

Pubblicato il 31/03/2021

N. 02707/2021REG.PROV.COLL.  
N. 08502/2020 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 8502 del 2020, proposto da Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Piemonte n. 39;

*contro*

Papalini s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

Azienda Sanitaria Unica Regionale A.S.U.R. Marche, Azienda Sanitaria Unica Regionale A.S.U.R. Marche – Area Vasta 1, Azienda Sanitaria Unica Regionale A.S.U.R. Marche – Area Vasta 2, Azienda Sanitaria Unica Regionale A.S.U.R. Marche – Area Vasta 3, Azienda Sanitaria Unica Regionale A.S.U.R. Marche – Area Vasta 4, Azienda Sanitaria Unica Regionale A.S.U.R. Marche – Area Vasta 5, Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti di Ancona –

Umberto I-Lancisi-Salesi, Stazione Unica Appaltante della Regione Marche (S.U.A.M.), Regione Marche, non costituite in giudizio

*nei confronti*

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

*e con l'intervento di*

ad opponendum:

Rekeep s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, p.zza S. Lorenzo in Lucina n. 26;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 00584/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Papalini s.p.a. e di Consip s.p.a., nonché l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2021 il Cons. Ezio Fedullo e viste le note di udienza presentate dagli Avvocati Giorgio Fraccastoro, Saverio Sticchi Damiani, Massimiliano Brugnoletti e dall'Avvocato dello Stato Emanuele Manzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, la società Papalini s.p.a., nella veste di operatore economico partecipante alla procedura ad evidenza pubblica indetta nel dicembre 2018 dalla Stazione Unica Appaltante della Regione Marche (di seguito "S.U.A.M.") per l'affidamento del servizio di pulizie da espletarsi in favore degli enti del Servizio Sanitario Regionale,

impugnava la determina del Direttore Generale della “Azienda Sanitaria Unica Regionale” (di seguito A.S.U.R.) n. 277 del 9 giugno 2020, con la quale veniva disposta l’adesione al lotto 5 della gara “Consip Sanità”, il cui lotto “Marche-Emilia Romagna” era stato aggiudicato il 18 maggio 2020 in favore di Dussmann Service s.r.l., la nota prot. 22114 del 22 maggio 2020, con la quale la S.U.A.M. comunicava agli enti sanitari regionali per cui aveva indetto la gara per l’affidamento del servizio di pulizia che la stessa molto probabilmente non si sarebbe conclusa entro il 31 dicembre 2020, chiedendo a detti enti di valutare se proseguire nella gara o aderire alla suddetta convenzione Consip, nonché la nota del 22 luglio 2020, con la quale l’Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Ancona comunicava alla Papalini s.p.a. di aver avviato le procedure per l’adesione alla Convenzione Consip per “Servizi di pulizia per gli Enti del SSN”, lotto 5 (Regione Marche).

L’impugnativa veniva estesa, mediante motivi aggiunti, al provvedimento con il quale, in analogia con quanto stabilito dall’A.S.U.R. Marche, anche l’A.O. Ospedali Riuniti di Ancona aveva deciso di aderire alla predetta convenzione Consip.

Il T.A.R. per le Marche ha accolto, con l’appellata sentenza in forma semplificata, la domanda di annullamento proposta dalla società ricorrente, e le relative statuizioni costituiscono oggetto dei rilievi critici formulati, in vista della sua riforma, dalla appellante principale Dussmann Service s.r.l. e dalla appellante incidentale Consip s.p.a..

Si oppone invece all’accoglimento degli appelli la società Papalini s.p.a., originaria ricorrente.

Con l’ordinanza n. 6905 del 27 novembre 2020, questa Sezione si è pronunciata sulla domanda cautelare proposta dalla parte appellante, disponendo la “sospensione degli effetti della sentenza appellata, al fine di consentire agli Enti del SSR marchigiano di aderire, nelle more della definizione del giudizio di merito, alla pertinente Convenzione Consip attiva ed evitare il ricorso a strumenti di approvvigionamento (come la proroga dei

rapporti contrattuali in essere o la stipulazione di contratti-ponte) di carattere eccezionale, ferma restando la prosecuzione della procedura di gara in corso di svolgimento da parte della Stazione Unica Appaltante della Regione Marche”.

E' successivamente intervenuta *ad opponendum* la società Rekeep s.p.a., la quale ha proposto, avverso la suddetta determina di A.S.U.R. Marche n. 277 del 9 giugno 2020, il ricorso n. 311/2020, tuttora pendente dinanzi al T.A.R. per le Marche, evidenziando che l'Area Vasta n. 3 dell'A.S.U.R. Marche, la quale, dopo la sentenza del T.A.R. n. 584/2020, oggetto del presente giudizio di appello, aveva stipulato un nuovo contratto ponte con la deducente per assicurare l'esecuzione del servizio nelle more della conclusione della gara centralizzata regionale, in esecuzione della predetta ordinanza cautelare ha stabilito, con la determina n. 1829/AV3 del 29 dicembre 2020, di aderire alla Convenzione Consip, prevedendo tuttavia una espressa clausola di salvezza degli esiti del presente giudizio di appello.

Deve subito rilevarsi che la società appellante ha eccepito l'inammissibilità dell'atto di intervento di Rekeep s.p.a.: la fondatezza degli appelli induce tuttavia a prescindere dall'esame dell'eccezione suindicata.

Procedendo all'esame dei motivi di appello, deve premettersi che la controversia attiene ai rapporti instaurabili tra gara centralizzata di rilievo nazionale, indetta ed espletata da Consip s.p.a., e gara condotta dalla centrale di committenza regionale, con particolare riferimento all'ipotesi, qui ricorrente, in cui la prima sia stata portata a compimento mediante l'individuazione del soggetto aggiudicatario (e la stipulazione con lo stesso del relativo accordo-quadro) e la seconda sia, invece, in corso di svolgimento, costituendo oggetto del sindacato giurisdizionale, invocato da un operatore economico partecipante alla gara regionale, la scelta, compiuta da una (o più) delle Amministrazioni beneficiarie dei servizi per il cui affidamento è stata indetta la gara regionale, tra l'adesione alla convenzione Consip s.p.a., già operativa, e l'attesa del completamento della seconda.

Fatta tale premessa, devono in primo luogo esaminarsi le eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio (e dei relativi motivi aggiunti) formulate in primo grado dalla odierna appellante e riproposte in appello, nella guisa di corrispondenti motivi di gravame avverso le relative statuizioni reiettive recate dalla sentenza appellata.

Il T.A.R., infatti, ha respinto l'eccezione intesa a lamentare il difetto di legittimazione attiva della originaria ricorrente, in ragione del fatto che essa, nella qualità di concorrente nella gara regionale indetta dalla S.U.A.M., sarebbe titolare di un semplice interesse di fatto alla prosecuzione della gara medesima.

Ritiene la Sezione che la conclusione cui è pervenuto, in punto di riconoscimento in capo alla ricorrente di un qualificato interesse alla impugnazione della determinazione di ASUR (e poi dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Ancona) di aderire alla convenzione Consip, sia meritevole di conferma.

Deve invero osservarsi che il soggetto partecipante ad un procedimento amministrativo coinvolgente i suoi interessi - vuoi perché ne abbia assunto l'iniziativa, vuoi perché vi abbia preso parte a seguito dell'invito formulato dall'Amministrazione, eventualmente manifestato, come nell'ipotesi in esame, mediante la pubblicazione di un bando - acquista per ciò solo la legittimazione a contestare l'eventuale atto di *revirement* da essa assunto: risponde, infatti, ad un principio generale la facoltà dei soggetti coinvolti in una procedura amministrativa, ed interessati al conseguimento del bene della vita che essa si prefigge di attribuire nella sua fase conclusiva, di contestare in sede giurisdizionale l'atto produttivo di un cd. arresto procedimentale, in quanto definitivamente preclusivo della *chance*, ad essi spettante, di conseguire quel bene.

Lo stato di sviluppo del procedimento, con particolare riferimento alla tipologia (che qui viene precipuamente in rilievo) finalizzata all'aggiudicazione di un appalto pubblico, in relazione all'avvenuta adozione o meno di un

provvedimento di aggiudicazione, attiene infatti essenzialmente allo spessore delle garanzie procedurali che la stazione appaltante deve rispettare laddove si orienti nel senso della non prosecuzione della gara, sotto lo specifico profilo, ad esempio, del corredo motivazionale del provvedimento interruttivo e della partecipazione del soggetto pregiudicato dalla sua adozione, ferma restando la tutelabilità in giudizio della sua posizione (e quindi la fondata predicabilità in capo allo stesso di un interesse meritevole di protezione giurisdizionale).

La seconda eccezione sfavorevolmente esaminata dal T.A.R. era finalizzata ad allegare l'inammissibilità dei motivi aggiunti (e di riflesso, come chiarito con l'atto di appello, dell'intero gravame) in quanto diretti ad impugnare il provvedimento di un'Amministrazione diversa rispetto a quella che aveva adottato l'atto impugnato con il ricorso introduttivo, sostenendosi con la stessa l'insussistenza dei presupposti per la proposizione di un'azione cumulativa (avente ad oggetto, cioè, due distinti provvedimenti promananti da diverse Amministrazioni, quali sarebbero nella specie gli atti, rispettivamente adottati dalla A.S.U.R e dall'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Ancona, di adesione alla convenzione Consip).

Anche rispetto a tale eccezione, deve condividersi la statuizione reiettiva contenuta nella sentenza appellata.

Deve preliminarmente osservarsi che l'eventuale insussistenza dei presupposti per la sottoposizione al vaglio del giudice amministrativo, entro un'unica cornice processuale, dei due provvedimenti rispettivamente impugnati con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti potrebbe esclusivamente ridondare nella inammissibilità dei secondi, ferma restando la rituale impugnazione del provvedimento gravato con il primo: invero, l'articolazione dell'azione impugnatoria, nella fattispecie in esame, in due mezzi, impone di ritenere che l'eventuale inammissibilità dell'ampliamento dell'oggetto del giudizio, operata con i motivi aggiunti, non possa estendere i suoi effetti,

sostanzialmente a ritroso, al ricorso introduttivo, proposto nel pieno rispetto delle norme di rito che ne disciplinano la proposizione.

In ogni caso, deve osservarsi che, come sancito dalla prevalente giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1866 del 21 aprile 2017 e precedenti da essa richiamati), è necessario, ai fini dell'ammissibilità del ricorso cumulativo avverso distinti provvedimenti, che "gli stessi siano riferibili al medesimo procedimento amministrativo, seppur inteso nella sua più ampia latitudine semantica, e che con il gravame vengano dedotti vizi che colpiscano, nella medesima misura, i diversi atti impugnati, di guisa che la cognizione delle censure dedotte a fondamento del ricorso interessi allo stesso modo il complesso dell'attività provvedimentale contestata dal ricorrente, e che non residui, quindi, alcun margine di differenza nell'apprezzamento della legittimità dei singoli provvedimenti congiuntamente gravati".

Ebbene, ritiene la Sezione che nella specie ricorrano i presupposti per la proposizione di un ricorso cumulativo (e, quindi, di una duplice domanda di annullamento nell'ambito di un medesimo giudizio), come declinati dalla citata giurisprudenza.

In primo luogo, infatti, entrambi i provvedimenti di cui si assume l'inammissibile impugnazione cumulativa traggono origine dalla nota (sebbene di carattere non provvedimentale, ma meramente informativo) prot. 22114 del 22 maggio 2020, con la quale la S.U.A.M. comunicava agli enti sanitari regionali per cui aveva indetto la gara per l'affidamento del servizio di pulizia che la stessa molto probabilmente non si sarebbe conclusa entro il 31 dicembre 2020, chiedendo a detti Enti di valutare se proseguire nella gara o aderire alla convenzione Consip: essi, quindi, si inseriscono nell'unitario solco procedimentale che ha tratto origine dalla nota suindicata, non a caso gravata (quale atto presupposto) sia con il ricorso introduttivo che con i motivi aggiunti, differenziandosi solo, in coerenza con la plurima destinazione soggettiva della stessa, per la loro promanazione da diversi Enti pubblici.

Né potrebbe sostenersi che i vizi dedotti con il ricorso introduttivo non coincidono con quelli lamentati con i motivi aggiunti, in quanto, se è vero che, come allegato dalla stessa parte appellante, essi si differenziano solo per il fatto che, con i secondi, è stata dedotta anche la violazione dell'art. 8, comma 2, d.l. n. 76/2020, la predicata “non coincidenza” consisterebbe nella deduzione integrativa di un motivo non dedotto in sede di gravame iniziale, ferma restando l'impostazione critica originaria dello stesso, che quel vizio additivo era finalizzata a rafforzare.

Inoltre, deve osservarsi che il vizio “nuovo” è derivato dalla sopravvenienza, nelle more del giudizio, della norma (il citato art. 8, comma 2, d.l. n. 76/2020) di cui è stata dedotta con i motivi aggiunti la violazione, ad ulteriore riprova del fatto che, mediante gli stessi, la parte ricorrente non ha inteso alterare, nella sua essenziale trama critica, la *causa petendi* originaria, ma solo arricchirla di ulteriori aspetti di affermata difformità dal (ritenuto) pertinente paradigma normativo.

Venendo ora al merito del giudizio, viene immediatamente in rilievo la statuizione del T.A.R. di ritenere il gravame sufficientemente fondato già per il fatto che, pur se la scelta compiuta nel 2018 dagli Enti del S.S.R. delle Marche di procedere alla gara regionale “sarebbe stata in ogni caso reversibile in presenza di sopravvenienze fattuali e/o giuridiche tali da determinare una rivalutazione dell'interesse pubblico”, “la nota della S.U.A.M. da cui si è originato il presente contenzioso non reca una motivazione adeguata”, essendosi la stazione appaltante unica regionale limitata “a paventare la possibilità che l'aggiudicazione dei vari lotti non intervenisse entro il 2020, inducendo dunque l'A.S.U.R. e l'Azienda Ospedali Riuniti a compiere una scelta non adeguatamente informata. La riprova di ciò sta nel fatto che, nonostante il T.A.R. non si fosse ancora pronunciato (con la sentenza n. 500/2019, *n.d.e.*), la stessa S.U.A.M., con la nota dell'agosto 2020 (doc. allegato 5 al deposito documentale dell'A.S.U.R. dell'8 settembre 2020), ha comunicato la ripresa delle operazioni di gara”.

In proposito, deve preliminarmente osservarsi che non è accoglibile l'eccezione di inammissibilità del motivo di appello, rivolto avverso la predetta statuizione, formulata dalla società appellata, con la quale si sostiene che la parte appellante non avrebbe censurato la statuizione con la quale il T.A.R. ha affermato che “la scelta degli enti del S.S.R. delle Marche di procedere alla gara regionale è stata compiuta nel 2018 (ossia in un momento in cui era ampiamente noto il contestuale svolgimento della gara Consip) e ciò ha dunque determinato la consumazione del relativo potere”.

Deve invero osservarsi che nella stessa sentenza appellata si trova la precisazione, già più sopra riportata, a tenore della quale “è certamente vero che, anche in base al principio di buon andamento della P.A., tale scelta (concretizzante la cd. consumazione del potere, *n.d.e.*) sarebbe stata in ogni caso reversibile in presenza di sopravvenienze fattuali e/o giuridiche tali da determinare una rivalutazione dell'interesse pubblico”: precisazione atta proprio a chiarire che la “consumazione del potere”, derivante dalla scelta compiuta nel 2018, non poteva considerarsi definitiva né inderogabile, a condizione che l'atto di ripensamento fosse adeguatamente motivato.

Ebbene, la sentenza è meritevole, nella parte esaminata, di essere riformata.

Come si è visto, il T.A.R. addebita, in sostanza, alle Amministrazioni intimete di aver optato per l'adesione alla convenzione Consip, ai fini della fruizione del servizio *de quo*, sulla scorta delle “mere impressioni non suffragate da alcuna evidenza documentale”, esternate con la nota SUAM del 22 maggio 2020, in ordine alla eventualità che la gara da essa espletata non si sarebbe conclusa entro il 2020.

In proposito, ed in primo luogo, deve rilevarsi che la ritenuta inadeguatezza motivazionale della opzione adesiva alla convenzione Consip, affermata dal giudice di primo grado, è stata espressamente censurata – a dispetto, anche qui, di quanto sostiene la società appellata – dalla appellante principale.

A tale conclusione è dato pervenire alla luce dell'analisi dei seguenti profili di censura, indicativi del chiaro intento della parte appellante di allegare e

dimostrare che, per contro, i provvedimenti impugnati erano congruamente motivati: “la motivazione in ordine alla scelta di aderire o meno alla convenzione Consip è contenuta nella nota SUAM del 22.5.2020”; “non è dato comprendere, pertanto, in che modo il provvedimento della SUAM sarebbe privo di “adeguata motivazione” e come avrebbe fatto ad indurre “l’ASUR e l’AO Ospedali Riuniti a modificare la scelta compiuta nel 2018” (cfr. pag. 11 della sentenza impugnata) essendosi, invece correttamente limitato a rappresentare lo stato di fatto al fine di consentire agli Enti sanitari di intraprendere tutte le azioni idonee a garantire, con legittimi strumenti, l’esecuzione del servizio pubblico in questione”.

Al riguardo, deve ritenersi che la suddetta indicazione in ordine alla durata della procedura di gara, provenendo dalla stazione appaltante (la quale quindi, per tale sua posizione, non poteva non essere a conoscenza della concreta tempistica procedimentale), fosse di per sé assistita da sufficienti garanzie di attendibilità, non risultando necessaria una specifica “evidenza documentale” atta a corroborarla: né del resto l’evoluzione che la vicenda procedimentale ha concretamente avuto si è rivelata idonea a smentire la suddetta previsione temporale.

Quanto invece alla ripresa, nel mese di agosto del 2020, delle operazioni di gara, cui pure fa riferimento il giudice di primo grado, essa non si presenta idonea ad inficiare l’attendibilità di quella previsione – e quindi la sua valida assumibilità a presupposto delle valutazioni rimesse agli Enti destinatari della suddetta comunicazione della centrale di committenza regionale – non risultando che essa fosse subordinata alla stasi, per tutto l’anno 2020, del procedimento di gara né, quindi, che la sua eventuale prosecuzione garantisse la sua conclusione entro il mese di dicembre del 2020: a quest’ultimo riguardo, peraltro, è lo stesso T.A.R. ad affermare, in altro passaggio motivazionale (par. 9.3.1), che “nella specie, alla luce di quanto reso noto dalla commissione di gara circa i tempi di conclusione della procedura S.U.A.M., è quasi certo che il suddetto termine non potrà essere rispettato” (senza trascurare che la ripresa

delle operazioni di gara nel mese di agosto del 2020 era un evento imprevedibile, sia alla data di adozione della menzionata nota della S.U.A.M. che dell'opzione dei suddetti Enti sanitari a favore dell'adesione alla convenzione Consip).

Ad ulteriore supporto di quanto affermato, deve rilevarsi che la ripresa (nel mese di agosto del 2020, appunto) delle operazioni di gara è avvenuta in virtù di una circostanza imprevedibile (almeno) nel *quando*, allorché cioè è cessata (apparentemente e transitoriamente, come le successive cronache hanno purtroppo dimostrato) l'emergenza sanitaria che, come si evince dalla impugnata nota SUAM del 22 maggio 2020, aveva “imposto una sospensione dei lavori della Commissione in quanto i componenti sono impegnati in prima linea per affrontare tale grave urgenza” e che era all'origine della previsione secondo cui “non sarà possibile aggiudicare la procedura in questione, presumibilmente, entro il 2020”.

In conclusione, deve ritenersi che la suindicata nota del 22 maggio 2020 della centrale di committenza regionale fosse idonea a fornire alle Amministrazioni destinatarie una congrua base istruttoria sulla scorta della quale compiere le valutazioni di loro pertinenza.

Nemmeno possono essere accolte le deduzioni della parte appellata, formulate anche in chiave di riproposizione delle censure formulate in primo grado, intese a sostenere che nei provvedimenti impugnati non sarebbero indicati i fatti sopravvenuti atti a giustificare, *ex art. 21 quinquies* l. n. 241/1990, la volontà revocatoria (della precedente scelta di procedere con la gara regionale) – sopravvenienza, aggiunge la società appellata, che non potrebbe essere rappresentata dalla disponibilità della convenzione “Consip Sanità”, poiché prevedibile al momento della adesione alla gara SUAM, ovvero dalla mancata conclusione della gara SUAM entro il 31 dicembre 2020, posto che tale termine non rappresentava una condizione posta al momento della progettazione della gara regionale, senza che peraltro vi fosse alcun documento col quale SUAM si impegnasse a concludere la gara entro tale data

- né emergerebbero gli esiti del confronto comparativo tra l'interesse pubblico e quello dei privati sacrificati dalla suddetta determinazione di autotutela.

In primo luogo, l'indicazione dell'interesse pubblico perseguito è insito nella preferenza per lo strumento "ordinario" di acquisizione del servizio a fronte del carattere "eccezionale" di quello rappresentato dalla stipulazione di un contratto-ponte e/o del rinnovo di quello in essere, come meglio si dirà *infra*, in occasione dell'analisi del rapporto tra gli stessi.

In ogni caso, deve osservarsi, riprendendo le considerazioni innanzi formulate, che, come recentemente ribadito da questa Sezione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4461 del 28 giugno 2019), "la natura giuridica di atto generale del bando e di atto endoprocedimentale della aggiudicazione provvisoria (ora, proposta di aggiudicazione) non consentono, quindi, di applicare la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio (Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4183): la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma), al pari della revoca della *lex specialis* che ne è a monte non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario (Cons. St., sez. V, 20 aprile 2012, n. 2338)".

Tale giurisprudenza si attaglia particolarmente al caso in esame, a maggior ragione considerando che, mediante gli atti impugnati, la ASUR e l'AO Ospedali Riuniti non hanno esercitato *recta via* il potere di autotutela nei confronti dell'atto di indizione della gara, il quale non poteva che spettare al soggetto aggregatore, ma quello di individuare le modalità di approvvigionamento del servizio di pulizia di loro diretta pertinenza.

Così individuata la tipologia del potere esercitato, non possono accogliersi gli ulteriori rilievi della parte appellata, intesa ad escludere la sussistenza dei motivi sopravvenuti, atti a giustificare la decisione contrastata.

Se infatti, da un lato, al momento della approvazione, da parte di ASUR e della AO Ospedali Riuniti, degli atti della gara regionale, non era prevedibile quando sarebbe stata perfezionata la gara Consip e stipulata la relativa convenzione (intervenuta, con riferimento all'ambito territoriale de quo, nel mese di maggio 2020), per cui trovava giustificazione *rebus sic stantibus* la scelta di indire la gara regionale (la cui presumibile maggiore speditezza avrebbe potuto consentire l'approvvigionamento del servizio in un momento antecedente rispetto a quello di conclusione della gara centralizzata nazionale), dall'altro lato, non appare dirimente il fatto che non sussisteva, a quella data, alcuna garanzia circa la conclusione della gara regionale entro il 2020, essendo del tutto naturale che, in un contesto di relativa imprevedibilità del termine di conclusione delle due gare, le Amministrazioni interessate abbiano manifestato il loro interesse per l'indizione (anche) di quella regionale, salvo esprimere le loro finali valutazioni (in ordine alla modalità concreta di approvvigionamento del servizio) al momento in cui le stesse (o la prima di esse) fossero giunte a conclusione.

Nel prosieguo dello svolgimento motivazionale, il T.A.R. si è soffermato sulla rilevanza ai fini della decisione delle disposizioni recate dal d.l. n. 76/2020, con particolare riferimento a quella di cui all'art. 8, comma 2, a mente del quale "in relazione alle procedure disciplinate dal decreto legislativo n. 50 del 2016, per le quali sia scaduto entro il 22 febbraio 2020 il termine per la presentazione delle offerte, le stazioni appaltanti, fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, provvedono all'adozione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione entro la data del 31 dicembre 2020", ed a quella di cui al successivo comma 3, secondo cui "in relazione agli accordi quadro di cui all'articolo 54 del decreto legislativo n. 50 del 2016, efficaci alla data di entrata in vigore del presente decreto, le stazioni appaltanti, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente e fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge n. 18 del 2020 provvedono,

entro la data del 31 dicembre 2020, all'aggiudicazione degli appalti basati su tali accordi quadro ovvero all'esecuzione degli accordi quadro nei modi previsti dai commi da 2 a 6 del medesimo articolo 54”.

La rilevanza delle citate disposizioni è stata analizzata dal giudice di primo grado nella prospettiva, sollecitata dalla controinteressata Dussmann Service s.r.l., della enucleabilità dalle stesse di un *dies ad quem* (coincidente, appunto, con il 31 dicembre 2020) decorso il quale le procedure di gara regionali ancora *in itinere* avrebbero dovuto cedere il passo alle convenzioni Consip già in vigore.

Al quesito interpretativo così impostato, tuttavia, il giudice di primo grado ha dato risposta negativa sul rilievo che l'art. 8, comma 2, cit., lungi dallo “stabilire *expressis verbis* che la violazione del termine del 31 dicembre 2020 determinerà l'automatica conclusione delle gare in corso e l'obbligo per le amministrazioni interessate di aderire alle convenzioni Consip eventualmente già in essere”, “con norma di chiara valenza sollecitatoria, si limita a stabilire che le procedure di gara ancora in itinere vengano portate a termine entro l'anno in corso, mentre il successivo comma stabilisce, in via generale, che entro lo stesso termine del 31 dicembre 2020 le stazioni appaltanti provvedano all'aggiudicazione degli appalti basati su accordi quadro *ex art.* 54 del D.Lgs. n. 50/2016 ovvero all'esecuzione degli accordi quadro nei modi previsti dal medesimo art. 54. La norma dunque non prende in considerazione le ipotesi nelle quali le amministrazioni interessate hanno bandito gare attraverso centrali di committenza periferiche pur in costanza di gare Consip in corso di svolgimento”.

Pertanto, conclude il T.A.R., “il Collegio odierno ritiene quindi dare continuità ai principi affermati dal Tribunale nella sentenza n. 500/2019, per il che va ribadita la prevalenza della gara regionale già bandita rispetto alle convenzioni Consip, secondo la scelta a suo tempo espressa dagli enti del S.S.R. marchigiano”.

Deve a questo punto rilevarsi che il tema, toccato *in parte qua* dalla sentenza appellata, relativo ai rapporti tra gara Consip e gara della centrale di committenza regionale, aventi un medesimo ambito operativo (territoriale e prestazionale) di incidenza e con particolare riguardo agli Enti del S.S.N., è stato affrontato dalla giurisprudenza essenzialmente nell'ottica della legittimità dell'espletamento della seconda, pur in costanza di un procedimento di gara nazionale in corso di svolgimento (o finanche già conclusosi con la stipulazione della relativa convenzione-quadro).

A tale giurisprudenza si richiama anche il giudice di primo grado, sia attraverso la sentenza appellata, sia attraverso quella da essa menzionata (la n. 500/2019), con la quale era stato respinto il ricorso proposto dalla odierna appellante avverso l'indizione della gara *de qua* da parte della centrale di committenza regionale SUAM.

Nell'occuparsi della questione, infatti, il giudice amministrativo ha sancito il principio della "prevalenza" della gara espletata dalla centrale di committenza periferica rispetto a quella nazionale, escludendo l'onere delle centrali di committenza regionali di coordinarsi, quanto alle iniziative in materia di procedure di gare, con la centrale di committenza a livello nazionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3162 del 28 giugno 2017).

La medesima giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5826 dell'11 dicembre 2017), sulla scorta dell'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 Consip s.p.a.", e del 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 decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip Spa.”, ha delineato un quadro normativo in base al quale (testualmente):

“- 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 Consip 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 Consip (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 (omissis) si è finalmente attivata pubblicando il bando all’origine dei fatti di causa, la gara indetta dalla Consip non era ancora conclusa (restando per molto ferma allo stadio

dell'aggiudicazione provvisoria) e la conseguente convenzione-quadro non risultava evidentemente né attiva, né stipulata.

In definitiva, in presenza di un quadro normativo che, in ipotesi come la presente, riconosce sicura prevalenza ai sistemi di acquisizioni al livello regionale, l'intervento sostitutivo di Consip risultava giustificato soltanto nelle more dell'inadempimento da parte della centrale di acquisti regionale. Tuttavia, l'attivazione di tale meccanismo sostitutivo non risultava idonea a precludere alla centrale di acquisti regionale di avviare una propria gara (ripristinando l'ordine fisiologico delineato dal legislatore). Infatti il dispositivo fissato dalla l. n. 296 del 2006 e poi dalla l. n. 208 del 2015 mira a sollecitare l'intervento 'fisiologico' delle centrali di acquisto regionali e non a privarle stabilmente della potestà di attivarsi, sia pure tardivamente.

Pertanto, a fronte di un disegno normativo che non preclude (ma anzi disciplina) la contestuale attivazione sia al livello centrale che regionale di aggregazione degli acquisti, non si può ritenere che l'avvio di una gara Consip (peraltro mai conclusa con l'aggiudicazione definitiva e la successiva stipula di un contratto) potesse impedire alla centrale di acquisti regionale di attivarsi a propria volta ripristinando l'iter fisiologico delineato dalla legge”.

Il quadro interpretativo ricostruito con la sentenza citata è stato poi completato, con riferimento all'ipotesi (da essa non esaminata, perché esulante dalla fattispecie oggetto di giudizio) in cui la gara Consip si fosse conclusa con l'attivazione della relativa convenzione-quadro, dalla sentenza di questa Sezione n. 1329 del 26 febbraio 2019, con la quale è stato statuito 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 (...). 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 Consip rispetto a quella della centrale di committenza regionale”.

Come si evince dai surriportati passaggi delle sentenze citate, la regola della “prevalenza” della gara regionale rispetto a quella nazionale, dirette a soddisfare il medesimo bisogno di approvvigionamento degli Enti del settore sanitario, è stata essenzialmente affermata laddove veniva in discussione la legittimità dell’atto di indizione emesso da una centrale di committenza regionale: per tale ipotesi, pertanto, è stato affermato che lo svolgimento di una gara Consip (e finanche la sua conclusione, con la conseguente attivazione della relativa convenzione) non fosse idonea a paralizzare l’iniziativa di acquisto regionale, cui gli Enti suindicati avrebbero dovuto attingere in via preferenziale.

Deve tuttavia rilevarsi, con riferimento alla fattispecie in esame, che il suddetto principio non viene chiamato direttamente in causa ai fini della valutazione della legittimità degli atti impugnati in primo grado, mediante i quali gli Enti emananti non hanno assunto decisioni inerenti (direttamente) alla gara regionale ed alle sue sorti, ma si sono limitati ad esercitare il potere di approvvigionamento, in vista del soddisfacimento delle esigenze di cui erano portatrici, mediante l’adesione al canale di acquisizione di livello nazionale, già operativo, a fronte delle lungaggini connesse allo svolgimento della gara regionale.

Sebbene, invero, non possa trascurarsi di considerare che l’adesione delle Amministrazioni intimata in primo grado alla convenzione Consip (con particolare riguardo a quella manifestata dalla ASUR) avrebbe potuto svuotare di utilità, e probabilmente privare della sua stessa ragion d’essere, la gara regionale in corso di svolgimento, non può in pari tempo omettersi di evidenziare che questo avrebbe costituito un (eventuale) effetto indiretto delle scelte da esse compiute in ordine alle più opportune modalità per realizzare l’interesse pubblico di cui erano dirette titolari, in costanza di una gara

regionale caratterizzata da tempi incerti di definizione e di una convenzione-quadro nazionale già pienamente operativa.

Occorre infatti considerare che se il suindicato principio di “prevalenza” della gara regionale rispetto a quella nazionale è stato ricavato dalla giurisprudenza citata essenzialmente sulla scorta dell’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 Consip s.p.a.”, *ergo* in forza di una disposizione intesa a disciplinare, appunto, il potere di approvvigionamento degli Enti fruitori finali delle prestazioni oggetto di acquisizione, la stessa, laddove prevede che gli Enti del SSN sono obbligati ad avvalersi delle convenzioni-quadro stipulate da Consip “qualora non siano operative convenzioni regionali”, non può non essere applicata nel significato suo proprio e diretto, quando, come nella fattispecie in esame, si tratti di sindacare la legittimità di un provvedimento di acquisizione di un servizio mediante una convenzione Consip immediatamente disponibile, in assenza di convenzioni regionali già operative.

Né elementi decisivi a favore della tesi posta a fondamento della sentenza appellata possono trarsi dalla sentenza di questa Sezione n. 5205 del 25 agosto 2020, dal momento che il principio di preferenza per la gara regionale non è stato affermato in termini rigidi ed automatici, ma attraverso la ricostruzione di “un coerente quadro normativo nel quale è demandato alla Consip il compito di rinvenire, in sede di centralizzazione, le migliori possibili condizioni di offerta da porre a disposizione delle amministrazioni, ma è consentito 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, attraverso

un meccanismo di responsabilizzazione delle Amministrazioni stesse, che è coerente con la disciplina euro-unitaria. 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 e di maggiore adesione alle realtà regionali”.

Se quindi, alla luce della ricostruzione normativa e giurisprudenziale che precede, non sarebbe ravvisabile alcun obbligo di attendere la conclusione della gara regionale, in presenza di uno strumento di acquisizione già disponibile ed a fronte della indeterminatezza temporale caratterizzante la disponibilità di quello di marca regionale, ne discende che le scelte spettanti in siffatta tipologia di fattispecie all’Amministrazione afferiscono all’ambito di quelle contrassegnate da discrezionalità amministrativa in senso proprio, ponendosi alla stessa esigenza di individuare la soluzione più adatta a contemperare i plurimi interessi convergenti, al fine di ottimizzare il risultato finale in termini di migliore rispondenza all’interesse pubblico, determinato attraverso l’attenta e ponderata analisi di tutte le circostanze rilevanti.

Da questo punto di vista, la soluzione più ragionevole non avrebbe appunto potuto essere che quella di attingere alla gara nazionale, garantendo l’approvvigionamento del servizio nelle more della gara regionale nel rispetto dei principi di concorrenzialità, economicità e buon andamento (anche attraverso l’apposizione delle opportune clausole condizionanti alla manifestazione di adesione), salvaguardando nel contempo gli esiti della gara regionale (come sancito da questa Sezione con l’ordinanza cautelare n. 6905/2020), al fine di consentire, una volta che la gara regionale si fosse conclusa, le opportune valutazioni di convenienza (economica e qualitativa) in ordine alle condizioni di svolgimento del servizio medesimo garantite dalla gara regionale (a fronte di quelle derivanti dalla gara nazionale): consentendo, in tal modo, l’attuazione del principio di (tendenziale) prevalenza della gara regionale rispetto a quella nazionale, non in modo assoluto ed indiscriminato,

ma in coerenza con i menzionati principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, secondo i principi interpretativi enucleabili dalla giurisprudenza citata.

Nel contesto interpretativo innanzi delineato, si inseriscono coerentemente le disposizioni di cui al già citato art. 8 del d.l. n. 76/2020.

Deve preliminarmente rilevarsi che non hanno pregio le eccezioni di inammissibilità delle deduzioni della parte appellante, formulate dalla parte appellata sul rilievo che la prima non avrebbe specificamente censurato, se non riproponendo i rilievi formulati in primo grado, la sentenza appellata laddove ha evidenziato come i commi 2 e 3 dell'art. 8 del decreto semplificazioni non sanciscano l'inefficacia delle gare non aggiudicate entro il 31 dicembre 2020 né, tantomeno, il comma 3 si occupi delle gare delle centrali di committenza, facendo riferimento all'art. 54 del d.lgs. n. 50/2016 ("accordi quadro") e non alle "convenzioni quadro" di cui all'art. 26 della legge n. 388/2000 (*recte*, art. 58).

Basti rilevare, quanto al primo profilo, che deve condividersi quanto sostenuto dal T.A.R. in ordine alla "chiara valenza sollecitatoria" del comma 2, secondo cui "in relazione alle procedure disciplinate dal decreto legislativo n. 50 del 2016, per le quali sia scaduto entro il 22 febbraio 2020 il termine per la presentazione delle offerte, le stazioni appaltanti, fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, provvedono all'adozione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione entro la data del 31 dicembre 2020": alla previsione, infatti, non può attribuirsi l'effetto di determinare la caducazione della gara regionale, ove incapace di concludersi entro il termine suindicato (già sulla base del noto principio secondo cui non può attribuirsi carattere perentorio alle previsioni normative intese a fissare il termine per la conclusione del procedimento, in mancanza di una chiara volontà legislativa intesa a riconoscere ad esso carattere perentorio ed alla sua inosservanza effetto decadenziale).

Quanto invece al comma successivo (rilevante peraltro, *ratione temporis*, limitatamente alla valutazione di legittimità del provvedimento impugnato con i motivi aggiunti), se da un lato la sentenza appellata non reca alcuna statuizione nei sensi sostenuti dalla parte appellata, rispetto alla quale si sarebbe formato il giudicato, dall'altro lato la previsione secondo cui “in relazione agli accordi quadro di cui all'articolo 54 del decreto legislativo n. 50 del 2016, efficaci alla data di entrata in vigore del presente decreto, le stazioni appaltanti, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente e fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge n. 18 del 2020 provvedono, entro la data del 31 dicembre 2020, all'aggiudicazione degli appalti basati su tali accordi quadro ovvero all'esecuzione degli accordi quadro nei modi previsti dai commi da 2 a 6 del medesimo articolo 54” appare del tutto pertinente rispetto alla fattispecie in esame, ove si consideri che la convenzione *ex art. 26 l. n. 488/1999* ed *art. 58 l. n. 388/2000* è una sottocategoria dell'accordo-quadro *ex art. 54 d.lvo n. 50/2016*.

Né tale conclusione trova ostacolo nella specialità della disciplina vigente nel settore sanitario, ispirata al già richiamato principio di “prevalenza” dell'iniziativa di acquisto centralizzato regionale rispetto a quella nazionale, atteso che, come si è detto, essa attiene al coordinamento tra le procedure di gara, restandone estranea la fase di approvvigionamento (*ergo*, di adesione alle convenzioni in essere), cui ha riguardo anche la disposizione poc'anzi citata.

Deve quindi evidenziarsi che dall'obbligo imposto dal legislatore agli Enti del SSN di avvalersi, in modo sostanzialmente indifferenziato (cfr. il richiamato *art. 1, comma 548, l. n. 208/2015*), “delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip SpA”, e di fare ricorso preferenziale a quella stipulata a livello aggregato regionale solo laddove sia “operativa” (cfr. *l'art. 1, comma 449, l. n. 296/2006*), non può ricavarsi quello ulteriore inteso a precludere l'approvvigionamento dalla fonte centralizzata nazionale, ove disponibile ed operativa: ciò tanto più laddove, in alternativa, sia necessario fare ricorso a strumenti di carattere eccezionale, come la proroga dei contratti

in essere, al fine di garantire la continuità del servizio, o il ricorso ai quali sia finanche da considerare *contra legem*.

A tale proposito, premesso che, ai sensi dell'art. 1, comma 550, l. n. 208/2015, “i singoli contratti relativi alle categorie merceologiche individuate dal decreto di cui al comma 548, 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 ai sensi dei commi da 548 a 552. Le proroghe disposte in violazione della presente disposizione sono nulle e costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa”, deve rilevarsi che lo stesso giudice di primo grado ha riconosciuto (e tale punto non è stato censurato dalla parte appellata con apposito appello incidentale) che l'eventuale proroga del contratto in essere in capo all'A.O. Ospedali Riuniti incorrerebbe nel divieto citato, laddove afferma che “lo stesso sembrerebbe rientrare fra quelli di cui parla il comma 550 (essendo stato stipulato nel 2010)”.

Non possono invece, alla luce delle censure della parte appellante, condividersi i rilievi del T.A.R., nel senso di escludere la pertinenza della sanzione suindicata.

Se ciò vale senz'altro con riguardo a quelli volti a dubitare della opportunità della previsione (i quali si risolvono in una critica alla scelta legislativa, insuscettibile di incidere sulla sua vincolatività), la tesi formulata dal giudice di primo grado, secondo cui “nemmeno la norma in commento introduce un'eccezione al principio della prevalenza delle centrali di committenza regionali. Infatti il comma 550 vieta le proroghe dei contratti in essere oltre la data di attivazione del contratto aggiudicato dalla centrale di committenza, ma rimanda ai commi da 548 a 552, i quali (ed in particolare il comma 548) ribadiscono la prevalenza delle centrali regionali. La norma pertanto consente le proroghe fino al momento della stipula dell'accordo quadro concluso dalla centrale di committenza regionale”, stride con le disposizioni richiamate, dalle quali, per quanto innanzi osservato, è ricavabile il principio secondo cui la

“prevalenza” attiene alle procedure di gara, mentre resta fermo l’obbligo degli Enti del SSN di attingere alla convenzione Consip, ove già stipulata ed operativa, in assenza di una convenzione regionale avente i medesimi requisiti di immediata operatività.

Da questo punto di vista, non è condivisibile l’eccezione della parte appellata, secondo cui la suddetta statuizione non sarebbe stata espressamente censurata, avendo la parte appellante principale espressamente dedotto che gli istituti della proroga o del rinnovo “assumono i tratti dell’eccezionalità. Ne deriva che, in tale contesto e appurata l’inesistenza di una convenzione regionale, gli Enti sanitari hanno legittimamente aderito, come imposto dalla legge, all’unica convenzione disponibile stipulata da un soggetto aggregatore (ovvero, quella di Consip)”.

Quanto alla possibilità di espletare una gara-ponte, cui fa riferimento la società appellata, deve osservarsi che non appare irragionevole la scelta dell’Amministrazione di aderire ad una convenzione già perfezionata ed operativa (quella Consip, appunto), in luogo dell’espletamento di un autonomo esperimento di gara (suscettibile di generare l’esigenza, nelle more del suo svolgimento, di sopperire *aliunde* all’approvvigionamento del servizio), al fine di preservare la gara regionale, in mancanza di ogni previsione in ordine alla convenienza della stessa a fronte delle condizioni economiche e qualitative garantite dalla gara nazionale.

A diverse conclusioni - in punto, soprattutto, di pertinenza applicativa del divieto di cui al citato art. 1, comma 550, l. n. 208/2015 - dovrebbe invece astrattamente pervenirsi in relazione ai contratti A.S.U.R., in relazione ai quali il T.A.R. ha statuito che “l’art. 1, comma 550, della L. n. 208/2015 si applica solo ai contratti in essere alla data di entrata in vigore della stessa legge finanziaria per il 2016, fra i quali non rientra nessuno dei contratti-ponte attualmente vigenti nell’ambito delle Aree Vaste dell’A.S.U.R.”.

Al riguardo, deve premettersi che le appellanti non formulano alcuna censura al fine di inficiare tale statuizione.

Ciononostante, deve ritenersi che la norma sia espressiva di un principio generale, inteso a ribadire il carattere eccezionale del ricorso alla proroga in costanza della attivazione del contratto aggiudicato dalla centrale di committenza, con la conseguenza che il riferimento (apparentemente) limitativo della sua applicazione ai “contratti in essere” costituisca solo il riflesso della prioritaria attenzione riservata dal legislatore alla situazione esistente alla data di emanazione della disposizione.

Il raggiunto esito interpretativo è altresì coerente con le norme ricavabili dal d.l. n. 66/2014, conv. in l n. 89/2014, ed in particolare:

- con il comma 3, laddove prevede che “con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (...) sono individuate le categorie di beni e di servizi nonché le soglie al superamento delle quali (...) gli enti del servizio sanitario nazionale ricorrono a Consip S.p.A. o agli altri soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 per lo svolgimento delle relative procedure”;
- con il comma 3 *bis*, laddove prevede che “le amministrazioni pubbliche obbligate a ricorrere a Consip Spa o agli altri soggetti aggregatori ai sensi del comma 3 possono procedere, qualora non siano disponibili i relativi contratti di Consip Spa o dei soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria”.

Deve invero osservarsi che dalle norme citate è ricavabile il principio della eccezionalità degli strumenti contrattuali finalizzati a fare fronte alle esigenze di acquisizione maturate nelle more dell’espletamento delle gare centralizzate (nazionali o regionali), siano essi le proroghe dei contratti in essere o i contratti-ponte stipulati dalla ASUR nelle more dell’espletamento della gara da parte del soggetto aggregatore nazionale o regionale, e che proprio in considerazione di tale situazione, e della necessità di superarla, la medesima ASUR ha manifestato, con la nota prot. n. 277 del 9 giugno 2020, la volontà di aderire alla sopraggiunta convenzione Consip.

Del resto, la stessa eccezionalità del contratto-ponte, siccome finalizzato a fronteggiare una situazione temporanea, non può non caratterizzare, oltre all'*an* della sua stipulazione, anche la sua esecuzione, nel senso della doverosità della sua interruzione qualora, nel corso della stessa, sopravvenga l'evento (ovvero la possibilità di stipulare il contratto "surrogato") che è stato all'origine della sua conclusione.

Né, poi, la norma citata (in particolare, il comma 3 *bis*) potrebbe essere invocata al fine di giustificare lo svolgimento, da parte del Enti del SSR marchigiano, di "autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti ..." nelle more della conclusione della gara regionale, atteso che la suddetta possibilità è espressamente subordinata dal legislatore alla non disponibilità di contratti Consip o dei soggetti aggregatori: presupposto che non ricorre nel caso in esame, ove si consideri la vigenza della convenzione Consip SSN lotto 5 (relativo anche alla Regione Marche).

Tale considerazione, insieme alla acclarata impossibilità di conclusione della gara regionale entro il 2020, consentono quindi di affermare la non condivisibilità della sentenza appellata anche laddove rileva che "nella specie non è nemmeno necessario porsi tali problemi (di proroga del contratto-ponte in essere, *n.d.e.*), sia perché allo stato attuale non si può escludere in assoluto che la S.U.A.M. riesca a concludere la gara entro il 31 dicembre 2020, sia perché l'ordinamento contiene già disposizioni che gli enti del S.S.R. possono applicare per il caso in cui la S.U.A.M. non riesca a concludere la gara entro i termini nei quali verranno a scadenza le proroghe o i rinnovi contrattuali in essere presso i suddetti enti".

Nemmeno appare persuasiva, sotto tale riguardo, l'affermazione del T.A.R. secondo cui potrebbe farsi ricorso, nelle more della conclusione della gara regionale, all'art. 9, comma 3-*bis*, del d.l. n. 66/2014, laddove stabilisce, come si è visto, che "le amministrazioni pubbliche obbligate a ricorrere a Consip Spa o agli altri soggetti aggregatori ai sensi del comma 3 possono procedere, qualora non siano disponibili i relativi contratti di Consip Spa o dei soggetti

aggregatori di cui ai commi 1 e 2 e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria”: aggiungendo il giudice di primo grado che “del resto, come risulta dagli atti depositati in giudizio dall’A.S.U.R e dall’Azienda Ospedali Riuniti, le due aziende, per la stipula dei suddetti contratti-ponte, hanno utilizzato proprio l’art. 9, comma 3-bis, del D.l. n. 66/2014”.

In aggiunta a quanto innanzi osservato, deve sul punto rilevarsi che se la facoltà di ricorrere alla stipula di contratti-ponte, in forza della disposizione citata, poteva considerarsi legittima allorquando non era intervenuta la stipulazione della convenzione Consip, a diversa conclusione deve pervenirsi, ai sensi dell’art. 1, comma 449, l. n. 296/2006, una volta che essa era stata perfezionata.

Le considerazioni svolte sono pertinenti anche al fine di escludere il carattere decisivo del richiamo operato dal T.A.R. alla previsione di cui all’art. 63, comma 2, lett. c), d.lvo n. 50/2016, ai sensi del quale è ammessa la procedura negoziata “nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall’amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati”: deve infatti rilevarsi che il ricorso ad uno strumento ugualmente eccezionale non appare pertinente, laddove sia disponibile una modalità ordinaria di acquisizione del servizio (quella facente capo alla Consip) ed essa integri un obbligo di legge, in mancanza della disponibilità della modalità preferenziale (rappresentata nella specie dalla convenzione regionale).

Devono a questo punto esaminarsi le censure riproposte dalla società appellata.

Deduce la parte appellata che i provvedimenti impugnati confliggono con l’art. 4 della legge regionale n. 12 del 14 maggio 2012, ai sensi del quale “sono tenuti ad avvalersi della SUAM per le procedure contrattuali per la

realizzazione di lavori pubblici di importo superiore a un milione di euro e per l'acquisizione di beni e servizi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria: ... e) gli enti del Servizio sanitario regionale”.

La censura non può essere accolta.

Basti osservare, a tacer d'altro, che la previsione deve coordinarsi con quelle, successivamente intervenute (cfr., ad es., il richiamato art. 1, comma 548, l. n. 208/2015), che sanciscono la possibilità per gli Enti del SSN di avvalersi delle centrali di committenza regionali ovvero della Consip.

Viene inoltre dedotto dalla parte appellata che SUAM ha costituito un “gruppo di lavoro” incaricato di provvedere alla “progettazione” della gara regionale, all'interno del quale vi era anche un rappresentante dell'ASUR Marche e un rappresentante degli Ospedali Riuniti di Ancona, che hanno concorso ad elaborare il progetto di gara, poi espressamente approvato da entrambe.

Ciò premesso, deduce la parte appellata che il provvedimento col quale ASUR e Ospedali Riuniti di Ancona si sono sottratte dalla gara alla cui progettazione avevano concorso, ed alla quale avevano anche formalmente aderito, è viziato da eccesso di potere sotto vari profili:

- in primo luogo, esso è viziato da contraddittorietà con le precedenti determinazioni del 2018;
- inoltre, esso è viziato da sproporzione ed inadeguatezza, atteso che la gara era suddivisa in 10 lotti (cinque dei quali riferiti alle aziende sanitarie riferite alle aree vaste di ASUR), tutti interdipendenti, per cui la sottrazione di sei lotti dalla gara SUAM (da 1 a 5 di pertinenza di ASUR e uno degli Ospedali Riuniti di Ancona) renderebbe impossibile aggiudicare anche gli ulteriori quattro lotti, atteso che il limite di aggiudicazione di 3 lotti, nei limiti del valore del 30% dell'importo di tutti i lotti di gara, non sarebbe più calcolabile, in quanto mancherebbero ben sei lotti.
- qualora la commissione tecnica non sia in grado di “concludere” i lavori in tempo utile, la soluzione non è demolire una procedura in corso di

valutazione, ma “sostituire” i commissari di gara o, tutt'al più, imporre ai commissari tecnici lo svolgimento di maggiori sedute in modo da concludere i lavori della commissione tecnica;

- la gara regionale bandita da SUAM, per cui sono in corso le operazioni di valutazione delle offerte tecniche, dovrà necessariamente concludersi entro e non oltre il 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 8, comma 2, d.l. n. 76/2020.

Nessuno di tali profili (riproposti) di censura può essere accolto.

Deve in proposito osservarsi, sinteticamente, che:

- le ragioni della scelta di aderire alla convenzione Consip sono state innanzi analizzate e consentono di escludere la contraddittorietà della stessa rispetto alla pregressa decisione di approvare l'indizione della gara regionale (e concorrere alla predisposizione dei relativi atti);

- la vanificazione della gara regionale, quale conseguenza della suddetta scelta, ha carattere meramente indiretto e non denota alcun vizio di irragionevolezza a carico della scelta contestata, siccome orientata al perseguimento dell'interesse primario, facente capo agli Enti del S.S.R. bisognevoli del servizio *de quo*, di provvedere alla sua tempestiva acquisizione nel rispetto delle norme vigenti. In ogni caso, si è già detto che l'adesione alla Convenzione Consip sarebbe formulabile in termini tali da salvaguardare l'esito della gara regionale, ove in concreto maggiormente conveniente rispetto alle condizioni della gara nazionale. In ogni caso, come evidenziato dalla parte appellante in sede di replica ai suddetti motivi riproposti, l'art. 3 del disciplinare della gara SUAM precisa che “la Stazione Appaltante può derogare alla limitazione di aggiudicazione di che trattasi, nel caso in cui la stessa dovesse comportare la mancata aggiudicazione di uno o più lotti”;

- la sostituzione dei commissari di gara attiene alla responsabilità del SUAM e non può farsi carico agli Enti sanitari fruitori finali del servizio oggetto di gara;

- l'art. 8, comma 2, d.l. n. 76/2020, come messo in evidenza dal T.A.R., ha carattere meramente sollecitatorio e non è idoneo a garantire la conclusione

delle operazioni di gara entro il 2020.

Gli appelli, in conclusione, devono essere accolti e conseguentemente respinta la domanda di annullamento proposta in primo grado, mentre può dichiararsi l'assorbimento dell'eccezione di improcedibilità di quest'ultima formulata dalla società appellante alla luce degli esiti della gara regionale (tenuto conto peraltro che, come si evince dal decreto di aggiudicazione n. 65 del 29 marzo 2021, depositato in giudizio dalla società appellata, questa risulta essersi aggiudicata, all'esito della gara regionale, il lotto n. 7).

La complessità dell'oggetto della controversia giustifica nondimeno la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli principale ed incidentale, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado ed i successivi motivi aggiunti.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio, svolta in modalità telematica, del giorno 30 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Ezio Fedullo**

**IL PRESIDENTE**

**Marco Lipari**

## IL SEGRETARIO