



Sentenza n. 200/2024

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE CALABRIA

composta dai seguenti Magistrati:

Gianpiero D'Alia Presidente f.f.

Carlo Efisio Marrè Brunenghi Primo referendario relatore

Sabrina Facciorusso Primo referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel giudizio di responsabilità iscritto al n. **23909** del registro di

Segreteria, promosso

da

Procura regionale della Corte dei conti presso la Sezione

giurisdizionale per la Calabria, sedente in Via Buccarelli 28

Catanzaro, PEC: calabria.procura@corteconticert.it

- **Attore** -

nei confronti di

MARIA ACQUAVIVA (CQVMRA59A58A662U), nata a Bari il

18.01.1959 e residente Cosenza (CS) alla via Giovanni Palatucci

n. 4, rappresentata e difesa dall'Avv. Anna Spada, presso il cui

studio in Cosenza (CS) alla via Monte Santo n. 113, oltre che al

proprio indirizzo PEC, ha eletto domicilio, come da procura in

calce alla comparsa di costituzione e risposta;

- **Convenuta** -

Esaminati gli atti e i documenti di causa;

Data per letta nella pubblica udienza del 09.07.2024 la relazione del Relatore, Primo referendario Carlo Efisio Marrè Brunghi, udito il Pubblico Ministero, nella persona del Vice Procuratore Generale dott. Giovanni Di Pietro, nonché l'Avv. Anna Spada per la convenuta.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con **atto di citazione depositato in data 25.01.204**, la Procura regionale presso l'intestata Sezione giurisdizionale ha convenuto in giudizio la dott.ssa MARIA ACQUAVIVA, dirigente dell'Unità operativa provveditorato, economato e gestione logistica dell'Asp di Cosenza per sentirla condannare al risarcimento del danno erariale in favore dell'Amministrazione di euro 822.222,22= per avere consentito, col proprio comportamento attivo/omissivo e di natura **dolosa**, la proroga del contratto di affidamento del servizio mensa ai degenti della struttura sanitaria, affidato fin dal 2007 alla ditta S.I.A.R.C. e protrattosi senza soluzione di continuità per i successivi 15 anni, in violazione delle regole della concorrenza e del mercato, e segnatamente: 1) l'**art. 23, comma 2 della Legge n. 62/05** (che consente la proroga dei contratti per gli acquisti di forniture beni e servizi già scaduti, o che vengono a scadere nei 6 mesi successivi all'entrata in vigore della legge, per il tempo strettamente necessario all'espletamento di una nuova gara pubblica, e

comunque non oltre 6 mesi e con il nuovo bando da pubblicarsi nei 90 gg. successivi all'entrata in vigore della legge): 2) l'**art. 1 della Legge n. 208/2015** (che, ai fini del contenimento e della razionalizzazione delle spesa pubblica in ambito sanitario, impone agli enti del SSN di approvvigionarsi esclusivamente avvalendosi delle centrali regionali di committenza di riferimento ovvero della Consip – **commi 548 e 549**); 3) l'**art. 6 del D.L. n. 35/2019** (c.d. Riforma Cartabia, che ha imposto agli enti del SSN, ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa, di avvalersi esclusivamente degli strumenti di acquisto di beni servizi e forniture messi a disposizione dalla Consip, ovvero, previa convenzione, dalle centrali di committenza di altre regioni per l'affidamento di lavori servizi e forniture sopra la soglia comunitaria – ovvero anche della stessa regione Calabria a seguito delle modifiche introdotte dal D.L. n. 76/2020), l'**art. 9-ter, del D.L. n. 78/15** (che impone la riduzione ex lege del 5% sul corrispettivo da versare alle società affidatarie di beni servizi e forniture).

Il danno lamentato dall'attore è circoscritto all'ultimo quinquennio e la sua quantificazione tiene conto delle risultanze istruttorie condotte dalla Guardia di Finanza, e segnatamente:

a. Una **prima partita di danno** concerne la differenza di costo versato alla SIARC affidataria del servizio in considerazione della mancata riduzione ex lege del 5% in rapporto alle complessive giornate alimentari retribuite nel periodo contestato.

b. Una seconda voce di danno concerne invece gli incrementi riconosciuti con cadenza annuale, automatica e senza alcuna fase procedimentale, negli anni 2017, 2018 e 2019 per effetto della revisione periodica dei prezzi. In particolare, la Guardia di Finanza ha appurato che, solo considerando l'ultimo quinquennio antecedente alla gara pubblica con affidamento del servizio alla nuova ditta, e dunque nel periodo 2018/2022, il costo dell'appalto si è incrementato in quanto la giornata alimentare nel periodo gennaio-luglio 2018 è stata fatturata al costo di € 13,63 e tale costo è stato ulteriormente incrementato a partire dal mese di agosto 2018 ad € 13,85 e poi da settembre 2019 ad € 14,09=.

Nello specifico, l'attore segnala:

- Anno 2018 (ultimo trimestre): €. 77.705,27=
- Anno 2019 (periodo in cui la dirigente era proposto all'UOC): €. 113.516,35=
- Anno 2020 (periodo in cui la dirigente era proposto all'UOC): €. 132.997,22=
- Anno 2021: €. 400.259,89=
- Anno 2022: €. 97.743,49=
- Totale: €. 822.222,22=

L'attore dà atto della circostanza che la contestazione è circoscritta all'ultimo quinquennio e che in tale arco temporale, nel ruolo di dirigente dell'unità operativa provveditorato, economato e gestione logistica, si sono succedute due dirigenti: la dott.ssa

Acquaviva, oggi convenuta, dal 1° gennaio 2017 al 30 giugno 2019, poi la dott.ssa Borromeo dal luglio 2019 al settembre 2020, infine di nuovo la dott.ssa Acquaviva dal 7 settembre 2020 fino alla data del nuovo affidamento alla ditta subentrata alla SIARC (i.e.: Ladisa s.r.l.).

In seguito alle deduzioni difensive presentate dalle due incolpate, la posizione della dott.ssa Borromeo è stata archiviata, mentre le deduzioni difensive della dott.ssa Acquaviva, oltre quanto riferito dalla stessa in sede di audizione personale, non sono state ritenute sufficienti per vincere la chiamata in causa ed il deposito della citazione.

2. La convenuta, regolarmente citata, **si è costituita** col ministero dell'Avv. Anna Spada, eccependo:

a. Carenza di legittimazione passiva per carenza di nesso causale tra il suo comportamento ed il verificarsi del fatto in contestazione, atteso che le delibere autorizzative delle proroghe del contratto di cui trattasi non sono alla stessa riferibili e la condotta da ella mantenuta si qualifica come opportuna e necessitata dall'esigenza di garantire continuità ad un servizio essenziale alla luce del contesto fattuale, giuridico ed organizzativo.

Secondo la difesa della dott.ssa Acquaviva, la dirigente non aveva alcun autonomo ed esclusivo potere, in quanto nessuna delle delibere con cui era autorizzata la proroga e l'estensione del servizio alla ditta S.I.A.R.C. sono da lei <firmate> né ella

risulta responsabile del procedimento. L'attore ha surrettiziamente esteso le funzioni della dirigente anche a periodi in cui la stessa non rivestiva le mansioni di Dirigente responsabile della UOC Forniture Servizi e Logistica (ruolo ricoperto solo a partire dal gennaio 2017), laddove nella citazione si fa inopinatamente riferimento al rapporto con la SIARC per circa 15 anni.

Altro aspetto che deve essere considerato, argomenta la difesa, è il contesto ambientale. Nel 2013 si era svolta una gara centralizzata per l'espletamento del servizio, cui è seguito l'annullamento in autotutela – decreto del D.G. della SUA n. 10317 del 30 agosto 2016 – dell'aggiudicazione provvisoria al nuovo affidatario), cui fecero seguito i contenziosi giudiziari innanzi al Tar conclusisi nel 2018. Sempre nel 2018 la SUA (Stazione Unica Appaltante) – su impulso della Direzione Generale dell'Asp di Cosenza – nel mese di maggio, dà avvio ad una seconda gara per l'espletamento del servizio in questione, poi arrestatosi per effetto dell'entrata in vigore del decreto Cartabia; infine l'avvio di una terza procedura di gara nel 2020, conclusasi con l'aggiudicazione del servizio nel 2022. Tutte queste evenienze, spiega la convenuta, rendevano inopportuno e dispendioso l'avvio parallelo di una procedura di contratto ponte, che sarebbe stato verosimilmente oggetto di tutte le aggressioni cui soggiace solitamente una procedura di gara, specialmente quando viene preceduta da una procedura a valenza regionale con esclusione di più contendenti che si sarebbero poi rivalsi in danno

dell'Azienda. Oltre l'impossibilità, in questo caso, di stabilire il termine e la durata dell'appalto, peraltro soggetto a caducazione, malgrado i costi sostenuti e da sostenere per l'attivazione di un servizio così complesso in caso di aggiudicazione.

Precisa poi che, in termini strettamente giuridici, il contratto di appalto originariamente sottoscritto con la SIARC non escludeva la possibilità del rinnovo. Ciò che era escluso e non contemplato era il rinnovo tacito. Sicché le delibere con cui l'ente ha autorizzato il rinnovo, atti comunque non attribuibili alla convenuta né da lei sottoscritti, sono pienamente legittimi. Anche la SUA, con più note richiamate in atti, aveva avvertito dell'eventualità, in caso di iniziative non ancora attive da parte dei Soggetti Aggregatori Regionali, di fare ricorso alternativamente o al contratto-ponte o alla proroga del contratto in essere e si è scelta tale seconda modalità al fine di garantire la qualità di un servizio primario come quello della ristorazione ai degenti. La proroga tecnica, spiega la difesa, è ammessa infatti come *extrema ratio* dallo stesso legislatore del Codice dei contratti pubblici (cfr., art. 106, comma 1 D. lgs. n. 50/16 e già prima nella vigenza del D. lgs. n. 163/2006) in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa, sia pure ancorandola a casi eccezionali (ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, come nel caso di specie è avvenuto a seguito dell'annullamento in autotutela del 2013, lo stallo seguito ai contenziosi giudiziari definiti nel 2018, che non lasciavano all'ASP di

Cosenza altra possibilità che la *prorogatio*). Cita a sostegno una copiosa giurisprudenza amministrativa.

Vi è dunque un'assenza di nesso causale tra il comportamento della convenuta e il fatto contestato, in quanto le delibere autorizzative non sono a lei riferibili.

b. Viene poi evidenziato che la materia del servizio mensa ai degenti delle strutture sanitarie è stata sottratta dal Legislatore dall'iniziativa della singola S.A.: il DPCM 24.12.2015 (e ancor prima l'art. 9 del D.L. n. 66/14) hanno individuato le soglie massime (40mila euro) oltre le quali gli Enti del SSN non possono procedere in autonomia alla procedura di gara, ma devono ricorrere obbligatoriamente alla procedura espletata dai Soggetti Aggregatori Regionali, che diventano, perciò, le Centrali di committenza di riferimento e che, per le Aziende del SSR, era la S.U.A., unica legittimata ex L.R. n. 26 del 2008 che ha istituito la Stazione Unica Appaltante (cfr. note SUA in all. 2 e 3).

Da cui discende, nella prospettiva difensiva, che l'ASP, nella sua articolazione UOC Forniture e Servizi non poteva indire autonomamente la gara per l'affidamento di un servizio sopra la soglia comunitaria, ma doveva necessariamente avvalersi della SUA. È la SUA che aveva il preciso compito di preparare e bandire la gara su impulso dell'Ente del SSR (art. 12 regolamento di organizzazione SUA), mentre all'ASP residua un mero supporto tecnico, che si è estrinsecato nella vicenda in esame come segue:

✓ **Nota prot. n. 175512 del 16.12.2017** (All. 4): la SUA

veniva sollecitata per l'indizione di una nuova gara per l'affidamento del servizio mensa ai degenti delle strutture dell'ASP Consenza;

✓ **Nota prot. n. 158446 del 08.05.2018** (All. 5): la SUA

richiedeva a tutte le ASP Calabresi i dati relativi al fabbisogno ristorazione indicati nell'oggetto questionario e prodromici all'attivazione della gara;

✓ **Mail del 21.05.2018, a firma della dott.ssa Acquaviva,**

di riscontro alla nota SUA (All. 6), con cui era richiesto ai Direttori di Distretto il fabbisogno annuo relativo al ristoro "post-donazione", dando atto del fatto che la convenuta aveva già richiesto e ottenuto i fabbisogni relativi ai ricoveri in day hospital;

✓ **Nota ASP prot. n. 127728 del 02.10.2018** (All. 7) e **pec**

dell'area tecnica SUA del 19.09.2018 (All.8), che documentano che la dott.ssa Acquaviva aveva consegnato *brevi manu* all'area tecnica della SUA, sia su supporto informatico che cartaceo, tutta la documentazione richiesta e di sua competenza per l'avvio della procedura di gara in questione);

✓ **Pec del 19.07.2018** (All. 9) con cui la dott.ssa Acquaviva

ha trasmesso alla SUA il capitolato tecnico;

✓ **Comunicazione mail del 12.04.2019** (All. 10) con cui la

SUA area tecnica convocava una riunione di coordinamento con i referenti di ciascuna azienda interessata per la definizione di un unico capitolato tecnico;

✓ **Nota SUA Prot. n. 92212 del 22.07.2019** (richiamata in

All. 11 – Deliberazione ASP n. 412 del 05.05.2020) dante atto del fatto che con l'entrata in vigore della Riforma Cartabia, ogni attività istruttoria era sospesa d'ufficio, dal momento che la riforma aveva previsto (art. 6) che gli enti del SSR si dovevano avvalere esclusivamente degli strumenti di acquisito e negoziazione messi a disposizione da CONSIP S.p.A. nell'ambito del programma di razionalizzazione degli acquisti della PA ovvero, previa convenzione, dalla centrale di committenza regionale. Di conseguenza, da tale momento era inibito alle ASP calabresi il ricorso alla SUA, dovendo rivolgersi esclusivamente a Consip SpA (ovvero, previa convenzione, alle centrali di committenza regionale).

✓ **Nota prot. n. 86757 del 09.07.2019** (All. 16) **a firma del**

Dirigente reggente dott. Sergio Diego, con richiesta di necessità di una nuova proroga per la predisposizione degli atti necessari ad avviare un nuovo iter, con un nuovo soggetto aggregatore.

Il 1° luglio 2019 la convenuta è stata trasferita ad altra azienda. Seguendo la linea difensiva, dunque, la convenuta è stata tutt'altro che inerte, avendo sempre operato secondo le sue competenze. E se proprio di inerzia deve parlarsi, questa deve essere attribuita alla Direzione Generale, che ha tardato ad inviare la documentazione richiesta dalla SUA (v. nota prot.n. 158448 dell'8 maggio 2018 e pec del settembre 2018), oltre la

circostanza che proprio la SUA, con la nota prot. n. 0392246 del 20.11.2018 chiedeva all'ASP di Cosenza di trasmettere l'atto di nomina del RUP individuato per le procedure di gara attivate dalla SUA Calabria, ma non quella relativa all'affidamento del servizio mensa (All. 11).

c. Quanto al **contestato omesso svolgimento di una procedura competitiva attraverso il ricorso al contratto-ponte ex art. 63 D. lgs. n. 163/06**, la difesa spiega che, nel periodo in contestazione (ottobre 2018/aprile 2022), non avrebbe avuto alcun senso avviare tale procedura, dal momento che la SUA, già a maggio 2018, su impulso della Direzione aziendale dell'ASP, aveva avviato l'iter per la predisposizione degli atti prodromici all'attivazione di una nuova gara a valenza regionale (cfr., Deliberazione Direttore Generale ASP n. 840 dell'8.5.2018), sicché l'iter in corso presso la SUA impediva iniziative diverse all'ASP e in particolare al Dirigente UOC Forniture e Servizi (All. 19).

d. Insussistenza del danno:

Circa la prima partita di danno, ossia la mancata riduzione del 5% del corrispettivo in corso ex art. 9-ter del D.L. n. 78/15, la difesa precisa che si tratta di una mera facoltà e non di un obbligo e che già nell'immediatezza dell'entrata in vigore della norma, il dirigente dell'epoca con nota prot. n. 0137074 del 29.07.2015 (All. 23) aveva formulato alla SIARC la proposta di riduzione del 5% senza ottenere alcun riscontro. Peraltro, il

comma 4 dell'art. 9-ter cit. prevedeva che, in difetto di mancato accordo coi fornitori sulla proposta di riduzione, gli enti del SSN avevano il diritto-facoltà di recesso dai contratti in corso, ma tale scelta per la sua alta discrezionalità è sottratta al sindacato della Corte dei conti (cfr., Cass. civ. sez. un. n. 10814 del 25.05.2016 e, in fattispecie analoga, Corte dei conti, Sez. Puglia, n. 81/23 che ha ritenuto infondata l'azione di danno avente ad oggetto la mancata riduzione dei costi contrattuali nella misura del 5% in seguito alla rinegoziazione dei contratti di appalto di servizi e di fornitura di beni e servizi, imposta dall'art. 15, comma 13, lett. a del D.L. n. 95/12). Non può predicarsi un danno erariale *in re ipsa* conseguente al mancato taglio lineare di spesa sui singoli contratti.

Circa il contestato aumento del prezzo del contratto negli anni 2017-2018 e 2019 per effetto dell'aumento dei prezzi in base agli indici ISTAT, secondo la difesa, tale possibilità non solo era prevista dal contratto (art. 4), ma anche dall'art. 115 del D.lgs. n. 163/2006. Inoltre, contrariamente a quanto dedotto dall'attore, la delibera di autorizzazione all'incremento del corrispettivo – deliberazione del D.G. n. 694 del 09.05.2009 (all.24) – non è limitata al periodo aprile 2007-aprile 2008 ma <a partire dal 01.04.2008>, sicché quando nel 2017 la convenuta diviene dirigente f.f. dell'UOC, la legge non imponeva alcuna istruttoria particolare: si tratta di una operazione di calcolo a parametro fisso (l'art. 115 cit. richiede solo di verificare che l'aumento

praticato in fattura sia conforme a quello previsto dall'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture), controllo che peraltro è di competenza del ufficio GREF e non dell'UOC Forniture e Servizi. Infine, aggiunge la difesa, l'art. 115 cit. ha il precipuo scopo di tenere indenni gli appaltatori delle PP.AA. da quegli aumenti di prezzi dei fattori della produzione che, incidendo sulla percentuale di utile stimata al momento della formulazione dell'offerta, potrebbero indurre l'appaltatore a svolgere i servizi o ad eseguire le forniture a condizioni detteriori rispetto a quanto pattuito o, addirittura, a rifiutarsi di proseguire nel rapporto con inevitabile compromissione degli interessi pubblici (CdS., Sez. III, n. 4362/2011). L'art. 115, in altre parole, si sostituisce automaticamente e di diritto (c.d. inserzione automatica di clausole) ad eventuali pattuizioni contrarie o mancanti nei contratti pubblici di appalti di servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica (CdS, III, n. 4827/2018; VI, n. 5237/16).

La difesa contesta poi l'accusa secondo cui la stessa SIARC aveva presentato nel 2012 un'offerta pari a €. 12,00 a giornata alimentare, prezzo superiore ai prezzi di aggiudicazione delle altre aziende e presidi calabresi, in quanto quella <busta> non fu mai aperta (cfr., dichiarazioni del dott. Tarzia, verbale del 24.1.23, all. 27). Senza contare, chiosa la difesa, la pandemia COVID-19 e il conflitto bellico in Ucraina che hanno comportato una cospicua lievitazione dei prezzi delle offerte, tanto che il

prezzo a base d'asta nel 2020 (che ha poi condotto all'aggiudicazione in favore della ditta Ladisa) è stato di €. 16,97 All. 29) e l'aggiudicazione alla Ladisa è avvenuta ad €. 15.44 (All. 30), entrambi superiori al prezzo unitario applicato da SIARC.

e. Mancanza dell'elemento psicologico: la difesa contesta per tutti i motivi di cui sopra sia il dolo che la colpa grave (quest'ultima comunque non addebitata dall'attore).

f. Esercizio del potere riduttivo: in subordine, nella ipotesi di accoglimento della domanda, invoca l'esercizio del potere riduttivo, parametrando gli importi praticati negli anni 2018/2022 dalla SIARC per giornata alimentare, non a quanto offerto dalla stessa nel bando di gara del 2014 (tale parametro utilizzato dalla Procura è evidentemente anacronistico rispetto al mercato del 2018), ma ai prezzi di aggiudicazione per singola giornata alimentare praticati dai vari offerenti nelle diverse aziende ospedaliere calabresi nello stesso periodo.

Indi ha concluso chiedendo il rigetto della domanda e, in subordine, la riduzione dell'addebito, con vittoria di spese e competenze di lite.

3. All'udienza del 9 luglio 2024, il Pubblico Ministero, nel riportarsi alle conclusioni rassegnate nell'atto introduttivo del giudizio, ha rilevato:

- che il contratto della gestione del servizio mensa dei degenti dell'Asp è rimasto affidato alla stessa ditta dal 2007 al 2022;

- che la convenuta era deputata a gestire i rapporti di acquisto di beni e servizi ed è chiamata a rispondere del danno solo per il periodo in cui è stata a capo dell'Unità organizzativa complessa;
- che è vero che è stata avviata una procedura dalla stazione unica appaltante, ma che con il decreto Calabria n. 5/2019, tale procedura è stata interrotta;
- che la stazione unica appaltante, nel 2016 e nel 2018, ha indirizzato una nota all'Asp di Cosenza, con la quale la metteva a conoscenza di non avere più la competenza per portare a termine la procedura e la invitava ad effettuare una nuova procedura di gara, per evitare che il contratto potesse rimanere in capo alla medesima ditta;
- che la dirigente Acquaviva è rimasta a capo della unità organizzativa dal 01.01.2017 al 30.06.2019 e dal 07.09.2020 all'aprile 2022;
- che ciò che si contesta alla dirigente Acquaviva è di non aver assunto nessuna iniziativa utile, al fine di evitare il mantenimento del rapporto contrattuale in capo della medesima ditta;
- che la normativa specifica – articolo 23 della legge n. 62 del 2005, nonché gli atti di indirizzo della stazione unica appaltante e dell'ANAC – stabilisce che i contratti possono essere prorogati, ma la proroga non deve superare il termine di sei mesi ed il bando di gara deve essere pubblicato non oltre 90 giorni dalla data di entrata in vigore della suddetta legge;

- che l'articolo 1 della legge n. 208 del 2005 e l'articolo 6 del decreto Calabria n. 5/2019, impongono agli enti del Servizio Sanitario Nazionale ad approvvigionarsi avvalendosi in via esclusiva delle Centrali regionali di committenza o della Consip;
- che la proroga può intervenire solo in casi eccezionali e per ragioni non dipendenti dall'Amministrazione, quando vi è la necessità temporanea di favorire e mantenere l'esecuzione del servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente;
- che non sussiste alcuna giustificazione per il mantenimento, per 15 anni, del rapporto con la medesima ditta;
- che il mantenimento del rapporto contrattuale, senza gara, comporta la violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento;
- che la procedura di gara che era stata bandita dalla stazione unica appaltante è stata annullata solo con riferimento all'ASP di Cosenza;
- che l'offerta di 12 euro, presentata dalla ditta SIARC, (nonché gli altri prezzi di aggiudicazione nelle altre Asp) può essere presa come parametro di riferimento per valutare il danno procurato all'erario;
- che deve essere considerato danno la mancata riduzione del 15%, come previsto dall'articolo 9-ter del decretolegge n. 78 del 2015;
- che tale riduzione non costituiva una mera facoltà per la Pubblica Amministrazione;

- che la sentenza n. 169 del 2017, della Corte costituzionale, ha stabilito che si richieda il contemperamento di interessi tra le esigenze di continuità dei servizi sanitari e gli interessi finanziari di contenimento della finanza pubblica;

- che la riduzione della spesa deve essere inquadrata in un piano globale di risparmio, che obbliga l'ente pubblico a intervenire ed a motivare le scelte più convenienti tra le diverse opzioni consentite;

- che la Pubblica Amministrazione aveva la possibilità o di ridurre i prezzi o di recedere dal contratto o di trovare il modo per rinvenire, con altra soluzione, il risparmio necessario;

- che tutto ciò non è stato fatto e si è dimostrato che il prezzo del contratto è stato incrementato, sino ad arrivare oltre i 14 euro;

- che l'articolo 106, comma 11, del decreto legislativo n. 50 del 2016, stabilisce che l'opzione di proroga deve essere prevista nel bando di gara e che nel caso di proroga le prestazioni devono avvenire agli stessi prezzi, patti e a condizioni più favorevoli per la stazione appaltante.

Indi ha concluso per l'accoglimento della domanda.

L'Avv. Spada ha controdedotto che:

- la Procura lamenta che la propria assistita non avrebbe posto in essere una condotta idonea ad evitare la protrazione della proroga del contratto, posto in essere con la SIARC, per un arco temporale di 15 anni;

- la Procura dimostra di ignorare una serie di emergenze, tanto fattuali che normative;

- la Direzione generale, con nota di dicembre 2017, ha sollecitato la SUA - soggetto aggregatore deputato a attivare una gara, in quanto la legge, per importi superiori a quaranta mila euro, sottrae alla singola ASP tali tipi di procedure di gara – a procedere alla attivazione della gara di appalto;

- la dirigente Acquaviva si inserisce in un contesto dove, già c'era stata una prima gara, iniziata dalla SUA nel 2013, terminata nel 2016 con un annullamento in autotutela da parte della SUA, relativamente al lotto 4, per mancanza di offerte congrue;

- l'importo di 12 euro, indicato dalla Procura regionale come parametro per individuare il prezzo congruo, era un prezzo che era stato offerto nella gara del 2013, non è stato ritenuto congruo perché non teneva conto del punto di cottura di Paola;

- in tale contesto l'Acquaviva non è stata per nulla inerte, in quanto vi è una copiosa corrispondenza tra la propria assistita e la SUA, volta a predisporre la documentazione prodromica per l'attivazione della gara;

- in data 08.05.2018, la SUA ha chiesto alle varie ASP i fabbisogni aziendali e la convenuta ha dato riscontro alla SUA e partecipato alle riunioni per definire il capitolato tecnico;

- nel primo segmento del periodo in contestazione ha posto in essere tutte le attività che la direzione aziendale aveva sollecitato alla SUA, per la predisposizione degli atti prodromici alla

gara e in tale fase non aveva alcun senso porre in essere parallelamente un contratto ponte, proprio in virtù delle note di indirizzo della SUA atteso che in tale contesto, in cui l'ASP usciva da un contenzioso giudiziario, a seguito dell'annullamento della prima gara, all'esito del quale la direzione generale e la SUA avevano iniziato una attività prodromica per il reperimento degli atti al fine di bandire una seconda procedura di gara, non aveva senso iniziare una procedura di contratto ponte, quando la volontà dell'Ente e le note richiamate dalla SUA imponevano il supporto da parte dell'ASP;

- posto che le Asp devono necessariamente rivolgersi al soggetto aggregatore, se si attiva una procedura presso la SUA, l'ASP deve aderire alla procedura di gara;

- il prezzo non sarebbe stato necessariamente un prezzo minore, considerato che il contratto ponte avrebbe dovuto contenere la clausola risolutiva espressa della aggiudicazione della gara;

- la Procura regionale non dimostra che una gara ponte avrebbe fatto conseguire un risparmio di spesa in quel momento temporale;

- tutto si ferma con l'entrata in vigore del decreto Calabria n. 35/2019 e tale periodo coincide con lo spostamento all'Asp di Potenza della dott.ssa Acquaviva;

- sia nel primo periodo che nel secondo periodo non è contestabile alcun comportamento omissivo alla propria assistita;

- nel maggio 2020 viene pubblicato il bando relativo alla nuova gara per l'affidamento del servizio;
- il danno per la mancata riduzione del 5%, unito all'aumento degli indici ISTAT, non è stato contestato a chi ha ricoperto le stesse funzioni della Acquaviva;
- nel 2015, quando la propria assistita non ricopriva la funzione, il dirigente dell'epoca aveva correttamente proposto, all'operatore economico, la riduzione del 5%, senza ricevere accoglimento della proposta stessa;
- nel 2017, la dott.ssa Acquaviva non poteva imporre unilateralmente la riduzione del 5%;
- le sentenze n. 50/2020 e n. 197/2020 della Sezione Campania chiariscono che la legge non impone automaticamente la riduzione del 5% con la conseguenza che spetta al requirente di provare che l'Amministrazione fosse concretamente nelle condizioni di ottenere un risparmio di spesa;
- l'aumento degli indici ISTAT era previsto dal contratto ed autorizzato dalla delibera del 2009 dell'ASP;
- la Procura sostituisce il prezzo effettivamente applicato al prezzo di 12 euro, che era stato applicato nel 2014 in una gara successivamente annullata a causa della non congruità del prezzo che non teneva conto di un punto di cottura;
- non vi sono dubbi circa l'assenza di dolo nella condotta materiale della propria assistita, in quanto non vi è stata alcuna

coscienza o volontà di violare gli obblighi o di provocare un danno erariale attraverso le proprie condotte.

In sede di contro-replica, il **Pubblico Ministero** ha ribadito che nel 2018 la SUA ha mandato una nota all'ASP invitandola, nelle more che si completasse la procedura di aggiudicazione della nuova gara, a stipulare un contratto ponte o un contratto sottoposto a condizione risolutiva. Relativamente alla riduzione del 5%, ha precisato che la Corte costituzionale parla di un obbligo e che la riduzione della spesa va inquadrata in un piano globale di risparmio che obbliga l'Ente pubblico ad istruire e motivare le scelte più convenienti tra le diverse soluzioni. Ha ripetuto, relativamente agli incrementi dei prezzi, che si è limitato a contestare quelli che riguardano gli anni di riferimento e che il Consiglio di Stato ha affermato che l'appaltatore non ha un diritto, bensì un interesse legittimo rispetto alla revisione dei prezzi, correlato ad una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante, che deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso al risparmio di spesa e alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato. Infine, ha precisato che la revisione dei prezzi è ingiustificata e non andava attuata a favore della controparte.

L'**Avv. Spada**, di contro, ha replicato che, relativamente alla nota della SUA del 2018, già a maggio del 2018, era in essere una procedura di attivazione di una nuova gara e sarebbe stato dispendioso, per pochi mesi, effettuare un contratto ponte. Ha

replicato ancora che la Procura non dimostra il risparmio di spesa che sarebbe conseguito attraverso la procedura di un contratto ponte, e ha sottolineato, relativamente alla mancata riduzione del 5%, che la Corte costituzionale stabilisce l'obbligo da parte dell'ASP di cercare di conseguire il risparmio di spesa, ma non stabilisce un obbligo unilaterale di imporre necessariamente la riduzione, lasciando nella facoltà e nella insindacabilità nel merito all'Asp se scegliere o meno di recedere dal contratto. Relativamente alla revisione degli indici ISTAT ha precisato ancora che non è addebitabile alla propria assistita una tale condotta, atteso che l'aumento degli indici ISTAT era previsto dal contratto e autorizzato con la delibera n. 694 del 09/05/2009 da parte dell'ASP.

All'esito, la causa è stata trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Merita scrutinio primario il **difetto di legittimazione passiva** per carenza del nesso causale tra fatto imputabile e danno prodotto sul presupposto che le delibere autorizzative delle proroghe del contratto di cui trattasi non sono riferibili alla convenuta.

L'eccezione è infondata e va respinta.

A decidere della legittimazione passiva della dott.ssa Acquaviva non è la circostanza dedotta dalla sua difesa, ovvero sia che le delibere autorizzative delle proroghe del contratto non sono a lei imputabili, ma il fatto che la contestazione che il Pubblico

Ministero le ha mosso è quella di una condotta *in thesis* più articolata, ovverosia l'aver mantenuto in essere (con una condotta prevalentemente omissiva di natura dolosa) il contratto di appalto relativo al servizio mensa dei degenti delle strutture sanitarie dell'ASP di Cosenza alla stessa ditta (SIARC), nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2017 ed il 30 giugno 2019 e poi dal 7 settembre 2020 fino alla data del nuovo affidamento alla Ladisa s.r.l. E giacché in tale arco temporale la convenuta ha rivestito il ruolo di dirigente dell'unità operativa provveditorato, economato e gestione logistica dell'Asp di Cosenza, plesso amministrativo preposto, tra l'altro, all'espletamento delle procedure di gara per l'affidamento pubblico di lavori, servizi e forniture adottate dall'amministrazione interessata, ne deriva una legittimazione piena a contraddire in ordine alle contestazioni mosse dall'attore in ordine al suo ruolo nella vicenda.

Non è perciò in discussione l'aspetto formale della riconducibilità a lei delle delibere di autorizzazione alla proroga del contratto alla SIARC, ma – sotto un profilo sostanziale di maggiore spessore – l'accertamento di merito di una sua eventuale responsabilità amministrativa ove, nel dirigere l'unità operativa competente all'espletamento delle procedure di evidenza pubblica dell'Asp di Cosenza, abbia dolosamente consentito il mantenimento del contratto di appalto alla stessa ditta per oltre 15 anni, in spregio alle regole europee a tutela della concorrenza, e di cui gli interventi del Legislatore richiamati dall'attore

dovrebbero fungere da deterrente.

E del resto, in tal senso, la citazione è chiara: *“in conseguenza dell’omessa considerazione degli obblighi di legge e finanche delle specifiche indicazioni impartite dalla SUA si ritiene legittima l’imputazione dolosa delle condotte ascritte alla dirigente di settore Acquaviva che ha consapevolmente agito in contrasto con le disposizioni di legge e regolamentari al fine di mantenere in essere il rapporto con la ditta affidataria”* (citazione, pag. 14, 2° cpv.).

In tale cono di luce, la legittimazione passiva della dott.ssa Acquaviva è indubbia.

Pertanto, l’eccezione sollevata dalla convenuta è infondata e viene respinta.

2. Nel merito la domanda non merita l’accoglimento.

Il Collegio è persuaso del fatto che, alla luce delle risultanze processuali di cui ora si darà contezza, alla convenuta non possa essere addebitato il danno erariale così come richiesto dall’attore pubblico, per aver *“consapevolmente agito in contrasto con le disposizioni di legge e regolamentari al fine di mantenere in essere il rapporto con la ditta affidataria”*.

Sia l’attore che la convenuta hanno sapientemente ricostruito il quadro normativo che ha caratterizzato la vicenda oggetto di giudizio.

L’art. 23, comma 2 della legge n. 62/2005 prevede che *“I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che*

vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge”.

L’**art. 9-ter, del decreto-Legge n 78/2015** aveva previsto:

“**a)** per l’acquisto dei beni e servizi di cui alla tabella A allegata al presente decreto, **gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti in essere che abbia l’effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto, al fine di conseguire una riduzione su base annua del 5 per cento del valore complessivo dei contratti in essere**” (comma 1, lett. a) (omissis)

“**4.** Nell’ipotesi di mancato accordo con i fornitori, nei casi di cui al comma 1, lettere a) e b), entro il termine di trenta giorni dalla trasmissione della proposta in ordine ai prezzi o ai volumi come individuati ai sensi del comma 1, **gli enti del Servizio sanitario nazionale hanno diritto di recedere dal contratto, in deroga all’articolo 1671 del codice civile, senza alcun onere a carico degli stessi.** È fatta salva la facoltà del fornitore di recedere dal contratto entro trenta giorni dalla comunicazione

della manifestazione di volontà di operare la riduzione, senza alcuna penalità da recesso verso l'amministrazione. Il recesso è comunicato all'amministrazione e ha effetto decorsi trenta giorni dal ricevimento della relativa comunicazione da parte di quest'ultima”.

L'art. 1 della legge n. 208/2015 – per quanto qui di rilievo - prevede: “**548.** Al fine di garantire la effettiva realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa mediante aggregazione degli acquisti di beni e servizi, **gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi**, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, come individuate dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 9, comma 3, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, **avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento**, ovvero della Consip SpA.”

“**549.** Qualora le centrali di committenza individuate sulla base del comma 548 non siano disponibili ovvero operative, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario di cui al comma 548, **avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali di committenza iscritte nell'elenco dei soggetti aggregatori**, di cui all'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89. In tale ipotesi, spetta alla centrale regionale di committenza di

referimento l'individuazione, ai fini dell'approvvigionamento, di altra centrale di committenza. La violazione degli adempimenti previsti dal presente comma costituisce illecito disciplinare ed è causa di responsabilità per danno erariale”.

L'art. 6 del decreto-Legge n. 35/2019 (c.d. <decreto Cartabia>) successivamente modificato dal decreto-Legge n. 76/2020, aveva previsto: *“Gli enti del Servizio sanitario della Regione si avvalgono esclusivamente degli strumenti di acquisto e di negoziazione aventi ad oggetto beni, servizi e lavori di manutenzione messi a disposizione da CONSIP S.p.A. nell'ambito del Programma di razionalizzazione degli acquisti della Pubblica amministrazione ovvero, previa convenzione, **dalla centrale di committenza della regione Calabria**, per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture, strumentali all'esercizio delle proprie funzioni, superiori alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Resta ferma, in ogni caso, la facoltà di avvalersi del Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per la Sicilia-Calabria”.*

Calando tale impalcatura normativa di riferimento sulla fattispecie oggetto di giudizio:

- Con **delibera del Direttore Generale dell'ASL n. 3 di Rossano, del 12 aprile 2007**, era affidata alla ditta SIARC il servizio mensa dei degenti dei presidi ospedalieri di Corigliano, Rossano, Cassano allo Ionio, Cariate, Trebisacce e Oriolo, per 3 anni, con decorrenza 1° aprile 2007, senza tacito rinnovo.

	- Con delibera n. 1427 del 27 aprile 2009 l'oggetto	
	dell'affidamento era integrato, andando a ricomprendere anche	
	la fornitura dei cestini per l'U.O. dialisi.	
	- Con Delibera del Direttore Generale del 28.02.2012	
	si è deciso un ulteriore ampliamento del precedente affidamento	
	alla SIARC che ora ricomprendeva anche il Centro Salute Men-	
	tale di Montalto Uffugo.	
	- Con Delibera del Direttore Generale del 30.10.2012	
	l'affidamento è stato esteso anche in favore del presidio ospeda-	
	liero di Castrovillari e del centro di assistenza primaria territo-	
	riale di Lungro.	
	Pertanto, il contratto è andato avanti di tre anni in tre anni con	
	termine ultimo al 31.10.2015.	
	Corrente l' anno 2013 , era svolta una prima gara centralizzata	
	per l'espletamento del servizio, cui è seguito l'annullamento in	
	autotutela – decreto del D.G. della SUA n. 10317 del 30 ago-	
	sto 2016 – dell'aggiudicazione provvisoria al nuovo affidatario,	
	cui fecero seguito i contenziosi giudiziari innanzi al Tar conclu-	
	sisi nel 2018.	
	- Con Deliberazione del Commissario Straordinario	
	dell'ASP di Cosenza del 30 ottobre 2015, n. 1876 , l'ammini-	
	strazione ha affidato il servizio mensa per i degenti nuovamente	
	alla SIARC sulla base dell'offerta individuale presentata dalla	
	ditta su richiesta della stessa azienda ospedaliera. La delibera	
	de qua prevedeva un termine di durata di 6 mesi decorrenti dal	

1° novembre 2015 con le estensioni ai presidi ospedalieri di Paola e Cetraro.

- La SUA per la regione Calabria, con **nota del 24.10.2016** (n. 32030) e **del 24.07.2018** (n. 256763) aveva avvertito l'Azienda della necessità di ricorrere ad un **contratto-ponte** fino allo svolgimento di una procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio, con la possibilità di attivare anche una gara sottoposta alla condizione risolutiva dell'eventuale svolgimento della procedura aggregata.

- Con **Delibera del Direttore Generale dell'Asp di Cosenza dell'8 maggio 2018, n. 840**, era compiuta una ricognizione dei contratti in essere, tra i quali quello con la SIARC, medio tempore prorogati in attesa della procedura di affidamento centralizzata presso la SUA regionale di Catanzaro.

Sempre nel **2018** la SUA – su impulso della Direzione Generale dell'Asp di Cosenza – nel mese di maggio, dava avvio ad una **seconda gara** per l'espletamento del servizio in questione, poi arrestatosi per effetto dell'entrata in vigore del decreto Cartabia.

Infine, l'avvio di una **terza procedura di gara nel 2020**, conclusasi con l'aggiudicazione del servizio nel 2022 alla Ladisa s.r.l.

Nella prospettazione dell'attore pubblico, la dott.ssa Acquaviva, – dirigente dell'UO dell'Asp di Cosenza competente all'espletamento delle gare pubbliche dal 1° gennaio 2017 al 30 giugno 2019 e poi dal 7 settembre 2020 (fino all'aprile del 2022 quando

il servizio viene affidato al nuovo contraente Ladisa s.r.l.), avrebbe scientemente violato le disposizioni normative e regolamentari sopra richiamate in quanto, nel periodo ottobre 2018/giugno 2019 e nel periodo settembre 2020/aprile 2022 avrebbe “*posto in essere della condotte illecite di carattere omisivo contraddistinte dalla violazione di specifiche disposizioni di legge, circolari e note di indirizzo che richiedevano inequivocabilmente la necessità di ricorrere ai soggetti aggregatori, come la Consip, ovvero di procedere all’espletamento di una procedura competitiva per l’individuazione dell’affidatario del servizio*” (citazione, pag. 13, 2° cpv.).

In secondo luogo, “*si è riscontrato che, dopo l’entrata in vigore del decreto-Legge n. 78/2015, non risulta applicata la riduzione del 5% prevista dall’art. 9-ter di detta disposizione normativa al fine di attuare ex lege il contenimento della spesa pubblica*” (citazione, pag. 19, ult. cpv.).

Tali asserzioni non sono fondate.

Anzitutto, merita considerazione quanto dedotto dalla difesa della convenuta, ovverosia l’impossibilità ex art. 9, comma 3, del D.L. n. 66/2014, per gli enti del SSN di procedere in autonomia per l’affidamento di servizi e forniture pubbliche di importo superiore alla soglia dei quarantamila euro (cfr. d.P.C.M. 24.12.2015), con necessità di ricorrere *ex lege* ai soggetti aggregatori su base regionale e che, per le aziende del SSR della Calabria, era la Stazione Unica Appaltante (SUA), istituita con

legge regionale n. 26/08.

In tale contesto, risulta *ex actis* (anche dalla ricostruzione dell'attore) che già nel 2013 la SUA aveva avviato una procedura competitiva, esitata poi in un annullamento in autotutela a seguito di ricorso amministrativo innanzi al Tar dagli aggiudicatari pretermessi.

Sempre *ex actis* risulta che con nota prot. n. 175512 del 16.12.2017 (e dunque circa un anno prima dell'ottobre del 2018, a cui l'attore riconduce l'inizio della responsabilità erariale della dott.ssa Acquaviva – cfr. citazione, pag. 7, ult. cpv.), la SUA veniva sollecitata (dalla direzione generale dell'azienda ospedaliera) per l'indizione di una nuova gara per l'affidamento del servizio mensa ai degenti delle strutture dell'ASP Cosenza (**All. 4**) e che, a distanza di alcuni mesi, con nota prot. n. 158446 del 08.05.2018 (**All. 5**), sempre la SUA richiedeva a tutte le ASP Calabresi i dati relativi al fabbisogno ristorazione indicati nell'oggetto questionario e prodromici all'attivazione della gara. Orbene, rispetto a tale impulso procedurale, è provato che con comunicazione via **mail del 21.05.2018, a firma della dott.ssa Acquaviva, di riscontro alla nota SUA (All. 6)**, la convenuta così scriveva ai Direttori competenti: *“Preg. mi Direttori, ho necessità di acquisire il fabbisogno annuo dei c.d. <ristoro> da somministrare ai donatori post sangue dopo l'avvenuta donazione, al fine di quantificarli e trasmetterli alla Stazione Unica Appaltante, che a breve procederà ad indire gara regionale per il servizio di*

mensa (giornate di degenza ordinaria, day hospital, day surgery, dialisi) e... ultimo ma non ultimo anche i Ristoro per i nostri donatori....Ho preso atto, infatti, che altre Aziende hanno inserito tale fabbisogno insieme alle altre voci... perché noi non dovremmo fare altrettanto? (omissis)".

Dal che è logico desumere che la SUA aveva avviato l'istruttoria in vista degli atti prodromici alla procedura aperta, e che l'ASP di Cosenza, a firma della convenuta, aveva dato seguito a tale attività ricognitiva richiedendo i dati da trasmettere successivamente alla SUA. Circostanza, questa, confermata dalla stessa SUA (area tecnica) con comunicazione del 19.09.2018 (**All. 8**)

Con p.e.c. del 19.07.2018 (**All. 9**) la dott.ssa Acquaviva ha trasmesso alla SUA il capitolato tecnico dell'ASP di Cosenza, mentre con e-mail del 12.04.2019 (**All. 10**) la SUA area tecnica convocava una riunione di coordinamento con i referenti di ciascuna azienda interessata per la definizione di un unico capitolato tecnico per tutte le ASP calabresi.

L'attività istruttoria prodromica alla gara procedeva perciò in maniera conforme al quadro normativo fino al 22 luglio 2019.

In atti è, infatti, la **nota SUA Prot. n. 92212 del 22.07.2019** (richiamata in **All. 11** – Deliberazione ASP n. 412 del 05.05.2020) che dava atto del fatto che **con l'entrata in vigore della Riforma Cartabia, ogni attività istruttoria era sospesa d'ufficio**, dal momento che la riforma aveva previsto (art. 6) che gli enti del SSR si dovevano avvalere esclusivamente degli

strumenti di acquisito e negoziazione messi a disposizione da CONSIP S.p.A. nell'ambito del programma di razionalizzazione degli acquisti della PA ovvero, previa convenzione, dalla centrale di committenza regionale. Di conseguenza, da tale momento era inibito alle ASP calabresi il ricorso alla SUA, dovendo rivolgersi esclusivamente a Consip SpA (ovvero, previa convenzione, alle centrali di committenza regionale).

Di conseguenza, è convincimento del Collegio che le note SUA, richiamate nella citazione, sono impertinenti in quanto o antecedenti l'incarico dirigenziale della convenuta (così, la nota prot. n. 32030 del 24.10.2016), ovvero intervengono in una fase in cui era *in itinere* la procedura per l'attivazione della gara in piena sinergia con l'area tecnica della SUA (prot. n. 256763 del 24.07.2018).

Pertanto, il Collegio è persuaso del fatto che **fino al luglio 2019 alla dott.ssa Acquaviva non può essere imputato alcunché** né sotto il profilo oggettivo, avendo operato *secundum legem* per gli atti di sua competenza (che, in quanto dirigente di un plesso amministrativo, la ponevano quale <giano bifronte> tra la direzione generale dell'azienda da un lato, e la stazione unica appaltante regionale dall'altro) né sotto il profilo soggettivo, dal momento che non può dirsi certamente provato che, fino al luglio 2019, abbia consapevolmente omesso specifiche disposizioni di legge, regolamenti, circolari o note di indirizzo. A ciò si aggiunga che le risultanze processuali dimostrano il contrario e che è

pacifico che il 1° luglio 2019 la convenuta è stata trasferita ad altra azienda.

Nel periodo compreso tra il luglio 2019 e il settembre 2020, l'ufficio è stato diretto dalla dott.ssa Borromeo, la cui posizione è stata archiviata. Tale lasso temporale prepara tuttavia il campo per quanto avverrà in seguito. Per effetto della riforma Cartabia, gli enti del SSN devono ora avvalersi esclusivamente o della Consip o, previa convenzione, delle centrali di committenza regionale (art. 6, d.l. n. 35/19 cit.).

È fatto notorio che, per rivolgersi d'ora innanzi ad un nuovo soggetto strumento di acquisito, occorre iniziare *ex novo* l'intera procedura istruttoria prodromica alla gara.

Risulta, infatti, *per tabulas* che il Dirigente reggente dell'ASP di Cosenza, dott. Sergio Diego, con nota prot. n. 86757 del 09.07.2019 (**All. 16**), indirizzata alla SUA, al Collegio Sindacale dell'ASP di Cosenza, al Dipartimento della Salute e delle politiche sociali della Regione Calabria, al Commissario *ad acta* per il piano di rientro della Regione Calabria, e financo al Procuratore regionale presso la Corte dei conti dell'intestata Sezione regionale, instava la necessità di una nuova proroga per la predisposizione degli atti necessari ad avviare un nuovo *iter*, con un nuovo soggetto aggregatore.

Le stesse considerazioni possono essere svolte per l'altra contestazione mossa alla convenuta nel periodo gennaio 2017/luglio 2019, ovverosia **l'omesso doloso svolgimento di una**

**procedura competitiva attraverso il ricorso al contratto-
ponte ex art. 63 D. lgs. n. 163/06.**

Il Collegio è persuaso che le argomentazioni difensive siano più forti della tesi accusatoria, anche alla luce della documentazione in atti.

È provato, infatti, che nel 2018 la SUA aveva avviato una istruttoria per la ricognizione del fabbisogno delle strutture ospedaliere funzionale all'indizione di una nuova procedura competitiva (cfr., **All. 5**), cui era seguita la deliberazione n. 480/2018 da parte del Direttore Generale dell'Asp di Cosenza e avente per oggetto le autorizzazioni di spesa. La convenuta ha documentato l'allegazione a sua firma dell'atto ricognitivo richiesto (**All. 19**).

La difesa ha argomentato che, nel periodo in contestazione (ottobre 2018/aprile 2022), non avrebbe avuto alcun senso avviare tale procedura, dal momento che la SUA, già a maggio 2018, su impulso della Direzione aziendale dell'ASP, aveva avviato l'iter per la predisposizione degli atti prodromici all'attivazione di una nuova gara a valenza regionale (cfr., Deliberazione Direttore Generale ASP n. 840 dell'8.5.2018), sicché l'iter in corso presso la SUA impediva iniziative diverse all'ASP e in particolare al Dirigente UOC Forniture e Servizi (**All. 19**).

Se la dott.ssa Acquaviva avesse contestualmente predisposto l'iter per un contratto-ponte, con tutti i costi conseguenti, avrebbe violato la normativa di settore, andando in contrasto con la linea individuata dalla direzione aziendale (in questo

caso, sì, con un esborso e un danno erariale per l'ente).

Infatti, poiché il contratto-ponte avrebbe dovuto contenere di necessità la clausola di risoluzione anticipata in autotutela, qualunque ditta, non potendo individuare in anticipo la durata del contratto ponte, avrebbe poi caricato l'intero ammontare delle spese di avviamento almeno sul primo anno di fornitura del servizio e, in questo modo, difficilmente avrebbe praticato un prezzo inferiore a quello già in essere con la SIARC.

A tale considerazione va aggiunto che l'attore stesso non quantifica il risparmio di spesa che si sarebbe conseguito con il contratto-ponte.

Sicché allo stato è giocoforza ritenere che la soluzione più economica era quella scelta dalla Direzione aziendale e a cui la convenuta ha dato seguito.

Anche in questo caso, pertanto, il Collegio non vede un'omissione di natura dolosa nella scelta di non addivenire al contratto-ponte con un'altra ditta nelle more di una nuova gara.

Infine, non ha fondamento neppure l'ultima contestazione **(mancata riduzione del 5% del corrispettivo ex art. 9-ter del d.l. n. 78/15)**.

Sul punto, la convenuta ha documentato che già nel 2015 il dirigente dell'epoca - con nota prot. n. 0137074 del 29.07.2015 **(All. 23)** - aveva formulato alla SIARC la proposta di riduzione del 5% senza ottenere alcun riscontro, richiamando anche il comma 4 dell'art. 9-ter cit., il quale prevedeva che, in difetto di

mancato accordo coi fornitori sulla proposta di riduzione, gli enti del SSN avevano il diritto-facoltà di recesso dai contratti in corso.

Circa l'interpretazione da assegnare alla norma in esame mette conto evidenziare che si tratta, contrariamente all'assunto della Procura, di una facoltà e non di un obbligo.

Tale lettura, del resto, è l'unica possibile nella fisiologia dei rapporti a prestazioni continuative e periodiche, di durata. Ciò che il legislatore ha inteso favorire è la rinegoziazione dei contratti pubblici in essere per conseguire un risparmio di spesa, ma senza sacrificio per l'autonomia negoziale pattizia.

In tale guisa interpretativa è anche la lettura della **Corte costituzionale** che, con la **decisione n.169/2017**, sulla legittimità costituzionale dell'art. 9-ter cit. ha osservato che *«L'operatività della rinegoziazione rimane circoscritta alla sola eventualità che i contraenti raggiungano un **nuovo accordo** attraverso la ridefinizione in concreto delle loro originarie determinazioni. In definitiva, l'offerta di modifica ex art. 9-ter rimane comunque condizionata dalla verifica che il sinallagma del contratto originario non sia dalla stessa inciso fino a pregiudicarne la convenienza per l'amministrazione e la remuneratività per l'esecutore. Sotto questo profilo, la disciplina impugnata supera il vaglio di costituzionalità poiché disegna un meccanismo idoneo a garantire che le posizioni contrattuali inizialmente concordate tra le parti non siano automaticamente modificate o comunque stravolte dalla*

*sopravvenienza normativa, ma siano circoscritte nel perimetro della normale alea assunta **ex contractu**, nell'ambito della quale deve essere ricompreso, trattandosi di contratti di durata, anche l'intervento del legislatore. Dunque, la disposizione va interpretata nel senso del conferimento di una facoltà al committente, la quale non comporta che le quantità ed i prezzi unitari degli acquisti dei beni e dei servizi futuri risultino necessariamente ridotti in modo automatico e lineare. La riduzione della spesa va al contrario inquadrata in un piano globale di risparmio che obbliga l'ente pubblico ad istruire e motivare la scelta più conveniente tra le diverse opzioni consentite dal legislatore» (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 169 del 2017, punto 7.1. del considerato in diritto).*

Nella stessa direzione la giurisprudenza contabile (cfr., Corte dei conti Sezione Puglia, n. 81/2023; Sezione Campania, n. 280 e 985 del 2021), secondo un orientamento a cui il Collegio intende dare seguito, e basato *funditus* sull'assunto che non può considerarsi *in re ipsa* un danno a carico delle finanze pubbliche per il solo fatto del mancato taglio di spesa sui singoli contratti.

Oltre la ulteriore considerazione che, in ogni caso, l'attore non ha provato il risparmio che in ipotesi sarebbe stato conseguito.

Conclusivamente, la domanda dell'attore non merita accoglimento e deve essere rigettata, per infondatezza sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nei termini dianzi spiegati.

3. Le spese a carico dell'Amministrazione di appartenenza, si liquidano, ex art. 31, comma 2 c.g.c., in euro 10.000,00=, oltre

accessori di legge se dovuti, in favore della sig.ra Maria Acquaviva.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per la Calabria, definitivamente pronunciando,

- Rigetta la domanda attorea;

- Liquida le spese per la difesa di Maria Acquaviva, in suo favore, in euro 10.000,00= oltre accessori di legge se dovuti, a carico dell'amministrazione di appartenenza.

Manda alla Segreteria per adempimenti di competenza.

Così deciso in Catanzaro, nella Camera di consiglio del 9 luglio 2024.

Il Relatore

Il Presidente f.f.

Carlo Efisio Marre' Brunenghi

Gianpiero D'Alia

Firmato digitalmente

Firmato digitalmente

Depositato in segreteria in data 23/09/2024

Il Funzionario

Dott.ssa Stefania Vasapollo

Firmato digitalmente