

N. 00034/2016 REG.PROV.COLL.
N. 01105/2015 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1105 del 2015, proposto da:
CONSI COPRA SOCIETÀ COOPERATIVA, rappresentata e
difesa dall'avv. Rodolfo Ventura, con domicilio eletto presso l'avv.
Rosetta Gabba in Brescia, via Solferino 26;

contro

AZIENDA OSPEDALIERA "ISTITUTI OSPITALIERI" DI
CREMONA, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Avolio, con
domicilio presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

nei confronti di

COOPSERVICE SOCIETÀ COOPERATIVA PER AZIONI,
rappresentata e difesa dagli avv. Ermes Coffrini, Marcello Coffrini e
Laura Pedrocchi, con domicilio eletto presso quest'ultima in Brescia,
via Solferino 55;

per l'annullamento

- della deliberazione del direttore generale n. 108 del 16 aprile 2015, con la quale è stata decisa l'adesione al contratto tra l'AO "Bolognini" di Seriate e l'ATI guidata da Coopservice scpa, riguardante il servizio di pulizia e sanificazione, per un importo pari a € 6.376.973,68 (Iva esclusa), con durata dal 1 giugno 2015 al 31 agosto 2017, e con facoltà di recesso unilaterale dopo l'8 settembre 2016;
- della DGR 13 dicembre 2006 n. 8/3776, nella parte in cui, per gli acquisti delle aziende sanitarie, ammette l'adesione successiva alle gare svolte da altre aziende sanitarie (allegato 3 – parte II);
- delle regole della procedura indetta dall'AO "Bolognini" di Seriate, con particolare riferimento agli art. 2 e 25 del disciplinare di gara, che espongono l'accordo interaziendale e prevedono la facoltà di adesione da parte delle aziende ospedaliere aderenti, tra cui l'AO "Istituti Ospitalieri" di Cremona;
- con declaratoria di inefficacia del contratto e risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera "Istituti Ospitalieri" di Cremona e di Coopservice scpa;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2015 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. L'AO "Istituti Ospitalieri" di Cremona, con deliberazione del direttore generale n. 108 del 16 aprile 2015, ha deciso di aderire al contratto tra l'AO "Bolognini" di Seriate e l'ATI guidata da Coopservice scpa per lo svolgimento del servizio di pulizia e sanificazione. L'adesione è stata disposta per un importo pari a € 6.376.973,68 (Iva esclusa), con durata dal 1 giugno 2015 al 31 agosto 2017, e con facoltà di recesso unilaterale dopo l'8 settembre 2016.
2. La decisione di aderire si basa su una specifica clausola del disciplinare di gara predisposto dall'AO "Bolognini", nell'ambito di una procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione (v. bando spedito alla GUUE il 16 dicembre 2013).
3. La clausola di adesione (v. art. 2 e 25 del disciplinare di gara) è stata inserita sulla base di un apposito accordo tra l'AO "Bolognini" e altre aziende ospedaliere e ASL. Sono stabilite, in dettaglio, le seguenti regole: (a) l'adesione è consentita solo alle aziende che abbiano aderito all'accordo entro la data di aggiudicazione; (b) è fissato il tetto complessivo del 500% del prezzo di aggiudicazione; (c) è possibile una sola adesione per azienda; (d) la durata dei contratti in adesione deve essere contenuta entro quella del contratto originario, comprese le proroghe; (e) non è previsto alcun obbligo di accettazione a carico dell'aggiudicatario.
4. La ricorrente Consi Copra Società Cooperativa, gestore uscente e attualmente in proroga, ha impugnato l'adesione dell'AO "Istituti Ospitalieri" con atto notificato il 20 maggio 2015 e depositato il 27 maggio 2015. L'impugnazione è estesa alla clausola di adesione approvata dall'AO "Bolognini" e alle linee di indirizzo regionali sugli acquisti delle strutture sanitarie. È stata chiesta inoltre la

dichiarazione di inefficacia del contratto in adesione, con risarcimento dei danni.

5. Le censure possono essere sintetizzate come segue: (i) irritualità dell'affidamento tramite adesione, che non corrisponderebbe ad alcun istituto codificato, e neppure alla centrale di committenza (il punto I.4 del bando dell'AO "Bolognini" escludeva espressamente l'acquisto per conto di altre amministrazioni); (ii) illogicità e inefficacia della clausola di adesione, sia sul lato dell'aggiudicatario (indeterminatezza delle prestazioni) sia sul lato dell'amministrazione (diluizione dei requisiti di partecipazione e delle garanzie fideiussorie).

6. L'AO "Istituti Ospitalieri" e la controinteressata Coopservice scpa si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

7. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni, in parte già anticipate nell'ordinanza cautelare n. 1047 del 9 giugno 2015:

(a) la gara con clausola di adesione è una forma di contrattazione ad aggregazione successiva, che presenta elementi di similitudine con la centrale di committenza (v. art. 3 comma 34 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163). In particolare, attraverso la clausola di adesione viene realizzato un accordo quadro tra più soggetti (azienda capofila, altre aziende ospedaliere o sanitarie interessate, aggiudicatario), avente ad oggetto un'opzione di incremento delle prestazioni in un determinato intervallo temporale, a prezzi unitari invariati;

(b) la mancanza di una precisa codificazione non impedisce di elaborare liberamente uno schema negoziale con queste caratteristiche, quando sia dimostrabile un collegamento con l'interesse pubblico. Le Regioni possono quindi indirizzare le

strutture sanitarie verso lo svolgimento di gare aziendali aperte ad adesioni successive, perseguendo la finalità di contenere e rendere omogenei sul territorio i costi delle forniture e dei servizi (nello specifico, v. DGR 13 dicembre 2006 n. 8/3776 - allegato 3, parte II; DGR 28 luglio 2011 n. 9/2057 - punto 29);

(c) poiché l'incremento delle prestazioni si colloca a valle dell'aggiudicazione, ed è eventuale, ossia esterno alla gara, devono essere fissate alcune limitazioni per tutelare i principi generali del diritto comunitario (trasparenza, non discriminazione, proporzionalità) e quelli del diritto interno (prestazioni definite o definibili, termine finale dell'opzione);

(d) in particolare, si possono ritenere ragionevoli le seguenti limitazioni: (1) la clausola di adesione deve essere indicata fin dall'inizio negli atti di gara, in modo che tutti gli operatori economici dispongano delle medesime informazioni in tempo utile per la partecipazione; (2) è necessario che le amministrazioni aderenti siano individuate o individuabili; (3) deve essere stabilito (o risultare implicito) un tetto ragionevole al valore complessivo delle prestazioni; (4) deve essere definito l'intervallo temporale entro cui l'adesione può essere esercitata; (5) deve essere previsto il termine finale dei contratti in adesione (qualora manchi questa indicazione, non può comunque essere superato il termine del contratto originario, eventualmente prorogato); (6) per non disincentivare la partecipazione alla gara degli operatori economici meno organizzati, all'aggiudicatario deve essere riconosciuta la facoltà di non accettare le istanze di adesione;

(e) se la clausola di adesione rimane entro questi limiti, i requisiti di ammissione alla gara e le cauzioni (provvisorie e definitive) possono

basarsi soltanto sull'importo del contratto con l'azienda capofila. Da un lato, infatti, l'aggiudicatario può valutare autonomamente la propria capacità di eseguire i servizi o le forniture ulteriori, e può rifiutare senza conseguenze estensioni considerate troppo gravose. Dall'altro, le amministrazioni che intendono avvalersi della clausola di adesione possono verificare l'affidabilità dell'aggiudicatario direttamente osservando l'attività svolta per l'azienda capofila. Ne consegue che quando viene esercitata l'opzione di adesione non vi è alcun interesse, pubblico o privato, a rimettere in discussione le condizioni di partecipazione alla gara originaria;

(f) alle limitazioni sopra elencate, che riguardano il contenuto della clausola di adesione, si aggiunge la necessità che vi sia un interesse pubblico attuale. In altri termini, occorre dimostrare che è preferibile aderire a un contratto già stipulato piuttosto che avviare una nuova gara prorogando nel frattempo il rapporto con il gestore uscente. Pertanto, l'adesione è giustificabile (1) se comporta un risparmio rispetto alla proroga della gestione precedente, e (2) se non è peggiorativa rispetto alle condizioni che verosimilmente si potrebbero ottenere sul mercato, desumibili da gare recenti con lo stesso oggetto nel medesimo settore;

(g) in questo quadro, la decisione dell'AO "Istituti Ospitalieri" supera il giudizio di legittimità;

(h) le regole a monte dell'adesione sono state infatti rispettate. È vero che la clausola di adesione non figura nel bando dell'AO "Bolognini", ma solo nel disciplinare di gara, tuttavia questa lacuna non ha impedito alla ricorrente di partecipare alla procedura. Anche la valutazione aggiornata dell'interesse pubblico appare corretta, in quanto nella deliberazione del direttore generale n. 108/2015 si

dichiara un risparmio di spesa annuo pari a € 200.000 (Iva esclusa). Manca un confronto con i risultati di gare recenti, ma l'aggiudicazione disposta dall'AO "Bolognini" è in effetti molto recente (15 luglio 2014), e oltretutto è stata impugnata dalla ricorrente proprio con l'argomento che vi sarebbe una grave sottostima dei costi;

(i) in primo grado l'impugnazione (che non ha riguardato la clausola di adesione) è stata respinta (v. TAR Brescia Sez. II 27 novembre 2014 n. 1299). In appello è stato invece accolto il profilo di difetto di motivazione relativamente alla congruità del costo del personale (v. CS Sez. III 8 settembre 2015 n. 4210). L'AO "Bolognini" è quindi tenuta a effettuare una nuova valutazione. Poiché il Consiglio di Stato subordina espressamente l'eventuale subentro della ricorrente alla conclusione della suddetta fase di valutazione, la situazione di fatto su cui si basa il presente giudizio non risulta modificata, e dunque è ancora possibile una pronuncia di merito.

8. In conclusione, il ricorso deve essere respinto, compresa la domanda risarcitoria.

9. Le spese seguono la soccombenza ma, tenuto conto della complessità di alcune questioni, possono essere limitate a € 3.000, oltre agli oneri di legge, a favore di ciascuna delle parti costituite.

P.Q.M.

*Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)
definitivamente pronunciando:*

(a) respinge il ricorso, compresa la domanda risarcitoria;

(b) condanna la società ricorrente a versare, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 3.000, oltre agli oneri di legge, a favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2016

IL SEGRETARIO

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