

APPALTI: Contratti della P.A. – Gara – Clausola di adesione – Legittimità – Presupposti e/o condizioni.

Cons. Stato, Sez. III, 8 agosto 2022, n. 7016

“[...] la legittimità della clausola di adesione, ovvero del concreto ricorso fatto ad esso da parte di una Amministrazione aggiudicatrice in alternativa ad altre modalità di acquisizione delle prestazioni necessarie per lo svolgimento delle relative finalità istituzionali, è subordinata alla sussistenza di un rapporto di continuità oggettiva tra la prestazione resa, all’esito della relativa gara, dall’appaltatore e quella che gli viene chiesto di effettuare a favore dell’Ente, diverso da quello originariamente aggiudicatore, che esercita la facoltà di adesione.

E’ stato infatti affermato [...] 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 [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Sterimed S.r.l.;

Visti l’atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Servizi Italia S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell’udienza pubblica del giorno 21 luglio 2022, il Cons. Ezio Fedullo e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La Sterimed S.r.l. è mandataria del R.T.I., costituito con Servizi Ospedalieri S.p.a. e Coedil S.r.l., affidatario della gestione del servizio di sterilizzazione presso gli Ospedali di Treviglio,

Romano di Lombardia e Calcinate, come da contratto di appalto stipulato, all'esito della relativa gara, con l'Azienda Ospedaliera di Treviglio e Caravaggio (oggi A.S.S.T. Bergamo Ovest) rep. n. 1352 del 20 gennaio 2010, avente una durata di 9 anni (con scadenza fissata, quindi, al 14 gennaio 2022).

1.1.- Il contratto prevedeva, all'art. 3, quanto segue: *“L'A.O. si riserva, alla scadenza contrattuale, di prorogare il servizio per anni 1 (uno), previa ridefinizione dei termini contrattuali. In caso di mancata proroga, la Società Appaltatrice ha l'obbligo di continuare la gestione del servizio alle condizioni economiche convenute per 180 (centottanta) giorni dalla scadenza del contratto, nelle more dell'espletamento di nuova gara d'appalto”*.

1.2.- La predetta società, in prossimità della scadenza contrattuale, proponeva alla stazione appaltante di proseguire il servizio con uno sconto del 29% sul canone annuo, offrendo altresì la fornitura gratuita di arredi, accessori e strumentario specialistico per il blocco operatorio oltre che di un armadio di sanificazione.

1.3- Con nota del 3 dicembre 2021 ad essa indirizzata, tuttavia, l'A.S.S.T. Bergamo Ovest confermava la scadenza contrattuale e il successivo 30 dicembre, con la delibera n. 2059, avente ad oggetto *“adesione contrattuale alla gara espletata dall'ASST di Crema per l'affidamento del servizio di gestione della Centrale di sterilizzazione occorrente all'ASST Bergamo Ovest”*, il suo Direttore Generale si determinava nel senso di *“affidare il servizio di gestione della centrale di sterilizzazione alla Società Servizi Italia S.p.A. di Castellina di Soragna (PR) per il periodo dal 15.01.2022 e fino al 30.09.2026 usufruendo della clausola di adesione successiva prevista negli atti di gara dell'ASST di Crema, come dettagliato:*

a. costo per unità di sterilizzazione € 31,5735 oltre IVA

b. costo per unità di sterilizzazione di strumentario chirurgico noleggiato e sottoposto a manutenzione € 9,8940 oltre IVA prevedendo un costo annuo presunto quantificato con riferimento al numero presunto di unità di sterilizzazione, individuato in indicativi n. 37.200/anno (la cui entità potrà variare in aumento/diminuzione in relazione all'andamento della situazione pandemica ancora in atto e alle conseguenti attività cliniche che saranno erogate dall'ASST), con un costo annuale complessivo presunto quantificato in € 1.470.000,00 IVA esclusa”.

1.4.- La Sterimed S.r.l. agiva quindi dinanzi al competente T.A.R. per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, avverso la delibera suindicata ed il ricorso veniva accolto con la sentenza n. 224 del 4 marzo 2022, qui impugnata e di cui devono subito richiamarsi i principali snodi motivazionali.

2.- Il T.A.R. in particolare, richiamati i limiti posti dall'ordinamento all'applicazione dell'istituto dell'adesione di un'amministrazione aggiudicatrice ad un contratto già stipulato da altra

amministrazione con un determinato appaltatore – limiti connessi essenzialmente alla condizione che l’oggetto delle prestazioni sia determinato o determinabile in base a criteri trasparenti evincibili dalla stessa *lex specialis* e che *«l’adesione successivamente disposta avvenga senza alcuna rinegoziazione delle condizioni prestazionali ed economiche formulate in sede di offerta dal soggetto aggiudicatario e definite dalla lex specialis della gara originaria»*, fatti salvi gli adattamenti della prestazione *«che siano dettati da specifiche esigenze dell’aderente e non alterino, nella sostanza, il dialogo competitivo tra gli operatori»* – ha preliminarmente respinto la censura di parte ricorrente, intesa a sostenere che l’affidamento da parte di altra Amministrazione del servizio di sterilizzazione, sulla base della clausola di adesione apposta al contratto stipulato tra la A.S.S.T. di Crema e la Servizi Italia S.p.a., sarebbe potuto avvenire solo se lo stesso avesse dovuto svolgersi presso la medesima Centrale di sterilizzazione di pertinenza della suddetta Azienda Socio-Sanitaria.

2.1- Ai fini reiettivi della suddetta censura, il giudice di primo grado ha in primo luogo evidenziato che *“nel caso di specie l’oggetto della prestazione da estendere è chiaramente determinato, ed è costituito dalla gestione di una centrale di sterilizzazione, così come lo sono i soggetti che potranno successivamente aderire e, dal tenore letterale della lex specialis di gara redatta dall’A.T.S. di Crema, emerge inequivocabilmente che, in caso di estensione del contratto, possano essere utilizzate centrali di sterilizzazione diverse da quelle della stazione appaltante. L’art. 18 del capitolato prevede, infatti, che in caso di estensione la «Stazione Appaltante resterà estranea in ordine ai patti e condizioni che si stabiliranno tra fornitore e l’Azienda cui viene esteso l’accordo, che daranno origine ad un rapporto contrattuale autonomo»”*.

2.2.- Ciò premesso, il T.A.R. ha rilevato che *“poiché ogni possibile aderente, trattandosi di aziende sanitarie territoriali, in cui sono incluse strutture di cura, di regola dispone di una propria centrale di sterilizzazione, l’interpretazione proposta dal ricorrente ne impedirebbe l’utilizzo, e renderebbe così di fatto inoperativa, o comunque palesemente irragionevole, la clausola di estensione ponendosi, così in contrasto con l’art. 1367 c.c. a fronte del quale «nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno»”*.

2.3.- Il T.A.R. ha invece accolto la censura di parte ricorrente intesa a contestare le modalità applicative della suddetta clausola di adesione attuate dalla intimata A.S.S.T. Bergamo Ovest.

In proposito, il giudice bresciano ha premesso che *“l’estensione deve avvenire “alle medesime condizioni” originariamente pattuite e, poiché l’istituto de quo rappresenta una deroga all’evidenza pubblica, la locuzione deve essere interpretata nel senso che l’aderente può modificare le condizioni solo per assicurare quel fisiologico adattamento che è essenzialmente connesso*

al mutamento del tempo e del luogo di esecuzione della prestazione”, laddove “dall’analisi degli atti di causa emerge che la resistente e la controinteressata non si sono limitati ad adattamenti marginali, ma hanno invece modificato l’originario sinallagma contrattuale ponendo in essere una vera e propria negoziazione”.

2.4.- A sostegno di tale conclusione, il giudice di primo grado ha richiamato la comunicazione della Servizi Italia S.p.a. del 9 dicembre 2021, nella quale si legge che *“la società si rende disponibile a estendere il contratto stipulato con l’A.S.S.T. di Crema alle «medesime condizioni tecniche ed economiche, con un’applicazione di uno sconto pari al 3% (tre per cento) sui corrispettivi attualmente in essere e la fornitura di ulteriori migliorie», quali la fornitura di «tre sistemi di tracciabilità e automazione del lavaggio manuale degli endoscopi in uso», l’uso del sistema gestionale Itineris per la tracciabilità dello strumentario chirurgico, la manutenzione degli impianti presenti nella centrale di sterilizzazione nonché il lavaggio e la disinfezione di un determinato numero di calzature all’anno: sconto e integrazioni, che, seppur fornite gratuitamente, avrebbero un valore di mercato stimato dalla stessa controinteressata in 529.313,00 euro”.*

2.5.- Il T.A.R. quindi, rilevato – sebbene con locuzione formalmente claudicante – che *“migliorie così significative, per un importo complessivamente pari ad oltre il 6 per cento del corrispettivo risultante dal contratto oggetto di estensione”*, ha aggiunto che *“se si considera che notoriamente il divario tra l’aggiudicatario e il secondo classificato in gara non di rado corrisponde a uno scarto percentuale – e dunque a un valore economico – assai inferiore, le migliorie de quibus non possono certo essere ritenute marginali e connesse al fisiologico adattamento della commessa: né, d’altra parte, la Stazione appaltante ha dimostrato di aver svolto preventivamente adeguate indagini di mercato da cui avesse tratto il ragionevole convincimento che l’offerta in estensione di Servizi Italia era la migliore conseguibile, e che la gara non avrebbe potuto avere un diverso esito (si pensi, in tal senso, alla proposta inizialmente fatta dalla ricorrente)”.*

2.6.- Il T.A.R. ha quindi concluso che *“l’ASST Bergamo ovest non ha esteso tout court l’oggetto dell’appalto, seppur con gli inevitabili adattamenti operativi, ma ha svolto un’illegittima procedura negoziata con la sola controinteressata che è sfociata nell’aggiudicazione, egualmente illegittima, di una nuova commessa”*, statuendo conseguentemente l’integrale annullamento del provvedimento impugnato.

3.- La sentenza suindicata costituisce oggetto dell’appello principale proposto dall’Azienda Socio Sanitaria Territoriale – A.S.S.T. – Bergamo Ovest e di quelli incidentali proposti – con opposte finalità – dalla Sterimed S.r.l. e dalla Servizi Italia S.p.a..

4.- Ciò premesso, il Collegio ritiene di posticipare l'esame dei motivi dell'appello principale intesi a sostenere la carenza in capo alla originaria ricorrente Sterimed S.r.l. dell'interesse al ricorso così come della legittimazione a proporlo – nella duplice veste di potenziale beneficiaria della proroga del contratto da essa stipulato con la A.S.S.T. Bergamo Ovest e di operatore del settore astrattamente interessato a partecipare alla gara che sarebbe stata indetta in caso di mancata adesione al contratto stipulato dalla Servizi Italia S.p.a. con la A.S.S.T. di Crema – all'esito della disamina degli ulteriori motivi dell'appello principale e di quelli formulati dalle ricorrenti incidentali.

Lo stesso dicasi per le eccezioni di inammissibilità – anche in punto di carenza di legittimazione in capo a Sterimed S.r.l. – riproposte da Servizi Italia S.p.a..

5.- Inoltre, seguendo l'ordine espositivo recato dalla sentenza appellata, ritiene il Collegio di esaminare in primo luogo l'appello incidentale di Sterimed S.r.l., nella parte in cui questa si prefigge di contestare la statuizione reiettiva del motivo di ricorso con il quale deduceva che, ai fini della corretta applicazione della clausola di adesione, il servizio affidato "in estensione" avrebbe potuto svolgersi esclusivamente presso la Centrale di sterilizzazione della A.S.S.T. di Crema e non, come avvenuto mediante la delibera impugnata, presso la Centrale di sterilizzazione della diversa A.S.S.T. Bergamo Ovest, aderente.

5.1.- Il motivo in esame non è meritevole di accoglimento.

5.2.- Deve premettersi che, secondo la dominante interpretazione giurisprudenziale, la legittimità della clausola di adesione, ovvero del concreto ricorso fatto ad esso da parte di una Amministrazione aggiudicatrice in alternativa ad altre modalità di acquisizione delle prestazioni necessarie per lo svolgimento delle relative finalità istituzionali, è subordinata alla sussistenza di un rapporto di continuità oggettiva tra la prestazione resa, all'esito della relativa gara, dall'appaltatore e quella che gli viene chiesto di effettuare a favore dell'Ente, diverso da quello originariamente aggiudicatore, che esercita la facoltà di adesione.

E' stato infatti affermato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 982 del 15 febbraio 2018) 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"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 663 dell'11 febbraio 2014): 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” (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 442/2016, cit.)”.

5.3.- Ebbene, applicando le illustrate coordinate interpretative alla fattispecie in esame, deve osservarsi che la Centrale di sterilizzazione della A.S.S.T. di Crema, sebbene formalmente indicata nell’oggetto del contratto da questa stipulato con la Servizi Italia S.p.a., non concorra propriamente ad identificare la prestazione che la seconda si è obbligata a svolgere in favore della prima, tale che la modifica del suddetto elemento in sede di attivazione della clausola di adesione di cui all’art. 18 del relativo capitolato tecnico incida significativamente sull’oggetto del servizio, alterandone le caratteristiche essenziali ed impedendo di ravvisare, tra quello originariamente affidato dalla A.S.S.T. di Crema e quello acquisito, in estensione del primo, dalla A.S.S.T. Bergamo Ovest, la sostanziale identità, agli effetti del rispetto dei richiamati principi di trasparenza, parità di trattamento e concorrenzialità.

Deve piuttosto ritenersi che la Centrale di sterilizzazione individui il mero “luogo” di esecuzione della prestazione, ovvero una caratteristica “estrinseca” e “modale” dello stesso, consistente nel suo nucleo essenziale ed inalterabile nello svolgimento del servizio di sterilizzazione: luogo che, sebbene influente sulle modalità di svolgimento (e, prima ancora, di progettazione tecnica) del servizio, non ne identifica l’“oggetto”, per gli effetti applicativi della richiamata clausola di adesione.

5.4.- Del resto, non contestando la parte appellante il passaggio motivazionale della sentenza appellata inteso ad evidenziare, sulla scorta della pregressa giurisprudenza, che, in sede di adesione, sono *“fatti salvi gli adattamenti della prestazione «che siano dettati da specifiche esigenze dell’aderente e non alterino, nella sostanza, il dialogo competitivo tra gli operatori”*, essa si limita a dedurre che lo svolgimento del servizio di sterilizzazione presso la Centrale di pertinenza di un’altra Azienda Sanitaria introdurrebbe modifiche sostanziali nell’oggetto della prestazione, senza tuttavia fornire una congrua dimostrazione del fatto che tali modifiche non siano invece contenute entro il perimetro di quelle necessarie, appunto, ad adattare la prestazione alle *“specifiche esigenze dell’aderente”*.

5.5.- Peraltro, poiché la clausola di adesione di cui all’art. 18 del capitolato tecnico della gara A.S.S.T. di Crema, che fornisce l’astratto fondamento legittimante alla delibera impugnata, al pari

di tutte le altre clausole contrattuali o della *lex specialis*, deve essere interpretata secondo il canone fondamentale di ragionevolezza, oltre che di quello – indicato dalla sentenza appellata – inteso a salvaguardarne l’“effetto utile”, è evidente che l’interpretazione proposta dal T.A.R. è la sola ad armonizzarsi coerentemente con il complessivo contenuto prescrittivo della clausola medesima.

Se infatti questa contempla la possibilità di estensione del contratto ai nove Enti sanitari facenti parte dell’Unione di Acquisto denominata “ATS Bergamo-Brescia-Valpadana”, è evidente che la relativa facoltà, ove esercitata da tutte le Aziende legittimate, come pure sarebbe astrattamente consentito, determinerebbe prevedibilmente un intollerabile aggravio operativo a carico della Centrale di sterilizzazione della A.S.S.T. di Crema, con le connesse problematiche gestionali ed organizzative, ove si ritenga che la “aggregazione” del servizio risultante dalla applicazione della suddetta clausola presupponga necessariamente il suo svolgimento presso la medesima Centrale: ciò senza considerare le difficoltà logistiche ed i maggiori costi connessi alla movimentazione dello strumentario da sterilizzare dalle Aziende sanitarie aderenti alla suddetta Centrale, i quali finirebbero per disincentivare l’utilizzo dello strumento di aggregazione in questione (in contrasto con la *ratio* razionalizzatrice e semplificatrice allo stesso sottesa), tenuto conto del fatto che, come previsto dal capitolato, “*il fornitore non è obbligato ad accettare la richiesta di estensione*”.

5.6.- Inoltre, ad ulteriore conforto della conclusione raggiunta, non può non osservarsi che l’utilizzazione da parte di altra Azienda Sanitaria della Centrale di sterilizzazione della A.S.S.T. di Crema presupporrebbe quantomeno l’assenso dato di volta in volta dalla stessa, come del resto previsto dall’art. 4 del medesimo capitolato, laddove stabilisce che “*la Stazione Appaltante potrà valutare la possibilità di consentire l’uso della Centrale di Sterilizzazione per l’espletamento del servizio a favore di altre strutture pubbliche o private*”, altresì prevedendo che “*l’appaltatore corrisponderà alla Stazione Appaltante royalties per il servizio espletato, che saranno determinate di volta in volta dall’ASST di Crema*”.

La richiamata previsione induce quindi a ritenere che l’ipotesi di utilizzo, a favore di altri soggetti (comprese altre Aziende sanitarie), della Centrale di sterilizzazione della A.S.S.T. di Crema costituisca oggetto di una distinta previsione della *lex specialis*, corredata di garanzie e limitazioni (quale, appunto l’atto di assenso della A.S.S.T. proprietaria) la cui mancata indicazione nell’ambito della disciplina della clausola di adesione rende evidente che questa ha ad oggetto una fattispecie diversa, caratterizzata appunto dallo svolgimento del servizio di sterilizzazione “in estensione” presso una Centrale diversa e di pertinenza dell’Amministrazione aderente.

5.7.- Né offrono decisivi argomenti di segno contrario quelli che la parte appellante principale ricava dalla previsione del sopralluogo obbligatorio, atteso che da esso si desume semplicemente

che l'offerta tecnica deve essere ritagliata sulla scorta delle caratteristiche della Centrale di sterilizzazione, senza tuttavia dimostrare che l'adeguamento del progetto tecnico alle esigenze operative imposte da un diverso luogo di esecuzione del servizio trascenda la mera necessità adeguatrice che, come evidenziato dal T.A.R., non osta alla legittima applicazione della clausola di adesione.

5.8.- Quanto invece alla incidenza di quelle caratteristiche sulla formulazione dell'offerta economica, ugualmente dedotta dalla appellante principale, e quindi, eventualmente, alla necessità di un nuovo esperimento competitivo al fine di acquisire offerte maggiormente convenienti, non può non osservarsi che trattasi di deduzione meramente assertiva e non corroborata da sufficienti elementi dimostrativi.

5.9.- Né potrebbe addursi, al fine di pervenire ad una diversa conclusione, la previsione della clausola di estensione a mente della quale l'adesione postuma deve avvenire alle "*medesime condizioni*", anche in ordine a tale deduzione della parte appellante dovendo osservarsi che non è dimostrato che lo svolgimento del servizio presso altra Centrale di sterilizzazione incida significativamente sulle condizioni essenziali dello stesso, quali sarebbero per ipotesi determinate dal luogo di esecuzione della prestazione.

5.10.- Quanto infine alla deduzione della parte appellante intesa a rimarcare che la clausola di adesione sarebbe ispirata da logiche di accentramento delle prestazioni, evidentemente divergenti dalla distinta opzione di mantenere delocalizzate le attività di sterilizzazione presso le singole Aziende parti dell'Unione d'Acquisto, deve osservarsi che essa non considera che la *ratio* aggregativa che fa da sfondo alla clausola di adesione attiene alle procedure di gara e non alle modalità spaziali di esecuzione della prestazione (dovendo altrimenti ritenersi che la sua applicazione sia impedita ogniqualvolta – il che è praticamente la norma laddove si tratti dell'affidamento di servizi da parte di Aziende sanitarie – la prestazione debba essere resa presso Amministrazioni diverse da quella che ha disposto l'originario affidamento).

6.- Devono adesso esaminarsi i motivi di appello formulati, in termini pressoché omogenei, dalla A.S.S.T. Bergamo Ovest e dalla Servizi Italia S.p.a. al fine di censurare la sentenza appellata laddove ha ritenuto che il concreto ricorso fatto con la delibera impugnata alla clausola di adesione tradisse la violazione dei relativi limiti applicativi, avuto riguardo, da un lato, alle migliorie apportate al servizio originario, dall'altro lato, al valore economico delle stesse, tali congiuntamente da integrare una alterazione del "*sinallagma contrattuale*" e da dare luogo ad una ipotesi di "*procedura negoziata*" derogatoria delle ordinarie regole dell'evidenza pubblica.

7.- Deve premettersi, ad ulteriore specificazione dei rilievi innanzi formulati, che la controversia chiama in causa principi diversi, i quali trovano diversa forma di composizione mediante i molteplici strumenti che l'ordinamento mette a disposizione dell'Amministrazione, con particolare riferimento all'ambito sanitario, al fine di perseguire i suoi obiettivi istituzionali: principi che vanno dall'esigenza di assicurare la concorrenza e la par condicio nell'affidamento delle pubbliche commesse a quella di garantire il massimo di "utilità" ritraibile dall'attività amministrativa di selezione dei soggetti affidatari (consentendo a soggetti pubblici diversi da quelli che abbiano svolto la procedura di gara di attingere ai relativi risultati ai fini della acquisizione dei beni o delle prestazioni di cui hanno necessità), senza trascurare l'esigenza di preservare la posizione di affidatario acquisita da parte dell'attuale esecutore della prestazione attraverso la dilatazione del perimetro temporale originario.

Gli strumenti astrattamente utilizzabili dall'Amministrazione ai fini acquisitivi della prestazione nell'ambito del mercato (l'indizione di una nuova procedura di gara, l'adesione ad una gara già espletata, di carattere eventualmente centralizzato, la proroga di un contratto in corso e prossimo alla scadenza) tendono, infatti, a garantire il raggiungimento di quelle esigenze in forma e misura diversificate, attribuendo di volta in volta prevalenza all'una piuttosto che all'altra, con il necessario corollario che, in mancanza di vincoli predeterminati posti dal legislatore, la scelta posta in essere dall'Amministrazione interessata deve rispecchiare i tradizionali canoni di ragionevolezza, adeguatezza istruttoria e motivazionale, proporzionalità e parità di trattamento cui deve generalmente conformarsi l'attività amministrativa di segno discrezionale e la verifica della cui corretta applicazione è demandata, in sede contenziosa, al giudice amministrativo.

Deve infatti osservarsi che il principio di evidenza pubblica, cui risulta direttamente preordinata l'indizione di una nuova gara, non è estraneo nemmeno agli altri strumenti di affidamento, compresi quelli rappresentati dall'adesione ad una gara già espletata e dalla proroga di un precedente contratto già in essere, con la differenza, rispetto alla prima ipotesi, che in questi ultimi casi il confronto competitivo si è svolto a monte, e non a valle della decisione di farvi ricorso: caratteristica questa cui si accompagna il principio giurisprudenziale, innanzi richiamato, secondo cui la prestazione da affidare "in estensione" del precedente rapporto contrattuale deve essere già definita, nei suoi essenziali elementi soggettivi ed oggettivi, all'atto dell'indizione della gara originaria, in modo da consentire di configurare l'"estensione" come una appendice, prevista o comunque oggettivamente prevedibile, della stessa.

I profili comuni agli strumenti menzionati non ne elidono, tuttavia, gli aspetti differenziatori, impedendo di assimilarli completamente al fine di valutare, dal punto di vista della loro legittimità

sostanziale, le scelte poste in essere sul punto dall'Amministrazione: basti pensare che, mentre la proroga si configura come eccezionale, già in ragione della sua estensione temporale (che, nella specie, l'art. 3 del contratto circoscrive alla durata di un anno dalla ordinaria scadenza contrattuale ed è fisiologicamente funzionale all'indizione di una nuova gara), l'adesione ha un più ampio orizzonte temporale (nella specie esteso fino al 20 settembre 2026) e non è strumentalmente collegata ad eventi specifici, aventi eventualmente rilevanza risolutiva.

8.- Ciò premesso con riguardo alle caratteristiche fondamentali degli istituti in esame, la successiva analisi deve essere condotta con riferimento a due temi principali, meritevoli di distinta considerazione:

– il primo, relativo alla sussistenza dei presupposti “vincolati” del fenomeno estensivo, connesso alla “continuità” tra le prestazioni originarie e quelle affidate avvalendosi della clausola di adesione, che l'art. 18 del capitolato tecnico della gara A.S.S.T. di Crema individua nei termini delle “*medesime condizioni*” che devono improntare, rispetto al contratto originario, l'estensione contrattuale;

– il secondo, concernente l'“opportunità” dell'esercizio del potere di adesione, alla luce degli specifici vantaggi connessi, alla luce del provvedimento impugnato, alla attivazione della relativa clausola.

9.1.- Con riferimento al primo aspetto, occorre verificare se le prestazioni migliorative offerte da Servizi Italia S.p.a. configurino effettivamente, come ritenuto dal T.A.R., una modifica sostanziale dell'oggetto originario del contratto intercorso tra la stessa e la ASST di Crema, tali da rivelare, come accennato, una alterazione del “*sinallagma contrattuale*” quale effetto di una “rinegoziazione” delle sue originarie condizioni.

9.2.- Deve premettersi che le migliorie in questione, seguendo l'ordine espositivo della parte appellante, si sostanziano nei seguenti servizi:

1. fornitura di n. 3 sistemi di tracciabilità e automatizzazione del lavaggio manuale degli endoscopi in uso presso gli Ospedali di Treviglio e di Romano di Lombardia;
2. manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti a servizio della centrale di sterilizzazione e degli impianti presenti nei locali della centrale stessa;
3. fornitura del sistema gestionale “Itineris” per la tracciabilità dello strumentario chirurgico;
4. lavaggio e disinfezione lavaggio e disinfezione di n. 2.500 paia/anno di zoccoli.

9.2.1.- Iniziando dal primo, deve osservarsi che l'art. 6.1.1 del capitolato tecnico della gara espletata dalla A.S.S.T. di Crema, concernente “*esigenze cliniche*” del servizio di fornitura *in service* di

macchine lavaendoscopi, contempla espressamente, tra gli altri, il seguente requisito “*sistema di tracciabilità per strumenti endoscopici*”.

Da questo punto di vista, non può non recepirsi, in mancanza di specifiche contestazioni, la deduzione delle appellanti A.S.S.T. Bergamo Ovest e Servizi Italia S.p.a. intesa ad evidenziare che la prestazione offerta dalla seconda, consistendo nell’offerta dello specifico sistema di tracciabilità “*Sure Clean Cantel*”, il quale risulta compatibile con le lava-endoscopi già in dotazione presso l’A.S.S.T. Bergamo Ovest, non apporta significative modifiche al contenuto del servizio originario.

9.2.2.- Quanto invece alla miglioria *sub 2*), premesso che il suddetto capitolato tecnico prevede, all’art. 10.2, l’attività di “*Manutenzione di attrezzature e macchinari*”, sia di carattere ordinario che straordinario, sebbene limitatamente a quelli collocati all’interno della Centrale di sterilizzazione, deve osservarsi che essa consiste esclusivamente nell’estensione della manutenzione agli impianti a servizio della centrale di sterilizzazione, *ergo* ha un contenuto meramente integrativo e di completamento – e non additivo e/o sostanzialmente modificativo – del servizio originario.

9.2.3.- Per quanto concerne, invece, la miglioria *sub 3*), deve osservarsi, come dedotto dalla parte appellante, che anche il capitolato della gara originaria, all’art. 4.10, contempla l’utilizzo del sistema informatizzato per la gestione della tracciabilità dello strumentario chirurgico, laddove l’impiego del sistema “*Itineris*”, previsto dalla miglioria in questione, funzionale secondo le deduzioni della parte appellante a garantire la continuità nell’utilizzo del *software* già in uso presso la A.S.S.T. Bergamo Ovest, si iscrive nella cornice adeguatrice del servizio alle specifiche esigenze operative dell’Azienda aderente, che come si è detto costituisce una delle condizioni legittimanti il ricorso alla clausola di adesione.

9.2.4.- Per finire, relativamente alla miglioria consistente nel lavaggio e disinfezione degli zoccoli, essa ha carattere del tutto secondario e, soprattutto, estraneo all’oggetto originario della gara, con la conseguenza che non appare idoneo a configurarne una alterazione sostanziale, quale elemento ostativo al legittimo ricorso da parte della A.S.S.T. Bergamo Ovest alla clausola di adesione, ma solo marginalmente integrativo.

9.3.- Né può farsi a meno di evidenziare che le migliorie in discorso – e tale rilievo vale, in particolare, per quella accessoria e secondaria da ultimo indicata – non sono state richieste dalla A.S.S.T. Bergamo Ovest, ma indicate dalla Servizi Italia S.p.a. nel quadro delle proposte da essa formulate al fine di accrescere il grado di “*apprezzamento*” da parte dell’Azienda sanitaria nei riguardi dell’opzione adesiva: da ciò consegue che essa non integra un segmento prestazionale il cui affidamento “*in estensione*” è stato sottratto al confronto concorrenziale, dovendo ragionevolmente

escludersi che, laddove essa si fosse orientata nel senso della indizione di una nuova procedura di gara, lo avrebbe indicato quale parte integrante ed essenziale dell'oggetto dell'affidamento.

9.4.- Deve inoltre osservarsi che la possibilità di offrire migliorie era espressamente contemplata dalla *lex specialis* della gara A.S.S.T. di Crema (cfr. art. 6.2 del disciplinare di gara), con la conseguenza che quelle proposte dalla Servizi Italia S.p.a. non integrano, anche da questo punto di vista, la lamentata (dalla ricorrente) violazione dei limiti applicativi della clausola di adesione, non esulando dai limiti della prevedibilità da parte dei concorrenti all'affidamento dell'appalto originario.

9.5.- A tale riguardo, considerata la comune finalità di evitare un *vulnus* al principio di concorrenza, ritiene il Collegio che si attagli alla fattispecie in esame il principio elaborato dalla giurisprudenza in materia di (inammissibilità delle) varianti sostanziali, essendosi in proposito evidenziato, con specifico riferimento agli appalti di lavori (ma esprimendo principi estensibili anche ai servizi), che *“è sanzionabile con l'esclusione soltanto l'offerta tecnica che, contenendo un progetto in variante inammissibile, presupponga un'opera intrinsecamente e radicalmente diversa da quella richiesta dalla stazione appaltante, tanto da dare luogo ad un aliud rispetto all'opera complessivamente prefigurata dall'amministrazione, ovvero da impedirne la fattibilità tecnica”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1749 del 18 marzo 2019).

Ebbene, applicando tale orientamento interpretativo alla fattispecie in esame, non può non osservarsi che le modifiche prestazionali introdotte dalla Servizi Italia S.p.a. non esulano dai confini oggettivi dell'appalto originario, ma si limitano a specificarne le caratteristiche esecutive in chiave migliorativa ed adeguatrice alle specifiche esigenze dell'Amministrazione aderente.

9.6.- Un ulteriore rilievo, stimolato dalle deduzioni delle appellanti A.S.S.T. Bergamo Ovest e Servizi Italia S.p.a., induce inoltre ad escludere che le migliorie dalla seconda incidano sostanzialmente sull'oggetto della gara espletata dalla A.S.S.T. di Crema, sì da configurare l'adesione alla stessa della A.S.S.T. Bergamo Ovest come violativa dei principi di evidenza pubblica.

Deve infatti osservarsi che le suddette prestazioni migliorative sono state offerte dalla Servizi Italia S.p.a. a carattere totalmente gratuito: esse pertanto non configurano una prestazione che, dovendo essere remunerata dalla stazione appaltante, esigeva il preliminare confronto concorrenziale, essendo evidente, in assenza di costi per la P.A., che nessuna offerta maggiormente conveniente, dal punto di vista strettamente economico, avrebbe potuto essere anche solo astrattamente presentata nell'ambito di una nuova ipotetica gara.

Da questo punto di vista, quindi, la valorizzazione delle suddette migliorie emergente dalla delibera impugnata (pari ad € 529.313,00) è funzionale esclusivamente a consentire alla A.S.S.T. Bergamo Ovest di rendere “misurabile”, anche da un punto di vista strettamente economico, il vantaggio che essa avrebbe conseguito per effetto della decisione di aderire alla gara A.S.S.T. di Crema.

9.7.- Ne consegue che non sono condivisibili, laddove intese ad evidenziare la “sottrazione” del servizio alla concorrenza degli operatori interessati che il *modus operandi* della A.S.S.T. Bergamo Ovest avrebbe determinato, i rilievi contenuti nella sentenza appellata in ordine all’incidenza percentuale delle suddette migliorie sul valore complessivo dell’appalto, la quale sarebbe superiore allo scarto che normalmente caratterizza le offerte economiche presentate dai concorrenti: ciò in quanto, appunto, trattandosi di migliorie offerte gratuitamente, le stesse non individuano un potenziale “spazio” concorrenziale che altre imprese avrebbero potuto “conquistare”.

9.8.- Allo stesso modo, e sempre nell’ottica di verificare la ricorrenza dei presupposti applicativi “minimi” e vincolati della fattispecie adesiva, non assume rilievo il mancato svolgimento da parte della A.S.S.T. Bergamo Ovest di apposite “*indagini di mercato*”, tese a verificare l’effettiva convenienza dell’offerta economica della Servizi Italia S.p.a., esulando le stesse dagli adempimenti connessi al ricorso all’istituto in esame (a meno che la possibilità di ottenere condizioni economiche più vantaggiose non emerga in modo palese: ma tale aspetto attiene al diverso piano, di cui si dirà *infra*, della opportunità della scelta adesiva).

9.9.- Infine, non incide – se non formalmente – sulla identità sostanziale tra le condizioni contrattuali originarie e quelle inerenti all’estensione contrattuale *de qua* lo sconto offerto dalla Servizi Italia S.p.a. sui prezzi unitari previsti nel contratto a monte, pari al 3%.

Deve infatti osservarsi che l’esigenza di un ulteriore confronto concorrenziale potrebbe prospettarsi laddove il rapporto contrattuale “derivato” fosse caratterizzato dal peggioramento – per la parte pubblica – delle condizioni economiche di partenza, potendo entro la forbice tra le due piattaforme contrattuali giustificarsi la “messa alla prova” del mercato, mentre non trova giustificazione laddove il rapporto nato dall’esercizio della facoltà di adesione si basi sul mantenimento o finanche – come nella specie – sulla riduzione del corrispettivo contrattuale, concretizzandosi anche in ordine a tale aspetto l’identità delle condizioni che costituisce il presupposto dell’istituto in esame: ciò senza trascurare che il confronto concorrenziale che si è concluso con l’affidamento oggetto di adesione ha avuto ad oggetto anche le condizioni economiche dell’appalto.

10.- Venendo adesso al secondo profilo dell’indagine, relativo alla opportunità della scelta – per ogni altro aspetto, come si è detto, legittima – della A.S.S.T. Bergamo Ovest di aderire alla gara svolta dalla A.S.S.T. di Crema, viene in rilievo in primo luogo l’affermazione recata dalla delibera

impugnata in ordine al fatto che *“dalla presente adesione emergerebbe un minor costo annuo presunto, determinato in relazione ai costi attuali e al numero di unità di sterilizzazione presunte sopra riportate, pari a € 411.381,00 oltre IVA”*.

10.1.- Tale profilo costituisce oggetto del terzo motivo di ricorso di Sterimed S.r.l., assorbito dal T.A.R. e dalla stessa riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., col quale si censura la delibera impugnata laddove sottolinea il risparmio di spesa che l'adesione postuma alla gara indetta dall'A.S.S.T. di Crema realizzerebbe rispetto alla proroga del rapporto contrattuale con il gestore uscente, stimato in € 411.381,00 oltre Iva.

10.2.- Allega la parte appellante, in senso contrario, l'antieconomicità delle condizioni praticate dalla Servizi Italia S.p.a., evidenziando che queste determinano un costo stimato annuo di € 1.470.000,00 oltre Iva, superiore di € 228.504,79 oltre Iva, rispetto al canone annuo di € 1.241.495,21, oltre Iva, offerto da Sterimed S.r.l..

10.3.- La deduzione non può essere accolta.

10.4.- In primo luogo, deve osservarsi che la censura coglie solo uno dei profili giustificativi dell'interesse pubblico all'esercizio della facoltà di adesione da parte della A.S.S.T. Bergamo Ovest, il cui secondo cardine attiene alle richiamate migliori offerte da Servizi Italia S.p.a., rilevanti, in questa prospettiva, non solo per i loro aspetti strettamente qualitativi, ma anche per la vantaggiosità economica connessa alla gratuità *in parte qua* della relativa offerta.

10.5.- In secondo luogo, la dedotta maggiore vantaggiosità della proroga del contratto stipulato con Sterimed S.r.l. non tiene conto della diversità ontologica dell'istituto rispetto all'adesione, caratterizzandosi il primo, così come del resto congegnato dal richiamato art. 3 del relativo contratto, per la sua intrinseca limitazione temporale e per la sua sostanziale funzione di “ponte” rispetto ad una nuova procedura di gara, con la conseguente non illogica preferibilità della soluzione adesiva da parte della stazione appaltante, interessata ad una definizione dotata di maggiore stabilità dell'esigenza di approvvigionamento: ciò che evidenzia anche il carattere del tutto “precario” del vantaggio economico connesso all'eventuale proroga del servizio già affidato a Sterimed S.r.l..

Deve solo precisarsi, in proposito, che la suddetta valutazione “preferenziale” avente ad oggetto l'ipotesi adesiva emerge dal passaggio motivazionale della delibera impugnata in primo grado con il quale, nel richiamare le Linee Guida Regionali approvate con le D.G.R. n. XI/2672/2019 e n. XI/4232/2021, si pone l'accento sull'esigenza di *“contenimento delle proroghe di contratti in scadenza, da disporre con carattere di eccezionalità e da limitare al tempo strettamente necessario alla conclusione di eventuali procedure atte a individuare il nuovo contraente”*.

10.6.- Infine, la delibera n. 1217 del 30 dicembre 2010, richiamata quale termine comparativo dalla Sterimed S.r.l., ha ad oggetto il “*service per la fornitura di strumentario chirurgico e tessuto non tessuto*”, ovvero un servizio di portata inferiore a quello di gestione del servizio di sterilizzazione affidato alla Servizi Italia S.p.a. con la delibera impugnata.

10.7.- Analoghe considerazioni devono svolgersi con riguardo alla deduzione secondo cui lo scarto tra le condizioni economiche delle due soluzioni sarebbe destinato ad ampliarsi alla luce del fatto che il costo delle utenze energetiche, ai sensi dell’art. 7 del contratto d’appalto pubblico rep. n. 1352/10 del 20 gennaio 2010, pone i predetti oneri a carico di Sterimed S.r.l., che dunque li ha inclusi nel canone annuo, mentre gli atti della gara bandita dall’A.S.S.T. di Crema li lascia a carico della stazione appaltante: basti ribadire, anche con riguardo a tale profilo, che il dedotto profilo di convenienza caratterizzante l’offerta di Sterimed S.r.l. avrebbe comunque carattere transitorio, in quanto limitato al (breve) periodo di ammissibile proroga dell’affidamento a favore della stessa.

10.8.- Deduce altresì la ricorrente incidentale che l’attuale mercato consente agli Enti sanitari di ottenere condizioni più vantaggiose rispetto a quelle praticate da Servizi Italia S.p.a., costituenti il frutto di un dialogo competitivo risalente a cinque anni orsono, superato dalle più recenti dinamiche di acquisizione di beni e servizi in campo sanitario, fortemente influenzate dalle esigenze di *spending review*.

La deduzione non può essere accolta, non essendo idonea a porre in evidenza evidenti profili di illogicità nella scelta della A.S.S.T. Bergamo Ovest di optare per l’adesione al contratto in corso tra la A.S.S.T. di Crema e la Servizi Italia S.p.a., sulla scorta delle condizioni economiche da esso contemplate, ridotte della percentuale di sconto sui prezzi unitari da essa offerti, e delle ulteriori migliorie proposte, in luogo dell’alea (e dei costi) connessa allo svolgimento di una nuova procedura di gara.

10.9.- Deduce infine la ricorrente incidentale Sterimed S.r.l. che la diseconomicità dell’offerta di Servizi Italia S.p.a. emerge con maggiore evidenza se rapportata ai prezzi praticati dalla prima, come da ultimo scontati in vista dell’eventuale prosecuzione interinale del relativo rapporto negoziale.

Nemmeno tale deduzione può essere accolta, in ragione della già sottolineata provvisorietà delle evidenziate favorevoli condizioni contrattuali, siccome connesse al limitato periodo di possibile operatività della proroga contrattuale a favore di Sterimed S.r.l..

11.- L’accoglimento degli appelli della A.S.S.T. Bergamo Ovest e della Servizi Italia S.p.a. induce a prescindere dai motivi subordinati da esse formulati.

Può allo stesso modo, in ragione della integrale reiezione del ricorso principale di primo grado di Sterimed S.r.l., prescindere dall'esame del primo motivo dell'appello principale della A.S.S.T. Bergamo Ovest, col quale viene dedotta l'inammissibilità, per carenza di legittimazione ed interesse al ricorso in capo alla Sterimed S.r.l., del ricorso introduttivo del giudizio, così come delle analoghe eccezioni riproposte dalla controinteressata.

Diviene altresì conseguentemente improcedibile il (primo) motivo del ricorso incidentale di Sterimed S.r.l., inteso a censurare la sentenza appellata nella parte in cui non reca alcuna pronuncia sulle sorti del contratto d'appalto stipulato con la Servizi Italia S.p.a..

12.- La complessità ed originalità dell'oggetto della controversia giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale ed incidentali:

- in parte respinge ed in parte dichiara improcedibile l'appello incidentale di Sterimed S.r.l.;
- in parte accoglie ed in parte dichiara improcedibile l'appello principale della A.S.S.T. Bergamo Ovest;
- accoglie l'appello incidentale di Servizi Italia S.p.a.;
- respinge per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado proposto da Sterimed S.r.l..

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Umberto Maiello, Consigliere

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere

IL SEGRETARIO