

APPALTI: Gara - Acquisizione regionale per gli approvvigionamenti di interesse degli enti del S.S.N. - Prevale - Su quello nazionale - Intervento sostitutivo di Consip S.p.a. - Ruolo suppletivo e cedevole.

Tar Lombardia - Brescia, Sez. I, 7 ottobre 2021, n. 851

- in *Il Foro amm.*, 10, 2021, pag. 1508 e ss.

“[...] in giurisprudenza si è andato affermando e consolidando, negli ultimi anni, il principio della prevalenza dei sistemi di acquisizione regionali rispetto a quello nazionale e del ruolo meramente suppletivo (e cedevole) dell’intervento sostitutivo di Consip; ciò nel senso che, 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 possibile che la centrale di committenza nazionale attivi specifiche convenzioni-quadro, alle quali gli enti del servizio sanitario sono obbligati ad aderire in mancanza di convenzioni regionali disponibili nello specifico servizio o nella specifica fornitura di interesse; tale intervento suppletivo è definito “cedevole” in quanto, pur necessario nel perdurare dell’inoperatività di convenzioni e accordi quadro regionali, è destinato a perdere la sua ragion d’essere laddove la centrale regionale, ripristinando la fisiologica dinamica delineata dal legislatore, attivi i propri strumenti di acquisizione [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asst del Garda e di Markas S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2021 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile” è titolare, quale mandataria del RTI con PH Facility s.r.l., del lotto n. 4 della convenzione CONSIP relativa all’affidamento dei servizi di pulizia, sanificazione e altri servizi in favore degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale (SSN). La convenzione è stata sottoscritta nel dicembre 2020, a seguito di

pubblica gara, per la durata di 24 mesi decorrenti dalla data della sottoscrizione. Il lotto n. 4 include, tra le altre, le province di Brescia e di Mantova della Regione Lombardia.

2. Con il ricorso in esame, notificato il 18 giugno 2021 e ritualmente depositato, il Consorzio Leonardo ha impugnato il decreto del Direttore Generale n. 175 del 3 marzo 2021 e gli ulteriori atti indicati in epigrafe, con cui l'ASST del Garda, al fine di reperire provvisoriamente il servizio di pulizia e di sanificazione ambientale nelle more dell'espletamento di una pubblica gara da parte della società di committenza regionale, ha deciso di aderire alla convenzione ARCA_2018_080.1 lotto 1, di cui è titolare la società Markas s.r.l., per la durata di 12 mesi, per un valore complessivo di € 2.600.000,00 Iva esclusa.

3. Il ricorso è stato affidato a due motivi, con cui la parte ricorrente ha dedotto vizi di violazione di legge e di eccesso di potere sotto plurimi profili: in sintesi, secondo la parte ricorrente, illegittimamente l'ASST del Garda avrebbe aderito alla convenzione regionale ARCA_2018_080.1, dal momento che tale convenzione non ricomprenderebbe, tra gli enti beneficiari della stessa, anche la predetta azienda sanitaria, né contemplerebbe una "clausola di estensione o di adesione"; pertanto, in mancanza di una convenzione regionale suscettibile di adesione da parte dell'ASST, quest'ultima avrebbe avuto l'obbligo di aderire alla Convenzione CONSIP attiva in relazione ai medesimi servizi, così come prescritto dalla normativa primaria (art. 1 comma 449 L. n. 296/2006; art. 1 comma 3 del D.L. n. 95/2012) e secondaria (DGR n. XI del 16.12.2019).

Ha chiesto conclusivamente a questo TAR, previo annullamento del provvedimento impugnato, di accertare e dichiarare l'obbligo dell'ASST del Garda di aderire alla convenzione Consip, attualmente attiva e capiente, al fine di reperire i servizi di pulizia e sanificazione.

4. Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio l'ASST del Garda e la parte controinteressata Markas s.r.l., ciascuna depositando documentazione e memoria difensiva, svolgendo eccezioni in rito e nel merito.

4.1. In particolare, Markas ha eccepito preliminarmente:

- la tardività del ricorso, tenuto conto che il provvedimento impugnato è stato pubblicato sul sito istituzionale dell'Amministrazione in data 3 marzo 2021 mentre il ricorso è stato notificato soltanto in data 18 giugno 2021 (105 giorni dopo); al riguardo, la deducente ha richiamato l'art. 29 del d. lgs. 50/2016, il quale prevede l'obbligo di pubblicare sul profilo del committente tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatari delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, con la precisazione che *"i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente"*; ha richiamato altresì la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 2 luglio 2020, n. 12, la quale ha

posto l'accento sull'art. 29 del nuovo codice appalti, ritenendo rilevante, per la decorrenza dei termini, la data di pubblicazione sul profilo del committente, onerando così l'impresa, ove interessata a proporre ricorso, di monitorare tale profilo;

- l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, dal momento che anche un ipotetico accoglimento del ricorso non implicherebbe l'obbligo dell'azienda sanitaria di aderire necessariamente alla convenzione Consip, ma la lascerebbe libera di valutare discrezionalmente se aderire a detta convenzione oppure prescegliere diverse soluzioni negoziali più confacenti alla breve durata del servizio occorrente all'ASST nelle more dell'espletamento della nuova gara da parte della società di committenza regionale, quali, in particolare, la proroga tecnica del servizio in corso o l'indizione di una gara ponte o di una procedura negoziata;
- nel merito, ha contestato la fondatezza del ricorso e ne ha chiesto il rigetto.

4.2. Anche l'ASST del Garda ha eccepito la tardività del ricorso, per ragioni analoghe a quella di Markas; in subordine, nel merito, ha rilevato l'infondatezza del ricorso sul rilievo che la convenzione regionale a cui essa ha aderito non sarebbe limitata ai soli enti specificamente indicati.

5. All'udienza in camera di consiglio del 14 luglio 2021, la difesa di parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare a fronte dell'intenzione manifestata dal Presidente del Collegio di fissare a breve l'udienza pubblica di decisione del merito; della rinuncia alla domanda cautelare, la Sezione ha dato atto con ordinanza n. 212 del 14 luglio 2021, compensando le spese della fase processuale.

6. In prossimità dell'udienza di merito, le parti hanno depositato scritti conclusivi e di replica nei termini di rito.

7. All'udienza pubblica del 29 settembre 2021, il Collegio ha rilevato d'ufficio un possibile profilo di inammissibilità del ricorso (ulteriore rispetto a quello eccepito dalle parti resistenti), sul quale le parti hanno discusso oralmente. All'esito della discussione, che ha coinvolto anche gli ulteriori profili processuali e di merito della controversia, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione di tardività del ricorso formulata dalle parti resistenti è infondata.

In disparte le considerazioni già svolte, al riguardo, dalla Sezione nell'analogo contenzioso definito con la sentenza n. 518/2021 - che qui è sufficiente richiamare per brevità espositiva, anche ai sensi dell'art. 74 c.p.a. - nel caso di specie appare dirimente la considerazione che, rispetto al provvedimento impugnato, il Consorzio ricorrente riveste la qualifica di soggetto direttamente controinteressato, dal momento che nella motivazione dell'atto impugnato l'Azienda Sanitaria dichiara di aver valutato la possibilità di aderire alla convenzione Consip di cui è titolare il

Consorzio ricorrente ma di averla esclusa per una serie di ragioni diffusamente elencate, pervenendo di conseguenza alla determinazione di aderire alla convenzione regionale.

In quanto soggetto direttamente controinteressato all'atto impugnato e individuato nell'atto stesso - o comunque facilmente individuabile in quanto titolare della convenzione Consip espressamente pretermessa dall'Amministrazione committente - il Consorzio ricorrente avrebbe dovuto ricevere la notifica individuale dell'atto impugnato, ai sensi dell'art. 41 comma 2 c.p.a.: il che non è avvenuto. Per l'effetto, è infondata la pretesa delle parti resistenti di far decorrere il termine di impugnazione dalla data di pubblicazione del provvedimento sul sito istituzionale dell'ente anziché da quella di notificazione individuale dell'atto stesso, mai avvenuta.

2. E' infondata anche l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse formulata da Markas, dal momento che sussiste certamente l'interesse del Consorzio ricorrente ad ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato nella prospettiva di poter conseguire, sia pure in via meramente potenziale e nel confronto comparativo con le altre possibili soluzioni negoziali a disposizione dell'Amministrazione, l'aggiudicazione della commessa.

3. Si rivela infondato, infine, anche l'ulteriore profilo di inammissibilità del ricorso, rilevato d'ufficio dal Collegio, per ragioni di completezza, in occasione dell'udienza di merito, e basato sul rilievo della mancata contestazione, da parte del Consorzio ricorrente, delle articolate considerazioni contenute nella motivazione del provvedimento in ordine alla impossibilità di aderire alla convenzione Consip. Anche sotto tale profilo va infatti rilevato che l'accoglimento del ricorso determinerebbe l'annullamento dell'atto impugnato nella sua interezza, inclusa la parte di motivazione relativa alla convenzione Consip e alle ragioni per cui l'Azienda sanitaria ha ritenuto impossibile aderirvi, peraltro ripristinando in capo all'ente committente il potere discrezionale di rivalutare liberamente la medesima convenzione (aderendovi o confermando le ragioni contrarie all'adesione) e anche di prescegliere diverse soluzioni negoziali, ove ritenute più convenienti o più confacenti alle proprie specifiche esigenze.

Si può quindi passare all'esame del merito.

4. Nel merito, il ricorso è fondato.

Giova premettere che sia la normativa statale che quella regionale sanciscono l'obbligo per gli enti del servizio sanitario regionale di approvvigionarsi utilizzando, in via prioritaria, le convenzioni e gli accordi quadro stipulati dalle centrali regionali di riferimento, e quindi a formulare le proprie richieste di fornitura agli appaltatori aggiudicatari delle procedure centralizzate svolte in sede regionale e ai prezzi convenzionati; peraltro, in mancanza di convenzioni regionali attive e capienti nello specifico settore di interesse, gli enti del servizio sanitario sono tenuti ad approvvigionarsi

utilizzando, ove disponibili, le convenzioni e gli accordi quadro stipulati dalla centrale di committenza statale Consip s.p.a.; in tal senso dispongono, in particolare:

- l'art. 1 comma 449 della L. n. 296/2006 (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.”;

- l'art. 1 comma 6-bis della L.R. Lombardia n. 33/2007, secondo cui “Gli enti del sistema regionale di cui agli allegati A1 e A2 della L.R. 30/2006, ad eccezione dei soggetti di diritto privato indicati nel citato allegato A2, sono obbligati ad utilizzare le convenzioni, gli accordi quadro ed ogni strumento contrattuale stipulato, in favore dei medesimi, dall'Agenzia regionale centrale acquisti s.p.a. ai sensi del comma 4, lettere a), c) e c bis). La mancata osservanza delle disposizioni del presente comma rileva ai fini della responsabilità disciplinare e amministrativa”;

- l'art. 15 comma 13 lett. d) del D.L. n. 95/2012 (c.d. Spending Review), “(...) gli enti del servizio sanitario nazionale (...) utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento (...). I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa (...);”

- la D.G.R. n. IX/4334 del 26 ottobre 2012, la quale, nel disciplinare le “linee di indirizzo” per gli acquisti delle aziende sanitarie regionali, ha deliberato che la “Regione Lombardia, come definito da deliberazione IX/2633 del 06/12/2011, ribadisce l'obbligo di adesione ai contratti/convenzioni attivati a livello regionale dalla Agenzia Regionale Centrale Acquisti e in un'ottica di una migliore programmazione degli acquisti, le Aziende Sanitarie non potranno attivare procedure di acquisto autonome relative a prodotti già oggetto di contratti/convenzioni regionali attive o in corso di attivazione”;

- l'art. 1, commi 548 e 549 della l. n. 208/2015, 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 (...)”.

Sulla scorta dei principi affermati da tali disposizioni normative, in giurisprudenza si è andato affermando e consolidando, negli ultimi anni, il principio della prevalenza dei sistemi di acquisizione regionali rispetto a quello nazionale e del ruolo meramente suppletivo (e cedevole) dell'intervento sostitutivo di Consip; ciò nel senso che, 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 possibile che la centrale di committenza nazionale attivi specifiche convenzioni-quadro, alle quali gli enti del servizio sanitario sono obbligati ad aderire in mancanza di convenzioni regionali disponibili nello specifico servizio o nella specifica fornitura di interesse; tale intervento suppletivo è definito "cedevole" in quanto, pur necessario nel perdurare dell'inoperatività di convenzioni e accordi quadro regionali, è destinato a perdere la sua ragion d'essere laddove la centrale regionale, ripristinando la fisiologica dinamica delineata dal legislatore, attivi i propri strumenti di acquisizione (Consiglio di Stato, sez. III, 26/02/2019, n. 1329; Consiglio di Stato, sez. V, 11/12/2017, n. 5826; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, 04/02/2021, n. 1457).

5. Nel caso di specie, è accaduto che:

- l'ASST del Garda, giunto a scadenza il contratto di appalto relativo, tra l'altro, al servizio di pulizia e di sanificazione ambientale stipulato nell'anno 2012 con l'ATI costituita da Markas s.r.l. e Zanetti Arturo e C. s.r.l., ha conferito nel mese di luglio 2020 i propri fabbisogni alla centrale di committenza regionale ARIA s.p.a., ma ha dovuto prendere atto dell'intenzione della società di committenza regionale di provvedere all'espletamento di una gara regionale per l'approvvigionamento dei servizi di pulizia per gli enti del servizio sanitario regionale soltanto a far data, approssimativamente, entro la fine del mese di febbraio 2021, con previsione di conclusione della procedura per la fine del 2021 e stipula dei relativi contratti entro i primi mesi del 2022.
- a questo punto l'ASST del Garda ha ritenuto doveroso effettuare le opportune verifiche anche in Consip, rilevando "la presenza di convenzione di recentissima attivazione – 21 dicembre 2020 – per i servizi di pulizie che al Lotto 4 ricomprende gli enti del SSN della Provincia di Brescia";
- è stata quindi avviata una specifica istruttoria volta a valutare la convenzione Consip, all'esito della quale l'ASST ha ritenuto "impossibile l'immediata attivazione dell'adesione alla convenzione Consip"; ciò "in ragione non solo dei tempi tecnici, ma anche e soprattutto della complessità del servizio, del perdurare dello stato di emergenza pandemica e del conseguente assorbimento, per la

sua gestione, del Personale Sanitario impegnato inoltre, dalla fine dello scorso anno, nella organizzazione e gestione della campagna vaccinale COVID-19”;

- in tale contesto, dopo aver ritenuto impraticabile l’adesione alla convenzione Consip, l’ASST si è nuovamente rivolta, “in ossequio alla disposizione normative vigenti”, alla centrale di committenza regionale richiedendo se fosse disponibile una “convenzione regionale immediatamente fruibile e attiva”;

- la società di committenza regionale ha segnalato all’ASST l’esistenza di una convenzione regionale allo stato attiva e capiente in relazione ai servizi di pulizia per gli enti del servizio sanitario regionale: la Convenzione ARCA 2018_080, lotto n. 1, corrente con Markas s.r.l., di capienza sufficiente a garantire la copertura del servizio per la durata di 12 mesi nelle more dell’espletamento della nuova gara regionale nell’ambito della quale l’ASST del Garda aveva già conferito i propri fabbisogni;

- conseguentemente, con il provvedimento impugnato nel presente giudizio, l’ASST ha stabilito di aderire a tale convenzione regionale per il periodo di un anno (corrispondente sostanzialmente al tempo stimato da ARIA s.p.a. per provvedere all’espletamento della nuova gara regionale), emettendo un ordinativo di fornitura per un importo complessivo di € 2.600.000,00, oltre IVA.

Nel presente giudizio il Consorzio Leonardo, titolare della convenzione nazionale Consip relativa ai servizi di pulizia per gli enti del servizio sanitario nazionale e aggiudicatario, in particolare, del lotto n. 4 che ricomprende le province di Brescia e di Mantova, lamenta l’illegittimità dell’atto di adesione dell’ASST del Garda alla convenzione regionale ARCA_2018_080.1 lotto n. 1; deduce la violazione e falsa applicazione dell’art. 1 comma 449 L. 296/2006, degli artt. 21, 30, 51 del d. lgs. 50/2016 e dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza; ciò in quanto:

- il lotto n. 1 della convenzione ARCA_2018_080.1, di cui è titolare Markas s.r.l., non ricomprenderebbe l’ASST del Garda tra i soggetti beneficiari della medesima, essendo quest’ultima riferita esclusivamente ad altre aziende sanitarie, specificamente individuate (PAPA GIOVANNI XXIII e ATS BRESCIA);

- secondo il Consorzio ricorrente, non sarebbe ammissibile che l’aggiudicatario di un lotto di una gara possa erogare le prestazioni oggetto di gara in favore di enti diversi da quelli ricompresi nel proprio lotto;

- del resto, nella documentazione della gara ARCA non sarebbe stata contemplata una “clausola di estensione o di adesione”, la quale presuppone che l’amministrazione aderente figure tra i potenziali beneficiari del contratto, sia negli atti di gara che nella convenzione; ciò in quanto l’”adesione postuma” sottrae il contratto al confronto competitivo e quindi è ammessa dalla giurisprudenza

entro limiti rigorosi, di carattere soggettivo e oggettivo, quali, in particolare, la sufficiente determinazione o determinabilità ex ante dei possibili soggetti aderenti, delle prestazioni oggetto di estensione e dei tempi per l'adesione;

- la circostanza che la gara bandita da ARCA sia stata suddivisa in lotti dimostrerebbe la volontà della centrale unica di committenza regionale di stipulare, non una convenzione quadro regionale aperta all'adesione di tutti gli enti del servizio sanitario regionale, ma una convenzione diretta a specifici beneficiari;

- in mancanza di una convenzione regionale suscettibile di adesione da parte dell'ASST del Garda, quest'ultima avrebbe avuto l'obbligo, ai sensi dell'art. 1 comma 449 della L. n. 296/2006 e dell'art. 1 comma 3 del D.L. n. 95/2012, di aderire alla Convenzione CONSIP attiva in relazione ai medesimi servizi e all'ambito territoriale corrispondente alla provincia di Brescia, a pena di nullità del diverso contratto eventualmente stipulato;

- in tale contesto, il provvedimento impugnato violerebbe anche i principi affermati a livello regionale dalla DGR n. XI del 16.12.2019, la quale, nel disciplinare gli acquisti da parte dei enti del SSR, ribadisce il principio per cui, qualora non sia immediatamente disponibile una convenzione regionale ARIA, gli enti del SSR possono procedere ad acquisti autonomi soltanto qualora il prodotto o il servizio necessario non sia disponibile presso CONSIP;

- sarebbe pertanto censurabile, nel caso in esame, il comportamento di ARIA, la quale, su richiesta dell'ASST del Garda, avrebbe omesso di segnalare la disponibilità della convenzione CONSIP, indicando soltanto l'esistenza della convenzione regionale, inapplicabile a detta Azienda Sanitaria.

6. Ciò posto, il Collegio ritiene che le censure dedotte dalla parte ricorrente con i primi due motivi siano fondate e debbano essere accolte, alla luce delle seguenti considerazioni.

La procedura di gara bandita nel 2018 dalla società di committenza regionale lombarda per l'approvvigionamento del servizio di pulizia in favore degli enti del servizio sanitario regionale era stata ripartita in tre lotti, ciascuno dei quali riferito a specifici enti sanitari, corrispondenti a quelli che avevano preventivamente manifestato interesse alla procedura; in relazione a ciascun lotto, la tipologia delle prestazioni inserite nel progetto di gara e la base d'asta erano state determinate sulla base dei fabbisogni qualitativi e quantitativi ipotizzati dagli enti interessati nel biennio contrattuale oggetto della procedura, e ciò all'evidente fine di garantire un adeguato livello di efficienza della futura convenzione, modellandola sulle esigenze concrete delle aziende interessate.

Le amministrazioni resistenti e la parte controinteressata sostengono che, sebbene la gara regionale fosse stata ripartita in lotti riferiti a specifici enti sanitari, nondimeno ciascuna delle tre convenzioni scaturite da tale gara sarebbe rimasta suscettibile di future adesioni da parte di tutti gli enti del

servizio sanitario regionale, inclusa l'ASST del Garda, trattandosi di convenzioni stipulate espressamente ai sensi dell'art. 26 della L. 488/1999 e come tali aperte ex lege all'adesione di tutti gli enti sanitari interessati. Non sarebbe pertanto censurabile la determinazione dell'ASST di aderire alla convenzione ARCA relativa al lotto n. 2, sebbene in quest'ultimo fossero stati inclusi esclusivamente l'ospedale PAPA GIOVANNI XXIII e l'ATS di BRESCIA.

La tesi non convince il Collegio.

6.1. Il mero richiamo dell'art. 26 della L. 488/1999 contenuto negli atti della gara regionale non appare di per sé risolutivo al fine di ritenere che la convenzione regionale sia aperta per legge all'adesione indiscriminata di tutti gli enti del servizio sanitario regionale, dal momento che la norma in questione si limita a prevedere l'obbligo del soggetto aggiudicatario della convenzione quadro di "accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura di beni e servizi deliberati dalle amministrazioni dello Stato" (comma 1), ma di per sé non esclude che, allorché le amministrazioni beneficiarie della convenzione siano state espressamente individuate negli atti di gara e nella convenzione quadro, l'obbligo a contrarre dell'appaltatore sussista esclusivamente nei confronti di dette amministrazioni, e non, genericamente, nei confronti di tutte le amministrazioni dello stesso comparto o dello stesso ambito territoriale; parimenti, la norma in esame aggiunge (al comma 3) 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 (...)", ma tale previsione, di per sé, non preclude alla società di committenza di destinare la convenzione quadro a specifiche amministrazioni pubbliche che abbiano manifestato preventivamente il proprio interesse all'approvvigionamento periodico di quel servizio o di quella fornitura in un determinato arco temporale, modellando conseguentemente la procedura di gara sulle esigenze qualitative e quantitative rappresentate da dette amministrazioni.

6.2. D'altra parte, la tesi difensiva sostenuta in giudizio dalle parti resistenti, oltre a non trovare un riscontro dirimente nel mero richiamo dell'art. 26 della L. 488/1999, conduce a conseguenze palesemente irragionevoli nella misura in cui finisce per avvalorare l'assunto che una convenzione quadro regionale, modellata sul fabbisogno qualitativo e quantitativo di specifiche aziende sanitarie, possa poi essere erosa, in tutto o in parte, nel suo importo contrattuale massimo, dalle richieste di approvvigionamento formulate da aziende diverse da quelle espressamente contemplate, con l'effetto ultimo - potenziale, ma assolutamente concreto - di renderla incapiente e incapace di soddisfare proprio le richieste di quelle specifiche aziende sulle cui esigenze era stata modellata.

6.3. Se, quindi, è certamente vero che l'indicazione di specifici enti sanitari negli atti della gara regionale è servita a "dimensionare" l'oggetto della futura convenzione per consentire la determinazione della base d'asta secondo criteri di trasparenza e la formulazione da parte degli operatori di offerte consapevoli, non è però vero che essa sia servita soltanto a questo, dal momento che l'esigenza di dimensionamento del servizio era funzionale, prima ancora che alla determinazione della base d'asta, a garantire la tendenziale copertura, nel periodo contrattuale, delle esigenze di approvvigionamento del servizio rappresentate da specifici enti sanitari, sia quanto a tipologia di prestazioni sia, correlativamente, quanto ad entità economica delle stesse; sicchè, ritenere che, ad onta di tutto questo, la convenzione regionale sia destinata indistintamente a tutti gli enti del servizio sanitario regionale e che il suo plafond possa essere utilizzato, e persino esaurito, da imprese diverse da quelle specificamente indicate negli atti di gara, costringendo queste ultime a rivolgersi al mercato per procurarsi il servizio, a costi verosimilmente più alti, appare contrario a canoni di logica e di ragionevolezza, e quindi, in definitiva, a principi di buona amministrazione.

6.4. A ciò si aggiunga che la suddivisione della gara in lotti e la individuazione, all'interno di ciascun lotto, di specifici enti beneficiari territorialmente omogenei (come nel caso di specie), orienta e condiziona inevitabilmente le stesse offerte degli operatori, essendo intuitivo che i costi del servizio possono divergere sensibilmente a seconda della ubicazione territoriale dell'ente beneficiario e della sua distanza dalla sede dell'operatore economico (a cui si connettono esigenze di dislocazione e di trasporto del personale necessario), per cui non appare ragionevole che un'offerta economica elaborata da un concorrente in relazione ad un lotto territoriale contiguo alla propria sede possa poi vincolarlo a rendere le medesime prestazioni, allo stesso prezzo, in favore di amministrazioni dislocate nei più disparati contesti territoriali, solo perché ricomprese in ambito regionale.

6.5. Per la stessa ragione, l'eventuale estensione della convenzione quadro ad enti diversi da quelli specificamente indicati deve essere sottoposta al confronto concorrenziale tra le imprese partecipanti alla gara centralizzata, le quali devono poter formulare la propria offerta nella consapevolezza che potrebbe essere loro richiesto di approntare beni, servizi o lavori ulteriori rispetto a quelli richiesti dalla *lex specialis*; a tal fine, è necessario che l'eventualità della futura adesione di enti diversi da quelli indicati sia oggetto di una previsione esplicita negli atti di gara, attraverso la formulazione di una clausola espressa di adesione o di estensione.

6.6. Tale clausola, secondo condivisibili principi giurisprudenziali, deve predeterminare il perimetro soggettivo ed oggettivo della eventuale estensione, indicando sia i soggetti che potranno beneficiarne sia le prestazioni che potranno essere richieste e in quali limiti; è stato affermato, a

questo riguardo, che "il criterio orientativo di base, elaborato dalla giurisprudenza, vuole che una clausola estensiva in tanto possa essere ammessa, in quanto soddisfi i requisiti, in primis di determinatezza, prescritti per i soggetti e l'oggetto della procedura cui essa accede: infatti, 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 (Cons. St., sez. III, 28 settembre 2020 n. 5705; 15 febbraio 2018, n. 982; 4 febbraio 2016, n. 442); analogamente, è stato affermato che "L'adesione postuma da parte di un'Amministrazione pubblica agli esiti di una procedura di gara alla quale è risultata estranea, indetta sulla scorta di una convenzione alla quale non aveva aderito, integra violazione dei principi generali di evidenza pubblica di derivazione comunitaria e di stampo nazionale, che impediscono l'affidamento di una fornitura senza una procedura individuale o collettiva di cui sia stato parte, formalmente e sostanzialmente, il soggetto affidante" (Consiglio di Stato, sez. V , 11/02/2014 , n. 663).

6.7. Per tutte le ragioni appena esposte, la possibile estensione della convenzione regionale ARCA_2018_080.1 ad enti diversi da quelli specificamente indicati avrebbe dovuto essere prevista già negli atti della gara regionale e nelle relative convenzioni quadro attraverso l'introduzione di una clausola espressa di estensione, che invece è mancata del tutto; e tale constatazione rende pertanto illegittima la determinazione dell'ASST resistente di aderire a tale convenzione regionale, essendo questa riferita esclusivamente a specifici enti sanitari e modellata sul fabbisogno qualitativo e quantitativo di servizio rappresentato da questi ultimi nella fase preliminare di programmazione e di predisposizione degli atti di gara.

7. In definitiva, alla luce di tali considerazioni, il ricorso è fondato e va accolto, con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

8. Sono naturalmente fatte salve le successive determinazioni che l'Azienda sanitaria vorrà assumere, anche mediante propri idonei strumenti di negoziazione, per garantirsi l'approvvigionamento del servizio nelle more dell'espletamento della nuova gara indetta (o in corso di indizione) da parte della centrale di committenza regionale.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il decreto del Direttore Generale dell'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda n. 175 del 3 marzo 2021.

Condanna l'ASST del Garda, ARIA s.p.a. e Markas s.r.l., in solido tra loro, a rifondere alla parte ricorrente le spese di lite, che liquida in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Ariberto Sabino Limongelli

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO