

Pubblicato il 29/09/2020

N. 00166/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00126/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;  
sul ricorso numero di registro generale 126 del 2020, proposto dalla società Sodexo Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Boifava e Giuseppina Salatino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

- Azienda pubblica di Servizi alla Persona “Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno” e Azienda pubblica di Servizi alla Persona “Piccolo Spedale”, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni Sala e Maurizio Moncher, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- Azienda pubblica di Servizi alla Persona “Suor Agnese”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocatura distrettuale dello

Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, Largo Porta Nuova n. 9, presso gli uffici dell'Avvocatura;

***nei confronti***

Risto 3, Ristorazione del Trentino, Società cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Monica Carlin con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Santa Maddalena n. 12, presso lo studio del predetto avvocato;

***per l'annullamento***

dei seguenti atti: A) la determinazione del direttore dell'Azienda pubblica di Servizi alla Persona "Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno" n. 82 del 28/08/2020, pubblicata in data 2 settembre 2020, con la quale è stato disposto di *«rettificare, per i motivi espressi in premessa, la precedente Determinazione del Direttore n.70 del 09/07/2020, stabilendo che ogni sua parte in cui è prevista la dicitura "aggiudicazione provvisoria" (o equivalente) debba essere considerata, modificata e letta come "aggiudicazione ex art. 32, comma 5, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50"»*, così aggiudicando il servizio ristorazione presso le Aziende pubbliche di Servizi alla Persona "Suor Agnese" di Castello Tesino, "Piccolo Spedale" di Pieve Tesino e "Casa di soggiorno Suor Filippina di Grigno", per il periodo di anni cinque, alla Risto 3, Ristorazione del Trentino, Società cooperativa; B) la determinazione del direttore dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno" n. 70 del 9 luglio 2020, con la quale si è ritenuto di *«approvare, per i motivi espressi in premessa, i verbali della Commissione di gara, della "Commissione tecnica" (ex art. 77 D.Lgs n. 50/2016) ed il "verbale di gara telematica" prodotto dal portale MEPAT, della gara di cui al punto 1; documentazione che forma parte integrante e sostanziale del presente provvedimento anche se materialmente non allegata ma archiviata digitalmente presso gli archivi dell'Ente»*, nonché di *«aggiudicare, in via provvisoria e per i motivi espressi in premessa, il Servizio di ristorazione da svolgersi per un periodo di cinque anni presso le A.P.S.P. "Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno", "Suor Agnese" di Castello*

*Tesino e “Piccolo Spedale” di Pieve Tesino, alla ditta RISTO 3 – Ristorazione del Trentino (ID MEPAT 217472)»; C) tutti i verbali della procedura di gara, nelle parti in cui è stata ritenuta ammissibile, valutabile oltre che economicamente più vantaggiosa l’offerta della società Risto 3, per l’effetto collocandola prima in graduatoria; D) la lettera d’invito ed il capitolato speciale di appalto, con tutti gli annessi modelli e allegati, ivi compresi i chiarimenti, nonché la determinazione a contrarre n. 56 del 29 maggio 2020;*

nonché per la condanna della stazione appaltante a disporre l’aggiudicazione alla ricorrente, con conseguente stipula del relativo contratto d’appalto, a valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito, previa in ogni caso, declaratoria ex art. 122 cod. proc. amm. di inefficacia del contratto eventualmente stipulato in pendenza del gravame o declaratoria di subingresso della ricorrente;

nonché, in via subordinata, nella denegata ipotesi d’impossibilità di reintegrazione in forma specifica, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente ex art. 124 cod. proc. amm.

nonché, in via ulteriormente subordinata, per la condanna della stazione appaltante alla rinnovazione della procedura di gara emendata dai profili d’illegittimità censurati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda pubblica di Servizi alla Persona “Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno” e dell’Azienda pubblica di Servizi alla Persona “Piccolo Spedale”, dell’Azienda pubblica di Servizi alla Persona “Suor Agnese” e della controinteressata Risto 3;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2020 il dott. Carlo Polidori e uditi l’avvocato Giuseppina Salatino, per la società ricorrente, gli avvocati

Giovanni Sala e Maurizio Moncher per le Aziende “Casa di soggiorno suor Filippina di Grigno” e “Piccolo ospedale”, l’avvocato dello Stato Dario Bellisario per l’Azienda “Suor Agnese”, e l’avvocato Monica Carlin per la controinteressata Risto 3;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L’Azienda Pubblica di Servizi alla Persona “Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno” (di seguito “stazione appaltante”) con nota del 29 maggio 2020 ha invitato, tra le altre, la ricorrente Sodexo Italia e la controinteressata Risto 3 a partecipare alla procedura negoziata, indetta ai sensi del combinato disposto degli articoli 5, comma 4, lett. c), della legge provinciale n. 2/2016, 21 della legge provinciale n. 23/1990 e 2, comma 1, della legge provinciale n. 2/2020, per l’affidamento del «*servizio ristorazione presso le A.P.S.P. “Suor Agnese” di Castello Tesino, “Piccolo Spedale” di Pieve Tesino e “Casa di soggiorno Suor Filippina” di Grigno per il periodo di anni 5 (cinque)*», unico lotto con importo a base d’asta pari ad € 3.805.490,00, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La *lex specialis*, per quanto d’interesse in questa sede, prevedeva: A) all’art. 2.a, comma 1, del capitolato speciale di appalto (rubricato “*prestazioni richieste dalla stazione appaltante (A.P.S.P.) all’appaltatore*”), che “*Per la prestazione di detto servizio, la Ditta aggiudicataria dovrà provvedere: ... alla dotazione di un registro di carico e scarico degli oli esausti e dei grassi alimentari per i quali dovrà essere presente un contratto con ditte autorizzate al ritiro degli stessi; ... alla predisposizione del programma di autocontrollo e relativi diagrammi di flusso, il piano di autocontrollo e relativo aggiornamento deve essere adeguato alle relative norme in materia di igiene; ... ogni altro bene o servizio necessario all’esecuzione del contratto e previsto dal presente Capitolato*”; B) all’art. 18, comma 1, del capitolato speciale di appalto (rubricato “*Subappalto*”), che “*In conformità a quanto previsto dall’art. 26 della legge*

*provinciale n. 2/2016, è ammesso il subappalto. L'appaltatore che intende affidare in subappalto dovrà indicare le prestazioni da subappaltare nell'apposito spazio predisposto sul modulo di offerta fornito dall'Amministrazione che dovrà essere caricato a sistema, come dà indicazioni fornite nella lettera d'invito. ...*"; C) all'art. 42, comma 1, del capitolato speciale di appalto (rubricato "Sistema di autocontrollo"), che "La Ditta è tenuta a predisporre e consegnare, entro 30 (trenta) giorni dall'inizio del servizio, il Piano di autocontrollo specifico e personalizzato con l'indicazione esplicita del Laboratorio che effettuerà le analisi sia sulle attrezzature sia sugli alimenti indicando anche la loro frequenza. ..."; D) all'art. 48, comma 2, del capitolato speciale di appalto (rubricato "Gestione dei rifiuti"), che "La ditta dovrà provvedere alla raccolta e allo smaltimento degli oli esausti e di ogni altro rifiuto prodotto dalla cucina e alle attività ad essa collegata, secondo modalità di legge".

Secondo quanto riferisce la ricorrente, in data 9 luglio 2020, all'esito delle operazioni di gara, la stazione appaltante ha comunicato che «con determinazione del Direttore n. 70 del 09/07/2020 è stato aggiudicato in via provvisoria il Servizio di ristorazione ... alla ditta RISTO 3 – Ristorazione del Trentino», ma tale determinazione non è mai stata comunicata nelle forme di legge e solo in data 2 settembre 2020, a seguito di una specifica richiesta di informazioni, la stazione appaltante ha pubblicato sul proprio sito internet, nella sezione Albo Telematico, la determinazione del direttore dell'Azienda pubblica di Servizi alla Persona "Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno" n. 82 del 28/08/2020, pubblicata in data 2 settembre 2020, con la quale è stato disposto di «rettificare, per i motivi espressi in premessa, la precedente Determinazione del Direttore n.70 del 09/07/2020, stabilendo che ogni sua parte in cui è prevista la dicitura "aggiudicazione provvisoria" (o equivalente) debba essere considerata, modificata e letta come "aggiudicazione ex art. 32, comma 5, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50"», così aggiudicando alla società Risto 3 il servizio ristorazione presso le Azienda pubbliche di Servizi alla Persona "Suor Agnese" di Castello Tesino, "Piccolo Spedale" di Pieve Tesino e "Casa di soggiorno Suor Filippina di Grigno".

2. Degli atti impugnati la società ricorrente chiede l'annullamento per i seguenti motivi.

I) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 della legge provinciale n. 2/2016 e degli articoli 83 e 105 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica, con particolare riferimento alla par condicio; eccesso di potere sviamento, travisamento dei presupposti di fatto, illogicità ed ingiustizia manifesta.*

Coerentemente con quanto previsto dall'art. 26, comma 1, della legge provinciale n. 2/2016 l'art. 18 del capitolato speciale di appalto ammette il subappalto, precisando però che l'appaltatore che intende affidare in subappalto *“dovrà indicare le prestazioni da subappaltare nell'apposito spazio predisposto sul modulo di offerta fornito dall'Amministrazione che dovrà essere caricato a sistema, come dà indicazioni fornite nella lettera d'invito”*. Ciononostante l'aggiudicataria Risto 3 nulla ha dichiarato, nell'apposito modulo predisposto dalla stazione appaltante, riguardo al subappalto delle attività di analisi microbiologiche sulle attrezzature e sugli alimenti, nonché di igiene, disinfezione e sanificazione previste dagli articoli 2.a e 42 del capitolato speciale, e di raccolta e smaltimento degli oli esausti e di ogni altro rifiuto prodotto dalla cucina, previste dagli articoli 2.a e 48 del capitolato speciale, sebbene la medesima Risto 3 non sia in grado di eseguire tali attività direttamente, in quanto estranee all'oggetto sociale. Dunque l'aggiudicataria, non potendo garantire l'integrale esecuzione del contratto alle condizioni previste dal capitolato speciale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, e ciò in ragione di quanto affermato dalla giurisprudenza riguardo alla mancata dichiarazione del c.d. subappalto necessario.

Né varrebbe a giustificare la mancata esclusione dell'aggiudicataria l'eventuale esistenza di contratti continuativi di cooperazione, servizi e/o forniture di cui all'art. 105, comma 3, lett. c-bis, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Difatti tali contratti

non possono essere utilizzati per sopperire alla inidonea qualificazione del concorrente ad eseguire la prestazione richiesta.

Né tantomeno potrebbe rilevare nella fattispecie il ricorso al c.d. soccorso istruttorio. Difatti l'omessa dichiarazione del subappalto necessario non è suscettibile di soccorso istruttorio perché, attraverso tale rimedio, si consentirebbe all'impresa non di sanare un vizio formale, bensì di modificare l'offerta, integrandola con la previsione di un subappalto necessario.

*II) Violazione e falsa applicazione degli articoli 2 e 7, della legge provinciale n. 2/2016 e 51, comma 1, del d.lgs. 50/2016; violazione dei principi di libera concorrenza, di parità di trattamento, di proporzionalità; eccesso di potere per assenza di motivazione.*

In via subordinata, l'intera procedura di gara risulta illegittima in quanto la stessa è stata bandita per l'affidamento di un lotto unico, sebbene si tratti di servizi da prestare in favore di tre distinti soggetti, l'Aziende "Suor Agnese" di Castello Tesino, "Piccolo Spedale" di Pieve Tesino" e "Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno", ma né la determinazione direttoriale n. 56/2020, di indizione della gara ed approvazione dei relativi atti, né la lettera d'invito, né tantomeno il capitolato speciale d'appalto - in violazione delle norme in epigrafe indicate - indicano le ragioni tecniche o economiche impeditive della suddivisione in lotti.

3. Le Aziende "Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno" e "Piccolo Spedale" si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso e con memoria depositata in data 22 settembre hanno replicato alle suesposte censure.

In particolare, riguardo al primo motivo, è stato evidenziato che l'oggetto dell'appalto era costituito dalla preparazione di pasti, attività senz'altro rientrante nell'oggetto sociale dell'aggiudicataria e che questa è in grado di svolgere direttamente, senza necessità di ricorrere al subappalto. Dunque, essendo l'aggiudicataria in grado di garantire l'integrale esecuzione del contratto, non vi era motivo per disporre la sua esclusione dalla gara.

Del resto le prestazioni alle quali si riferisce la ricorrente non rientrano nell'oggetto dell'appalto, come descritto nel capitolato speciale, ma costituiscono prestazioni di carattere complementare e accessorio, peraltro dirette a favore dell'appaltatore, e non della stazione appaltante, restando il soggetto affidatario dell'appalto responsabile nei confronti di quest'ultima per eventuali inadempimenti nella fase esecutiva. Pertanto - diversamente da quanto affermato nel ricorso - tali prestazioni accessorie possono costituire oggetto di contratti di cooperazione stipulati dall'aggiudicataria con soggetti terzi, ossia di contratti che in base all'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del decreto legislativo n. 50/2016 non sono soggetti alla disciplina del subappalto e, quindi, non dovevano formare oggetto di un'espressa dichiarazione in seno all'offerta presentata in gara. Per tale ragione l'aggiudicataria ha stipulato separati contratti con la società Bioanalisi Trentina s.r.l. per le attività di analisi e con la società cooperativa Ecoopera per la raccolta dell'olio alimentare esausto di Trento. In via del tutto subordinata, è stato evidenziato che la giurisprudenza riconosce il dovere, per la stazione appaltante, di ricorrere al soccorso istruttorio anche nel caso di omessa indicazione, negli atti di gara, delle parti del servizio che il concorrente intende affidare in subappalto.

Quanto al secondo motivo, ne è stata preliminarmente eccepita l'inammissibilità, perché non si comprende quale utilità avrebbe ricavato la ricorrente se, anziché una sola gara, ne fossero state indette tre, avendo la ricorrente medesima partecipato alla gara unica, nonché la tardività, perché la contestazione relativa alla scelta di bandire un'unica procedura di gara avrebbe dovuto essere formulato impugnando immediatamente il bando e la lettera di invito del 29 maggio 2020.

Nel merito è stato poi evidenziato che, secondo la giurisprudenza, la suddivisione dell'appalto in lotti non costituisce un precetto inderogabile, essendo derogabile attraverso una decisione adeguatamente motivata, e che nella fattispecie la motivazione della scelta di bandire un'unica gara si rinviene nel decreto dell'Azienda



capofila “Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno” n. 3 del 28 maggio 2020, nonché negli analoghi decreti del Presidente dell’Azienda “Piccolo Spedale” n. 5 del 22 maggio 2020, integrato dal successivo decreto n. 6, nonché nei decreti del Presidente dell’Azienda “Suor Agnese” n. 1 del 21 maggio 2020 e n. 2 del 28 maggio 2020.

4. Anche l’Azienda “Suor Agnese” si è costituita in giudizio per resistere al ricorso con memoria depositata in data 21 settembre 2020, eccependo preliminarmente la propria carenza di legittimazione passiva osservando che in base agli articoli 2 e 4 della Convenzione per la gestione associata della procedura di gara in questione, datata 29 maggio 2020, le tre Aziende *«individuano di concerto e nel rispetto della normativa vigente le modalità di scelta del soggetto affidatario, i criteri di aggiudicazione della procedura di gara, la durata del contratto, il contenuto del capitolato e ogni altro atto inerente alla gara»*, mentre l’Azienda capofila è stata individuata nella “Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno”, la quale *«si impegna ad indire la gara per l’affidamento in appalto del servizio di ristorazione in nome e per conto delle altre due Aziende in conformità alla l.p. 2/2020 e s.m. e alle altre disposizioni di legge e di regolamento»*; pertanto le doglianze relative alla procedura di gara avrebbero dovuto essere rivolte solo nei confronti dell’Azienda capofila, unica responsabile della gara.

Nel merito l’Azienda “Suor Agnese” ha svolto difese analoghe a quelle delle Aziende “Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno” e “Piccolo Spedale”, ribadendo - tra l’altro - che le attività di igiene, disinfezione sanificazione e quelle di raccolta e smaltimento dei rifiuti di cucina sono attività rivolte a favore dell’operatore economico affidatario dell’appalto e non direttamente a favore della stazione appaltante, per le quali trova applicazione l’art. 105, comma 3, lett. c-bis), del decreto legislativo n. 50/2016 e che la motivazione della scelta di procedere alla gestione unitaria della gara - che risiede nei notevoli risparmi di spesa derivanti dalla scelta

stessa - si rinviene nel decreto dell'Azienda "Casa di Soggiorno Suor Filippina" n. 3 del 2020.

5. Infine la società Risto 3 si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e con memoria depositata in data 22 settembre 2020 - oltre ad eccepire l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e l'irricevibilità dello stesso per tardività - ha replicato alle suesposte censure svolgendo difese analoghe a quelle delle altre parti resistenti.

6. Alla camera di consiglio del 24 settembre 2020 le parti sono state avvisate della possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.. Quindi il ricorso è passato in decisione.

## DIRITTO

1. In via preliminare il Collegio ritiene che sussistano i presupposti per definire del giudizio ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm..

2. Sempre in via preliminare il Collegio ritiene fondata l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dall'Azienda "Suor Agnese".

Secondo la giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Ad.Plen., 18 maggio 2018, n. 8), ai sensi dell'art. 41 comma 2, cod. proc. amm., in caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso deve essere notificato esclusivamente alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato.

Dunque nella fattispecie l'Azienda "Suor Agnese" risulta effettivamente priva di legittimazione passiva e deve, quindi, essere estromessa dal giudizio.

3. Sempre in via preliminare il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame di tutte le eccezioni di inammissibilità e irricevibilità sollevate da tutte le parti resistenti perché nessuna delle suesposte censure può essere accolta.

4. La ricorrente con il primo motivo deduce che l'aggiudicazione alla Risto 3 sarebbe, illegittima in quanto l'aggiudicataria non sarebbe in grado di eseguire direttamente

alcune delle attività oggetto dell'appalto, in quanto estranee al suo oggetto sociale, ma non indicate nell'offerta tra quelle oggetto di subappalto. In particolare, secondo la ricorrente, l'aggiudicataria non sarebbe in grado di eseguire direttamente alcune delle prestazioni previste all'art. 2 del capitolato speciale - e, in particolare, la *“dotazione di un registro di carico e scarico degli oli esausti e dei grassi alimentari”* e la *“predisposizione del programma di autocontrollo e relativi diagrammi di flusso”*, che, con i relativi aggiornamenti, *“deve essere adeguato alle relative norme in materia di igiene”* - trattandosi di attività non comprese nell'oggetto sociale dell'aggiudicataria; dunque l'affidamento a terzi di tali attività costituirebbe un subappalto, che di per sé è astrattamente ammissibile, ma in concreto l'aggiudicataria non potrebbe fare ricorso al subappalto non avendo dichiarato nella propria offerta l'intenzione di avvalersene. In definitiva l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per non aver manifestato nella propria offerta l'intenzione di ricorrere al subappalto. Difatti nella fattispecie - in ossequio all'art. 105, comma 4, lett. c), del decreto legislativo n. 50 del 2016 (secondo il quale *“i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché ... all'atto dell'offerta siano stato indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare”*) - l'art. 18, comma 2, del capitolato speciale dispone come segue: *“L'appaltatore che intende affidare in subappalto dovrà indicare le prestazioni da subappaltare nell'apposito spazio predisposto sul modulo di offerta fornito dall'Amministrazione che dovrà essere caricato a sistema, come dà indicazioni fornite nella lettera d'invito”*.

5. Tale motivo non può essere accolto per le seguenti ragioni.

L'art. 105, comma 3, del codice dei contratti pubblici, tra le categorie di forniture o servizi che, *“per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto”*, include espressamente, alla lett. c bis), *“le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore*

*alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante, prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto”.*

Deve allora ritenersi, secondo la giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. V, 19 maggio 2020, n. 3169), che «con i “contratti di cooperazione servizio e/o fornitura” la legge faccia riferimento ai contratti che il concorrente stipula con terzi allo scopo di procurarsi quanto necessario alla propria attività d'impresa ovvero, nello specifico, quei beni e servizi indispensabili all'esecuzione della prestazione in affidamento. I terzi contraenti, quindi, non eseguono una parte della prestazione oggetto dell'appalto ma procurano all'operatore economico aggiudicatario i mezzi per la sua esecuzione. A detti contratti, dunque, l'amministrazione aggiudicatrice resta completamente estranea come *res inter alios acta*. Non è così nel caso dell'avalimento, per il quale l'art. 89, comma 1, prevede la presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. L'ausiliaria, in forza di tale dichiarazione, assume obblighi anche verso la stazione appaltante. ... Portano a questa conclusione in primo luogo la formulazione letterale della disposizione che specifica che le prestazioni dei terzi contraenti sono rese “in favore dei soggetti affidatari”, così individuando chiaramente i destinatari (*id est* creditori) delle prestazioni nelle imprese concorrenti e non nelle stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7256; contra Cons. Stato, III, 18 luglio 2019, n. 5068 secondo cui con la formula riportata si allude alla “direzione giuridica della prestazione, ovvero al fatto che l'unica relazione giuridicamente rilevante... è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario”). Rileva, poi, anche la topografia della disposizione per coglierne la ratio. L'art. 105 del Codice dei contratti pubblici contiene la disciplina del subappalto; il comma 3, nello specifico, elenca le prestazioni che “non si configurano come attività affidate in subappalto”, ma che, per le modalità di esecuzione, potrebbero far sorgere dubbi circa il loro esatto inquadramento normativo. L'elencazione delimita, dunque, l'ambito di applicazione della disciplina del subappalto. Se il subappalto è il contratto con cui l'appaltatore affida a terzi

*l'esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto (comma 2), i contratti di cooperazione continuativa, di converso, non hanno ad oggetto la prestazione affidata ma quei beni e servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto. In definitiva, come rilevato in precedente pronuncia, i contratti di cui all'art. 105, comma 3, lett. c -bis) d.lgs. n. 50 del 2016 si caratterizzano per la "direzione soggettiva", in quanto resi all'impresa aggiudicataria, e per l'oggetto del contratto che è altro rispetto alla prestazione in affidamento con il contratto d'appalto (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 607)».*

Alla luce di tali considerazioni - che il Collegio integralmente condivide - resta solo da evidenziare che nella fattispecie l'oggetto dell'appalto, in base all'art. 1 del capitolato speciale, è costituito dalla gestione del "Servizio di gestione della giornata alimentare" delle Aziende committenti. Il secondo comma del medesimo art. 1 precisa che il servizio "consiste nella preparazione dei pasti per ciascun giorno dell'anno, nessuno escluso, da erogarsi agli ospiti residenti, agli utenti Servizio Assistenza Domiciliare, agli utenti Centro Servizi, agli utenti del Centro Diurno, agli utenti domiciliari, ai parenti degli ospiti, alle persone esterne e dipendenti". Inoltre, in base all'art. 2, comma 2, del capitolato, "l'appaltatore dovrà garantire la seguente attività: preparazione dei pasti per ciascun giorno dell'anno, nessuno escluso, da erogarsi dal lunedì alla domenica agli ospiti residenti, agli utenti Servizio Assistenza Domiciliare, agli utenti Centro Servizi, agli utenti del Centro Diurno, ai parenti degli ospiti, alle persone esterne e dipendenti".

Ciò posto, la tesi della ricorrente risulta priva di fondamento in quanto la *lex specialis* prevede espressamente anche attività accessorie come le analisi dei cibi e lo smaltimento degli olii esausti - che sono certamente attività complementari ai servizi di ristorazione - chiarendo implicitamente che per lo svolgimento di tali attività accessorie è possibile stipulare contratti di cooperazione continuativa, di cui all'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del codice dei contratti pubblici.

In particolare il capitolato speciale dispone, all'art. 2a, che per lo smaltimento degli oli esausti e dei grassi alimentari *“dovrà essere presente un contratto con ditte autorizzate al ritiro degli stessi”* e, all'art. 48, che l'aggiudicataria *“è responsabile del corretto smaltimento dei rifiuti e del mantenimento della pervietà delle condotte di deflusso delle acque reflue dalla cucina”*. Analogamente il capitolato speciale all'art. 42 prevede che *“la Ditta è tenuta a predisporre e consegnare, entro 30 (trenta) giorni dall'inizio del servizio, il Piano di autocontrollo specifico e personalizzato con l'indicazione esplicita del Laboratorio che effettuerà le analisi sia sulle attrezzature sia sugli alimenti indicando anche la loro frequenza”*.

Risulta allora evidente che tali disposizioni prevedono la possibilità, per l'aggiudicataria, di avvalersi della collaborazione di terzi per lo svolgimento delle attività in relazione alle quali la ricorrente contesta la mancata indicazione dell'intenzione di ricorrere al subappalto, ferma restando la responsabilità dell'aggiudicataria medesima nei confronti della stazione appaltante per eventuali inadempimenti che si verificano nella fase di esecuzione del contratto. Deve allora escludersi, in forza dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del codice dei contratti pubblici che tali rapporti di collaborazione rientrino nella fattispecie del subappalto. Del resto alle medesime conclusioni è pervenuta una recente pronuncia (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3211) relativa ad un caso pressoché identico a quello per cui è causa. Nella fattispecie si trattava di un appalto di servizi di ristorazione in relazione al quale la ricorrente lamentava *«la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria ... per l'assenza di una rituale ed espressa dichiarazione di ricorso al subappalto, in difetto della quale la stessa, non essendo in grado di effettuare autonomamente alcune delle prestazioni che si era impegnata ad eseguire nella propria offerta (nello specifico quelle esplicitate nelle parti dell'offerta tecnica in cui, rispettivamente, si descriveva il c.d. “piano di analisi microbiologiche e chimico - fisiche” e il c.d. “piano di lotto agli infestanti”), non avrebbe potuto garantire, né direttamente, né indirettamente, l'integrale esecuzione dell'appalto in questione»*.

A tal riguardo nella predetta pronuncia si legge quanto segue: *«l'oggetto espresso dell'appalto è unicamente quello della produzione dei pasti per il servizio di ristorazione, sicché la prestazione di analisi chimiche e gli interventi di disinfestazione, pur comprese nel complessivo oggetto del contratto in quanto necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, appaiono di carattere complementare ed aggiuntivo: sicché, fermo restando l'obbligo a carico dell'appaltatore di predisposizione e attuazione dei piani di analisi e disinfestazione, dette attività materiali (di laboratorio e di intervento contro gli infestanti) ben possono essere svolte da imprese cooperanti con l'appaltatore»*, sulla base di contratti continuativi di cooperazione ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del codice dei contratti pubblici. Si trattava, d'altra parte, di attività *«rivolte a favore dell'operatore economico affidatario (come avviene nei contratti continuativi di cooperazione servizio e fornitura) e non direttamente a favore del soggetto pubblico committente»*, con la conseguenza che *«di eventuali inadempimenti in fase esecutiva di tali prestazioni risponde sempre, nei confronti della stazione appaltante, il soggetto affidatario»*.

In ragione di quanto precede il Collegio conclusivamente ritiene che le prestazioni accessorie alle quali si riferisce la ricorrente possano essere svolte dalla ditta aggiudicataria mediante contratti di cooperazione, non riconducibili alla fattispecie del subappalto e, quindi, che l'aggiudicataria non fosse tenuta a dichiarare nella propria offerta l'intenzione di avvalersi del subappalto.

6. La ricorrente con il secondo motivo lamenta l'illegittimità dell'intera procedura di gara, in quanto articolata su un solo lotto, sebbene si tratti dell'affidamento di servizi da prestare a favore di tre distinti soggetti. In particolare, secondo la ricorrente, né nella determinazione direttoriale n. 56/2020, né nella *lex specialis* sarebbero specificato le ragioni impeditive della suddivisione dell'appalto in tre lotti distinti.

7. A tal riguardo giova preliminarmente evidenziare che, ai sensi dell'art. 51, comma 1, del codice dei contratti pubblici (rubricato "Suddivisione in lotti"), *«sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1,*

*lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti”.*

Sulla base di tale disposizione la giurisprudenza, anche di recente (Consiglio di Stato, Sez. III, 7 luglio 2020, n. 4361), ha ribadito che *«sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le Stazioni Appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie ... e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata».*

Tali affermazioni valgono evidentemente anche per gli appalti banditi nella Provincia autonoma di Trento in quanto l'art. 7 della legge provinciale n. 2/2016 (rubricato “Suddivisione degli appalti in lotti”) dispone quanto segue: *“Per favorire l'accesso delle microimprese, delle piccole e delle medie imprese agli appalti le amministrazioni aggiudicatrici suddividono gli appalti in lotti. I lotti sono parti di un lavoro, di un servizio o di una fornitura privi di autonomia funzionale, in quanto non fruibili direttamente e indipendentemente dalla realizzazione o dall'acquisizione di altri lavori, servizi o forniture. La suddivisione avviene su base quantitativa, in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle microimprese, delle piccole e delle medie imprese, o su base qualitativa, in relazione alle varie categorie e specializzazioni presenti o in relazione alle diverse successive fasi realizzative. Il progetto*



*di lavori prevede la sola suddivisione in lotti su base qualitativa, secondo la disciplina dei lavori sequenziali previsti dall'articolo 3-bis della legge provinciale sui lavori pubblici 1993" (comma 1); "Negli appalti di lavori, servizi o forniture d'importo complessivo pari o superiore alla soglia comunitaria la suddivisione in lotti è obbligatoria. Se la suddivisione in lotti rischia di limitare la concorrenza o di pregiudicare seriamente la corretta esecuzione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice non suddivide l'appalto in lotti e indica specificatamente le ragioni di questa scelta nell'atto di approvazione del progetto o, in assenza di progettazione, nel provvedimento a contrarre" (comma 2); "Negli appalti di lavori, servizi o forniture d'importo complessivo non superiore alla soglia comunitaria le amministrazioni aggiudicatrici suddividono l'appalto in lotti quando ciò è possibile e risulta economicamente conveniente. Nell'atto di approvazione del progetto o, in assenza di progettazione, nel provvedimento a contrarre l'amministrazione aggiudicatrice motiva la mancata suddivisione dell'appalto in lotti" (comma 3).*

Ebbene nel caso in esame la motivazione della scelta di bandire un'unica procedura si rinviene nella determina a contrarre relativa alla gara di cui trattasi (determinazione n. 56/2020 in data 29 maggio 2020) a firma del Direttore dell'Azienda "Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno", che nelle premesse richiama espressamente il decreto n. 3 del 28 maggio 2020, a firma del Presidente dell'Azienda stessa. Difatti in tale decreto si legge che il Presidente ha ritenuto di aderire alla Convenzione per la gestione associata della procedura di gara di cui trattasi con le Aziende "Suor Agnese" e "Piccolo Spedale" evidenziando, fra l'altro, che «vi è l'opportunità di collaborare con altre A.P.S.P. della zona, nella convinzione che la gestione associata di alcuni appalti costituisca un'importante opportunità per sviluppare un percorso che porti alla creazione di una rete integrata di risorse tra aziende e favorisca il raggiungimento di obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità».

Dunque la scelta di indire una procedura unica risulta motivata *per relationem* - attraverso il rinvio al decreto n. 3 del 28 maggio 2020, operato nella determinazione n. 56/2020 - in ragione all'opportunità di sviluppare una rete integrata tra le aziende.

Invece la ricorrente si è limitata a dedurre solo il difetto assoluto di motivazione, senza contestare affatto la congruità della scelta organizzativa che ha determinato la deroga alla regola della suddivisione dell'appalto in lotti, sancita dall'art. 7 della legge provinciale n. 2/2016. Pertanto anche il motivo in esame deve essere respinto perché infondato.

8. In definitiva il ricorso deve essere respinto perché infondato, previa estromissione dal giudizio dell'Azienda "Suor Agnese".

9. In applicazione della regola della soccombenza le spese del presente giudizio, liquidate nella misura indicata nel dispositivo, devono essere poste a carico della società ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 126/2020, dispone l'estromissione dal giudizio dell'Azienda pubblica di Servizi alla Persona "Suor Agnese" e respinge il ricorso perché infondato.

Condanna la società ricorrente al pagamento, in favore delle controparti costituite, delle spese lite, liquidate nella misura complessiva di euro 6.000,00 (seimila/00), di cui 2.000,00 (duemila/00) in favore delle Aziende pubbliche di Servizi alla Persona "Casa di Soggiorno Suor Filippina di Grigno" e "Piccolo Spedale", 2.000,00 (duemila/00) in favore dell'Azienda pubblica di Servizi alla Persona "Suor Agnese", e 2.000,00 (duemila/00) in favore della controinteressata Risto 3, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

Cecilia Ambrosi, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Carlo Polidori**

**IL PRESIDENTE**  
**Fulvio Rocco**

IL SEGRETARIO