



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 1941 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Azienda Ospedaliero-Universitaria San Giovanni Battista, rappresentata e difesa
dagli avv. Silvia Di Palo, Paolo Scaparone, Gabriele Pafundi, con domicilio eletto
presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare N.14;

contro

Società cooperativa Cir Food S. C., rappresentata e difesa dagli avv. Arturo
Cancrini, Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in
Roma, via G. Mercalli, 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 00345/2012 e
del dispositivo di sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n.
00297/2012, entrambi resi tra le parti, concernenti Revoca affidamento servizio
ristorazione e nutrizione collettiva per degenti, dipendenti e altri utenti

dell'Azienda Ospedaliera Universitaria San Giovanni battista di Torino, Indizione nuova gara ed altri provvedimenti- risarcimento danni.

Visti l'atto di appello principale, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di società CIR FOOD;

Visto l'appello incidentale proposto da CIR FOOD

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2012 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Scaparone e Dalli Cardillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione 31 agosto 2009 n. 903 del Direttore del Provveditorato l'Azienda Ospedaliero- Universitaria San Giovanni Battista di Torino approvava il bando per l'affidamento, con procedura aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della" gestione globale del servizio di ristorazione e nutrizione collettiva per degenti, dipendenti ed altri utenti dell'Azienda Ospedaliera suddetta, per un periodo di anni 4 e per un importo presunto di euro 36.885.800,00, salvo rinnovo eventuale per lo stesso importo per ulteriori 4 anni" .

In seguito , con determinazione 10 dicembre 2009 n. 1294 il Direttore generale modificava l'art 25 del Capitolato Speciale, eliminando dal fac-simile della offerta economica, allegato U, sia i prezzi singoli posti a base d'asta sia la corrispondente colonna dei prezzi ribassati, mantenendo, comunque, invariato l'importo presunto globale e prorogando il termine per la presentazione delle domande di partecipazione.

Alla gara partecipavano più imprese, tra cui anche CIR FOOD soc. coop. che, prima classificata con un'offerta complessiva di euro 40.953.798,43 , e quindi di euro 10.238.449,61 per anno e di euro 7,50 per pasto, veniva dichiarata aggiudicataria in via provvisoria con verbale della commissione di gara del 4 febbraio 2011.

Peraltro, alla aggiudicazione provvisoria non faceva seguito quella definitiva, poiché il neo insediato commissario dell'Azienda Ospedaliera (nonostante la diffida a stipulare notificata dalla Cir Food) , dapprima con nota 18 aprile 2011 comunicava all'impresa l'avvio del procedimento di revoca della intera procedura di gara, di poi con deliberazione 22 aprile 2011 n. 126, viste le controdeduzioni della CIR, disponeva (ai sensi dell'art.21 quinquies legge n .241/1990) la revoca dell'intera procedura .

A fondamento della revoca venivano posti sopravvenuti motivi di pubblico interesse , derivanti da una “forte riduzione dei trasferimenti finanziari”, nonché una nuova valutazione delle esigenze conseguenti al nuovo assetto organizzativo della Aziende Ospedaliere Universitarie nell'ambito del riordino del Sistema Sanitario Regionale (approvato con D. G. R. Piemonte 29 dicembre2010 n. 51); contestualmente, poi, la stazione appaltante, disposta la restituzione della cauzione provvisoria, si riservava di adottare i provvedimenti più opportuni per assicurare la continuità del servizio.

Per la continuità del servizio il citato commissario in pari data bandiva, con delibera n. 127/2011, una nuova gara con procedura negoziata per l'affidamento per dodici mesi del servizio ristorazione, peraltro con oggetto più contenuto e disciplinato da un diverso capitolato ; poiché la gara andava deserta, con successiva delibera del 20 maggio 2011 n. 187 veniva indetta una nuova gara per un importo annuale a base d'asta di euro 9.108.740,50, sempre per dodici mesi e con decorrenza dal 31 maggio 2011; a quest'ultima procedura partecipavano due

imprese e, conclusa la gara nelle more del giudizio, il servizio veniva aggiudicato con delibera commissariale 23 aprile 2012 n. 155 (impugnata da CIR con autonomo ricorso al TAR Piemonte) alla soc. Euroristorazione, che presentava la migliore offerta per un importo di euro 8.968.852,05 e con un costo unitario per pasto di euro 6,52 (peraltro l'Azienda ha sottoposto l'affidamento effettivo del servizio a condizione risolutiva espressa in caso di esito negativo dell'appello proposto avverso la sentenza TAR n. 345/2012).

1.1. Con ricorso R. G. n. 546/2011 (atto introduttivo e tre atti di motivi aggiunti), proposto innanzi al TAR Piemonte, la CIR Food chiedeva l'annullamento, previa sospensiva, della delibera del commissario Azienda Ospedaliera n. 126/2011, che ha revocato l'aggiudicazione provvisoria e dell'intera procedura di gara, nonché delle delibere commissariali 22 aprile 2011, n. 127, e 20 maggio 2011, n. 187, ciascuna delle quali ha indetto una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, unitamente agli atti connessi (capitolati e lettere di invito), nonché della delibera commissariale 8 aprile 2011, n. 99, che ha dettato prescrizioni sui limiti di spesa per l'acquisizione di beni e servizi e della presupposta nota Regione Piemonte, Settore Sanità, 11 febbraio 2011, n. 4267; ed ancora della delibera commissariale 1 settembre 2011 n. 321, di collaudo di opere, impianti e attrezzature e del certificato dell'Azienda Ospedaliera 5 settembre 2011 relativo alle quote di investimento della Gemeaz capitalizzati nel periodo marzo –maggio 2011.

Infine la Cir chiedeva il risarcimento del danno per costi di partecipazione, lucro cessante e danno curriculare, oltre interessi e rivalutazione; in caso di ritenuta legittimità della revoca, veniva chiesto il ristoro delle spese per la preparazione dell'offerta e del danno all'immagine.

Con successivo ricorso R. G. n. 654/2011 (atto introduttivo e motivi aggiunti) la Cir ha impugnato per illegittimità derivata e per vizi autonomi la delibera commissariale n. 187/2011 di indizione di una nuova procedura negoziale per

l'affidamento del servizio per mesi dodici, nonché gli altri provvedimenti sopra indicati, già impugnati nel primo ricorso, formulando altresì analoghe richieste di risarcimento del danno.

1.2. Dopo aver acquisito documenti dall'Azienda Ospedaliera ed aver disposto una verifica al fine di accertare la fondatezza delle ragioni di risparmio addotte a fondamento della delibera di revoca del 22 aprile 2011, il TAR Piemonte, previa sospensione dei provvedimenti impugnati, riuniti i ricorsi, pubblicando prima il dispositivo n. 297/2012 e poi la sentenza completa n. 345/2012, li ha accolti e per l'effetto ha annullato la delibera di revoca (dell'aggiudicazione provvisoria a CIR) della gara, nonché la successiva delibera di indizione di una nuova gara 22 maggio 2011 n. 187 con gli atti connessi, mentre ha respinto la domanda di risarcimento del danno per equivalente, risultando integre le pretese della CIR all'aggiudicazione; spese di lite, liquidate in euro 20.000,00, oltre accessori di legge e contributo unificato, a carico della stazione appaltante, unitamente alle spese per la verifica liquidate con separato provvedimento.

1.2. Con atto di appello ritualmente notificato l'Azienda Ospedaliera Universitaria ha impugnato il dispositivo di sentenza, chiedendone la sospensione, poi con motivi aggiunti ha impugnato la successiva sentenza completa di motivazione, chiedendone la riforma integrale.

Si è costituita la CIR FOOD soc. coop., che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità ed improcedibilità dell'appello senza accettazione del contraddittorio derivante dalla costituzione in giudizio; nel merito ha chiesto il rigetto integrale dell'appello anche alla luce dei motivi di censura assorbiti in primo grado e riproposti con memoria ex art. 101 c. p. a.; con i suddetti motivi riproposti CIR ha chiesto anche l'accoglimento della domanda risarcitoria già formulata in primo grado.

Con appello incidentale, depositato il 13 aprile 2012, CIR ha chiesto anche la riforma della sentenza TAR nella parte in cui non ha riconosciuto a suo favore la qualità di aggiudicataria definitiva .

Con memoria difensiva la stazione appaltante ha insistito per l'accoglimento dell'appello principale e per la sospensione cautelare della sentenza appellata.

Con ordinanza cautelare 13 aprile 2012 n. 1438 questa Sezione ha accolto l'istanza di sospensiva.

Con successive memorie CIR ha precisato le conclusioni, chiedendo che preliminarmente l'appello principale sia dichiarato inammissibile ed improcedibile per omessa impugnazione di due capi della sentenza TAR, che sia dichiarato inammissibile il deposito di alcuni documenti da parte dell'appellante principale, che siano accolti l'appello incidentale ed i motivi riproposti ex art. 101 c p a, che sia respinto nel merito l'appello principale e che, in ogni ipotesi, sia dichiarato l'annullamento anche della delibera di aggiudicazione della gara negoziata alla Euroristorazione, adottata, nelle more del giudizio, in data 23 aprile 2012 dalla stazione appaltante.

Con memorie difensive del giugno 2012 la stazione appaltante ha controdedotto sul ricorso incidentale e sulle avverse argomentazioni circa il preteso danno all'erario e l'incongruità dell'offerta di Euroristorazione nell'ambito della gara negoziata, replicando alle eccezioni di rito ed insistendo per l'accoglimento dell'appello principale ed il rigetto di quello incidentale; nell'ultima memoria la stazione appaltante ha rappresentato, altresì, che, come programmato dalla Regione, dal 1 luglio 2012 nell'Azienda O.U.S. Giovanni Battista sarebbero confluite anche le Aziende Ospedaliere C T O e S. Anna .

Alla pubblica udienza del 8 giugno 2012, uditi i difensori presenti per le parti, la causa è passata in decisione.

2. La presente controversia concerne la sentenza del TAR Piemonte in epigrafe indicata che, accogliendo i due ricorsi proposti da CIR FOOD soc. coop. (primo motivo del ricorso r. g. 546/2011 e secondo motivo del ricorso r. g. 654/2011), ha annullato la delibera commissariale n.126/2011, di revoca della procedura aperta per l'affidamento per quattro anni del servizio ristorazione , già aggiudicata nel febbraio 2011 a CIR FOOD in via provvisoria, nonché la delibera n. 187/2011 di indizione della successiva procedura negoziata (unitamente agli atti connessi) per l'affidamento temporaneo dello stesso servizio per dodici mesi in attesa della definizione di alcuni procedimenti di riorganizzazione delle ASR dell'area torinese.

2.1. Più precisamente, la sentenza TAR ha ritenuto che la motivazione posta dalla stazione appaltante a fondamento della revoca dell'intera procedura di gara non sarebbe sostenuta da ragioni sufficienti a giustificare la lesione della posizione giuridica differenziata di cui è titolare la Cir nella qualità di aggiudicataria, se non definitiva (come pretende la CIR), almeno provvisoria .

Al riguardo, espone la sentenza, l'esigenza di adeguarsi alle sopravvenute disposizioni regionali (in materia di contenimento della spesa sanitaria per l'esercizio 2011) non appare motivo adeguato a giustificare la revoca della gara, in quanto le suddette disposizioni non farebbero riferimento alla revoca delle procedure di gara in corso , così come neanche la D G R Piemonte sarebbe applicabile al servizio somministrazione pasti in ospedale, riguardando soltanto la gestione "magazzini"; quanto poi al Piano di Riordino del Sistema Sanitario Regionale, definito con D G R Piemonte 29 dicembre 2010, n. 51, non sarebbe stato ancora approvato, mentre non sarebbe stata neanche dimostrata la relazione di necessaria consequenzialità tra l'adozione della revoca e l'accorpamento nell'Azienda Ospedaliera appaltante di altre strutture sanitarie, programmato dalla Regione anche ai fini della centralizzazione delle procedure di acquisizione di beni e servizi.

La sentenza, inoltre, considera non comprovate, sotto il profilo economico, le ragioni di contenimento della spesa, perseguite dalla stazione appaltante; infatti, a seguito di una serie di verifiche effettuate dopo l'aggiudicazione provvisoria alla CIR, si rilevava sì il maggior costo del pasto (euro 7,50) offerto dalla CIR aggiudicataria rispetto a quello pagato nell'aprile 2011 al gestore uscente in regime di proroga GEMEAZ CUSIN (euro 6,12), ma, ad avviso del giudice di primo grado, dalla relazione del verificatore sarebbe emerso che, in effetti, l'Azienda Ospedaliera pagava alla GEMEAZ fatture per un importo di euro 7,61 per prestazione; dato quest'ultimo che la stazione appaltante aveva contestato solo con confuse argomentazioni, asserendo che nell'importo di euro 7,61 (rilevabile dalle fatture della GEMEAZ) sarebbero stati inglobati sia il prezzo del "pasto" di soli euro 6,12 sia l'importo di euro 1,54, quale quota corrispondente al corrispettivo dovuto alla GEMEAZ per l'esecuzione di lavori, oggetto di una precedente gara, il cui pagamento era stato rateizzato per l'intera durata del servizio aggiudicato.

Infine, la sentenza TAR osserva che la sussistenza di ragioni di convenienza economica idonee a giustificare la revoca non sarebbe confermata neanche dal confronto tra l'offerta della CIR aggiudicataria e la base d'asta indicata nella nuova gara a procedura negoziata, indetta dal commissario con delibera 20 maggio 2011, n. 187: infatti, il prospettato risparmio di circa euro 700.000,00 annui (derivante dalla eliminazione dal capitolato di della prenotazione dei pasti a letto e della gestione del relativo sito Web) sarebbe stato neutralizzato dalla maggiorazione della base d'asta, necessaria a causa del maggior costo del lavoro .

Quindi la sentenza in epigrafe ha annullato anche la delibera commissariale 20 maggio 2011 n. 187 per illegittimità derivata da quella della revoca e per vizi propri consistenti nella rilevata incongruità del computo dell'importo posto a base d'asta nella procedura negoziata successiva alla revoca della gara del 2009.

2.2.La sentenza è stata appellata in via principale dalla Azienda Ospedaliera, che ne ha chiesto la riforma in toto, ed in via incidentale dalla CIR, che ha chiesto la riforma del punto 1 della motivazione, laddove non ha riconosciuto alla CIR lo status di aggiudicataria definitiva della gara poi annullata, riproponendo anche la domanda risarcitoria in forma pecuniaria , qualora non fosse possibile la sottoscrizione del contratto tra Azienda Ospedaliera e CIR, “nei limiti delle censure indicate nel giudizio di primo grado” (v. appello incidentale pag .10).

Inoltre CIR, ai sensi dell’art. 101 c p a , ha riproposto anche i motivi dei due ricorsi assorbiti dalla sentenza TAR, insistendo anche nella domanda di risarcimento del danno in forma specifica oppure per equivalente .

2.3.Va esaminato per primo l’appello principale, il cui eventuale accoglimento comporterebbe innanzi tutto la reviviscenza della delibera di revoca della gara aggiudicata alla CIR nel febbraio 2011 .

Preliminarmente va esaminata l’eccezione di improcedibilità sollevata da CIR FOOD per omessa impugnazione dei capi della sentenza TAR n 3.4 e n. 2. A.

L’eccezione è infondata.

In primo luogo, quanto alla mancata impugnazione del punto 2.A, l’eccezione appare inammissibile per carenza di interesse, poiché i mezzi di impugnazione formulati dalla Azienda Ospedaliera sono, comunque, sufficienti per la riforma della sentenza in ordine alla dichiarata illegittimità della delibera di revoca e degli altri atti connessi; peraltro,per completezza, il collegio rileva che l’appellante, al paragrafo 4 dei motivi aggiunti, contesta ,anche se in maniera sintetica, la valutazione di genericità data nella sentenza TAR alle indagini di mercato effettuate dalla stazione appaltante dopo l’aggiudicazione provvisoria e richiamate nel preambolo della delibera di revoca a sostegno della non convenienza economica dell’offerta CIR .

Inoltre la stazione appaltante ha impugnato al paragrafo n. 10 dei motivi aggiunti, anche il punto 3.4.della motivazione della sentenza TAR, concernente la incongruità della base d'asta della gara indetta con la delibera commissariale n. 187/2011: al riguardo, infatti, l'Azienda ha dapprima richiamato l'eccezione (sollevata in primo grado) di carenza di interesse alla censura, in quanto CIR non aveva partecipato alla gara in questione e poi ha dedotto che " la congruità della base d'asta è proprio accertata nella relazione di verificaazione" ; pertanto ad avviso del Collegio tempestivamente la stazione appaltante ha controdedotto con specifica argomentazione sul profilo della motivazione della sentenza che, a sostegno dell'incongruità della base d'asta, ha ritenuto non remunerativo il previsto ammortamento del costo dei carrelli nell'arco di soli dodici mesi a carico del nuovo gestore.

Né infine l'appello (recte i motivi aggiunti) risulta inammissibile o improcedibile per la mancanza di specifiche censure contro i capi della sentenza impugnata : infatti la stazione appaltante, nell'ambito della parte II dei motivi aggiunti, con unico motivo articolato in undici punti ha censurato sotto più profili l'impianto argomentativo della sentenza, deducendone l'erroneità per travisamento dei fatti e dei risultati dell'attività istruttoria compiuta in primo grado e degli stessi risultati della verificaazione .

2.4.Sgombrato il campo dalle eccezioni preliminari, il Collegio dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse l'atto d'appello proposto dalla stazione appaltante contro il dispositivo di sentenza n. 297/2012, in quanto la sentenza TAR n. 495/2012, pubblicata nel testo completo di motivazione, è stata poi impugnata dalla stazione appaltante con l'atto di motivi aggiunti ritualmente notificato alla controparte .

2.4.1.Va respinta, altresì, l'eccezione di deposito irregolare in appello della documentazione esibita in giudizio il 18 maggio2012, in quanto si tratta di

documenti, in parte, richiesti dal collegio direttamente ai difensori delle parti in occasione della discussione dell'istanza cautelare nella camera di consiglio del 13 aprile 2012 (al fine di evitare l'adozione di apposita ordinanza istruttoria in vista della imminente trattazione della causa anche nel merito) ed in parte esibiti nel precedente grado di giudizio ed in occasione dello svolgimento delle operazioni di verifica; analogamente il collegio ritiene ammissibile il deposito dei documenti effettuato dalla stazione appaltante in data 11 aprile 2012 (e non 2011), trattandosi di documentazione (informazioni sul costo del servizio ristorazione presso altre Aziende Ospedaliere, raccolte dalla Struttura Provveditorato per telefono o per posta elettronica) analoga, se non eguale a quella già esibita durante le operazioni di verifica, come si rileva anche dall' esame dei dati effettuato nella Relazione stessa (vedi pag 63-64) . .

2.5.Nel merito l'atto recante motivi aggiunti all'appello principale appare meritevole di accoglimento .

Ad avviso del Collegio la stazione appaltante legittimamente ha esercitato l'autotutela, procedendo alla revoca della intera procedura di gara in controversia, ai sensi dell'art 21 quiquies legge n .241/1990, dopo averne individuato i presupposti nelle seguenti circostanze: “ i sopravvenuti motivi di pubblico interesse di natura economica (palesati soltanto a seguito delle operazioni di apertura delle offerte economiche) derivanti da una forte riduzione dei trasferimenti finanziari, nonché una nuova valutazione delle esigenze nell'ambito dei bisogni da soddisfare, conseguenti al futuro assetto organizzativo come meglio sopra esplicitati, emersi a seguito di una ponderata valutazione che ha evidenziato la non convenienza di procedere all'aggiudicazione sulla base del capitolato predisposto precedentemente alle direttive regionali sopracitate, ed all'opportunità di provvedere ad una rinnovata procedura per un servizio avente caratteristiche

differenti al fine di ottenere un risparmio economico “(delibera commissariale di revoca 22 aprile 2011, n. 126) .

Ed invero, l'esigenza della stazione appaltante di conformarsi alle “sopravvenute disposizioni regionali in materia di contenimento della spesa sanitaria”, nonché il menzionato avvio del Piano di riordino del sistema sanitario regionale, che “prevede, tra l'altro, l'incorporazione delle Aziende Ospedaliere CTO/Maria Adelaide e OIRM/ Sant'Anna nell'Azienda Ospedaliera S. Giovanni Battista di Torino”, rappresentano ragioni sufficienti per ritenere legittima la delibera di revoca della intera gara.

2.6. E'opportuno premettere che nella presente controversia risulta determinante la scansione temporale delle varie fasi della procedura di gara revocata in rapporto alle sopravvenute disposizioni regionali in materia di contenimento della spesa sanitaria.

Infatti, mentre la gara per la gestione globale del servizio ristorazione per un importo presunto di euro 36.885.800,00 era stata bandita dall'Azienda O. U. San Giovanni Battista di Torino nell'agosto del 2009, già con D G R 29 dicembre 2010 n 51 la Regione Piemonte aveva avviato il progetto del Piano di riordino del servizio sanitario regionale, che- tra l'altro- prevedeva una riorganizzazione di strutture ed ambiti territoriali nel cui ambito si inseriva anche l'incorporazione delle Aziende Ospedaliere CTO/Maria Adelaide ed OIRM/Sant'Anna nell'Azienda Ospedaliera S. Giovanni Battista di Torino, da definire entro il dicembre 2011(e poi di fatto realizzata con Delibera Consiglio Regionale 3 aprile 2012 n. 167) .

Nelle more di tale operazione di riorganizzazione del SSR, inoltre, la Regione Piemonte in pari data (con DGR n 52/2010) stabilì di commissariare le Aziende Sanitarie interessate, nominando, quindi, il Commissario per l'A O U S. Giovanni Battista di Torino.

Inoltre, la DGR 25 ottobre 2010 n. 62, allegato B (Indirizzi per l'approvvigionamento anche di beni e servizi, e non solo per la gestione dei magazzini delle ASR), nel confermare analoghe indicazioni già fornite in precedenza , al paragrafo E ha stabilito che le ASR nelle gare d'appalto avrebbero dovuto prevedere il prezzo a base d'asta e che, tra l'altro, le ASR avrebbero dovuto procedere all'aggiudicazione ad un prezzo non superiore a quello stabilito a base d'asta, previa acquisizione di idonei dati.

Con nota 11 febbraio 2011 n. 4267 la Direzione Regionale Sanità, nel richiamare l'obbligo delle ASR di applicare le disposizioni regionali dettate con DGR 25 ottobre 2010 n. 62 al fine di contenere i costi di gestione entro i tetti programmati, precisò che le ASR avrebbero dovuto contenere nel 2011 la spesa per l'acquisizione di beni e servizi entro l'importo del rendiconto preconsuntivo del novembre 2010 ridotto di almeno l'uno per cento; pertanto il Commissario, conformandosi alle direttive, con delibera 8 aprile 2011 n. 99 ha dato corrispondenti disposizioni alle varie strutture complesse in merito alla acquisizione di beni e servizi di importo superiore ad euro 100.000,00, dando mandato , tra l'altro, di procedere alla “revoca delle procedure in corso e non ancora pervenute all'aggiudicazione definitiva, qualora il prezzo del bene/servizio determinato con l'apertura delle offerte economiche, sia superiore al prezzo corrisposto per analogo bene/servizio nel corso dell'anno 2010, ancorché conforme alla base d'asta”.

2.7.Dalla sequenza dei provvedimenti regionali sopraesposti, quindi, deriva che, a differenza di quanto ha ritenuto la sentenza TAR, il commissario dell'Azienda Ospedaliera S Giovanni, insediatosi nel gennaio 2011, era vincolato alla osservanza delle stringenti direttive regionali, che effettivamente erano sopravvenute in corso di gara, ma soprattutto erano di immediata applicazione, al fine di ridurre le spese di esercizio del bilancio in corso e pertinenti al settore acquisti beni e servizi, e non

limitate alla “gestione dei magazzini”(come si legge nella sentenza TAR); sul punto risultano chiare le prescrizioni sia dell'allegato B della DGR 25 ottobre 2010 n. 62 sia dell'allegato 3 della DGR n. 3 del 20 luglio 2010, che impartiscono direttive in materia di approvvigionamento di beni e servizi e di gestione dei magazzini, mentre risulta irrilevante la circostanza che, invece, la rubrica della DGR n. 62/2010 indichi come ambito di applicazione delle linee di indirizzo regionali “l'approvvigionamento e la gestione dei magazzini delle Aziende Sanitarie Regionali”.

Pertanto non appare rilevante, ai fini del dedotto eccesso di potere, la circostanza che la delibera sia stata adottata subito dopo la ricezione della diffida a stipulare trasmessa alla stazione appaltante dall'aggiudicataria; egualmente non determinante risulta, poi, la ulteriore circostanza che il piano di riordino, all'epoca della revoca, non fosse stato ancora approvato: è, infatti, evidente che l'esigenza per le aziende aggregande di ricondurre ad unità i contratti di acquisizione di beni e servizi richiede tempi minimi di riallineamento delle varie scadenze contrattuali, per cui opportunamente le direttive regionali avevano raccomandato alle aziende sanitarie di evitare l'adozione di provvedimenti che ostacolassero di fatto la confluenza dei vari rapporti obbligatori in un unico contratto, come sarebbe nel caso di contratti la cui durata sia prevista oltre dicembre 2011 (data presunta di definizione del piano di riordino del SSR Piemonte) e come sarebbe inevitabilmente accaduto con il servizio aggiudicato alla CIR per 4 anni a partire dal 2011. Può essere utile aggiungere che, nelle more del giudizio, la procedura di accorpamento si è perfezionata con effetto dal 1 luglio 2012. .

2.8.D'altra parte, il risultato della gara certamente non era conforme alle direttive regionali in materia di contenimento dei costi per l'acquisizione di beni e servizi, visto che, mentre il bando aveva fissato per l'affidamento del servizio “un importo presunto di euro 36.885.800,00”, determinato “prendendo a base, quale prezzo

indicativo del pasto degenti, l'ammontare di euro 6,50 + IVA" (vedi relaz. ver. pagina 32), la commissione di gara nella seduta di apertura delle offerte economiche, il 4 febbraio 2011, aveva constatato che tutte le offerte erano di importo superiore al costo presunto del servizio (CIR si è aggiudicata il servizio per euro 40.953.798,43 per 4 anni) ; successivamente la clausola dell'ammissione alla gara solo di offerte al ribasso è stata, invece, inserita dal commissario nel diverso capitolato speciale di gara, art 25, allegato alla delibera commissariale 20 maggio 2011, n. 187, che indicava una procedura negoziata in via temporanea e d'urgenza per provvedere per dodici mesi alla gestione del servizio pasti nel periodo successivo alla revoca dell'aprile 2011.

2.9.Pertanto, alla luce dei suddetti elementi, ad avviso del Collegio i sopravvenuti motivi di interesse pubblico, unitamente alla nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (cioè l'esigenza che la ristorazione, pur se di qualità, non poteva, comunque, comportare l'onere finanziario risultante dall'esito della gara) , erano già idonei e sufficienti a giustificare la revoca dell'intera gara da parte della stazione appaltante, che non aveva ancora stipulato il contratto con la CIR e che, anzi, nelle more delle verifiche circa la convenienza economica del risultato della gara, aveva evitato di deliberare l'aggiudicazione definitiva alla stessa CIR, nonostante fossero, comunque, iniziati gli incontri tra le due parti (7 incontri di cui l'ultimo tenuto qualche giorno prima della revoca, precisa l'appellata) per procedere agli (onerosi, deduce l'aggiudicataria) adempimenti preliminari alla consegna del servizio, in conformità alle scadenze temporali fissate dal capitolato di gara.

3.Pertanto, dall'esame degli atti e della relazione predisposta a conclusione della verifica, risulta confermata anche la sussistenza delle ragioni di convenienza economica, esposte nelle premesse della delibera di revoca dell'aprile 2011, con riferimento, da un lato, alla constatazione che in tutte le offerte ammesse il costo

del pasto era nettamente superiore a quello corrisposto al gestore uscente, in regime di proroga, GEMEAZ CUSIN e, dall'altro, alla possibilità (prospettata dai competenti uffici della Azienda Ospedaliera) di indire una nuova gara per un servizio con caratteristiche che consentissero il contenimento della spesa annua complessiva nei limiti imposti dai vincoli di bilancio fissati dalla Regione.

Infatti, come si rileva dalla relazione finale della verifica (p. 3, pagg. 12-21) nel 1999 la stessa Azienda Ospedaliera aveva bandito un appalto concorso per il servizio ristorazione degenti, personale e utenti, per nove anni, e per la progettazione e costruzione della palazzina per il servizio mensa, bar e self-service (poi sostituiti con strutture di altro genere) e cucina; la gara era stata aggiudicata alla GEMEAZ CUSIN nel 2000, che stipulò il contratto per il periodo 16 marzo 2001- 15 marzo 2010; il pasto standard, cioè quello degenti, all'inizio del contratto aveva un costo di euro 6,54, di cui euro 5,00 per la componente servizio ristorazione ed euro 1,54 per la componente progettazione e costruzione palazzina (per i dati vedi relaz. pagg 14-20); inoltre, il capitolato prevedeva per la componente ristorazione l'adeguamento annuale del prezzo secondo l'indice ISTAT; terminato il contratto nel marzo 2010, con la proroga di tre mesi il prezzo unitario del pasto degenti era arrivato ad euro 5,97, cui andava sommata la quota investimenti pari ad euro 1,54 (per un totale di euro 7,51); infine, al momento dell'adozione della revoca nell'aprile 2011, il costo unitario del pasto pagato alla GEMEAZ, in proroga, ammontava (vedi prospetto a pag 20 della relazione) ad euro 6,12, cui andava sommata la quota investimenti per il totale di euro 7,66.

Ritiene, pertanto, il Collegio che la verifica, a prescindere dai dubbi manifestati nelle risposte conclusive ai quesiti formulati dal Collegio, ha raccolto, comunque, elementi sufficienti per confermare che per la stazione appaltante la gara bandita nel 2009 si era conclusa con un esito non conveniente, visto che il costo del pasto offerto dalla CIR, pari ad euro 7,50, era chiaramente superiore a

quello pagato al gestore uscente, pari ad euro 6,12, non dovendosi ovviamente tenere conto della componente relativa alla quota investimenti, a cui vanno aggiunti gli oneri finanziari, cioè gli interessi passivi dovuti dalla stazione appaltante in corrispondenza alla rateizzazione del pagamento degli investimenti. .

3.1. Quindi, con l'ausilio dei dati esaminati dal verificatore e dei documenti esibiti dalla stazione appaltante, appare di secondario rilievo, ai fini del decidere, la circostanza che dall'esame delle fatture di altre scritture contabili della GEMEAZ non risulta agevole ed immediata la ricostruzione del costo unitario del pasto corrisposto dall'Azienda nel marzo 2011 al gestore uscente; né tanto meno sono rilevanti, ai fini della valutazione dei profili in controversia, le ipotesi formulate dal TAR in ordine a pretese inesattezze o incongruenze nei conteggi finali tra dare ed avere (sarebbe priva di giustificazione l'erogazione a GEMEAZ di euro 4.000.000,00 per oneri finanziari riconosciuta nel settembre 2011 con l'approvazione del collaudo delle opere) nel lungo e complesso rapporto contrattuale intercorso tra la GEMEAZ e la stazione appaltante a partire dal 2001.

3.2. Inoltre, a differenza di quanto ritiene il TAR (vedi sentenza pag .13), soltanto l'indizione di una nuova gara , governata da un capitolato che richiedesse prestazioni meno onerose , avrebbe consentito alla stazione appaltante di affidare il servizio (per un periodo annuale in attesa dell'evolversi della situazione organizzativa) a costi più contenuti compatibili con le restrizioni finanziarie imposte dalla Regione. E ciò è quanto è avvenuto nel caso di specie: infatti, la delibera 20 maggio 2011 n. 187 ha attivato una procedura negoziata per l'affidamento temporaneo del servizio ristorazione collettiva per dodici mesi (con decorrenza all'epoca fissata al 1 ottobre 2011) con prestazioni meno onerose e scegliendo il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso su una base d'asta di euro 9.108.740,50 , mentre la sottoscrizione del contratto con la CIR l'avrebbe esposta alla spesa annua di euro 10.238.000,00 ; la conferma della convenienza per

L'Azienda Ospedaliera di indire una gara con diverse caratteristiche ha trovato conferma, nelle more del presente giudizio, nella circostanza che con delibera commissariale 23 aprile 2012 n. 155 la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva del servizio ad EURORISTORAZIONE s r l per euro 8.968.852,05 per dodici mesi, cioè ad euro 6,50 per pasto, con decorrenza effettiva dal 1 maggio 2012.

3.3.Né al riguardo giova a CIR (che, invitata, non ha comunque presentato l'offerta) censurare l'incongruità del prezzo (posto questa volta a base d'asta) e la scelta del criterio del massimo ribasso: infatti , da un lato, la legittimità della revoca della gara trova sufficiente fondamento, quanto meno, nelle distinte valutazioni sul pubblico interesse sopra rappresentate, mentre, dall'altro, è evidente che il ridotto onere finanziario, derivante dai tagli delle prestazioni richieste per il servizio, non è del tutto assorbito dai corrispondenti costi a carico della Azienda Ospedaliera connessi alla ricaduta di tali attività nell'orario di lavoro del personale ospedaliero.

3.4.Inoltre è indiscutibile che la stazione appaltante nell'esercizio di bilancio 2011 non era in grado di finanziare la spesa degli investimenti già previsti nella gara revocata (cioè servizio informatico, prenotazione pasti e attrezzature), anche se in presenza di altre situazioni finanziarie tali acquisizioni sarebbero state indubbiamente economicamente vantaggiose.

In argomento, peraltro, giova aggiungere che i maggiori costi del lavoro (cui fa riferimento la sentenza TAR a sostegno della ritenuta incongruità della base d'asta della gara indetta nel maggio 2011) in realtà erano stati ovviamente già computati nel prezzo a base d'asta della nuova gara; quanto, poi, al costo di ammortamento dei carrelli, il capitolato speciale, all'art. 25, specificava che nella base d'asta era contabilizzato un importo di euro 250.000,00 per acquisto ed uso per dodici mesi di cento carrelli (con vassoi personalizzati a reparto) e prevedeva, altresì, l'inserimento, nel bando della futura gara a procedura aperta, di apposita clausola

che, ponendo un corrispondente onere a carico del nuovo aggiudicatario, avrebbe consentito al gestore uscente di recuperare in pratica circa l'80% del valore di acquisto dei medesimi.

3.5. Inoltre, sempre ai fini di smentire l'asserita incongruità della base d'asta, la stazione appaltante spiega nella memoria del 14 giugno 2011, con argomento persuasivo (contestato dalla sentenza TAR a pag 60) che in realtà il costo dell'ammortamento della spesa per acquisto carrelli era minore nella gara negoziata rispetto a quella revocata in cui la voce di spesa era stata ritenuta congrua: infatti (come è indicato anche in sede di verifica pagg 56-58), poiché CIR aveva indicato nella sua offerta un costo attrezzature pari a euro 1.182.000,00, la spesa annuale da ammortizzare ammontava ad euro 295.200,00, mentre nella procedura negoziata il capitolato all'art 25, aveva già contabilizzato nella base d'asta (vedi anche allegato V) un importo pari al 20% dell'investimento presunto, pari ad euro 250.000,00, necessari all'acquisto e uso dei cento carrelli indicati nell'allegato D (paragrafo 2- Attrezzature), ritenuti sufficienti per coprire le esigenze di tutti i reparti; tra l'altro, nel predetto paragrafo si precisava che "attualmente" era in uso presso le strutture dell'Azienda una dotazione di ottantadue carrelli e che, però, dal computo era escluso l'IRV di imminente attivazione.

3.6. Per analoghe ragioni risultano non fondate le ulteriori censure avverso la revoca della gara, la indizione della nuova gara del maggio 2011 e gli altri provvedimenti connessi, che, già dedotte dalla CIR in primo grado e dichiarate assorbite dalla sentenza TAR, sono riproposte in appello ai sensi dell'art 101, comma 2, c p a .

In particolare, quanto al ricorso R. G. 456/2011, CIR contesta, sotto molteplici profili, la mancata ponderazione dei contrapposti interessi ed in particolare la mancata tutela dell'affidamento ingenerato nella aggiudicataria (definitiva), l'insussistenza di un effettivo risparmio nell'indire una nuova gara e dei

presupposti per l'aggiudicazione col criterio del prezzo più basso ed, infine, l'illegittimità della delibera commissariale n .99/2011, che avrebbe imposto l'applicazione agli appalti di servizi delle direttive impartite dalla DG R n. 62/2010 per la gestione magazzini ASR.

In realtà, la ponderazione degli interessi invocata dal ricorrente è stata effettuata nel caso di specie, nel senso di ritenere prevalente l'interesse pubblico relativo al contenimento della spesa in un periodo di emergenza finanziaria tale da rendere impossibile il mantenimento di standards superiori ad un certo livello quali-quantitativo.

3.7. Quanto, poi, al profilo economico, a prescindere dal dettagliato confronto tra il prezzo offerto da CIR ed il costo del servizio al termine del precedente contratto (o addirittura con il primo trimestre di proroga, marzo- maggio 2011), in termini assoluti la delibera di revoca impugnata trova, comunque, adeguato fondamento nella circostanza che nel febbraio 2011 la Direzione Sanità Regionale ha impartito ineludibili direttive di ridurre dell'uno per cento la spesa per servizi risultante dal rendiconto del novembre del 2010; quindi il vincolo di bilancio è stato definito quando ormai la gara era in fase avanzata di svolgimento, mentre, per altro verso, nella stessa epoca solo all'atto dell'apertura delle offerte economiche la stazione appaltante constatava che tutte le offerte proponevano un costo del servizio superiore all'importo presunto indicato nel bando.

Quanto alle contestazioni in tema di base d'asta incongrua della gara maggio 2011, si rinvia alle argomentazioni già esposte, mentre, con riguardo al criterio del prezzo più basso, il collegio non ritiene sussistenti i dedotti vizi, atteso che la stazione appaltante nell'esercizio della sua discrezionalità ha predefinito nel capitolato gli standard minimi di qualità anche con riguardo ai "processi produttivi che non necessitano di essere valutati dalla stazione appaltante poiché corrispondenti a prescrizioni di qualità minima da garantire".

L'urgenza di provvedere, poi, rappresenta un valido motivo non solo per la decisione di indire la procedura negoziata senza bando, ma anche (a differenza di quanto deduce la CIR) per quella di scegliere il criterio del prezzo più basso, che consente di portare rapidamente a termine la gara e di affidare il servizio sollecitamente.

3.8.Né risulta illegittima la delibera 8 aprile 2011 n. 99 del commissario della Azienda Ospedaliera, che, nel recepire le speculari direttive regionali in materia di acquisizione di servizi a costi non superiori a quelli sostenuti nel precedente esercizio finanziario, ha prefissato a tal fine, nell'esercizio non illogico della discrezionalità, alcune regole di gestione e criteri di valutazione, quale l'obbligo di non procedere all'affidamento di una fornitura di beni e servizi qualora il prezzo risultante dall'esito della procedura sia superiore a quello previsto a base d'asta.

3.9.Quanto, poi, al ricorso R.G. 654/2011, le censure (assorbite in primo grado e riproposte in appello) attengono, in buona parte, ai molteplici profili di asserita illegittimità della lex specialis della gara indetta con delibera n. 187/2011, cui CIR ha deciso di non partecipare , deducendo che il criterio del massimo ribasso, in presenza di una base d'asta incongrua e con alcuni elementi di valutazione indeterminati (come il piano trasporti e lo stato attuale degli impianti), avrebbe impedito a qualunque impresa di presentare una offerta economica seria (e non in perdita) e contrasterebbe sia con le regole della concorrenza sia con la normativa statale e regionale in materia di tutela della salute dei destinatari del servizio di ristorazione pubblica; vengono, poi, riproposte doglianze analoghe a quelle già esaminate nell'ambito del precedente ricorso con riguardo alla delibera n. 99/2011ed, infine, viene contestata la mancata emersione dai documenti contabili dei riscontri in ordine alle ragioni di convenienza economica invocate dalla stazione appaltante a sostegno della legittimità della revoca dell'intera gara.

Poiché la delibera n 187/2011 è immune dai vizi dedotti, si può prescindere dalle eccezioni di inammissibilità delle censure all'esame, sollevate dalla appellante principale con riferimento al fatto che le contestate caratteristiche della gara non risultavano preclusive della presentazione dell'offerta da parte di CIR, fatta salva la eventuale successiva tutela nelle sedi competenti .

4. In particolare, non sussiste la dedotta indeterminatezza nelle disposizioni del capitolato di gara, allegato H (“modalità operative per l'espletamento del servizio”), richiamate da CIR a titolo esemplificativo con riguardo ai materiali richiesti per l'esecuzione del servizio ed alle attività di consegna e distribuzione dei pasti e di ritiro dei materiali dopo l'uso.

Infatti l'allegato H, premesso che le attività descritte costituiscono standard minimi di qualità e obbligazioni prestazionali inderogabili in minus, detta disposizioni esaustive anche al paragrafo n. 1- Materiali richiesti per l'esecuzione del servizio , mentre l'obbligo della aggiudicataria di fornire “ comunque tutto quanto si renda necessario per il corretto espletamento delle obbligazioni assunte”, lungi dal rappresentare un'obbligazione ad oggetto indeterminato, configura una clausola di chiusura, tipica della tipologia del servizio in questione.

Analoga considerazione, poi, va fatta anche per la pretesa indeterminatezza delle modalità di consegna dei pasti, visto che in realtà si tratta di margini di manovra contrattuale di prassi nel settore, come nel caso di modifica di orari di consegna pasti per casi di urgenza oppure per altre esigenze organizzative, ma con il vincolo del preavviso; così pure nel caso del piano trasporti, presentato dopo l'aggiudicazione ed approvato dall'azienda prima della consegna del servizio (come già previsto in precedenti gare), per agevolare scelte operative corrispondenti al meglio alle esigenze effettive delle strutture ospedaliere.

4.1.Né il criterio del massimo ribasso risulta in contrasto con la normativa che tutela la qualità della ristorazione ospedaliera: infatti, premesso che tale criterio

consente di concludere rapidamente la gara, dagli atti risulta che la stazione appaltante ha mantenuto nella procedura con prezzo al ribasso la maggior parte degli standard qualitativi minimi inderogabili già presenti nella gara revocata sotto forma di parametri qualitativi; l'azienda si è limitata, invece, per ragioni di speditezza a rinviare ad epoca successiva all'aggiudicazione la sola presentazione della relativa documentazione (schede tecniche e certificazioni, nonché menù e tabelle di conversione) e ha richiesto, invece, la presentazione di ulteriore documentazione come l'elenco fornitori e produttori, le schede tecniche dei prodotti alimentari, il piano organizzazione del personale e altre attestazioni; di conseguenza, la trasposizione della verifica documentale della attendibilità dell'offerta ad un momento successivo all'aggiudicazione non risulta di per se stessa pregiudizievole all'effettivo svolgimento a posteriori delle accurate verifiche sugli standard minimi inderogabili che, con modalità diverse ma valutazioni equipollenti, sono effettuate nelle aggiudicazioni con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per applicare i parametri qualitativi all'offerta tecnica.

4.2. Quanto, poi, alla delibera n. 99/2011 si richiamano le argomentazioni sopra esposte.

Infine, quanto ai riscontri contabili circa gli importi corrisposti per il servizio a GEMEAZ, si fa presente che la determinazione del costo del pasto degente va effettuata con l'ausilio degli atti della gara del 1999 e del contratto del 2001, e non sulla base di scritture contabili elaborate in corso di gestione del servizio, che rispondono ad esigenze pratiche di riscossione di crediti e di rateizzazione di debiti, le quali, mediante accorpamenti di diverse voci di spesa, possono generare confusione in ordine al costo effettivo di singole prestazioni. Peraltro, sul punto i prospetti redatti dal verificatore nella relazione a pag. 20 sono chiari ed indicano la somma di euro 6,12 quale prezzo per pasto degenti (dovuto dalla stazione

appaltante a GEMEAZ, gestore in proroga, alle date del 1 aprile e del 1 settembre 2011), ma soprattutto sono chiari i dati desumibili dalla delibera dell'Azienda Ospedaliera n. 3239/2000, che aggiudicava il servizio a GEMEAZ prevedendo per il pasto degenti il prezzo (comprensivo di rate di ammortamenti) di euro 6,54 e per il pasto dietetico il prezzo di euro 6,89 .

4.3.Né la CIR, contestando la correttezza delle fatture emesse dal gestore uscente e la delibera commissariale 1 settembre 2011 n. 321 (approvazione del collaudo della palazzina), può fondatamente dedurre che “ i maggiori importi indicati nelle delibere di proroga sono voci di costo remunerative del servizio di somministrazione dei pasti e non quote di investimento relative al contratto d'appalto già scaduto” e che, quindi, il costo del servizio di ristorazione ospedaliera è superiore a quello offerto dalla CIR FOOD (vedi memoria CIR, art. 101 c p a, pagg 32-38): infatti, in argomento è necessario fare riferimento agli atti della gara aggiudicata, che rappresentano la fonte delle obbligazioni della stazione appaltante, e non a documenti contabili predisposti per esigenze di riscossione di crediti maturati periodicamente in corrispondenza allo svolgimento del servizio .

4.4.Quanto all'infondatezza delle altre censure sopra accennate è sufficiente far riferimento alle argomentazioni già illustrate sulle stesse tematiche in altri passaggi della motivazione.

4.5.In conclusione la delibera di revoca n. 126/2011, nonché quella presupposta n. 99/2011, e quella n. 187/2011 di attivazione di una nuova diversa procedura, unitamente agli atti conseguenti, appaiono immuni dalle censure dedotte in primo grado; quindi va riformato il capo della sentenza TAR, che ne ha disposto l'annullamento.

Pertanto l'appello principale, quanto all'atto dei motivi aggiunti, va accolto nei sensi e limiti esposti.

5. Passando all'esame dell'appello incidentale, con unico articolato motivo la CIR chiede la riforma della sentenza TAR, quanto al punto 1 della motivazione, nella parte in cui ha statuito che, al momento della adozione del provvedimento di revoca, in capo all'impresa si era perfezionata l'aggiudicazione provvisoria, e non quella definitiva: infatti, ad avviso della CIR, in primo luogo a suo favore si era perfezionata l'aggiudicazione definitiva per decorso del termine di 30 giorni, di cui all'art 12 Codice Contratti; in secondo luogo, la stazione appaltante avrebbe in via di fatto agito con la CIR, come se fosse aggiudicataria definitiva, tenendo sette incontri per concordare le attività preparatorie necessarie a consentire l'inizio del servizio nel previsto termine del 16 maggio 2011.

Inoltre, nello stesso atto, la CIR ha riproposto la domanda risarcitoria "nei limiti delle censure indicate nel giudizio di primo grado", quantificando in eguale misura l'entità del pregiudizio patito sia nell'ipotesi in cui non fosse possibile la sottoscrizione del contratto, nonostante l'illegittimità della revoca sia, in subordine, per l'ipotesi in cui la revoca risulti legittima, nonché, in via gradata, nella misura almeno di euro 200.000,00 a causa delle spese sostenute per preparare l'offerta, oltre gli oneri accessori ed il danno all'immagine da definire.

5.1. La censura dell'appellante incidentale avverso il capo della sentenza, che ha qualificato CIR FOOD come aggiudicataria provvisoria, e non definitiva, appare infondata.

Invero, come si desume dagli artt. 11 e 12 del Codice Contratti Pubblici, la stazione appaltante seleziona il miglior offerente e dichiara a suo favore l'aggiudicazione provvisoria, poi, previa approvazione da parte dell'organo competente, dispone l'aggiudicazione definitiva che, però, diventa efficace solo dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti in capo all'aggiudicatario; inoltre l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta e la stazione appaltante può

esercitare il potere di autotutela prima della stipula del contratto, anche ad avvenuta verifica positiva del possesso dei requisiti .

Pertanto, nel caso di specie, dall'esame degli atti va escluso che nei confronti della stazione appaltante si sia perfezionata, per silenzio assenso, la aggiudicazione definitiva del servizio alla CIR: infatti, il silente decorso del termine di trenta giorni previsto dall'art. 12 Codice Contratti comporta soltanto l'approvazione tacita dell'aggiudicazione provvisoria, ma non la trasforma nell'aggiudicazione definitiva (come pretenderebbe l'appellante incidentale), che rappresenta l'atto conclusivo del procedimento di gara ed il presupposto necessario per l'avvio della successiva fase contrattuale, salvo l'esercizio del potere di autotutela .

5.2. Inoltre, argomenti testuali a sostegno di tale conclusione si traggono anche dal Capitolato di gara, che, all'art. 27, a carico dell'aggiudicatario, distingueva gli adempimenti da effettuarsi dopo l'aggiudicazione provvisoria da quelli successivi alla aggiudicazione definitiva e prima dell'inizio del servizio .

5.3. Peraltro il collegio concorda con la sentenza TAR sulla osservazione che, quantomeno, le richieste di rettifiche e precisazioni di alcuni particolari dell'offerta tecnica, avanzate dalla stazione appaltante nei sette incontri con CIR effettuati dopo l'aggiudicazione provvisoria del 4 febbraio e fino al 31 marzo 2011, erano oggettivamente idonee a rafforzare per "facta concludentia" l'affidamento dell'aggiudicatario nell'imminente adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e nel perfezionamento degli ulteriori adempimenti preliminari alla stipula del contratto.

Va, pertanto, accolta la domanda di indennizzo, proposta da CIR (nell'appello incidentale e nei motivi riproposti ex art. 101 c p a) per il ristoro del pregiudizio patito in conseguenza della revoca dell'intera gara, disposta dalla stazione appaltante in espresso esercizio del potere di revoca disciplinato dall'art, 21

quinques della legge n. 241/1990 per sopravvenuti motivi di pubblico interesse di natura economica e per una nuova valutazione dei bisogni da soddisfare .

Infatti, anche se la gara è stata revocata prima che fosse adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante, trattandosi della revoca dell'intera procedura ai sensi dell'art 21 quinquies, non può avvalersi della facoltà che, invece, le consente, senza obblighi ulteriori verso la controparte, di non procedere all'aggiudicazione, se nessuna delle offerte risulti conveniente(art 82 Codice Contratti) .

Il collegio è giunto a tali conclusioni poiché ritiene che le due disposizioni hanno un ambito di applicazione diverso : l'art. 12 Codice Contratti regola la situazione in cui le offerte presentate non rispondono ai risultati previsti dalla stazione appaltante secondo il criterio del "id quod plerumque accidit", mentre l'art. 21 quinquies l.n 241/1990 regola la situazione in cui, nel corso della gara, vengono a modificarsi fatti o parametri che erano stati determinanti nelle valutazioni della stazione appaltante per fissare le regole della gara ed i risultati da conseguire: per questo motivo il legislatore, mentre ha riconosciuto alla stazione appaltante la facoltà di sottrarsi all'obbligo di contrarre, quando la procedura di scelta del contraente non ha raggiunto l'obiettivo di assicurare l'economicità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, nella diversa ipotesi dello "ius poenitendi" , in osservanza dei principi di correttezza e di tutela dell'affidamento del soggetto inciso dal ritiro del provvedimento ed a bilanciamento dei contrapposti interessi, se la revoca comporta pregiudizi in danno degli interessati, ha posto a carico della P. A. l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

5.4.Ritiene, pertanto, il collegio che, viste le descritte vicende procedimentali, la stazione appaltante debba corrispondere a CIR FOOD un indennizzo, quantificato in via equitativa nell'importo di euro 200.000,00, quale ristoro del pregiudizio subito per aver confidato incolpevolmente nel buon esito della gara, in cui infatti

risultava prima classificata con la migliore offerta, mentre, a seguito di nuove valutazioni dell'interesse pubblico originario, ha perso, quanto meno, l'occasione di incrementare gli specifici requisiti di capacità professionale nel settore del servizio di ristorazione ospedaliera nell'ultimo triennio.

5.5. Inoltre, proprio sulle nuove valutazioni dell'interesse pubblico originario, il collegio rileva che non sono emerse dagli atti di causa, per mancanza di sufficiente documentazione, le ragioni per cui, quando l'Azienda Ospedaliera Universitaria ha indetto la gara nel 2009, la determinazione dirigenziale 10 dicembre 2009 n. 1294 aveva modificato l'art. 25 del capitolato già approvato con determinazione dirigenziale del 31 agosto 2009, eliminando nel modulo per l'offerta economica le indicazioni, per il pasto degenti, del “ prezzo unico a base d'asta” e del “ prezzo ribassato offerto” : infatti è evidente che, considerato lo stato di disavanzo finanziario delle ASR già constatato negli ultimi esercizi, la mancata previsione all'epoca del ribasso del prezzo a base d'asta nella gara, poi conclusasi con la revoca, si poneva in chiaro contrasto con i principi di economicità , buon andamento e prudente gestione delle risorse, dai quali la direzione dell'Azienda Ospedaliera Universitaria non aveva palesi ragioni per discostarsi .

Tale problematica, per gli oneri finanziari che ne sono derivati a carico del bilancio dell' Azienda sanitaria in questione, potrebbe rientrare nell'ambito delle valutazioni della Corte dei conti alla cui Procura Regionale per il Piemonte il TAR Piemonte ha già trasmesso la propria sentenza per altri profili .

5.6.. Alla luce delle esposte considerazioni, quindi, l'appello incidentale ed i motivi riproposti ai sensi dell'art 101 c p a vanno accolti nei sensi e limiti esposti e per l'effetto, in riforma della sentenza TAR, viene accolta la domanda della CIR FOOD diretta ad ottenere il ristoro del pregiudizio economico subito in conseguenza della revoca, quantificato in via equitativa in euro 200.000,00 con

riferimento al danno all'immagine ed agli oneri organizzativi sostenuti nelle more della comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento di revoca.

6. Riepilogando, quindi, preliminarmente respinte le eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità sollevate avverso l'appello principale, quest'ultimo, quanto ai motivi aggiunti, va accolto nei sensi e limiti di cui sopra e per l'effetto, in riforma della sentenza TAR, i due ricorsi proposti da soc. cooperativa CIR FOOD in primo grado per l'annullamento delle delibere dell'Azienda O. U. S. Giovanni Battista di Torino n 126/20011- 127/2011- 99/2011 e 187/2011, unitamente agli altri atti impugnati, vanno respinti, nonché per la richiesta di risarcimento del danno; l'atto di appello introduttivo, invece, va dichiarato improcedibile; vanno accolti in parte qua l'appello incidentale ed i motivi ex art 101 c p a della CIR FOOD e per l'effetto, in riforma della sentenza TAR, viene riconosciuto il diritto della CIR al ristoro del pregiudizio economico patito a seguito della revoca della gara in controversia, quantificato in euro 200.000,00, con la conseguente condanna della Azienda O.U. suddetta a versare la somma corrispondente.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite per entrambi i gradi di giudizio in relazione alla reciproca soccombenza, nonché alle particolari situazioni di fatto e di diritto in cui sono state coinvolte entrambe le parti; per gli stessi motivi vengono divisi in parti uguali tra entrambe le parti gli oneri della verifica, che sono stati liquidati dal TAR con provvedimento distinto dalla sentenza appellata.

7. Si manda alla segreteria di questa Sezione di trasmettere la presente sentenza alla Procura Regionale della Corte dei conti per il Piemonte per la valutazione circa la sussistenza o meno di eventuali profili di competenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello principale, quanto ai motivi aggiunti, nei sensi e limiti di cui in motivazione e per

l'effetto, in riforma della sentenza TAR, respinge i ricorsi proposti da CIR FOOD per l'annullamento delle delibere dell'Azienda Ospedaliera Universitaria San Giovanni Battista di Torino n 126/2011, n. 127 /2011 e n. 187/2011, unitamente agli altri atti indicati in motivazione, nonché per il risarcimento del danno, mentre lo dichiara improcedibile nel resto;

accoglie in parte qua l'appello incidentale ed i motivi riproposti da CIR FOOD, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto riconosce a CIR FOOD il diritto all'indennizzo del pregiudizio economico cagionato dalla revoca della gara, liquidato in euro 200.000,00, con la conseguente condanna della Azienda O. U. S. Giovanni Battista di Torino a versare a CIR FOOD la predetta somma, mentre li respinge per la restante parte.

Spese di lite per entrambi i gradi di giudizio compensate tra le parti; diviso in quote eguali tra le parti del giudizio l'emolumento liquidato dal TAR all'incaricato della verifica disposta in primo grado.

Manda alla segreteria di trasmettere copia della sentenza alla Procura Regionale della Corte dei conti per il Piemonte per eventuali profili di competenza.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/10/2012

IL SEGRETARIO

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