

blicato il 12/10/2020

N. 00584/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00315/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 315 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Papalini S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Luigi Pianesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Pianesi, in Ancona, via Marsala, 12;

contro

Stazione Unica Appaltante della Regione Marche (S.U.A.M.), Regione Marche, Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti Ancona, A.S.U.R. Marche - Area Vasta 1, A.S.U.R. Marche - Area Vasta 2, A.S.U.R. Marche - Area Vasta 3, A.S.U.R. Marche - Area Vasta 4, A.S.U.R. Marche - Area Vasta 5, non costituiti in giudizio;
Azienda Sanitaria Unica Regionale (A.S.U.R.) Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marisa Barattini e Galileo Omero Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Brandoni, in Ancona, corso Mazzini, 156;
Consip S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determina del Direttore Generale della “Azienda Sanitaria Unica Regionale” (di seguito ASUR) n. 277 del 9 giugno 2020, con cui ha disposto l'adesione al lotto 5 della gara “Consip Sanità”;
- della nota della “Stazione Unica Appaltante della Regione Marche” (di seguito SUAM) prot. 22114 del 22 maggio 2020, con cui ha comunicato agli enti sanitari regionali per cui aveva indetto la gara per l'affidamento del servizio di pulizia che la stessa non si sarebbe conclusa entro il 31 dicembre 2020, chiedendo a detti enti di valutare se proseguire nella gara o aderire a Consip; nota conosciuta negli estremi, ma non ancora nella disponibilità della ricorrente;
- della nota n. 23517 del 26 maggio 2020, con cui il Direttore Generale dell'ASUR ha comunicato l'intenzione di aderire alla gara Consip; nota anch'essa conosciuta negli estremi, ma non in possesso del ricorrente;
- degli eventuali ordinativi di fornitura già sottoscritti;
- di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali;

per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 11 settembre 2020 :

- della nota del 22 luglio 2020 con cui l'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Ancona ha comunicato alla Papalini S.p.a. di aver avviato le procedure per l'adesione alla Convenzione Consip per “Servizi di pulizia per gli Enti del SSN”, Lotto 5 (Regione Marche);
- della richiesta preliminare di fornitura n. 5561964 emessa dall'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Ancona per la Convenzione Consip per “Servizi di pulizia per gli Enti del SSN”, Lotto 5 (Regione Marche), non in possesso della scrivente società;
- della Determina del Direttore Generale della “Azienda Sanitaria Unica Regionale” (di seguito ASUR) n. 277 del 9 giugno 2020, con cui ha disposto l'adesione al lotto 5 della gara “Consip Sanità”, già impugnata con il ricorso introduttivo;
- della nota della “Stazione Unica Appaltante della Regione Marche” (di seguito SUAM) prot. 22114 del 22 maggio 2020, con cui ha comunicato agli enti sanitari regionali per cui aveva indetto la gara per l'affidamento del servizio di pulizia che la stessa non si sarebbe conclusa entro il 31 dicembre 2020, chiedendo a detti enti di valutare se proseguire nella gara o aderire a Consip; nota conosciuta negli estremi, ma non ancora nella disponibilità della, già impugnata con il ricorso introduttivo;
- della nota n. 23517 del 26 maggio 2020, con cui il Direttore Generale dell'ASUR ha comunicato l'intenzione di aderire alla gara Consip; nota anch'essa conosciuta negli estremi, ma non in possesso del ricorrente, già impugnata con il ricorso introduttivo;
- degli eventuali ordinativi di fornitura già sottoscritti;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dussmann Service S.r.l. e dell'Azienda Sanitaria Unica Regionale Marche;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente, nella spiegata veste di operatore economico partecipante alla procedura ad evidenza pubblica indetta nel dicembre 2018 dalla Stazione Unica Appaltante della Regione Marche (di seguito "S.U.A.M.") per l'affidamento del servizio di pulizie da espletarsi in favore degli enti del Servizio Sanitario Regionale, con il ricorso introduttivo impugna:

- la determina del direttore generale dell'Azienda Sanitaria Unica Regionale (di seguito "A.S.U.R.") n. 277 del 9 giugno 2020, con la quale è stata disposta l'adesione della stessa Azienda alla convenzione *medio tempore* stipulata da Consip ed avente ad oggetto il medesimo servizio;

- la nota prot. 22114 del 22 maggio 2020, con cui la S.U.A.M. ha comunicato agli enti sanitari regionali per cui aveva indetto la gara per l'affidamento del servizio di pulizia che la stessa molto probabilmente non si sarebbe conclusa entro il 31 dicembre 2020, chiedendo a detti enti di valutare se proseguire nella gara o aderire alla convenzione Consip;

- la nota n. 23517 del 26 maggio 2020, con cui il direttore generale dell'A.S.U.R. ha comunicato l'intenzione di aderire alla gara Consip;

- tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi inclusi eventuali ordinativi di fornitura già sottoscritti con l'appaltatore aggiudicatario della gara Consip.

2. In punto di fatto, la ricorrente evidenzia che:

- la gara regionale è stata a suo tempo bandita dalla S.U.A.M. dopo aver ottenuto l'approvazione degli enti destinatari dei servizi da appaltare. In particolare, per quanto rileva nel presente giudizio, anche l'A.S.U.R., con determinazione n. 742 del 20 dicembre 2018, ha approvato "*il progetto per la gara regionale SUAM per l'acquisizione del servizio di pulizia per gli enti del servizio sanitario regionale*", partecipando direttamente con un proprio rappresentante all'elaborazione del relativo progetto tecnico e degli atti di gara;

- la gara era stata suddivisa in dieci lotti e, onde favorire la concorrenza fra le imprese ed evitare la monopolizzazione del mercato di riferimento (la gara in questione presenta un importo presunto di

circa 120 milioni di Euro), la S.U.A.M. ha previsto un limite dei lotti che ciascun operatore economico (inteso sia quale impresa unica sia quale a.t.i.) può aggiudicarsi;

- alla gara hanno concorso ventinove operatori economici (ciascuno dei quali ha presentato offerta mediamente per cinque/sei lotti) e, all'esito dell'esame della documentazione amministrativa, avvenuta il 30 luglio 2019, S.U.A.M. ne ha ammessi ventotto. Il 17 settembre 2019 si è tenuta la seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, di talché la commissione ha avviato le operazioni di valutazione dei progetti;

- senonché, a gara in corso di espletamento, con gli atti impugnati l'A.S.U.R. Marche ha inopinatamente disposto di aderire alla gara "Consip Sanità", indetta nel 2014 ed il cui lotto "Marche-Emilia Romagna" era stato aggiudicato il 18 maggio 2020 in favore di Dussmann Service S.r.l. L'A.S.U.R. ha operato questa scelta sulla scorta di una comunicazione della S.U.A.M., con la quale informava gli enti destinatari dell'appalto che, a causa della sospensione dei lavori della commissione tecnica nel periodo di emergenza sanitaria, la procedura di gara regionale molto probabilmente non sarebbe stata ultimata entro il 31 dicembre 2020, e che, in alternativa, era possibile aderire alla convenzione Consip.

3. La ditta Papalini censura l'operato dell'A.S.U.R. e della S.U.A.M. per i seguenti motivi:

a) violazione dell'art. 1, comma 449, della L. n. 296 del 27 dicembre 2006. Violazione dell'art. 9 del D.L. n. 66 del 24 aprile 2014. Violazione dell'art. 1, commi 548 e 549, della L. n. 208 del 28 dicembre 2015. Violazione del D.P.C.M. 14 novembre 2014.

Con questo primo gruppo di censure la ricorrente deduce che:

- la decisione assunta dall'A.S.U.R. di aderire alla convenzione-quadro attivata da Consip è illegittima in quanto assunta durante la pendenza della gara già avviata dalla centrale di committenza regionale;

- nel settore della sanità, la normativa sulla contrattualistica pubblica richiamata nell'epigrafe del presente motivo riconosce prevalenza alle procedure concorsuali espletate dalle centrali di committenza regionali, con possibilità di aderire alle convenzioni Consip solo in via sussidiaria (al riguardo si richiamano varie sentenze, anche di questo T.A.R., che hanno affermato i suddetti principi);

- e anche a voler prescindere da quanto appena esposto circa la prevalenza della gara regionale rispetto alla gara Consip (ipotizzando quindi un'assoluta equiparazione tra le due centrali di acquisto e lasciando agli enti del S.S.N. la libertà di optare indifferentemente per l'una o per l'altra), nella specie vi è un'ulteriore ragione che milita a favore della impossibilità per A.S.U.R. di aderire alla gara Consip, ossia l'avvenuta consumazione del potere di scelta da parte dell'azienda sanitaria, la quale, con determina del D.G. n. 742 del 2018, ha approvato il progetto di gara indetta da S.U.A.M. Al riguardo viene precisato da parte ricorrente che la fase procedimentale alla quale si deve far riferimento per stabilire il momento in cui una pubblica amministrazione opera la scelta è quella indicata dall'art. 9 del D.L. n. 66 del 2014, secondo cui "...*gli enti del servizio sanitario nazionale ricorrono a Consip S.p.A. o agli altri soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 per lo svolgimento delle relative procedure...*". Pertanto l'obbligo di scegliere fra una delle due procedure è ancorato dal legislatore al momento in cui l'ente pubblico "ricorre", ossia aderisce alla gara e, quindi, nel caso di centrale di committenza regionale prima dell'avvio mentre, se la gara è stata bandita da Consip, anche in corso di espletamento. Nella specie l'A.S.U.R. ha effettuato tale scelta nel dicembre 2018, allorquando, pur in presenza di una gara Consip indetta nel 2014 ed avente già

un aggiudicatario provvisorio, ha prestato irrimediabilmente il proprio assenso al progetto di gara S.U.A.M.;

- appaiono pertanto irrilevanti le giustificazioni addotte dall'A.S.U.R. per l'adesione alla convenzione Consip, ossia la "non conclusione" della gara S.U.A.M. entro il 31 dicembre 2020, poiché vi è prevalenza della gara regionale, anche solo indetta, rispetto alla gara aggiudicata da Consip;

- e nemmeno rileva il fatto che A.S.U.R. abbia in essere "contratti ponte" per la gestione del servizio presso le proprie Aree Vaste, visto che il comma 3-bis del citato art. 9 del D.L. n. 66/2014 consente all'amministrazione, nell'attesa dell'aggiudicazione delle gare cui sono tenute ad aderire, "...di svolgere autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di autonomi contratti aventi durata e misura strettamente necessaria...". L'A.S.U.R., pertanto, avrebbe potuto svolgere una autonoma procedura di gara nell'attesa dell'aggiudicazione della gara S.U.A.M., stipulando un contratto di durata commisurata alla data di prevedibile conclusione della gara regionale;

b) violazione della L.R. Marche n. 12 del 14 maggio 2012.

In parte qua la ricorrente deduce che la L.R. n. 12/2012 impone agli enti del S.S.R. di avvalersi della S.U.A.M. per le procedure di gara relative ad appalti di forniture e servizi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, per cui anche sotto questo autonomo profilo la decisione dell'A.S.U.R. è illegittima;

c) eccesso di potere per contraddittorietà, sproporzione ed adeguatezza.

Con questo terzo gruppo di censure Papalini deduce che l'operato dell'A.S.U.R. è viziato da eccesso di potere per:

- contraddittorietà con le precedenti determinazioni del 2018 con le quali l'A.S.U.R. aveva manifestato la volontà di avvalersi della S.U.A.M. per l'acquisizione del servizio di pulizia;

- sproporzione ed inadeguatezza, in quanto, per un verso la decisione di aderire alla convenzione Consip rende impossibile l'aggiudicazione dei lotti dedicati agli altri enti aderenti alla gara S.U.A.M., per altro verso le eventuali difficoltà incontrate dalla commissione per velocizzare le operazioni di gara ben potevano essere risolte attraverso misure meno "invasive" (ad esempio, con la sostituzione dei commissari o con l'imposizione a quelli già in carica di programmare un maggior numero di sedute da dedicare alla valutazione delle offerte);

d) in via subordinata, violazione dell'art. 21 *quinquies* della L. n. 241 del 7 agosto 1990. Violazione dei principi in materia di autotutela.

Con quest'ultimo motivo la ditta Papalini evidenzia che, anche a voler concedere che nella specie l'A.S.U.R. abbia revocato in autotutela le determinazioni assunte nel 2018, il provvedimento impugnato è del tutto carente di motivazione in merito alle ragioni di pubblico interesse che hanno indotto l'azienda sanitaria a recedere dalla gara S.U.A.M. Né si può parlare di sopravvenienze fattuali non prevedibili, visto che, nel momento in cui è stata operata la scelta per la gara regionale, la gara Consip era già in corso ed era dunque prevedibile che la relativa aggiudicazione sarebbe intervenuta prima rispetto a quella della gara S.U.A.M.

4. Si sono costituiti in giudizio l'A.S.U.R. Marche e la ditta Dussmann Service S.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso.

5. Con atto di motivi aggiunti depositato in data 11 settembre 2020 la ditta Papalini ha impugnato il provvedimento con il quale, in analogia con quanto stabilito dall'A.S.U.R. Marche, anche l'A.O. Ospedali Riuniti di Ancona ha deciso di aderire alla convenzione Consip.

Al riguardo vengono reiterati i medesimi motivi già articolati nel ricorso introduttivo, oltre ad una nuova censura con la quale si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 8, comma 2, del D.L. n. 76/2020, convertito in L. n. 120/2020.

6. Alla camera di consiglio del 16 settembre 2020 il Tribunale, sul presupposto che, rispetto ai motivi aggiunti, non erano decorsi i termini a difesa previsti a favore delle parti resistenti, si è pronunciato solo sulla domanda cautelare proposta con il mezzo introduttivo, accogliendola *ad tempus*, disponendo incumbenti istruttori e fissando la camera di consiglio del 7 ottobre 2020 per la trattazione dell'analogia istanza proposta con i motivi aggiunti (ordinanza n. 286/2020).

Le parti resistenti hanno preso posizione anche sui motivi aggiunti.

Alla camera di consiglio del 7 ottobre 2020, il Collegio, dopo la discussione orale, ravvisando i presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., ha dato avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio con sentenza resa in forma immediata, non riscontrando né riserve né opposizioni.

DIRITTO

7. Il ricorso e i motivi aggiunti vanno accolti, il che impone al Collegio l'esame delle eccezioni preliminari formulate in particolare da Dussmann Service.

7.1. Con la prima eccezione si deduce il difetto di legittimazione attiva, in ragione del fatto che la ricorrente, nella sua qualità di concorrente nella gara S.U.A.M., sarebbe titolare di un semplice interesse di fatto alla prosecuzione della gara medesima.

L'eccezione è infondata in quanto la ditta Papalini si trova in situazione esattamente speculare a quella in cui versava Dussmann Service nel momento in cui propose il ricorso n. 40/2019 R.G., poi respinto dal T.A.R. con la sentenza n. 500/2019. Infatti in quel momento Dussmann era collocata al primo posto della graduatoria provvisoria della gara Consip, ma non era stata ancora dichiarata aggiudicataria (tanto è vero che Consip le aveva chiesto di confermare la validità dell'offerta fino al 30 giugno 2019). Del resto, laddove una pubblica amministrazione disponga di più strumenti per raggiungere una determinata finalità (si pensi, nel settore del pubblico impiego, alla eterna diatriba fra lo scorrimento delle graduatorie ancora efficaci e l'indizione di un nuovo concorso), i soggetti che ricevono un pregiudizio in ragione dello strumento che la P.A. decide di utilizzare sono legittimati a censurare la relativa decisione, ancorché in quel momento non siano titolari di un diritto pieno a vedersi attribuito il bene della vita sottostante.

7.2. Con la seconda eccezione si deduce l'inammissibilità dei motivi aggiunti in quanto diretti ad impugnare un provvedimento di un'amministrazione diversa rispetto a quella che ha adottato l'atto impugnato con il mezzo introduttivo.

L'eccezione, in condizioni ordinarie, sarebbe destinata a sicura condivisione, ma nella specie così non è, in quanto:

- anzitutto, perché, in ogni caso, l'impugnazione proposta con i motivi aggiunti investe anche l'atto da cui origina il presente contenzioso, ossia la nota della S.U.A.M. del 22 maggio 2020;

- in secondo luogo, perché nella (corretta) prospettazione della ricorrente l'eventuale recesso anche di una sola delle amministrazioni beneficiarie della gara S.U.A.M. potrebbe determinare l'impossibilità di aggiudicare i lotti restanti (al riguardo rileva il meccanismo previsto dalla *lex specialis* per limitare il numero dei lotti che ciascun concorrente può aggiudicarsi - sul punto si veda il paragrafo 2., lett. d) ed e), della cit. sentenza n. 500/2019). Ed è questa la ragione per cui la ditta Papalini ha ritenuto di dover impugnare contestualmente sia il provvedimento dell'A.S.U.R. che quello dell'Azienda Ospedali Riuniti.

8. Passando dunque a trattare del merito, il Collegio osserva anzitutto che, in assenza delle sopravvenienze normative di cui si dirà infra, la fondatezza dei motivi rubricati al precedente paragrafo 3., lett. a), b) e c), sarebbe già di per sé sufficiente ad esaurire il discorso, visto che:

- come correttamente evidenziato dalla ricorrente, la scelta degli enti del S.S.R. delle Marche di procedere alla gara regionale è stata compiuta nel 2018 (ossia in un momento in cui era ampiamente noto il contestuale svolgimento della gara Consip) e ciò ha dunque determinato la consumazione del relativo potere;

- la sentenza n. 500/2019 di questo Tribunale ha poi confermato la legittimità della scelta;

- è certamente vero che, anche in base al principio di buon andamento della P.A., tale scelta sarebbe stata in ogni caso reversibile in presenza di sopravvenienze fattuali e/o giuridiche tali da determinare una rivalutazione dell'interesse pubblico, ma a questo proposito va evidenziato che la nota della S.U.A.M. da cui si è originato il presente contenzioso non reca una motivazione adeguata;

- la stazione appaltante unica regionale si è infatti limitata, fra l'altro in un momento in cui non esisteva alcun vincolo (o supposto vincolo) legale circa la data di conclusione della procedura, a paventare la possibilità che l'aggiudicazione dei vari lotti non intervenisse entro il 2020, inducendo dunque l'A.S.U.R. e l'Azienda Ospedali Riuniti a compiere una scelta non adeguatamente informata. La riprova di ciò sta nel fatto che, nonostante il T.A.R. non si fosse ancora pronunciato, la stessa S.U.A.M., con la nota dell'agosto 2020 (doc. allegato 5 al deposito documentale dell'A.S.U.R. dell'8 settembre 2020), ha comunicato la ripresa delle operazioni di gara.

Come si può vedere, dunque, sulla base di mere impressioni non suffragate da alcuna evidenza documentale (e salvo ovviamente che non esistano circostanze di cui il Tribunale non è stato posto a conoscenza), la S.U.A.M. ha in sostanza indotto l'A.S.U.R. e l'A.O. Ospedali Riuniti a modificare la scelta compiuta nel 2018, nel mentre ha però proseguito le operazioni di gara.

Tutto ciò, come si è anticipato, sarebbe di per sé sufficiente a decretare l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti.

9. Tuttavia il discorso non può essere chiuso qui, in quanto Dussmann, richiamandosi alle disposizioni di cui al D.L. n. 76/2020, ha introdotto nel giudizio elementi tali da richiedere al Tribunale un approfondimento dal quale sarebbe in ipotesi potuto discendere un *révirement* rispetto agli arresti di cui alla sentenza n. 500/2019. Per la verità le norme in parola sono invocate anche dalla ditta Papalini (prima censura dell'atto di motivi aggiunti, la quale non può però in ogni caso essere riferita all'operato dell'A.S.U.R., visto che il provvedimento da questa adottato risale al 9 giugno 2020, mentre il D.L. n. 76 è stato promulgato il successivo 6 luglio 2020), ovviamente *pro domo sua*.

9.1. Le norme che vengono in rilievo sono in particolare:

- l'art. 8, comma 2, del D.L. n. 76/2020, secondo cui *“In relazione alle procedure disciplinate dal decreto legislativo n. 50 del 2016, per le quali sia scaduto entro il 22 febbraio 2020 il termine per la presentazione delle offerte, le stazioni appaltanti, fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, provvedono all'adozione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione entro la data del 31 dicembre 2020”*;

- il successivo comma 3 dello stesso art. 8, il quale prevede che *“In relazione agli accordi quadro di cui all'articolo 54 del decreto legislativo n. 50 del 2016, efficaci alla data di entrata in vigore del presente decreto, le stazioni appaltanti, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente e fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge n. 18 del 2020 provvedono, entro la data del 31 dicembre 2020, all'aggiudicazione degli appalti basati su tali accordi quadro ovvero all'esecuzione degli accordi quadro nei modi previsti dai commi da 2 a 6 del medesimo articolo 54”*.

9.2. Ora, con riguardo a tali disposizioni e alla loro incidenza rispetto ai principi affermati dal T.A.R. nella sentenza n. 500/2019 (la quale, a sua volta, richiama varie decisioni conformi del Consiglio di Stato), va anzitutto chiarito il senso dell'istruttoria disposta con la citata ordinanza n. 286/2020.

Il Tribunale, tenuto conto del fatto che il D.L. n. 76/2020 era entrato in vigore da poche settimane (e che dunque le norme da esso introdotte non erano state ancora metabolizzate) e considerato che si era in sede cautelare, ha voluto verificare quale fosse la situazione delle proroghe o dei rinnovi dei contratti in essere presso le Aree Vaste dell'A.S.U.R. e presso l'azienda ospedaliera Ospedali Riuniti di Ancona, nonché quali fossero i tempi di presumibile conclusione della gara S.U.A.M. Tutto ciò, ovviamente, ipotizzando, *prima facie*, che la data del 31 dicembre 2020 potesse in qualche modo costituire uno spartiacque rilevante ai fini della decisione.

Ma poiché all'esito della camera di consiglio odierna il Collegio ha ritenuto di definire il giudizio nel merito, le risultanze dell'istruttoria non assumono più rilevanza decisiva, anche se nella parte finale della presente sentenza si dedicheranno alcune considerazioni anche a tale problematica.

9.3. Tornando dunque al merito della questione controversa, si osserva quanto segue.

9.3.1. Dussmann Service sostiene in sintesi che, fermo restando quanto statuito dal T.A.R. nella sentenza n. 500/2019, le predette disposizioni introdotte dal D.L. n. 76/2020 avrebbero stabilito un *dies ad quem* (31 dicembre 2020) decorso il quale le procedure di gara regionali ancora *in itinere* dovrebbero in ogni caso cedere il passo alle convenzioni Consip già in vigore. E nella specie, alla luce di quanto reso noto dalla commissione di gara circa i tempi di conclusione della procedura S.U.A.M., è quasi certo che il suddetto termine non potrà essere rispettato.

9.3.2. Ora, in generale, il legislatore non può stabilire *ex lege* la durata massima di una procedura di gara, visto che essa è influenzata da un numero di variabili tali da rendere perfino illusorio il tentativo di fissare un termine perentorio. Quello che invece il legislatore può certamente fare è stabilire che, se la gara non viene conclusa entro un certo termine, gli atti fino a quel momento compiuti diventano inefficaci e/o prevedere, in caso di violazione del termine perentorio, la perdita del finanziamento concesso alla stazione appaltante per la realizzazione dell'opera pubblica o per l'acquisto dei beni e servizi oggetto dell'appalto (per questa seconda fattispecie si pensi alle disposizioni speciali introdotte nel 2013 nell'ambito del programma denominato “6000 Campanili” - art. 18 del D.L. n. 69/2013 e successivi decreti ministeriali attuativi).

9.3.3. Con riguardo alla questione dibattuta nel presente giudizio, il legislatore, tenuto anche conto degli orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati, avrebbe dunque potuto stabilire *expressis verbis* che la violazione del termine del 31 dicembre 2020 determinerà l'automatica conclusione delle gare in corso e l'obbligo per le amministrazioni interessate di aderire alle convenzioni Consip eventualmente già in essere.

Ma così non è stato, visto che l'art. 8, comma 2, del D.L. n. 76/2020, con norma di chiara valenza sollecitatoria, si limita a stabilire che le procedure di gara ancora *in itinere* vengano portate a termine entro l'anno in corso, mentre il successivo comma stabilisce, in via generale, che entro lo stesso termine del 31 dicembre 2020 le stazioni appaltanti provvedano all'aggiudicazione degli appalti basati su accordi quadro *ex art.* 54 del D.Lgs. n. 50/2016 ovvero all'esecuzione degli accordi quadro nei modi previsti dal medesimo art. 54. La norma dunque non prende in considerazione le ipotesi nelle quali le amministrazioni interessate hanno bandito gare attraverso centrali di committenza periferiche pur in costanza di gare Consip in corso di svolgimento.

9.3.4. Il Collegio odierno ritiene quindi dare continuità ai principi affermati dal Tribunale nella sentenza n. 500/2019, per il che va ribadita la prevalenza della gara regionale già bandita rispetto alle convenzioni Consip, secondo la scelta a suo tempo espressa dagli enti del S.S.R. marchigiano.

9.4. A questo punto, però, vanno esaminate le questioni di carattere operativo puntualmente evidenziate negli scritti difensivi dell'A.S.U.R. A questo riguardo si osserva che:

- tanto Dussmann quanto l'A.S.U.R. Marche, sia pure con finalità differenti, richiamano a sostegno della legittimità della scelta della stessa azienda sanitaria e dell'A.O. Ospedali Riuniti di aderire alla convenzione Consip l'art. 1, comma 550, della L. n. 208/2015, il quale dispone che *“I singoli contratti relativi alle categorie merceologiche individuate dal decreto di cui al comma 548, in essere alla data di entrata in vigore della presente legge, non possono essere prorogati oltre la data di attivazione del contratto aggiudicato dalla centrale di committenza individuata ai sensi dei commi da 548 a 552. Le proroghe disposte in violazione della presente disposizione sono nulle e costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa”*;

- ora, la disinvolta introduzione di fattispecie di nullità contrattuali (le quali sono in realtà più che altro finalizzate a minacciare i dirigenti pubblici di sanzioni disciplinari e/o contabili) non appare un'opzione giuridicamente valida, e ciò per almeno due ragioni. In primo luogo perché, laddove la nullità sia vista quale sanzione finalizzata alla tutela della concorrenza, nemmeno il diritto comunitario esige che l'eventuale violazione delle regole in materia di evidenza pubblica sia sanzionata negli ordinamenti degli Stati membri con la nullità (e questo è tanto vero che anche le direttive “appalti” e “ricorsi” legittimano la previsione di termini decadenziali per l'impugnazione degli atti di gara). In secondo luogo, perché, considerato che le proroghe e i rinnovi dei contratti pubblici sono pur sempre funzionali al perseguimento delle finalità istituzionali delle amministrazioni interessate (il che è a dirsi soprattutto quando i contratti riguardano servizi essenziali), la nullità costituisce sanzione che potrebbe porsi in conflitto logico con il principio costituzionale di buon andamento della P.A., nonché eccessivamente penalizzante anche per l'appaltatore privato che abbia in buona fede confidato sulla validità della proroga o del rinnovo. Questo naturalmente non vuol dire che le amministrazioni pubbliche possano impunemente violare le regole dell'evidenza pubblica, esistendo per tali comportamenti specifici rimedi (ricorsi giurisdizionali da parte di operatori economici esclusi dal mercato; sanzioni disciplinari a carico dei dirigenti; etc.);

- nello specifico, va rilevato anzitutto che l'art. 1, comma 550, della L. n. 208/2015 si applica solo ai contratti in essere alla data di entrata in vigore della stessa legge finanziaria per il 2016, fra i quali

non rientra nessuno dei contratti-ponte attualmente vigenti nell'ambito delle Aree Vaste dell'A.S.U.R. Per quanto riguarda invece il contratto in essere presso l'A.O. Ospedali Riuniti, lo stesso sembrerebbe rientrare fra quelli di cui parla il comma 550 (essendo stato stipulato nel 2010), ma a ben vedere nemmeno la norma in commento introduce un'eccezione al principio della prevalenza delle centrali di committenza regionali. Infatti il comma 550 vieta le proroghe dei contratti in essere oltre la data di attivazione del contratto aggiudicato dalla centrale di committenza, ma rimanda ai commi da 548 a 552, i quali (ed in particolare il comma 548) ribadiscono la prevalenza delle centrali regionali. La norma pertanto consente le proroghe fino al momento della stipula dell'accordo quadro concluso dalla centrale di committenza regionale;

- ma nella specie non è nemmeno necessario porsi tali problemi, sia perché allo stato attuale non si può escludere in assoluto che la S.U.A.M. riesca a concludere la gara entro il 31 dicembre 2020, sia perché l'ordinamento contiene già disposizioni che gli enti del S.S.R. possono applicare per il caso in cui la S.U.A.M. non riesca a concludere la gara entro i termini nei quali verranno a scadenza le proroghe o i rinnovi contrattuali in essere presso i suddetti enti;

- infatti, come correttamente evidenziato dalla ricorrente, l'art. 9, comma 3-bis, del D.l. n. 66/2014 stabilisce che *“Le amministrazioni pubbliche obbligate a ricorrere a Consip Spa o agli altri soggetti aggregatori ai sensi del comma 3 possono procedere, qualora non siano disponibili i relativi contratti di Consip Spa o dei soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria”*. E, del resto, come risulta dagli atti depositati in giudizio dall'A.S.U.R e dall'azienda Ospedali Riuniti, le due aziende per la stipula dei suddetti contratti-ponte hanno utilizzato proprio l'art. 9, comma 3-bis, del D.l. n. 66/2014.

A livello ancora più generale, poi, analogo strumento è disciplinato dall'art. 63, comma 2, let. c), del D.Lgs. n. 50/2016, norma che nella specie sarebbe sicuramente applicabile atteso che le operazioni di gara, avviate per tempo dalla S.U.A.M., sono state dapprima ostacolate da indagini penali di cui ha dato ampio conto la stampa locale, e successivamente dal fatto che i commissari di gara sono stati impegnati presso le rispettive amministrazioni a fronteggiare la nota emergenza sanitaria, che ha avuto il suo culmine iniziale nel periodo marzo-maggio 2020.

9.5. Da ultimo va aggiunto che:

- ai fini della verifica del rispetto della tempistica acceleratoria dettata dal D.L. n. 76/2020 non si deve tenere ovviamente conto di eventuali contenziosi giurisdizionali che dovessero insorgere a seguito dell'aggiudicazione dei lotti di cui alla presente gara, visto che la fase contenziosa è estranea al procedimento e non è nella disponibilità della stazione appaltante;

- l'art. 8, comma 1, let. a), del D.L. n. 76/2020 ha autorizzato, per tutta la durata del periodo emergenziale, la facoltà generalizzata di procedere alla esecuzione d'urgenza del contratto nelle more della verifica del possesso in capo all'aggiudicatario dei requisiti generali di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 e di quelli tecnico-finanziari previsti dal bando.

10. Per tutte queste ragioni il ricorso e i motivi aggiunti vanno accolti, con conseguente annullamento degli atti della S.U.A.M., dell'A.S.U.R. Marche e dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti oggetto di impugnazione.

Le spese del giudizio si possono però compensare, attesa la complessità e la parziale novità di alcune delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

L'ESTENSORE
Tommaso Capitanio

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO