano censure inerenti al successivo svolgimento e alla conclusione della procedura.

L'Amministrazione e la controinteressata aggiudicataria sono costituite in giudizio e si oppongono con diffuse argomentazioni, nei propri scritti

difensivi, alle doglianze ex adverso prospettate. Replica la ricorrente con memoria depositata il 14.3.2012 e con note di udienza, mentre è intervenuto ad adiuvandum, con atto depositato il 9.11.2011, BioRistoro Italia srl, aderendo alla richiesta di annullamento degli atti di indizione dell'anzidetta procedura negoziata senza pubblicazione di bando, in quanto ad essa non invitata.

III. Tanto premesso, ritiene la Sezione (che già si è pronunciata sulla medesima gara, su ricorso Bioristoro srl, con sentenza n. 223 dell'11.1.2012 nella quale è stata rilevata l'infondatezza di talune censure ora riproposte anche dall'attuale ricorrente) che i motivi d'impugnativa, peraltro già sommariamente valutati e disattesi nella fase cautelare, debbano essere respinti anche all'esito della cognizione propria della sede di merito, alla stregua delle considerazioni che seguono.

IV. Quanto, anzitutto, al primo mezzo (riguardante, in estrema sintesi, l'asserita incompetenza dell'intimata ASL ad indire una gara, quella di cui trattasi, per acquisizioni di beni e servizi per il SSR in relazione ai quali l'art. 1, comma 68, della L.R. Lazio n. 14/2008 ha previsto la delega, di fatto nella specie esercitata e non revocata, da parte delle Aziende sanitarie, alla Centrale Acquisti regionale), esso è infondato in punto di fatto, dato che: nella delega conferita alla Centrale suddetta, da parte della ASL RM H, in data 2.12.2009, era prevista (art. 5) la possibilità per l'ente delegato di derogare all'incarico conferitogli; il Decreto del Commissario ad acta n. U00042/2010, avente ad oggetto "Gare centralizzate per l'approvvigionamento di beni e servizi", prevedeva poi la possibilità degli enti deleganti di richiedere una preventiva autorizzazione all'amministrazione regionale al fine di indire gare autonome per acquisto di beni o di servizi; tale autorizzazione, con riferimento alla gara in contestazione, è stata effettivamente richiesta dalla ASL RM H (con nota in data 9.8.2011) ed accordata dalla Regione Lazio (con nota, in atti, del

5.9.2011 e con nota confermativa del 4.11.2011). Sulla base di tali atti (incontestati), appare dunque evidente che non vi è stato nel caso di cui trattasi alcuno stravolgimento di competenze, dovendosi sicuramente ritenere che la ASL RM H abbia provveduto, con piena legittimazione, ad indire una gara (per il soddisfacimento di esigenze urgenti e temporanee e per la durata di soli sei mesi) che per le sue caratteristiche non si sovrappone affatto alla gara centralizzata ma è volta anzi a colmare vuoti “contrattuali” proprio nelle more dell’espletamento di tale gara e della soluzione delle vicende ad essa relative.

V. Con il secondo e il terzo motivo, che si esaminano congiuntamente, la ricorrente assume, da un lato, l’insussistenza dei presupposti richiesti dall’art. 57 del codice degli appalti per l’espletamento di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (non potendosi, in particolare, ad avviso dell’impresa istante, tali presupposti individuare nell’esigenza, prospettata dalla stazione appaltante, di acquisire un risparmio di spesa rispetto al prezzo attualmente praticato dal gestore uscente) e, dall’altro, che il criterio di aggiudicazione prescelto, del prezzo più basso, è inidoneo a governare l’aggiudicazione di una gara dove assumerebbe rilevanza il livello qualitativo e quantitativo del servizio ed inoltre appare incompatibile ed in contrasto con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa correttamente assunto a base della gara centralizzata caratterizzata peraltro dalle medesime specifiche tecniche.

Le censure all’esame sono destituite di fondamento, dovendosi anzitutto rimarcare che, come già rilevato nella sopra citata sentenza di questa Sezione n. 223/2012, dalla stessa “impugnata lettera di invito del 20 ottobre 2011 dell’ASL RMH si evincono le ragioni, a supporto della decisione di bandire una gara negoziata senza pubblicazione del bando ex art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che sono da ricondurre alla necessità di non lasciare scoperto un servizio di indubbia

importanza nelle more sia della definizione giudiziaria dei ricorsi proposti contro la precedente procedura centralizzata bandita dalla Regione Lazio, sia della conclusione della nuova procedura aperta bandita dalla stessa Regione”.

La gara di cui trattasi è stata quindi indetta conformemente all'art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, secondo cui il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è possibile nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara e nel presupposto imprescindibile che tali circostanze invocate a giustificazione dell'estrema urgenza non siano imputabili alle stazioni appaltanti. Ed in effetti i limiti dello “stretto necessario” entro i quali è stata indetta la gara in questione risultano sia dalla natura del servizio del quale, trattandosi di ristorazione per esigenze di strutture sanitarie, la ASL sicuramente non può fare a meno, sia dalla durata prevista, che è stata limitata a sei mesi -salva possibilità di ripetizione di servizi analoghi per identico periodo ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b) del D.Lgs. 163/06- nelle more della definizione della vicenda giudiziaria che ha interessato l'originaria gara centralizzata o comunque della conclusione di altra eventuale analoga gara (poi effettivamente bandita previa revoca di quella precedente). L'estrema urgenza è data poi dalla imminente scadenza (17.12.2011) del precedente contratto (già in proroga) in essere con l'appaltatore uscente (Innova spa) per il medesimo servizio e dai tempi presumibilmente occorrenti per la definizione del giudizio o per il rinnovo della gara che non avrebbero consentito l'individuazione dell'affidatario del servizio prima della scadenza suddetta del pregresso rapporto contrattuale (come poi a posteriori si è di fatto potuto verificare dal momento che, come anche rilevato nella ripetuta

sentenza n. 223/2012, il termine ultimo per presentare le offerte per la procedura centralizzata rinnovata è stato fissato nell'8 febbraio 2012, con conseguente impossibilità di prevedere "tempi brevissimi per la definizione della procedura").

VI. Peraltro, occorre aggiungere che il precedente contratto con Innova spa non poteva essere ulteriormente prorogato oltre il periodo semestrale massimo previsto dal contratto stesso, stante anche il valore cogente e inderogabile dell'art. 23 della legge n. 62 del 18.4.2005, disposizione che, in attuazione di normativa comunitaria, ha stabilito il principio dell'assoluta eccezionalità della proroga dei contratti delle pubbliche amministrazioni, ammessa da tale disposizione solo per il limitato periodo necessario alla stipula di nuovi contratti ed a condizione che la proroga stessa non superi i sei mesi. D'altra parte è stato anche recentemente affermato da questo Tribunale (cfr. sez. III, 30 gennaio 2012 n. 1043) che in materia di proroga dei contratti pubblici, il legislatore nazionale, con l'art. 23, 2° co., L. n. 62/2005, ha adeguato l'ordinamento interno al fondamentale principio di concorrenza fissato dall'ordinamento comunitario di cui è espressione diretta l'evidenza pubblica. Ne consegue che la prorogabilità per soli sei mesi del contratto scaduto costituisce prescrizione cogente, posta da norma imperativa che, in quanto espressione dell'anzidetto principio comunitario, vincola l'Amministrazione alla sua osservanza. In conseguenza, è stato considerato nullo, ex art. 1418 c.c., in detta sentenza, l'accordo tra l'Amministrazione e una ditta appaltatrice avente ad oggetto la proroga di 12 mesi del contratto scaduto anche in presenza di una espressa clausola del contratto originario in tal senso.

VII. Stante quanto sopra, ed essendo quindi sufficienti le ragioni esaminate a giustificare l'indizione della contestata gara senza previa pubblicazione di bando, deve rilevarsi che il riferimento altresì operato dall'Amministrazione, nella lettera di invito, alla necessità di un risparmio rispetto ai corrispettivi

(“disallineati in eccesso rispetto agli attuali prezzi di mercato di circa il 20%”) allo stato sostenuti per il servizio prorogato, appare enunciazione resa “ad abundantiam” (quindi influente nell’economia complessiva del riferimento dell’Amministrazione all’urgenza di provvedere) e comunque nemmeno patentemente peregrina, alla luce delle osservazioni e dei chiarimenti difensivi in proposito resi dall’Azienda intimata (cfr. pagg. 11, 12 e 13 della memoria difensiva depositata il 7.11.2011).

VIII. Quanto poi all’imputabilità (o meno) -alla ASL RMH - delle ragioni che hanno determinato la necessità di procedere - ad avviso dell’Azienda sanitaria con un’urgenza tale da non rendere possibile la procedura negoziata con la pubblicazione del bando – alla procedura ex art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, si è già condivisibilmente riconosciuto, nella più volte richiamata sentenza n. 223/2012, che tale imputabilità è insussistente “atteso che l’Azienda sanitaria sin dal dicembre 2009 aveva conferito delega alla regione per la copertura del servizio, ritenendo che i 18 mesi che separavano dalla scadenza dell’appalto in capo al precedente gestore fossero sufficienti per individuare il nuovo appaltatore”.

E d’altra parte il collegamento, prospettato dalla ricorrente, della situazione determinante l’urgenza all’operato della ASL (atteso che “il bando è stato fatto male, con fattivo contributo preparatorio della stessa ASL RM H e per questo motivo è stato sospeso dal giudice amministrativo”) appare il portato di un assunto generico e meramente assertivo, apparendo per contro ben altrimenti plausibile e condivisibile l’osservazione difensiva dell’amministrazione secondo cui la predetta sospensione cautelare degli atti della gara centralizzata non può addossarsi alla responsabilità della AUSL RM H la quale, in forza della delega conferita, “era chiamata solo ad avvalersi dei risultati” della procedura di gara centralizzata, che era stata peraltro indetta dalla Regione Lazio.

Anche tale profilo di doglianza è quindi non condivisibile.

IX. Poiché dunque la gara senza bando nella specie indetta dalla ASL RM H (ed alla quale comunque anche la società ricorrente ha avuto modo di partecipare) è pienamente rispondente, per le ragioni suddette, alla fattispecie normativa contemplata dall'art. 57, comma 2, lettera c), del D.Lgs. n. 163/2006, reputa il Collegio che non vi sia alcuna ragione di investire (come richiesto dalla ricorrente nelle note d'udienza da ultimo prodotte) la Corte di Giustizia CE della questione interpretativa della conformità di tale articolo (per come nella specie applicato a seguito di sospensione giurisdizionale di precedente procedura concorsuale indetta secondo il modulo della licitazione privata) alle norme di diritto comunitario di tutela della libera concorrenza e della par condicio competitorum. Ed invero la predetta disposizione di cui all'art. 57 del codice dei contratti nel caso in esame è stata interpretata ed applicata niente affatto "estensivamente" (come sostenuto dalla ricorrente), ma secondo i normali canoni ermeneutici dell'interpretazione letterale e logica delle leggi, con esiti non dissimili, del resto, da quelli che sarebbero derivati nella specie dall'applicazione diretta, alla vicenda di cui trattasi, dell'art. 31, comma 1, n. 1, lett. c), della Direttiva CE n. 18/2004 (che disciplina in ambito comunitario la fattispecie dell'urgenza giustificativa delle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara), sicchè non traspare alcuna incompatibilità, con particolare riferimento al caso in esame, tra norma nazionale e principi e norme comunitari.

X. In ordine poi all'ulteriore profilo di doglianza con il quale l'istante censura il criterio di aggiudicazione prescelto dall'Amministrazione (prezzo più basso ex art. 82 del D.Lgs. n. 163/2006) -assumendo che in una gara ove assumono rilievo il livello qualitativo e quantitativo del servizio sarebbe stato necessario procedere con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come del resto si era scelto di fare, per la medesima

prestazione, nella gara centralizzata- si tratta anche in questo caso di censura priva di fondamento.

Al riguardo, occorre premettere che la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto, tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso, costituisce espressione tipica della discrezionalità amministrativa ed impingendo nel merito dell'azione amministrativa, è sottratta al sindacato del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura ed all'oggetto del contratto, non sia manifestamente illogica o arbitraria o macroscopicamente viziata da travisamento di fatti (cfr., tra le tante, CdS, V, 3.12.2010, n. 8408 e Tar Liguria, II, 3.2.2010, n. 233). In effetti, l'art. 81 del codice dei contratti pubblici e la stessa normativa comunitaria (art. 53 Direttiva n. 2004/18/CE), sanciscono una sostanziale equipollenza fra i criteri di valutazione delle offerte, con l'unico limite, imposto dal 2° comma del predetto art. 81, di una scelta che risulti la più adeguata possibile con riferimento "alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto". Al riguardo, d'altra parte, è evidente che il primo di tali criteri – quello del prezzo più basso – è connotato da semplicità e rapidità nella selezione dell'offerta migliore, con preferenza dei principi di immediatezza e di trasparenza delle operazioni di gara, mentre il secondo - offerta economicamente più vantaggiosa – è caratterizzato da maggiore attenzione all'aspetto qualitativo dell'offerta, ma con conseguente maggiore complessità dello svolgimento delle operazioni di gara e minore definizione delle caratteristiche delle offerte in sede di *lex specialis*.

In pratica, la scelta del criterio del prezzo più basso (già di per sé non implausibile in ragione dell'esigenza ormai pressante di riduzione della spesa pubblica), risulta adeguata quando la stazione appaltante richieda un target qualitativo prestabilito che assicuri la rispondenza della prestazione dedotta in appalto agli interessi pubblici sottesi alla fornitura dei beni

richiesti.

Nella specie la scelta effettuata per la gara di cui trattasi appare non illogica, in considerazione, anzitutto, dell'oggetto specifico del contratto (che è stato dettagliatamente descritto nel Capitolato tecnico e nei relativi allegati) e poi in relazione al breve lasso temporale durante il quale il servizio in questione verrà espletato ed all'urgenza, altresì, di individuare il contraente privato a cui affidare l'appalto alla scadenza del contratto in essere (non conciliandosi, evidentemente, tale urgenza con la maggiore laboriosità e complessità di valutazione delle offerte tecniche ex art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 rispetto al semplice riscontro dei prezzi offerti). Ai fini pretesi non appare condivisibile quindi, in ragione dell'analitica definizione da parte della stazione appaltante delle caratteristiche tecnico-qualitative del servizio richiesto (e delle sue componenti), il riferimento della ricorrente al "livello qualitativo e quantitativo" del servizio stesso (dato che tale livello, con maggiore predeterminazione rispetto alla gara centralizzata, nella quale era stato richiesto al concorrente un vero e proprio progetto, risulta prestabilito nel capitolato, in modo tale quindi da non lasciare all'appaltatore alcuna residua discrezionalità in ordine alle caratteristiche e alle modalità della prestazione da rendere in sede di esecuzione del contratto). Nè osta a quanto sopra il riferimento, contenuto nell'art. 16 del Capitolato in questione, alla "valutazione in sede di attribuzione del punteggio tecnico", trattandosi all'evidenza di un refuso occorso in sede di trascrizione del testo del Capitolato stesso.

Quanto poi alla determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 7/2011 (nella parte in cui si esprime l'indicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per gli appalti relativi ai servizi socio-sanitari ed educativi e più in generale ai servizi sociali, poiché "in tali settori occorre garantire la piena progettualità degli operatori economici e del terzo settore, tenendo conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni

offerte e della qualificazione del personale”), a parte il fatto che nella specie gli atti di indizione della gara qualificano quello richiesto come “servizio di ristorazione” (cfr. lettera di invito), si deve comunque rilevare che l’indirizzo espresso dall’AVCP è meramente indicativo, non potendosi escludere che in una gara (anche per i servizi individuati dall’Autorità stessa) con le caratteristiche della procedura di cui trattasi, di urgenza e predefinitone della prestazione, possa risultare adeguato, così com’è nella specie, il metodo di aggiudicazione del prezzo più basso. Nella concreta fattispecie, inoltre, tali caratteristiche, in quanto differenti da quelle della gara centralizzata, escludono che il criterio prescelto dalla AUSL RM H possa essere in contrasto con quello diverso assunto nella gara centralizzata stessa.

XI. Da ultimo, con riferimento alle sopra esaminate censure di cui al secondo e terzo mezzo (scelta della procedura negoziata senza bando di gara e del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso), rileva il Collegio che le stesse se non fossero (come invece sono) prive di fondamento nel merito, sarebbero in limine inammissibili, dato che non risulta impugnata (nemmeno con motivi aggiunti) la deliberazione (in atti) del Direttore Generale della ASL RM H n. 915 del 19.10.2011 di approvazione dell’indizione della gara, con i relativi documenti (capitolato tecnico, lettera invito, schema di contratto, elenco delle ditte da invitare, ecc), specificazione delle motivazioni della scelta della procedura negoziata senza bando ed indicazione altresì del “criterio del prezzo più basso ex art. 82 del D.Lgs 163/06”.

Al riguardo, non ignora il Collegio il risalente orientamento, diffuso in dottrina ed affermato talora anche in giurisprudenza (cfr. Tar Liguria, II, n. n. 689 del 30.11.1999), secondo il quale, nelle procedure di affidamento dei pubblici appalti, la determina a contrarre è atto interno all’Amministrazione ed inidoneo pertanto a produrre effetti verso i terzi. Ritiene tuttavia che

tale orientamento, come sopra genericamente affermato, possa semmai riguardare le procedure in cui la funzione di esternazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione è assolta dal bando di gara, e non si attagli invece alle ipotesi, come quella verificatasi nel caso in esame, in cui manchi detto elemento (al quale certamente per ovvi motivi di assenza dei requisiti di adeguata pubblicazione non può essere assimilata, per i fini di cui si tratta, la lettera di invito) e si sia quindi in presenza, secondo l'attuale normativa, di una "procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara" ex art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006. D'altra parte, in detta disposizione è previsto espressamente, al primo comma, che la scelta di tale procedura è effettuata dalla stazione appaltante "nella delibera o determina a contrarre" ove se ne deve dare "conto con adeguata motivazione". Il riferimento alla necessità di una motivazione per la determina a contrarre dimostra che si tratta di atto iniziale della procedura, rilevante per i terzi. Ne consegue nella specie che l'impresa interessata avrebbe dovuto contestare ritualmente la deliberazione sopra citata del 19.10.2011 essendo gli atti successivi e la stessa lettera di invito meramente applicativi di tale stessa deliberazione, per gli elementi in essa predefiniti.

XII. Con la quarta censura (formulata, come le successive, nei motivi aggiunti), l'impresa istante assume che l'aggiudicazione sarebbe illegittima in quanto la stazione appaltante non avrebbe adottato misure idonee (quali ad esempio la chiusura in cassaforte o sotto chiave) per la custodia, l'integrità e l'inaccessibilità dei plichi contenenti la documentazione di gara trasmessa dai concorrenti e le offerte presentate, essendo insufficiente il mero deposito, peraltro disposto solo in esito alla prima seduta e non nelle successive fasi e sedute di gara, nella stanza del Responsabile del procedimento.

La censura è destituita di fondamento, dato che: nella prima seduta, in data

14.11.2011, la Commissione (verbale n. 1) ha verificato l'integrità dei plichi, alla presenza e con la collaborazione dei rappresentanti delle ditte; indi ha aperto i plichi limitando le operazioni all'esame della documentazione amministrativa; prima di sciogliere la seduta ha risigillato poi i plichi e ne ha disposto la custodia nella stanza del Responsabile del procedimento (ed evidentemente -è da ritenersi- sotto la responsabilità dello stesso); nella seconda seduta, in data 21.11.2011, la Commissione si è riunita solo per sciogliere riserve sull'ammissione di alcune ditte e per il sorteggio della ditta ai fini della verifica dei requisiti dichiarati ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, e quindi senza che emerga lo spostamento, nell'occasione, delle offerte dal luogo ove erano custodite; nella terza seduta (pubblica) della Commissione, infine, in data 2.12.2011, i rappresentanti delle ditte concorrenti, tra i quali quelli di Innova spa, hanno verificato l'integrità dei plichi contenenti le offerte economiche (al riguardo nulla eccependo), dopo di che la Commissione stessa ha proseguito le operazioni ed aggiudicato la gara a Vivenda spa. Sostanzialmente, appare evidente al Collegio (dal contesto degli atti e degli avvenimenti ed operazioni in essi attestati) che -essendo stato individuato un luogo e un responsabile per la custodia dei plichi (da ritenersi idonei in assenza di prove contrarie o di indizi plausibili e concreti di inadeguata conservazione) e risultando anzi, dai lavori della Commissione e dai riscontri degli stessi concorrenti, indicazioni di segno opposto (relative, vale a dire, alla integrità e buona conservazione, per tutta la durata della gara, dei plichi e della documentazione con le offerte)- non vi siano plausibili e sufficienti ragioni per assecondare la censura dedotta. D'altra parte, la giurisprudenza amministrativa riconosce che persino la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità dell'attività posta in essere dalla commissione di gara per garantire la custodia di plichi,

in assenza di ulteriori elementi idonei a far ipotizzare che si siano verificate in concreto manomissioni o alterazione dei documenti (CdS, V, 5.10.2011, n. 5456). Nella specie non è stato fornito almeno un inizio di prova circa eventuali alterazioni o manomissioni documentali, per cui la censura proposta deve essere conclusivamente disattesa.

XIII. La quinta censura riguarda l'asserita violazione, da parte della stazione appaltante, dell'art. 81, comma 3 bis, del codice degli appalti (disposizione vigente all'epoca dell'indizione della gara e di chiusura delle relative operazioni in data 2.12.2011 e solo successivamente abrogata con l'art. 44, comma 2, del DL n. 201 del 6.12.2011, convertito in legge n. 214/2011), in quanto la Commissione di gara avrebbe proceduto a comparare le offerte senza procedere alla previa "nettizzazione" dei ribassi formulati rispetto al costo del lavoro.

Disponeva, in effetti, quanto segue, il comma 3 bis sopra citato: "L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

Pertanto, l'Amministrazione, nelle proprie difese, dimostra, con calcoli incontestati, che anche comparando le offerte "nettizzate" nei termini indicati dalla ricorrente, comunque Vivenda spa sarebbe risultata ugualmente aggiudicataria della procedura negoziata (e Serenissima seconda classificata), per cui la ricorrente Innova spa risulta di fatto priva di interesse attuale e concreto a coltivare detta censura.

Inoltre, si deve precisare che le criticità interpretative che hanno caratterizzato l'invocata disposizione (e che ne hanno determinato l'abrogazione dopo solo pochi mesi dalla sua introduzione con l'art. 4 del

DL n. 44/2011 convertito in L n. 106/2011) hanno indotto una diffusa interpretazione, fatta anche propria in alcuni documenti dell'AVCP (cfr., in atti, "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro"), della disposizione stessa per cui essa sarebbe semplicemente da intendere come atto a sancire l'obbligo della stazione appaltante di effettuare la verifica della congruità del costo del lavoro sul piano della produttività presentata dal concorrente e sul piano, altresì, del livello e del numero del personale necessario per garantire la produttività stessa e dei corrispondenti minimi salariali previsti nella giustificazione.

In proposito, d'altra parte, la stessa lettera di invito relativa alla gara di cui trattasi appare aver fatto propria questa interpretazione, nel punto (non contestato) in cui, a pag 12, dopo aver richiesto alle ditte di indicare, in sede di offerta, i costi del personale con la specifica del livello di inquadramento delle risorse da impiegare, il relativo impegno sull'appalto espresso in ore e il contratto collettivo applicato, non ha imposto alla Commissione di operare alcuna "nettizzazione" delle offerte rispetto a tali costi, ma semplicemente ha prescritto che la Commissione stessa avrebbe dovuto procedere "a esaminare il documento contenente il dettaglio dei costi di personale e sicurezza, valutando la congruità dell'offerta sulla base della verifica di compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate da concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali e con le disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

La censura suddetta riferita all'operato della Commissione è dunque per i profili esposti comunque inammissibile.

XIV. In ordine, poi, alla asserita mancata precisazione (sesto motivo), da parte di Vivenda spa, del dato, richiesto dalla lettera di invito, riguardante "...il sovracosto (E/pasto) per il servizio di consegna a letto" (essendosi limitata l'aggiudicataria, si deduce, ad indicare genericamente il costo unitario di euro 1,95 senza precisare a cosa esso facesse riferimento, se al

singolo pasto, o al giorno, o al singolo paziente o ad altro ancora), si tratta di questione che la Commissione si è espressamente posta e ha correttamente risolto, sul piano logico prima che giuridico, nel senso che il dato espresso dall'aggiudicataria, in quanto reso in relazione a specifica precisa richiesta della lettera di invito, non potesse che riferirsi a quanto richiesto appunto dalla Stazione appaltante (ovvero sovracosto per consegna a letto del singolo pasto). Altra corretta interpretazione non era effettivamente possibile. Il che comporta che la censura è da respingere (potendosi dunque anche prescindere dal rilievo- cfr. al riguardo deliberazione AUSL RMH n. 1050/13.12.2011- che si trattava comunque di prezzo non costituente componente dell'offerta economica da valutare comparativamente ai fini della aggiudicazione).

XV. Il settimo motivo si riferisce all'offerta della società Serenissima (seconda classificata), che ad avviso della ricorrente si sarebbe dovuta escludere perché il "centro di cottura per legume refrigerato" indicato come disponibile (secondo quanto richiesto dalla lex specialis) non solo sarebbe invece di proprietà del Comune di Lanuvio ma risulterebbe altresì già destinato ed impiegato in via esclusiva ad altro appalto di ristorazione. Al riguardo, peraltro, assume condivisibilmente l'Amministrazione in sede difensiva, che il centro di cottura in questione, in quanto indicato anche nelle certificazioni di qualità possedute da Serenissima spa, pacificamente era da ritenersi nella sua disponibilità e quindi utilizzabile per l'appalto in questione. In quest'ultimo d'altro canto era sufficiente, in relazione alla disponibilità (che non significa comunque "proprietà") di un centro di cottura, anche l'impegno ad avere la disponibilità stessa al momento del contratto (cfr. pag. 6 lettera di invito). La censura esposta è dunque inconferente e priva di fondamento (oltre che inammissibile per difetto di interesse riguardando la posizione della seconda classificata in difetto di accoglimento delle contestazioni mosse avverso la posizione

dell'aggiudicataria).

XVI. Considerazioni analoghe a quelle (in punto di inammissibilità) sopra da ultimo espresse, riguardano anche l'ottavo motivo, anch'esso inerente infatti all'offerta di Serenissima, e con il quale l'istante sostiene l'inammissibilità dell'offerta stessa per difetto del requisito "di aver stipulato o di avere in corso negli ultimi tre anni almeno un contratto di ristorazione in legame refrigerato...".

La censura appare comunque anch'essa non condivisibile nel merito, dovendosi ritenere non erroneo o illegittimo il ragionamento al riguardo effettuato dalla stazione appaltante, secondo il principio del favor participationis, e le conclusioni raggiunte in ordine al requisito di cui trattasi per cui, sebbene Serenissima non aveva ancora completato un triennio intero di esecuzione di un contratto relativo al refrigerato, tuttavia il contratto al riguardo posseduto dal 1°.4.2009 e con scadenza 31.3.2012 era comunque sufficiente alla stregua di quanto richiesto dalla lettera di invito (trattandosi in effetti di contratto stipulato ed in corso nel triennio indicato dalla lex specialis di gara).

XVII. Infine è priva di fondamento anche la nona ed ultima censura (mossa in via autonoma, negli "ulteriori motivi aggiunti", avverso l'esecuzione del contratto in via d'urgenza, disposta con atto della ASL intimata del 17.1.2012).

Invero, a parte la considerazione che l'esercizio espletato da un'impresa di un servizio o di un appalto in regime di proroga non sembra prima facie sufficiente a fondare l'interesse dell'impresa stessa all'impugnativa dell'affidamento in via d'urgenza al legittimo nuovo aggiudicatario del medesimo servizio, sta di fatto che l'art. 11, comma 9, del codice degli appalti (disposizione di cui nella specie la P.A. ha fatto applicazione) stabilisce che "L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il

periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari". L'esecuzione in via d'urgenza era quindi sicuramente consentita nella specie (in quanto afferente a servizio affidato con procedura senza bando di gara). Né in contrario poteva rilevare la notifica d'impugnativa (con istanza cautelare peraltro poi respinta alla C.C. del 24.1.2012) avverso l'aggiudicazione definitiva. Inoltre la determinazione in questione (certamente non affetta da illegittimità derivata da quella, che è stata esclusa, degli atti a monte) appare anche autonomamente e congruamente motivata in riferimento all'intervenuta scadenza (17.12.2011) del contratto prorogato (non rilevando l'ulteriore esecuzione dello stesso in via di mero fatto, prima dell'autorizzazione del responsabile del procedimento all'esecuzione anticipata della prestazione da parte del nuovo aggiudicatario, che non poteva intervenire prima che l'aggiudicazione fosse divenuta efficace). I motivi di urgenza sono quindi innegabili, così come appare effettivamente non infondato (alla luce delle spiegazioni difensive analiticamente rese dalla P.A. con memoria depositata il 23.1.2012) il riferimento al risparmio di spesa derivante dal provvedimento in questione rispetto a quella che la P.A. sarebbe stata costretta a sopportare "laddove" avesse proseguito "a far eseguire il servizio all'attuale appaltatore".

XVIII. Il ricorso e i motivi aggiunti di cui in epigrafe vanno conclusivamente respinti (anche evidentemente per ciò che attiene alla generica domanda risarcitoria), alla stregua delle sopra esposte considerazioni. Quanto all'atto di intervento ad adiuvandum, lo stesso, anche ad ipotizzarne la conversione in ricorso autonomo, sarebbe

comunque inammissibile per genericità, per mancata notifica all'aggiudicataria e per duplicazione di azione già decisa con sentenza n. 223/2012.

Le spese e gli onorari, avuto riguardo alla complessità delle questioni trattate, possono essere tuttavia compensate tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge, mentre, nei limiti di quanto specificato in motivazione, dichiara inammissibile l'atto di intervento.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/04/2012

IL SEGRETARIO

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