

Publicato il 11/10/2021

N. 06817/2021REG.PROV.COLL.

N. 06471/2021 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6471 del 2021, proposto da  
Consorzio Servizi Integrati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso  
dagli Avvocati Massimo Ambroselli, Domenico Gentile, Gianluca Mignacca e Nicola Bruno, con  
domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli Avvocati Giuseppe Ceceri e Antonio Nardone, con domicilio eletto  
presso lo studio Stefano Gagliardi in Roma, F.S. Nitti n. 11;

nei confronti

Romeo Gestioni S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa  
dagli Avvocati Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, con domicilio digitale come da PEC  
indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Raffaele Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele  
II, 18;

C.M. Service S.r.l., Nuova Idea S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentati e difesi dall'Avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da  
indicata in atti;

Meridionale Servizi Soc. Coop. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 3744/2021, resa tra le parti, in data 4 giugno 2021, non notificata, di parziale accoglimento del ricorso n. 1061/2021 proposto avverso e per la declaratoria d'illegittimità e/o l'annullamento

- del silenzio e/o inerzia serbato dall'ASL Napoli 1 sull'istanza motivata di adesione alla

Convenzione Consip formulata da Consorzio Servizi Integrati con nota prot. n. 48 inviata a mezzo PEC in data 21 gennaio 2021 e recante in oggetto "Gara per l'affidamento dei servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 legge n. 388/2000 – Aggiudicazione definitiva Consip del 29.9.2020 al Consorzio Servizi Integrati del Lotto 8 (Regione Campania, comprensivo dell'ASL Napoli 1 Centro) con intervenuta sottoscrizione in data 14/01/2021 ed attivazione della Convenzione Centralizzata Consip in data 21.1.2021. Istanza di vincolata adesione alla Convenzione Consip, ex art. 1, co. 449, l. 296/2006; art. 1, co. 1 e 3 ed art. 15, co. 13, lett. d) d.l. 95/2012; art. 9, co. 3, D.L. 66/2014; art. 1, co. 548 L. 208/2015";

- ove occorrer possa, della nota prot. n. 0031112/i del 8 febbraio 2021, con cui l'ASL Napoli 1, "in relazione alla procedura di eventuale adesione alla Convenzione Consip", ha nominato una commissione con l'incarico di "procedere alle valutazioni del caso e alla relativa comparazione dei costi e delle attività rispetto all'aggiudicazione di questa Stazione Appaltante avvenuta con Determina num. 2398/2020 alle Ditte CM Service S.r.l. e Romeo Gestioni S.p.a.";

nella parte in cui ha rigettato la domanda di accertamento, ex art. 31, comma 3, c.p.a.,

- della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, con conseguente condanna dell'amministrazione resistente ad aderire alla Convenzione sottoscritta tra Consip e Consorzio Servizi Integrati in data 14 gennaio 2021 e recante in oggetto "Convenzione per l'affidamento dei servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli enti del servizio sanitario nazionale per le pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 26, legge 23 dicembre 1999 n. 488 e s.m.i. e dell'articolo 58, legge 23 dicembre 2000 n. 388. Lotto 8 CIG 6036104E95", con espressa richiesta, in caso di perdurante inerzia, di nomina di commissario ad acta per l'evasione dell'istanza di adesione e per l'adozione di ogni altro atto che l'ASL risulti obbligata ad adottare;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro, di Romeo Gestioni S.p.A., di C.M. Service S.r.l. e di Nuova Idea S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Solveig Cogliani, uditi per le parti gli Avvocati e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

I – Il presente contenzioso si inserisce in un complesso di procedimenti per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione, nell'ambito dei quali si sono succedute procedure centralizzate e locali.

Oggetto del presente giudizio è il silenzio serbato dall'ASL circa l'istanza di adesione alla convenzione quadro Consip, formulata da CSI, nella sua qualità di legittimo aggiudicatario della relativa gara.

Errata – secondo l'appellante - sarebbe la considerazione da parte del giudice di primo grado della particolarità della questione, individuata nel vertersi su “una gara – ponte espletata ed aggiudicata dall'ASL antecedentemente alla conclusione della gara Consip, con contratti stipulati prima dell'operatività dello strumento centralizzato, il che pone la stazione appaltante dinnanzi alla scelta se proseguire l'affidamento in corso ovvero aderire alla intervenuta convenzione Consip”.

II - Ai fini dell'esame della domanda avverso il silenzio proposta dall'odierno appellante in riforma della sentenza di primo grado è necessario brevemente ripercorrere i fatti di causa.

Con deliberazione D.G. n. 1259 del 13 giugno 2018, l'ASL Napoli 1 indiceva una procedura aperta per “l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione occorrente alla ASL Napoli 1 Centro e all'Ospedale del Mare”. La delibera riportava che “in data 0008631 del 05.02.2018 è stata richiesta alla citata società SORESA l'autorizzazione all'espletamento di autonoma procedura di gara per il servizio di pulizia e sanificazione per le strutture ospedaliere e territoriali della ASL Napoli 1 Centro e per l'Ospedale del mare” e che “in data 21.3.2018 prot. 0011782 la Società SORESA ha autorizzato l'espletamento di autonoma procedura di gara con l'inserimento nel contratto della clausola risolutiva espressa per l'ipotesi di aggiudicazione e attivazione dei servizi di pulizia per gli enti del servizio sanitario nazionale da parte di Consip”.

Successivamente era pubblicato il bando, che suddivideva la procedura di affidamento in due lotti (art. 4.2. del disciplinare di gara), di valore rispettivamente pari a 150 milioni (Lotto 1) e a 79 milioni (Lotto 2).

La gara formava oggetto di numerosi giudizi: un primo contenzioso era definito dal T.A.R. Campania con sentenza n. 890 del 27 febbraio 2020 e, dopo, formava oggetto di un ricorso per ottemperanza, definito con sentenza n. 2294 del 7 aprile 2021 del medesimo T.A.R., appellata con ricorso n. 3925/2021 (in esame congiuntamente nell'odierna camera di consiglio).

Esponde l'appellante che i contratti stipulati in esito alle prime aggiudicazioni disposte in favore della Romeo Gestioni non contenevano più la clausola risolutiva espressa richiesta da SORESA e refluita nella determina a contrarre, per il caso di aggiudicazione della gara centralizzata Consip, frattanto assegnata al Consorzio ricorrente.

Dopo la pubblicazione della sentenza n. 890/2019, avendo deciso di riavviare la procedura dall'atto annullato, conducendola a termine con una nuova aggiudicazione in favore della Romeo (lotto 2) e del secondo graduato della prima gara (C.M. Service, cui è stato assegnato il Lotto 1), con la determina n. 2397 del 28 settembre 2020 l'ASL confermava che la procedura era “tesa a traghettare il servizio sino all'aggiudicazione della procedura Consip”, stabilendo espressamente al punto “4” del dispositivo che “...in caso di aggiudicazione Consip...la risoluzione dei contratti con gli operatori economici avverrà senza che gli operatori economici uscenti possano sollevare eccezioni e/o intentare azioni di sorta nei confronti della Stazione appaltante per qualsivoglia titolo e senza alcun onere per i costi sostenuti, ivi compresi quelli sostenuti per i passaggi di cantiere in esecuzione della clausola sociale”.

L'ASL sottoscriveva quindi i nuovi contratti con le aggiudicatarie (Rep. n. 608 del 1° dicembre 2020, per il Lotto n. 1 e Rep. n. 609 del 2 dicembre 2020, per il Lotto n. 2), precisando nel corpo degli stessi che "l'appaltatore dichiara di essere perfettamente a conoscenza ... dell'aggiudicazione definitiva della procedura di gara effettuata dalla Centrale di Committenza Nazionale Consip SpA e che l'efficacia di tale contratto è sottoposta alla condizione risolutiva ... della adesione e piena operatività alla Convenzione Consip/SORESA ferma restando la verifica dei presupposti, la comparazione e l'accertamento delle migliori condizioni del servizio offerto".

In data 29 settembre 2020 C.S.I. – Consorzio Servizi Integrati diveniva aggiudicatario del Lotto 8 della gara Consip per l'affidamento dei servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale (SSN), stipulando in data 14 gennaio 2021 la convenzione di durata pari a 24 mesi e comunque fino al raggiungimento dell'Importo Massimo di Euro 135.000.000,00.

Si tratta del lotto Campania, avente ad oggetto l'espletamento dei predetti servizi per le ASL e per le AA.OO. rientranti nel territorio delle province di Avellino, Benevento, Caserta e Napoli, quest'ultima limitatamente alle strutture dell'Azienda Ospedaliera dei Colli Cotugno-Monaldi - CTO, nonché dell'ASL Napoli 1 Centro, dell'ASL Napoli 2 Nord, e di parte della Regione Puglia (province di Bari, Barletta-Andria-Trani e Foggia).

La Convenzione quadro Consip stipulata da CSI in data 14 gennaio 2021 è attiva a far data dal 21 gennaio 2021.

Con nota prot. n. 48, inviata a mezzo PEC in data 21 gennaio 2021, CSI, dunque, protocollava presso l'ASL Na 1 Centro un'istanza motivata di vincolata adesione alla Convenzione Consip.

Ad esito di tale richiesta la ASL nominava la Commissione per la valutazione del caso e alla relativa comparazione dei costi e delle attività rispetto all'aggiudicazione da parte della Stazione Appaltante avvenuta con determina num. 2398/2020 alle Ditte CM Service S.r.l. e Romeo Gestioni S.p.a..

Nel giudizio promosso da CSI avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione, il T.A.R. accoglieva il ricorso, riconoscendo però unicamente la sussistenza dell'obbligo a provvedere, ma riteneva che "la normativa di settore assegna alla Consip un ruolo suppletivo e non preclude la ricerca di opzioni negoziali alternative mirate a conseguire condizioni economiche migliorative, sulla base di una valutazione discrezionale dei parametri di qualità/prezzo comparati"; specificando che si controverte di una "valutazione discrezionale dell'amministrazione, gravando sulla stessa l'onere di verificare se il contratto già stipulato offra condizioni di maggior vantaggio rispetto ai parametri di qualità di prezzo degli strumenti messi a disposizione da Consip, coerentemente con i principi di economicità, efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa". Pertanto, "Non può ... trovare accoglimento la richiesta di attorea avanzata ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a. di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale, ostandovi, per quanto sopra esposto, la natura discrezionale del potere di scelta in ordine all'eventuale adesione alla convenzione Consip nei termini descritti (subordinata, cioè, alla verifica in ordine alla comparazione di costi e delle attività rispetto alle aggiudicazioni disposte dall'Azienda Sanitaria Locale) nonché la necessità di completare l'istruttoria avviata dall'ente con la citata nota dell'8.2.2021".

Avverso la sentenza di primo grado l'appellante rivolge le censure di seguito precisate: *error in procedendo e in iudicando* per violazione e falsa applicazione dei principi che regolano la concorrenza tra gare centralizzate e gare indette in sede locale (art. 1, comma 449, della l. n. 296/2006, dell'art. 1, commi 1 e 3 e dell'art. 15, comma 13, lett. d), del d.l. n. 95/2012, dell'art. 9,

comma 3, del d.l. n. 66/2014 e dell'art. 1, commi 507 e 548, l. n. 208/2015, violazione della *lex specialis* e dei suoi atti presupposti (D.G. n. 1259 del 13 giugno 2018).

Secondo l'appellante il primo giudice avrebbe immotivatamente esteso la portata dell'approdo giurisprudenziale formatosi sull'art. 1, comma 449, della l. n. 296/2006 (che disponeva che "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.") secondo il quale le convenzioni regionali prevalgono sulle convenzioni Consip, e, in caso di concorrenza degli strumenti, è possibile un'analisi comparativa tra le convenzioni stipulate a valle dei concorrenti, al diverso caso di concorrenza della gara indetta in sede locale. A riguardo menziona ai fini del perseguimento delle politiche di razionalizzare della spesa pubblica in ambito sanitario, l'art.15, comma 13, lett. d) del d.l. n. 95/2012 n. 95 (convertito, con modificazioni, in l. n. 135/2012), i d.P.C.M. 24 dicembre 2015 e 11 luglio 2018, in attuazione dell'art. 9, comma 3, della d.l. n. 66/2014 (convertito, con modificazioni, in l. n. 89/2014); da ultimo, l'art. 1, commi 507 e 548, l. n. 208/2015 (Legge di stabilità 2016).

Assume l'appellante che erroneamente il primo giudice avrebbe richiamato i precedenti giurisprudenziali, che si riferirebbero esclusivamente al rapporto gare di committenza regionale e centrale.

Afferma che, ammesso che un qualche margine discrezionale di valutazione potesse essere riconosciuto alla ASL Na 1 dal T.A.R. Campania, questo margine residuale non potrebbe che essere ricondotto entro i margini scolpiti dal d.m. del M.E.F. del 14 aprile 2021, con riferimento alla mera verifica di sussistenza delle caratteristiche essenziali dei servizi di pulizia per gli Enti del Servizio sanitario nazionale, in ordine a:

“1) Frequenza delle attività di pulizia e sanificazione e

2) Destinazione d'uso delle superfici pulite e relative Aree di rischio”.

Se con riferimento a queste due caratteristiche la Convenzione Consip risultasse coerente con quanto richiesto in sede di gara ponte dalla ASL Na 1 (e l'appellante assume che lo sia), quest'ultima – a suo dire - dovrebbe necessariamente aderire alla Convenzione Consip.

Nell'ambito del presente giudizio l'appellante ha chiesto anche l'abbreviazione dei termini per il ricorso n. 3925/2021, proposto da EPM, Azienda Consorziata a CSI, avente ad oggetto la corretta esecuzione, con determinazione delle modalità esecutive della sentenza n. 890 del 27 febbraio 2020 adottata dal T.A.R. Campania – Napoli, sez. V, che aveva annullato la prima edizione della gara relativa al servizio di cui è causa, con declaratoria d'inefficacia degli atti adottati in violazione della sentenza, ivi incluse le relative aggiudicazioni. Con tale ricorso, in estrema sintesi, si chiede che venga chiarito se la riedizione della gara indetta dalla ASL Na 1 debba o meno essere integralmente annullata.

Si è costituita la ROMEO GESTIONI s.p.a. e la Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro e la C.M. SERVICE s.r.l..

Con memoria l'Azienda precisa che, in primo grado, era stata eccepita l'inammissibilità del ricorso per carenza dei requisiti ex artt. 31 e 117 c.p.a.,

Ribadisce la correttezza della pronuncia di primo grado anche in coerenza con la giurisprudenza richiamata dal primo giudice (Consiglio di Stato, sent. nn. sent. n. 5205/2020; 1329/2019; 1937/20184)

Al contrario, inconferenti sarebbero i precedenti citati dal CSI appellante e, in particolare:

non sarebbe pertinente la sentenza n. 3828/2020 del medesimo T.A.R., in quanto tale precedente, era riformato in appello poiché l'azienda sanitaria – che aveva unilateralmente reso inefficace l'affidamento di un servizio disponendo il subentro nell'esecuzione dell'aggiudicataria Consip – non aveva comunicato l'avvio del procedimento; la ragione dell'annullamento, dunque, lungi dall'aver un mero carattere “formale” presupponeva che l'attività di risolvere il contratto in essere in favore del vincitore della gara Consip non sarebbe stata ritenuta vincolante;

né sarebbe pertinente, la decisione del Consiglio di Stato n. 2707/2021, che riguarderebbe il del tutto diverso caso della adesione di alcune aziende sanitarie e ospedaliere pubbliche a una gara Consip per servizi di pulizia, giustificata con la non operatività, al momento della adesione alla convenzione centralizzata, di una corrispondente convenzione regionale e con la pendenza di una gara della centrale regionale di committenza di cui, però, era stato da quest'ultima pronosticato, in apposita nota inviata ad Asl e alle aziende regionali, uno slittamento del relativo esito, in origine atteso per la fine dell'anno in corso.

I principi elaborati in quella sede non riguarderebbero il caso qui in discussione. La giurisprudenza sopra richiamata, infatti, concernerebbe i rapporti fra atti indittivi ed esiti di gare di centrali di committenza nazionale e regionali, mentre qui si discute solo della decisione di una Asl di stipulare un contratto (facente seguito alla aggiudicazione effettuata in esito a una gara indetta nel 2018) in assenza sia di una convenzione-quadro regionale che di una convenzione Consip attiva.

Peraltro, richiama la sentenza n. 2707/2021, di questa Sezione, che menzionando la precedente pronuncia n. 5205/2020 ha ricordato che 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.

Quanto al *petitum* sarebbe corretta la sentenza di primo grado che ha precisato che esula dal *thema decidendum* la pronuncia sulla nullità/risoluzione dei contratti in corso, in quanto lo stesso CSI, al fine di escludere il difetto di giurisdizione, osservava che il *petitum* sostanziale e processuale del proprio ricorso era definito dalla domanda di una pronuncia che accerti l'illegittimità dell'inerzia serbata dall'ASL e la fondatezza della pretesa dedotta; ipotizzando che l'eventuale nomina di un commissario ad acta potrebbe “se del caso” comportare la risoluzione dei contratti.

Ne conseguirebbe, dunque, sotto ulteriore ma complementare profilo, che la domanda circa l'accertamento della nullità/risoluzione rivolto in appello sarebbe inammissibile ai sensi dell'art. 104, c. 1, c.p.a..

Inammissibile sarebbe poi, per difetto di giurisdizione, la pretesa di ottenere la risoluzione dei contratti, come deciso dal primo giudice.

Anche CM ribadisce l'inammissibilità e l'infondatezza delle domande dell'appellante.

Con memoria e replica l'appellante conferma le proprie difese e l'asserita natura vincolata del potere dell'ASL.

A seguito della discussione nella camera di consiglio del 23 settembre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

III – Osserva, in via preliminare, il Collegio che la presente causa può essere definita autonomamente rispetto al giudizio concernente la procedura locale, trattato in sede di ottemperanza.

Infatti, per quanto di seguito specificato, sia che si accerti la legittimità o meno della procedura seguita dall'Amministrazione in sede di riedizione della gara, tale esito non incide sul perimetro della condanna pronunziabile in sede di giudizio avverso il silenzio della pubblica amministrazione, oggetto del presente appello.

IV – L'appello è infondato per i motivi che seguono.

V – Innanzitutto, vanno precisati i confini del potere del giudice del silenzio.

Il rito avverso il silenzio è disciplinato per la prima volta dall'art. 21-bis, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 2 della l. 21 luglio 2000, n. 205. L'art. 2, comma 8, nella versione novellata dal legislatore del 2005, aveva riconosciuto il potere del giudice del silenzio di conoscere, incidentalmente, della fondatezza dell'istanza, intendendosi, letteralmente, che il giudice può non fermarsi alla mera dichiarazione dell'obbligo di provvedere — con eventuale successiva attivazione del giudizio di ottemperanza ed eventuale nomina del commissario ad acta, ammesso a provvedere al posto dell'amministrazione — e può spingersi a decidere sul bene della vita posto a fondamento della richiesta dell'interessato.

Nel quadro normativo anteriore, si riteneva che fossero ipotizzabili due diverse possibilità di pretesa da parte del soggetto interessato ad agire nei confronti dell'inerzia della p.A., a seconda che si vertesse in una fattispecie attinente ad un esercizio di potere discrezionale o in una fattispecie relativa ad un potere vincolato, in assenza di attività istruttoria complessa. Nel primo caso, il soggetto interessato non poteva che richiedere al giudice la dichiarazione dell'obbligo di provvedere. A fronte, invece, di un potere vincolato della p.A., l'orientamento giurisprudenziale prevalente era nel senso che l'istante potesse giungere a richiedere — ed ottenere — una pronuncia del giudice sulla fondatezza in concreto della propria domanda.

Ove ci si fosse trovati in un ambito di discrezionalità dell'azione amministrativa, ove cioè all'amministrazione si fossero offerte più soluzioni in ragione di una complessa valutazione dell'interesse pubblico e privato, oppure, ove fosse stata necessaria un'attività istruttoria da svolgersi con gli ordinari mezzi dell'amministrazione attiva e con le garanzie partecipative predisposte dall'ordinamento, era esclusa l'applicabilità del disposto di cui all'art. 2, comma 8 (Cons. St., IV, 22 maggio 2008, n. 2462). Tanto perché, per l'ipotesi della giurisdizione di merito è necessaria una puntuale e tassativa previsione legislativa, invece assente nel caso di specie.

L'orientamento giurisprudenziale formatosi dopo l'avvento della riforma del 2005 ha inteso non discostarsi da quello consolidato in assenza della disposizione codificata. La giurisprudenza amministrativa ha assunto, infatti, in modo prevalente un atteggiamento di *self restraint*, teso ad eliminare il rischio di un'invasione nella sfera discrezionale della p.A., attraverso una netta delimitazione del giudizio sulla fondatezza alle sole ipotesi di attività vincolata e di provvedimento privo di istruttoria complessa.

Laddove è, dunque, necessario compiere valutazioni comparative, di opportunità e di merito, si è ritenuto precluso al giudice sostituirsi al compito dell'amministrazione stessa, potendo in siffatte

ipotesi essere resa una pronuncia di mera dichiarazione dell'obbligo di provvedere, secondo quanto disposto dell'art. 2, l. n. 241, come novellato.

Il Codice del processo amministrativo (art. 31, comma 3) ha codificato detto orientamento giurisprudenziale prevedendo che “il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”.

In sintesi, alla luce di quanto stabilito dal Codice del processo, dunque, al giudice è rimessa una prima indagine di ammissibilità dell'istanza, verificando se si verta in una delle ipotesi in cui è ammessa la sua pronuncia sulla fondatezza.

VI - Orbene, ciò posto in termini generali, risulta evidente che nella fattispecie in questione deve escludersi la completezza dell'istruttoria che renderebbe ammissibile la pretesa azionata, anche in ipotesi di potere vincolato della p.a.

In primo luogo per quanto ammesso dallo stesso appellante circa l'esame della coincidenza dell'oggetto delle procedure, ma di fatto anche in relazione alla persistenza delle medesime esigenze a seguito del decorso del tempo e del succedersi delle procedure, nel senso del soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso, ed inevitabilmente in esito alle vicende giudiziarie relative alla gara espletata in sede locale.

VII - Tali considerazioni sono sufficienti a far ritenere inammissibile la domanda ulteriore di condanna esperita da parte appellante e confermare la sentenza di primo grado.

Peraltro, correttamente il giudice di primo grado ha precisato la pertinenza della pronuncia inerente alla sorte dei contratti stipulati al giudizio impugnatorio, esulando nella specie dal presente contenzioso.

VIII – Ma per completezza, va ribadito quanto affermato dalla Sezione in ordine al rapporto tra procedure. Con la sentenza n. 5205/2020 si è precisato che:

“La normativa nazionale, infatti, lungi dallo stabilire una prevalenza delle gare Consip, evidenziano la necessità di procedere attraverso i soggetti aggregatori, ma con una preferenza per le centrali che meglio rispecchino le esigenze dell'Amministrazione. La giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937) con riferimento alle gare Consip, ha affermato che si rinvergono in sede di centralizzazione le migliori possibili condizioni di offerta da porre a disposizione delle Amministrazioni, essendo consentito solo in via eccezionale e motivata alle stesse di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro, non essendo consentito alle singole amministrazioni di travalicare le regole legali che sottendono al richiamato rapporto fra regola ed eccezione.

La Sezione (26 febbraio 2019 n. 1329) ha già avuto modo di soffermarsi sulle disposizioni richiamate in giudizio:

- il 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.”;

- il comma 548 dell'articolo unico l. 28 dicembre 2015, n. 208 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2016), secondo cui “al fine di garantire la effettiva realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa mediante aggregazione degli acquisti di beni e servizi, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, come individuate dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 9, comma 3, del 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.”.

Sul punto, si è, dunque, avuto modo di evidenziare che: “Entrambe le disposizioni, sia pure con una formulazione non chiarissima, contribuiscono a delineare un complessivo quadro normativo in base al quale:

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

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

Alla Consip è, dunque, assegnato un carattere evidentemente sussidiario, il quale per questa caratteristica avrà dunque valenza ‘cedevole’ (come già affermato dalla sent. n. 5826 del 2017).

Altresì, con la menzionata decisione, questa Sezione ha affrontato il caso dell'evenienza in cui una convenzione sia stata già stipulata.

A riguardo soccorre un ulteriore principio posto in evidenza da altra sentenza di questo Consiglio (28 marzo 2018, n. 1937), secondo la quale, fermo il carattere di principio del dovere di cui all'art. 26 comma 3 l. n. 488/99, permane la facoltà per le Amministrazioni (statali, centrali e periferiche) di attivare in concreto propri strumenti di negoziazione laddove tale opzione sia orientata a conseguire condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate all'esito delle convenzioni-quadro.

A supporto di tale decisione, è richiamato anche quanto previsto dal quarto periodo del comma 1 del d.l. n. 95/12, in base alla quale “la disposizione del primo periodo del presente comma non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip s.p.a., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza”.

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

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

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

- al comma 3 stabilisce che “le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per l’acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse (...)”.

La disposizione, per un verso, conferma, attraverso il ricorso alla dizione “possono”, il carattere non pienamente vincolante del ricorso alle convenzioni-quadro e, per altro verso, consente la ricerca da parte delle Amministrazioni di opzioni negoziali alternative (con il vincolo dell’insuperabilità delle condizioni negoziali proprie delle convenzioni-quadro).

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

Le disposizioni appena richiamate, pertanto, delineano 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.”

Ritiene il Collegio di non doversi discostare dall’orientamento già espresso.

IX – Per tutto quanto sin qui ritenuto, dunque, il ricorso in appello è da respingere, perché verte su potere ancora non esercitato dall’amministrazione.

Nella specie, l’A.S.L. Napoli 1 ha già sottoscritto, per entrambi i Lotti, il contratto di affidamento del servizio di pulizia, di guisa che la Stazione appaltante è tenuta, prima di aderire alla convenzione CONSIP, a verificarne la convenienza economica nel rapporto qualità/prezzo con i contratti di appalto medio tempore stipulati.

Non è configurabile, dunque, in alcun modo una attività vincolata di adesione alla convenzione CONSIP.

X – Tuttavia, la particolarità della questione esaminata giustifica la compensazione delle spese della presente fase di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l’effetto, conferma la sentenza n. 3744 del 2021.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Umberto Maiello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE  
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE  
Giulio Veltri

IL SEGRETARIO