

L'estensione del contratto ad altre aree territoriali è ammissibile solo se prevista originariamente nella disciplina di gara e a condizione che essa sia determinata con riferimento all'oggetto e al corrispettivo massimo

di Elisabetta Pistis

Data di pubblicazione: 2-3-2018

L'estensione dell'oggetto e dell'ambito territoriale del contratto originario è ammissibile in presenza di tre condizioni: a) la disciplina di gara ha contemplato espressamente la possibilità di estensione; b) la disciplina di gara ha definito l'ambito oggettivo della possibile e futura estensione; c) la disciplina di gara ha definito il corrispettivo massimo in caso di estensione del contratto.

Conformi: Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442; Consiglio di Stato, sez. V, 11 febbraio 2014, n. 663.

Guida alla lettura

La ricorrente è un operatore nel mercato dei servizi di ristorazione. L'Amministrazione resistente è l'Azienda regionale per la Tutela della Salute, nata a seguito della fusione per incorporazione delle sette ASL presenti sul territorio regionale nell'azienda incorporante di Sassari.

Il giudizio ha ad oggetto la legittimità della decisione della ATS di affidare i servizi di ristorazione a favore dei degenti dei Presidi ospedalieri di Sassari, Alghero, Ozieri, Ittiri e Thiesi, delle Cliniche Universitarie e di quattro comunità protette, all'RTI già aggiudicatario del contratto stipulato dall'ASSL di Cagliari.

Il TAR della Sardegna ha ritenuto che tale decisione fosse illegittima in quanto con essa l'Azienda, attraverso una estensione dell'originario contratto, avrebbe sostanzialmente disposto un affidamento diretto in favore del medesimo operatore già aggiudicatario della gara indetta dall'Azienda di Cagliari. Tale estensione è stata giudicata non conforme alle regole nazionali e comunitarie in materia di contratti pubblici che impongono che gli operatori siano posti nel competere in una situazione di completa *par condicio*. La clausola di estensione del contratto non era infatti prevista dalla disciplina di gara originaria, né sotto il profilo dell'*an*, né sotto il profilo del *quantum*. Il TAR ha considerato irrilevante la circostanza che l'ATS, in ragione delle previsioni della l.r. n. 17/16, fosse subentrata in tutti i rapporti in essere con le Aziende incorporate come è quella di Cagliari. Il punto fondamentale, per il TAR, rimane l'elemento oggettivo rappresentato dal fatto che nella disciplina della gara bandita dall'Azienda di Cagliari non era stata prevista la possibilità di estensione del contratto ad ambiti territoriali diversi.

Il ragionamento del TAR appare in linea con l'orientamento giurisprudenziale prevalente che considera l'affidamento diretto -ma il ragionamento è lo stesso per le procedure negoziate senza bando nell'ambito dei settori ordinari- un'ipotesi del tutto eccezionale cui è possibile ricorrere solo in presenza dei presupposti previsti da Codice dei contratti pubblici. I contratti pubblici sono infatti soggetti al principio di immodificabilità dell'oggetto contrattuale, che deve sovrintendere all'esecuzione di ogni prestazione (sul punto, ANAC n. 686/2017). Si configura un affidamento diretto ogni qualvolta l'Amministrazione disponga l'aggiudicazione di una fornitura, di un servizio o di un lavoro, al di fuori del confronto competitivo come regolato dalla legge di gara. Ne deriva che non può non essere considerato tale anche l'affidamento di un servizio che, pur essendo già oggetto di un precedente contratto di appalto, sia diverso negli aspetti essenziali, quali corrispettivo, oggetto e ambito territoriale, da quello previsto dall'originaria disciplina di gara. Anche in questo caso infatti è lesa la *par condicio* fra i concorrenti proprio perché l'oggetto dell'affidamento è diverso nella sostanza da quello in ordine al quale si è svolto il confronto competitivo (Corte di Giustizia, C-91-08, 13 aprile 2010 e C-549/14, 7 settembre 2016). Specularmente, come ha riconosciuto il TAR, non si configura alcuna violazione della *par condicio* e degli obblighi di trasparenza delle procedure allorquando la disciplina di gara sin dall'origine abbia previsto la possibilità di estensione, definendone nel contempo l'ambito oggettivo e il corrispettivo massimo. In tal caso non può configurarsi un affidamento diretto all'aggiudicatario del precedente contratto posto che la clausola di estensione è stata oggetto specifico del confronto competitivo e di essa è stata resa edotta a monte l'intera platea dei potenziali concorrenti.

La sentenza del TAR affronta anche il profilo dell'applicabilità delle disposizioni dell'art. 17 della legge n. 111/2011 e dell'art. 1 della legge 296/2006, ritenendole non pertinenti nel caso di specie. La prima previsione richiamata è riferita al caso specifico di rinegoziazioni di precedenti contratti a seguito di rescissioni contrattuali ed è di strettissima interpretazione proprio perché costituisce una deroga a principi fondamentali di rilevanza europea. La seconda, invece, avente ad oggetto l'obbligo per gli enti sanitari di approvvigionarsi tramite gli accordi-quadri stipulati dalle centrali di committenza, è del tutto inconferente, da un lato, perché nel caso in esame non risulta fosse stato stipulato un accordo quadro, e dall'altro lato, perché l'aggiudicazione degli accordi quadro e dei contratti applicativi comunque avviene nel rispetto delle regole della parità di trattamento e della trasparenza delle procedure di aggiudicazione.

Publicato il 07/02/2018

N. 00074/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00862/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 862 del 2017, proposto da:
Sodexo Italia S.p.A., Sesel S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Maurizio Boifava, Antonio Maria Lei, con domicilio eletto presso lo studio Gianfranco Trullu in Cagliari, via Cugia n. 43;

contro

Ats Sardegna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Luisa Brundu, con domicilio eletto presso il suo studio in Sassari, via Catalocchino 11;

nei confronti di

Elior Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Anania, Nicola Melis, con domicilio eletto presso lo studio Nicola Melis in Cagliari, corso Vittorio Emanuele II, 76;
Catering Piu S.r.l., Cocktail Service S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

1) della deliberazione del Direttore Generale della ATS n. 931 del 28/09/2017, nella parte in cui (Allegato 1, punto 17), in relazione al servizio di ristorazione della ASL di Sassari dispone che il servizio garantito fino ad oggi dalle ricorrenti sia affidato al RTI controinteressato, utilizzando il contratto attivo dell'ASSL Cagliari, nelle more della indizione della nuova gara e fino alla conclusione della stessa;

2) di ogni altro atto o provvedimento connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Ats Sardegna e di Elior Ristorazione S.p.A.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2017 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione n. 931 del 28 settembre 2017 il direttore generale della ATS ha disposto che il servizio di ristorazione a favore dei degenti dei Presidi ospedalieri di Sassari, Alghero, Ozieri, Ittiri e Thiesi, delle Cliniche Universitarie e di quattro comunità protette fosse affidato dal 15 ottobre 2017 al raggruppamento controinteressato utilizzando il contratto attivo dell'ASSL di Cagliari, nelle more della indizione della nuova gara e fino alla conclusione della stessa.

La ricorrente, avverso gli atti indicati in epigrafe ha dedotto le seguenti censure:

1) violazione dell'art. 7 L. 241/90, violazione dei principi generali dell'ordinamento in tema di garanzie partecipative;

2) violazione degli art. 21 e 63 d.lgs. 50/2016, violazione della deliberazione del direttore generale n. 120 del 16 marzo 2017;

3) violazione dei principi generali di trasparenza, pubblicità e concorrenza, violazione degli artt. 4, 29, 30 e 106 d.lgs. 50/2016, eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e di diritto, arbitrarietà, irragionevolezza, violazione del principio del giusto procedimento, difetto di motivazione;

4) eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità.

Ha concluso per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Si sono costituiti l'amministrazione intimata e la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 6 dicembre 2017, previo avviso alle parti, il ricorso è stato trattenuto per la decisione in forma semplificata sussistentone i presupposti.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Il caso all'esame del Collegio è del tutto analogo ad altro che recentemente questa stessa Sezione ha avuto modo di analizzare.

E' utile riportare le motivazioni della sentenza resa su questione, lo si ribadisce, del tutto analoga.

"La decisione assunta dalla Asl di Nuoro, sostanzialmente, implica un "affidamento diretto" illegittimo, in quanto disposto in favore del medesimo operatore che partecipò e si aggiudicò altra gara, analoga, espletata dalla Asl di Sassari.

È stata sostanzialmente compiuta, da altra Asl, una "estensione" dell'originario contratto.

"Estensione" che è stata disposta da altra amministrazione, per il medesimo oggetto (lo stesso servizio per intero e per il medesimo ammontare) non prevista nelle originarie regole di gara e nel contratto che ne è seguito.

La gara di Sassari si è svolta nel giugno 2016. La Asl di Nuoro ha deciso, nel febbraio 2017, stante la corrispondenza oggettiva e l'interesse ad acquisire la medesima prestazione, di utilizzare la medesima gara.

La difesa della ATS, qui costituita, sostiene che, essendo intervenuta con la legge regionale 17/2016 la riforma sanitaria, l'eliminazione del preesistente riparto territoriale fra le diverse Aziende locali implicherebbe che tutti i rapporti in essere debbano essere imputati, in subentro, all'ATS.

Sulla base di tale argomentazione l'azienda unificata ritiene che avrebbe potuto gestire i diversi contratti sussistenti sul territorio regionale in modo unitario, in veste di Centrale di committenza.

Il ragionamento non convince.

Il principio generale che deve essere affermato ed applicato è che l'operatore che partecipa alla gara pubblica deve essere posto in condizione di poter conoscere quali sono tutte le regole contrattuali.

Nel caso di specie nella gara sassarese nessuna indicazione era contenuta in relazione alla possibile "futura estensione" della fornitura del servizio (in favore della medesima azienda e tanto meno in favore di altre).

Nonostante possa sussistere una giustificazione sia in termini di economicità del servizio, sia al fine di evitare procedure di gara per ottenere il medesimo affidamento del servizio, le regole nazionali e, ancor prima, comunitarie, in materia di contratti pubblici, impongono che gli operatori siano posti, nel competere, in una situazione di completa "par condicio".

Ciò significa che un concorrente poteva essere non interessato a partecipare alla gara di Sassari (o non era riuscito a presentare domanda entro il termine; o per non aver ancora la disponibilità dello strumento o del servizio richiesto; o per altri motivi), mentre poteva ritenere di poter partecipare a quella di Nuoro.

Nel caso di specie, invece, l'operatore che era risultato aggiudicatario nella gara di Sassari (senza alcuna previsione esplicita di possibile "estensione" del contratto) ottiene, con la determinazione impugnata, una integrale "rinnovazione" e duplicazione del contratto, in favore di altra azienda sanitaria (Nuoro).

Per decisione unilaterale.

Tale decisione non è consentita ed ammessa dall'ordinamento.

Ciò che è ammesso, in materia di "estensione" dell'oggetto e dell'ambito del contratto, soggiace a tre specifiche limitazioni:

- la gara indetta, alla quale l'operatore partecipa, deve contemplare la possibilità, in futuro, di "estendere" il contratto, che verrà stipulato; con la partecipazione e la stipula l'aggiudicatario "aderisce" a questa futura ipotesi (in quello stadio ancora teorica e potenziale);

- inoltre è necessario che sia definito l'"oggetto" della prestazione, in modo da non rendere aleatoria la previsione; come tale deve essere identificato l'ambito della possibile estensione;

- occorre, comunque, che sia stato preventivamente determinato (elemento che deve essere conosciuto da tutti gli operatori potenzialmente partecipanti), con "quantificazione" del relativo corrispettivo "massimo", in ordine al quale l'aggiudicatario assume preventivamente l'impegno, definito in termini di "certezza" in ordine ai vari e diversificati aspetti.

In assenza di tali presupposti l'"estensione di contratto", in favore della medesima amministrazione, non è ammissibile.

Tanto meno in favore, come in questo caso, di un soggetto diverso.

Sebbene le AASLL siano state unificate dal legislatore regionale (con la LR 17/2016), con creazione dell'azienda regionale sanitaria unica, tale profilo di modificazione soggettiva nella titolarità del rapporto contrattuale (di Sassari), non risulta essere, ai nostri fini, elemento significativo.

L'assenza di determinazione preventiva, già in sede di gara originaria e di contratto, dell'ambito della "possibile estensione" non consente l'"utilizzabilità" della procedura (e della graduatoria) espletata da una determinata ASL, in favore di altra Azienda (in formula "per adesione").

Il profilo inerente l'"attribuzione soggettiva" dei rapporti giuridici (alla ASL o, invece, all'ATS) non costituisce elemento normativo per poter ritenere l'"estensione" ammissibile, con possibilità di utilizzare precedenti contratti (che non contemplavano la possibile estensione) in ambiti territoriali diversi.

Difetta, infatti, il presupposto della "conoscenza preventiva", in favore di tutti gli operatori del settore, nonché la "determinatezza" della prestazione.

Elementi che debbono sussistere, entrambi, nella fase originaria (nelle regole di gara pubblicate).

Nel caso oggetto della presente controversia, invece, risultano assenti (tutti e tre), gli elementi che avrebbero potuto consentire l'ulteriore fornitura/noleggio, ed il correlato servizio, del tomografo per 5 anni presso la ASL di Nuoro.

Si richiama, in materia la recente pronuncia del Consiglio di Stato n. 442/2016 che ha ritenuto la "clausola estensiva" ammissibile solo se ad oggetto determinato (con l'individuazione del limite massimo), nell'evidente principio del rispetto dell'obbligo di "certezza" delle prestazioni "aggiuntive".

Sotto altro profilo la difesa dell'amministrazione sostiene che, ora, nell'ambito dell'ATS sarebbe prevista, in via generale, l'estensibilità del contratto, tramite "clausole di adesione postume", in modo da favorire la centralizzazione degli acquisti.

Ma sul punto va considerato che la decisione non sarebbe comunque legittima, anche qualora fosse sostenuta, in linea teorica, (come è presumibile):

- da elementi di "economicità" del servizio (ritenuto vantaggioso nel "quantum" del corrispettivo quinquennale);

- per evitare i tempi necessari di espletamento delle procedure di gara per l'acquisizione dello strumento e dell'affidamento del relativo servizio.

Tali elementi non consentono di "estendere" un contratto, in violazione del principio di concorrenzialità. Altrimenti sarebbe ipotizzabile che, per tutti i contratti, potrebbe scaturire la "moltiplicazione" delle prestazioni, in favore della stessa o di altre Amministrazioni (il dato soggettivo è poco rilevante e non significativo), non previste in origine.

La difesa ATS menziona inoltre l'art. 17 della L. 111/2011.

In realtà il comma 1 lett. a) dell'art. 17 richiamato si riferisce ad una ipotesi del tutto diversa.

La norma prevede che, "Le aziende sanitarie che abbiano proceduto alla rescissione del contratto, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di assicurare comunque la disponibilità dei beni e servizi indispensabili per garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture".

Tale norma non ha una valenza generale (che ATS vorrebbe attribuirle) ma si riferisce alla peculiare disciplina ivi specificamente contemplata, inerente alla "rinegoziazione" di precedenti accordi. Con facoltà per le aziende sanitarie di recedere dal contratto senza alcun onere in caso di mancato accordo di ridimensionamento dei corrispettivi qualora emergano differenze significative dei prezzi per gli acquisti di beni e servizi.

Né la previsione di disposizioni (come l'articolo 1 comma 449 della legge 296/2006), che impongono agli enti sanitari l'obbligo di approvvigionarsi tramite gli accordi-quadri stipulati dalle centrali di committenza della propria regione, rappresenta un elemento che può sostenere la decisione impugnata.

Ciò che qui rileva è innanzitutto il "profilo oggettivo" (previsione preventiva di possibile "estensione" del contratto, con quantum predeterminato), più che l'aspetto soggettivo.

Infatti, anche qualora la procedura fosse stata espletata da ATS, ma con contratto stipulato senza alcuna menzione della facoltà/possibilità di estensione dello stesso (quindi da parte del medesimo soggetto che intende, poi, utilizzare le medesime prestazioni), l'ammissibilità della "rinnovazione" contrattuale sarebbe comunque da escludersi.

In sostanza, in carenza dei presupposti per l'utilizzazione del precedente affidamento, era necessario ed imprescindibile l'espletamento di una nuova procedura ad evidenza pubblica (gestita da Asl o da ATS, in base alle competenze).

La decisione impugnata costituisce, dunque, elusione al principio di affidamento dei contratti pubblici, in quanto è mancato, per l'acquisizione della prestazione, il previo confronto concorrenziale, secondo criteri determinati dall'amministrazione di Nuoro (uguali o diversi), con o senza previsione di ulteriore estensione del nuovo contratto per future esigenze proprie o altrui.

Infine va considerato non significativo il precedente che è stato richiamato, relativo alla Asl di Olbia, in quanto in quel caso era stata prevista, a monte, la possibilità di estensione del contratto anche per altre aree regionali. Inoltre, in quel caso, veniva precisato sia il termine massimo che l'importo massimo della prestazione.

In conclusione, ritenuta non rilevante, ai nostri fini, la novella intervenuta con legge regionale 17/2016, in quanto, anche valutando come "soggetto unico" la stazione appaltante (come ATS e non più singole AASSLL territoriali), mancherebbe, comunque, il rispetto del principio di «determinatezza preventiva» dell'obbligo contrattuale, che potrebbe essere oggetto di ampliamento (futuro) della prestazione richiesta.

Dunque, a prescindere dalla sussistente o meno disponibilità dell'aggiudicatario di estendere (anzi, in questo caso, duplicare) il proprio contratto, permane, come prioritaria, l'esigenza di tutela della par condicio e della concorrenzialità nell'accesso alle commesse pubbliche.

In conclusione il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e vengono quantificate in dispositivo (T.a.r. Sardegna, sez. I, 28 novembre 2017, n. 737).

Come è noto, la motivazione della sentenza in forma semplificata può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme.

E' quest'ultimo il caso che qui occupa il Collegio.

La vicenda qui portata esaminata è del tutto analoga a quella risolta da questa sezione con la citata sentenza 737/2017. I principi affermati possono essere qui integralmente richiamati con conseguente accoglimento del ricorso e annullamento degli atti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza nei confronti dell'amministrazione e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'amministrazione alle spese del presente giudizio in favore della ricorrente liquidate in € 2.000/00 (duemila) oltre accessori di legge e restituzione contributo unificato.

Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore