

Pubblicato il 26/08/2024

N. 00714/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00812/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 812 del 2022, proposto da
Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile
Stabile”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avvocati Gabriele Tricamo, Andrea Ruffini, Antonietta Favale e
Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) degli Spedali Civili di Brescia, in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli
avvocati Dario Meini, Paola Nebel e Alberto Besuzio, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del
primo in Brescia, borgo Pietro Wuhrer, n. 81;

nei confronti

Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti (Aria s.p.a.), in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia
Sala, Stefano Marras, Salvatore Gallo, Maurizio Tommasi e Giuseppina
Squillace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Markas s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Adami e Alberto Salvadori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo in Brescia, via XX settembre n. 8;

per la declaratoria

dell'illegittimità del silenzio serbato dall'ASTT degli Spedali Civili di Brescia in merito alla richiesta di adesione alla convenzione CONSIP in mancanza di una convenzione regionale;

per l'accertamento

dell'obbligo dell'ASST degli Spedali Civili di Brescia di aderire alla convenzione Consip in mancanza di una convenzione regionale attiva, con contestuale nomina di un commissario ad acta nel caso di perdurante inadempimento;

per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti e subendi ai sensi dell'articolo 2 bis L. n. 241/1990;

e per l'accertamento, in via incidentale,

della nullità del contratto in essere tra l'ASST degli Spedali Civili di Brescia e la società Markas s.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) degli Spedali Civili di Brescia, dell'Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti (Aria s.p.a.) e di Markas s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2024 il dott. Pietro Buzano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ASST degli Spedali Civili di Brescia ha affidato nel corso degli anni il servizio di pulizia e sanificazione riguardante diversi presidi ospedalieri alla società Markas s.r.l., con diversi contratti aventi scadenza in data 15.02.2021.

In prossimità di tale scadenza, con decreto n. 119/2021 l'ASST resistente, in adesione alla convenzione ARIA 2018 di cui è titolare la società Markas s.r.l., ha conferito a quest'ultima il servizio di pulizia e di sanificazione fino al 15.02.2022, nelle more della conclusione della procedura centralizzata per i servizi di pulizia in corso di definizione da parte di ARIA per il 2022.

Avverso tale decreto, il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori "Società Cooperativa Consortile Stabile" – titolare, quale mandataria del RTI con PH Facility s.r.l., del lotto n. 4 (che include, tra le altre, le province di Brescia e di Mantova della Regione Lombardia) della convenzione CONSIP relativa all'affidamento dei servizi di pulizia, sanificazione e altri servizi in favore degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale (SSN), la cui durata è di 24 mesi decorrenti dalla data della sottoscrizione (dicembre 2020) – ha proposto impugnazione davanti a questo Tribunale chiedendone l'annullamento.

Con sentenza n. 518/2021 questo Tribunale ha accolto il ricorso ritenendo illegittima la determinazione dell'ASST di aderire alla convenzione regionale 2018 *"...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"*. La sentenza ha altresì specificato che *"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"*.

Con nota del 12.10.2021 l'ASST Spedali Civili di Brescia ha informato la Sezione Regionale di controllo della Corte dei Conti in ordine ai motivi per i quali il servizio di sanificazione e disinfezione disponibile nella convenzione

Consip è stato ritenuto non sufficiente a soddisfare le necessità dell'Azienda sanitaria e non conveniente dal punto di vista economico.

Con decreto n. 945 del 18.10.2021 l'ASST Spedali Civili di Brescia – sulla base di motivazioni relative all'incompatibilità della convenzione Consip sia dal punto di vista delle caratteristiche tecniche ed economiche e dei contenuti prestazionali rispetto alle proprie necessità sia sotto il profilo della durata minima, dei tempi di attivazione del servizio e della necessità di evitare ripetuti avvicendamenti in un breve arco temporale tanto più nel contesto pandemico emergenziale – ha deciso di prorogare, nelle more dell'aggiudicazione della gara della Centrale Acquisti Aria s.p.a., l'affidamento del servizio di pulizia e disinfezione alla società Markas s.r.l. fino alla definizione del giudizio di appello davanti al Consiglio di Stato (r.g. n. 6287/2021).

Nelle more di tale giudizio, il Consorzio Leonardo Servizi e Lavoro ha proposto ricorso in ottemperanza davanti a questo Tribunale, lamentando che l'Azienda sanitaria non aveva ancora dato esecuzione alla sentenza n. 518/2021, non avendo disposto, in assenza di una convenzione regionale utilizzabile, l'affidamento del servizio in favore dello stesso ricorrente, titolare della convenzione nazionale Consip relativa al medesimo servizio. A tale ricorso è seguita la proposizione di motivi aggiunti, con i quali il Consorzio Leonardo ha chiesto la declaratoria di nullità del sopra citato decreto n. 945 del 18.01.2021 per elusione del giudicato, proponendo altresì la domanda di sospensione cautelare della sua efficacia.

Con ordinanza n. 386/2021 questo Tribunale ha respinto la domanda di sospensione cautelare, ritenendo in particolare che *“...il nuovo provvedimento adottato non appare elusivo del giudicato, avendo anzi fatto corretta applicazione dell'inciso conformativo previsto in sentenza, non impugnato dalla parte ricorrente, nel quale si precisava che “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...". Tale ordinanza è stata confermata in sede di appello cautelare dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 6821/2021.

Con decreto 61 del 28.01.2022 l'ASST Spedali Civili di Brescia, preso atto di tali pronunce cautelari che hanno confermato l'efficacia del precedente decreto n. 945 del 18.10.2021, ha ritenuto necessario *"confermare l'affidamento temporaneo del servizio di cui al presente provvedimento, fino alla definizione del giudizio di appello proposto da Markas S.r.l. avverso la sentenza n.518/2021 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di Brescia, per un ulteriore importo complessivo, rideterminato alla luce delle continue e mutevoli esigenze di pulizia e disinfezione, pari ad Euro 696.987,30 (I.V.A. esclusa), stimati fino al 30/4/2022"*, sotto la condizione risolutiva della stipulazione di una convenzione da parte di ARIA s.p.a. a seguito dell'aggiudicazione della procedura ARIA 2021 per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione degli ambienti sanitari.

Con sentenza n. 2267 del 28.03.2022 il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza n. 518/2021 di questo Tribunale, oggetto del sopra citato giudizio di ottemperanza, ha dichiarato irricevibile il ricorso di primo grado per tardività della sua proposizione. Di conseguenza, il giudizio di ottemperanza relativo alla sentenza di primo grado riformata è stato dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse con sentenza n. 552/2022 di questo Tribunale.

A seguito della predetta pronuncia del Consiglio di Stato, con decreto n. 389 del 15.04.2022 l'ASST Spedali Civili di Brescia, ribadendo le motivazioni contenute nei precedenti decreti, ha confermato l'affidamento temporaneo del servizio sino al 31.12.2022, sotto la condizione risolutiva della stipulazione della convenzione da parte di ARIA s.p.a. in seguito all'aggiudicazione della procedura ARIA 2021 per l'affidamento del servizio di pulizie e sanificazione degli ambienti sanitari.

Con sentenza n. 1248 del 30.05.2022 il Tar Lombardia - Milano, in accoglimento del ricorso proposto dal Consorzio Leonardo, ha annullato "...

nei limiti dell'interesse del Consorzio Leonardo (ossia con riguardo ai lotti 2 e 4), la determinazione di indizione della procedura di gara ARIA_2021_078 e tutti gli atti della lex specialis specificamente impugnati con il presente ricorso”, rilevando che “L'assenza di coincidenza soggettiva degli enti inclusi nel perimetro di gara rispetto alla convenzione Consip s.p.a. per il lotto n. 4 e l'omessa individuazione della totalità del fabbisogno di tutti gli enti del servizio sanitario regionale inducono pertanto il Collegio a qualificare la procedura ARIA_2021_078 non come finalizzata alla sottoscrizione di una convenzione-quadro regionale ma come volta a soddisfare, sia pure in forma parzialmente aggregata, autonomi e specifici bisogni di singoli enti sanitari, tutti altrimenti realizzabili mediante il ricorso alla vigente convenzione nazionale o mediante l'avvio di una procedura per la stipulazione di una convenzione regionale, e dunque inidonea a sostituire la convenzione Consip già attiva”.

Nell'ambito di tale giudizio è stata invece respinta “la domanda di accertamento dell'obbligo degli enti del servizio sanitario regionale delle Province di Brescia e di Mantova di aderire alla convenzione stipulata tra la Consip s.p.a. ed il consorzio ricorrente, atteso che, nelle more della riedizione della gara per la stipulazione della convenzione regionale, deve essere preservata la discrezionalità degli stessi nell'approvvigionamento dei servizi sanitari”.

Con pec dell'8.06.2022 il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori – dopo avere fatto presente che, a seguito dell'annullamento della procedura di gara ARIA 2021, “non vi è alcuna procedura regionale in itinere finalizzata alla stipula di una convenzione per i servizi di pulizia e sanificazione da cui Codesta Azienda Sanitaria potrà attingere per soddisfare il proprio fabbisogno” – ha invitato l'ASST Spedali Civili di Brescia “a valutare la possibilità di soddisfare il proprio fabbisogno relativo ai servizi di pulizia e sanificazione mediante l'adesione alla convenzione Consip Sanità, attualmente attiva e capiente”.

Con ricorso proposto ai sensi dell'art. 117 c.p.a. davanti a questo Tribunale, il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori ha svolto le seguenti domande: “nel merito: dichiarare l'illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione e, di conseguenza, condannare la stessa a adempiere all'obbligo di aderire alla convenzione

Consip, in assenza di una gara regionale attiva. - in via incidentale: accertare la nullità del contratto in essere tra l'ASST Spedali Civili di Brescia e la società Markas. - in via risarcitoria: accogliere la domanda di risarcimento dei danni proposta dal ricorrente nella misura che verrà meglio specificata nel corso del giudizio o, comunque, in quella che il Collegio riterrà più opportuna".

Con sentenza non definitiva n. 64 del 23.01.2023 questo Tribunale, in applicazione del principio della "ragione più liquida", ha dichiarato il ricorso avverso il silenzio improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse non sussistendo più l'inerzia dell'ASST al momento della pronuncia, in quanto l'intervenuta proroga dell'affidamento del servizio a Markas s.r.l. sino al 31.12.2023, disposta nel corso del presente giudizio con il decreto n. 1084 del 29.12.2022 dalla stessa ASST, è incompatibile con l'adesione alla convenzione Consip. Al contempo, quanto alla domanda di risarcimento del danno, per la quale il ricorrente ha dichiarato la permanenza dell'interesse alla decisione, è stata disposta la conversione del rito processuale da camerale a ordinario.

In vista dell'udienza pubblica per la discussione della domanda risarcitoria le parti hanno depositato documenti, memorie e repliche.

All'udienza pubblica del 22 maggio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare, deve essere accolta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dall'Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti (Aria s.p.a.), non essendo stati impugnati provvedimenti emessi dalla stessa e risultando estranea al procedimento in relazione al quale il ricorrente ha proposto l'azione contro il silenzio e la connessa domanda risarcitoria.

Il Collegio ritiene invece di prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità sollevate dall'ASST resistente essendo la domanda risarcitoria priva di fondamento.

Il Consorzio ricorrente ha proposto domanda di risarcimento del danno in base all'art. 2 *bis*, comma 1, l. n. 241/1990, a norma del quale "*Le pubbliche*

amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

In particolare, il ricorrente sostiene che, a seguito della sentenza n. 1248/2022 del Tar Lombardia -Milano di annullamento della procedura ARIA 2021 finalizzata alla sottoscrizione di una convenzione regionale quadro, l'ASST avrebbe dovuto, in riscontro all'istanza presentata dallo stesso Consorzio ricorrente, aderire alla convenzione Consip, o quantomeno valutare di aderire alla stessa, in assenza di una convenzione stipulata da una centrale di committenza regionale. Il silenzio serbato dall'ASST su tale istanza avrebbe quindi cagionato un danno al ricorrente consistente nel pregiudizio economico subito per la mancata adesione alla convenzione Consip in termini di lucro cessante e di danno curriculare.

La domanda è infondata.

Si deve innanzitutto rilevare che in data 8.06.2022, al momento della presentazione da parte del Consorzio ricorrente dell'istanza di adesione alla convenzione Consip (con termine per l'adesione in scadenza al 21.12.2022), era efficace il decreto n. 389 del 15.04.2022, con il quale l'ASST resistente aveva prorogato l'affidamento temporaneo del servizio di pulizia e disinfezione al precedente affidatario, la società Markas s.r.l., fino al 31.12.2022, e quindi fino ad una data posteriore rispetto al termine per l'adesione alla convenzione Consip di cui era titolare il ricorrente (21.12.2022).

Tale decreto non è stato impugnato dal Consorzio ricorrente e non è stato annullato dalla sopra citata sentenza del Tar Lombardia - Milano relativa alla procedura ARIA 2021, in quanto non oggetto di impugnazione in quel giudizio.

Pertanto, la richiesta di adesione alla convenzione Consip formulata dal Consorzio ricorrente risultava, fin dal momento della sua presentazione, incompatibile ed in contrasto con la già disposta proroga (valida ed efficace in

mancanza di impugnazione) dell'affidamento del servizio alla società Markas s.r.l. per un periodo che si sarebbe concluso in una data successiva al termine per l'adesione alla suddetta convenzione Consip.

Ciò considerato, ad avviso del Collegio, la richiesta di adesione alla convenzione di cui era titolare il ricorrente presupponeva necessariamente anche un'istanza di annullamento in autotutela della precedente proroga dell'affidamento del servizio, non potendo l'Amministrazione resistente aderire alla predetta convenzione e affidare il servizio di pulizia e sanificazione al ricorrente senza prima fare cessare l'affidamento dello stesso servizio in essere presso un altro operatore economico.

A fronte di un'istanza di autotutela, tuttavia, non vi è un obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, con la conseguenza che non è configurabile alcun silenzio-inadempimento e alcuna responsabilità risarcitoria addebitabile alla stessa.

In ogni caso, anche a volere ritenere sussistente nel caso di specie un'ipotesi di "autotutela obbligatoria" (i cui stringenti presupposti individuati dalla giurisprudenza europea e nazionale non risultano però sussistere nella fattispecie in questione), valorizzando la circostanza che il decreto n. 389/2022 di proroga dell'affidamento è precedente alla sentenza del Tar Lombardia - Milano che ha annullato la procedura ARIA, e ritenendo pertanto che, a seguito di tale intervenuto annullamento, l'ASST fosse obbligata a rivalutare la situazione con un provvedimento espresso, la domanda risarcitoria sarebbe comunque infondata.

Ed invero, la decisione dell'ASST resistente di non aderire alla convenzione Consip e di prorogare il precedente affidamento nelle more della conclusione della procedura finalizzata alla stipulazione di una convenzione quadro regionale non può ritenersi illegittima.

Al riguardo, occorre rilevare che la stessa sentenza n. 1248/2022 del Tar Lombardia - Milano ha respinto "...la domanda di accertamento dell'obbligo degli enti del servizio sanitario regionale delle Province di Brescia e di Mantova di aderire alla

convenzione stipulata tra la Consip s.p.a. ed il consorzio ricorrente, atteso che, nelle more della riedizione della gara per la stipulazione della convenzione regionale, deve essere preservata la discrezionalità degli stessi nell'approvvigionamento dei servizi sanitari". Tale margine di discrezionalità in capo agli enti del servizio sanitario regionale è stato riconosciuto anche dalla sentenza n. 518/2021 di questo Tribunale, avente ad oggetto un precedente decreto di proroga dell'affidamento del servizio, nella quale sono state espressamente "...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".

Inoltre, il quadro normativo di riferimento consente, a determinate condizioni, alle Amministrazioni pubbliche di non avvalersi delle convenzioni Consip.

L'art. 1, comma 1, d.l. n. 95/2012 prevede infatti una deroga all'obbligo di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip nel caso in cui *"...il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza"*, e l'art. 1, comma 510 l. n. 208/2015 prevede che *"Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip SpA, ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali"*.

Pertanto, considerato il margine di discrezionalità espressamente riservato dalle sopra citate sentenze all'Amministrazione resistente

nell'approvvigionamento del servizio nelle more dell'espletamento della gara indetta dalla centrale di committenza regionale e le ipotesi di deroga normativamente previste al ricorso alle convenzioni Consip, non appaiono irragionevoli le motivazioni tecniche, economiche e relative alla necessità di garantire la continuità del servizio che l'ASST ha addotto a fondamento della decisione di prorogare temporaneamente l'affidamento in essere e non aderire alla convenzione Consip di cui era titolare il Consorzio ricorrente. Di tali ragioni, del resto, è stata portata a conoscenza la Corte dei Conti in quanto con nota del 12.10.2021 l'ASST Spedali Civili di Brescia ha informato la competente Sezione Regionale di controllo in ordine ai motivi per i quali è stato ritenuto il servizio di sanificazione e disinfezione disponibile nella convenzione Consip non sufficiente a soddisfare le necessità dell'Azienda sanitaria e non conveniente dal punto di vista economico.

Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, la domanda risarcitoria deve essere respinta.

Le spese di lite, in applicazione del criterio della soccombenza, devono essere poste a carico del ricorrente come liquidate in dispositivo, tenendo conto della diversa attività difensiva espletata dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) dichiara il difetto di legittimazione passiva dell'Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti (Aria s.p.a.);
- b) respinge la domanda di risarcimento del danno.

Condanna il ricorrente a rifondere alle altre parti le spese di lite che vengono liquidate in euro 4.000,00, oltre accessori di legge, in favore dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) degli Spedali Civili di Brescia, in euro 1.500,00, oltre accessori di legge, in favore della controinteressata Markas s.r.l.

ed in euro 1.500,00, oltre accessori di legge, in favore della Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti (Aria s.p.a.).

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Alessandro Fede, Referendario

Pietro Buzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Pietro Buzano

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO