

In tema di adesione alle convenzioni stipulate da Consip Spa

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Con l'istituzione delle "centrali di acquisto" con funzioni di "centrali di committenza" da parte delle regioni, ad opera del comma 455, L. n. 296/2006, con il compito di stipulare, per i rispettivi ambiti territoriali, le convenzioni di cui all'art. 26, co. 1, L. n. 488/1999, ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, gli enti del Servizio sanitario nazionale e le aziende sanitarie possono, ai sensi dell'art 1, co. 449, L. n. 296/2006, fare diretto ricorso a tali convenzioni ovvero ne utilizzarne i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti.

In relazione agli enti del Servizio sanitario nazionale "in ogni caso tenuti - a mente dell'ultimo inciso dell'art 1, co. 449, L. n. 296/2006 - ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento", la prima decisione ha correttamente affermato la possibilità delle aziende sanitarie di procedere in proprio, salvo l'obbligo di valutare le offerte alla stregua dei parametri di congruità dei prezzi rispetto a quelli della convenzione stipulata da Consip (Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557).

Siffatta possibilità ricorrere per l'acquisto di beni e servizi alle convenzioni stipulate da Consip Spa, è stata riaffermata nei confronti degli enti aggiudicatori di cui all'art. 3, co. 25, D.Lgs. de codice dei contratti pubblici ed è stata ribadita dall'art. 2, co. 573, L. n. 244/2007 per raggiungere gli obiettivi di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica relativi a lavori, servizi e forniture.

Il richiamo della disposizione da ultimo al "rispetto dei principi di tutela della concorrenza" deve pertanto essere correttamente inteso nell'obbligo di motivazione dell'adesione alla convenzione onde verificare la pertinenza e la congruità delle prestazioni rispetto alle obiettive esigenze dell'ente e al reale fabbisogno

del medesimo, come ancora affermato dalla decisione impugnata, che sotto questo aspetto appare immune da censura.

Con il primo ordine di censure l'appellante afferma che l'adesione dell'Azienda sanitaria alla convenzione Consip sarebbe avvenuta in violazione dei principi sulla concorrenza, obbligatori ai sensi dell'art. 2, co. 573, L. n. 244/2007, in quanto l'ASL avrebbe preventivamente concordato con Controinteressata i servizi da acquisire in aggiunta a quelli tipici della pulizia e della sanificazione, formulando il piano d'intervento sulla scorta di quanto richiesto dall'Area gestione acquisti e servizi logistici.

La possibilità, prevista dall'art. 26, L. n. 488/1999 di ricorrere alla Consip o di utilizzarne, come limiti massimi, i parametri di prezzo-qualità, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, non si pone in contrasto con i principi della libera concorrenza. Quest'ultima, nel caso della Consip si realizza "a monte" e cioè al momento in cui viene selezionata l'impresa che accetta gli ordinativi di fornitura di beni e servizi, selezionata nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente.

Nelle convenzioni Consip non è derogato l'obbligo della gara che viene osservato una volta per tutte dall'amministrazione del tesoro al momento della individuazione delle imprese che, a loro volta si pongono, come parte contrattuale degli enti e delle amministrazioni, obbligate ad avvalersi delle medesime in osservanza a principi di economicità e sul presupposto di un prezzo formato sulla base dell'uniformità delle prestazioni su tutto il territorio nazionale o nelle singole regioni.

Proprio perché il prezzo è uniforme in ambito territoriale, è poi possibile che determinate prestazioni aggiuntive, rispetto a quelle minime da acquistare nel pacchetto, siano definite durante la fase di formazione del contratto, come è avvenuto nella specie, con la riformulazione dell'intervento da parte di Controinteressata, sulla base delle effettive esigenze dell'utilizzatore. Del resto, anche nei rapporti fra l'Azienda sanitaria e la società ricorrente, determinate prestazioni sono state ridotte perché eccessive rispetto alle esigenze del committente, essendo sia la formazione progressiva del contratto che la conformazione delle prestazioni in diminuzione o anche in aumento perfettamente concepibile nella

formazione del rapporto o del suo svolgimento.

Con un secondo ordine di censure, è riproposto sotto altro aspetto, il difetto di motivazione dell'adesione alla convenzione Consip, in quanto le Aziende sanitarie avrebbero l'obbligo di utilizzare le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento che sarebbero diverse dalla Consip.

La censura non ha pregio in relazione al combinato disposto del comma 449 con il comma 457, L. n. 296/2006, a mente del quale "le centrali regionali e la Consip Spa costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa...".

Le centrali regionali sono state costituite per soddisfare le esigenze di acquisto localmente diversificate: in base al testo del comma 1 dell'art. 59, l. 23 dicembre 2000 n. 338 come novellato dalla l. n. 353 del 2003. La novellazione del comma 5 dell'art. 59, l. n. 388 del 2000 ha poi abrogato l'obbligo di motivare i provvedimenti con cui gli enti locali acquistano beni o servizi a condizioni meno vantaggiose rispetto a quelle stabilite dalle convenzioni nazionali, mentre con la riscrittura del comma 6 dell'art. 24, l. 28 dicembre 2001 n. 448 (l. finanziaria 2002) è venuto meno l'obbligo per gli stessi di adottare i prezzi di queste convenzioni come base d'asta al ribasso per le proprie gare di appalto.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 8158 del 23 novembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 08158/2010 REG.SEN.

N. 01540/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 1540 del 2010, proposto da: Ricorrente Service S.r.l., in persona dell'amministratore pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e *****, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

contro

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo in persona del direttore generale, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e *****, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Udine 6;

nei confronti di

Controinteressata S.p.A. quale capogruppo e mandataria del raggruppamento temporaneo d'impres;

Rti - Sti S.p.A., Rti - Gefi Fiduciaria Romana S.p.A., Rti - Cns Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., Rti - Consorzio Stabile Milesi Servizi Integrati, Rti - Prima Vera S.r.l., Rti - Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.A., Rti - Enersj S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia - Sezione Staccata di Brescia: Sezione II n. 01920/2009, concernente: adesione a convenzione per fornitura di servizi di facility management per immobili della p.a.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati Como e *****, su delega rispettivamente degli avv.ti ***** e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione del direttore generale n. 669 del 21 dicembre 2007 è stato approvato il programma di gare d'appalto e del piano di acquisto beni e servizi per il 2008, tra i quali rientra l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici sedi delle strutture dell'ASL e del servizio di prestazioni accessorie per attività di magazzino di trasporto per le quali come modalità di acquisizione è espressamente prevista l'adesione a Consip.

1.1. Con deliberazione del direttore generale n. 267 del 9 maggio 2008, l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo ha aderito alla convenzione di durata quadriennale sottoscritta da Consip s.p.a. con il raggruppamento Controinteressata s.p.a. per la fornitura dei servizi di facility management per immobili della pubblica amministrazione adibiti prevalentemente ad uso ufficio.

1.2. Nella stessa deliberazione n. 267 del 9 maggio 2008 è stata affidata alla ditta Controinteressata Spa del gruppo ALFA il servizio di pulizia e igiene ambientale (1.017.881,33 €), consulenza gestionale (12.283,22 €) di magazzino e trasporto (48.586,14 €), antincendio (4.316,95 €), tutti importi ad esclusione di IVA.

2. Avverso i provvedimenti la società Ricorrente, nella qualità di titolare del precedente contratto di servizio, in scadenza, ha adito, con ricorso n. 762/2008, il Tribunale amministrativo regionale della Lombardia sostenendo in un'unica censura articolata, la violazione dell'art. 26 comma 3 della L. 488/99,

dell'art. 1 commi 449 e 455, L. 296/2006 e dell'art. 2 comma 573, L. 244/2007, nonché l'eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità e per irragionevolezza e travisamento. In particolare, la società Ricorrente ha affermato che:

2.1. le convenzioni CONSIP sono obbligatorie solo per le amministrazioni dello Stato ma non per gli altri enti come lo sono le Aziende Sanitarie Locali nei cui confronti le convenzioni sono meramente facoltative;

2.2. per le amministrazioni diverse da quelle statali, l'adesione alle convenzioni Consip deve essere conforme a convenienza economica, il servizio deve corrispondere alle reali esigenze dell'amministrazione ed è comunque necessario motivare il mancato ricorso alla gara d'appalto;

2.3. l'azienda sanitaria della provincia di Bergamo è ricorsa alla convenzione per sopperire all'esecuzione di un contratto di servizio nonostante la convenzione fosse predisposta per immobili adibiti ad uso ufficio, mentre quelli gestiti dall'A.S.L. sono in prevalenza a destinazione sanitaria;

2.4. la convenzione prevede come prestazione principale obbligatoria la consulenza gestionale mentre la "gestione e coordinamento dei servizi già in essere è opzionale ed è attivabile solo su richiesta dell'amministrazione contraente: l'A.S.L. ha aderito per il solo servizio di pulizia;

2.5. i soli servizi di consulenza gestionale sono obbligatori, mentre per il resto deve essere acquistato un set di almeno 3 servizi;

2.6. il servizio oggetto di adesione ed affidato in forza della convenzione alla ditta Controinteressata s.p.a di Milano è totalmente diverso da quello affidato in precedenza a Ricorrente Service poiché la convenzione prevede solo la pulizia ordinaria e non contempla le operazioni di disinfezione delle quali necessita l'Azienda sanitaria che eroga prestazioni altamente specialistiche in ambienti sanitari

(ambulatori, centri di analisi), i quali esigono interventi di sanificazione e sanitizzazione ed occupano più del 50% della superficie complessiva;

2.7. l'Azienda sanitaria si compone di 28 distretti in cui la superficie sanitaria è maggiore di quella degli uffici per una percentuale del 53,85%, di 33 distretti ove la superficie sanitaria più quella tecnica è maggiore di quella degli uffici per una percentuale del 63,85% e di 19 distretti ove la superficie degli uffici è maggiore di quella sanitaria più tecnica, per una percentuale del 36,54 % : la superficie non afferente ad uffici è superiore al 50 % essendo la superficie destinata a attività sanitarie e tecniche pari al 52%;

2.8. manca la prevalenza della destinazione d'uso dell'immobile ad ufficio: perché sia attivabile la Convenzione Consip, la superficie destinata ad ufficio deve essere maggiore del 50% rispetto alla superficie netta totale dell'immobile.

2.9. il capitolato in vigore fra l'azienda sanitaria e Ricorrente distingueva le aree di diagnosi e cura a medio rischio (ambulatori, strutture residenziali laboratori ecc.) da quelle ad altro rischio dove erano previste cautele particolari non adottate nella nuova convenzione.

2.10 la convenzione è diseconomica, dato che gli oneri a carico dell'amministrazione sono pari a 1.083.067 € su base annua per prestazioni non qualificate, contro i precedenti 1.099.593,20 € per un servizio qualificato e capillare.

3. In primo grado si è costituita l'A.S.L. di Bergamo, eccependo in rito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione e di interesse ad agire e per omessa chiamata in giudizio di CONSIP.

3.1. Nel merito, l'A.S.L. di Bergamo ha prodotto documenti ed ha chiesto la reiezione del ricorso in quanto infondato.

3.3. La domanda cautelare avverso gli impugnati provvedimenti è stata respinta dal Tar della Lombardia con ordinanza n. 636/2008, riformata dalla Sezione in sede di appello cautelare con ordinanza n. 5386/2008

4. All'udienza del 20/02/2009 il Tribunale amministrativo regionale della Lombardia ha trattenuto il ricorso in decisione e, con la sentenza n. 323 del 20 febbraio 2009, ha rigettato tutte le eccezioni pregiudiziali e preliminari della ricorrente, disponendo una verifica in contraddittorio delle parti di una serie di elementi di fatto rilevanti ai fini del decidere.

4.1. Acquisita la relazione di verifica il 31 agosto 2009, il ricorso è stato ulteriormente chiamato e passato in decisione alla pubblica udienza del 29 ottobre 2009.

4.2. Con la sentenza 1920 del 5 novembre 2009 il ricorso è stato in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile, sulla scorta dei dati acquisiti dalla verifica disposta che ha dichiarato la congruenza delle attività individuate dall'accordo-quadro con le necessità dell'A.S.L. di Bergamo.

4.3. E' stata altresì disposta la liquidazione delle spese di verifica con separata ordinanza e la compensazione delle spese di giudizio in ragione della particolare complessità della controversia.

5. Avverso la sentenza propone appello la società Ricorrente Service chiedendone la riforma.

5.1. Nel giudizio si è costituita l'Azienda ASL di Bergamo che ha eccepito l'inammissibilità dell'appello per due distinti profili e ne ha chiesto il rigetto.

3. All'udienza del 13.7.2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe è stato rigettato, previa verifica disposta con la decisione interlocutoria n. 323 del 20 febbraio 2009, il ricorso proposto dalla società Ricorrente, nella qualità di titolare del precedente contratto di servizio per la pulizia e sanificazione dei locali dell'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo, avverso l'adesione alla convenzione di durata quadriennale sottoscritta da Consip s.p.a. con il raggruppamento Controinteressata s.p.a. per la fornitura dei servizi di facility management e l'affidamento alla ditta Controinteressata Spa del gruppo ALFA del servizio di pulizia e igiene ambientale, di consulenza gestionale, di magazzino e trasporto antincendio.

1.1. Ad avviso della decisione impugnata, l'adesione alle convenzioni-quadro delle amministrazioni diverse da quelle statali non elude l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica, in quanto nel sistema centralizzato degli acquisti, il confronto comparativo è assicurato direttamente dalla CONSIP che gestisce una procedura di gara ed individua il soggetto affidatario, al quale gli altri Enti potranno rivolgersi per ottenere le prestazioni oggetto dell'impegno negoziale assunto.

1.2 Anche se, ai sensi dell'art. 2 co. 573, L. 244/2007 è data alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di aderire agli accordi già perfezionati a livello centralizzato, le stesse sono comunque obbligate a prendere in considerazione le condizioni contrattuali delle convenzioni-quadro, affinché il confronto comparativo sviluppato nella selezione autonomamente indetta permetta di acquisire proposte economiche e tecnico-qualitative ulteriormente vantaggiose.

1.3. La sentenza non ha poi ravvisato il capo alla Stazione appaltante alcun obbligo di motivare le ragioni del mancato ricorso alla gara né di avvalersi della convenzione CONSIP: ha invece ravvisato in capo alla stessa l'obbligo di esplicitare le ragioni di effettuare un'autonoma procedura ad evidenza pubblica e porre in evidenza gli aspetti tecnico-economici che inducono a promuovere un ulteriore confronto competitivo.

1.4. L'espresso onere di motivazione è stato invece rinvenuto nel solo caso di non corrispondenza delle prestazioni erogate dall'impresa individuata dalla selezione CONSIP con le necessità dell'amministrazione precedente, tenuta a dimostrare che l'affidamento contempla attività del tutto idonee rispetto al fabbisogno e non comprende beni e servizi superflui o comunque non indispensabili per il suo buon funzionamento.

1.5. Esaminati i risultati della verifica sulla congruenza delle attività individuate dall'accordo-quadro con le necessità dell'A.S.L. di Bergamo, la sentenza ha respinto il ricorso per infondatezza dei dedotti profili d'illegittimità.

1.6. E' stata infine dichiarata inammissibile, perché non dedotta nell'atto introduttivo, la censura sviluppata nella memoria finale e nell'istanza istruttoria del 29/9/2009 circa l'esistenza di una trattativa privata fra l'amministrazione e la società Controinteressata, in violazione dei principi di concorrenza e trasparenza.

2. Precede l'esame del merito dell'appello la trattazione delle eccezioni d'inammissibilità svolte dall'Azienda Sanitaria locale della Provincia di Bergamo per nullità della procura a margine dell'atto introduttivo e per difetto di notificazione nei confronti della società Controinteressata s.p.a. nella qualità di controinteressata evocata nel giudizio di primo grado.

2.1. Ambedue le censure sono da respingere.

2.1.1. La dott.ssa ***** A, che ha sottoscritto il mandato in margine all'atto introduttivo del giudizio di primo grado ed al presente appello e della quale si contesta il potere di rappresentanza, risulta cessata dalla carica di amministratore unico sin dal 29 giugno 2002, come risulta dal relativo verbale di assemblea della società Ricorrente Service in seguito alla quale la stessa ha assunto la carica di componente del consiglio di amministrazione.

2.1.2. Ambedue i mandati, relativi al precedente e al presente grado di giudizio, sono stati infatti sottoscritti dalla dott.ssa ***** A nella qualità di consigliere delegato di Ricorrente Service s.r.l.

2.1.3 Secondo l'art. 25 dello Statuto della società, la firma e la rappresentanza della società di fronte ai terzi ed in giudizio spettano al presidente del consiglio di amministrazione o agli amministratori designati dall'assemblea o all'amministratore unico.

2.1.4. Avendo la dott.ssa ***** A sottoscritto in ambedue i casi la procura ad litem nella qualità di consigliere delegato, spettava all'Azienda Sanitaria fornire prova della nullità della delega o di dedurne l'inesistenza anche sotto l'aspetto del principio di prova: della contestazione della delega non vi è traccia negli scritti difensivi dell'Azienda.

2.1.5. In difetto di prova contraria all'esistenza dei poteri di promuovere la lite in capo alla dott.ssa ***** A nella veste di consigliere di qualità di consigliere di amministrazione, la procura deve ritenersi validamente sottoscritta: secondo le disposizioni statuarie come riportate nella visura relativa alla società "la rappresentanza spetterà a tutti i componenti del consiglio di amministrazione anche in via disgiunta tra loro".

2.1.6. Nell'ipotesi in cui la stessa persona abbia esercitato il potere di rappresentanza nelle pregresse fasi del processo senza opposizione o contestazione della controparte, non è ammissibile eccepirne il difetto in quelle successive sia perché ai sensi dell'art. 2384 c.c. gli amministratori-rappresentanti possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salve le limitazioni derivanti dalla legge o dall'atto costitutivo, sia perché la precedente decisione è divenuta irrevocabile in punto (Cass., sez. II, 14 maggio 1983, n. 3317).

2.3. Infondata in fatto è l'ulteriore aspetto d'inammissibilità per carenza di notificazione dell'appello nei confronti della società Controinteressata s.p.a. nei cui riguardi la notifica si è regolarmente perfezionata il

15 febbraio 2010 come è documentato in atti dal deposito del 24 febbraio 2010.

3. Con un primo ordine di censure (pagg. da 8 a 19 e da 37 a 39 dell'atto introduttivo) viene riproposto il motivo di violazione dell'art. 26 co. 3 della L. 488/99, dell'art. 1 co. 449 e co. 455, L. 296/2006 e dell'art. 2, co. 573, L. 244/2007, sotto il profilo dell'illegittima adesione da parte dell'Azienda Sanitaria alla convenzione Consip, già respinta in prime cure.

3.1. Ad avviso dell'appellante, la convenzione Consip era rivolta prevalentemente alla gestione di immobili ad uso ufficio mentre quelli dell'ASL della Provincia di Bergamo presentano una superficie prevalentemente sanitaria. La convenzione Consip offre prestazioni di global service imponendo l'acquisto di determinati servizi sicché l'ASL per aderire alla Convenzione aveva dovuto acquistare un pacchetto di servizi aggiuntivi. La società Controinteressata aveva dovuto modificare più volte il piano dettagliato d'interventi per adattarlo alle esigenze dell'ASL.

3.2. Ad avviso della sentenza impugnata (punti 1.1. e 1.2.), l'art. 2 co. 573, L. 244/2007 non esonera le amministrazioni aggiudicatrici dal prendere in considerazione le condizioni contrattuali delle convenzioni-quadro, affinché il confronto comparativo sviluppato nella selezione autonomamente indetta permetta di ottenere proposte economiche e tecnico-qualitative ulteriormente vantaggiose.

3.2.1. Allorché procedano ad individuare autonomamente una controparte contrattuale diversa dalla Consip, le amministrazioni devono adottare i prezzi delle convenzioni Consip come base di gara al ribasso aperta ad offerte autenticamente migliorative, senza eludere le clausole di un contratto già operativo, delle quali le amministrazioni potrebbero immediatamente avvalersi.

3.3. Le conclusioni dei primi giudici sono meritevoli di conferma.

3.3.1. Con l'istituzione delle "centrali di acquisto" con funzioni di "centrali di committenza" da parte delle regioni, ad opera del comma 455, L. n. 296/2006, con il compito di stipulare, per i rispettivi ambiti territoriali, le convenzioni di cui all'art. 26, co. 1, L. n. 488/1999, ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, gli enti del Servizio sanitario nazionale e le aziende sanitarie possono, ai sensi dell'art 1, co. 449, L. n. 296/2006, fare diretto ricorso a tali convenzioni ovvero ne utilizzarne i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti.

3.3.2. In relazione agli enti del Servizio sanitario nazionale "in ogni caso tenuti - a mente dell'ultimo inciso dell'art 1, co. 449, L. n. 296/2006 - ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento", la prima decisione ha correttamente affermato la possibilità delle aziende sanitarie di procedere in proprio, salvo l'obbligo di valutare le offerte alla stregua dei parametri di congruità dei prezzi rispetto a quelli della convenzione stipulata da Consip (Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557).

3.3.3. Siffatta possibilità ricorrere per l'acquisto di beni e servizi alle convenzioni stipulate da Consip Spa, è stata riaffermata nei confronti degli enti aggiudicatori di cui all'art. 3, co. 25, D.Lgs. de codice dei contratti pubblici ed è stata ribadita dall'art. 2, co. 573, L. n. 244/2007 per raggiungere gli obiettivi di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica relativi a lavori, servizi e forniture.

3.3.4. Il richiamo della disposizione da ultimo al "rispetto dei principi di tutela della concorrenza" deve pertanto essere correttamente inteso nell'obbligo di motivazione dell'adesione alla convenzione onde verificare la pertinenza e la congruità delle prestazioni rispetto alle obiettive esigenze dell'ente e al reale fabbisogno del medesimo, come ancora affermato dalla decisione impugnata, che sotto questo aspetto appare immune da censura.

3.4. L'impianto motivazionale della deliberazione n. 267 del 9 maggio 2008 da atto che, a seguito della programmazione delle gare d'appalto e del piano d'acquisto di beni e servizi per l'anno 2008 di cui alla deliberazione direttoriale n. n. 669 del 21 dicembre 2007, tra cui l'affidamento del servizio di pulizia degli edifici sedi della strutture ASL per un importo totale annuo di € 1.300.000,00 e del servizio di prestazioni

accessorie per attività di magazzino e di trasporto per un importo annuo di € 60.000,00, l'Azienda ospedaliera aveva avviato la procedura di verifica per l'eventuale adesione alla convenzione stipulata dalla Regione Lombardia con la società Consip Spa e la ditta Controinteressata Spa, per la fornitura di servizi di facility management per gli immobili ad uso a qualsiasi titolo alle amministrazioni adibiti prevalentemente ad uso ufficio.

3.4.1. Alla mancata approvazione per "non economicità" in relazione a tutte le categorie di servizi del piano di interventi presentato dalla ditta Controinteressata Spa e all'invito rivolto alla medesima di redigere una nuova versione del piano tenendo conto delle esigenze dall'Azienda sanitaria era seguita la riformulazione del piano stesso in data 9 aprile 2008 e la nuova documentazione e la documentazione finale in data 5 maggio 2008. In detta sede è stato tenuto conto delle prestazioni attualmente svolte e delle diverse tipologie di superfici individuate nella esecuzione dei rilievi di precensimento quale le aree amministrative e quelle ad uso diagnostico. Dalla nota Controinteressata in data 29 luglio 2008 si evince poi che gli standard applicati e le prestazioni aggiuntive collegate sono stati studiati seguendo le indicazioni derivanti dal Capitolato in vigore per l'ASL di Bergamo.

3.4.2. Non è perciò fondata l'osservazione dell'appellante circa la sostanziale diversità dei servizi oggetto della convenzione Consip rispetto a quelli oggetto della deliberazione n. 669 del 21 dicembre 2007 di programmazione delle gare d'appalto per il 2008, nella quale oggetto della gara era il servizio di pulizia ed eventualmente il servizio di gestione magazzino e consegna materiale.

3.4.3. In disparte la circostanza che l'allegato alla citata deliberazione n. 669/2007 prevede distintamente che siano messi a gara il servizio di pulizia e i servizi di trasporto, costituisce una petizione di principio astratta del tutto indimostrata in concreto che il servizio di pulizia oggetto della convenzione Consip non atteneva alla pulizia delle aree sanitarie ma prevalentemente a quelle di aree amministrative e che le modalità con le quali erano state strutturate in concreto le prestazioni da svolgere effettivamente presso la sede dell'ASL non fossero idonee a sanificare e sanitizzare le aree di diagnosi, quelle a medio rischio e quelle a rischio sanitario.

3.4.5. Che poi nella precedente gara di cui si era resa aggiudicataria la società Ricorrente, fosse stato previsto un più dettagliato protocollo di pulizia a sanificazione, che alla stessa avessero potuto partecipare solo aziende che avevano un fatturato globale non inferiore a € 23.240.560,45 per gli anni 1997-1999 relativo a servizi del settore sanitario e che, infine, la convenzione Consip non preveda operazioni di disinfezione, non implica illogicità nel comportamento dell'amministrazione che, nella specie, non ha aderito alla stessa sic et simpliciter ma ne ha conformato il contenuto alle proprie esigenze e necessità per effetto di una serie di passaggi procedurali che possono essere equiparati alle trattative nei contratti di libero mercato.

3.4.6. Né è sinonimo d'irragionevolezza che unitamente al servizio di pulizia, subappaltato al 30%, la convenzione preveda anche altri servizi quali la consulenza gestionale e la manutenzione e che per il facchinaggio sia previsto un canone extra, sicché con la convenzione stessa l'ASL non avrebbe ottenuto alcun risparmio .

3.4.7. E' infatti indimostrato che dai servizi diversi da quelli di mera pulizia e sanificazione l'Azienda sanitaria non tragga alcun vantaggio quantomeno in termini di economie di gestione, data la loro necessità per la corretta gestione aziendale.

3.4.8. Il subappalto e il sovraccanone di facchinaggio, poi, trovano poi giustificazione, l'uno nell'espressa previsione della legge in tal senso e l'altro nell'estraneità del facchinaggio all'oggetto tipico del contratto.

3.4.9. A parità di costo, infine, l'adesione alla convenzione Consip rappresenta oggetto l'esito di una valutazione discrezionale rimessa alla p.a fra le vie offerte dalla legge, nei cui confronti l'esternazione delle ragioni deve limitarsi ai criteri in base ai quali sia stata assunta la determinazione e non dei motivi della scelta (T.A.R. Lazio, sez. III, 19 maggio 2003, n. 4366).

3.5. Unitamente alla censura in esame, da disattendere per i suesposti motivi, va anche rigettata la

successiva connessa (pagg. da 22 a 24 dell'atto introduttivo), d'illegittimità del comportamento della stazione appaltante che avrebbe surrettiziamente ridotto le prestazioni di pulizia per adeguarle a quelle previste nella convenzione, violando il principio della concorrenza sancito dall'art. 2, co. 573, L. n. 244/2007.

3.5.1. Così come formulata, la censura è anzitutto affetta da genericità, non avendo l'appellante precisato quali delle prestazioni tipiche della pulizia e sanificazione sarebbero state ridotte o addirittura soppresse per far luogo alle altre caratteristiche del facility management e raggiungere il prezzo più basso.

3.5.2. La censura è poi infondata, per quanto attiene alla supposta inversione operata dall'Azienda sanitaria, che nei contatti avuti con la società Controinteressata demandata allo svolgimento del servizio, sarebbe stato contrattato la prestazione in relazione al prezzo e non all'affettivo fabbisogno per l'azienda.

3.5.2. Dalla documentazione in atti, in particolare dalla nota Controinteressata del 29 luglio 2008 si evince come talune delle prestazioni offerte all'azienda coincidono pienamente con il capitolato Consip, altre siano state specificamente calibrate sulla base delle esigenze dell'azienda sanitaria (scheda specifica dei servizi di pulizia e igiene ambientale) indipendentemente dal prezzo, sicché è da escludere che vi sia stato un accordo la le parti diretto a deprimere taluni servizi in relazione ai possibili maggiori costi.

3.6. D'altra parte, la comparazione fra il servizio offerto da Controinteressata in sede di convenzione e quello svolto dalla ricorrente non evidenziano differenze tali da far concludere per una complessiva depressione dei servizi nel loro insieme.

3.6.1. Rispetto alla scopatura e detersione offerte da Ricorrente e quelle acquisite dalla convenzione Consip la differenza di prezzo, per ciò che attiene alla superficie, è pari a € 1.027,74 per il Distretto di Ponte San Pietro e di € 803,31 per quello di Bonate Sotto. Rispetto al prezzo totale della gara, pari ad € 1.222.000,00, le prestazioni asseritamente rese in meno, in termini di superficie, non appaiono

significative per affermare un decremento dei servizi acquistati.

3.6.2. Per quanto attiene alla “detersione pavimenti Q” ossia ogni quindici giorni, che, ad avviso dell’appellante sarebbe stata oggetto di prestazione straordinaria nella convenzione Consip, diversamente dal contratto in essere con la società Ricorrente nel quale la stessa prestazione era qualificata ordinaria per le aree amministrative e per la guardia medica, è indimostrato che l’onere relativamente maggiore (peraltro neppure quantificato dall’appellante) abbia arrecato un effettivo aggravio per l’Azienda sanitaria perché non controbilanciato da maggiori economie in altri aspetto del servizio di pulizia e sanificazione.

4. Per ciò che attiene alla contestazione dell’appellante dei risultati della verifica, mette conto ricordare che con la sentenza interlocutoria n. 323 del 20 febbraio 2009 era stato disposto il compimento di una verifica a cura del Direttore amministrativo dell’A.S.L. di Brescia, o suo delegato, i cui risultati sono contenuti nella relazione del 29 agosto 2009 a firma della dott.ssa *****. Sulla base di quanto emerso dalla verifica, la sentenza di primo grado ha respinto le censure della ricorrente.

In merito ai motivi si appello (pagg. 24 - 37 dell’atto introduttivo) che il Collegio ritiene infondati nel loro insieme, si osserva:

4.1. In ordine al quesito sull’esatta estensione degli spazi sanitari, l’esito della verifica ha accertato che su una superficie totale di 40.645,65 mq., su un campione del 20%, di cui il 62,36% per uffici e il 37,64% per attività sanitarie nel cui ambito le aree effettivamente destinate ad ambulatorio presso ciascuna struttura occupano una superficie notevolmente inferiore. In 15 sedi la porzione di area destinata ad attività sanitaria è superiore a quella occupata dagli uffici.

4.1.1. Sul presupposto che il parametro della prevalenza della destinazione ad uso ufficio, contenuto nell’art. 3 della Guida alla convenzione, deve essere interpretato con riferimento all’estensione globale dei singoli interventi e non in relazione ai singoli immobili, la sentenza impugnata ha respinto la censura di

violazione dei criteri di economicità propri della convenzione Consip.

4.1.2. Muovendo dal rilievo della “residualità” dei servizi sanitari che nell’Azienda di Bergamo sono ridotti ai servizi di prevenzione, ai SERT per i tossicodipendenti e ai servizi di continuità assistenziale, i primi giudici hanno osservato che l’affidamento è conforme al dato complessivo, valorizzato dalla convenzione, rilevando altresì la conformità della fornitura del facchinaggio interno ed esterno è conforme all’art. 2.3.4.2. della guida alla convenzione che lo descrive quale “corretta movimentazione del mobilio, dotazioni d’ufficio e attrezzature” considerando infine che, nell’ambito della convenzione stessa, tutti i servizi hanno pari dignità sicché correttamente l’ASL di Bergamo ha dato prevalenza al servizio di pulizia, attivando la consulenza gestionale ed acquistando il set minimo di altri servizi, consistenti nella manutenzione dell’impianto antincendio e del facchinaggio interno.

4.1.3. Nella relativa censura (pagg. 25/26 dell’appello) la società Ricorrente richiama l’art. 3 della Guida alla Convenzione e sostiene l’illegittimità delle conclusioni cui è pervenuto il Tar nell’interpretare funzionalmente la disposizione e non secondo il suo contenuto letterale.

4.1.4. Osserva il Collegio che il criterio funzionale adottato dalla sentenza per interpretare la clausola di “prevalenza della destinazione dell’immobile/2 ad uso ufficio” la cui superficie deve essere maggiore del 50% rispetto alla superficie nella total dell’immobile, appare la più idonea a circoscrivere le prestazioni in relazione all’effettiva destinazione dei locali, tenuto conto delle reali funzioni espletate in seno all’Azienda sanitaria.

4.1.5. La stessa osservazione, è d’altra parte, contenuta nella relazione del verificatore, laddove afferma che “pur concordando che le ASL Lombarde non erogano prestazioni specialistiche si ritiene di mantenere il criterio in precedenza stabilito...” nel quale le aree sanitarie sono state qualificate non solo gli ambulatori come identificati con la relativa scritta in tutte le sedi, ma anche quelle destinate a sale di attesa.

4.1.6. Correttamente perciò la sentenza in esame non ha ritenuto la destinazione sanitaria di quindici tra gli immobili presi in esame come dirimente per l'applicazione della clausola di prevalenza, considerando che alle attività sanitarie erano realmente destinati soltanto 4.000 mq. come risulta dalla scheda "A" allegata alla verifica a fronte di tutti gli immobili presi in esame, come riportati nell'allegato "B".

4.2. Per quanto attiene al confronto effettuato dal verificatore fra le prestazioni erogate negli ambienti ad uso sanitario e ad uso ufficio nel contratto sottoscritto con la società Controinteressata e quello stipulato con la società Ricorrente nel triennio 2004-2007, con riguardo alle esigenze di sanificazione dei locali ad uso sanitario, deve essere condivisa la soluzione della sentenza impugnata che "il quadro complessivo non evidenzia scostamenti particolari nella tipologia e nella natura delle prestazioni effettuate".

4.2.1. Nella relazione di verifica (pagg. da 4 a 23) sono evidenziate a fronte in due colonne distinte le attività prestazioni delle ditte Ricorrente e quelle della ditta Controinteressata: al maggior dettaglio delle une per le quali vengono descritte le aree, le frequenze degli interventi e i prodotti adoperati non sempre corrisponde una vera e propria differenza sul piano delle reali prestazioni rispetto alle altre per le quali le prestazioni stesse sono raggruppate in base ad uno standard definito "basso" e "alto", comprensivo quest'ultimo dei servizi da prestare nelle aree di diagnosi e cura nelle quali figurano alcune integrazioni per le "aree diagnosi ed altre a frequenza giornaliera per la "guardia medica".

4.2.2. Nell'appello, la società Ricorrente formula una serie di censure nei confronti della verifica con riferimento alle controdeduzioni versate in atti nel giudizio di primo grado, alle quali deve replicarsi che:

a) non rappresenta un elemento discriminante la circostanza che nel contratto Ricorrente siano determinati i prodotti adoperati per la sanificazione e la sanitarizzazione, diversamente dalla convenzione Consip nella quale però si fa riferimento agli standard vigenti in ambito UE. Neppure discriminante è il maggior dettaglio con il quale sono descritte le prestazioni nel capitolato e nel progetto tecnico Ricorrente considerata la generalità della Convenzione Consip e la possibilità di adattare alle singole prestazioni;

b) non rappresenta un elemento qualificante a favore della società Ricorrente l'esistenza di aree sanitarie nell'ambito del capitolato, in quanto analoga possibilità è prevista nella convenzione Consip, anche se qualificate sotto la denominazione di "standard alto", per la quali sono state anche aggiunte "prestazioni a richiesta";

c) nulla prova ai fini di più deteriori prestazioni la circostanza che le aree a destinazione sanitaria siano state indicate dallo stesso verificatore nel 37,6% del totale a fronte di servizi a "standard alto" pari al 7%, in quanto fra quelle a destinazione sanitaria sono state compresi anche gli spazi destinati a corridoio, sicché le aree a destinazione sanitaria praticamente coincidono per ambedue le ditte.

4.3. In relazione ai costi sostenuti per ciascuna sede (locale e periferica) e ai costi complessivi calcolati in base alle clausole del contratto sottoscritto con la società Controinteressata, da raffrontare con le spese assunte in base al contratto stipulato con la società Ricorrente nel triennio 2004-2007, la sentenza impugnata da atto che, pur in presenza di dati parzialmente disomogenei, la scelta di affidare il servizio a Controinteressata è supportata da logiche ragioni di convenienza.

4.3.1. Nella verifica è poi riportato che la stessa stazione appaltante aveva richiesto nel 2005 un contenimento dei costi e la riduzione delle frequenze degli interventi nelle aree amministrative nelle sedi di Via Galliccioli e Borgo Palazzo (da 5 a 3 giorni la settimana) e che nello stesso anno 2005 i costi del contratto erano stati contenuti riducendo la pulizia delle aree amministrative a 3 giorni la settimana.

4.3.2. Nella decisione è dato conto di un canone mensile dovuto a Ricorrente nel maggio 2008 pari a 88.118,01 € e di un canone preteso da Controinteressata pari a 84.823,45 €, che riportati al periodo annuale determina un delta di 40.352,52 € a favore della Controinteressata (complessivi 1.061.713,82 € contro 1.017.881 €).

4.3.3. Nell'appello si afferma che la comparazione dei costi darebbe luogo ad un risparmio virtuale e non

reale, dato il carattere di novità del servizio assegnato alla ditta Controinteressata rispetto a quello svolto dalla ditta Ricorrente.

4.3.4. La stessa verifica ha però evidenziato come la stessa stazione appaltante avesse nel tempo ridotto le prestazioni richieste per motivi di economicità sicchè un confronto reale non appariva possibile se non sotto il profilo del prezzo finale che appare senza dubbio più conveniente per la convenzione Consip.

4.4. Anche i suesposti motivi vanno perciò rigettati e va confermata per questo aspetto la sentenza impugnata.

5. Con un distinto ordine di censure (pagg. da 44 a 66 dell'appello) si afferma l'erroneità della sentenza di primo grado per una serie di considerazioni in parte analoghe in parte diverse da quelle sinora svolte.

Anche queste censure sono infondate.

5.1. Con il primo ordine di censure l'appellante afferma che l'adesione dell'Azienda sanitaria alla convenzione Consip sarebbe avvenuta in violazione dei principi sulla concorrenza, obbligatori ai sensi dell'art. 2, co. 573, L. n. 244/2007, in quanto l'ASL avrebbe preventivamente concordato con Controinteressata i servizi da acquisire in aggiunta a quelli tipici della pulizia e della sanificazione, formulando il piano d'intervento sulla scorta di quanto richiesto dall'Area gestione acquisti e servizi logistici.

5.1.1. La possibilità, prevista dall'art. 26, L. n. 488/1999 di ricorrere alla Consip o di utilizzarne, come limiti massimi, i parametri di prezzo-qualità, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, non si pone in contrasto con i principi della libera concorrenza. Quest'ultima, nel caso della Consip

si realizza “a monte” e cioè al momento in cui viene selezionata l’impresa che accetta gli ordinativi di fornitura di beni e servizi, selezionata nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente.

5.1.2. Nelle convenzioni Consip non è derogato l’obbligo della gara che viene osservato una volta per tutte dall’amministrazione del tesoro al momento della individuazione delle imprese che, a loro volta si pongono, come parte contrattuale degli enti e delle amministrazioni, obbligate ad avvalersi delle medesime in osservanza a principi di economicità e sul presupposto di un prezzo formato sulla base dell’uniformità delle prestazioni su tutto il territorio nazionale o nelle singole regioni.

5.1.3. Proprio perché il prezzo è uniforme in ambito territoriale, è poi possibile che determinate prestazioni aggiuntive, rispetto a quelle minime da acquistare nel pacchetto, siano definite durante la fase di formazione del contratto, come è avvenuto nella specie, con la riformulazione dell’intervento da parte di Controinteressata, sulla base delle effettive esigenze dell’utilizzatore. Del resto, anche nei rapporti fra l’Azienda sanitaria e la società ricorrente, determinate prestazioni sono state ridotte perché eccessive rispetto alle esigenze del committente, essendo sia la formazione progressiva del contratto che la conformazione delle prestazioni in diminuzione o anche in aumento perfettamente concepibile nella formazione del rapporto o del suo svolgimento.

5.2. Con un secondo ordine di censure, è riproposto sotto altro aspetto, il difetto di motivazione dell’adesione alla convenzione Consip, in quanto le Aziende sanitarie avrebbero l’obbligo di utilizzare le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento che sarebbero diverse dalla Consip.

5.2.1. La censura non ha pregio in relazione al combinato disposto del comma 449 con il comma 457, L. n. 296/2006, a mente del quale “le centrali regionali e la Consip Spa costituiscono un sistema a rete, perseguendo l’armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa...”.

5.2.2. Le centrali regionali sono state costituite per soddisfare le esigenze di acquisto localmente diversificate: in base al testo del comma 1 dell'art. 59, l. 23 dicembre 2000 n. 338 come novellato dalla l. n. 353 del 2003. La novellazione del comma 5 dell'art. 59, l. n. 388 del 2000 ha poi abrogato l'obbligo di motivare i provvedimenti con cui gli enti locali acquistano beni o servizi a condizioni meno vantaggiose rispetto a quelle stabilite dalle convenzioni nazionali, mentre con la riscrittura del comma 6 dell'art. 24, l. 28 dicembre 2001 n. 448 (l. finanziaria 2002) è venuto meno l'obbligo per gli stessi di adottare i prezzi di queste convenzioni come base d'asta al ribasso per le proprie gare di appalto.

5.3. Con la terza serie di censure, anch'esse infondate, si afferma che la sentenza impugnata avrebbe erroneamente considerato i risultati della verifica sotto diversi aspetti.

5.3.1. La verifica da atto che le aree effettivamente a rischio sanitario sono di numero quanto mai esiguo e pressoché analoghe a quelle determinate dall'appellante e che nelle predette aree lo standard di pulizia, sanificazione e sanitarizzazione è stato determinato come "alto" dalla convenzione.

5.3.2. La clausola di prevalenza risulta pertanto osservata in relazione alle più ampie aree riservate ad attività amministrativa, anche in relazione a quanto osservato dal verificatore circa la trasformazione dell'attività dell'azienda, nella quale l'attività propriamente sanitaria è venuta progressivamente a mancare.

5.3.3. L'attività di movimentazione di mobili e arredi, qualificata come attività di facchinaggio interno è prevista fra le prestazioni da attivare a richiesta nell'ambito della convenzione. Le altre attività di trasporto che l'appellante afferma essere obliterate dalla convenzione, quali lo stoccaggio, il deposito, il carico e scarico merci appaiono comunque estranee all'oggetto del contratto di servizio ed è facoltà dell'Azienda sanitaria avvalersene o meno.

5.3.4. La distinzione fra servizi obbligatori e servizi facoltativi ha valenza puramente descrittiva

nell'ambito di quelli compresi dalla convenzione e di quelli attivabili a richiesta dalla stazione appaltante, in relazione alle sue specifiche esigenze: successivamente all'aggiudicazione i servizi rivestono però pari dignità, come afferma la sentenza impugnata. Non è possibile perciò riaffermare la violazione del principio della concorrenza solo perché la convenzione Consip prevedeva un unico pacchetto di servizi e non anche i servizi aggiuntivi come è avvenuto con l'aggiudicazione a Controinteressata.

5.3.5. Nella verifica sono distinte le aree nelle quali si svolge attività sanitaria da quelle in cui si svolge attività amministrativa: sono perciò infondate le censure mosse avverso la sentenza che non distinguerebbe la pulizia vera e propria dall'attività di sanificazione di sanitarizzazione.

5.3.6. Il prezzo più basso al quale è avvenuta l'aggiudicazione delle forniture da infine conto dell'infondatezza dell'ultimo gruppo di censure nelle quali si afferma che la quantità di servizi offerti da Ricorrente era superiore a quella offerta da Controinteressata.

6. Deve infine essere esaminata l'istanza in data 10 giugno 2010, prodotta dall'azienda sanitaria locale della Provincia di Bergamo nella quale si produce la nota spese del primo grado affinché il Collegio disponga della documentazione necessaria per la pronuncia delle spese del doppio grado di giudizio.

6.1. La sentenza di primo grado aveva compensato le spese di causa in ragione della particolare complessità della controversia, che ha richiesto l'espletamento di una verifica ed aveva liquidato le spese di verifica saranno separate ordinanza previa presentazione di rituale nota da parte del soggetto incaricato.

6.2. L'istanza è inammissibile per quanto attiene la eventuale doglianza avverso la pronuncia del giudice adito in primo grado sulle spese del relativo giudizio, la cui compensazione avrebbe dovuto essere contestata con appello incidentale, del quale la presente istanza non ha né la forma né la sostanza.

7. Devono comunque essere liquidate le spese del presente grado, che il collegio determina in € 9.000,00 (novemila/00) complessive da compensare per un terzo in ragione della soccombenza dell'azienda sanitaria sulle questioni pregiudiziali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello e conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante alle spese del presente grado determinate nella misura di € 6.000,00 (seimila/00) complessive in favore dell'appellata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

***** , Presidente

***** , Consigliere

***** , ***** , Estensore

***** , Consigliere

***** , Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/in-tema-di-adesione-alle-convenzioni-stipulate-da-consip-spa/>