

N. 01350/2012 REG.PROV.COLL. N. 01909/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

sul Hospira Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Sonia Selletti, Andrea Sorgato, con domicilio eletto presso Sonia Selletti in Milano, via Larga n. 8;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como, rappresentata e difesa dall'avv. Bassano Baroni, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Pattari, 6; Azienda Ospedaliera Ospedale Civile di Legnano; Regione Lombardia, rappresentata e difesa dagli avv. Pio Dario Vivone, Sabrina Gallonetto, elettivamente domiciliata presso la sede dell'Avvocatura regionale in Milano, piazza Città di Lombardia, 1;

nei confronti di

Lombardia Informatica S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Guido Salvadori Del Prato, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via L. Manara,15; Novartis Farma S.p.a., Sandoz S.p.a., Sanofi-Aventis S.p.a., Fresenius Kabi Italia S.r.l.;

per l'annullamento

- della nota dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como in data 19.05.2011; - della nota dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como in data 20.05.2011; - della nota dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como, prot. n. 13221 in data 26.05.2011; - della deliberazione della Direzione Generale dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como n. 280 del 18.05.2011; - della nota delle direzioni generale e amministrativa dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como del 05.05.2011; - della nota, a firma congiunta dei Direttori Generali delle due Aziende Ospedaliere di Como e Legnano, con protocollo dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como n. 11194 del 04.05.2011; - della nota della Direzione Generale Sanità della Regione Lombardia, prot. H1.2011.0011042 dell'8.04.2011; - se ed in quanto occorrer possa, della nota della Direzione della Centrale Regionale Acquisti della Regione Lombardia in seno a Lombardia Informatica S.p.a., prot. n. 822 del 4.02.2011; -nonchè di ogni atto presupposto, connesso e comunque consequenziale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como, di Regione Lombardia e di Lombardia Informatica S.p.a.; Viste le memorie difensive; Visti tutti gli atti della causa; Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.; Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2012 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO Hospira Italia S.r.l., società fornitrice di farmaci, è risultata aggiudicataria in via provvisoria con il criterio del prezzo più basso di alcuni lotti di una procedura concorsuale per la fornitura quadriennale di farmaci ed emoderivati indetta ai sensi degli artt. 60 e 85 d.lgs. n. 163/2006 (sistema dinamico di acquisizione ed asta elettronica) dall'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como unitamente all'Azienda Ospedaliera Ospedale

Civile di Legnano.

ricorso numero di registro generale 1909 del 2011, proposto da:

1Alcuni fra i lotti della procedura succitata concernevano farmaci già oggetto della convenzione regionale acquisti stipulata da Lombardia Informatica S.p.a. in seguito a pubblica gara. Con il presente ricorso, la società impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali la succitata aggiudicazione è stata posta nel nulla dopo un intenso scambio di opinioni fra le amministrazioni intimate in considerazione della prevalenza o meno della convenzione già stipulata dalla centrale regionale acquisti (Lombardia Informatica S.p.a.) a seguito di procedura indetta in precedenza per la fornitura di farmaci ed emoderivati tra i quali, come detto, alcuni della stessa tipologia di quelli in questione.

A sostegno del proprio gravame la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 1, comma 2, L.R. 30/2006 (legge finanziaria regionale), così come modificata dalla L.R. n. 14/2010 (recante interventi di razionalizzazione sul sistema regionale), dell'allegato 3 alla DGR IX/937 dell'1.12.2010, della nota prot. n. 42608 del 30.12.2010 della Direzione Sanità

Regione Lombardia, degli artt. 97 e 117, comma 2, della Costituzione, dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, del principio di economicità dell'azione amministrativa, dell'art. 7, comma 11, del capitolato d'oneri e del principio della par condicio dei concorrenti, degli artt. 6, 7, 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241/90, nonché l'eccesso di potere per manifesta illogicità, travisamento dei fatti, difetto assoluto di istruttoria, violazione del giusto procedimento, manifesta disparità di trattamento, sviamento, straripamento di potere, assumendo, in sostanza, l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione in considerazione delle migliori condizioni economiche che erano state ottenute dall'Azienda Ospedaliera con la procedura in questione, molto più vantaggiose rispetto a quelle risultanti dalla convenzione stipulata da Lombardia Informatica a seguito della gara regionale.

La società ricorrente ha, altresì, chiesto la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'aggiudicazione in suo favore dei lotti in questione della procedura e alla stipulazione del relativo contratto, previa declaratoria di inefficacia della convenzione regionale in parte qua, ossia con specifico e limitato riferimento all'adesione operata dall'Azienda Ospedaliera di Como a tale convenzione per l'approvvigionamento dei farmaci oggetto dei lotti già aggiudicati in via provvisoria ad Hospira, nonché, per la parte di fornitura già eseguita, al risarcimento del danno per equivalente fino al subentro dell'esponente nella fornitura, nella misura pari all'applicazione del prezzo offerto dalla ricorrente (o ad una percentuale del medesimo) agli ordinativi di farmaci effettuati sino a quel momento al fornitore della convenzione regionale. In subordine, la ricorrente ha insistito per il risarcimento integrale per equivalente, o, in ulteriore subordine, per responsabilità precontrattuale.

L'esponente ha, altresì, formulato istanza, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e) c.p.a., per l'adozione di ogni misura idonea ad assicurare l'attuazione del giudicato, anche mediante la nomina di un commissario ad acta, per provvedere all'ottemperanza della sentenza. Si sono costituite in giudizio l'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como, la Regione Lombardia e Lombardia Informatica S.p.a., che hanno chiesto la reiezione del ricorso per infondatezza nel merito controdeducendo alle specifiche doglianze.

Con ordinanza n. 1187/2011 del 20 luglio 2011, la sezione, all'esito della sommaria deliberazione che caratterizza la fase cautelare ed in considerazione dell'interesse pubblico alla mancata interruzione della già avviata fornitura dei farmaci acquisiti in seguito all'adesione alla convenzione stipulata dalla centrale acquisti regionale, nonché dell'istanza risarcitoria avanzata dalla ricorrente, ha respinto l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni. All'udienza pubblica dell'8 maggio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO Il collegio, in seguito all'approfondimento proprio della fase di merito, ritiene che il ricorso meriti accoglimento.

Ed invero, a fondamento di tale decisione si pongono molteplici ragioni che involgono le diverse doglianze dedotte dalla società ricorrente, tutte, però, accomunate dal filo conduttore della censura dell'illegittimità dell'operato della stazione appaltante che, pur a fronte di un'aggiudicazione provvisoria alla stessa economicamente molto favorevole, ha preferito rideterminarsi in via di autotutela in cieca adesione ad una disposizione normativa emanata in astratto proprio al fine di ottenere risparmi di spesa per le singole amministrazioni, ma la cui applicazione nella fattispecie concreta ha determinato, al contrario, un risultato deteriore per le condizioni economiche di aggiudicazione della fornitura dei farmaci in questione. E ciò risulta ancor più grave in considerazione delle decisioni adottate dall'amministrazione nella fase immediatamente precedente all'adozione degli atti oggetto della presente impugnazione, così come risultanti dalla documentazione versata in atti, dalle quali si evince inequivocabilmente la piena consapevolezza dell'Azienda Ospedaliera in ordine al risparmio di spesa che avrebbe ottenuto aggiudicando definitivamente i lotti in questione alla ricorrente, tanto da essersi determinata in un primo momento all'aggiudicazione provvisoria della gara, previamente indetta secondo le modalità del sistema dinamico di acquisizione perché maggiormente

duttile e confacente alle esigenze

2

di mutevolezza che connaturavano la fornitura e che avrebbero, dunque, permesso di ottenere consistenti risparmi di spesa, aggiudicazione, in seguito, posta nel nulla senza particolari approfondimenti su indicazione ricevuta da parte della regione. Tanto premesso, giova ricordare il quadro normativo di interesse per la decisione della presente controversia, a partire dal disposto normativo dell'art. 1, comma 449, della legge finanziaria 27 dicembre 2006, n. 296, che così recita: “Nel rispetto del sistema delle convenzioni di cui agli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, e 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono individuati, entro il mese di gennaio di ogni anno, tenuto conto delle caratteristiche del mercato e del grado di standardizzazione dei prodotti, le tipologie di beni e servizi per le quali tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del presente articolo, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti. Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento”.

Il comma 455 del medesimo articolo, dispone, inoltre, che: “Ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, le regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio”. Ai sensi del primo comma dell'art. 33 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, inoltre, richiamato dalla precedente norma: “Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi”. Dal combinato disposto delle norme succitate ed in considerazione della specificità della materia della presente controversia, che involge le modalità di acquisizione delle forniture pubbliche, oltre che delle finalità alla stessa sottese, di razionalizzazione degli acquisti al fine dell'ottenimento di un risparmio di spesa pubblica, sembra più aderente alla ratio normativa un'esegesi che lasci prevalere la possibilità, piuttosto che la doverosità, da parte dei soggetti appartenenti al Servizio sanitario, di approvvigionarsi mediante l'utilizzazione delle convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento. E ciò, sul presupposto che tale scelta sia dettata dall'effettivo risparmio di spesa da raggiungere, in aderenza al rispetto del principio di economicità che caratterizza l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del codice degli appalti, oltre che nel rispetto dello spirito della legge.

Tale interpretazione risulta suffragata dal quadro normativo di riferimento esistente a livello regionale. In particolare, l'art. 1, comma 2, della legge della regione Lombardia n. 30/2006 (legge finanziaria regionale), così come risultante dalle modifiche operate dalla L. R. n. 14/2010, dispone che, al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi della programmazione regionale, al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, mediante il contenimento e la razionalizzazione della spesa, nonché al fine di garantire la valorizzazione degli investimenti, gli enti di cui all'allegato A1 (tra i quali sono ricomprese anche le Aziende sanitarie e Lombardia Informatica S.p.a.) svolgono tra loro e a favore della Regione le prestazioni dirette alla produzione di beni e servizi strumentali alle rispettive attività.

In attuazione di tali previsioni normative, la Giunta regionale, nell'allegato 3 alla DGR IX/937 del primo dicembre 2010, recante le linee di indirizzo degli acquisti delle aziende sanitarie, ed in particolare a pag. 1, nel secondo paragrafo, intitolato: “Il sistema degli

acquisti del servizio sanitario regionale” afferma che: “con particolare riferimento alle iniziative attivate dalla Centrale Acquisti si sottolinea che le Aziende sanitarie sono tenute in via prioritaria ad aderire a tali iniziative. Nel caso dell’attivazione di procedure di acquisto autonome le Aziende sanitarie sono tenute a dare evidenza del fatto che tali procedure si configurano come più vantaggiose dal punto di vista economico e/o gestionale rispetto all’adesione ai contratti e/o convenzioni attivate dalla Centrale Acquisti regionale”. Tale affermazione risulta confermata a pag. 11, ultima parte, della nota prot. n. 42608 del 30.12.2010 della Direzione Sanità Regione Lombardia.

Dalle succitate previsioni regionali, emanate in materia di coordinamento della finanza pubblica e da ricomprendersi, dunque, nella potestà normativa concorrente Stato-Regioni (cfr. Corte Cost. sentenze n. 30 del 2012, n. 229 del 2011 e n. 120 del 2008, secondo cui le Regioni sono solo soggette ai vincoli legislativi derivanti dal rispetto dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica), risulta, dunque, confermata la possibilità per gli enti appartenenti al servizio sanitario di mantenere gli effetti delle eventuali procedure di acquisto attivate autonomamente, pur essendo tenute a dare evidenza del fatto che tali procedure si configurano

3

come più vantaggiose dal punto di vista economico e/o gestionale rispetto all’adesione ai contratti e/o convenzioni attivate dalla centrale acquisti regionale. E di questo pare essersi resa conto la stessa centrale acquisti della regione Lombardia (Lombardia Informatica S.p.a.), la quale, nella nota prot. n. 822 del 4 febbraio 2011, oltre a rimandare per gli enti sanitari a quanto indicato nella suddetta DGR 937/2010, allegato 3, ha evidenziato nelle linee guida operative per l’applicazione della normativa nazionale e regionale richiamata che in presenza di una convenzione attivata dalla centrale regionale acquisti, tali enti hanno l’obbligo di utilizzare in via primaria la convenzione, e, quindi, di acquistare mediante ordinativi di fornitura, salvo diverse motivazioni non meglio specificate, fra le quali, dunque, pare senza dubbio potersi ricomprendere un consistente risparmio di spesa pubblica.

Del resto, anche la giurisprudenza del Supremo consesso amministrativo è pervenuta a simili conclusioni, avendo affermato che: “Con l’istituzione delle “centrali di acquisto” con funzioni di “centrali di committenza” da parte delle regioni, ad opera del comma 455, L. n. 296/2006, con il compito di stipulare, per i rispettivi ambiti territoriali, le convenzioni di cui all’art. 26, co. 1, L. n. 488/1999, ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l’acquisto di beni e servizi, gli enti del Servizio sanitario nazionale e le aziende sanitarie possono, ai sensi dell’art 1, co. 449, L. n. 296/2006, fare diretto ricorso a tali convenzioni ovvero utilizzarne i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti.

In relazione agli enti del Servizio sanitario nazionale “in ogni caso tenuti - a mente dell’ultimo inciso dell’art 1, co. 449, L. n. 296/2006 - ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento”, la prima decisione ha correttamente affermato la possibilità delle aziende sanitarie di procedere in proprio, salvo l’obbligo di valutare le offerte alla stregua dei parametri di congruità dei prezzi rispetto a quelli della convenzione stipulata da Consip (Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557).

Siffatta possibilità di ricorrere per l’acquisto di beni e servizi alle convenzioni stipulate da Consip Spa, è stata riaffermata nei confronti degli enti aggiudicatori di cui all’art. 3, co. 25, D.Lgs. del codice dei contratti pubblici ed è stata ribadita dall’art. 2, co. 573, L. n. 244/2007 per raggiungere gli obiettivi di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica relativi a lavori, servizi e forniture” (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8158).

Tali considerazioni avevano, peraltro, animato la decisione della stazione appaltante nell’indizione dell’autonoma procedura, come risulta dal disposto dell’art. 7, punto 11, dell’allegato C (schema di contratto di vendita) del capitolato d’oneri, in cui si legge che : “Se i prezzi aggiudicati dal SDA saranno superiori a quelli “regionali”, le aziende ospedaliere di Como e Legnano avranno il dovere di aderire alla Convenzione regionale o, in alternativa, di far adeguare i prezzi alla stessa. L’Aggiudicatario, per quest’ultima ipotesi potrà adeguarli o non adeguarli. In questa seconda ipotesi, le aziende ospedaliere

che hanno indetto il SDA non potranno che aderire alla convenzione regionale. In qual caso all'aggiudicazione provvisoria non seguirà l'aggiudicazione definitiva per quelle offerte superiori a quelle aggiudicate dalla Centrale Regionale Acquisti”.

In questo senso, oltretutto, pare orientare anche il recente decreto sulla “spending review”(d.l. 7 maggio 2012, n. 52), il cui articolo 7, al primo comma, così recita: “Fermo restando quanto previsto dall'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, quale misura di coordinamento della finanza pubblica, le amministrazioni pubbliche nell'indizione o nell'effettuazione delle proprie procedure di acquisto applicano parametri prezzo- qualità migliorativi di quelli eventualmente individuati in modo specifico nei bandi di gara pubblicati dalla Consip S.p.A. per beni o servizi comparabili”. Tanto premesso, pare inficiato da indubbia illegittimità l'operato della stazione appaltante, la quale, nell'esplicazione della propria potestà di autotutela, ha ritenuto di porre nel nulla l'aggiudicazione provvisoria alla ricorrente della fornitura dei lotti in questione, nonostante la stessa fosse di gran lunga economicamente più vantaggiosa rispetto a quella che si sarebbe ottenuta mediante l'adesione alle convenzioni stipulate dalla centrale acquisti regionale (come risulta dai prospetti di confronto tra le offerte versati in atti) e nella consapevolezza di tale maggiore economicità, come risulta dall'esame della documentazione versata in atti.

In proposito, oltre alle disposizioni normative ampiamente citate in precedenza, paiono, dunque, violati i capisaldi dell'esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione, così come elaborati dalla migliore giurisprudenza e recepiti dal legislatore con le modifiche apportate alla legge generale del procedimento amministrativo nel 2005, ed in particolare le previsioni degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241/1990 nella parte in cui impongono all'amministrazione di effettuare il bilanciamento tra i contrapposti interessi pubblici e privati coinvolti nella vicenda, atteso che, nella fattispecie in questione, entrambe le categorie di interessi deponevano nel senso del mantenimento in vigore dell'aggiudicazione nei confronti della ricorrente, anche se non ancora divenuta definitiva, perché maggiormente vantaggiosa anche per l'interesse pubblico.

E ciò, anche in considerazione del particolare momento di congiuntura economica in cui si trova il Paese, che dovrebbe far propendere per scelte dirette ad un maggior risparmio per la spesa pubblica.

4

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va accolto, disponendosi l'annullamento dei provvedimenti impugnati. Con riferimento alle ulteriori istanze avanzate dalla ricorrente, il collegio ritiene, innanzitutto, di accogliere la domanda di risarcimento del danno formulata, sussistendone tutti i presupposti ai sensi dell'art. 2043 c.c., ed in particolare, per quanto detto, l'elemento soggettivo della colpa in capo alla stazione appaltante (la prova del quale non sarebbe, in ogni caso, più necessaria ai sensi della nota decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 30 settembre 2010) la quale, con negligenza, pur consapevole del risparmio di spesa che avrebbe ottenuto completando la procedura in questione, in astratta applicazione di una norma di legge ha omissso la necessaria ponderazione nella valutazione degli interessi sottesi all'esercizio del potere di autotutela, ponendo nel nulla l'aggiudicazione provvisoria nei confronti della ricorrente, oltre all'antigiuridicità del comportamento tenuto dall'amministrazione, causativo di un danno consistente nell'aver impedito alla società Hospira di eseguire la fornitura di medicinali per più di un anno.

Più specificamente, si ritiene di accogliere la domanda di risarcimento del danno in forma specifica per la parte della fornitura non ancora eseguita, mentre, per la residua porzione già fornita per effetto dell'adesione alle convenzioni stipulate da Lombardia Informatica, alla ricorrente dovrà essere corrisposto il risarcimento del danno per equivalente economico.

Ai sensi dell'art. 122 c.p.a., previa valutazione in ordine agli interessi delle parti (per i quali vale tutto quanto premesso), alla sussistenza della possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, allo stato di limitata esecuzione del contratto (un anno circa su quattro) e all'effettiva possibilità della ricorrente di subentrare nel contratto, oltre che su specifica istanza della medesima, si dispone,

dunque, l'inefficacia in parte qua delle convenzioni regionali stipulate da Lombardia Informatica, con limitato riferimento all'adesione operata dall'Azienda Ospedaliera di Como a tali convenzioni per l'approvvigionamento dei farmaci oggetto dei lotti già aggiudicati in via provvisoria ad Hospira e a decorrere dalla data di pubblicazione della presente decisione, derivandone il conseguente obbligo per la stazione appaltante di aggiudicare alla ricorrente in via definitiva gli otto lotti dei quali era risultata aggiudicataria provvisoria e per i quali la stessa eseguirà la fornitura per il residuo periodo di validità previsto dalla *lex specialis* della procedura in questione. Tale effetto, infatti, consegue automaticamente dalla fondatezza delle pretese vantate dalla ricorrente e dalla dichiarazione di inefficacia del contratto, ai sensi dell'art. 124, comma 1, c.p.a. Per il periodo pregresso di avvenuta esecuzione della fornitura, si dispone, invece, la condanna della stazione appaltante al pagamento nei confronti della società ricorrente di una somma di denaro da liquidarsi secondo i criteri di seguito indicati, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., commisurata alla percentuale di utile risultante dall'offerta della ricorrente e da calcolarsi in relazione agli ordini di fornitura in concreto emessi dall'amministrazione con riferimento ai lotti in questione nel periodo in cui ha avuto o continuerà ad avere esecuzione la fornitura in essere con le società aggiudicatrici delle convenzioni regionali per i citati otto lotti.

Con riferimento, infine, alla richiesta presentata ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e) c.p.a., per l'adozione di ogni misura idonea ad assicurare l'attuazione del giudicato, il collegio non ha ragione di dubitare della corretta ottemperanza della presente decisione da parte dell'amministrazione, anche in considerazione degli ulteriori oneri economici aggiuntivi che deriverebbero alla stazione appaltante dalla continuazione della fornitura alle condizioni maggiormente onerose previste nelle convenzioni regionali, cui si aggiungerebbero gli obblighi risarcitori nei confronti della ricorrente per il periodo di ritardo nell'esecuzione del giudicato.

In considerazione della complessità della vicenda sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra tutte le parti delle spese di lite, salvo il rimborso del contributo unificato da corrispondere alla ricorrente e da porre in via solidale a carico di tutte le controparti costituite.

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul

ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, come in motivazione. Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato versato dalla ricorrente, da porre a carico di tutte le controparti costituite. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente Elena Quadri, Consigliere, Estensore Mauro Gatti, Primo Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

5

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 15/05/2012 IL SEGRETARIO (Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

SPENDING REVIEW 1_Estensione obbligo ricorso a Consip per tutte le amministrazioni centrali e periferiche tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.

Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del

decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del presente articolo, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti.

Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.

Dal 1° luglio 2007, le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui dall'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328.

Legge 6 luglio 2012, n. 94 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, recante disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica(Gazzetta Ufficiale n. 157 del 6 luglio 2012)

Capo II - Norme sostanziali

Art. 7. Modifiche alle disposizioni in materia di procedure di acquisto

1. All'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, le parole: «con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono individuati, entro il mese di gennaio di ogni anno, tenuto conto delle caratteristiche del mercato e del grado di standardizzazione dei prodotti, le tipologie di beni e servizi per le quali» sono soppresse e, dopo le parole: **«utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali**

**regionali di riferimento», sono aggiunte le seguenti:
«ovvero, qualora non siano operative convenzioni
regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip
S.p.A.».**

2. All'articolo 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, le parole: «di cui all'articolo 11, comma 5, del regolamento di cui al d.P.R. 4 aprile 2002, n. 10» sono sostituite dalle seguenti: «di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328».

3. Le organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui al decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, nonché le organizzazioni di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, iscritte nei registri istituiti dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano possono ricorrere per l'acquisto di beni e di servizi alle convenzioni stipulate dalla società Consip S.p.a ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, nonché al mercato elettronico della pubblica amministrazione, previsto dall'articolo 328 del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza.

oooooooooooooooo

Legge 27 dicembre 2006, n. 296
Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e
pluriennale dello Stato (finanziaria 2007)

(...)

449. Nel rispetto del sistema delle convenzioni di cui agli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, e 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine

e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del presente articolo, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti. Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A. (comma così modificato dall'articolo 7, comma 1, legge n. 94 del 2012)

450. Dal 1° luglio 2007, le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui dall'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328.

(comma così modificato dall'articolo 7, comma 2, legge n. 94 del 2012)

oooooooooooooooooooo

DECRETO LEGISLATIVO 30 marzo 2001, n. 165
Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche(G.U. 9 maggio 2001, n. 106 - s.o. n. 112)

Titolo I - PRINCIPI GENERALI

Art. 1. Finalità ed ambito di applicazione

1. Le disposizioni del presente decreto disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego

alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, tenuto conto delle autonomie locali e di quelle delle regioni e delle province autonome, nel rispetto dell'articolo 97, comma primo, della Costituzione, al fine di:

- a) accrescere l'efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi dell'Unione europea, anche mediante il coordinato sviluppo di sistemi informativi pubblici;
- b) razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica;
- c) realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, assicurando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori nonché l'assenza di qualunque forma di discriminazione e di violenza morale o psichica.

(lettera così sostituita dall'articolo 21, comma 1, lettera a), legge n. 183 del 2010)

2. Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI. (comma così modificato dall'articolo 1 della legge n. 145 del 2002, poi dall'articolo 2, comma 2-quaterdecies, legge n. 10 del 2011)

3. Le disposizioni del presente decreto costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione. Le Regioni a statuto ordinario si attengono ad esse tenendo conto delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti. I principi desumibili dall'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, e successive modificazioni, e dall'articolo 11, comma 4, della

legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni ed integrazioni, costituiscono altresì, per le Regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica.

ooooooooooooà

D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207

Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

(...)

Art. 328. Mercato elettronico

1. Fatti salvi i casi di ricorso obbligatorio al mercato elettronico previsti dalle norme in vigore, ai sensi dell'articolo 85, comma 13, del codice, la stazione appaltante può stabilire di procedere all'acquisto di beni e servizi attraverso il mercato elettronico realizzato dalla medesima stazione appaltante ovvero attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze sulle proprie infrastrutture tecnologiche avvalendosi di Consip S.p.A. ovvero attraverso il mercato elettronico realizzato dalle centrali di committenza di riferimento di cui all'articolo 33 del codice.

2. Il mercato elettronico consente acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica e telematica, nel rispetto delle disposizioni e dei principi organizzativi di seguito indicati. Le procedure telematiche di acquisto mediante il mercato elettronico vengono adottate e utilizzate dalle stazioni appaltanti nel rispetto dei principi di trasparenza e semplificazione delle procedure, di parità di trattamento e non discriminazione.

3. Le stazioni appaltanti abilitano al mercato elettronico i fornitori di beni e i prestatori di servizi tramite uno o più bandi aperti per tutta la durata del mercato elettronico a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i requisiti di abilitazione. I bandi di abilitazione sono pubblicati in conformità della disciplina applicabile per le procedure sotto soglia di cui all'articolo 124, comma 5, del codice e indicano l'indirizzo del sito informatico presso il quale è possibile

consultare la documentazione della procedura direttamente e senza oneri. Il bando di abilitazione al mercato elettronico contiene, tra l'altro:

- a) le categorie merceologiche per settori di prodotti e servizi in cui è organizzato il mercato elettronico;
- b) le specifiche tecniche, costruttive e di qualità dei beni, nonché i livelli dei servizi che devono possedere i beni e servizi offerti dai fornitori abilitati;
- c) le modalità ed i requisiti, soggettivi ed oggettivi, necessari per le domande di abilitazione ed i principi di valutazione delle stesse, nonché l'indicazione delle eventuali procedure automatiche per la loro valutazione;
- d) la durata dell'abilitazione dei fornitori a partecipare al mercato elettronico;
- e) l'indicazione del sito informatico nel quale sono rese disponibili al pubblico ulteriori informazioni, con particolare riferimento ai mezzi telematici disponibili per la presentazione delle domande di abilitazione; agli strumenti informatici e telematici messi a disposizione degli utenti per la pubblicazione dei cataloghi e l'invio delle offerte; alle informazioni sul funzionamento del mercato elettronico; alle fattispecie di sospensione ed esclusione del singolo fornitore; alle modalità ed ai criteri per la dimostrazione da parte degli offerenti del possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi e la loro permanenza.

4. Avvalendosi del mercato elettronico le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e servizi sotto soglia:

- a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati;
- b) in applicazione delle procedure di acquisto in economia di cui al capo II.

Nel caso di richiesta di offerta di cui alla lettera a), la stazione appaltante fissa un termine sufficiente per la presentazione delle offerte, tenuto conto dei principi generali stabiliti all'articolo 70, comma 1, del codice.

5. Nel caso siano consultati più fornitori abilitati, il sistema informatico di negoziazione del mercato elettronico provvede a predisporre automaticamente una graduatoria sulla base dei criteri scelti dalla stazione appaltante tra le opzioni proposte dal sistema stesso. Il contratto è stipulato per scrittura privata, che può consistere anche nello scambio dei documenti di offerta e accettazione firmati digitalmente dal

fornitore e dalla stazione appaltante. La stazione appaltante procede nei confronti dell'esecutore alle verifiche circa il possesso dei requisiti previsti e della cauzione definitiva di cui all'articolo 113, del codice, e, nel caso siano stati consultati fornitori abilitati, a rendere noto ai controinteressati l'esito della procedura.

6. Gli acquisti effettuati attraverso il mercato elettronico sono realizzati seguendo i principi di sicurezza previsti dalle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e successive modificazioni, nonché secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, e nel rispetto dell'articolo 77, commi 5 e 6, del codice.

7. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 289, 290, 293 e 294.

Home Chi siamo Dove siamo Contatti Privati e aziende
Professionisti Pubbliche amministrazioni
Amministrativista Online

T.A.R. Piemonte – sez. I – sentenza 7 dicembre 2012 n.
1305
martedì 11 dicembre, 2012
NOTA

La sentenza in rassegna ritiene legittima la deliberazione del commissario di un'Azienda sanitaria locale piemontese recante adesione alla convenzione CONSIP relativa al servizio di telefonia fissa e connettività ip 4 in corso con Telecom Italia S.p.A..

Il Collegio respinge, in particolare, la censura relativa all'asserita violazione dell'obbligo – sancito da normativa regionale (L.R. 6 agosto 2007 n. 19) – di adesione a convenzioni stipulate dalla società di committenza regionale (SCR-Piemonte S.p.A.).

Ritiene, infatti, il Collegio che, a far tempo dalla entrata in vigore dell'art. 2 co. 573, L. 24 dicembre 2007 n. 244 (e fino all'8 luglio 2012, v. infra), ogni amministrazione aggiudicatrice – ivi comprese le ASL piemontesi, a dispetto di normative regionali di tenore differente – avevano la possibilità di aderire, indipendentemente dalla categoria

merceologica, alle convenzioni CONSIP, previa comparazione delle stesse con quelle regionali eventualmente già esistenti (prevede tale norma che “Per raggiungere gli obiettivi di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, fermo restando quanto previsto dagli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999 n. 488, e 58 della legge 23 dicembre 2000 n. 388 e dall’art. 1 comma 449 della legge 27 dicembre 2006 n. 296, i soggetti aggiudicatori di cui all’art. 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, possono ricorrere per l’acquisto di beni e servizi alle convenzioni stipulate da Consip Spa ai sensi dell’art. 23 della legge 23 dicembre 1999 n. 488, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza.”).

Il Collegio precisa, peraltro, che a decorrere data dall’entrata in vigore del D.L. 6 luglio 2012 n. 94, cioè dall’8 luglio 2012, “(...) la possibilità per gli enti del servizio sanitario nazionale di aderire alle convenzioni CONSIP é ormai ristretta alla sola evenienza in cui le convenzioni regionali non siano ancora state concluse dalla centrali di committenza di riferimento.” .

A giudizio del Collegio, in definitiva, “La recente novella legislativa conferma che nel periodo compreso tra l’entrata in vigore della legge Finanziaria 2007 e l’8 luglio 2012 gli enti del servizio sanitario nazionale potevano indifferentemente aderire alle convenzioni regionali o a quelle CONSIP, la loro discrezionalità essendo limitata, in tale contesto, solo dall’obbligo di effettuare una accurata comparazione tra le convenzioni regionali e CONSIP esistenti al fine di pervenire alla scelta più conveniente per l’ente.”.

Quanto alla seconda censura sollevata nei confronti dell’impugnata deliberazione di adesione alla convenzione CONSIP, relativa all’asserita omissione di un’adeguata comparazione tra le condizioni di acquisto stabilite dalla convenzione regionale e quella rivenienti dalla convenzione CONSIP, il Collegio osserva che le scelte che gli enti pubblici compiono in ordine all’adesione o meno a convenzioni stipulate da centrali di committenza “(...) sono espressione di discrezionalità amministrativa e pertanto sono sindacabili solo nei limiti del tradizionale sindacato di legittimità, e cioè se viziate da evidente travisamento, da

macroscopica irrazionalità o illogicità: ritiene in particolare il Collegio che a fronte della necessità di scegliere se aderire ad una convenzione quadro, piuttosto che ad altra, un ente pubblico possa legittimamente tenere in conto aspetti marginali ... (n.d.r. gestione guasti e fatturazione) – quando il rapporto tra qualità e prezzo dei servizi offerti non presenti significative differenze tra una convenzione e un'altra.“.

* * *

N. 01305/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00401/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 401 del 2012,
integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Fastweb S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo
Ludogoroff, Paolo Stella Richter, con domicilio eletto presso
Riccardo Ludogoroff in Torino, corso Montevecchio, 50;

contro

A.S.L. To 1, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Goria,
con domicilio eletto presso Maurizio Goria in Torino, corso
V. Emanuele II, 90;

nei confronti di

Telecom Italia S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv.
Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, Francesco Saverio

Cantella, con domicilio eletto presso Anteo Massone in Torino, via Sacchi, 24; Scr Piemonte S.p.A.;

quanto al ricorso principale:

I) per l'annullamento:

- della deliberazione del commissario n. 161/d.04/2012 del 2 marzo 2012 avente ad oggetto “adesione alla convenzione CONSIP telefonia fissa e connettività ip 4 – società Telecom Italia spa”, pubblicata all'albo ufficiale dell'azienda dal 6.3.2012;

- di ogni altro atto connesso o presupposto;

- nonché per il risarcimento del danno;

II) quanto al ricorso incidentale depositato da Telecom Italia S.p.A. il 15 maggio 2012, integrato da motivi aggiunti depositati il 15 giugno 2012:

per l'annullamento:

- della nota del Direttore della Direzione Sanità della Regione Piemonte n. 9076/B2000 dell'11/02/2009, ove interpretata nel senso di non consentire alle Aziende sanitarie locali piemontesi di aderire alle convenzioni quadro stipulate da CONSIP;

delle DD.GG.RR. n. 9-9007 del 26.06.2008 e n. 90-10532 del 29.12.08, ove interpretate nel senso di precludere alle ASL piemontesi di fare ricorso alle convenzioni CONSIP e di dare mandato ad un “Team di coordinamento regionale” di individuare le categorie merceologiche per le quali sarebbe obbligatorio l'affidamento a fornitori selezionati da S.C.R. Piemonte;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.S.L. To 1 e di Telecom Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2012 il dott. Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso di cui in epigrafe Fastweb s.p.a., premettendo di essere resa aggiudicataria, dal 2010, di tutti servizi di telefonia e di trasmissione dati in via informatica appaltati dalla società di committenza regionale S.C.R. Piemonte S.p.A. con gara 2/2010 e di avere inoltre stipulato con la ASL TO1, relativamente a tali servizi, la convenzione 24 gennaio 2011, tanto premesso impugna la delibera del Commissario della ASL TO1 n. 161/D.04/2012 del 2 marzo 2012 con la quale è stata decisa l'adesione della Azienda Sanitaria alla convenzione "Telefonia fissa e connettività IP 4" stipulata tra CONSIP e Telecom Italia S.p.a..

2. A sostegno del ricorso Fastweb s.p.a. ha dedotto:

I) violazione dell'art. 1 comma 449 della L. 296/06 (finanziaria 2006) e dell'art. 3 L.R. 19/07, in quanto tali disposizioni farebbero obbligo agli Enti del Servizio Sanitario Nazionale di approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stabilite dalle centrali regionali di riferimento, con esclusione della possibilità di ricorrere alle convenzioni stipulate dalla CONSIP;

II) eccesso di potere per carenza di istruttoria ed omessa considerazione di alcuni elementi decisivi: ciò in relazione sia alla mancata presa in considerazione degli specifici vantaggi derivanti dalla proposta trasmessa da Fastweb s.p.a. il 14 dicembre 2011, sia in relazione alla inconsistente motivazione portata a supporto della scelta;

III) difetto e contraddittorietà della motivazione del provvedimento con cui la ASL TO1 ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento impugnato.

3. Si è costituita sono costituite in giudizio per resistere al

ricorso sia la ASL TO1 che Telecom Italia S.p.A.

4. Quest'ultima ha peraltro spiegato anche ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, impugnando, nei sensi in epigrafe indicati, la nota del Direttore della Direzione Sanità della Regione Piemonte n. 9076/B2000 del 11 marzo 2009, nonché le ivi richiamate DD.GG.RR. nn. 9-9007 del 20.06.08 e 90-10532 del 29.12.08: la nota circolare della Direzione Sanità ha infatti chiarito, richiamando le menzionate DD.GG.RR., che le spese di telefonia fissa e mobile debbono essere classificate tra le spese di "esclusiva competenza di S.C.R", ed ha contestualmente invitato le Aziende sanitarie locali ad avvalersi dei contratti conclusi da S.C.R. non appena disponibili e ad astenersi dall'indire gare pluriennali.

5. I ricorsi sono stati chiamati alla camera di consiglio del 17 maggio 2012 e poi rinviati, per la discussione del merito, alla pubblica udienza del 20 settembre 2012, allorché sono stati trattenuti a decisione.

6. L'infondatezza del ricorso principale consente di prescindere dall'esame del ricorso incidentale e dei relativi motivi aggiunti, proposti da Telecom Italia s.p.a. a mero titolo tuzioristico.

7. Con riferimento al primo motivo di doglianza il Collegio è dell'opinione che esso debba essere respinto per la ragione che l'obbligatorietà per gli enti del Servizio Sanitario della Regione Piemonte di approvvigionarsi ricorrendo alle convenzioni stipulate da SCR-Piemonte è venuta meno per effetto della entrata in vigore dell'art. 2 comma 573 della L. 244/2007, c.d. Finanziaria 2007, il quale ha espressamente affermato per tutti i soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3 del C.C.P., senza alcuna eccezione, la possibilità di ricorrere, per gli approvvigionamenti in ogni settore merceologico, alle convenzioni stipulate da CONSIP s.p.a. ai sensi dell'art. 26 L. 488/99.

7.1. L'art. 3 della L.R. Piemonte si leggeva come segue:

"1. La S.C.R. Piemonte s.p.a. svolge la sua attività in favore della Regione Piemonte e dei seguenti soggetti aventi sede nel suo territorio:

a) enti regionali, anche autonomi, ed in generale organismi di diritto pubblico dalla stessa costituiti o partecipati, nonché loro consorzi o associazioni ed inoltre enti ed aziende del servizio sanitario nazionale;

b) enti locali e enti, aziende e istituti, anche autonomi, istituzioni ed in generale organismi di diritto pubblico da questi costituiti o partecipati e comunque denominati nonché loro consorzi o associazioni, istituti di istruzione scolastica universitaria e agenzie territoriali per la casa.

2. Per le funzioni di cui all'art. 2 comma 2 la Regione ed i soggetti di cui al comma 1 lett. a) ricorrono alla SCR-Piemonte S.p.A. limitatamente agli interventi individuati nella programmazione di cui all'art. 6. I soggetti di cui al comma 1 lett. b) hanno facoltà di ricorrere alla SCR-Piemonte S.p.A. , sulla base di apposite convenzioni. La Regione ed i soggetti di cui al comma 1 lett. a), in casi di urgenza, possono ricorrere alla SCR-Piemonte S.P.A. anche per interventi non inclusi nella programmazione di cui all'art. 6, dandone preventiva comunicazione alla Giunta regionale.”.

7.2. Come a ognuno è dato constatare, e come correttamente rilevato anche dalla difesa della ricorrente, la norma regionale in esame faceva uno specifico riferimento alle convenzioni stipulate da SCR-Piemonte; inoltre essa precisava che l'approvvigionamento mediante le convenzioni SCR-Piemonte doveva intendersi come una mera facoltà solo con riferimento agli enti di cui al comma 1 lett. b), ma non anche agli enti di cui al comma 1 lett. a). Di conseguenza l'affermazione, che si legge al comma 2 della norma, secondo la quale gli enti di cui al comma 1 lett. a) (enti regionali ed enti del S.S.N.) “ricorrono alla SCR-Piemonte S.p.A. limitatamente agli interventi individuati nella programmazione di cui all'art. 6” non poteva, e non può, che intendersi se non come affermazione dell'obbligo, per i suddetti enti e relativamente agli interventi indicati dalla norma, di ricorrere alle convenzioni SCR-Piemonte.

7.3. L'art. 3 della L.R. 19/07, in tale sua formulazione, è tuttavia incompatibile con il principio di libera accessibilità alle convenzioni CONSIP da parte di tutte le amministrazioni pubbliche introdotto con la finanziaria 2007, di appena pochi

mesi successiva alla approvazione della legge regionale n. 19/07. Ha stabilito infatti l'art. 2 comma 573 della L. 244/2007 che "Per raggiungere gli obiettivi di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, fermo restando quanto previsto dagli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999 n. 488, e 58 della legge 23 dicembre 2000 n. 388 e dall'art. 1 comma 449 della legge 27 dicembre 2006 n. 296, i soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, possono ricorrere per l'acquisto di beni e servizi alle convenzioni stipulate da Consip Spa ai sensi dell'art. 23 della legge 23 dicembre 1999 n. 488, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza".

7.4. La disposizione testé ricordata innegabilmente consente ad ogni e qualsiasi amministrazione pubblica annoverabile tra quelle di cui all'art. 3 comma 3 del C.C.P. - e pertanto anche agli enti del servizio sanitario regionale – di ricorrere alle convenzioni CONSIP per qualsiasi categoria merceologica – evidentemente in alternativa alle convenzioni stipulate o da stipularsi dalle centrali di committenza regionale di riferimento – e proprio in ciò si evidenzia l'incompatibilità tra la già esaminata norma regionale e quella di cui all'art. 2 comma 573 della Finanziaria 2007.

7.4.1. Orbene, le succitate disposizioni sono state emanate in materia di coordinamento della finanza pubblica e pertanto devono ricomprendersi nell'ambito della competenza legislativa concorrente Stato-Regioni (cfr. Corte Cost. nn. 30/2012, 229/2011 e 120/2008, secondo cui le regioni sono soggette, in subiecta materia, solo al rispetto dei principi fondamentali di coordinamento): da ciò discende, in applicazione dell'art. 10 della L. 62/1953, che l'entrata in vigore dell'art. 2 comma 573 della Finanziaria 2007 ha determinato l'abrogazione implicita dell'art. 3 della L.R. Piemonte n. 19/07 nella parte in cui tale norma, effettuando un preciso riferimento alle sole convenzioni stipulate da SCR-Piemonte, implicitamente precludeva agli enti indicati al comma 1 la possibilità di aderire alle convenzioni CONSIP.

7.4.2. Va a questo punto rammentato che l'art. 10 L.

62/1953 (c.d. legge Scelba) prevede che le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali in materie a competenza legislativa ripartita tra Stato e Regioni abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse e che siano entrate in vigore in epoca precedente, determinando altresì l'obbligo per i consigli regionali di assumere le modifiche conseguenti entro i successivi 90 giorni: la pronuncia della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2008 ha già chiarito che la norma citata non è mai stata abrogata esplicitamente né implicitamente e che pertanto essa ancora oggi può fondare l'abrogazione di norme di regioni a statuto ordinario per contrasto con norme statali sopravvenute emanate in materie a legislazione concorrente. Tale conclusione si impone tanto più per il fatto che il citato art. 10 della legge 62/53 è espressione di quello stesso principio di cedevolezza sul quale si fonda anche l'art. 1 comma 2 della legge n. 131/2003, che relativamente alle materie di competenza statale esclusiva afferma la perdita di efficacia di norme regionali per effetto della sopravvenienza di norme statali contrastanti. L'applicabilità della legge Scelba per regolare la successione tra leggi regionali e leggi statali successive contrastanti in materie a legislazione concorrente è stata successivamente confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 4793 del 2/10/2008 nonché da Cass. Civile, sezione Lavoro, n. 10829 del 5/05/2010.

7.4.3. L'applicabilità al caso di specie dell'art. 10 della legge 62/53 non pare poi contestabile sotto il profilo della natura dell'art. 2 comma 573 della legge finanziaria 2007: questo è infatti espressione di un principio fondamentale in materia di finanza pubblica nella misura in cui ha chiaramente inteso incidere sull'entità della spesa pubblica conferendo alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di comparare convenzioni diverse e di aderire, in tal modo, a quella ritenuta più conveniente.

7.4.4. Conclusivamente, a far tempo dalla entrata in vigore dell'art. 2 comma 573 della legge 244/2007 anche in Piemonte ogni amministrazione aggiudicatrice ha avuto la possibilità di aderire, indipendentemente dalla categoria merceologica, alle convenzioni CONSIP, previa comparazione delle stesse con quelle regionali eventualmente già esistenti.

7.5. Solo con la legge 94/2012, di conversione del D.L. n. 52/2012, il legislatore è tornato a limitare, seppure non escludendola, la possibilità di ricorrere alle convenzioni CONSIP da parte degli enti del servizio sanitario nazionale.

7.5.1. Va a tale proposito rammentato che l'art. 3 della L.R. Piemonte n. 19/07 si innestava direttamente sull'art. 1 comma 449 della legge n. 296/2006 (finanziaria 2006), il quale sino all'8 luglio 2012 si leggeva come segue: "Nel rispetto delle convenzioni di cui agli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999 n. 488, e successive modificazioni, e 58 della legge 23 dicembre 2000 n. 388, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono individuati, entro il mese di gennaio di ogni anno, tenuto conto delle caratteristiche del mercato, e del grado di standardizzazione dei prodotti, le tipologie di beni e di servizi per le quali tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione di tutti gli istituti di istruzione di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, e successive modificazioni possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e di cui al comma 456 del presente articolo, oppure ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione di contratti. Gli enti del servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento." Con la legge n. 94/2012 la norma testé riportata è stata però modificata mediante l'aggiunta, nella parte finale, del seguente inciso: "ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni quadro stipulate da CONSIP Spa".

7.5.2. Reputa il Collegio che la recente novella legislativa trovi causa in problemi che evidentemente sono stati riscontrati all'indomani della adesione, da parte di molti enti del servizio sanitario nazionale, alle convenzioni CONSIP, problemi verosimilmente connessi alla circostanza che tali enti scontano la necessità di ricorrere, per l'espletamento di molte funzioni (si pensi ai servizi di pulizia, di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili, di trasporto delle ambulanze, di fornitura del cibo) a maestranze e forniture

che devono essere reperite in loco. Fatto sta che a far tempo dall'8 luglio 2012, giorno in cui la legge 94/2012 è entrata in vigore, la possibilità per gli enti del servizio sanitario nazionale di aderire alle convenzioni CONSIP è ormai ristretta alla sola evenienza in cui le convenzioni regionali non siano ancora state concluse dalla centrali di committenza di riferimento.

7.5.3. La recente novella legislativa conferma che nel periodo compreso tra l'entrata in vigore della legge Finanziaria 2007 e l'8 luglio 2012 gli enti del servizio sanitario nazionale potevano indifferentemente aderire alle convenzioni regionali o a quelle CONSIP, la loro discrezionalità essendo limitata, in tale contesto, solo dall'obbligo di effettuare una accurata comparazione tra le convenzioni regionali e CONSIP esistenti al fine di pervenire alla scelta più conveniente per l'ente.

7.6. Il primo motivo di ricorso va dunque respinto per la ragione che al momento in cui veniva adottata la delibera impugnata con il ricorso principale (2 marzo 2012) la legislazione nazionale vigente consentiva agli enti del servizio sanitario nazionale di aderire anche alle convenzioni CONSIP.

8. Con la seconda censura la ricorrente lamenta che la ASL TO1 non avrebbe effettuato una accurata comparazione tra la convenzione SCR-Piemonte, che aveva aggiudicato a Fastweb il servizio di telefonia fissa e trasmissione dati per via informatica, e l'analoga convenzione CONSIP, aggiudicata invece alla controinteressata Telecom Italia s.p.a.: in particolare Fastweb Spa eccepisce che la resistente Amministrazione non avrebbe tenuto in debito conto alcune proposte che offrivano una rimodulazione delle rete di telefonia e delle migliori condizioni tecnico/economiche.

8.1. Il provvedimento impugnato in motivazione dà atto delle seguenti circostanze: a) i canoni e le tariffe previsti nelle convenzioni SCR-Piemonte e CONSIP sono "sostanzialmente simili", ma quelli stabiliti nella convenzione CONSIP, ragguagliati al numero ed alla tipologia di linee che l'Azienda ha intenzione di utilizzare nel prossimo triennio, sono idonei a generare un costo leggermente più basso su

base annua, rispetto ai costi fissati nella convenzione SCR-Piemonte; b) l'Azienda ha già in atto, per i servizi di connettività e sicurezza, un contratto con Path.Net S.p.A. , società del gruppo Telecom Italia S.p.A. che pure gestisce anche la rete dati MPLS, la quale costituisce il grosso dell'infrastruttura di trasporto della voce protocollo VOIP: pertanto l'adesione alla convenzione CONSIP determinerebbe una serie di benefici (gestione e risoluzione dei guasti, riduzione dei costi per i controlli amministrativi e contabili) connessi al fatto di interloquire con un unico fornitore per tutti i servizi di telefonia; c) l'Azienda ha avuto in passato problemi con Fastweb connessi a problematiche di gestione dei contratti.

La motivazione del provvedimento impugnato, come dianzi riassunta, illustra in modo chiaro l'iter logico e motivazionale seguito dal Commissario della ASL TO1, ed evidenzia che nel caso di specie, non emergendo significative differenze nei prezzi e nei canoni né nella qualità tecnica delle prestazioni, l'Azienda ha tenuto in considerazione altri aspetti, come ad esempio quello attinente la gestione dei contratti dal punto di vista amministrativo-contabile e la gestione dei guasti.

8.2. Va a questo punto rilevato che le scelte che gli enti pubblici compiono in contesti simili a quello portato all'attenzione del Collegio sono espressione di discrezionalità amministrativa e pertanto sono sindacabili solo nei limiti del tradizionale sindacato di legittimità, e cioè se viziate da evidente travisamento, da macroscopica irrazionalità o illogicità: ritiene in particolare il Collegio che a fronte della necessità di scegliere se aderire ad una convenzione quadro, piuttosto che ad altra, un ente pubblico possa legittimamente tenere in conto aspetti marginali – come quelli dianzi ricordati – quando il rapporto tra qualità e prezzo dei servizi offerti non presenti significative differenze tra una convenzione e un'altra.

8.3. Fastweb S.p.A. in effetti insiste in modo particolare sulla maggior convenienza economica della convenzione SCR-Piemonte, ma tale circostanza , secondo quanto riferito dalla stessa ricorrente in memoria 15/05/2012, dipenderebbe in realtà da alcuni ribassi su due tariffe di telefonia fissa che Fastweb, nell'ottobre 2011, ha offerto di praticare sui prezzi

determinati nella convenzione SCR in violazione del divieto di rinegoziazione degli accordi quadro. E' ancora la stessa ricorrente a riferire, in memoria 18/07/2012, che l'applicazione dei prezzi SCR a quanto richiesto dalla ASL TO1 a Telecom comporterebbe un risparmio di spesa di E. 745,06 annui, oltre alla gratuità delle comunicazioni con tutti gli altri utenti aderenti ad SCR, la cui valorizzazione il Collegio ignora. Orbene: la maggior convenienza economica della convenzione SCR è contestata dalle parti resistenti; ma ove pure i dati sopra ricordati fossero dimostrati essi non potrebbero comunque considerarsi espressivi di un significativo divario tra il rapporto qualità/prezzo derivante dalla convenzione SCR e quello derivante dalla convenzione CONSIP, incidendo in bassissima percentuale sul totale del fatturato annuo previsto.

Per tale ragione il fatto che l'Azienda resistente abbia valutato anche aspetti diversi da quelli strettamente tecnici ed economici, ed in particolare gli aspetti relativi alla gestione dei guasti ed alla fatturazione, non può considerarsi indice di istruttoria deficitaria o di sviamento di potere, tanto più ove si ponga mente alla circostanza che i documenti prodotti da ASL TO1 provano che gli errori di fatturazione contestati a Fastweb in relazione alla cessazione di alcune linee sono stati frequenti e si sarebbero tradotti nella asserita sovra fatturazione di oltre 90.000 euro.

8.4. Il Collegio ritiene conclusivamente di dover respingere anche il secondo dei motivi articolati in ricorso introduttivo, enucleando il provvedimento impugnato le ragioni della decisione e non essendovi evidenza oggettiva che la convenzione SCR comportasse una convenienza economica tale da minimizzare o svalutare gli ulteriori benefici indicati dalla Amministrazione e derivanti dalla adesione alla convenzione CONSIP.

9. Va infine respinta anche la terza censura, a mezzo della quale Fastweb S.p.A. lamenta difetto di motivazione difetto e contraddittorietà del diniego tacito formatosi sulla istanza in autotutela presentata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243 bis C.C.P.: la censura fa leva, in particolare, sulla nota interlocutoria della ASL TO1 del 23 marzo 2012, con cui l'Azienda evadeva l'informativa ex art. 243 bis C.C.P. notificata il 15 marzo significando che avrebbe effettuato

un approfondimento ed assunto un parere legale.

9.1. Detto parere in effetti è pervenuto il 30 marzo successivo, ed avendo esso confortato la decisione del Commissario l'Amministrazione ha lasciato decorrere il termine di quindici giorni di cui all'art. 243 bis comma 4 C.C.P. senza assumere alcuna ulteriore decisione: tanto ha fatto nell'esercizio di una facoltà implicitamente riconosciuta alle stazioni appaltanti dalla menzionata disposizione, la quale si limita a sanzionare l'inerzia delle amministrazioni sulle istanze di autotutela ex art. 243 bis C.C.P. facendola assurgere ad elemento utile ai fini della valutazione sulle spese.

9.2. Il diniego di autotutela non è quindi, nella specie, di per sé illegittimo e tanto meno può inficiare la legittimità della precedente decisione.

10. Per tutte le dianzi esposte ragioni il ricorso introduttivo del giudizio va respinto, con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale spiegato da Telecom Italia s.p.a. e dei relativi motivi aggiunti.

Le spese del giudizio possono essere compensate in ragione della novità e complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale ed i relativi motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/12/2012

IL SEGRETARIO

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

Tags: acquisti centralizzati, adesione, appalti, art. 117 Cost, ASL, autorizzazione, beni e servizi, bilancio, centrali di acquisto, centrali di committenza, centrali di committenza regionali, centralizzazione degli acquisti, codice dei contratti pubblici, competenza, concorrenza, CONSIP, contratti della P.A., contratti pubblici, enti locali, enti pubblici e privati, facoltà di adesione, finanza pubblica, imparzialità, pubblica amministrazione, Regioni, servizio sanitario nazionale, servizio sanitario regionale

Consiglio di Stato – sez. III – sentenza 18 gennaio 2013 n. 288

La sentenza ritiene legittima la decisione di un'Azienda Ospedaliera lombarda di soprassedere dall'aggiudicazione definitiva di una gara da essa indetta per la fornitura quadriennale di farmaci ed emoderivati, motivata con riferimento alla necessità di assegnare prevalenza alla convenzione già stipulata, per la fornitura di prodotti della stessa tipologia, dalla centrale regionale acquisti Lombardia Informatica S.p.a..

A giudizio del Collegio, la decisione della stazione appaltante è coerente con la previsione dell'art. 1, co. 449, ultimo periodo L. 27 dicembre 2006 n. 296, che nel prevedere che gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento, è univoca nel definire un obbligo di utilizzare le convenzioni regionali.

* * *

N. 00288/2013REG.PROV.COLL.

N. 04901/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 4901 del 2012,
proposto da:

Regione Lombardia, rappresentata e difesa dagli avv. Pio
Dario Vivone, Sabrina Gallonetto e Marinella Orlandi, con
domicilio eletto presso Emanuela Quici in Roma, via Nicolò
Porpora, 16;

contro

Hospira Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Sonia
Selletti e Fabrizio Paoletti, con domicilio eletto presso
Fabrizio Paoletti in Roma, via G. Bazzoni, 3;

nei confronti di

- Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como,
Azienda Ospedalera Ospedale Civile di Legnano, Novartis
Farma S.p.a., Sandoz S.p.a., Sanofi – Aventis S.p.a.,
Fresenius Kabi Italia S.r.l. con Socio Unico;
- Lombardia Informatica S.p.a., rappresentata e difesa
dall'avv. Giorgio Della Valle, con domicilio eletto presso
Giorgio Della Valle in Roma, piazza Mazzini, 8 – sc. C;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO,
SEZIONE IV, n. 01350/2012, resa tra le parti, concernente
affidamento fornitura quadriennale di farmaci ed
emoderivati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hospira Italia S.r.l. e
di Lombardia Informatica S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2012 il
Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati
Selletti, Della Valle, Quici su delega di Gallonetto, di Orlandi
e di Vivone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La procedura aperta per l'aggiudicazione (mediante
sistema dinamico di acquisizione ed asta elettronica, ex artt.
60 e 85 del Codice dei contratti pubblici) per la fornitura di
farmaci ed emoderivati (suddivisi in oltre mille lotti), per un
quadriennio, espletata dall'Azienda Ospedaliera Ospedale
Sant'Anna di Como unitamente all'Azienda Ospedaliera
Ospedale Civile di Legnano era stata aggiudicata
provvisoriamente, per alcuni lotti, alla società Hospira Italia.

Dopo un intenso scambio di opinioni fra le Amministrazioni
sanitarie, è stata assunta (essenzialmente mediante delibera
dell'Azienda di Como, n. 280 in data 18 maggio 2011, su
indicazioni della Direzione generale sanità della Regione
Lombardia in data 8 aprile 2011) la decisione di non
procedere all'aggiudicazione definitiva dei predetti lotti,
ritenendosi di dover dare prevalenza alla convenzione già
stipulata, per la fornitura di prodotti della stessa tipologia,

dalla centrale regionale acquisti Lombardia Informatica S.p.a..

2. La società Hospira Italia ha impugnato gli atti relativi alla conclusione negativa del procedimento di gara, ed ha chiesto il risarcimento dei danni da essi determinati.

3. Il TAR Lombardia, con sentenza n. 1350/2012, ha accolto il ricorso, sottolineando, in sintesi :

- che l'aggiudicazione provvisoria seguiva alla decisione consapevole dell'Azienda Ospedaliera sui risparmi di spesa derivanti dall'esito della gara (svolta mediante il sistema dinamico di acquisizione, maggiormente duttile e confacente alle esigenze di mutevolezza che connaturavano la fornitura);

- che l'Azienda si è adeguata senza motivare alle indicazioni della Regione nel senso della prevalenza della convenzione;

- che la normativa sulle convenzioni quadro (artt. 26 legge 488/1999, e 58 legge 388/2000, 1, comma 449, legge 296/2006) stipulate dalle centrali di committenza (artt. 1, comma 445, legge 296/2006, e 33, comma 1, Codice dei contratti pubblici), conduce a ritenere che i soggetti del Servizio Sanitario possano, ma non anche debbano, approvvigionarsi mediante l'utilizzazione delle convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento;

- che ciò è confermato dalla disciplina della Lombardia (le linee di indirizzo degli acquisti delle aziende sanitarie adottate, in coerenza all'art. 1, comma 2, l.r. 30/2006, modificato dalla l.r. 14/2010, con la d.G.R. n. IX/937 in data 1 dicembre 2010, all'allegato 3, pag. 1, secondo paragrafo, prevedono, a proposito delle "iniziative" attivate dalla Centrale Acquisti, che le Aziende sanitarie <<sono tenute in via prioritaria ad aderire a tali iniziative>> ma <<Nel caso di attivazione di procedure di acquisto autonome le Aziende Sanitarie sono tenute a dare evidenza del fatto che tali procedure si configurano come più vantaggiose dal punto di vista economico e/o gestionale rispetto all'adesione ai contratti e/o convenzioni attivate dalla Centrale Acquisti Regionale>> (affermazione confermata dalla nota della Dir. Reg. Sanità prot. 42608 in data 30 dicembre 2010);

- che proprio tali considerazioni, supportate dalla giurisprudenza, avevano orientato l'Azienda ad indire la procedura autonoma (art. 7, punto 11, allegato C, schema di contratto, del capitolato d'onori) e che delle connesse esigenze si era resa conto la stessa Centrale regionale acquisti, nella nota prot. 822 in data 4 febbraio 2011;

- oltre alle disposizioni suindicate, risultano violati i capisaldi dell'esercizio del potere di autotutela ex artt. 21-quinquies e 21-nonies, posto che sia l'interesse pubblico che quello del privato deponevano per il consolidamento dell'aggiudicazione.

Oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati, il TAR ha condannato le Aziende al risarcimento, in forma specifica e per equivalente, previa dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 122 e 124 cod. proc. amm.

4. La Regione Lombardia appella, deducendo la violazione dell'articolo 1, comma 449, della legge 296/2006, nonché il travisamento dei presupposti in ordine alla procedura di autotutela ed il difetto di motivazione.

5. Si è costituita in giudizio e controdeduce puntualmente la società appellata, così come Lombardia Informatica.

6. L'appello è fondato.

6.1. L'articolo 1, comma 455, della legge 296/2006 (Finanziaria 2007) ha trasferito nei sistemi regionali il modello nazionale (CONSIP) della centrale d'acquisto che opera quale centrale di committenza stipulando convenzioni quadro.

Il comma 449, tuttavia, differenzia i rapporti delle singole amministrazioni con dette convenzioni quadro, distinguendo: i soggetti i quali, per approvvigionarsi dei beni e servizi tipologicamente individuati mediante decreto ministeriale, sono tenuti ad utilizzare le convenzioni quadro (le amministrazioni statali, tranne le istituzioni scolastiche ed universitarie); i soggetti che possono ricorrere alle convenzioni quadro e, ove decidano di non farlo, devono utilizzarne i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi

per la stipulazione dei contratti autonomi (le “restanti” amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, del d.lgs. 165/2001); infine <<Gli enti del Servizio sanitario nazionale>> per i quali l’ultimo periodo dispone che <<sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento>>.

La riportata formulazione dell’ultimo periodo del comma 449 sembra univoca nel definire un obbligo di utilizzare le convenzioni regionali (mentre quella del precedente periodo, suggerisce che, in assenza di una convenzione regionale, anche gli enti sanitari debbano utilizzare le convenzioni CONSIP quale parametro di congruità dei prezzi per i contratti conseguenti a procedure autonomamente espletate).

L’interpretazione letterale della disposizione è supportata da considerazioni funzionali.

La coesistenza delle gare centralizzate con la possibilità per le singole aziende di effettuare gare autonome priverebbe di appetibilità ed efficacia le gare delle centrali acquisti, che diventerebbero, in pratica, poco più di un sistema per fissare le basi d’asta. Per questo motivo può ritenersi che la norma di principio statale, alla luce dell’elevata standardizzazione delle forniture sanitarie, abbia inteso salvaguardare gli investimenti che le Regioni effettuano costituendo apposite centrali di acquisto (e che non troverebbero giustificazione se queste fossero impiegabili soltanto in attività di benchmarking), e prima ancora le potenzialità di tale strumento ai fini del risparmio complessivo della spesa.

Infatti, a poco giova che una o più aziende sanitarie ottengano autonomamente limitate forniture a condizioni più vantaggiose, se ciò, come sembra logico, comporta il rischio, in prospettiva dei successivi rinnovi, di minare la credibilità dell’intero sistema centralizzato di acquisizioni e, quindi, la possibilità di ottenere significativi risparmi di spesa su scala ampia e complessiva.

La giurisprudenza richiamata dal TAR (cfr. Cons. Stato, V, n. 557/2009 e n. 8158/2010) non conduce a diversa conclusione, trattandosi di pronunce relative alle convenzioni CONSIP, oggetto, come esposto, di diversa e più “elastica”

disciplina. Così come la previsione normativa sopravvenuta, altresì richiamata dal TAR (articolo 7, comma 1, del d.l. 52/2012, che parimenti prevede la possibilità di effettuare gare applicando parametri prezzo-qualità migliorativi di quelli delle convenzioni CONSIP).

6.2. Non poteva pertanto darsi rilevanza a quanto, in contrario, era eventualmente stabilito dalla d.G.R. n. 937/2010; ciò, a prescindere dall'effettivo significato da attribuire al provvedimento regionale (posto che la Regione sostiene che il riferimento alla <<attivazione di procedure di acquisto autonome>> debba intendersi riferito agli ordinativi di acquisto che presuppongono un contratto sottoscritto in esito a gara autonoma, prima del perfezionamento della convenzione regionale).

Tanto meno poteva darsi rilevanza alla nota di Lombardia Informatica, invocata dalla ricorrente in primo grado e sottolineata dal TAR, che ammette una più ampia possibilità di deroga all'utilizzazione delle convenzioni regionali, per <<diverse motivazioni>>; queste ultime, a meno di non eludere il precetto normativo, non possono riguardare il risparmio di spesa e devono, comunque, riferirsi a condizioni non indotte dalle aziende che attivano la fornitura (diverse quindi da quelle prospettate dal r.u.p. nella gara non aggiudicata definitivamente, quali la differente durata o le condizioni di erogazione della fornitura), ma legate ad esigenze degli assistiti (quali, secondo gli esempi prospettati dalle parti resistenti: la continuità terapeutica in relazione a prodotti non coincidenti, l'uscita di produzione del farmaco, la necessità di tutelare la libertà di prescrizione medica).

6.3. Quanto al rispetto dei principi in materia di autotutela, è sufficiente sottolineare come i provvedimenti impugnati in primo grado comportino, in sostanza, l'annullamento d'ufficio in parte qua di una gara che non avrebbe dovuto essere bandita, per contrasto con un'esplicita previsione normativa, e siano intervenuti su un'aggiudicazione provvisoria (a fronte della quale non sussiste un affidamento qualificato).

7. Si ravvisano giustificati motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2013

IL SEGRETARIO

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

Tags: acquisti centralizzati, autotutela, autotutela decisoria, centrale di committenza, centrali d'acquisto, centrali di acquisto, centrali di committenza, centrali di committenza regionali, centralizzazione degli acquisti, CONSIP, discrezionalità, elenco delle centrali di committenza, gara, Lombardia, Lombardia Informatica, obbligo, revoca

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 9661/2011 RG, proposto dalla REGIONE

LAZIO, in persona

del Presidente pro tempore della Giunta

regionale , rappresentata e

difesa dagli avvocati Rodolfo Mazzei e Rosa Maria

Privitera, con

domicilio eletto in Roma, via M. Colonna n. 27, presso

l'Ufficio

legale della Regione,

contro

la PADANA EVEREST s.r.l., corrente in Travagliato (BS),

in persona

del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e

difesa dagli

avvocati Massimo Colarizi ed Ermes Coffrini, con domicilio

eletto in

Roma, via Panama n. 12 e

nei confronti di

- SOGESI s.p.a., corrente in Ponte S. Giovanni (PG), in

persona del

legale rappresentante pro tempore, controinteressata ed

appellante

incidentale, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea

Zanetti e

Maurizio Brizzolari, con domicilio eletto in Roma, via

della

Conciliazione n. 44,

-

ASL Roma A,

ASL Roma B,

ASL Roma C,

ASL Roma D,

ASL Roma E,

ASL

Roma F,

ASL Roma G,

ASL Roma H,

ASL Viterbo,

ASL Frosinone,

ASL

Rieti, Azienda ospedaliera INMI L. Spallanzani, Azienda ospedaliera
 S. Filippo Neri, Azienda ospedaliera Sant'Andrea, Azienda Policlinico
 San Giovanni, Azienda regionale emergenza sanitaria - ARES 118, in
 persona dei rispettivi Direttori generali pro tempore, non
 costituiti nel presente giudizio e
 - Azienda Policlinico Umberto I, con sede in Roma, in
 persona del Direttore generale pro tempore, rappresentata e difesa
 dall'avv. Paola Baglio, con domicilio eletto in Roma, viale del
 Policlinico n. 155
 e con l'intervento di
 ad opponendum:
 - SERVIZI ITALIA s.p.a., corrente in Castellina di Stabia (PR), in
 persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
 dagli avv. Ermes Coffrini e Massimo Colarizi, con domicilio eletto in
 Roma, via Panama n. 12;
 - Società Lavanderie Industriali - LAVIN s.p.a., corrente in Pomezia
 (RM), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata
 e difesa dal prof. Fabio Francario, con domicilio eletto presso in
 Roma, via della Mercede n. 11 e
 - Lavanderia Industriale ZBM s.p.a., con sede in Arco (TN), in
 persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
 dagli avvocati Angelo Piazza, Aldo Fera e Paolo Sansone, con
 domicilio eletto in Roma, via L. Robecchi Brichetti n. 10, per la riforma
 della sentenza del TAR Lazio - Roma, sez. III quater n. 8267/2011,
 resa tra le parti e concernente l'affidamento del servizio di

lavanolo per le Aziende sanitarie della Regione Lazio;
Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di PADANA EVEREST
s.r.l.,
di SOGESI s.p.a. e dell'Azienda Policlinico Umberto I di
Roma, nonché
delle società interventrici ad opponendum;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, c.p.a.;
Relatore all'udienza pubblica del 25 maggio 2012 il Cons.
Silvestro
Maria Russo e uditi altresì. per le parti costituite, gli
avvocati
Mazzei, Coffrini, Colarizi, Zanetti, Baglio, Francario,
Sansone e
Fera;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:
(Torna su)

FATTO

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. B4202 del 24
maggio 2011, la Regione Lazio ha indetto una
procedura aperta europea, da aggiudicarsi con il
criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,
per l'affidamento quadriennale del servizio di
lavanolo della biancheria piana e confezionata, dei
materassi, dei guanciali del vestiario e delle divise
per il personale di tutte le ASL e delle Aziende
ospedaliere regionali, diviso in otto lotti e per un
complessivo importo a base d'asta pari a Euro
109.429.579,00, oltre IVA.

La Regione Lazio, odierna appellante, rende noto di
porsi con l'appalto in esame quale centrale di
committenza per le Aziende sanitarie regionali, in
base a quanto stabilito dall'art. 1, c. 455 della l. 27
dicembre 2006 n. 296. Sicché essa diventa centrale
acquisti regionale per il servizio de quo, ai sensi
dell'art. 1, c. 68, lett. c) della l. reg. Lazio 11 agosto
2008 n. 14, anche ai fini d'attuazione del piano di
rientro dal disavanzo regionale sanitario.

La Regione fa presente altresì che il bando di gara
prevede, tra l'altro, la possibilità di proporre offerte

in ATI, con esclusione, però, di quelle tra le imprese in grado, già singolarmente, di soddisfare i requisiti economici e tecnici di partecipazione. In virtù dell'art. 5 del disciplinare di gara e dell'art. 5 del Capitolato tecnico, è posta, in capo alle Aziende beneficiarie di tal appalto -peraltro obbligate a contrarre con l'impresa o l'ATI aggiudicataria definitiva, a seconda del o dei lotti aggiudicati, una facoltà di jus variandi, ossia la possibilità di ampliare o ridurre "... il servizio sulla base di nuove esigenze e di una diversa organizzazione dello stesso...". Tali variazioni, derivanti in via dinamica dall'evoluzione organizzativa nel tempo delle strutture sanitarie nel territorio regionale , "... rispetto alle previsioni del capitolato (saranno)...., a prescindere dal motivo per cui si siano originate,... contenute entro il quinto dell'importo contrattuale...", giusta quanto al riguardo indicato nell'all. C) al Capitolato tecnico per ciascuna azienda e per ciascun presidio.

Avverso tale lex specialis di gara sono stati proposti vari gravami innanzi al TAR Lazio, tra cui il ricorso n. 5756/2011 RG, presentato appunto contro le testé citate clausole dalla PADANA EVEREST s.r.l., corrente in Travagliato (BS). Detta Società, che non ha presentato la domanda di partecipazione alla gara, contesta in particolare le regole d'ammissione per le ATI c.d. "sovrabbondanti", affermandone l'effetto immediatamente preclusivo in quanto, sebbene in possesso dei requisiti d'ammissione, risultava impossibilitata a costituire un'ATI con altra impresa di pari natura. Il TAR adito, con sentenza semplificata n. 8267 del 27 ottobre 2011, ha accolto per intero la pretesa attorea, annullando perciò gli atti impugnati.

Appella allora la Regione Lazio, che conclude per l'inammissibilità dell'impugnazione di primo grado per carenza di legittimazione in capo alla PADANA EVEREST s.r.l. (a causa della mancata partecipazione alla gara stessa) e per mancata intimazione delle Aziende sanitarie ed ospedaliere del Lazio e, nel merito, ripropone tutte le eccezioni d'infondatezza

del ricorso innanzi al TAR. Propone appello incidentale autonomo la SOGESI s.p.a., corrente in Ponte S. Giovanni (PG) e nella qualità di unica impresa partecipante a detta gara -in esito alla quale è divenuta aggiudicataria di cinque lotti tra quelli appaltati, concludendo anch'essa per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso di primo grado, nonché degli interventi ad opponendum in questa sede. Resiste in giudizio la PADANA EVEREST s.p.a., contestando in toto entrambi gli appelli e concludendo per l'integrale conferma della sentenza n. 8267/2011. S'è costituita in giudizio, tra tutte le Aziende sanitarie ed ospedaliere intimate, solo l'Azienda Policlinico Umberto I di Roma, chiedendo l'accoglimento degli appelli in epigrafe.

Infine, intervengono ad opponendum la SERVIZI ITALIA s.p.a., corrente in Castellina di Soragna (PR), la Società Lavanderie Industriali - LAVIN s.p.a., corrente in Pomezia (RM) e la Lavanderia Industriale ZBM s.p.a., corrente in Arco (TN) che, quali imprese ricorrenti innanzi al TAR contro la medesima gara regionale con gravami non ancora decisi in quella sede, evidenziano criticità della relativa lex specialis, anche di natura diversa di quelle per cui è causa, inferendo da ciò, a supporto della tesi dell'appellata, la complessiva illegittimità delle scelte della Regione in materia.

Alla pubblica udienza del 25 maggio 2011, su conforme richiesta delle parti costituite, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

(Torna su)

DIRITTO

DIRITTO

1. - Come già accennato nelle premesse in fatto, la Regione Lazio (appellante principale) e la SOGESI s.p.a. (appellante incidentale autonoma, nella sua qualità di unica impresa partecipante alla gara per cui è causa e poi aggiudicataria definitiva di cinque degli otto lotti in cui era suddiviso il servizio appaltando) impugnano la sentenza con cui il TAR Lazio ha accolto il ricorso che la PADANA EVEREST

s.r.l., in possesso dei requisiti tecnici ed economici per proporre offerta, ma senza presentare domanda di partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio di lavanolo presso tutte le Aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione, ha impugnato la lex specialis con particolare riguardo a due aspetti, da essa ritenuti aventi efficacia preclusiva immediata (art. 12 del disciplinare di gara: divieto di partecipazione alle ATI c.d. "sovrabbondanti"; art. 5 del disciplinare: *jus variandi*, in più o in meno e nei limiti del quinto d'obbligo, dell'espletamento del servizio stesso in base alla dinamica organizzativa delle strutture sanitarie coinvolte).

2. - In via preliminare, vanno disattese le eccezioni d'inammissibilità degli interventi ad *opponendum*, in quanto gli argomenti addotti dalle imprese interventrici sono del tutto dipendenti dalla tesi della Società odierna appellata e, quindi, gli interessi da loro manifestati in questa sede non esulano dai limiti all'uso indicati dall'art. 97 c.p.a.

2.1. - Entrambe le appellanti lamentano l'erroneità della sentenza del TAR laddove non ha ritenuto inammissibile il ricorso di primo grado per carenza d'interesse e di legittimazione in capo alla PADANA EVEREST s.r.l., che ha impugnato l'art. 12 del citato disciplinare, senza neppure proporre domanda di partecipazione alla gara.

La doglianza è fondata e va accolta, nei limiti e con le precisazioni qui di seguito indicate.

2.2. - È ben noto che (arg. ex Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4), di regola, la legittimazione al ricorso avverso gli atti d'una gara ad evidenza pubblica, salvo puntuali eccezioni, spetta a chi in modo regolare e legittimo partecipi alla gara stessa, ché solo a siffatta qualità si connette la titolarità, nel procedimento concorsuale ed in via d'azione, di una posizione soggettiva sostanziale differenziata e meritevole di tutela.

Poiché la legittimazione al ricorso va collegata necessariamente ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla

gara, solo tre sono le varianti a tal regola, ciascuna delle quali connotata da valori giuridici di pari rango a quelli testé affermati dalla giurisprudenza. Tra queste, ai presenti fini, spicca il caso della legittimazione dell'operatore economico che si rivolge nei confronti d'una o più clausole escludenti. In tal caso, ossia ove la clausola è di tenore tale da precludere la partecipazione alla gara, ben si comprende come adempimento inutile, se non mero formalismo, s'appalesi la presentazione della domanda di partecipazione quale prova di legittimazione dell'operatore, con conseguente appesantimento della tutela di questi, obbligato ad aspettare l'esclusione dalla gara, onde impugnare pure tal provvedimento, in realtà meramente confermativo della lesione prodottasi con la clausola stessa (arg. ex Cons. St., V, 5 ottobre 2011 n. 5454). Non sfugge d'altronde al Collegio come non sia conforme alla piena esplicazione del diritto alla difesa e del diritto di libertà d'iniziativa economica privata, nonché del principio di libera concorrenza, subordinare la legittimazione dell'operatore, leso sostanzialmente in via immediata da una clausola che gli preclude la partecipazione alla gara, la presentazione d'una domanda che ne comporterebbe l' esclusione (cfr. Cons. St., V, 20 aprile 2012 n. 2339). Né il Collegio è alieno dal considerare, anzitutto, che onerano l'interessato alla loro immediata impugnazione soltanto le clausole che prescrivano in modo inequivoco requisiti d'ammissione o di partecipazione alla gara, con riguardo sia a requisiti soggettivi, sia a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina subito l'effetto escludente (cfr. Cons. St., VI, 8 luglio 2010 n. 4437; id., V, 19 settembre 2011 n. 5323). Per altro verso, la lesione de qua si verifica non solo nel caso, per vero alquanto raro, di clausola discriminatoria, ma pure in tutti quelli in cui la clausola, pur non apparendo escludente o quand'anche formulata in modo positivo, in realtà dissimuli una fattispecie di (indebita, irrazionale, sproporzionata, ecc.)

restrizione all'accesso alla gara e, quindi, alla conseguente tutela.

2.3. - Avverte nondimeno la giurisprudenza (arg. ex Cons. St., VI, 18 settembre 2009 n. 5626) che, fermo l'onere d'impugnazione avverso le clausole immediatamente lesive, quest'ultima è pur sempre subordinata ad un'accurata analisi della singola fattispecie che metta in luce, tra gli altri aspetti, pure il contenuto della clausola sospetta d'illegittimità, il tipo di vizio dedotto dalla parte ricorrente e l'interesse manifestato dall'operatore.

Ebbene, è vero che l'accesso alla tutela (recte, alle procedure di ricorso in tema di appalti pubblici), come ben evincesi dall'art. 1, Par. 3) della dir. n. 66/2007/CE, è consentito anche solo a fronte del rischio della lesione, ma ciò serve, e di questo la giurisprudenza ed il Collegio sono consapevoli, essenzialmente ad ammettere l'immediata impugnazione del bando nei casi discriminatori.

Tra questi ultimi rientrano pure le situazioni in cui la clausola sia, come nel caso in esame, escludente non in sé, né per categorie predefinite di soggetti, ma secondo la prospettazione di taluni di questi soggetti che, pur godendo in linea di principio dei requisiti per l'ammissione alla gara, non vi possano accedere in concreto per l'effetto restrittivo che la clausola determina verso alcune scelte economiche che essi vorrebbero introdurre nella procedura di gara. Ma se la clausola è asserita discriminatoria o restrittiva secondo l'assunto dell'operatore o, il che è lo stesso, con riguardo ad un aspetto peculiare della stessa, non vien meno per ciò solo la delibazione del concreto interesse differenziato, ossia sul bisogno giuridico di partecipazione alla gara in quello ed in quel solo peculiare modo. Poiché quest'ultimo è ontologicamente diverso dal vizio dedotto, ossia dalla erroneità oggettiva della clausola che si assume lesiva, affinché il bisogno di tutela non trasmuti in una censura di diritto oggettivo o meramente emulativa, occorre fornire un serio principio di prova da cui evincasi, con pari rigore argomentativo, che

l'effetto preclusivo dell'ATI "sovrabbondante" non corrisponda solo ad una generica difficoltà nell'offerta, ma impedisca la realizzazione d'un progetto di affare economico (purpose of business).

2.4. - Nella specie l'appellata ha allegato, nel ricorso di primo grado e quale motivo per chiedere l'esercizio dell'autotutela da parte della Regione, di "... essere primaria azienda, con capacità economiche... e che opera da anni nel settore del lavanolo ospedaliero..." e di essere "... fortemente interessata alla gara di che trattasi...", ritenendo tuttavia preclusa la possibilità di partecipazione alla gara dalla clausola escludente le ATI c.d. "sovrabbondanti". Come si vede, tal assunto non è che una, per vero assai generica, affermazione di dispiacere verso la clausola stessa, non già un, sia pur succinto, argomento dimostrativo dell'esistenza o della concreta probabilità di un progetto di ATI e di offerta conseguente.

Non ha fornito l'appellata, in primo grado, alcun serio di principio di prova che, ai fini d'una ragionevole probabilità d'offerta competitiva, che quest'ultima potesse scaturire soltanto da un'ATI "sovrabbondante" con una o più imprese parimenti qualificate e diversamente allocate nel territorio, sì da pervenire ad assetti economici soddisfacenti. E tal esigenza di dimostrazione d'un progetto d'offerta, atto a qualificare l'interesse vantato quale necessario prius logico rispetto alla valutazione dell'eventuale illegittimità della clausola, s'appalesa ancor più significativa, se si considera la complessità, oggettiva e territoriale, del servizio da rendere, che avrebbe dovuto per vero indurre ogni impresa a dire la ragione per cui a tal fine sarebbe dovuta occorrere, tra le possibili opzioni economiche, un'ATI "sovrabbondante".

Non a caso, l'appellata s'è posta, come d'altra parte e per altre e parimenti significative ragioni hanno fatto altre imprese comunque interessate alla gara stessa (come l'intervenitrice LAVIN s.p.a.), il problema d'una più approfondita ed accurata

allegazione in ordine all'interesse ad agire. Queste ultime hanno affermato, senza indicare per forza il contenuto di un'offerta vera e propria, di aver sottoposto al Giudice adito una bozza di offerta realmente concorrenziale, se del caso o elaborando documenti provenienti dalle Aziende sanitarie del Lazio o dimostrando come dall'eventuale ATI "sovrabbondante" con una o più imprese allocate od operanti nella medesima Regione potesse scaturire un progetto d'offerta efficace ed appetibile. Solo con la memoria depositata l'11 gennaio 2012, l'appellata ha indicato, per la prima volta ed in appello, l'intenzione di costituire un'ATI con la controllante SERVIZI ITALIA s.r.l., anch'essa autonomamente qualificabile alla gara, per proporre un'offerta in linea di principio efficace e competitiva. Ma ciò dimostra che tal allegazione, in disparte la sua sufficienza in sé, non fu fornita nell'opportuna sede e che non può esser utilizzata solo qui, in sede di appello.

2.5. - Come si vede, non è in discussione l'erroneità in sé, o meno, della scelta di non ammettere ATI "sovarabbondanti" alla gara in questione, né tampoco se una stazione appaltante abbia, da sola, titolo legittimo ad assumere regole più o meno procompetitive nell'ambito d'una singola procedura ad evidenza pubblica, ma come valore assoluto e senza alcun collegamento, logico e/o giuridico, con l'utilità sperata dall'esecuzione dell'appalto. Invero, si può anche ritenere che una scelta siffatta, ossia la limitazione a priori alle imprese della facoltà d'un tipo di ATI per ragioni antitrust, non risponda di per sé sola ad alcuna reale esigenza sottesa all'evidenza pubblica, soprattutto se meramente astratta, non proporzionata al concreto oggetto dell'appalto e non suffragata da gravi indizi di intese di cartello tra le imprese. È, questo, il caso indicato da Cons. St., VI, 19 giugno 2009 n. 4145, richiamato da Cons. St., VI, 18 gennaio 2011 n. 351 (ord.za) per provocare la pronuncia di Ad. plen. n. 4/2011, fermo, al riguardo, restando anche l'ormai risalente

parere dell'AGCM del 2003 sulle limitazioni delle ATI "sovrabbondanti" alle gare ad evidenza pubblica. Pare tuttavia al Collegio che, a tutto concedere, la facoltà delle stazioni appaltanti di non ammettere queste ultime alle gare, non essendo basata su norme imperative (arg. ex CGA, 4 luglio 2011 n. 474) e non potendo esser statuita in via pretoria (cfr. Cons. St., VI, 20 febbraio 2008 n. 588), resta allora soggetta agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, sia in sé, sia con riguardo ed all'oggetto dell'appalto ed alla predetta utilità sperata.

Sicché, assodato che la tutela della concorrenza nell'evidenza pubblica va governata all'interno della gara e per il conseguimento del risultato economico che il soggetto aggiudicatore si prefigge, non si può ritenere collusiva un'ATI "sovrabbondante" per il sol fatto che si presenti ad una gara pubblica. L'accordo associativo per tali ATI, come ogni rapporto tra privati, in realtà è neutro e, come tale, soggiace alle ordinarie regole sulla liceità e la meritevolezza della causa e non può dirsi di per sé contrario al confronto concorrenziale proprio dell'evidenza pubblica.

Insomma, elidere senz'altro la possibilità di ATI "sovrabbondante", in assenza di motivate ragioni direttamente incidenti sulle esigenze concorrenziali della gara, soprattutto in gare, come quella per cui è causa, complesse ed articolate, potrebbe anche comprimere in modo eccessivo facoltà dell'imprenditore per ragioni non basate sull'art. 41 Cost. ed anche non consentire quelle virtuose aggregazioni commisurate a tali esigenze reali.

3. - Ma, se tutto questo può giustificare una censura sulla scelta operata dalla lex specialis, da esso non si può direttamente inferire null'altro che l'immediata impugnabilità della clausola, non certo la prova sulla differenziazione dell'interesse del soggetto che l'impugna.

Non basta predicare l'illegittimità, ma occorre dar contezza che l'interesse azionato sia non già di mero fatto o, il che è in pratica lo stesso, basato su una

mera ipotesi di possibile ed eventuale ATI "sovrabbondante" con terzi. Occorre che l'interesse sia qualificato dalla dimostrazione d'una seria chance di offerta spendibile in quella gara coeteris paribus e senza dover attendere l'eventuale rinnovazione di essa. Altrimenti, tal interesse non è diverso da quello di qualsiasi altro operatore del settore che non ha inteso partecipare alla gara stessa per i più diversi motivi e che, pur tuttavia, spera nella caducazione dell'intera selezione.

4. - Tutto ciò rende irrilevante la richiesta di rimessione di siffatta questione alla Corte di giustizia UE o di deferimento all'Adunanza plenaria, giacché, come s'è visto, lo snodo essenziale della presente lite è l'ammissibilità in sé non già delle ATI "sovrabbondanti", bensì dell'interesse azionato in primo grado.

5.1. - A conclusione alquanto diversa reputa il Collegio di pervenire, invece, per quanto attiene alla clausola ex art. 5 del disciplinare di gara, ossia sul c.d. jus variandi.

In particolare, l'appalto in esame è regolato e gestito dalla Regione Lazio quale centrale di committenza ex art. dall'art. 1, c. 455 della l. 27 dicembre 2006 n. 296 a favore di tutte le Aziende sanitarie od ospedaliere laziali, per cui essa diventa centrale acquisti regionale per il servizio de quo, ai sensi dell'art. 1, c. 68, lett. c) della l. reg. Lazio 11 agosto 2008 n. 14. In esito alla gara, le Aziende beneficiarie di tal appalto sono poi obbligate a contrarre con l'impresa o con l'ATI aggiudicataria definitiva, a seconda del o dei lotti assegnati. A loro, peraltro, il combinato disposto dell'art. 5 del disciplinare di gara e dell'art. 5 del Capitolato tecnico attribuisce una facoltà di jus variandi, ossia la possibilità di ampliare o ridurre "... il servizio sulla base di nuove esigenze e di una diversa organizzazione dello stesso...". Tali variazioni, derivanti in via dinamica dall'evoluzione organizzativa nel tempo delle strutture sanitarie nel territorio regionale, "... rispetto alle previsioni del capitolato (saranno)..., a prescindere dal motivo per

cui si siano originate,... contenute entro il quinto dell'importo contrattuale...", giusta quanto al riguardo indicato nell'all. C) al Capitolato tecnico per ciascuna azienda e per ciascun presidio. Questo essendo il quadro di riferimento, la censura della PADANA EVEREST s.r.l. è sicuramente ammissibile, senz'uopo di previa presentazione dell'istanza di partecipazione, laddove predica, in linea di principio, l'effetto immediatamente preclusivo sull'esatto confezionamento dell'offerta. In tal caso, la formulazione o il significato della clausola incide direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, donde non solo la possibilità di contestare l'effetto lesivo di essa, subito e senza attendere l'esito della gara, ma soprattutto la non necessità di porre a carico di colui che intenda contestarla un onere di partecipazione alla relativa procedura. La ragione è evidente: il soggetto pone in discussione specifiche disposizioni della *lex specialis* di gara, ch'egli correttamente, se e nella misura in cui risultino poi viziate, ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta e, dunque, risultano sostanzialmente impeditive della sua partecipazione alla gara (arg. ex Cons. St., IV, 26 novembre 2009 n. 7442; id., III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

5.2. - Ma, per quanto ammissibile tal censura, nel merito va condiviso l'argomento delle appellanti in ordine all'infondatezza di essa.

La lettura della *lex specialis* evidenzia, per un verso, la fissazione degli elementi necessari alla corretta ed esauriente confezione dell'offerta e, per altro verso, un *jus variandi* come limitato al 20% del valore del singolo appalto inerente alla struttura sanitaria che ne eserciti la facoltà a seguito di sua ristrutturazione organizzativa.

Ebbene, si può forse discettare se e in qual misura quest'ultima possa modificare il luogo dell'adempimento, a causa delle vicende organizzatorie del servizio sanitario regionale discendenti dall'evoluzione della domanda sociale e

territoriale di salute. Ma la facoltà di variazione, non mutando in nulla l'oggetto dell'appalto, che è e resta soltanto il servizio di lavanolo, ha allora un aspetto meramente quantitativo e, perciò, va valutata dall'impresa offerente secondo gli ordinari strumenti predittivi di convenienza dell'investimento e, di conseguenza, del tipo e dell'ammontare dell'offerta che si reputa competitiva. Rettamente, quindi, le appellanti si dolgono della tesi dell'appellata e del TAR, laddove essa pecca per astrattezza e non calibra come, in concreto e caso per caso, il jus variandi sia in grado di modificare, o no l'assetto dato all'atto del bando con specifico riguardo alle singole Aziende ed ai presidi.

Al riguardo, l'argomento dei problemi di logistica, derivanti dalle variazioni territoriali del servizio, è suggestivo, ma non convince, non solo per il limite del quinto d'obbligo entro cui il jus variandi è esercitabile.

Quel che più rileva, allora e non solo per la logistica, ma più in generale per la struttura stessa dell'offerta, è che quest'ultima deve tener in debito conto sia dell'obiettivo complessità del servizio foss'anche per un solo lotto, sia della durata dell'appalto (48 mesi) che di per sé impone una meditata previsione (per presidi e territori implicati) della continua alimentazione del servizio offerto, sia della natura della remunerazione di quest'ultimo. In particolare questa è a misura e non a corpo e da essa, in base alla clausola in oggetto, sono esclusi solo gli indennizzi ulteriori nei limiti del quinto d'obbligo, ove mai e nella misura in cui intervenisse la variazione colà prevista. Né basta: una volta ancorato il servizio alla dinamica organizzativa delle Aziende beneficiarie, non si riscontra nella clausola stessa alcuno scostamento dall'art. 311, c. 3 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207, perché le variazioni de quibus non modificano l'oggetto dell'appalto e si riferiscono ad eventi organizzativi possibili, al limite probabili, ma comunque incerti an ed incerti quando. Anzi, la regola del medesimo art. 5 del disciplinare,

secondo cui tutti i dati tecnici oggetto di gara sono quantificati in via presuntiva ed indicativa, rinvia al sopralluogo obbligatorio, ad esclusivo onere delle imprese offerenti, non certo per rendere più difficoltosa la partecipazione alla procedura, ma per rammentare loro la serietà dell'impegno a fronte d'un servizio articolato e complesso e per consentire loro di formulare l'offerta in modo coerente con i dati di fatto da loro stesse apprezzati.

6.1. - Da respingere sono altresì i motivi del ricorso di primo grado, assorbiti dal TAR e riproposti dalla PADANA EVEREST s.r.l. con la memoria depositata l'11 gennaio 2012 e, in particolare, quello sull'art. 7 del capitolato tecnico in tema di materasseria.

Si duole detta Società della mancanza di ogni indicazione circa la frequenza degli utilizzi della materasseria d'altro tipo che eventualmente sostituisca un materasso normale, visto che il relativo prezzo dovrà esser decurtato dal prezzo unitario per giornata di degenza.

Ebbene, giova rammentare che, al momento della stipulazione del contratto, a questo sarà allegato un elenco prezzi unitari dei materiali adoperati per il servizio, per tutte le evenienze che possano intervenire in fase d'esecuzione dell'appalto. In questo elenco, quindi, sono da indicare, tra gli altri, pure il costo del materasso normale, affinché esso sia assunto a base di calcolo, in contraddittorio tra le parti dell'appalto ed ove mai il materasso sia da sostituire con uno di altro tipo, per pervenire alla riduzione del relativo prezzo da quello per il servizio effettuato a favore dell'Azienda. È vero che la valutazione ex ante d'una tal vicenda è una stima, ma non è per forza arbitraria o impossibile, perchè è di natura simile a tutte le operazioni predittive che l'impresa effettua, partendo dai costi veri e propri, per calcolare la remunerazione ritraibile dall'appalto.

6.2. - Va rigettata pure la censura d'indeterminatezza della clausola ex art. 11 del disciplinare tecnico, in tema di locali da adibire a magazzini e guardaroba.

A tal riguardo, è previsto l'obbligo dell'impresa, su specifica richiesta della singola Azienda beneficiaria, d'istituire ed organizzare un servizio di guardaroba e/o un centro di smistamento, all'uopo adoperando appositi locali messi a disposizione da ciascuna Azienda, indicati all'impresa stessa al momento dell'effettuazione del sopralluogo. È materialmente vero che l'istituzione del servizio in parola è soggetta alla specifica richiesta dell'Azienda, ma ciò riguarda l'andamento della relativa prestazione, non già il quantum ed il quomodo, invece facilmente calcolabili. Anzi, l'obbligatorietà del sopralluogo serve all'impresa per assumere tutti gli elementi materiali occorrenti per una seria e precisa confezione dell'offerta anche sul punto.

7. - Non convince per contro il primo mezzo dell'appello principale, con cui si censura la sentenza impugnata laddove avrebbe pronunciato ultra petita l'intero travolgimento del bando di gara.

In realtà, il TAR ha limitato la sua pronuncia ai soli aspetti della lex specialis oggetto d'impugnazione (sopra evidenziati), cioè il divieto di ATI "sovrabbondanti" e il jus variandi. Ciò, di per sé solo, non implica per forza un annullamento dell'intera procedura, salvo diverso avviso della stazione appaltante in sede di riemanazione, che la stessa avrebbe potuto emendare soltanto per quelle parti della lex specialis direttamente coinvolte dalla pronuncia senza per il resto innovare la struttura della gara. A tal conclusione ben si può pervenire dalla serena lettura congiunta della parte motiva e del dispositivo, da cui evincesi che l'annullamento è disposto nei sensi di cui in motivazione e, perciò, solo con riguardo ai predetti due vizi espressamente censurati.

È appena da osservare che, dopo la sentenza del TAR ed a seguito della sospensione di questa per effetto della misura cautelare emanata dalla Sezione, la procedura è ripresa e, quindi, è intervenuta l'aggiudicazione dei citati cinque lotti a favore dell'odierna appellante incidentale, unica offerente in

gara, per cui al più l'eventuale attività di riemanazione avrebbe dovuto tener conto di questo quid novi materiale che, però, non è un portato della sentenza stessa.

8. - Non convince neppure la censura sull'omessa notificazione del ricorso di primo grado alle Aziende sanitarie ed ospedaliere del Lazio, ritenute a guisa di controinteressate.

S'è già detto che la Regione Lazio ha indetto l'appalto in esame in qualità di centrale acquisti regionale ex art. 1, c. 68, lett. c) della l. r. 14/2008, in forza della quale le predette Aziende le delegano per legge gli acquisti di determinati beni e servizi, come individuati dal decreto del Commissario ad acta per il rientro dal disavanzo sanitario regionale. La norma prevede dunque un caso particolare, finalizzato anche a tal rientro, di centrale di committenza, le cui regole di funzionamento integrano l'art. 3, c. 34 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163. Poiché tali regole fissano, da un lato, la delega irrevocabile alla Regione come centrale acquisti e, per altro verso, quest'ultima è in questa veste competente in via esclusiva all'indizione, alla regolazione ed alla gestione della gara, essa ne è altresì l'unica e diretta responsabile. Nel disegno della l.r. 14/2008, le Aziende assumono, dopo l'aggiudicazione, l'obbligo di contrarre con l'aggiudicataria del o dei lotti in cui si articola l'appalto, obbligo che sostituisce, nella presente vicenda, l'accettazione della stipulazione a favore di terzo, il cui schema essenziale è assunto dalla legge.

5. - Gli appelli sono dunque da accogliere nei sensi fin qui esaminati, ma la complessità delle questioni e giusti motivi suggeriscono l'integrale compensazione, tra tutte le parti, delle spese dei due gradi di giudizio.