

N. 00445/2016REG.PROV.COLL.

N. 07105/2015 REG.RIC.

N. 07374/2015 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 7105 del 2015, proposto da:
Estar – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona
del Direttore Generale pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv.
Domenico Iaria, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Domenico
Iaria in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Sol s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata
e difesa dall'Avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso lo
stesso Avv. Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, n. 142;

nei confronti di

Air Liquide Sanità Service s.p.a., appellata non costituita;
Azienda USL n. 1 Massa e Carrara, appellata non costituita;
Azienda USL n. 2 Lucca, appellata non costituita;
Azienda USL n. 5 Pisa, appellata non costituita;
Azienda USL n. 6 Livorno, appellata non costituita;
Azienda USL n. 12 Viareggio, appellata non costituita;
Azienda Ospedaliero-Universitaria Pisana, appellata non costituita;
Fondazione Toscana Gabriele Monasterio CNR, appellata non costituita;

sul ricorso numero di registro generale 7374 del 2015, proposto da:
Air Liquide Sanità Service s.p.a., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Filippo Brunetti e dall'Avv.
Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Francesco
Scanzano in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

contro

Estar – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, appellato
non costituito;
Azienda USL n. 1 Massa Carrara, appellata non costituita;
Azienda USL n. 2 Lucca, appellata non costituita;
Azienda USL n. 5 Pisa, appellata non costituita;
Azienda USL n. 6 Livorno, appellata non costituita;
Azienda USL n. 12 Viareggio, appellata non costituita;
Sol s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata
e difesa dall'Avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso lo
stesso Avv. Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, n. 142;

per la riforma

quanto al ricorso n. 7105 del 2015 e quanto al ricorso n. 7374 del 2015: della sentenza breve del T.A.R. Toscana - Firenze: Sezione I n. 00889/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura di gas medicinali e servizi annessi occorrenti alle Aziende sanitarie ed Ospedaliero-universitarie

visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;
visto l'atto di costituzione in giudizio, nei rispettivi giudizi, di Sol s.p.a.;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2016 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Domenico Iaria, l'Avv. Giuseppe Franco Ferrari, l'Avv. Filippo Brunetti;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determina n. 503 del 17.12.2014 l'allora Consorzio Area Vasta Nord-Ovest della Toscana, poi trasformato in Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta (di qui in avanti, per brevità, Estav Nord-Ovest), esperita la relativa gara pubblica, ha provveduto ad aggiudicare, in favore dell'odierna appellata Sol s.p.a., la fornitura di gas medicali e tecnici e servizi sanitari per l'Azienda USL n. 5 di Pisa, l'Azienda USL n. 6 di Livorno e l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Pisana, nel periodo 1.1.2005-31.12.2007.

Sol s.p.a., per esigenze tecniche dell'Amministrazione prolungatesi nel tempo, beneficiava di diverse proroghe del servizio, tra le quali l'ultima, stabilita con determinazione n. 1518 del 29.12.2014, le garantiva la prosecuzione del rapporto contrattuale fino al 30.6.2015.

1.1. Frattanto, con deliberazione del Direttore Generale dell'Allora Estav Centro n. 91 dell'8.4.2011, era stata disposta l'indizione di una procedura aperta, ai sensi del d. lgs. 163/2006, per l'affidamento della fornitura di gas medicali e servizi annessi occorrenti alle Aziende Sanitarie ed Ospedaliero-Universitarie di Careggi e Meyer, dell'Area Vasta Centro della Regione Toscana, per la durata di 6 anni con eventuale proroga di 6 mesi e per un importo di € 41.196.000,00, oltre IVA.

1.2. Con successivo provvedimento del Dirigente Dirigenziale del Coordinatore n. 674 del 28.11.2011 veniva quindi disposto l'affidamento della fornitura in oggetto ad Air Liquide Sanità Service s.p.a., odierna appellante, per il periodo contrattuale 1.1.2012 al 31.12.2017, oltre eventuale proroga di 6 mesi e per un importo di € 24.442.366,14, oltre IVA.

1.3. A distanza di tre anni, tuttavia, le Aziende Sanitarie afferenti all'Area Vasta Nord-Ovest hanno avanzato richiesta di adesione al contratto in essere tra l'Estav Centro e l'aggiudicataria Air Liquide Sanità Service s.p.a. per un importo annuo pari ad € 4.390.785,33 (IVA compresa), relativo alle forniture delle singole aziende sanitarie.

1.4. Con determinazione del Coordinatore di Area Farmaci, Diagnostici e Dispositivi n. 405 del 23.3.2015, comunicata a Sol s.p.a. il 1.4.2015, l'Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale (di qui in avanti,

per brevità, Estar), subentrato agli Estav a decorrere dal 1.1.2015 secondo quanto previsto dalla L.R. 26/2014, recante “Misure urgenti di razionalizzazione della spesa sanitaria”, ha deciso di disporre l’adesione delle Aziende Sanitarie afferenti all’Area Nord-Ovest al contratto che era stato stipulato con Air Liquide Sanità Service s.p.a. per la fornitura di gas medicinali e servizi annessi occorrenti alle stesse Aziende dell’Area Vasta Centro, per un importo stimato di € 13.172.356,00 durante il periodo contrattuale dal 20.4.2015 al 28.2.2018 (IVA inclusa).

2. Contro tutti gli atti rispettivamente adottati da Estar Centro e dalle varie Aziende afferenti all’Area Vasta Nord-Ovest, con i quali è stata richiesta, istruita e disposta l’estensione contrattuale in oggetto è insorta avanti al T.A.R. Toscana Sol s.p.a., deducendone con un unico articolato motivo la violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l. 241/1990, la violazione e la falsa applicazione del d. lgs. 163/2006, con particolare riferimento agli artt. 2, 3, 11, 59, 64, 75 e 256 e dell’allegato IX A, la violazione e la falsa applicazione della Direttiva 2004/18/CE, la violazione e la falsa applicazione dei principî fondamentali in materia di appalti pubblici di forniture nonché dei principî di buon andamento e trasparenza dell’azione amministrativa, pubblicità e massima concorrenza, l’eccesso di potere nelle figure sintomatiche della carenza di istruttoria e del difetto di motivazione, il travisamento dei presupposti di fatto, lo sviamento, la manifesta illogicità, l’irragionevolezza e l’ingiustizia.

2.1. La ricorrente, lamentando, in sostanza, che l’estensione integrasse una forma di affidamento diretto non consentita dalla normativa sui pubblici appalti e contraria ai principî, europei e nazionali, della concorrenza, ne ha chiesto, previa sospensione, l’annullamento, con conseguente domanda risarcitoria.

2.2. Si sono costituite nel primo grado di giudizio l’intimata Estar e la controinteressata Air Liquide Sanità Service s.p.a. per resistere al ricorso e alla domanda incidentale di sospensione.

2.3. Il T.A.R. Toscana, con sentenza n. 889 dell’11.6.2015 resa in forma semplificata ai sensi dell’art. 60 c.p.a., ha accolto il ricorso ed ha annullato gli atti impugnati, ritenendo che l’adesione delle Aziende configurasse una forma di affidamento diretto della fornitura, che esulava dalle ipotesi derogatorie alla regola dell’evidenza pubblica e della gara previste dalla disciplina sui contratti pubblici.

3. Avverso tale sentenza hanno proposto separati appelli, in distinti giudizi, sia Estar sia Air Liquide Sanità Service s.p.a., assumendone la violazione e la falsa applicazione dei principî applicabili in subiecta materia, e ne hanno chiesto, previa sospensione, la riforma.

3.1. Si è costituita l’appellata Sol s.p.a., in entrambi i giudizi, per resistere agli avversari gravami.

3.2. Nella camera di consiglio del 10.9.2015, fissata per l’esame dell’istanza di sospensione proposta dalle appellanti ai sensi dell’art. 98 c.p.a., le cause sono state rinviate, per il sollecito esame del merito, all’udienza pubblica del 21.1.2016.

3.3. In tale udienza il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto le cause in decisione.

4. Preliminarmente, ai sensi dell'art. 96 c.p.a., deve essere disposta la riunione dei giudizi, poiché gli appelli sono stati proposti contro la medesima sentenza n. 889 emessa l'11.6.2015 dal T.A.R. Toscana.

4.1. Sempre in via preliminare il Collegio rileva che gli appellanti non hanno contestato il capo della decisione, che ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla presente controversia (pp. 7-9 della sentenza impugnata), sicché sul punto, ai sensi dell'art. 9 c.p.a., si è formato il giudicato interno, radicandosi definitivamente la giurisdizione, per l'effetto, in capo al giudice amministrativo.

4.2. Parimenti si è formato il giudicato interno sulle questioni inerenti alla presunta inammissibilità dell'originario ricorso, proposto da Sol s.p.a., per acquiescenza, questioni sollevate, tanto dall'Amministrazione resistente che da Air Liquide Sanità Service s.p.a., che il T.A.R. ha respinto, ritenendole manifestamente infondate (pp. 9-11 della sentenza impugnata), sicché anche in ordine alla inerente statuizione reiettiva si è formato il giudicato interno.

4.3. Infine, ancora in via preliminare, per il principio della ragione più liquida, enunciato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 5 del 27.4.2015, stante la fondatezza degli appelli, per quanto si dirà, si prescinde dalla disamina del terzo motivo di appello, relativo alla presunta non integrità del contraddittorio in primo grado, proposto dall'appellante Air Liquide Sanità Service s.p.a. a p. 17 del proprio ricorso, motivo – peraltro infondato, non essendo la Regione Toscana litisconsorte del presente giudizio irritualmente pretermesso – dal quale si può prescindere per la integrale satisfattività dall'accoglimento dei primi due motivi di appello da essa proposti.

5. Nel merito, ciò premesso in limine litis, gli appelli sono fondati.

5.1. È controversa nel presente giudizio la legittimità della clausola di estensione, di cui all'art. 27 – Adesioni – del capitolato speciale, di cui alla gara n. 33/2011 (doc. 11 fasc. ricorrente in primo grado), che giova riportare qui di seguito nel suo tenore letterale.

«Il contratto verrà stipulato da Estav Centro quale centrale di committenza di cui all'art. 33 del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 1, comma 455, della L. 27/12/2006, n. 296, nonché dell'art. 101 comma 1bis della LGRT n. 40/2005.

Il fornitore è tenuto fino all'importo massimo di € 41.960.000,00 oltre Iva nei termini di legge secondo quanto previsto espressamente nel bando di gara, a consentire l'adesione al contratto, agli stessi prezzi, patti e condizioni fissati con la presente gara anche a favore degli Enti e delle Aziende del Servizio Sanitario Regionale, con i quali ESTAV ha stipulato apposita convenzione, che richiederanno l'adesione.

Pertanto, gli Enti o le Aziende potranno richiedere l'adesione al contratto e l'ESTAV procederà alla verifica della capienza economica dell'importo massimo di adesione e a richiedere la presentazione della cauzione, nei termini previsti dall'art. 113 del D. Lgs. n. 163/2006, calcolata sull'importo contrattuale di adesione

5.2. La giurisprudenza di questo Consiglio ha osservato che, in linea di principio, una clausola estensiva «in tanto possa essere ammessa, in quanto soddisfatti i requisiti, in primis di determinatezza, prescritti per i soggetti e l'oggetto della procedura cui essa accede» (Cons. St., sez. V, 11.2.2014, n. 663), non negando, dunque, la sua astratta validità, anche se

poi, nei singoli casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi, ha riscontrato sovente, in concreto, l'indeterminatezza, sia sul piano oggettivo che soggettivo, delle varie clausole di estensione o, comunque e di fatto, una rinegoziazione del contratto da parte di Amministrazioni estranee alla gara, pervenendo alla conclusione che l'adesione postuma, da parte di un'Amministrazione pubblica, agli esiti di una procedura di gara alla quale sia risultata estranea, indetta sulla scorta di una convenzione alla quale non aveva aderito, integrasse violazione dei principi generali di evidenza pubblica, di derivazione comunitaria e di stampo nazionale, che vietano l'affidamento di una fornitura senza una procedura individuale o collettiva di cui sia stato parte, formalmente e sostanzialmente, il soggetto affidante (cfr., in particolare, Cons. St., sez. V, 13.11.2009, n. 7103: in quel caso, però, l'Amministrazione aderente ex post al contratto non ha «aderito sic et simpliciter all'esito della gara ma ha modificato il contratto scaturito da essa negoziando le condizioni con l'aggiudicatario e dando la stura ad un contratto nuovo»).

5.3. Nel caso di specie il T.A.R. Toscana, richiamando la propria giurisprudenza precedente, ha ritenuto decisiva la considerazione secondo cui l'estensione non avrebbe idoneo fondamento normativo e sarebbe in contrasto con la disciplina di settore, sottolineando la necessità dell'affidamento concorrenziale di tutti i contratti, tramite la gara pubblica, quale principio generale della materia, che ammette deroghe solo in limitati e tassativi casi, tra i quali non rientrerebbe nemmeno quello presente, pur a fronte di una centrale di committenza prevista dall'art. 33, comma 2, del d. lgs. 163/2006 (p. 12 della sentenza impugnata).

5.4. Il primo giudice, inoltre, ha negato che nel caso di specie ricorra un "accordo quadro" e ha specificato che anche le centrali di committenza, nel cui novero si iscrive senza dubbio Estav (e, ora, Estar), hanno l'obbligo di attenersi, ai sensi dell'art. 33, comma 2, del d. lgs. 163/2006, alle disposizioni del codice dei contratti pubblici e, quindi, al fine di dare attuazione ai principi di trasparenza e di concorrenzialità, fondamenti della disciplina in subiecta materia, di rendere noto, nell'espletamento della procedura concorsuale, l'importo complessivo, oggetto dell'appalto, la sua scadenza e i limiti alla rinegoziazione successiva alla stipulazione del contratto (p. 13 della sentenza impugnata).

5.5. Il T.A.R. toscano ha, poi, evidenziato che la clausola di estensione esorbiterebbe dai limiti consentiti dalla disciplina di settore, inserendo un elemento di indeterminazione soggettiva ed oggettiva, non noto al momento della celebrazione della gara, ovvero la possibilità, attraverso un meccanismo "imprevedibile", di consentire una serie indefinita di affidamenti diretti, con l'unico limite dell'importo massimo, fissato dal bando stesso, dell'ammontare della fornitura (pp. 13-14 della sentenza impugnata).

5.6. Se scopo della centrale di committenza, ha aggiunto il giudice di prime cure, è quello di far sì che più soggetti pubblici agiscano per il tramite di un unico soggetto al fine di aggiudicare contratti di appalto, altrimenti aggiudicabili singolarmente, è imprescindibile che la disciplina di gara espliciti con chiarezza quali siano i soggetti in favore dei quali la centrale di committenza agisce.

5.7. Nel caso di specie, quindi, Estav Centro sarebbe stata legittimata all'attività contrattuale solo nei limiti dell'interesse delle aziende sanitarie e degli altri enti regionali ricompresi nell'ambito della propria circoscrizione, così chiaramente come indicato nel bando di gara, con la conseguenza che l'ulteriore applicazione della clausola di estensione ad altre aziende sanitarie, esterne al perimetro della sua competenza territoriale, si paleserebbe lesiva dei principî di competitività e di imparzialità, parità di trattamento, non discriminazione e pubblicità sanciti dall'art. del d. lgs. 163/2006 in applicazione dei valori del diritto europeo (p. 14 della sentenza impugnata).

6. Il ragionamento espresso dal T.A.R., pur muovendo da una corretta premessa (il rispetto dei principî di concorrenzialità e imparzialità che stanno a fondamento della disciplina dell'evidenza pubblica e del diritto dei contratti pubblici), non può essere condiviso nelle sue conclusioni alla luce di una più complessiva considerazione della disciplina in materia.

6.1. Si può convenire con il primo giudice quando afferma che le deroghe al principio della gara, in materia di pubblici appalti, sono limitate e di stretta interpretazione, ma non si può condividere l'assunto che le centrali di committenza – ed Estav, alla quale è subentrata Estar, nella sostanza lo è – non possano estendere il contenuto del contratto, regolarmente aggiudicato ad una concorrente all'esito della gara, ad enti del loro stesso ordinamento settoriale – nel caso di specie quello sanitario – facilmente individuabili a priori, sulla base di criteri oggettivi e precisi (nel caso di specie, in modo chiaro ed inequivoco, "Enti e delle Aziende del Servizio Sanitario Regionale, con i quali ESTAV ha stipulato apposita convenzione, che richiederanno l'adesione"), ed entro limiti quantitativi ben determinati.

6.2. L'estensione del contratto aggiudicato all'esito di regolare gara pubblica è un fenomeno che non contraddice, in sé e automaticamente, le regole della concorrenza, che anzi evidentemente presuppone, ma costituisce, semmai, una deroga al principio di perfetta corrispondenza tra singola stazione appaltante e singola gara bandita.

6.3. La concentrazione delle gare non è, tuttavia, un fenomeno estraneo né eccentrico rispetto all'ordinamento interno, come a quello europeo, poiché entrambi conoscono ipotesi di concentrazione o unificazione delle gare sia sul piano soggettivo, ad esempio, perché bandire da una centrale di committenza, figura in generale prevista dall'art. 33 del d. lgs. 163/2006, alla quale le singole stazioni appaltanti fanno capo e riferimento per l'approvvigionamento di beni, lavori o servizi, sia sul piano oggettivo, con la stipula di contratti per adesione, accordi-quadro o, appunto, clausole di estensione di contratti, stipulati da soggetti aggregatori.

6.4. L'appalto oggetto di estensione, in questa prospettiva, non viene sottratto al confronto concorrenziale, a valle, ma costituisce l'oggetto, a monte, del confronto tra le imprese partecipanti alla gara, poiché queste nel prendere parte ad una gara, che preveda la c.d. clausola di estensione, sanno ed accettano che potrebbe essere loro richiesto di approntare beni, servizi o lavori ulteriori, rispetto a quelli espressamente richiesti dalla lex specialis, purché determinati o determinabili a priori, al momento dell'offerta, secondo requisiti né irragionevoli né arbitrari, tanto sul piano soggettivo – per caratteristiche e numero delle Amministrazioni

eventualmente richiedenti – che su quello oggettivo – per natura, tipologia e quantità dei beni o delle prestazioni aggiuntive eventualmente richieste entro un limite massimo.

6.5. Il timore che, attraverso il meccanismo dell'estensione, venga aggirato il confronto concorrenziale e, più in generale, il principio della concorrenza, architrave dell'intera disciplina dei contratti pubblici, è del tutto infondato, poiché le imprese concorrono ad aggiudicarsi un appalto avente un oggetto (eventualmente) multiplo, senza la necessità di dover concorrere ogni volta, e per servizi sostanzialmente identici o analoghi, a tante gare quante sono le Amministrazioni richiedenti.

6.6. Non si tratta dunque, come ha sostenuto Sol s.p.a. nel ricorso di primo grado (p. 11) pur con dovizia di argomentazioni certo fini e pregevoli, di un meccanismo assolutamente aleatorio e privo di punti fermi.

6.7. Il favor legis, a livello nazionale ed europeo prima ancor che regionale, muove nel senso di una progressiva concentrazione delle gare, evitando la loro inutile, inefficiente, antieconomica e, in fin dei conti, dispendiosa – per le Amministrazioni e per le stesse imprese – parcellizzazione tutte le volte in cui esse abbiano caratteristiche soggettive ed oggettive comuni, riguardando enti o plessi amministrativi omogenei e richiedendo beni o prestazioni analoghi, se non identici.

6.8. La figura della centrale di committenza, prevista dall'art. 33 del d. lgs. 163/2006 (e ora, sia detto per incidens, ulteriormente rafforzata dall'art. 37 della Direttiva 24/2014/UE), al pari degli altri strumenti normativi di aggregazione contrattuale, riveste una duplice funzione, quella di fondere tali caratteristiche comuni e di affidarne raccordo, coordinamento e gestione, non di rado complessi, ad un unico centro di imputazione, e dall'altro quella di consentire alle imprese del settore di partecipare, ove le esigenze dell'Amministrazione lo consentano o persino lo impongano, ad un'unica gara, senza dovere, per le stesse prestazioni, concorrere ogni volta faticosamente e dispendiosamente, se è lecito così esprimersi, a diverse competizioni-fotocopia.

6.9. Obiettivi di contenimento della spesa pubblica e di incremento dell'efficienza e, dunque, di buon andamento dell'Amministrazione nella gestione degli appalti pubblici, con conseguente beneficio complessivo per tutti gli operatori economici interessati, si radicano e si intrecciano profondamente nella previsione delle centrali di committenza e degli altri strumenti contemplati dalla vigente legislazione per la concentrazione delle gare, ove possibile (per identità, analogia o parallelismo di soggetti appaltanti ed oggetto dell'appalto), in capo ad un unico soggetto committente e/o in seno ad un'unica procedura di gara.

6.10. Proprio a conferma di tale tendenza legislativa, del resto, basti ricordare che da ultimo anche la legge di stabilità 2016, l. 28 dicembre 2015, n. 208, ha rafforzato la centralizzazione, sia sul piano oggettivo, mediante l'estensione dei soggetti obbligati a forme di acquisto centralizzato (enti di previdenza, agenzie fiscali, stazioni appaltanti ed enti locali: art. 1, commi 495-498) sia sul piano oggettivo, tramite l'estensione dell'utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione di Consip anche ad altre categorie e, in particolar modo, ai lavori manutentivi (art. 1, comma 504), mirando, altresì, ad incrementare

l'utilizzo dei parametri prezzo-qualità delle convenzioni per gli acquisti pubblici.

6.11. La recentissima legge-delega per la riforma degli appalti pubblici – l. 28 gennaio 2016, n. 11 – non a caso, all'art. 1, comma 1, lett. cc), anche in attuazione delle recenti Direttive n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE in materia di pubblici appalti, prevede la «revisione ed efficientamento delle procedure di appalto, degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili dalla società CONSIP Spa, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, finalizzati a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e a ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare».

7. Ciò premesso, sul piano generale, per quanto attiene poi, nello specifico, al caso oggetto della presente controversia, si deve qui rilevare che, anche volendo ritenere che la clausola di estensione non trovi fondamento normativo, come ha affermato il T.A.R. richiamando la propria giurisprudenza, essa certamente risponde ed è conforme, con conseguente sua piena legittimità, a quanto previsto dall'art. 1, comma 449, della l. 296/2006, a mente del quale «gli enti del servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi di beni e servizi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di acquisto di riferimento, e, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip s.p.a. » o all'art. 17, relativo alla razionalizzazione della spesa sanitaria, del d.l. 98/2011, convertito in l. 111/2011, che consente alle aziende sanitarie di «stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture».

7.1. È evidente che, almeno per quanto concerne le amministrazioni sanitarie, la tendenza del legislatore sia ancora più marcata ed orientata nel senso di privilegiare e, anzi, di imporre l'approvvigionamento di beni e servizi, anche per preminenti e, addirittura, cogenti esigenze di razionalizzazione della spesa sanitaria e di maggior efficienza del sistema, mediante la centralizzazione dell'acquisto o l'estensione dei contratti già stipulati da centrali di acquisto, quale indubbiamente era, all'epoca, Estav Nord-Ovest.

7.2. Questo stesso Consiglio anche di recente ha sempre inteso riaffermare, senza mai metterlo in discussione, l'obbligo, per il servizio sanitario, di utilizzare gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici Consip o delle Centrali di committenza regionale ai fini della riduzione della spesa sanitaria (Cons. St., sez. III, 7.9.2015, n. 4133).

7.3. Si è più volte osservato che, con l'istituzione delle “centrali di acquisto” – con funzioni di “centrali di committenza” da parte delle Regioni, ad opera dell'art. 1, comma 455, della l. 296/2006, espressamente richiamato, si noti, dal contestato art. 27 del capitolato speciale, e con il compito di stipulare, per i rispettivi ambiti territoriali, le convenzioni di cui all'art. 26, comma 1, della l. 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 debbono, ai sensi dell'art. 1, comma 449, della citata l. 296/2006, fare diretto ricorso a tali convenzioni od utilizzarne i parametri di

prezzo/qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti (Cons. St., sez. V, 23.11.2010, n. 8158; Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557).

7.4 Non è nemmeno superfluo ricordare, al riguardo, che la giurisprudenza di questo Consiglio ha più volte chiarito, ad esempio con riferimento alle convenzioni della Consip s.p.a., che le disposizioni vigenti esprimono per le convenzioni della Consip s.p.a. – anche quando la relativa adesione non sia obbligatoria – un sicuro favor, desumibile anche dal fatto che queste, in difetto di adesione, rilevano comunque come parametri di prezzo-qualità fungenti da limiti massimi per la stipulazione dei contratti (Cons. St., sez. V, 30.4.2015, n. 2194), sicché nemmeno si richiede una specifica motivazione dell'interesse pubblico che giustifichi l'adesione da parte dell'Amministrazione alla convenzione.

7.5. Per la Regione Toscana, più in particolare, il progresso di centralizzazione si è realizzato dapprima bandendo gare uniche regionali, da parte di un solo Estav per conto degli altri due, o comunque con l'inserimento della clausola di adesione nei capitolati speciali di appalto, e infine con la L.R. 26/2014, che ha unificato i tre Estav in un'unica centrale di committenza regionale costituita da Estar.

7.6. Anteriormente alla costituzione di Estar peraltro, come la stessa Amministrazione appellante ha dedotto nel proprio ricorso (pp. 20-21), il coordinamento tra le tre Estav per gli acquisti centralizzati o, comunque, per l'estensione del contratto stipulato da un Estav ad enti appartenenti ad altri Estav, si è realizzato tramite un apposito organo che, con verbale n. 5/2012, ha disposto, al fine di ottimizzare i processi e le risorse di pertinenza degli Estav, l'inserimento, nei capitolati di gara, di una clausola che consenta di aderire alle procedure di gara esperite dagli altri Estav, in presenza di presupposti ed entro i limiti che sarebbero stati specificati in una successiva convenzione tra i Direttori Generali degli Estav.

7.7. Tale convenzione è stata stipulata il 25.1.2013 ed essa prevede l'inserimento, in tutti i capitolati speciali dei tre Estav, di una clausola di adesione dal tenore analogo a quella di cui qui si controverte.

8. Le osservazioni, pur acute, svolte da Sol s.p.a. nella propria memoria depositata l'8.9.2015 e nei successivi scritti difensivi, non valgono a sovvertire queste conclusioni.

8.1. Si è detto che la tendenza dell'ordinamento nazionale, nel settore sanitario come (e forse anche più che) in altri, è quella di favorire l'aggregazione degli acquisti, potenziando le figure delle centrali di acquisto, sul piano soggettivo, o incentivando forme di contrattazione generalizzata o di adesione ai contratti stipulati da soggetti aggregatori o, comunque, da centrali di committenza.

8.2. Tale tendenza, oltre alla legislazione nazionale e regionale sopra richiamata, trova sicuro conforto, anche nella nuova Direttiva n. 2014/24/UE sugli appalti – che, per quanto inapplicabile perché, anzitutto, non ancora attuata, orienta sicuramente l'interprete nell'interpretazione del diritto vigente – allorché prevede, all'art. 72, par. 1, che i contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto, a norma della stessa Direttiva, se tra l'altro, nell'ipotesi di cui al punto a), le modifiche, a prescindere dal loro

valore monetario, siano state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, od opzioni.

8.3. Sol s.p.a. obietta nella propria memoria (pp. 18-20) che tale disposizione, anche laddove vigente, non potrebbe essere applicata al caso di specie perché la clausola di estensione sarebbe assolutamente generica sia sul piano soggettivo, contenendo un elenco di soggetti talmente ampio da non consentire ai concorrenti di poter individuare con certezza quali siano, fin dall'inizio, le Amministrazioni aggiudicatrici.

8.4. La clausola di adesione, di cui all'art. 27 del capitolato speciale, non sarebbe assolutamente pacifica ed inequivoca nell'estendere la facoltà di future adesioni contrattuali, oltre che ad aziende sanitarie e ad enti pubblici dell'Area Vasta Centro, anche ad aziende sanitarie ed enti ricadenti sull'intero territorio della Regione Toscana e appartenenti ad Aree Vaste diverse da quella alla quale faceva riferimento l'originaria gara e in cui si estende la fornitura aggiudicata.

8.5. L'intero impianto argomentativo dell'odierna appellata, ricorrente in prime cure, poggia sull'assunto, in sintesi, che Estav abbia disposto l'estensione dell'originario contratto sottoscritto da Estav Centro in termini che esorbitano dall'ambito di operatività del bando, del capitolato speciale e della sua clausola di adesione sopra riportati, inserendovi un elemento di indeterminazione soggettiva – il carattere non predeterminato e tendenzialmente indeterminabile dei soggetti pubblici committenti – e di conseguenza anche oggettiva, non noto al concorrente al momento della gara, e cioè la possibilità di consentire una serie non pre-definibile di affidamenti diretti in favore di soggetti rispetto ai quali l'originario Estav Centro non era legittimato a svolgere attività contrattuale, in quanto non ricompresi nell'ambito della propria circoscrizione e, comunque, non previamente individuati o individuabili tramite convenzioni.

8.6. L'assunto, alla luce delle considerazioni sistematiche sin qui svolte, è infondato.

8.7. L'art. 1, comma 449, della l. 296/2006 consente e, anzi, impone alle Aziende rientranti nell'Area Vasta Nord-Ovest di aderire alle convenzioni stipulate da altre centrali regionali di committenza – quali Estav Centro – laddove queste consentano un risparmio di spesa rispetto all'indizione della gara, che non è un dogma assoluto al quale le Amministrazioni sanitarie sono vincolate, sempre e comunque, indipendentemente dalla valutazione della convenzione economica, sottesa all'indizione della gara, che alle stesse compete fare nel loro discrezionale apprezzamento.

8.8. Si aggiunga che nemmeno risponde al vero il rilievo che la clausola di estensione sia indeterminata sul piano soggettivo e/o oggettivo, perché essa al contrario individua, in modo sufficientemente chiaro, determinato ed omogeneo, anche in riferimento all'ambito territoriale (quello della Regione Toscana) quali siano le Amministrazioni aggiudicatrici – eventualmente aderenti – ed entro quali limiti, senza modifica di patti, condizioni e prezzi stabilite dagli atti di gara, l'aggiudicataria potrebbe essere chiamata ad estendere le proprie prestazioni.

8.9. Il Collegio, diversamente da quanto ha ritenuto il primo giudice, non ravvisa alcun elemento di aleatorietà, nella clausola, che non consenta alle imprese partecipanti alla gara di conoscere soggetti e oggetti del contratto o, quanto meno, di poter determinare a priori, secondo criterî non arbitrari

né irragionevoli ma chiari e sufficientemente circoscritti, in favore di quali ulteriori soggetti ed entro quali ulteriori limiti l'aggiudicatario potrebbe essere chiamato, ex contractu, ad estendere l'ambito delle proprie prestazioni contrattuali.

8.10. Le censure della ricorrente in prime cure, Sol s.p.a., peccano dunque di astrattezza e sono state erroneamente accolte dal primo giudice, perché, al di là del richiamo, astrattamente condivisibile, ai principî della concorrenzialità e dell'imparzialità, non è stato affatto dimostrato che la clausola di estensione, prevista dall'art. 27 del capitolato speciale predisposto da una centrale di committenza quale è Estav Centro, li leda in concreto, sottraendo un numero indefinito e indefinibile di ulteriori gare alla competizione tra le imprese, soprattutto considerando gli obblighi che incombono alle Amministrazioni sanitarie, per le ragioni e secondo le disposizioni sopra esaminate, e alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento interno, nazionale e regionale, ed europeo.

8.11. Merita qui solo aggiungere, per fugare ogni ulteriore equivoco circa l'esatta portata dei principî nazionali ed europei in ordine alle questioni qui dibattute, almeno per quanto attiene alle amministrazioni sanitarie, che lo stesso censimento dell'allora Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (oggi ANAC) sull'attività contrattuale per il biennio 2007/2008 delle centrali di committenza regionali, approvato con deliberazione del Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 27-28 gennaio 2010 (doc. 10 fasc. ricorrente in prime cure), invocato da Sol s.p.a. (pp. 18-19 dell'originario ricorso) e menzionato dal giudice di prime cure a conforto della propria decisione annullata (pp. 14-15 della sentenza impugnata), pur stigmatizzando, in via generale, l'eccessivo utilizzo e, dunque, l'abuso della clausola di adesione nella prassi amministrativa della contrattualistica pubblica (pp. 34-35), sottolinea però, altrettanto correttamente, che «le Aziende Sanitarie hanno invece l'obbligo di aderire alle convenzioni stipulate dalle centrali di committenza regionali» (pp. 13-14).

8.12. Né si vede perché l'appartenenza di un'Azienda ad un diverso Estav rispetto all'Estav che ha stipulato la convenzione, in seno alla medesima Regione, debba essere ragione per disapplicare la previsione dell'art. 1, comma 449, della l. 296/2006, che la stessa Autorità di Vigilanza ha ricordato come obbligatoria per le amministrazioni sanitarie, soprattutto quando l'adesione alla convenzione stipulata dalla centrale regionale di committenza, per quanto di altra Area Vasta, potrebbe comportare un risparmio di spesa notevole, per l'Amministrazione appartenente ad altra Area Vasta, e si riveli più conveniente, nella valutazione della stessa Amministrazione, rispetto all'indizione di una nuova gara.

8.13. Anche la Direttiva n. 2014/24/UE, il cui considerando n. 60 e n. 137 l'odierna appellata Sol s.p.a., a torto, ha invocato a sostegno della propria tesi (concernendo il primo gli accordi-quadri, ipotesi qui non ricorrente, e il secondo le modifiche sostanziali all'originario contratto di appalto, qui nemmeno adombrare, prima ancor che dimostrate, ben evidenzia del resto, nel considerando n. 59, che «nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti»

ed ha osservato che «l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI».

8.14. Simili rischi adombrati nel considerando n. 59, tuttavia, non esistono nel caso di specie a danno di Sol s.p.a., essendo l'odierna appellata una grande impresa affermata sul panorama nazionale e aggiudicataria di numerose commesse (alcune prorogate in suo favore, per sua stessa ammissione, da molti anni), e del resto lo stesso monitoraggio effettuato dall'Autorità di Vigilanza, appena menzionata, ha ricordato l'obbligo per le aziende sanitarie, previsto dalla legislazione nazionale, di aderire alle convenzioni stipulate dalle centrali di committenza regionali per l'esigenza, certo preminente, di contenere il disavanzo sanitario ed assicurare un servizio meno costoso e più efficiente per tutti i cittadini, prima di tutto su scala regionale.

8.15. Proprio il considerando n. 60 invocato da Sol s.p.a., che pur concerne, come detto, gli accordi-quadro, ricorda che l'individuazione della committenza pubblica può avvenire, ad esempio, con «un riferimento a una determinata categoria di amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di un'area geografica chiaramente delimitata, in modo che le amministrazioni aggiudicatrici possano essere facilmente e chiaramente individuate».

8.16. Ciò che nel caso di specie, per quanto il contratto esteso non sia inquadrabile né definibile quale accordo-quadro, è puntualmente avvenuto, essendo ben individuate e individuabili a priori le amministrazioni sanitarie regionali eventualmente aggiudicatrici all'esito dell'adesione, peraltro entro un limite massimo di prestazioni economicamente fissato, e senza modifica di patti, condizioni e prezzi previsti dagli atti di gara.

9. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza accogliere entrambi gli appelli e, conseguentemente, in riforma parziale dell'impugnata sentenza respingere nel merito il ricorso proposto da Sol s.p.a.

10. Le spese del doppio grado di giudizio, stante la complessità e novità del quadro normativo sin qui esaminato, possono essere interamente compensate tra le parti ai sensi del combinato disposto dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92, comma secondo, c.p.c.

10.1. Rimane a carico di Sol s.p.a. il contributo unificato versato in primo grado, mentre, pur a fronte della compensazione delle spese testé disposta, essa dovrà rimborsare, in virtù di quanto previsto dall'art. 13, comma 6-bis.1., del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il contributo unificato anticipato, nel presente grado di giudizio, dalle appellanti Estar e Air Liquide Sanità Service s.p.a. per la proposizione dei rispettivi gravami.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li accoglie e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado da Sol s.p.a.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado dei giudizi riuniti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio

2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/02/2016

IL SEGRETARIO

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