

Pubblicato il 06/02/2017

N. 00183/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01617/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1617 del 2016, proposto da:
Sol S.p.A., anche quale mandante dell'Ati Costituita con Sapio Life S.r.l. e M.D.F. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Morbidelli C.F. MRBGPP44S16A390N e Giuseppe Franco Ferrari C.F. FRRGPP50B08M109X, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Morbidelli in Firenze, via Lamarmora, 14;

contro

Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria C.F. RIADNC57T21G702C, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli, 2;

Azienda Unita' Sanitaria Locale Toscana Sud Est, Regione Toscana non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Air Liquide Sanita' Service S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Elio Leonetti C.F. LNTLEI77C18L182C, Filippo Brunetti C.F. BRNFPP69C24F839S, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Donati in Firenze, via Bolognese, 55;

per l'annullamento:

- della determinazione del Direttore dell'Area Divisione Farmaci, Diagnostici e Dispositivi medici Estar 28.10.2016 n. 1287, conosciuta perché edita sul sito di Estar a far data 02.11.2016, di formalizzazione della richiesta dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Sud Est di adesione al contratto in essere con la ditta Air Liquide Sanità Service s.p.a. per la fornitura di gas medicali e servizi annessi;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali e, in specie, della succitata richiesta di adesione dell'Azienda Sanitaria Locale Toscana Sud Est, del parere di congruità tecnica da essa pure espresso con riferimento alla "proposta" formulata dalla ditta Air Liquide Sanità Service s.p.a. (entrambi atti noti solo perché menzionati nella determinazione n. 1287/2016), nella nota 20.10.2016 prot. 2016-1338 della medesima Azienda Sanitaria allegata alla determinazione Estar n. 1287/2016 e della nota Estar 12.03.2015, n. 14257;

nonché per la declaratoria,

di inefficacia ex artt. 121 e 122 c.p.a. del contratto siglando e/o siglato con Air Liquide Sanità Service s.p.a. avente ad oggetto la fornitura di gas medicali e tecnici e servizi annessi occorrenti all'Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Sud Est per il periodo contrattuale 1.11.2016 - 28.02.2018.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale e di Air Liquide Sanita' Service S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2017 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Sol S.p.a., fornitrice in regime di proroga in ATI con Sapio Life S.r.l. di gas medicinali e tecnici e del servizio di manutenzione degli impianti in favore delle aziende sanitarie facenti capo all'Estav sud est (Siena, Grosseto Arezzo), impugna la determinazione con cui il Direttore della Divisione Diagnostici e dispositivi medici dell'Estar (Ente di supporto tecnico amministrativo regionale) ha accettato la richiesta della ASL Sud est della provincia di Grosseto di aderire al contratto per la erogazione della medesima fornitura da esso (Estar) stipulato con Air Liquide S.p.a., il quale consentiva l'adesione ai medesimi prezzi patti e condizioni a tutte le Aziende del servizio sanitario Toscano fino all'importo massimo di Euro 41.196.000.

La ricorrente lamenta che la predetta adesione comporterebbe l'interruzione della fornitura in essere con la ex ASL di Grosseto (basata su proroghe contrattuali assai vantaggiose per l'Ente in quanto ottenute a forte sconto rispetto al contratto iniziale) e,

comunque, impedirebbe fino al 2018 l'indizione di una gara pubblica che consentirebbe ad essa di aggiudicarsi nuovamente la commessa. Per questo la stessa chiede l'annullamento della determinazione di accettazione della adesione richiesta dalla ASL di Grosseto per i seguenti motivi: a) l'adesione sarebbe stata disposta senza comunicare alle Società controinteressate l'avviso di avvio del procedimento e contrasterebbe, inoltre, con la programmazione triennale della attività contrattuale di Estar, contenuta nella delibera direttoriale n. 26 del 2016, in base alla quale la indizione di una gara per l'approvvigionamento dei gas medicinali e della manutenzione della bombole e degli impianti sarebbe dovuta avvenire entro il quarto trimestre del 2016 in quanto afferente ad una fornitura strategica di elevata priorità; b) una determinazione contraria al predetto atto di programmazione non avrebbe potuto essere immotivatamente assunta da un dirigente delegato avente ruolo gerarchicamente subordinato al Direttore generale e, in ogni caso, la competenza a disporre l'adesione non rientrerebbe nell'ambito delle deleghe assegnate al Direttore di Area; c) l'adesione della Asl di Grosseto al contratto stipulato da Estar con Air Liquid comporterebbe, anziché un risparmio di spesa, come erroneamente si legge nella delibera impugnata, un aggravio di costi in quanto le condizioni economiche praticate dal nuovo fornitore non raggiungerebbero comunque il crescenti livelli di sconto concessi da Sapio Life nel corso delle varie proroghe contrattuali succedutesi nel tempo; d) per quanto riguarda le prestazioni contrattuali afferenti la manutenzione la deliberata adesione si risolverebbe in un nuovo affidamento poiché Air Liquid, in assenza di patti e condizioni

fungibili e standardizzate, avrebbe negoziato con la ASL di Grosseto sia il tipo di prestazioni da effettuare sia il relativo canone annuale.

L'Amministrazione intimata e la controinteressata hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ed interesse ad agire e per acquiescenza preventiva.

La situazione di fatto che Sol mirerebbe a conservare non sarebbe giuridicamente realizzabile in quanto un ulteriore rinnovo in regime di proroga della fornitura di gas liquido alla ASL di Grosseto incorrerebbe nel divieto di affidamenti diretti previsto dalla normativa nazionale e comunitaria. E anche l'interesse strumentale alla indizione di una nuova gara, di cui la ricorrente sarebbe astrattamente portatrice in qualità di impresa operante nel settore, nel caso di specie, non sarebbe stato leso in quanto l'adesione della predetta ASL al contratto stipulato fra Estar e Air Liquid non precluderebbe il futuro svolgimento di una nuova procedura competitiva una volta che il predetto contratto giunga a scadenza (nel 2018).

Inoltre, l'impresa avrebbe espressamente accettato l'eventuale risoluzione del rapporto in regime di proroga per effetto della stipulazione di un nuovo contratto derivante da procedura di gara o adesione.

Le eccezioni sono è prive di fondamento.

L'intervenuta adesione postuma al contratto stipulato con altro operatore comporta il rinvio per un tempo non trascurabile di una procedura competitiva che altrimenti sarebbe stata bandita per sopperire al fabbisogno della ASL sud est e tanto basta a radicare l'interesse a ricorrere di Sol che a tale procedura avrebbe potuto sicuramente partecipare (oltre che ad escludere ogni ipotesi di

acquiescenza che potrebbe, a tutto voler concedere, riguardare la posizione di contraente in regime di proroga della ricorrente ma non certo la sua legittimazione come impresa di settore interessata alla indizione di una nuova gara).

Affermare il contrario significherebbe stabilire il principio secondo cui qualunque affidamento diretto di natura temporanea non sarebbe impugnabile da parte delle imprese terze interessate alla commessa in quanto l'amministrazione alla sua scadenza potrebbe sempre bandire una gara.

Il che non può accettarsi per ragioni che sono di intuitiva evidenza e non richiedono un'ulteriore diffusa motivazione.

Venendo così all'esame del primo motivo di ricorso lo stesso deve dichiararsi infondato.

Sol S.p.a. non aveva alcuna pretesa alla concessione di una ulteriore proroga contrattuale e, per questo, non aveva titolo ad essere avvisata dell'avvio del procedimento finalizzato alla adesione al contratto stipulato da Estar con Air Liquid non ricevendo, come contraente in regime di proroga, alcun pregiudizio giuridico dal provvedimento impugnato.

Sotto altro profilo occorre osservare che la programmazione triennale della attività contrattuale che gli enti pubblici sono tenuti ad effettuare non ha la funzione di vincolare gli stessi ad una particolare procedura di affidamento ma serve per razionalizzare e rendere più efficiente l'impiego delle risorse pubbliche attraverso una ricognizione preliminare dei bisogni, la loro graduazione, e la destinazione delle disponibilità finanziarie a soddisfarle nell'ordine di priorità prestabilito (come è dimostrato dal fatto che eventuali

commesse non previste dal programma devono essere alimentate con risorse nuove).

Il vincolo che deriva dalla programmazione attiene, quindi, al rapporto fra spesa e bisogni e non riguarda, invece, le procedure di affidamento che gli enti, in conformità alla legislazione nazionale ed europea, sono tenuti a seguire.

Nel caso di specie, peraltro, il fatto che il piano triennale deliberato da Estar prevedesse che l'approvvigionamento per il triennio successivo di gas medicinale dovesse avvenire mediante gara pubblica era dovuto alla circostanza che al momento della sua adozione l'opzione per la adesione sembrava essere preclusa dalla sentenza di questo Tribunale che aveva dichiarato la illegittimità della estensione del contratto stipulato fra Estar ed Air Liquid ad altre Aziende sanitarie del sistema toscano.

A seguito della riforma di tale pronuncia da parte del Consiglio di Stato (che con la Sentenza n. 445/2016 della III Sezione ha sancito la legittimità del ricorso alla adesione) è naturale che Estar abbia ripreso in considerazione la possibilità di estendere il contratto in essere anche ad altre Aziende sanitarie regionali.

Ciò non richiedeva una modifica dell'atto di programmazione atteso che, come si è già detto, tale provvedimento poneva un vincolo alla destinazione della spesa ma non al tipo di procedura da seguire per la stipulazione dei contratti finalizzati all'approvvigionamento dei beni e servizi che ne erano oggetto.

Inoltre, contrariamente a quanto si afferma nel ricorso, la decisione relativa alla adesione rientrava nell'ambito delle competenze del Direttore di Area che comprendevano le estensioni, le integrazioni ed i subentri.

Insussistente è anche il censurato difetto di motivazione ed istruttoria della delibera che ha accettato la proposta di adesione.

Infatti, il confronto fra i prezzi della fornitura di gas praticati dalla ATI Sol-Sapio Life alla ASL di Grosseto e quelli previsti dal contratto a cui questa ha aderito non ha basi giuridiche in quanto la proroga in forza della quale la Società ricorrente eseguiva la fornitura era in scadenza e non avrebbe potuto essere ulteriormente rinnovata (trattandosi di una modalità di affidamento diretto non consentita dal vigente quadro normativo); mentre, l'intento di Estar di non indire nuove gare per singoli enti ma allineare alla scadenza del rapporto con Air Liquid (che avverrà nel 2018) tutti i contratti di fornitura di gas medicinali delle Aziende sanitarie della Toscana appare del tutto coerente con la funzione di centrale di committenza da essa svolta e con le economie di scala che ne conseguono.

Fondato è, invece, il terzo motivo di ricorso.

La censura svolta dalla ricorrente porta nuovamente alla attenzione di questo Tribunale la questione della ammissibilità della prassi della cd. "adesione postuma" (ovverosia l'affidamento di una commessa pubblica ad un'impresa selezionata con gara pubblica da altra amministrazione) ed i limiti in cui la stessa può essere considerata come mezzo di affidamento alternativo allo svolgimento di una procedura pubblica da parte della amministrazione aderente.

Prima di esaminare il merito della questione occorre preliminarmente sgomberare il campo dalla asserita inammissibilità dell'impugnazione a valle della procedura di adesione senza la previa impugnazione della clausola contrattuale, avendo il Consiglio di Stato già chiarito che la mera introduzione, nel contratto, della clausola che consente future ed ipotetiche adesioni non arreca alcun pregiudizio concreto

ed attuale ai soggetti che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica volta all'aggiudicazione della fornitura o del servizio, ancora ad essi non aggiudicato neppure nella sua previsione non estesa (Cons. Stato, III, 4387/2016).

Ciò premesso occorre evidenziare che la giurisprudenza della prima Sezione di questo Tribunale, nel giudicare proprio della specifica clausola estensiva del contratto in questione, ne ha escluso la legittimità ritenendo che l'affidamento per adesione postuma non sarebbe consentito da alcuna disposizione di legge (nemmeno quelle riguardanti le centrali di committenza) non rientrando fra le deroghe al principio della gara pubblica stabilito dalla normativa nazionale e comunitaria.

Di contrario avviso è andato, tuttavia, il giudice d'appello il quale ha osservato che l'adesione al contratto stipulato da una centrale di committenza non costituirebbe una deroga o una violazione al principio della concorsualità degli affidamenti sostanziandosi in un "contratto ad oggetto multiplo" messo in gara da un'unica amministrazione aggregatrice che consentirebbe di evitare sia alle ulteriori amministrazioni aderenti che alle imprese gli oneri connessi ad una pluralità di "procedure fotocopia" riguardanti servizi sostanzialmente identici o analoghi.

Si tratterebbe, quindi, di una prassi che, se svolta entro i limiti che le sono propri, non violerebbe le regole pro concorrenziali dell'ordinamento comunitario e troverebbe un solido fondamento normativo nelle plurime disposizioni di quello interno che, ai fini del contenimento della spesa e della razionalizzazione dell'impiego delle risorse pubbliche, prevedono sistemi di concentrazione delle gare,

istituendo centrali di committenza alle quali le singole stazioni appaltanti hanno l'obbligo di aderire.

La sentenza del Supremo consesso si è, tuttavia, pronunciata sulla astratta ammissibilità dell'affidamento per adesione postuma ma non ha per nulla voluto innovare rispetto ai propri precedenti (puntualmente richiamati) che hanno sancito i limiti del ricorso al modulo di cui si discute.

Invero, l'appalto aperto può svolgere la sua funzione di “contratto ad oggetto multiplo” volto evitare il ripetersi di inutili “bandi fotocopia” solo se l'oggetto delle prestazioni che l'impresa vincitrice potrà essere chiamata ad eseguire in favore di altre stazioni appaltanti sia determinato o determinabile in base a criteri trasparenti che possano evincersi dalla stessa *lex specialis* in modo che nessuna incertezza possa sussistere al riguardo (Cons. Stato, V, 663/2014).

Invece, ove l'oggetto delle prestazioni esigibili dalle amministrazioni aderenti e della relativa remunerazione sia lasciato in tutto o in parte a determinazioni successive operate sulla base di scelte discrezionali, che non siano meramente attuative di criteri già puntualmente definiti nella legge di gara, non si è più al cospetto di un contratto ad oggetto determinato ma multiplo ma di un nuovo affidamento basato su valutazioni di convenienza che non sono state oggetto di confronto concorrenziale (si veda sul punto la comunicazione congiunta AGCM e ANAC del 21/12/2016).

E del resto la funzione svolta dalle centrali di committenza non può che essere quella svolgere gare finalizzate a stipulare contratti le cui prestazioni siano devolute alle singole amministrazioni che ad essa fanno capo a condizioni economiche predeterminate e non certo quella selezionare imprese con cui gli enti mandanti possano

liberamente negoziare il corrispettivo delle attività offerte secondo un sinallagma che non rinvenga nel contratto iniziale la sua compiuta e trasparente definizione.

Sol denuncia la violazione dei predetti principi ripetutamente affermati dal giudice d'appello ritenendo che nella parte riguardante la manutenzione degli impianti connessi all'uso dei gas medicinali il contratto stipulato con Air Liquid non conterebbe condizioni standard immediatamente applicabili a tutte le amministrazioni aderenti essendo stato stipulato per far fronte a specifiche esigenze delle Asl che originariamente lo avevano stipulato.

Diversamente da quanto affermato dalla controinteressata la proposizione di tale censura non è coperta dal giudicato formatosi sulla sentenza n. 445/2016 della III Sezione del Consiglio di Stato.

In primo luogo perché tale sentenza non è stata resa anche nei confronti della ex Asl di Grosseto la cui adesione alla contratto de quo è avvenuta sulla base di una proposta "personalizzata" formulata da Air Liquid che, come si dirà, presentava elementi di peculiarità rispetto al contratto madre.

E, in secondo luogo, per il fatto che la predetta sentenza si è pronunciata sulla legittimità della estensione contrattuale in sé considerata e sui profili riguardanti i soggetti che la clausola in esame individua come potenziali futuri aderenti, lasciando, invece, del tutto impregiudicate le questioni attinenti la determinazione sotto il profilo oggettivo delle prestazioni erogabili in favore delle ulteriori amministrazioni aderenti.

Ciò chiarito la censura coglie nel segno.

Nel contratto stipulato da Estar ed Air Liquide non sussiste un prezzario delle prestazioni di manutenzione ordinaria (solo per quelle

di manutenzione straordinaria è previsto un elenco prezzi integrabile con riguardo alla manodopera con il riferimento al prezzo ufficiale edito dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti).

Queste sono genericamente indicate come tutte quelle “operazioni volte a mantenere in efficienza gli impianti e verificarne il regolare funzionamento” le quali (in modo non esaustivo) “includono controlli, pulizie e lavaggi, tarature, verifiche sostituzione periodica di tutti i materiali degradabili”.

Il corrispettivo previsto per tali attività è determinato sulla base di un canone annuo il cui ammontare non è standardizzato ma differenziato per ciascuna delle ASL originariamente contemplate dal contratto secondo criteri non evincibili dalla lettura del capitolato.

Appare da ciò evidente che, con riguardo alle prestazioni di manutenzione ordinaria, il contenuto del menzionato contratto non è automaticamente estensibile ad altre Aziende sanitarie attraverso il riferimento a criteri oggettivi interni alle pattuizioni convenute (sulle quali è avvenuto il confronto concorrenziale di mercato), essendo, invece, necessaria una attività di ricognizione degli specifici fabbisogni e, soprattutto, di determinazione del canone che implica necessariamente una nuova negoziazione delle condizioni economiche, incompatibile con il modulo della mera adesione che in tanto può essere considerato legittimo in quanto comporti la mera riproduzione a favore di un nuovo soggetto di prestazioni e prezzi già specificamente individuati dal contratto base.

Peraltro, il rapporto negoziale instauratosi per effetto dei provvedimenti impugnati fra Air Liquid e la ex ASL di Grosseto presenta ulteriori e peculiari profili di “personalizzazione” in quanto prevede un prezzo forfettario, incluso nel canone, anche per le

attività di manutenzione straordinaria della centrale di stoccaggio ed erogazione di gas medicali del polo ospedaliero di Grosseto, discostandosi in tal modo dalle previsioni del contratto madre secondo cui il corrispettivo della manutenzione straordinaria avrebbe dovuto essere determinato sulla base dell'elenco prezzi fornito in sede di gara.

Anche per quanto riguarda tali attività, pertanto, la remunerazione dell'appaltatore è stata determinata secondo criteri non oggettivi e predeterminati dal contratto iniziale (alla cui mancanza non possono certo sopperire spiegazioni e giustificazioni offerte a posteriori nella presente sede contenziosa).

Per le predette ragioni il ricorso deve essere accolto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna l'Amministrazione e la controinteressata in via fra di loro solidale alla refusione delle spese di lite che liquida in Euro 4.000 oltre IVA e c.p.a.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere

Raffaello Gisondi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaello Gisondi

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO