Cons. Stato Sez. III, Sent., (ud. 31-01-2019) 26-02-2019, n. 1329

Fatto Diritto P.Q.M.

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Contratti

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 6088 del 2018, proposto da

B. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Roma, via Sabotino 2/A;

contro

Regione Emilia Romagna non costituita in giudizio;

Intercent - Er, Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Alessandro Lolli e Aristide Police, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio dell'Avvocato Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti 11;

nei confronti

C. S.p.A non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 362/2018, resa tra le parti, depositata in data 26 aprile 2018 sul ricorso promosso per l'annullamento:

- del bando di gara, pubblicato nella GUUE del 13 luglio 2017 n. S132 e nella GURI del 14 luglio 2017 n.80, con cui Intercent-Er - Agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici ha indetto la gara comunitaria centralizzata a procedura aperta finalizzata all'affidamento del multiservizio di manutenzione degli immobili in uso alle aziende sanitarie della Regione Emilia-Romagna 2, lotto 1;

- del disciplinare di gara, del capitolato speciale di appalto e di ogni altro atto e provvedimento facente parte della lex specialis, relativamente al lotto 1;

- della determinazione dirigenziale n. 202 del 7 luglio 2017 richiamata nel bando in parte qua;

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

- per la dichiarazione di inefficacia delle convenzioni e dei correlati contratti eventualmente stipulati sulla base dei provvedimenti e della procedura di aggiudicazione qui impugnati, nonché per la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Intercent - Er - Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2019 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Gianmaria Covino su delega dell'Avvocato Valentino Vulpetti e Aristide Police;

Svolgimento del processo

Con il ricorso in appello indicato in epigrafe, la Società B. S.r.l. si duole del fatto che, pur essendo risultata aggiudicataria della gara relativa alle "attività di gestione, conduzione e manutenzione degli impianti tecnologici, delle strutture edili e dei relativi complementi, la fornitura dei vettori energetici termico ed elettrico e la realizzazione di interventi di riqualificazione e di efficientamento energetico degli impianti di climatizzazione ed elettrici, per gli edifici, in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche amministrazioni Sanitarie", indetta da C. - quale mandante di ATI costituita con C. s.p.a. (mandataria) e F. s.r.l. (mandante), in data 23 giugno 2017 e avendo, dunque, stipulato la convenzione quadro relativa al Lotto 6, ad oggetto l'ambito territoriale Regioni Emilia Romagna 2 e Marche 1, con successivo bando (pubblicato sulla G.U.U.E., in data 13 luglio 2017), la centrale di Committenza regionale Intercent - Er indicava apposita procedura di gara per l'affidamento del "multiservizio di manutenzione degli immobili in uso alle aziende sanitarie della Regione Emilia - Romagna 2", ad oggetto la stipula di una convenzione, ai sensi della L.R. Emilia Romagna n. 11 del 2004, per un multiservizio manutentivo di tutte le attività di gestione, conduzione e manutenzione degli immobili e degli impianti loro asserviti delle aziende sanitarie regionali e la forniture di combustibile.

Avverso tale procedura di gara, dunque, ricorreva in primo grado l'odierna appellante, deducendo i seguenti motivi:

1) violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, buon andamento ed affidamento; violazione dell'art. 1337 c.c. ed eccesso di potere sotto diversi profili; sarebbe illegittima la scelta di Intercent-ER di indire la gara per cui è causa, in presenza di una precedente aggiudicazione, operata da C. s.p.a., asseritamente relativa ad analoghe prestazioni sia sul versante oggettivo sia territoriale in quanto espressione di mancato coordinamento tra centrali di committenza e di irragionevolezza in violazione dell'affidamento riposto dalla aggiudicataria nello svolgimento delle prestazioni a seguito della conclusione della procedura espletata da C. s.p.a.;

2) violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, buon andamento della p.a.; violazione di legge (art. 26 della L. n. 488 del 1992; art. 58 della L. n. 388 del 2000; D.M. 24 febbraio 2000; D.M. 2 maggio 2001; art. 1 commi 455-457 della L. n. 296 del 2006; art.1, commi 499 e ss. della L. n. 208 del 2015; art. 9 del D.L. n. 66 del 2014; D.P.C.M. 24 dicembre 2015 ; D.P.C.M. 14 novembre 2014 ; artt. 32 e 41 D.Lgs. n. 50 del 2016; L.R. Emilia Romagna n. 11 del 2004); eccesso di potere sotto diversi profili, poiché la duplicazione delle gare sarebbe distonica rispetto all'assetto normativo sulla centralizzazione degli affidamenti in relazione alla quale, l'armonizzazione delle procedure, propria di un sistema a rete, costituirebbe elemento indefettibile; la disciplina vigente non consentirebbe, peraltro, di attribuire una prevalenza delle centrali regionali né alcun carattere sussidiario alle convenzioni C. s.p.a. relative agli appalti del S.S.N.

La sentenza di primo grado respingeva il ricorso, confermando l'orientamento già assunto in altra controversia (sent. n. 423 del 2017) e condiviso da questo Consiglio con la sentenza n. 5826 del 2017, che ha riconosciuto la prevalenza ai sistemi di acquisizioni al livello regionale. Ulteriormente, il primo giudice precisava che, in applicazione del disposto di cui agli artt. 19, c. 1 lett. a) e b) e 21 L.R. Emilia Romagna n. 21 del 2004, gli enti del S.S.N. sarebbero comunque obbligati ad aderire alla procedura indetta dalla centrale di committenza regionale.

Avverso siffatta sentenza, propone appello la Società B. per i motivi di seguito esposti.

1 - Error in iudicando, insufficiente ed inconferente motivazione, travisamento del fatto, erroneo richiamo alla sentenza del Consiglio di stato n. 5826 del 2017, in quanto tale citazione sarebbe erronea, poiché la menzionata decisione si riferirebbe unicamente all'indizione di una gara da parte della Centrale regionale in pendenza di una procedura centralizzata.

1.1 Violazione del principio di proporzionalità, ragionevolezza e buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), violazione dell'affidamento, violazione dell'art. 1337 c.c., eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, perplessità, contraddittorietà, in quanto la pubblica amministrazione avrebbe il dovere di conservare le legittime aspettative, che maturano attraverso la presentazione di offerte ammissibili e positivamente valutate dalla P.A., e si consolidano a seguito della definitiva aggiudicazione della commessa.

1.2 Violazione del principio di proporzionalità, ragionevolezza e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), violazione e/o falsa applicazione di legge, con riferimento all'art. 26 della L. 23 dicembre 1999, n. 488, all'art. 58 della L. 23 dicembre 2000, n. 388, al D.M. 24 febbraio 2000, al D.M. 2 maggio 2001, all'art. 1, commi 455 - 457 della L. 27 dicembre 2006, n. 296, all'art. 1, commi 499 e ss. della L. 28 dicembre 2015, n. 208, all'art. 9 del D.L. 24 aprile 2014, n. 66 convertito in L. 23 giugno 2014, n. 89, al D.P.C.M. 24 dicembre 2015 e al D.P.C.M. 14 novembre 2014 pubblicato nella G.U.R.I. del 20 gennaio 2015, n. 15, agli artt. 32 e 41 del D.Lgs. n. 50 del 2016, violazione e/o falsa applicazione della L.R. Emilia-Romagna n.11 del 2004, eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, perplessità, contraddittorietà.

L'operato di Intercent-Er sarebbe illegittimo anche alla luce della normativa relativa alle convenzioni-quadro di cui all'art. 26 della L. 23 dicembre 1999, n. 488 (cioè il contratto attraverso cui l'impresa affidataria si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura di determinati beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni destinatarie del servizio), in forza della quale si prevedrebbe che esse siano oggetto di procedure di appalto indette dalla centrale di committenza nazionale (C. s.p.a.) e da quelle regionali. Successivamente, la L. 27 dicembre 2006, n. 296 (art. 1, commi 455 - 457) ha stabilito che, ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa pubblica, le regioni possano costituire centrali di acquisto. Al fine di consentire il coordinamento di tutti questi soggetti aggregatori l'art. 9 del D.L. 24 aprile 2014, n. 66 conv. in L. 23 giugno 2014, n. 89 ha istituito il "Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, coordinato dal Ministero dell'economia e delle finanze", avente la finalità di sviluppare programmi di razionalizzazione della spesa armonizzati e coordinati.

Con la L. n. 208 del 2015 il legislatore avrebbe, poi, previsto che gli enti del SSN debbano aderire alle convenzioni-quadro attivate 'indifferentemente' da C. o dalla centrale di committenza regionale. Tale legge, dunque, confermerebbe che C. ha 'competenza' anche nell'indire gare per l'aggiudicazione di convenzioni per gli enti del S.S.N., tuttavia senza attribuire alcuna "prevalenza delle centrali regionali". Infine, il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha stabilito, all'art. 32, che "Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti", sottolineando, pertanto, l'esigenza di coordinamento.

2. Error in iudicando, violazione dell'art. 12 delle preleggi, dei principi di proporzionalità, di ragionevolezza e di buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., nonché violazione di legge con riferimento all'art. 26, della L. n. 488 del 1990, all'art. 58 della L. n. 388 del 2000, al D.M. 24 febbraio 2000 e al D.M. 2 maggio 2001, all'art. 1 commi 455.457 della L. n. 296 del 2006, all'art. 1 comma 548 e ss. della L. n. 2018 del 2005, all'art. 9, del D.L. n. 66 del 2014, conv. in L. n. 89 del 2014 e agli artt. 32 e 41, de D.Lgs. n. 50 del 2016, già indicati, perché la sentenza impugnata risulterebbe viziata e censurabile nella misura in cui, richiamando la sentenza Cons. Stato 5826/2017, verrebbe (implicitamente) ad interpretare la normativa sull'istituzione delle centrali di committenza e sulle competenze loro attribuite in diffamità da quanto espressamente previsto dalla legge e dai principi cardine dell'azione amministrativa. A tale conclusioni si arriverebbe proprio dall'esame delle norme già sopra menzionate e dalla ricostruzione ordinamentale delineata.

3. Violazione della L.R. n. 11 del 2004, del principio lex posterior derogat priori e dell'obbligo di disapplicazione della L.R. n. 11 del 2004 per violazione dell'art. 117 lett. e) della Costituzione, dell'art. 4, D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 2, D.Lgs. n. 50 del 2016, nonché ancora dell'art. 58 L. n. 388 del 2000, del D.M. 24 febbraio 2000 e del D.M. 2 maggio 2001, in quanto le conclusioni sin qui riportate non sarebbero contraddette dagli artt. 19 e 21 della L.R. citata n. 11 del 2004, richiamati dalla sentenza impugnata; una normativa regionale che, in violazione della riserva statale posta dalla Costituzione ed in ogni caso in violazione dei suddetti principi generali posti dalla legge, precluda agli enti del SSN di aderire alle convenzioni-quadro C. meriterebbe di essere dichiarata costituzionalmente illegittima.

4. Erroneità della motivazione e violazione della riserva del merito amministrativo e difetto assoluto di giurisdizione, poiché la sentenza gravata sarebbe infine erronea e censurabile anche là dove il Tribunale di prime cure, a preteso sostegno della ritenuta irrilevanza - ai fini del decidere - dell'aggiudicazione disposta da C., giunge ad affermare che "la gara di C. s.p.a. è

stata indetta nel 2014 sulla base di parametri ormai datati e considerato che l'aggiudicazione è avvenuta tre anni dopo con una (evidenziata) insufficiente copertura delle esigenze delle Amministrazioni aderenti".

Pertanto, in accoglimento dell'appello la Società appellante chiede il risarcimento in forma specifica del danno subito mediante l'annullamento e/o la riforma della sentenza impugnata e, quindi, mediante annullamento dei provvedimenti asseritamente illegittimi impugnati con il ricorso di primo grado, previa declaratoria d'inefficacia dei contratti eventualmente stipulati con altri operatori economici (ribadendo la richiesta di subentrare nella realizzazione delle prestazioni oggetto dei contratti eventualmente stipulati con altri operatori economici, in forza dell'aggiudicazione e della convenzione stipulata con C. ed avente - a suo dire - ad oggetto le medesime prestazioni, ai sensi di quanto previsto dall'art. 122 c.p.a., dichiarandosi la stessa ricorrente pienamente disponibile ad operare in tal senso).

In via subordinata, ove dovesse risultare definitivamente compromessa in tutto o in parte la possibilità di ottenere ristoro in forma specifica (come sopra richiesto), chiede la condanna dell'Ente resistente a risarcire per equivalente monetario il danno cagionato all'istante, nella misura da quantificarsi in corso di causa ovvero secondo i criteri da determinarsi.

Si è costituita Intercent che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello per due profili:

da un lato per la mancata tempestiva impugnazione della lista degli ammessi e degli esclusi;

dall'altro per la mancata impugnazione della circolare MEF 2016 che imporrebbe agli enti del SSN di preferire le centrali di committenza regionale alla C..

Nel merito ha ribadito la correttezza delle conclusioni raggiunte dal primo giudice. A seguito di ulteriore memoria con cui l'appellante ha controdedotto rispetto all'eccepita inammissibilità la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 31 gennaio 2019.

Motivi della decisione

I - In via del tutto preliminare, osserva il Collegio che le eccezioni sollevate dall'Amministrazione appellata non possono essere condivise.

Il caso che occupa deve ricondursi, infatti, a quelle eccezioni alla regola generale per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato all'impugnazione, ovvero tra le ipotesi per le quali deve essere impugnato immediatamente il bando di gara, e deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione. Ai sensi già della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014, come richiamata dalla sentenza n. 4 del 2018, alla regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi, di cui la prima consiste nel caso cui - come avviene nella controversia in argomento - si contesti in radice l'indizione della gara (in tale senso, peraltro, si è espresso questo Consiglio proprio nella citata sentenza n. 5826 del 2017).

II - Altresì, non merita condivisione la seconda eccezione di inammissibilità dovendosi escludere valore provvedimentale e vincolante per l'azione della p.a. alla circolare MEF richiamata dall'Amministrazione, pur riconoscendosi un contenuto di istruzione e di interpretazione ai fini del successivo comportamento da eseguire. Neppure, può riconoscersi alla richiamata circolare la qualificazione di atto prodromico o preparatorio dell'autonoma serie procedimentale della gara.

Il ricorso di primo grado - come l'appello - si palesa, dunque, ammissibile, in quanto tempestivamente rivolto avverso gli atti indittivi della procedura (con cui si è determinata una concreta e attuale lesione - secondo la prospettazione di parte appellante - della sfera giuridica della medesima interessata, nella sua veste di aggiudicataria della procedura e soggetto che ha stipulato la convenzione-quadro, in ragione della successiva diversa scelta dall'Amministrazione).

III - Passando al merito della controversia, deve osservarsi che, con il primo motivo e con il secondo, l'appellante censura sostanzialmente i medesimi profili, ovvero l'errata interpretazione dell'assetto ordinamentale di riferimento, passando per la non corretta lettura del precedente giurisprudenziale evocato.

Su tale ultimo punto, la tesi dell'appellante deve essere condivisa, infatti, il richiamo da parte del primo giudice alla sentenza n. 5826 del 2017 appare non del tutto puntuale con riferimento alla fattispecie concreta in esame. Con la menzionata pronunzia, infatti, si affermava: "- in primo luogo, l'ultimo periodo del comma 449 dell'articolo unico L. 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007), secondo cui "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 C. s.p.a.";

- in secondo luogo il comma 548 dell'articolo unico L. 28 dicembre 2015, n. 208 ('Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge di stabilità 2016'), secondo cui "al fine di garantire la effettiva realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa mediante aggregazione degli acquisti di beni e servizi, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, come individuate dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 9, comma 3, del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 giugno 2014, n. 89, avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della C. Spa.".

Entrambe le disposizioni, sia pure con una formulazione non chiarissima, contribuiscono a delineare un complessivo quadro normativo in base al quale:

- in via tendenziale, le gare per gli approvvigionamenti di interesse degli enti del SSN devono essere svolte dalle centrali di committenza regionali;

- in via sostanzialmente suppletiva (e all'evidente fine di prevenire il rischio di possibili carenze in approvvigionamenti di estremo interesse e rilevanza) è altresì possibile che la centrale di committenza nazionale attivi specifiche convenzioni-quadro;

- nell'ipotesi appena richiamata è da ritenere che l'intervento di sostanziale supplenza svolto da C. non possa giungere ad alterare in modo definitivo il carattere evidentemente sussidiario di tale intervento, il quale per questa caratteristica avrà dunque valenza 'cedevole'. Tale intervento, infatti (pur necessario nel perdurare dell'inadempienza da parte delle centrali di committenza regionali), perderà la sua ragion d'essere laddove le centrali regionali, ripristinando la fisiologica dinamica delineata dal legislatore, attivino i propri strumenti di acquisizione;

- ci si può domandare se, una volta attivato l'intervento suppletivo di C. (e una volta rese operative le relative convenzioni-quadro), ciò impedisca alle centrali di committenza regionali di attivare a propria volta strumenti di centralizzazione degli acquisti aventi ad oggetto servizi identici o analoghi. Ma il punto è che, nel caso in esame, quando la Intercent ER si è finalmente attivata pubblicando il bando all'origine dei fatti di causa, la gara indetta dalla C. non era ancora conclusa".

E' ben chiaro che l'analisi, contenuta nel precedente giurisprudenziale utilizzato dal primo giudice, in cui emerge la preferenza per l'approvvigionamento da parte delle centrali di committenza regionali, non si espande direttamente ed immediatamente - siccome vorrebbe la sentenza appellata - sino alla verifica (ai fini che risultavano utili per il caso allora in esame) dell'ipotesi in cui la gara C. sia stata già espletata, aggiudicata e sia già stata stipulata la convenzione.

IV - Tuttavia, i motivi sono infondati.

V - In primo luogo, non può trovare condivisione la ricostruzione operata da parte appellante e tesa a contestare, nell'ambito dell'operazione ermeneutica dell'assetto ordinamentale, la priorità assegnata alle procedure regionali da parte del legislatore.

Il Collegio non ha motivo di discostarsi, al contrario, da quanto affermato proprio dalla citata pronunzia n. 5826 del 2017 come principio di carattere generale con riguardo ai rapporti tra gara centralizzata C. e gara della centrale di committenza regionale.

Proprio dalla interpretazione prima di tutto letterale delle norme (ultimo periodo del comma 449 dell'articolo unico L. 27 dicembre 2006, n. 296 e comma 548 dell'articolo unico L. 28 dicembre 2015, n. 208), questo Consiglio ha rinvenuto sicura prevalenza ai sistemi di acquisizioni al livello regionale e ruolo meramente suppletivo (e cedevole) all'intervento sostitutivo di C..

Ancora, vale ricordare che con la richiamata pronunzia questo Consiglio ha evidenziato - a differenza di quanto affermato da parte appellante - l'esistenza di un disegno normativo che

non preclude (ma anzi disciplina) la contestuale attivazione sia a livello centrale sia a livello regionale di aggregazione degli acquisti, sicché non si può ritenere impedito alla centrale di acquisti regionale di attivarsi al fine di ripristinare l'iter fisiologico delineato dalla disciplina, anche dopo che sia avviata una gara C..

Ne discende che perdono di forza le censure contenute nel primo motivo e specificamente al punto 1.2, anche con riferimento alla interpretazione della L. n. 2018 del 2015, che parte appellante vorrebbe aver attribuito valore 'paritetico' alle convenzioni C. e della centrale regionale.

Invero, non può farsi discendere dalla sussistenza di un medesimo obbligo di adesione degli enti del SSN alle convenzioni -quadro C. e della centrale regionale la non graduazione tra le procedure. Nell'operazione ermeneutica svolta dall'appellante vi è un salto logico.

Se è vero che in presenza, 'indifferentemente', di una convenzione quadro gli enti debbano - in via generale (salvo quanto di seguito precisato) - aderire alla stessa, ciò non significa automaticamente che in presenza di due procedure non vi sia la prevalenza di quella indetta dalla centrale di committenza regionale.

VI - Ciò posto rimane da valutare cosa avvenga per il caso in cui la gara C. sia stata non solo avviata ma conclusa.

A riguardo soccorre un ulteriore principio posto in evidenza da altra sentenza di questo Consiglio (28 marzo 2018, n. 1937), secondo la quale, fermo il carattere di principio del dovere di cui all'art. 26 comma 3 L. n. 488 del 1999, permane la facoltà per le amministrazioni (ivi comprese le amministrazioni statali centrali e periferiche) di attivare in concreto propri strumenti di negoziazione laddove tale opzione sia orientata a conseguire condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate all'esito delle convenzioni-quadro.

A supporto di tale decisione, è richiamato anche quanto previsto dal quarto periodo del comma 1 del D.L. n. 95 del 2012, in base alla quale "la disposizione del primo periodo del presente comma non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da C. s.p.a., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza".

In particolare, questo Consiglio ha evidenziato che: "La sussistenza del richiamato (e legittimo) rapporto fra regola ed eccezione è confermato dallo stesso articolo 26 della L. n. 488 del 1999 il quale

- al comma 3 stabilisce che "le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse (...)". La disposizione per un verso conferma (attraverso il ricorso alla modalità deontica "possono") il carattere non pienamente vincolante del ricorso alle convenzioni-quadro e, per altro verso, consente la ricerca da parte delle amministrazioni di opzioni negoziali alternative (scil.: con il vincolo/limite dell'insuperabilità delle condizioni negoziali proprie delle convenzioni-quadro);

- al comma 3-bis obbliga le amministrazioni che abbiano deliberato di procedere in modo autonomo agli acquisti di proprio interesse di trasmettere le relative delibere alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, per l'esercizio delle funzioni di sorveglianza e di controllo di propria competenza.

Le disposizioni appena richiamate (lette in combinato disposto con il richiamato articolo 1 del D.L. n. 95 del 2012) delineano un coerente quadro normativo il quale (al fine di assicurare in modo adeguato la razionalizzazione degli acquisti da parte delle PP.AA.)

- demanda alla C. il cruciale compito di rinvenire, in sede di centralizzazione, le migliori possibili condizioni di offerta da porre a disposizione delle amministrazioni;

- consente (ma in via eccezionale e motivata) alle amministrazioni di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro;

- responsabilizza le amministrazioni che intendano procedere in modo autonomo fissando taluni vincoli ex ante (insuperabilità delle condizioni trasfuse nelle convenzioni quadro) e talune serie conseguenze ex post (nullità degli atti realizzati in violazione e responsabilità in capo ai

funzionari che abbiano agito in violazione di legge e con ingiustificato dispendio di risorse pubbliche)".

Orbene, quanto sin qui evidenziato offre una chiave ermeneutica anche per il caso che occupa. Dal rapporto regola-eccezione evidenziato emerge una ratio della disciplina finalizzata al conseguimento delle condizioni economiche più favorevoli.

In quest'ottica deve, concludersi che la prevalenza della gara svolta a livello regionale può essere affermata anche con riguardo alla fattispecie in esame, ovvero quando la procedura sia stata già aggiudicata, ai fini della stipula della convenzione quadro (su cui poi, di seguito ci si soffermerà per in merito all'affidamento).

La gara svolta a livello regionale risponde - quanto alla aderenza alle necessità dell'area di riferimento e, ove svolta successivamente, anche per la coerenza con il mercato - ai principi di maggior efficienza, efficacia e economicità che regolano l'azione pubblica.

E tale interpretazione trova, altresì, conferma nella già evidenziata lettura del ruolo cedevole della gara C. rispetto a quella della centrale di committenza regionale.

Vale ribadire che il D.L. 24 aprile 2014, n. 66, al comma 1 dell'articolo 9, ha previsto che "nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti ... è istituito, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica, l'elenco dei Soggetti Aggregatori di cui fanno parte C. S.p.A. e una centrale di committenza per ciascuna Regione, qualora costituita ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della L. 27 dicembre 2006, n. 296". All'art. 1 commi da 548 a 550, la L. n. 208 del 28 dicembre 2015 (Legge di stabilità 2016), già richiamato, ha previsto che gli enti del Servizio Sanitario Nazionale "sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, come individuate dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 9, comma 3, del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 giugno 2014, n. 89, avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della C. SpA.

Qualora le centrali di committenza non siano disponibili ovvero operative, gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali di committenza iscritte nell'elenco dei Soggetti Aggregatori, di cui all'articolo 9, comma 1, del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 giugno 2014, n. 89. In tale ipotesi, spetta alla centrale regionale di committenza di riferimento l'individuazione, ai fini dell'approvvigionamento, di altra centrale di committenza. La violazione degli adempimenti previsti dal presente comma costituisce illecito disciplinare ed è causa di responsabilità per danno erariale. I singoli contratti relativi alle categorie merceologiche individuate dallo schema di DPCM, in essere alla data di entrata in vigore della presente legge, non possono essere prorogati oltre la data di attivazione del contratto aggiudicato dalla centrale di committenza individuata.

Le proroghe disposte in violazione della presente disposizione sono nulle e costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa".

Ciò posto, non sfugge che la disciplina di riferimento ha posto la preferenza- secondo un'analisi del vantaggio dal punto di vista economico finanziario che risulta effettuato da parte del legislatore - dell'approvvigionamento per il tramite delle centrali di committenza regionali.

VII - Ma, ancora, per il caso che occupa - e ben diversamente da quanto prospettato da parte appellante - la valutazione risulta dagli atti di causa svolta anche in modo precipuo con riferimento alle esigenze specifiche.

Ne discende che, per un verso, la gara C. di cui si controverte costituisce una gara c.d. "zattera" in attesa delle procedure svolte a livello regionale; per altro verso, risulta agli atti di causa - come contraddetto dall'amministrazione - la gara C. - contrariamente a quanto affermato dall'appellante - risulta quantitativamente coordinata con la gara Intercent, essendo incapiente per lo svolgimento del global service di Emilia Romagna e Marche cui si riferisce.

Inoltre, dalla documentazione in atti si evince che non trova fondamento neppure l'assunto di parte appellante in ordine alla coincidenza quantitativa delle gare: sia per i servizi prestati che per quanto concerne l'attinenza specifica alle esigenze delle singole Aziende.

L'Amministrazione ha ampiamente precisato in atti i seguenti profili:

con riferimento a quello quantitativo relativo al Lotto 6, la gara C. (denominata MIES 2) attinente all' estensione geografica relativa alle Regioni Emilia Romagna 2 (Province di:

Bologna, Ferrara, Ravenna, Forlì-Cesena e Rimini) e Marche 1 (Provincia di Pesaro-Urbino), è previsto un importo massimo pari a Euro 108.000.000,00 in 7 anni, pari a circa 15 milioni di Euro annui, per Emilia Romagna e Marche, sicché il Lotto 6 della convenzione MIES 2 risulta totalmente incapiente rispetto ai fabbisogni delle Aziende Sanitarie dell'Emilia Romagna, poiché la gara Emilia Romagna vale all'anno 77 milioni di Euro;

con riguardo a quelli qualitativi, le due gare manifestano diversità quanto alla gestione degli interventi extra canone, ai servizi di manutenzione delle apparecchiature elettriche destinate al benessere del paziente, agli interventi di manutenzione ordinaria (inclusi nei canoni); alle frequenze e alle tipologie di interventi richiesti in considerazione degli assetti, anche organizzativi, delle Aziende; inoltre, per quel che concerne la manutenzione correttiva, ed in termini di calcolo dei canoni, indicizzazione della revisione prezzi, penali, livelli di servizio;

quanto, infine al procedimento e all'istruttoria, la procedura risulta condivisa al Tavolo dei Soggetti Aggregatori, essendo, dunque, la gara Intercenter coordinata con le altre sulla base della disciplina sopra ricordata.

VIII - Alla luce della ultime considerazioni, risulta infondato (oltre che ulteriormente il primo motivo) anche il secondo motivo di appello, poiché l'interpretazione del primo giudice trova conferma non solo nel quadro normativo evidenziato ma anche con specifico riguardo alla fattispecie in esame, senza che possa lamentarsi una assenza di istruttoria, né la violazione dei canoni dell'azione della pubblica amministrazione sopra elencati.

Né risulta che vi sia stata una sovrapposizione (con alterazione del significato) della operazione ermeneutica del primo giudice all'assetto normativo.

Ed ancora non ha ragione di essere la censura di mancata disapplicazione della legge regionale per violazione della disciplina sopravvenuta, mentre risulta manifestamente infondata il dubbio di legittimità costituzionale della richiamata normativa regionale, profilata dalla parte appellante, nel terzo motivo di appello.

IX - E' infondato, ancora, il quarto motivo di appello, che per ragioni di sinteticità e logicità viene qui esaminato. Infatti, le valutazioni del primo giudice in ordine all'inappropriatezza dei risultati della procedura C. stante il lungo tempo trascorso, si giustificano proprio in considerazione della necessità del conseguimento da parte dell'amministrazione di risultati di maggiore efficienza ed economicità, ai quali risulta finalizzata la gara Inercent e trovano, dunque, la loro ragione d'essere nel ragionamento interpretativo svolto e sinora esplicito. Come contro dedotto dall'Amministrazione si appalesa più coerente con le situazioni di mercato la stipula di contratti sulla base di offerte del 2017 piuttosto che del 2014.

X - Infine, deve evidenziarsi per completezza, con riguardo alle censure contenute nel punto 1.1 ed in parte anche nel punto 1.2. del primo motivo, che le convenzioni quadro sono finalizzate ad instaurare tra le parti una forma stabile di collaborazione, da attuare nel medio o lungo periodo, per la cui disciplina operativa si rinvia a successivi specifici accordi. Esse dunque si distinguono dai singoli accordi attuativi devono essere sempre approvati dagli organi competenti delle parti.

Risulta priva di pregio, dunque, la censura di violazione dell'aspettativa allo svolgimento delle prestazioni oggetto di gara, che risultano comunque rimesse a successivi accordi.

Nella specie che occupa, peraltro, come precisato, la parte appellante non riesce a smentire quanto puntualmente evidenziato - in radice - dall'Amministrazione in ordine alla non corrispondenza delle due procedure al fine di dimostrare quale spazio di mercato le sia stato sottratto.

Ne discende che, in ragione della peculiare configurazione della convenzione quadro non trova fondamento la richiesta tutela dell'affidamento; ma vieppiù, la domanda di risarcimento si appalesa generica, sia con riferimento alla impossibilità di partecipare alla gara regionale, sia con riguardo alla effettiva sovrapposizione delle prestazioni da cui deriverebbe il preteso pregiudizio.

XI - Da quanto sin qui ritenuto, deriva che l'appello deve essere respinto sia per quanto concerne la pretesa impugnatoria, sia per quanto concerne la domanda risarcitoria.

XII - Dalla complessità della fattispecie esaminata, derivano tuttavia, giusti motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l'effetto, conferma la sentenza n. 362 del 2018.

Spese del presente grado di giudizio compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore