Pubblicato il 23/02/2022

N. 01283/2022REG.PROV.COLL.

N. 03483/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3483 del 2021, proposto da Slem S.r.l. ("S.L.E.M."), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati prof. Aldo Loiodice, Michelangelo Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo difensore in Roma, alla via Ombrone n.12;

contro

Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Carlomagno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Nicodemo in Roma, via Dancalia 21;

nei confronti

Serenissima Ristorazione s.p.a., in persona del legale rappresentante pro – tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Andrea Manzi con domicilio digitale

come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio sito in Roma, alla via Federico Confalonieri n. 5 – *appellante incidentale*;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 151/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo";

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dalla società Serenissima Ristorazione S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 il Cons. Umberto Maiello e dato atto, quanto ai difensori e alla loro presenza, di quanto indicato a verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 La Società SLEM S.r.l. ha partecipato alla procedura selettiva avente ad oggetto l'affidamento del "*servizio di preparazione e somministrazione pasti veicolati ai degenti e al personale dei presidi dell'ASM, dell'ASP, dell'AOR San Carlo, dell'IRCCS CROB, dell'ARDSU*". SIMOG: GARA n. 6747069 - Lotto 3 – (CIG. 7083040583), collocandosi al secondo posto della relativa graduatoria, immediatamente di seguito all'odierna controinteressata, nonché appellante incidentale, La Serenissima Ristorazione S.p.a., cui veniva aggiudicata la gara.

1.1. Gli esiti della suddetta procedura, contestati dalla Slem per la presunta mancata disponibilità giuridica dei centri di cottura indicati nell'offerta tecnica della Serenissima, hanno trovato definitiva conferma nella sentenza di questa Sezione n.

249/2019, che ha respinto l'appello proposto avverso la sentenza del TAR Basilicata n. 371/2019.

I suindicati *decisa* qualificavano, invero, la disponibilità effettiva dei centri di cottura come requisito di esecuzione e non di partecipazione, pur evidenziandone la necessità di una compiuta dimostrazione nella fase antecedente alla stipula del contratto, come di seguito meglio indicato.

1.2. La Slem, con nota del 03.06.2020, trasmessa a mezzo PEC in data 06.06.2020, e sollecitata con successiva nota del 21.09.2020, invitava e diffidava la stazione appaltante ad effettuare la prescritta verifica dei requisiti di esecuzione richiesta dalla *lex specialis* prima di procedere alla stipula del contratto (con particolare riguardo alla disponibilità dei summenzionati centri di cottura).

2. A fronte dell'inerzia serbata dall'Azienda intimata, che nel frattempo procedeva in data 15.6.2020 alla stipula del contratto, l'odierna appellante adiva il TAR per la Basilicata contestando giustappunto l'illegittimità del silenzio inadempimento (e con separato ricorso la mancata ostensione degli atti qui in rilievo).

3. Il giudice di prime cure (che con separato provvedimento accoglieva la domanda di accesso), con la sentenza qui appellata, dichiarava il ricorso inammissibile per carenza di interesse in ragione del fatto che il "*contratto sia stato ormai da tempo già sottoscritto, e che il relativo rapporto negoziale sia in corso di esecuzione*", conseguendo a ciò "*che la natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata, per come dedotta in giudizio, così come è idonea a fondare la giurisdizione di questo Tribunale, è preclusiva in radice della possibilità, nella concreta fattispecie all'esame del Collegio, di ottenere il risultato cui aspira la ricorrente, essendosi già addivenuti alla stipulazione del contratto. L'esperimento degli appositi e differenti rimedi apprestati dall'ordinamento avverso eventuali patologie di tale negozio, peraltro, è pacificamente da proporsi dinanzi al Giudice ordinario*".

4. Avverso il suindicato *decisum*, ha proposto appello (principale) la società Slem all'uopo deducendo che:

a) il giudice di prime cure avrebbe erroneamente qualificato la domanda attorea come finalizzata esclusivamente ad impedire la stipula del contratto, laddove il ricorso di primo grado era volto ad ottenere una pronuncia circa la coercibilità delle verifiche relative alla disponibilità dei requisiti di esecuzione in capo all'aggiudicataria, anche a fronte dell'intervenuta stipula del contratto, requisiti prescritti dall'art. 23 comma 1 lettera k del disciplinare e 13 comma 1 del capitolato. La suddetta attività di verifica costituisce un segmento di attività pubblicistica il cui esercizio sarebbe obbligatorio ex artt. 32, comma 7; 33, comma 2, e 100 del D.lgs n. 50/2016 e rispetto al quale l'appellante, come seconda graduata, avrebbe interesse in ragione dei possibili rimedi (autotutela ovvero risoluzione) nel caso di conferma della mancanza dei requisiti richiesti;

b) in virtù delle considerazioni sopra svolte resterebbe confermata l'elusione dell'obbligo di provvedere ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241/1990.

5. Resiste in giudizio Serenessima Ristorazione s.p.a. che, concludendo per la reiezione dell'appello ha, altresì, spiegato appello incidentale, a sua volta deducendo che:

a) andrebbe riformata la statuizione di prime cure nella parte in cui ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione, dal momento che la stipulazione del contratto avrebbe assunto nell'economia della vicenda scrutinata rilievo di per se stesso assorbente;

b) le istanze attoree afferirebbero alla fase di esecuzione del contratto siccome riferite ai "centri di cottura alternativi" che non costituirebbero un requisito del contratto, ma una modalità di esecuzione;

c) l'appellante, inoltre, non potrebbe conseguire alcuna utilità dall'azione in epigrafe per essersi aggiudicata un ulteriore lotto messo a gara nella medesima procedura, retta dal vincolo di aggiudicazione di un solo lotto per concorrente e da

ritenersi impraticabile per il decorso del tempo, essendo i contratti ormai in avanzata fase di esecuzione.

6. All'udienza del 20.1.2022 il ricorso è stato trattenuti in decisione.

7. L'appello principale è fondato e, pertanto, va accolto mentre va respinto l'appello incidentale.

7.1. Vale premettere che le sollecitazioni contenute nell'istanza del 03.06.2020, trasmessa a mezzo PEC in data 06.06.2020, e ribadite con successiva nota del 21.09.2020, involgevano, anzitutto, la disponibilità dei centri di cottura alternativi per le ipotesi di emergenza, risultando ampliate e dunque riferite anche ai centri di cottura ordinari solo con la nota del 21.9.2020.

7.2. Il regime giuridico evincibile dalla disciplina di gara risultava, a tal riguardo, differenziato.

Alla stregua delle prescrizioni di cui all'articolo 23 lettera k) del disciplinare era richiesta la produzione, nella busta A, relativa alla documentazione amministrativa "*Documento attestante la piena disponibilità dell'immobile da adibire a centro di cottura esterno, ove previsto nel lotto o, se del caso, l'impegno formale delle parti (concorrente-locatario e proprietario-locatore) a condurre in locazione, con stipula del contratto di locazione, all'atto dell'aggiudicazione definitiva e comunque prima della stipula del contratto di affidamento con l'Amministrazione committente per un periodo pari alla durata dell'appalto*". Di poi, l'art. 13.1. del capitolato di gara precisava che "*i pasti…. dovranno essere preparati e confezionati presso un centro di cottura esterno, nella disponibilità della Ditta appaltatrice al momento della stipula del contratto*".

Quanto, invece, ai centri di cottura alternativi l'art. 13.3. rappresentava che "*Ove l'esecutore del servizio per ragioni di emergenza sia impossibilitato ad utilizzare i centri di cottura interni e/o esterni dovrà comunque garantire l'esecuzione del servizio, mediante un centro di cottura alternativo, preventivamente individuato dalla DA, che abbia caratteristiche similari a quelli di cui all'art. 13.1, per caratteristiche tecniche, igienico-sanitarie e per i tempi di*

percorrenza". Soggiungeva, inoltre, che "*la non indicazione del centro di cottura alternativo è causa di esclusione dalla gara*".

7.3. Come già sopra anticipato, la tematica della qualificazione – e del connesso regime di esigibilità - dei requisiti di disponibilità dei centri cottura è stata già approfondita nel contenzioso sviluppatosi all'indomani dell'aggiudicazione e definito da questa Sezione con la sentenza n. 249/2019 il cui approdo, ai fini qui in rilievo, può essere sintetizzato nei seguenti postulati:

- alla data di presentazione dell'offerta, il centro di cottura esterno non doveva essere già predisposto per l'esecuzione e ciò emergeva all'evidenza del tenore letterale dell'art. 23, comma 1, lett. K, del disciplinare, secondo cui nella busta A, contenente la documentazione amministrativa, doveva essere prodotta la documentazione attestante la piena disponibilità dell'immobile «da adibire» a centro di cottura esterno;
- tale piena disponibilità, secondo la previsione dell'art. 13.1 del capitolato, avrebbe dovuto essere garantita «al momento della stipula del contratto»;
- nell'offerta doveva essere indicato solo l'immobile che sarebbe stato successivamente adibito a centro cottura e perfettamente adeguato prima della stipula del contratto dal punto di vista autorizzativo;
- prima dell'aggiudicazione, considerata l'alea della gara, era sufficiente solo che vi fosse la formale disponibilità e l'impegno del concorrente ad allestire il centro di cottura dichiarato ai fini della stipula e della successiva esecuzione del contratto;
- la stessa stazione appaltante, con il chiarimento n. 15.2 non impugnato dalla stessa appellante principale, aveva specificato – sia pure con riferimento all'analoga previsione dei centri di cottura alternativi – come non si richiedesse di allestire tale centro al momento dell'offerta, rinviando la piena disponibilità, così come affermato dall'ANAC nella delibera n. 34 del 1° marzo 2016, al momento dell'esecuzione del contratto;

- i centri di cottura alternativi, alla stregua delle prescrizioni del capitolato speciale, sono volti a garantire l'esecuzione del servizio per il caso in cui l'esecutore per ragioni di emergenza sia impossibilitato ad utilizzare i centri di cottura, interni e/o esterni, occorrendo che siano solo preventivamente individuati dall'impresa appaltatrice.

8. Orbene l'adempimento procedimentale (id est obbligo di verifica) cui si correla l'iniziativa promossa dall'odierna appellante involge l'affermazione dell'obbligo di accertamento della sussistenza dei requisiti in argomento che, pur qualificati come di esecuzione, andrebbero verificati in una fase successiva all'aggiudicazione ma antecedente alla stipula del contratto e come tali incidenti sulla stessa definitiva ammissibilità dell'offerta tecnica aggiudicata.

8.1. Non verrebbe, dunque, in rilievo, secondo la prospettazione dell'appellante, un comportamento da attuare secondo il programma negoziale concordato tra le parti nell'ambito di un rapporto contrattuale già perfezionato e declinabile secondo il binomio diritto/obbligo ma, anzitutto, la verifica di un requisito tecnico dell'offerta che inciderebbe sulla stessa definitiva possibilità di accedere alla stipula del contratto condizionandone l'*an* in stretta correlazione ad un potere di sindacato esigibile dall'Amministrazione nell'esercizio delle proprie prerogative pubblicistiche e temporalmente inquadrabile in una fase anticipata rispetto a quella di perfezionamento della fattispecie genetica del rapporto.

8.2. Nel caso in esame, dunque, l'accertamento sollecitato e riferito alla disponibilità, nei termini suddetti, dei centri cottura resterebbe funzionale a conferire efficacia all'aggiudicazione definitiva e non riguarderebbe, quindi, una vicenda attinente all'esecuzione del contratto.

8.3. Orbene, così inquadrata la *res iudicanda*, non può essere revocata in dubbio la configurabilità della giurisdizione del giudice amministrativo, correttamente affermata dal TAR con la decisione appellata e che, per tali profili, va confermata,

dovendo per converso respingersi sul punto l'appello incidentale spiegato dalla società Serenissima Ristorazione.

8.4. E' pur vero che secondo l'orientamento della Corte di Cassazione la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 comma 1 lettera e) del c.p.a. non può valere a ricomprendere sia l'operare dell'Amministrazione in sede di conclusione del contratto e, dunque, la vicenda stessa della conclusione del contratto, sia quell'operare che ha luogo con atti che si collocano dopo la conclusione del procedimento di affidamento perfezionatosi con la scelta del contraente e fino alla conclusione del contratto. Tale fase, che si colloca tra l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto, secondo tale orientamento, resta, dunque, regolata dall'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, imperniato sulla tradizionale distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo rispetto al quale resta dirimente verificare che l'oggetto della controversia inerisca all'esercizio di un potere autoritativo riconosciuto all'Amministrazione (cfr. Cassazione civile sez. un., 05/10/2018, n.24411).

8.5. Ciò nondimeno, anche nella suddetta prospettiva, deve ritenersi che l'oggetto della controversia, involgendo la verifica dei requisiti dichiarati in vista della stipula del contratto, inerisca all'esercizio di un potere autoritativo riconosciuto all'Amministrazione in quanto rientrante nell'ambito dei controlli preventivi che l'Amministrazione, in tale veste e non già come contraente, era chiamata a svolgere.

In definitiva, va confermata la giurisdizione del giudice amministrativo.

9. Tanto premesso in rito, la decisione di prima cure va riformata nella parte in cui, dopo aver precisato che la sollecitazione delle verifiche in questione era volta a precludere la stipulazione del contratto di affidamento del lotto n. 3, ha fatto discendere da tale premessa e dalla intervenuta stipulazione del contratto il venir meno dell'interesse alla coltivazione del gravame.

Segnatamente, secondo il TAR il perfezionamento della fattispecie negoziale precluderebbe in radice la possibilità di ottenere il risultato cui aspira la ricorrente dal momento che l'esperimento degli appositi e differenti rimedi apprestati dall'ordinamento avverso eventuali patologie di tale negozio non potrebbe che avvenire innanzi al giudice ordinario.

9.1. Di contro, a giudizio del Collegio tale approdo non può essere condiviso.

La sussunzione degli adempimenti sollecitati dall'appellante principale nell'ambito della fase pubblicistica antecedente alla stipula del contratto, e consistenti nella verifica dei requisiti di permanenza dell'effetto abilitativo e di legittimazione alla stipula del contratto rinveniente dall'aggiudicazione, rende, ai fini qui in rilievo, neutra la circostanza della sopravvenuta stipula del contratto.

9.2. E, invero, tale sopravvenienza non estingue di certo il potere/dovere di controllo che gravava sull'Amministrazione circa il possesso dei requisiti necessari per accedere alla stipula del contratto non essendo evincibile dalla disciplina di settore una sanzione decadenziale per il mancato esercizio di tali poteri nella tempistica all'uopo fissata.

9.3. Né può essere revocato in dubbio che, anche dopo la stipula del contratto, restano immutate le prerogative di autotutela in capo all'Amministrazione ove mai la stazione appaltante acclarasse – anche in conseguenza dell'esercizio delle verifiche qui sollecitate - la mancanza *ab origine* di uno dei requisiti qualificanti l'offerta tecnica, non potendo parimenti dubitarsi del fatto che il relativo esercizio dei poteri di autotutela amministrativa (diversa da quella contrattuale), ancorché intervenuto dopo la stipulazione del contratto, ove contestato, resti soggetto al sindacato del giudice amministrativo.

9.4. È, infatti, evidente come in siffatte evenienze non è di certo il contratto a far da velo all'efficace esercizio di tale potere: l'art. 32 comma 7 del d. lgs. 50 del 2016 stabilisce che l'aggiudicazione diviene efficace dopo la verifica del possesso dei

prescritti requisiti e l'eventuale riscontro dell'illegittimità di tale verifica si ripercuote inevitabilmente sull'aggiudicazione con la possibilità della dichiarazione di inefficacia del contratto (cfr. Cons. St., sez. V, n. 4100 del 26.6.2020).

10. Tanto chiarito il Collegio ritiene che la pretesa azionata dall'appellante principale sia fondata.

10.1. Com'è noto, in virtù di consolidati orientamenti giurisprudenziali, i cui principi di fondo risultano oggi recepiti a livello normativo e compendiati agli artt. 31 e 117 del c.p.a., la tutela generale di legittimità azionabile dinanzi al giudice amministrativo non risulta circoscritta alla verifica della rispondenza degli atti adottati dalle Autorità amministrative agli schemi provvedimentali tipici enucleabili nel sistema normativo, ma si estende anche alla cognizione delle ipotesi di inerzia serbata dall'Amministrazione che non esercita la funzione attribuitale in vista del perseguimento di finalità di interesse pubblico.

Ciò, peraltro, in piena aderenza al principio di rango costituzionale (artt. 103, 113 Cost.) della pienezza della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi.

Invero, l'Amministrazione, in via tendenziale, non è legittimata a decidere liberamente l'*an* della sua azione, atteso che il riconoscimento di una *potestas agendi* è direttamente correlato alla funzione strumentale del potere medesimo rispetto alla cura dell'interesse pubblico, la cui rilevanza sul piano dell'ordinamento generale rende doverosa l'azione amministrativa.

Occorre per completezza soggiungere che non ogni atteggiamento omissivo può essere sottoposto al giudizio delibativo del giudice amministrativo, ma solo quelli che, interferendo con posizioni legittimanti dei privati, recano di per se stessi una lesione giuridicamente apprezzabile e, dunque, radicano un interesse concreto ed attuale all'instaurazione di un giudizio cognitivo.

Tale principio, già conosciuto dalla giurisprudenza, risulta positivamente espresso dall'art. 2 co 1 della 7.8.1990 n. 241, secondo cui, ove il procedimento

amministrativo consegua obbligatoriamente ad un'istanza di parte, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la Pubblica Amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

10.2. Orbene, ritiene il Collegio che le istanze avanzate dalla Slem riflettano i requisiti suindicati.

10.3. Tanto è a dirsi, anzitutto, quanto alla verifica dei requisiti relativi ai centri di cottura ordinari e, in particolare, quanto al centro di cottura di Tito cui fa riferimento la nota di sollecito del 21.9.2020, rispetto ai quali, come già sopra anticipato, la legge di gara prescriveva di comprovarne la disponibilità prima della stipula del contratto con la conseguenza che, in tal caso, sussisteva in capo alla stazione appaltante, e prima del definitivo affidamento della commessa, l'obbligo di verificarne la sussistenza non potendo altrimenti accedere alla stipula del contratto.

10.4. E lo stesso è a dirsi quanto ai centri di cottura alternativi o di emergenza sia pur nei limiti di verifica che nella fase di affidamento prevedeva la legge di gara.

A tal riguardo, giova rammentare che il capitolato speciale prevedeva, al punto 13.3., che "*Ove l'esecutore del servizio per ragioni di emergenza sia impossibilitato ad utilizzare i centri di cottura interni e/o esterni dovrà comunque garantire l'esecuzione del servizio, mediante un centro di cottura alternativo, preventivamente individuato dalla Ditta appaltatrice, che abbia caratteristiche similari a quelli di cui all'art. 13.1, per caratteristiche tecniche, igienico-sanitarie e per i tempi di percorrenza*".

10.5. Di contro, l'Amministrazione intimata, pur a fronte del suddetto obbligo e della posizione differenziata in cui versa l'odierna appellante, è rimasta silente dinanzi alle sollecitazioni ad essa indirizzate rimaste sistematicamente eluse.

Né si è peritata di dimostrare in giudizio di aver già assolto prima della stipula del contratto a tali obblighi, secondo la distinta misura prevista per ciascuna tipologia di centro cottura dalla legge di gara, producendo gli atti relativi alle verifiche (in via

di mera ipotesi già) compiute non potendo evidentemente ciò inferirsi, con la pretesa automaticità, dal tempo decorso, dalla sopravvenuta stipula del contratto e dalla stessa avanzata esecuzione dello stesso.

10.6. Di converso, costituisce principio generale, riconducibile ai canoni di trasparenza e buona amministrazione (art. 97 Cost.) ed alla disposizione normativa di cui all'art. 2, comma 3 della L. n. 241/1990, quello secondo cui è obbligo della Pubblica Amministrazione adottare un provvedimento espresso sull'istanza del soggetto interessato (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7955). Ciò anche al fine di assicurare la trasparenza dell'azione e dei comportamenti dell'Amministrazione e favorire lo svolgimento imparziale del procedimento (cfr. Cons. Giust. Amm. Sicilia, 8 novembre 2005, n. 747).

L'obbligo dell'amministrazione pubblica di provvedere sulle istanze del privato con un provvedimento formale corrisponde ad un principio di civiltà giuridica, codificato dalla legge generale sul provvedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241 art. 2, che trasmette un forte segnale in ordine alla doverosità dell'espresso agire della pubblica amministrazione, collegato al necessario raggiungimento della definizione, in senso positivo o negativo, di quella quota di interesse sostanziale concretamente messo in moto dall'atto di impulso del privato ed in esso soggettivizzata (cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I bis, 4 ottobre 2010, n. 32659).

In presenza di una formale istanza l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento, e ciò anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, non potendo rimanere inerte. Il legislatore, infatti, ha imposto al soggetto pubblico di rispondere alle istanze private, sancendo l'esistenza di un dovere che rileva ex sé quale diretta attuazione dei principi di correttezza, buon andamento e trasparenza, consentendo altresì alle parti, attraverso l'emanazione di un provvedimento espresso, di tutelare in giudizio i propri interessi a fronte di provvedimenti ritenuti illegittimi (cfr. Cons. St., Sez. III,

13.7.2021, n. 5284; Cons. Stato. Sez. III, 19.04.2018, n. 2370; Cons. Stato, Sez. III, 18.05.2020, n. 3118).

11. Né ad un diverso approdo può addivenirsi in ragione delle argomentazioni veicolate nell'appello incidentale.

11.1 Non possono essere, anzitutto, condivise le argomentazioni con cui Serenissima Ristorazione s.p.a., oltre a riproporre l'eccezione di difetto di giurisdizione disattesa dal TAR e già sopra passata in rassegna, lamenta l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha giudicato infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, inammissibilità dovuta al fatto che la ricorrente Slem era già aggiudicataria di altro lotto (n. 2) nell'ambito di una procedura che poneva il vincolo di aggiudicazione di un solo lotto.

Sul punto il giudice di prime cure ha condivisibilmente opposto che "l'art. 29 del disciplinare dà facoltà per al concorrente aggiudicatario di più di un lotto, di optare per quello più conveniente. Ed è evidente che la deducente ben potrebbe, in caso di scorrimento della graduatoria, esercitare tale opzione per il lotto n. 3, di valore economico superiore".

Né d'altro canto, la presunta impraticabilità di un subentro nell'esecuzione del contratto esaurisce le forme di tutela in teoria azionabili.

11.2. Parimenti, non hanno pregio le ulteriori argomentazioni difensive che impingono nella riferibilità, almeno in via prevalente, delle istanze avanzate dall'appellante alla verifica della disponibilità dei centri cottura "alternativi" o di emergenza, che non rappresenterebbero requisiti per la stipula del contratto ma una modalità di esecuzione in quanto riferiti ad un'evenienza del tutto eventuale.

Si è sopra già evidenziato che il potere di verifica della stazione appaltante va modulato nella fase di affidamento secondo le regole che governano la legge di gara ed è in base ad esse che l'Amministrazione dovrà declinare la sua risposta, che

per le ragioni sopra esposte deve ritenersi – indipendentemente dalle ragioni di merito sottese all'istanza - comunque doverosa.

12. Ne consegue che l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va dichiarato l'obbligo dell'Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento decisorio espresso entro il termine di giorni trenta dalla data di notificazione o comunicazione della presente sentenza.

In caso di perdurante inadempimento il Collegio, su istanza dell'appellante, provvederà alla nomina di un Commissario ad acta al fine di dare attuazione alla presente sentenza.

Le spese del doppio grado di giudizio, in ragione della peculiarità della vicenda scrutinata, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara l'obbligo dell'Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento decisorio entro il termine di trenta giorni dalla data di notificazione o di comunicazione della presente sentenza.

In caso di mancata esecuzione nei termini sopra indicati, su istanza di parte, si provvederà alla nomina di un Commissario ad Acta che provvederà all'esecuzione della decisione nel termine stabilito con l'atto di nomina.

- respinge l'appello incidentale.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Antonella De Miro, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Umberto Maiello	**Michele Corradino**

IL SEGRETARIO