

N. 07351/2021REG.PROV.COLL.

N. 05522/2021 REG.RIC.

N. 05325/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5522 del 2021, proposto da -OMISSIS- in proprio e quale Mandataria di Rti, -OMISSIS-S.r.l. (Già -OMISSIS-) in proprio e quale Mandante di Rti, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ASREM - Azienda Sanitaria Regionale per il Molise, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Coromano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; -OMISSIS- S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Botto, con domicilio eletto presso lo studio Associato Legance in Roma, via San Nicola Da Tolentino 67;

Ministero della Salute, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Consip Spa, Commissario straordinario e sub Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di rientro del Settore Sanitario nella Regione Molise, Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12; Regione Molise, Centrale Unica di Committenza Regione Molise, Conferenza Permanente per i Rapporti Tra Lo Stato, Le Regioni e Le Province Autonome di Trento e Bolzano, non costituiti in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-S.p.A. in proprio e quale mandante del costituendo RTI con Concordia Società Cooperativa, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5325 del 2021, proposto da -OMISSIS-S.p.A. in proprio e quale Mandante Costituendo RTI con La Capogruppo Concordia Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Di Paolo, Dover Scalera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Dover Scalera in Roma, viale Liegi 35b;

contro

ASREM - Azienda Sanitaria Regionale per il Molise, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Coromano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Regione Molise - Servizio Centrale Unica di Committenza, non costituito in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS- S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Botto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alessandro Botto in Roma, via di San Nicola Da Tolentino 67; Consip Spa, -OMISSIS-, -OMISSIS-S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) n. 189/2021, resa tra le parti

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Salute, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di Consip Spa, di ASREM - Azienda Sanitaria Regionale per il Molise, di -OMISSIS- S.p.A., del Commissario straordinario e del Sub Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di rientro del settore sanitario nella Regione Molise;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2021 il Cons. Raffaello Sestini;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con i due ricorsi decisi dalla sentenza appellata le società appellanti chiedevano l'annullamento, previa sospensiva, della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Regionale del Molise n. -OMISSIS- con oggetto "Adesione

alla Convenzione Consip denominata Multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia per gli edifici in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni sanitarie (MIES 2) lotto 10 - Molise – Campania” per un periodo di cinque anni, avente natura di annullamento implicito ovvero revoca implicita della procedura aperta per l’affidamento della fornitura dei vettori energetici attraverso la gestione integrata a manutenzione delle strutture edili e degli impianti tecnologici ubicati presso i presidi ospedalieri e poliambulatori dell’ASREM (CIG 7309621A10) indetta con bando di gara pubblicato sulla GUUE l’11.12.2017 dalla Centrale Unica di Committenza della Regione Molise, nonché, con motivi aggiunti, di ulteriori atti connessi.

2 - Con sentenza n. 189 del 25.05.2021, il TAR Molise, riuniti i ricorsi, li rigettava integralmente ritenendoli infondati e dichiarando il difetto di legittimazione passiva della Regione Molise, con consequenziale estromissione dal giudizio.

3 – in particolare, il TAR evidenziava quanto segue: “-OMISSIS- s.p.a. (di seguito anche solo -OMISSIS-) e -OMISSIS-s.p.a.(di seguito anche solo -OMISSIS-) sono membri (rispettivamente in qualità di mandataria e di mandante) del raggruppamento temporaneo di imprese attualmente titolare del contratto di conduzione, gestione, manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria delle opere civili e degli impianti tecnologici di ASREM per il lotto 3 – zona di Isernia; tale contratto, stipulato in data 8.03.2010 con una durata di sei anni, è scaduto in data 7.03.2016; -OMISSIS- s.r.l. (di seguito anche solo -OMISSIS-) e -OMISSIS- s.r.l. (già -OMISSIS-, e di seguito anche solo -OMISSIS-) sono membri, nella rispettiva qualità di mandataria e mandante, del raggruppamento temporaneo -OMISSIS- – Dp servizi, titolare del contratto riguardante “Servizi di conduzione, gestione, manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria delle opere civili e degli impianti tecnologici del patrimonio disponibile della ASREM – Zona di Campobasso, per il lotto 1”: contratto stipulato nel 2009 (rep. 15/2009 – registrato al n. 232 Serie 1) per il periodo 1°.07.2009 – 30.06.2015. Entrambi i contratti, da tempo scaduti, sono

stati prorogati, in virtù di successive determinazioni, sino alla definizione di apposita gara per l'affidamento dei rispettivi servizi che ne formano oggetto”.

“In tale contesto l’ASREM sin dal maggio del 2017 ha richiesto alla Centrale Unica di Committenza regionale (di seguito, C.U.C.) di bandire, per suo conto e nel suo interesse, una procedura di gara avente a oggetto “l’affidamento della fornitura dei vettori energetici attraverso la gestione integrata e manutenzione delle strutture edili e degli impianti tecnologici ubicati presso i presidi ospedalieri ed i poliambulatori dell’azienda sanitaria regionale del Molise” (di seguito anche solo “gara” o “gara regionale”). A tale procedura, indetta l’11.12.2017, hanno partecipato, fra gli altri, la -OMISSIS-, in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con la -OMISSIS- e la -OMISSIS-, e altresì la -OMISSIS-, quale mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo con la capogruppo -OMISSIS-. La relativa gara, tuttavia, non è ancora giunta a conclusione. Nelle more di tale gara regionale, in data 6.04.2020 la Consip ha attivato, ai sensi dell’art. 26 della l. n. 488/1999 e dell’art. 58 della l. n. 388/2000, la convenzione MIES 2 denominata “Multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia per gli edifici in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni sanitarie”, stipulata con la -OMISSIS-, la quale era stata selezionata all’esito di un’apposita procedura di gara bandita dalla centrale di committenza nazionale per un periodo di 5 anni”.

ASREM, con la deliberazione n. -OMISSIS- oggetto d’impugnativa, aderiva alla convenzione Consip MIES 2; l’Azienda Sanitaria Regionale comunicava pertanto il passaggio di consegne a favore del nuovo contraente sottoscrittore della Convenzione, vale a dire la -OMISSIS-, agli attuali gestori dei servizi oggetto dei contratti in proroga, che proponevano ricorso deducendo plurime censure e richieste istruttorie, che venivano però ritenute, come detto, infondate dal TAR.

4 – Le imprese ricorrenti in primo grado propongono avverso la predetta sentenza due appelli, nei quali intervengono ad opponendum con ampie memorie ASREM, -

OMISSIS- e il Commissario straordinario per l'attuazione del piano di rientro del settore sanitario nella Regione Molise, e che devono essere riuniti per evidenti ragioni di connessione.

– Dunque, -OMISSIS-Spa deduce i seguenti motivi di appello:

1) *”error in iudicando - Erroneità della sentenza in merito alla violazione dell’assetto ordinamentale che disciplina i rapporti tra sistemi di acquisizione delle centrali di committenza regionali e della centrale di committenza nazionale - Consip (I motivo di ricorso; I e II motivo aggiunto)”*.

Con il primo motivo del ricorso di primo grado, veniva in particolare censurata la “Violazione dell’art. 12 delle preleggi, dei principi di proporzionalità, di ragionevolezza e di buon andamento della pubblica amministrazione. Violazione e falsa applicazione dei commi 44, 455 456 e 457 dell’articolo unico l. 27 dicembre 2006, n. 296; violazione e falsa applicazione del comma 548 dell’articolo unico l. 28 dicembre 2015, n. 208. Violazione e falsa applicazione degli art.li 22 e 24 della Legge Regione Molise 4 maggio 2015 n.8; Violazione dei principi di carattere generale con riguardo ai rapporti tra gara centralizzata e gara della centrale di committenza”.

Con i motivi aggiunti la ricorrente contestava, tra l’altro, che “i provvedimenti impugnati sono viziati da nullità ai sensi dell’art. 21-septies, l. n. 241/90 per difetto assoluto di attribuzione di ASREM che li ha adottati in violazione e falsa applicazione dei commi 548 e 549 dell’art. unico della Legge n. 208 del 2015.

La ricognizione normativa contenuta nella sentenza appellata ai fini del loro esame appare –si deduce- parziale e volutamente orientata a sposare la tesi difensiva delle parti resistenti, secondo le quali il favor normativo riconosciuto ai sistemi di approvvigionamento regionale opererebbe solo laddove sussistano delle convenzioni regionali cui poter aderire. In tal modo, la sentenza sarebbe afflitta dai medesimi limiti, vizi ed erroneità delle argomentazioni difensive dell’amministrazione resistente, alla

luce delle richiamate disposizioni di legge nazionali e regionali e delle linee guida regionali approvate con Delibera di Giunta Regionale n. 480 del 19.09.2015;

2) *“erroneità in diritto della sentenza di primo grado. Violazione e falsa applicazione dell’art. 24 della Legge Regione Molise n. 8 del 2015, in combinato disposto con l’art. 9 d.l. 66/2014 e con l’articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e con le Linee guida approvate con Delibera di Giunta Regionale n. 480 del 19.09.2015 del Molise. Contraddittorietà. Travisamento ed errore sui presupposti. Difetto di motivazione”*.

In particolare, secondo la dettagliata ricostruzione normativa di cui al precedente motivo, diversamente da quanto sostiene il Tar di Campobasso, l’esercizio dei poteri da parte del soggetto aggregatore regionale per conto di ASREM sarebbe obbligatorio sulla scorta di una delega ex lege, essendo stata la CUC regionale costituita ai sensi dell’articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 ed essendo espressamente previsto dall’art. 24 della L.R. 8 /2015 che l’Amministrazione regionale e gli enti del Sistema Regione Molise sono obbligati ad aderire alle convenzioni quadro stipulate dalla Centrale unica di committenza regionale. (cfr. in termini, Consiglio di Stato, Sezione Terza, sentenza 10 giugno 2016 n. 2497; Cons. Stato, Sezione III, 9 luglio 2013, n. 3639).

Così come previsto dalla legge (art.1 comma 549 legge 208/2015) laddove non esista una convenzione regionale, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti comunque a rivolgersi alla centrali di committenza iscritte nell’elenco dei soggetti aggregatori, di cui all’articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66 (rectius nel caso di ASREM alla CUC della Regione Molise) cui *“spetta ..l’individuazione, ai fini dell’approvvigionamento, di altra centrale di committenza”*.

Ed invece, *“di tale interlocuzione tra Asrem e CUC in merito ad un eventuale ripensamento rispetto alla originaria scelta, o anche a riprova di una qualche richiesta della CUC ad Asrem di*

valutare se proseguire nella gara o aderire alla Convenzione Consip non vi sarebbe traccia né il Tar ha ritenuto di disporre specifica istanza istruttoria proposta dalla ricorrente -OMISSIS-; a tal fine, ove occorra, si chiede sin d'ora che il Consiglio di Stato disponga istruttoria circa la eventuale esistenza di atti di interlocuzione tra ASREM e CUC in ossequio a quanto previsto dall'art.1 comma 549 della Legge 208/2015”.

Quanto poi al distinguo introdotto dalle difese avversarie e valorizzate dal TAR, circa lo strumento attivato dalla CUC regionale (gara di appalto anziché convenzione quadro, unico strumento in presenza del quale – a detta delle controparti – scatterebbe la funzione di mera supplenza della Consip), l'appellante ribadisce che la legge Regionale del Molise n.8/2015 prevede che la CUC regionale agisca “in funzione di soggetto aggregatore della domanda, che opera aggiudicando appalti pubblici o stipulando accordi quadro per l'acquisizione di servizi e forniture”; quindi la legge regionale lascerebbe alla CUC la scelta dello strumento più adeguato,

Inoltre, la sentenza impugnata incorrerebbe in un evidente travisamento degli elementi di fatto quando contesta che il Lotto 10 della Convenzione Mies 2 - Consip (oggetto del ricorso), quando nel 2017 ASREM ha delegato la CUC all'approvvigionamento del servizio oggetto della gara regionale CIG 7309621A 10, fosse stato già aggiudicato a favore della società -OMISSIS-, in quanto solo all'esito di un contenzioso in sede giurisdizionale il Lotto 10 sarebbe stato aggiudicato all'appellata -OMISSIS-. In ogni caso, prosegue l'appellante, a dispetto di quanto sostiene il TAR, l'opzione adesiva alla Convenzione Consip Mies 2 di cui alla delibera 949 del 2020 di ASREM è stata impugnata –regolarmente, al contrario di quanto affermato dal TAR- anche per violazione dei principi di proporzionalità, di ragionevolezza e buon andamento della pubblica amministrazione;

3) *“error in iudicando - Ulteriore erroneità della sentenza appellata in relazione al Terzo motivo di ricorso principale – Violazione dei principi di concorrenza”*.

Viene altresì dedotta l'erroneità del capo della sentenza che rigetta il terzo motivo di ricorso introdotto da -OMISSIS-, con il quale si è censurata la *“Violazione dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza. Violazione dell'art. 18 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici. Eccesso di potere e Sviamento - Ingiustizia manifesta – Abnormità”*.

Innanzitutto, in disparte ogni ulteriore considerazione, rileverebbe l'erroneità della ricostruzione dei fatti alla base della vicenda processuale in esame. Infatti nel 2017 nessuna convenzione Consip risultava aggiudicata alla -OMISSIS- cui il Lotto 10 è stato assegnato solo all'esito del contenzioso dinanzi al TAR Lazio con sentenza del febbraio 2018. In ogni caso, la censura lamenta non solo la violazione dei principi concorrenziali, e quindi la violazione di legge – ma anche l' *“Eccesso di potere e Sviamento - Ingiustizia manifesta – Abnormità”* e non ha come protagonista la -OMISSIS- - come parrebbe emergere dalla sentenza – quanto piuttosto, ASREM la quale – senza averne il potere – ha aperto una trattativa diretta con uno dei concorrenti alla gara regionale ancora in corso, il quale in virtù del su descritto triplice ruolo avrebbe potuto contare su informazioni privilegiate funzionali alla scelta per esso più redditizia;

4) *error in iudicando - Ulteriore erroneità della sentenza par. 13.8 di rigetto del II motivo di ricorso principale sulla revoca implicita della gara indetta dalla CUC regionale*.

La sentenza sarebbe errata anche nella parte in cui asserisce che l'adesione alla convenzione Consip varrebbe *“quale implicita revoca del mandato alla CUC che ha determinato l'indizione della gara”*. Tale asserzione finirebbe, infatti, per alterare irrimediabilmente l'ordine fisiologico delineato dal legislatore - come peraltro chiarito

dal CdS con la richiamata sentenza Sez. III, n.2707 del 31.03.2021 la quale consente si “di attingere alla gara nazionale garantendo l’approvvigionamento del servizio” ma “nelle more della gara regionale nel rispetto dei principi di concorrenzialità, di economicità e buon andamento (anche attraverso l’apposizione delle opportune clausole condizionati alla manifestazione di adesione), salvaguardando nel contempo gli esiti della gara regionale;

6) (rectius 5) *“Omessa pronuncia sul primo Motivo di ricorso e sul secondo motivo aggiunto laddove introducono censure volte a confrontare gli oneri ed i servizi della gara regionale con quelli della convenzione Consip”*.

Infatti il capo 15 della sentenza appellata assume di aver *“esaurito la trattazione della vicenda sottoposta essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 cpc. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati infatti dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione d comunque inidonei a supportate una conclusione di segno diverso.”*

In tal modo però vi è stata una omessa pronuncia riguarda in merito alle censure introdotte dalla ricorrente riguardo la maggiore convenienza economica della gara regionale rispetto alla Convenzione Consip. In particolare, tale censura verrebbe liquidata dalla sentenza appellata con un sbrigativo passaggio secondo cui *“una volta chiarito l’obbligo di Asrem di aderire all’unica convenzione quadro disponibile, va da sé che non fosse necessario svolgere anche una comparazione tra oneri insiti nella convenzione Consip Mies 2 e quelli della gara regionale”*.

Al riguardo, vengono riprodotti i motivi su cui il TAR avrebbe omesso di pronunciarsi:

-con il primo motivo del ricorso di primo grado è stata contestata: *“I) la violazione dell’art. 12 delle preleggi, dei principi di proporzionalità, di ragionevolezza e di buon andamento della pubblica amministrazione. Violazione e falsa applicazione dei commi 44, 455 456 e 457*

dell'articolo unico l. 27 dicembre 2006, n. 296; violazione e falsa applicazione del comma 548 dell'articolo unico l. 28 dicembre 2015, n. 208. Violazione e falsa applicazione degli art.li 22 e 24 della Legge Regione Molise 4 maggio 2015 n.8; Violazione dei principi di carattere generale con riguardo ai rapporti tra gara centralizzata e gara della centrale di committenza.”

Infatti, già ad un primo confronto emergerebbe che a fonte di meno servizi, si potrebbe riscontrare *“una sostanziale corrispondenza dei valori, se non addirittura la possibilità di un risparmio a livello regionale a seguito del ribasso ottenibile all’esito della procedura di gara in corso, rispetto ai prezzi già ribassati dalla -OMISSIS-: basterebbe infatti anche uno sconto modesto per ottenere un prezzo migliore di quello della convenzione Consip”*.

II) *“sempre in tema di Violazione dei principi di carattere generale con riguardo ai rapporti tra gara centralizzata e gara della centrale di committenza”*, si deduce che con la impugnata nota di Asrem prot. -OMISSIS- che fa richiamo alla relazione - anch’essa impugnata - del Direttore della S.C. Tecnico Manutentivo di Asrem prot. -OMISSIS- si dà atto che la gara regionale è ancora in corso. Con la stessa nota tuttavia il tecnico manutentivo di ASREM asserisce, peraltro senza fornire riscontri probatori in tal senso, la sovrapposibilità delle prestazioni oggetto delle due procedure di evidenza pubblica e la maggiore convenienza economica degli esiti della gara Consip per le Aziende Sanitarie molisane, quando invece *“la comparazione tra le due gare proposta dalla ricorrente è impercorribile tanto sul piano tecnico, quanto su quello giuridico, tenuto conto che la gara indetta dalla CUC regionale ha ad oggetto le specifiche esigenze delle ASL molisane come tali, ben più mirate e circoscritte rispetto a quelle assai più estese e generalizzate della convenzione Consip”*. In ogni caso, *“già ad un primo confronto emerge che a fonte di meno servizi, si possa riscontrare una sostanziale corrispondenza dei valori, se non addirittura la possibilità di un risparmio a livello regionale a seguito del ribasso ottenibile*

all'esito della procedura di gara in corso, rispetto ai prezzi già ribassati dalla -OMISSIS-".

6 - -OMISSIS- Srl E -OMISSIS- Srl propongono, a loro volta, le seguenti censure:

"1 – Error in iudicando e/o in procedendo; Difetto di istruttoria e difetto di motivazione; contraddittorietà; omessa pronuncia, violazione e falsa applicazione dell'art. 88 CPA; violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato". Affermano, in particolare, la violazione o falsa applicazione di numerose norme statali e regionali di settore, della legge n. 241/1990 e degli articoli 3, 97, 117 Cost. oltreché dei seguenti principi: parità di trattamento, parità di condizioni, parità di informazioni, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa, buon andamento, tutela della concorrenza, di economicità, di efficacia, proporzionalità, ragionevolezza; legittimo affidamento, irretroattività degli atti e dei provvedimenti. Deducono altresì i vizi di: difetto di istruttoria; difetto di motivazione; travisamento dei fatti; falsità dei presupposti; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza; sviamento.

Riprendono inoltre, ed argomentano diffusamente, le seguenti censure di primo grado:

- "sull'incompetenza dell'ASREM e sull'omesso coinvolgimento della regione Molise e del Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro", preposto invece dal decreto di nomina alla *"razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, in ottemperanza alla normativa vigente"* nonché alla *"Programmazione degli investimenti per interventi edilizi e/o tecnologici"* di modo che *"nessuna Autorità regionale e, men che mai, la singola ASL può interferire"*;

- "sull'incompetenza della ASREM e sulla competenza della CUC regionale ad individuare la convenzione o le modalità di acquisizione di beni e servizi", posto che l'art. 1, comma 449

della Legge 27 dicembre 2006, n. 296 stabilisce che: *“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”*. tale previsione è ribadita da molte disposizioni statali e regionali e dalle linee guida regionali, di modo che, si afferma:

1) gli Enti del Servizio sanitario devono obbligatoriamente e prioritariamente, rivolgersi alle Centrali di Committenza regionali per l’acquisto di beni e servizi in discussione;

2) In caso di assenza di una convenzione regionale attiva, compete alla Centrale di Committenza Regionale (CUC) individuare, ai fini dell’approvvigionamento, altra centrale di committenza regionale o non, e tale obbligo era ben noto all’ASREM.

Ciò determinerebbe un ulteriore profilo di incompetenza dell’ASREM, che avrebbe travalicato la competenza segnatamente riservata alla CUC Regione Molise dalla normativa nazionale e, più nel dettaglio, dalla citata normativa regionale. Dunque, *“alla luce del complessivo quadro normativo tratteggiato, l’ASREM al fine di acquistare i servizi di manutenzione di cui si discute e di soddisfare le proprie esigenze aveva l’obbligo di rivolgersi alla Centrale Unica di Committenza regionale”* e il suo mancato coinvolgimento costituisce pertanto un ulteriore profilo di illegittimità;

-“sulla contraddittorietà e difetto di motivazione; sulla illegittimità della revoca implicita della procedura di gara indetta dalla CUC Regione Molise”. Ciò in quanto i profili di illegittimità sopra denunciati *“dimostrano anche la palese contraddittorietà e lo sviamento dell’operato dell’ASREM che ha inteso disattendere, peraltro immotivatamente, la volontà precedentemente esplicitata con provvedimenti n. -OMISSIS- e n. -OMISSIS-”*;

- “sull’appalto o convenzione”. Le appellanti deducono che, seguendo le difese avversarie con cui le controparti hanno cercato di integrare inammissibilmente la motivazione

in giudizio, il TAR sarebbe arrivato a sostenere che l'appalto indetto dalla CUC regionale non rivestirebbe le forme proprie della "convenzione", di qui la possibilità di "ignorarne" l'esistenza. Secondo l'appellante, peraltro, *"l'assunto, oltre a costituire un'inammissibile giustificazione postuma, non rinvenibile negli atti sottoposti al sindacato del Giudice, è privo di pregio cercando di differenziare strumenti di acquisizione che, in realtà, sono indistinguibili, a maggior ragione nella peculiare situazione del Molise"*;

- *"sull'inesistenza dei presupposti per l'adesione alla convenzione consip; illegittimità, contraddittorietà, irragionevolezza e sviamento"* sotto i plurimi profili analiticamente considerati. Infatti *"appiattendosi sulle argomentazioni avversarie, il Giudice di prime cure ha respinto anche "le censure con cui le parti ricorrenti hanno allegato l'eccesso di potere e il difetto di motivazione per avere l'ASREM raffrontato i costi della convenzione Consip MIES 2 con quelli da essa attualmente sostenuti per l'erogazione dei servizi espletati sul territorio da più operatori diversi per ciascun ambito, piuttosto che con i dati aggregati messi a base d'asta della gara regionale in corso di svolgimento (confronto che, secondo le ricorrenti, avrebbe condotto ad una valutazione di maggior convenienza della gara regionale)". Inoltre, "vista anche la gara in corso innanzi alla CUC Regione Molise, per una compiuta e fattiva verifica dell'economicità, l'ASREM avrebbe dovuto sollecitarne la conclusione e attenderne l'esito o, comunque, subordinare l'adesione alla Convenzione -OMISSIS- all'esito del medesimo confronto concorrenziale, originariamente stimolato innanzi la Centrale di Committenza regionale"*;

- *"sulla illegittimità della revoca implicita e/o esplicita del provvedimento di proroga in precedenza adottato dalla ASREM in favore delle ricorrenti"*. In particolare la sentenza è ritenuta contraddittoria e caratterizzata da difetto di istruttoria nella parte in cui ha ritenuto che *"Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c.. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono*

stati infatti dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione, e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso”. Infatti in tal modo il TAR avrebbe ignorato “la contraddittorietà e l’illegittimità della revoca, sia essa implicita o esplicita, del provvedimento di proroga la cui efficacia era evidentemente legata all’esito della procedura indetta dalla CUC Regione Molise, non certo all’adesione (illegittima) alla Convenzione Consip”.

6-L’Amministrazione resistente e le società contro interessate hanno confutato le predette censure con proprie memorie. Tutte le parti hanno poi ulteriormente argomentato le rispettive difese e contro dedotto alle difese altrui, anche con riguardo al significato da attribuire ai provvedimenti sopravvenuti a favore dell’una e dell’altra tesi, con un ripetuto scambio di memorie che ha caratterizzato entrambi i giudizi qui riuniti.

7 – In sede cautelare, con due decreti presidenziali dello scorso giugno la Sezione ha respinto l’istanza cautelare, considerato che: *“nella vicenda in esame, l’appellante mira a proseguire la gestione in proroga di servizi sulla base di contratti scaduti;*

- la gara regionale pendente, avviata nel 2017 e neppure sfociata, ad oggi, in una aggiudicazione provvisoria, non ha neppure ad oggetto l’affidamento di una convenzione quadro, trattandosi di un appalto comune;

- le norme che indicano un comprensibile “favor” per la convenzione regionale, rispetto alla convenzione CONSIP, non sembrano spingersi fino a precludere l’adesione a una convenzione CONSIP operativa laddove non solo non esiste una convenzione regionale, ma allorché la gara pendente, neppure sia indirizzata ad affidare detto strumento convenzionale, in luogo di un appalto ordinario, quale è quello che l’appellante gestisce in proroga;

Considerato che, fermi gli approfondimenti rimessi alla sede collegiale, l’interesse dell’appellante a proseguire la gestione in proroga non può prevalere sulle esigenze di economicità ed efficienza sottese alla adesione alla convenzione CONSIP, in assenza di analogo strumento regionale, e ciò anche

tenuto conto che l'affidamento ha durata quinquennale, tanto da consentire un agevole subentro ove le ragioni dell'appellante fossero positivamente apprezzate dal Consiglio di Stato”.

Con due successive ordinanze collegiali del luglio scorso la Sezione ha poi ritenuto che *“gli interessi di cui sono titolari le parti della controversia possano trovare adeguato contemperamento, nella presente sede cautelare, attraverso la sospensione degli effetti della sentenza appellata e, di riflesso, del provvedimento impugnato in primo grado, limitatamente agli eventuali effetti ostativi che potrebbero derivarne alla prosecuzione della procedura di gara in corso di svolgimento da parte della Centrale Unica di Committenza regionale”.*

8 – Ai fini della decisione, occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di inammissibilità proposta da ASREM, secondo la quale l'appellante -OMISSIS- non avrebbe dato prova di essere in possesso dei requisiti di idoneità professionale né di capacità economico - finanziaria stabiliti dal Disciplinare di gara che giustificerebbero anche potenzialmente l'originario ricorso, perlomeno in termini di perdita di chance di aggiudicazione. Inoltre, le appellanti con la domanda di partecipazione avrebbero accettato integralmente il disciplinare di gara che prevede (al punto 15) per l'Amministrazione la *“facoltà di non procedere all'aggiudicazione senza che ciò comporti pretesa alcuna di risarcimento od altro da parte dei concorrenti”.*

8.1 - Al riguardo, premessa la non fondatezza di tale ultima deduzione, risultando altrimenti vanificata la tutela giurisdizionale dei partecipanti alle pubbliche gare, considera il Collegio che il Disciplinare di gara prevedeva il necessario possesso della qualificazione SOA per la categoria OG 9 (classifica III) che secondo le stesse visure camerali prodotte dalle appellanti ASREM ritiene non sussistente, e che la semplice circostanza di essere gestore uscente del servizio non era dirimente, atteso che la gara revocata aveva un oggetto diverso ed un importo notevolmente più alto rispetto a quello del precedente affidamento.

8.2 - Si pone, quindi, la necessità di un esperimento istruttorio, che il Collegio ritiene tuttavia di poter evitare, alla stregua di un criterio di economia processuale e di effettività (e quindi tempestività) della tutela, considerata la non fondatezza degli appelli.

9 - La decisione sul merito delle molteplici e complesse censure, spesso ripetute dagli appellanti affrontando i medesimi motivi di legittimità sotto diversi angoli visuali, deve essere, in particolare, preceduta da una pur sommaria ricostruzione del vigente quadro normativo nazionale e regionale.

9.1 - In particolare, le convenzioni quadro sono definite dal comma 1 dell'articolo 26 (Acquisto di beni e servizi) della Legge n. 448 del 1999, secondo il quale *“Il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente, stipula, anche avvalendosi di società di consulenza specializzate, selezionate anche in deroga alla normativa di contabilità pubblica, con procedure competitive tra primarie società nazionali ed estere, convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato”*. Pertanto, secondo il successivo comma 3 *“le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, salvo quanto previsto dall'articolo 27, comma 6. Le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento.”*

9.2 - A propria volta l'articolo 1, comma 449, della legge n. 296 del 2006, (legge finanziaria 2007) ha stabilito che *“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, ivi compresi gli istituti e le*

scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, 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, nonché le autorità indipendenti, 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.” (...)

9.3 - Il successivo comma 455 prevede altresì 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”.*

“Le centrali di cui al comma 455 stipulano, per gli ambiti territoriali di Competenza”, prosegue il comma 456, “convenzioni di cui all'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni”. Quindi (comma 457) “Le centrali regionali e la CONSIP Spa costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi.”.

Parimenti, l'art.1, comma 548 della Legge 28 dicembre 2015, n. 208 ha ribadito che: *“Al fine di garantire la effettiva realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa*

mediante aggregazione degli acquisti di beni e servizi, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi (...) avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip SpA.”.

9.4 - Il DPCM 11 luglio 2018 in esecuzione della predetta normativa ha incluso il “*Facility management immobili*” e la “*manutenzione immobili ed impianti*” tra le materie sottoposte all’obbligo di aggregazione degli acquisti e dunque destinate ad essere oggetto di convenzioni quadro da parte delle Centrali Uniche di Committenza regionali (in via principale) o della Consip (in via secondaria e suppletiva).

9.5 - La legge regionale n. 8 del 2015 della Regione Molise a propria volta prevede, all’art. 24, che:

“1. La Centrale unica di committenza regionale, in funzione di soggetto aggregatore della domanda, opera aggiudicando appalti pubblici o stipulando accordi quadro per l’acquisizione di servizi e forniture, destinati ai soggetti di cui all’articolo 22”.

“2. La Centrale unica di committenza regionale svolge anche funzioni di consulenza e supporto nelle procedure di aggiudicazione svolte direttamente dai soggetti di cui all’articolo 22”.

“3. Al fine di ottenere forniture e servizi connotati dal miglior rapporto qualità/prezzo, la Centrale unica di committenza regionale individua il criterio di aggiudicazione adeguato rispetto all’oggetto dell’appalto; la motivata scelta del criterio di aggiudicazione tiene conto del bilanciamento degli aspetti qualitativi, di prezzo o di costo, che influenzano direttamente l’esecuzione dell’appalto”.

Il successivo art. 25 prevede inoltre che:

“1. La Centrale unica di committenza regionale stipula convenzioni quadro con gli operatori economici selezionati nel rispetto delle disposizioni previste dalla normativa comunitaria e nazionale per l’acquisizione di beni e servizi destinati ai soggetti di cui all’articolo 22”.

“2. Lo schema di convenzione tra la Regione e i soggetti di cui all’articolo 22 è adottato dalla Giunta regionale contemporaneamente e nei termini di cui all’articolo 23”.

“3. I soggetti di cui all'articolo 22, in adesione alle convenzioni quadro di cui ai commi precedenti, stipulano autonomamente, mediante l'invio di ordinativi di fornitura agli operatori economici, contratti di appalto derivati ai prezzi e alle condizioni previste dalla convenzione”.

4. L'Amministrazione regionale e gli enti del Sistema Regione Molise sono obbligati ad aderire alle convenzioni quadro stipulate dalla Centrale unica di committenza regionale”.

9.6 - Al fine di attuare la predetta legge, la Regione Molise Con DGR n. 408 del 31.07.2015 7 e con successiva DGR n. 480 del 17.09.2015, ha approvato i nuovi schemi di Convenzione ed adottato le linee guida, le quali prevedono al punto 3.2 che:

“Gli enti del Sistema Regione Molise, gli Enti del Sistema Sanitario Regionale e gli Enti locali sono obbligati ad approvvigionarsi utilizzando le Convenzioni stipulate dalla Centrale Unica di Committenza regionale e devono ricorrere obbligatoriamente alla Centrale, in qualità di soggetto aggregatore del territorio di riferimento, per lo svolgimento delle procedure per l'acquisizione delle specifiche categorie di lavori beni e servizi individuate (con le relative soglie) con D.P.C.M. entro il 31 dicembre di ogni anno”.

10 – Dunque, secondo una interpretazione letterale, sistematica e funzionale del predetto quadro normativo alla stregua dell'esigenza di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa nel rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e del principio euro unitario di concorrenza, emerge, del tutto indipendentemente dalla caccia ad eventuali ed isolate norme e prassi dissonanti compiuta dalle appellanti:

L'assoluto favore del legislatore nazionale e, di conserva, del legislatore regionale per il ricorso a forme di aggregazione della domanda di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni, in relazione ai risultati di efficienza economica e di trasparenza attesi sotto il plurimo profilo della programmazione e razionalità delle scelte, della,

snellezza e flessibilità contrattuale e del contenimento dei prezzi consentito dal gioco della concorrenza con conseguente abbattimento delle rendite di posizione locali e settoriali (evidentemente esclusi in caso di proroga sine die dei rapporti contrattuali in corso);

Il conseguente obbligo di ciascuna amministrazione (ivi incluse quelle del Sistema Sanitario Regionale) di ricorrere, ovunque disponibili, alle convenzioni quadro definite come *“convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato”* e gestite, nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica e dei principi di imparzialità e buon andamento, libertà imprenditoriale e concorrenza, dalle Centrali uniche di committenza, vuoi statali vuoi regionali, che nel loro insieme costituiscono una “rete”

L'individuazione del livello territoriale ottimale nelle Centrali di committenza regionali per gli enti del Servizio Sanitario Nazionale, in relazione alle competenze regionali di gestione del S.S.R. ed alla stregua del principio di sussidiarietà sancito dalla Costituzione;

Il conseguente obbligo per i predetti enti di aderire alle convenzioni stipulate dalla propria Centrale di committenza regionale, ove esistenti, ovvero, in mancanza, a quelle stipulate dal Centro di committenza statale (ad oggi CONSIP SpA) ferma restando la loro facoltà –ma non l'obbligo- di avvalersi dei servizi di consulenza eventualmente attivati dai medesimi soggetti.

11 – Ne discende che, come già osservato dalla Sezione in sede di prima sommaria deliberazione cautelare, in una situazione di gestione da lungo tempo in proroga dei rapporti contrattuali in esame, in evidente violazione dei principi di efficienza, economicità ed imparzialità e del principio europeo di concorrenza, ed in presenza di

una Centrale di committenza regionale che aveva avviato da anni una gara mai conclusa non per attivare una convenzione (come sopra definita) ma un semplice contratto d'appalto (quindi ad adesione non obbligatoria, al pari del ricorso alla consulenza della medesima centrale), l'attivazione della convenzione CONSIP costituiva, indipendentemente da ogni valutazione comparativa di convenienza economica (essendo l'unica convenzione operativa e quindi disponibile) non una facoltà, ma un preciso obbligo giuridico per l'Azienda Sanitaria Regionale del Molise, conforme alla normativa di legge e regolamentare statale e regionale sopra richiamata (per la quale in caso contrario si sarebbe posto un problema di possibile disapplicazione per contrasto con il diritto euro unitario) e rispondente ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Quindi, così come esattamente statuito dal TAR, del tutto legittimamente ASREM con la deliberazione n. -OMISSIS- oggetto d'impugnativa, ha aderito alla convenzione Consip MIES 2 sulla base di un'ampia motivazione.

12 – Alla stregua delle pregresse considerazioni, le plurime censure delle appellanti sopra illustrate, riferite alla dedotta violazione di norme di legge e regolamentari statali e regionali e di atti di indirizzo regionale, in relazione a pretese violazioni di riserve di competenza e procedurali in realtà, come chiarito, inesistenti, ovvero a profili di irragionevolezza, perplessità e mancata motivazione dell'agire amministrativo di cui si è sopra verificata, del pari, l'insussistenza, risultano palesemente infondate, potendo il Collegio prescindere dai pur dedotti profili di inammissibilità. Gli appelli in epigrafe, previa loro riunione, devono essere pertanto respinti. Le spese seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo anche alla luce degli oneri difensivi delle controparti conseguenti alla strategia processuale seguita dalle

appellanti, caratterizzata dalla diffusa produzione di plurime censure parcellizzate pur afferenti ai medesimi punti di diritto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe riuniti, li respinge.

Condanna le società appellanti al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, quantificate in Euro 7.500 (settemilacinquecento) per ciascuno dei due appelli, da corrispondere per la metà ad ASREM e per la metà a -OMISSIS- S.p.A.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le società appellanti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Noccelli, Presidente FF

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.

LAVORI PUBBLICI