

T.A.R. Marche Ancona, Sez. I, Sent., (data ud. 09/02/2022) 28/02/2022, n. 122

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA › Contratti

OPERE PUBBLICHE E SERVIZI (APPALTO DI) › Aggiudicazione

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 479 del 2021, proposto da E.F. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Sergio Grillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda O.U., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Galileo Omero Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

D.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Alice Volino, Francesco D'Amelio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione

- della nota dell'Azienda O.U.O.R.A. - Direzione Generale n. 0077946 del 19 agosto 2021, con la quale è stata rigettata la richiesta di archiviazione del procedimento di valutazione di convenienza avviato con nota prot. (...);

- della determina del Direttore Generale n. 855/DG del 19 agosto 2021, trasmessa il 20 agosto 2021 via pec, con la quale, a conclusione del procedimento, l'Azienda O.U.O.R.D.A. "ha preso atto ed approvato la valutazione di convenienza (economico qualitativa), in ordine alle condizioni di svolgimento del servizio di pulizia presso questa A.G. (SUAM) a fronte di quelle derivanti dalla gara nazionale (C.), documento ID: 960945|13/08/2021|ACP, da intendersi richiamato come parte integrante del presente atto ancorché non materialmente allegato", ritenendo complessivamente più conveniente il contratto di cui all'ordinativo C. emesso in adesione alla convenzione "Servizi di Pulizia, di sanificazioni ed altri servizi per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale - Lotto 5" ed ha deliberato di non procedere alla stipula del contratto aggiudicato alla E. e di non esercitare il recesso previsto nell'ordinativo C.;

- del documento istruttorio facente parte della determina del Direttore Generale n. 855/DG del 19 agosto 2021;

- del documento ID: 960945|13/08/2021|ACP del Gruppo tecnico multidisciplinare richiamato come parte integrante della determina n. 855/DG del 19 agosto 2021;

- di ogni altro atto ai predetti antecedente, presupposto, conseguente, anche se allo stato non conosciuto, tra i quali la comunicazione di avvio del procedimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di D.S. S.r.l. e dell'Azienda O.U.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2022 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza 22 febbraio 2022, n. 104;

Svolgimento del processo

1. Il ricorso che perviene alla decisione di merito afferisce ad una vicenda amministrativa che è comune ad altri tre ricorsi anch'essi passati in decisione all'odierna udienza pubblica; si tratta dei ricorsi nn. 468/2021, 483/2021 e 521/2021 R.G., promossi nei riguardi dell'A.M. e delle Aree Vaste nn. 2, 4 e 5 della stessa A.S., mentre il ricorso di E. è proposto nei confronti dell'Azienda O.U. (di seguito anche "A." o "A.R.").

I citati ricorsi sono stati decisi con un'unica sentenza, proprio perché proposti contro la stessa amministrazione (infatti gli effetti lesivi per le ditte ricorrenti discendevano dal medesimo provvedimento del direttore generale dell'A.S.U.R.), mentre non si è ritenuto opportuno riunire anche il presente ricorso, proposto nei confronti di un altro ente del S.S.R.

Tuttavia, come detto, gli antefatti amministrativi e giudiziari di cui si dirà nel prosieguo sono comuni anche agli altri analoghi giudizi definiti con sentenza resa in pari data.

1.1. Con D.G.R. n. 468 del 9 maggio 2016 è stato approvato il piano biennale degli acquisti di beni e servizi per gli enti del Servizio Sanitario Regionale mediante procedure contrattuali gestite dalla Stazione Unica Appaltante istituita presso la Regione Marche (di seguito "S.U."). L'A.M., designata quale ente capofila, con determina A. n. 742 del 20 dicembre 2018, ha approvato il progetto per l'acquisizione del servizio di pulizia per gli enti del S.S.R. marchigiano, stimando un importo a base di gara di € 79.334.998,95, oltre IVA, di cui € 9.000,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

Successivamente, la S.U., con decreto n. 87 del 27 dicembre 2018 ha indetto, ai sensi dell'art. 2 della L.R. n. 12 del 2012 e dell'art. 32 del D.Lgs. n. 50 del 2016, la procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia in favore degli enti del S.S.R. per un periodo di cinque anni, con un importo a base d'asta di € 116.450.236,27, oltre IVA, di cui euro 15.460,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

La gara era suddivisa in dieci lotti, corrispondenti alle cinque Aree Vaste in cui è suddivisa l'A.S., alle due aziende ospedaliere marchigiane autonome (Azienda O.U.) e alle tre sedi dell'Istituto Nazionale di Ricovero e Cura a carattere scientifico - I.N.R.C.A. (di cui due ubicate fuori Regione).

La lex specialis prevedeva un limite massimo di lotti che il singolo concorrente, sia che partecipasse come impresa individuale sia che partecipasse in a.t.i., poteva aggiudicarsi.

1.2. Nel momento in cui è stata bandita la predetta gara era già in corso dal 2014 l'analoga procedura bandita da C., la quale nei primi mesi del 2019 era approdata, per quanto riguarda il macro-lotto che comprendeva le Marche, all'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio, ossia la odierna controinteressata D.S..

Quest'ultima, dunque, con ricorso iscritto al N.R.G. 40/2019, aveva impugnato davanti al T.A.R. Marche l'indizione della gara regionale, deducendo:

- in prima battuta, l'illegittimità radicale della procedura per il fatto che la Regione Marche avrebbe dovuto attendere l'esito della gara C. (ormai in fase di conclusione) e non bandire una gara avente ad oggetto il medesimo servizio;

- in seconda battuta, l'illegittimità sia delle clausole del disciplinare che fissavano il limite massimo di lotti che ciascun concorrente poteva aggiudicarsi, sia di altre clausole della lex specialis che, a suo dire, le impedivano di redigere un'offerta "informata".

Con sentenza n. 500 del 17 luglio 2019, passata in giudicato, il ricorso di D. è stato respinto.

1.3. Nel corso del 2020, ed in particolare nei mesi in cui si è registrata la c.d. prima ondata della nota pandemia, la gara regionale ha subito una impasse (dovuta anche al fatto che i componenti della commissione di gara, tutti esercenti professioni sanitarie, erano impegnati "sul campo" a fronteggiare l'emergenza), di talché il 22 maggio 2020 la S.U. ha informato gli enti del S.S.R. che la procedura in corso ben difficilmente avrebbe potuto concludersi in tempi brevi e che ciascun ente avrebbe quindi potuto valutare la possibilità di aderire alla convenzione C., la quale, per quanto concerne il lotto marchigiano, era stata aggiudicata definitivamente a D. il 18 maggio 2020.

Sia l'A.M., sia le due aziende ospedaliere marchigiane hanno dunque stabilito, seppure in tempi diversi, di aderire alla convenzione C., attivando nei riguardi di D. le procedure previste dalla stessa convenzione per l'adeguamento delle prestazioni alla realtà del singolo committente; le convenzioni C., infatti, proprio perché sono progettate a livello nazionale e dunque non tengono conto delle specificità delle varie amministrazioni destinatarie, e soprattutto di quelle non statali, prevedono un meccanismo attraverso il quale le amministrazioni periferiche che decidano di aderirvi possono concordare con l'aggiudicatario gli adeguamenti necessari per soddisfare le proprie specifiche esigenze. Da tale interlocuzione scaturisce il Piano Dettagliato delle Attività - P.D.A. - "dedicato" per ciascun ente aderente.

1.4. Una delle ditte che stava partecipando alla gara regionale (la quale, è bene evidenziare sin d'ora, non è stata né annullata né sospesa, tanto da approdare nei primi mesi del 2021 all'aggiudicazione di tutti i lotti) ha però impugnato i suddetti provvedimenti dell'A. e dell'A.R. di Ancona, deducendo che gli enti del S.S.R., avendo a suo tempo deciso di indire una procedura a livello regionale pur essendo a conoscenza dell'esistenza di una gara C. in itinere, erano decaduti dalla possibilità di aderire alla convenzione C. (ricorso n. 315/2020 R.G., proposto dalla ditta P. S.p.A.).

Il Tribunale ha dapprima accolto la domanda cautelare proposta con il ricorso introduttivo (ordinanza n. 286/2020) e in seguito ha accolto anche nel merito il ricorso e l'atto di motivi aggiunti medio tempore depositato dalla ditta ricorrente (sentenza c.d. breve n. 584/2020).

Per completezza di trattazione va detto che anche un'altra ditta aveva impugnato gli atti di adesione alla convenzione C. (in quel caso da parte dell'Area Vasta n. 3 dell'A.S.U.R.), ma il relativo ricorso è stato in seguito dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse (sentenza n. 424/2021).

Tornando dunque alle vicende del ricorso n. 315/2020 R.G., la sentenza n. 584/2020 è stata impugnata tanto da D. che da C.; la Sez. III del Consiglio di Stato ha accolto l'appello sia in sede cautelare (ordinanza n. 6905 del 27 novembre 2020, con la quale è stata disposta la "...sospensione degli effetti della sentenza appellata, al fine di consentire agli Enti del SSR marchigiano di aderire, nelle more della definizione del giudizio di merito, alla pertinente Convenzione C. attiva ed evitare il ricorso a strumenti di approvvigionamento (come la proroga dei rapporti contrattuali in essere o la stipulazione di contratti-ponte) di carattere eccezionale, ferma restando la prosecuzione della procedura di gara in corso di svolgimento da parte della Stazione Unica Appaltante della Regione Marche"), sia in sede di merito (sentenza n. 2707 del 31 marzo 2021).

1.5. Nelle more della pubblicazione della predetta sentenza n. 2707, e precisamente il 29 marzo 2021, la S.U. ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lotti della gara regionale, i quali sono

stati così ripartiti:

- lotti nn. 1 e 3 aggiudicati a D.S.;
- lotto n. 2 aggiudicato a F.S. Società Cooperativa;
- lotto n. 4 aggiudicato dapprima a E. S.r.l. e successivamente in favore dell'a.t.i. composta da M.S. S.p.A., H. Società Cooperativa e Consorzio S.E.M.;
- lotto n. 5 aggiudicato a C.;
- lotto n. 6 aggiudicato all'a.t.i. composta da E.F. S.p.A. e M. S.r.l.;
- lotto n. 7 aggiudicato a P. S.p.A.;
- lotto n. 8 aggiudicato a M. S.r.l.;
- lotto n. 9 aggiudicato all'a.t.i. formata da C. e M.;
- lotto n. 10 aggiudicato a D. S.r.l.

Con ricorso iscritto al N.R.G. 243/2021 D.S. ha impugnato davanti a questo Tribunale il decreto di aggiudicazione dei lotti della gara regionale, deducendo una serie di censure tutte finalizzate a determinare la caducazione dell'intera procedura e la sua eventuale futura riedizione (il che avrebbe soddisfatto l'interesse della ditta a gestire medio tempore il servizio presso tutti gli enti del S.S.R. in forza della convenzione C.).

Con sentenza n. 677/2021, che allo stato risulta non impugnata, il T.A.R. ha respinto il ricorso n. 243/2021 R.G.

1.6. Tuttavia, in dichiarata esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato n. 2707/2021, le Aree Vaste dell'A.M. e le due aziende ospedaliere marchigiane, invece di procedere alla stipula dei contratti con gli aggiudicatari dei rispettivi lotti della gara S.U., hanno avviato singoli procedimenti volti a comparare le condizioni contrattuali della convenzione C. con quelle risultanti, per il lotto di rispettivo interesse, dalla gara regionale. Tali valutazioni, eccetto che in relazione al lotto n. 7 (A.R. "Marche Nord"), si sono concluse nel senso che:

- seppure i capitolati tecnici della gara C. e della gara S.U. non siano esattamente sovrapponibili fra loro, le relative prestazioni (o comunque quelle principali) sono comunque comparabili;
 - le condizioni economiche alle quali D.S. si è aggiudicata la gara C. sono più convenienti,
- e stabilendo dunque di proseguire con l'adesione alla convenzione C. fino alla sua scadenza naturale.

Da qui la proposizione dei ricorsi che sono pervenuti alla odierna decisione, i quali, come detto, sollevano le medesime censure di fondo, che sono di volta in volta arricchite da argomenti desunti dalle peculiarità della singola procedura comparativa attivata dall'ente sanitario interessato.

1.7. Prima di dare conto delle censure sollevate nel presente ricorso è utile riportare i passaggi della sentenza n. 2707/2021 sui quali l'A.R. ha fondato i provvedimenti impugnati dall'a.t.i. che si era aggiudicato il lotto della gara S.U. oggetto del presente giudizio, premettendo che le conclusioni del giudice di appello che vengono qui in rilievo sono precedute dalle seguenti statuizioni relative alle censure dedotte dalle parti appellanti nei riguardi della sentenza di primo grado:

- il Consiglio di Stato ha in primo luogo ritenuto che la comunicazione della S.U. del 22 maggio 2020, con la quale si invitavano gli enti del S.S.R. a valutare la possibilità di aderire alla convenzione C., fosse in sé motivata e costituisse altresì una valida ragione sulla quale gli enti predetti potevano fondare la decisione di aderire alla convenzione stipulata dalla centrale di committenza nazionale;
- nel caso di specie non veniva in rilievo la dedotta violazione dell'art. 21-quinquies della L. n. 241 del 1990, sia perché gli atti "sospesi" a seguito dell'adesione alla convenzione C. hanno natura endoprocedimentale (tale essendo il bando di gara e gli altri atti indittivi), sia perché, in realtà, in quel

momento gli enti del S.S.R. non hanno affatto inciso sugli atti della gara S.U. (la quale è in effetti proseguita), ma hanno solo individuato lo strumento più adeguato per assicurarsi, nelle more, le prestazioni relative ad un servizio di prima necessità;

- il principio di prevalenza delle gare regionali rispetto a quelle aventi il medesimo oggetto e bandite contestualmente dalla C., che pure va ribadito (anche se, ha precisato la Sez. III, tale principio è stato affermato dalla giurisprudenza essenzialmente nell'ottica della valutazione della legittimità dell'espletamento della gara regionale pur in costanza di un procedimento di gara nazionale in corso di svolgimento o financo già conclusosi con la stipulazione della relativa convenzione-quadro), non è però assoluto. Infatti, ha evidenziato la Sez. III, "... Deve ... rilevarsi, con riferimento alla fattispecie in esame, che il suddetto principio non viene chiamato direttamente in causa ai fini della valutazione della legittimità degli atti impugnati in primo grado, mediante i quali gli Enti emananti non hanno assunto decisioni inerenti (direttamente) alla gara regionale ed alle sue sorti, ma si sono limitati ad esercitare il potere di approvvigionamento, in vista del soddisfacimento delle esigenze di cui erano portatrici, mediante l'adesione al canale di acquisizione di livello nazionale, già operativo, a fronte delle lungaggini connesse allo svolgimento della gara regionale. Sebbene, invero, non possa trascurarsi di considerare che l'adesione delle Amministrazioni intimata in primo grado alla convenzione C. (con particolare riguardo a quella manifestata dalla A.) avrebbe potuto svuotare di utilità, e probabilmente privare della sua stessa ragion d'essere, la gara regionale in corso di svolgimento, non può in pari tempo omettersi di evidenziare che questo avrebbe costituito un (eventuale) effetto indiretto delle scelte da esse compiute in ordine alle più opportune modalità per realizzare l'interesse pubblico di cui erano dirette titolari, in costanza di una gara regionale caratterizzata da tempi incerti di definizione e di una convenzione-quadro nazionale già pienamente operativa...". La sentenza prosegue sottolineando poi che "...Né elementi decisivi a favore della tesi posta a fondamento della sentenza appellata possono trarsi dalla sentenza di questa Sezione n. 5205 del 25 agosto 2020, dal momento che il principio di preferenza per la gara regionale non è stato affermato in termini rigidi ed automatici, ma attraverso la ricostruzione di "un coerente quadro normativo nel quale è demandato alla C. il compito di rinvenire, in sede di centralizzazione, le migliori possibili condizioni di offerta da porre a disposizione delle amministrazioni, ma è consentito alle Amministrazioni di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro, attraverso un meccanismo di responsabilizzazione delle Amministrazioni stesse, che è coerente con la disciplina euro-unitaria. Orbene, quanto sin qui evidenziato offre una chiave ermeneutica anche per il caso che occupa. Dal rapporto regola-eccezione evidenziato emerge una ratio della disciplina finalizzata al conseguimento delle condizioni economiche più favorevoli e di maggiore adesione alle realtà regionali" ...".

Si giunge quindi alle statuizioni che più rilevano in questo e negli altri analoghi giudizi che pervengono alla odierna decisione, ossia:

- "...Se quindi, alla luce della ricostruzione normativa e giurisprudenziale che precede, non sarebbe ravvisabile alcun obbligo di attendere la conclusione della gara regionale, in presenza di uno strumento di acquisizione già disponibile ed a fronte della indeterminatezza temporale caratterizzante la disponibilità di quello di marca regionale, ne discende che le scelte spettanti in siffatta tipologia di fattispecie all'Amministrazione afferiscono all'ambito di quelle contrassegnate da discrezionalità amministrativa in senso proprio, ponendosi alla stessa esigenza di individuare la soluzione più adatta a contemperare i plurimi interessi convergenti, al fine di ottimizzare il risultato finale in termini di migliore rispondenza all'interesse pubblico, determinato attraverso l'attenta e ponderata analisi di tutte le circostanze rilevanti....";

- e soprattutto "Da questo punto di vista, la soluzione più ragionevole non avrebbe appunto potuto essere che quella di attingere alla gara nazionale, garantendo l'approvvigionamento del servizio nelle more della gara regionale nel rispetto dei principi di concorrenzialità, economicità e buon andamento

(anche attraverso l'apposizione delle opportune clausole condizionanti alla manifestazione di adesione), salvaguardando nel contempo gli esiti della gara regionale (come sancito da questa Sezione con l'ordinanza cautelare n. 6905/2020), al fine di consentire, una volta che la gara regionale si fosse conclusa, le opportune valutazioni di convenienza (economica e qualitativa) in ordine alle condizioni di svolgimento del servizio medesimo garantite dalla gara regionale (a fronte di quelle derivanti dalla gara nazionale): consentendo, in tal modo, l'attuazione del principio di (tendenziale) prevalenza della gara regionale rispetto a quella nazionale, non in modo assoluto ed indiscriminato, ma in coerenza con i menzionati principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, secondo i principi interpretativi enucleabili dalla giurisprudenza citata...".

2. Al dichiarato fine di dare esecuzione alla decisione del Consiglio di Stato il direttore generale dell'A.R., con Provv. del 22 luglio 2021, ha istituito il "Gruppo tecnico multidisciplinare" incaricato di svolgere la valutazione comparativa fra le condizioni tecniche ed economiche di svolgimento del servizio previste, rispettivamente, dalla convenzione C. di cui è aggiudicataria D.S. e dal capitolato tecnico della gara S.U., comunicando altresì a D.S. e all'a.t.i. capeggiata da E. l'avvio del procedimento. I due operatori economici hanno fatto pervenire le proprie osservazioni; in particolare E. ha contestato in radice la legittimità della valutazione comparativa, evidenziando peraltro l'impossibilità di confrontare i due capitolati e le rispettive offerte economiche.

Il Gruppo tecnico ha proceduto alla valutazione ed ha rimesso gli esiti alla Direzione Generale, che ne ha preso atto e ne ha condiviso le risultanze con l'impugnata determina n. 885/DG del 19 agosto 2021.

Dalla relazione del Gruppo tecnico emerge quanto segue.

2.1. I funzionari incaricati della valutazione hanno innanzitutto acquisito gli atti necessari per dar seguito alla valutazione richiesta, ossia:

- documentazione tecnico-economica presentata da D.S. S.r.l. nella gara esperita da C. e relativi atti/ordinativi di adesione adottati medio tempore dall'azienda ospedaliera;
- documentazione tecnico-economica presentata dal r.t.i. capeggiato da E.F. nella gara esperita dalla S.U.;
- note pervenute dai due operatori a seguito della comunicazione di avvio del procedimento di valutazione di convenienza (acquisite ai numeri di prot. n. (...) del 22 luglio 2021, n. 72871 e n. 72880 del 30 luglio 2021 e n. 74245 del 4 agosto 2021).

Dopo aver visionato la predetta documentazione, è subito emerso che il confronto economico-qualitativo dei due servizi offerti risultava particolarmente complesso per molteplici aspetti, e cioè:

- a) le due gare sono state progettate ed esperite con modalità e tempi diversi;
- b) i due capitolati di gara sono caratterizzati da una diversa classificazione delle aree di rischio;
- c) le superfici complessive oggetto degli appalti sono risultate difformi per circa 20.000 mq, con conseguente impatto sulla quantificazione in valore assoluto del canone mensile;
- d) l'offerta economica presentata nella gara S.U. dal r.t.i. E.F.-M. riporta complessivamente la spesa relativa al "servizio di pulizia" in relazione ai mq appaltati e quota separatamente il prezzo/ora per le pulizie straordinarie;
- e) l'ordinativo emesso a favore di D. declina il costo del servizio in due voci: servizi operativi di base e servizi extra canone a corpo;
- f) l'offerta tecnica presentata nella gara S.U. dal r.t.i. capeggiato da E.F. esprime il servizio in termini di monte ore, mentre nella gara C. il servizio è stato offerto in termini di tariffa al metro quadro. Inoltre, nonostante la relazione tecnica presentata in sede di gara dal r.t.i. riporti dettagliatamente "...il monte ore effettivamente erogato al netto..." per le varie aree di rischio, distinto per i diversi presidi ospedalieri, l'offerta economica finale viene formulata in €/mq.

2.2. Per tali ragioni, al fine di procedere ad un confronto fra dati il più possibile omogenei, si è proceduto ad un'analisi approfondita della documentazione, che ha portato alle seguenti considerazioni.

a) P. ordinarie/Servizi operativi di base.

In primo luogo, si è verificato, per entrambi gli appalti, quali prestazioni fossero comprese nelle pulizie ordinarie/servizi operativi di base. Partendo dal capitolato S.U., sono state confrontate le prestazioni ivi ricomprese con quelle previste nei servizi di base del capitolato C., accertando che quest'ultimo non copriva in maniera completa le prestazioni offerte dal r.t.i. E.F.-M..

E, infatti, ai servizi operativi di base del capitolato C., in sede di adesione l'A. ha aggiunto alcune delle attività integrative di cui all'art. 9.1.2 del capitolato tecnico e relativa appendice 9 punto 1.2, attività definite "extra" nell'ordinativo di fornitura (al riguardo il Gruppo tecnico evidenzia che si tratta di attività "mensilizzabili", in quanto attivate sin dall'inizio ed eseguite tutti i mesi e non a richiesta). Tali servizi integrativi "extra" sono in particolare: pulizia carrelli vitto; flussaggio utenze; pulizia carrozzine portineria; rimozione guano piccioni; gestione dei dispenser del disinfettante; disinfezione pavimenti; integrazioni pulizie basso rischio (br1) ambulatori, mensa, portineria, segreteria, spogliatoi, stanza MDG, studio medico, ufficio; bagni al pubblico (incremento frequenze); integrazioni pulizie aree esterne T.S. - rampa pedonale, percorsi pedonali, zona ambulanza c.c., tunnel collegamento; Torrette presidio pronto intervento - 10,00-14,00 e 14,00-22,00; Salesi presidio pronto intervento - 10,00-14,00 e 14,00-22,00; presidio blocco parto Salesi; Salesi - presidio pronto intervento notturno 23,00-5,00; Torrette - presidio pronto intervento notturno 23,00-5,00.

Alcune di queste attività integrative sono comprese nel servizio aggiudicato dalla S.U. e risultano dall'offerta dell'a.t.i. E.F.-M.; si tratta, in particolare, di: pulizia dei carrelli del vitto; rimozione del guano dei piccioni; disinfezione dei pavimenti in tutte le aree sanitarie.

Pertanto, per poter confrontare i due servizi alla pari, è stato necessario valutare le prestazioni offerte dal r.t.i. capeggiato da E.F. e le prestazioni di base del capitolato C. comprensive solo delle tre prestazioni integrative di cui si è detto, in quanto le altre, non essendo previste nel capitolato S.U., non possono essere oggetto di confronto. Inoltre, e sempre al fine di poter effettuare un confronto alla pari, è stato necessario detrarre dal canone mensile discendente dalla convenzione C. la quota relativa al servizio di ritiro rifiuti in quanto con nota prot. (...) del 19 maggio 2021 è stato comunicato a D. che il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti doveva essere scorporato poiché oggetto di un separato appalto.

Una volta definite, per quanto possibile, le prestazioni da confrontare, si è proceduto alla comparazione delle frequenze delle stesse e si sono riscontrate le seguenti difformità:

- in merito alle frequenze settimanali si è rilevato che nei due progetti i servizi vengono svolti con frequenze diverse in relazione alle varie aree di rischio. Ad esempio il capitolato C. prevede una frequenza 7/7 giorni nelle sale operatorie, mentre il capitolato S.U. prevede per le sale operatorie una frequenza pari a 6/7 giorni;

- in merito alla frequenza giornaliera, la stessa risulta identica nei due progetti per le sale operatorie e le aree ad alto rischio, mentre per le aree a medio rischio sono previste frequenze diverse: nella gara C. (appendice 9 punti 1.1 e 1.1.3) è previsto il ripasso solo per i servizi igienici, mentre nella gara S.U. è previsto il ripasso nelle stanze di degenza e nei servizi igienici (capitolato S.U. aree a medio rischio pag. 19).

Concluso l'esame qualitativo delle prestazioni, pur con tutte le limitazioni della metodologia applicata, si è passati alla valutazione delle due offerte dal punto di vista economico, addivenendo ai seguenti esiti (che prendono a riferimento i dati emergenti, rispettivamente, dal decreto di aggiudicazione della gara S.U. e dall'ordinativo di fornitura emesso dall'A. in favore di D. il 14 gennaio 2021):

- r.t.i. E.F.-M..

Importo complessivo di aggiudicazione relativo a 5 anni: € 16.484.114,58 oltre a IVA, relativo alla spesa per le pulizie ordinarie e per le pulizie straordinarie (l'importo relativo alle prestazioni straordinarie è pari a € 241.230,00).

Metri quadri appaltati (dato riportato nell'offerta economica dell'a.t.i.): 131.637,52.

Spesa netta per le pulizie ordinarie: €/mq/anno 24,68 (calcolato in relazione al valore dell'appalto aggiudicato - € 16.484.114,58 - al netto della spesa relativa alle pulizie straordinarie - € 241.230,00 - rapportato al numero dei mq previsti nell'appalto).

- D.S.:

Spesa relativa a 48 mesi: € 16.840.047,73, oltre a IVA, suddivisa in: servizi operativi di base (€ 11.002.748,72) + S.E. a canone fisso mensile determinato da interventi remunerati per €/mq e interventi remunerati per €/ora/passaggio/unità letto (€ 5.837.298,87).

Metri quadri appaltati (a seguito di sopralluogo): 154.090,55.

Costo del servizio base D. "integrato": €/mq/anno 20,02.

Dal confronto delle prestazioni "ordinarie/di base integrate" dei due appalti, si è rilevato che l'offerta economica di D. è più vantaggiosa (€/mq/anno 20,02 contro €/mq/anno 24,68).

b) Servizi "extra" integrativi mensilizzabili richiesti a D. in sede di adesione.

Con determina n. 16/DG del 14 gennaio 2021 l'A. ha preso atto dell'ordinativo di fornitura emesso per l'adesione alla gara esperita dalla C. e del relativo P.D.A. che prevede servizi di base e servizi integrativi extra canone. Tali servizi "integrativi extra" non sono sovrapponibili ai servizi integrativi previsti nel capitolato speciale della gara S.U., ma si tratta di servizi richiesti specificatamente dall'azienda in relazione alle necessità sopravvenute correlate anche alla nota emergenza sanitaria.

In relazione a tali servizi integrativi il costo €/mq/anno effettivo dell'offerta D. ascende a € 26,83. Per confrontare i due servizi in relazione alle esigenze sopravvenute è stato dunque necessario aggiungere a quelle previste nell'offerta dell'a.t.i. capeggiata da E.F. le seguenti prestazioni non quantificabili: flussaggio utenze; pulizia carrozzine portineria; gestione dispenser disinfettante; integrazioni pulizie basso rischio (br1) ambulatori, mensa, portineria. segreteria, spogliatoi, stanza MDG, studio medico, ufficio; bagni al pubblico 3 interventi (integrazione frequenze); integrazioni pulizie aree esterne T.S.-rampa pedonale, percorsi pedonali, zona ambulanza c.c., tunnel collegamento; Torrette presidio pronto intervento - 10,00-14,00 e 14,00-22,00; Salesi presidio pronto intervento - 10,00-14,00 e 14,00-22,00; presidio blocco parto Salesi; Salesi presidio pronto intervento notturno 23,00-5,00; Torrette - presidio pronto intervento notturno 23,00-5,00.

c) Servizi straordinari.

Le due offerte prevedono metodologie differenti di quantificazione della spesa che non rendono possibile la comparazione e la relativa quantificazione economica. Infatti:

- il capitolato S.U. stima un ipotetico monte ore annuo e riconosce un'unica tariffa oraria;

- il capitolato C. declina i servizi in relazione ad oggetti/prestazioni specifici con relativa specifica remunerazione (tariffa oraria/tariffa a mq/tariffa a pezzo).

Con determina n. 824/DG del 29 luglio 2021 è stato approvato un atto aggiuntivo all'ordinativo di fornitura per prestazioni straordinarie non programmabili di cui all'art. 9.1.3. del capitolato C. da eseguirsi su richiesta. Pertanto, come per l'offerta relativa alla gara S.U., queste prestazioni, da eseguirsi a richiesta del Direttore dell'Esecuzione del Contratto, non vanno considerate ai fini del confronto complessivo.

d) Conclusioni.

Dopo aver esposto i suindicati dati, il Gruppo tecnico così ha concluso: "Le prestazioni oggetto del servizio della gara esperita dalla C. e quelle della gara esperita dalla SUAM non sono identiche né "sovrapponibili" in toto e pertanto risulta estremamente difficile la loro comparazione; le prestazioni oggetto delle due gare infatti hanno contenuti assolutamente non coincidenti sia in termini di suddivisione/classificazione delle aree che di frequenze delle attività da svolgere.

Gli eventi sopravvenuti successivamente all'approvazione di entrambi i progetti, come ad esempio le mutate necessità di salute pubblica ovvero i mutamenti della situazione di fatto che erano alla base della progettazione delle gare, rendono i progetti originari non più adeguati alle superiori esigenze della azienda; entrambe le "offerte di base" pertanto non risultano sufficienti a soddisfare gli attuali fabbisogni della azienda ma necessitano di integrazioni ad hoc che al momento è possibile quantificare con precisione, da un punto di vista economico, solamente per la ditta D..

Per completezza si evidenzia altresì che l'offerta presentata dal RTI E.F. S.P.A. - M. S.R.L prevede alcune migliorie/attività aggiuntive (ad es. monte ore extra di 11.040 per il quinquennio, equivalenti a circa 6,04 ore al giorno - vedi pag 69 offerta tecnica) che, tuttavia, non sembrerebbero sufficienti a garantire l'implementazione dei servizi integrativi richiesti.

Risulta quindi non noto il potenziale maggior onere a carico della azienda da aggiungere all'offerta presentata dal RTI E.F. S.P.A. - M. S.R.L per adeguare il progetto posto a base di gara, e disegnato su misura nell'anno 2017, alle attuali necessità.

Tuttavia, dai dati a disposizione si evince che, pur considerando le limitazioni della metodologia applicata per l'analisi di comparazione, il canone del Servizio base DUSSMANN "integrato" (espresso in euro/mq/anno), come sopra rideterminato, appare più vantaggioso del "canone P.O.E." (espresso in euro/mq/anno)".

3. E., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con M., censura l'operato dell'A Riuniti articolando le seguenti censure (le quali sono per la gran parte assimilabili a quelle proposte negli altri tre ricorsi di cui si diceva nella parte iniziale della presente sentenza):

a) eccesso di potere per difetto dei presupposti, carenza assoluta di motivazione.

Con il primo motivo la ricorrente deduce che l'Azienda O. intimata ha ritenuto di dover avviare il procedimento di comparazione al solo dichiarato fine di ottemperare alla sentenza n. 2707/2021, ma questo presupposto è erroneo, in quanto il Consiglio di Stato non ha mai imposto l'avvio di tale procedimento. Questo emerge dalla piana lettura della sentenza, in cui il giudice di secondo grado ha preso le mosse dalla premessa che le norme vigenti impongono agli enti del S.S.N. di avvalersi in prima battuta delle convenzioni regionali e, solo ove queste non siano operative, di aderire alle convenzioni C.. Il Consiglio di Stato ha poi stabilito che l'obbligo di approvvigionarsi tramite l'adesione alle convenzioni regionali non può spingersi fino al punto di prorogare i contratti in essere con gli operatori uscenti o di bandire gare-ponte in attesa della conclusione delle gare avviate dalle committenti regionali, laddove sia operativo un affidamento curato dalla committente nazionale.

Di conseguenza, sulla base di questi presupposti, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima l'adesione alla convenzione C. attiva nel momento in cui la gara regionale era ancora in corso di espletamento, e ciò con l'espressa finalità di evitare il ricorso, nelle more della conclusione della gara regionale, a proroghe tecniche del servizio di pulizia con il fornitore uscente o a c.d. "gare-ponte".

E' vero che nella sentenza è contenuto l'inciso secondo cui "...la soluzione più ragionevole non avrebbe appunto potuto essere che quella di attingere alla gara nazionale .. salvaguardando nel contempo gli esiti della gara regionale .. al fine di consentire una volta che la gara si fosse conclusa, le opportune valutazioni di convenienza (economica e qualitativa) in ordine alle condizioni di svolgimento del servizio medesimo garantite dalla gara regionale", ma tale affermazione non poteva valere in nessun caso come obbligo per l'A.R. di procedere alla comparazione tra la gara regionale e la gara C., e ciò per il

fatto la questione della maggiore o minore convenienza dell'una o dell'altra gara non era oggetto del contendere tra le parti. Nel giudizio definito dalla sentenza del Consiglio di Stato non si disquisiva, infatti, dell'obbligo per gli enti del S.S.R. di verificare la maggiore convenienza tra la gara regionale e la gara C., bensì solo se fosse legittima la scelta di prorogare un contratto in essere con il fornitore uscente, in attesa della conclusione della gara regionale, anziché procedere con l'adesione alla convenzione C..

La predetta affermazione del Consiglio di Stato non può dunque che essere considerata come un mero obiter dictum, ossia un inciso che si colloca al di fuori del giudicato e che per tale ragione non è vincolante per le parti del giudizio.

Che dalla pronuncia del Consiglio di Stato non discendesse alcun obbligo di comparare la gara S.U. e la gara C. lo si ricava anche dalla circostanza che la gara regionale era stata costruita proprio in funzione delle effettive esigenze manifestate dagli enti del S.S.R., il che vuol dire che gli stessi enti, ed in particolare l'A.R., avevano già valutato a monte la maggiore convenienza della gara regionale rispetto alle proprie esigenze.

E poiché la scelta dell'A. di avviare il procedimento di comparazione è stata motivata unicamente sul presupposto che la sentenza del Consiglio di Stato avesse imposto di procedere in tal senso, l'insussistenza dell'unico presupposto a fondamento della scelta di avviare la procedura di comparazione travolge la scelta stessa, che è priva di qualsivoglia altra autonoma motivazione;

b) violazione e falsa applicazione degli artt. 1, comma 449, L. n. 296 del 2006 e 1, comma 548, L. n. 208 del 2015. Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, economicità ed efficienza dell'agire pubblico. Eccesso di potere sotto i profili della illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza. Difetto assoluto di motivazione.

Con il secondo motivo, la ricorrente evidenzia che la scelta dell'A. di procedere alla valutazione comparativa si pone in contrasto con le norme richiamate in rubrica, le quali stabiliscono in maniera chiara il principio per cui gli enti del S.S.N. sono tenuti ad avvalersi in via prioritaria delle convenzioni regionali (il che è stato costantemente affermato dalla giurisprudenza).

La scelta qui avversata è illegittima anche per irragionevolezza e difetto di motivazione, visto che:

- la gara regionale era stata ritagliata sulle specifiche esigenze proprie dell'A.R. e degli altri enti del S.S.R., mentre la gara C. è stata costruita per soddisfare genericamente le esigenze degli enti del S.S.N.;
- la decisione di indire la gara regionale è stata assunta nel 2018, quando la gara C. era stata già avviata da molto tempo. Ciò vuol dire che, nel momento in cui gli enti del S.S.R., pur sapendo che la gara C. era in via di conclusione, hanno deciso di indire la gara regionale, lo hanno fatto dopo aver valutato che questa rispondesse meglio ai propri fabbisogni.

A corroborare ulteriormente tale conclusioni vi è altresì il comportamento dell'Azienda O.O.", la quale ha ritenuto di non dover procedere ad alcuna comparazione tra la gara regionale e la gara C., proprio sul rilievo che la valutazione di maggior convenienza della gara regionale rispetto alla gara C. era stata già effettuata nel momento stesso in cui è stata bandita la gara S.U.;

c) violazione della disciplina della gara C.. Violazione del divieto di modifica del contenuto del contratto di appalto. Violazione del principio di par condicio. Eccesso di potere per illogicità.

In parte qua la ricorrente censura il fatto, emergente dalla relazione del Gruppo tecnico, che l'A., considerato che le prestazioni previste dal capitolato C. "...non coprivano in maniera completa le prestazioni offerte dal RTI E.F. S.P.A. - M. S.R.L....", ha aggiunto ai "servizi operativi di base" dell'appalto alcune attività "integrative" di cui all'art. 9.1.2 del capitolato tecnico C., "attività definite E. nell'ordinativo di fornitura", le quali sono "... attività mensilizzabili, in quanto attivate sin dall'inizio ed eseguite tutti i mesi e non a richiesta".

La scelta dell'A. di aggiungere ai servizi base degli ulteriori servizi, sotto forma di "Servizi integrativi" di cui al punto 9.1.2 del capitolato C., è illegittima perché si colloca in aperta violazione della disciplina della gara nazionale e, quindi, di tutti i principi indicati in rubrica.

Infatti, la scelta di pagare "Attività integrative" extra canone è illegittima perché, in base a quel che prevede l'art. 9.1, le "Attività integrative" ulteriori e diverse da quelle ordinarie ed effettuate con periodicità devono essere ricomprese nel canone base. Né è possibile qualificare dette attività come "Attività straordinarie", perché le attività straordinarie sono attività che, pur diverse e ulteriori da quelle ordinarie, vengono ordinate "a richiesta".

Per ovviare a questa palese violazione della disciplina della gara C., l'Azienda ha definito le "Attività integrative" richieste come servizi "diversi dalle pulizie". Si tratta però di un palese e illegittimo escamotage, perché quelli effettivamente richiesti, in base a quanto riportato dal Gruppo tecnico, sono chiaramente servizi di pulizia (che vengono peraltro remunerati in misura pari a più della metà del canone base).

Da ultimo la ricorrente precisa che il reale importo dei "servizi integrativi" non è quello preso in considerazione dal Gruppo tecnico multidisciplinare (€ 5.837.298,83), bensì è pari ad € 6.013.298,00, come risulta dall'atto aggiuntivo di fornitura approvato dall'A.;

d) eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifeste sotto ulteriori profili.

Con questo motivo la ricorrente evidenzia che il Gruppo tecnico multidisciplinare nelle prime due pagine della propria relazione elenca tutti gli elementi che rendono non omogenee le prestazioni oggetto delle due gare (e fra questi assumono rilievo preminente la diversa classificazione delle aree omogenee in cui le prestazioni devono essere eseguite e la frequenza con cui le prestazioni stesse devono essere eseguite), per poi ammettere che tale disomogeneità rende complessa la comparazione. Ma invece di concludere che tutto ciò rendeva oggettivamente impossibile effettuare la comparazione, il Gruppo tecnico è pervenuto alla illogica motivazione che "...Tuttavia pur considerando le limitazioni della metodologia applicata per l'analisi della comparazione, il canone del Servizio base DUSSMANN "integrato" (espresso in euro/mq/anno), come sopra rideterminato, appare più vantaggioso del "canone P.O.E. (espresso in euro/mq/anno)".

In ogni caso, il tentativo di comparazione compiuto dal Gruppo tecnico è affetto da gravi e macroscopici errori, di cui si dà conto nei motivi seguenti;

e) erroneità manifesta. Contraddittorietà intrinseca. Violazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 2707/2021.

Con questo motivo la società ricorrente espone che:

- il Gruppo tecnico ha ritenuto di poter condurre la comparazione dal punto di vista puramente economico, e ciò ha fatto attraverso i seguenti passaggi. Anzitutto, ha ritenuto di dover necessariamente individuare le prestazioni "...più simili possibili..." al fine di poter procedere ad un raffronto tra servizi il più possibile omogenei. Ha poi evidenziato che alle prestazioni di base del capitolato C. l'A. ha dovuto aggiungere ulteriori attività "integrative". Il Gruppo tecnico ha altresì dato atto che alcune di tali prestazioni "integrative" (in particolare "la pulizia dei carrelli del vitto"; "la rimozione del guano dei piccioni" e "la disinfezione dei pavimenti") erano comprese nell'offerta base della gara regionale; di conseguenza è giunto a ritenere raffrontabili le prestazioni dell'offerta base della gara S.U. con le prestazioni dell'offerta base della gara C., aggiungendo tuttavia a queste ultime le tre summenzionate attività "integrative". Di conseguenza il Gruppo tecnico ha aggiunto al canone per i servizi base offerti da D. (€ 11.002.748,72) il costo dei tre servizi integrativi indicati sopra.

Così individuate le prestazioni da raffrontare, il Gruppo tecnico multidisciplinare ha ritenuto di utilizzare il criterio di valutazione "€/mq/anno", suddividendo il costo delle prestazioni delle superfici appaltate per i metri quadri da trattare su base annua.

Dal raffronto è derivato un costo di € 24,68/mq/anno per le "P. ordinarie E.P." e di € 20,02/mq/anno per il "Servizio base DUSSMANN "integrato delle sole tre prestazioni integrative considerate".

Il Gruppo tecnico ha invece ritenuto di non poter raffrontare, neppure sotto il profilo meramente economico, quelli che ha definito i "S.E." - ossia le prestazioni che l'A. ha ordinato a D. per rendere l'offerta base della controinteressata sufficiente a rispondere al proprio fabbisogno - con i servizi che andrebbero richiesti a E.F. ad integrazione dell'offerta base della gara regionale. Tale scelta è stata giustificata con l'impossibilità di condurre la comparazione di tali servizi, in quanto le prestazioni integrative di D. risultano economicamente quantificate, mentre lo stesso non può dirsi, ad oggi, per i servizi integrativi che andrebbero richiesti all'a.t.i. E.F.-M..

Il Gruppo tecnico ha dichiarato di non poter comparare dal punto di vista economico neppure i cosiddetti "Servizi straordinari", e questo perché ha riconosciuto che "Le due offerte prevedono metodologie differenti di quantificazione della spesa (...) che rendono pertanto non possibile la comparazione e la relativa quantificazione economica";

- tale modus procedendi è affetto da gravi e macroscopici errori.

Innanzitutto la valutazione effettuata è parziale, perché il Gruppo tecnico ha comparato soltanto una parte dei servizi offerti (ossia solo le prestazioni base), escludendo ogni comparazione dei "Servizi integrativi" e dei "Servizi straordinari". Già solo per questo si tratta di valutazione inattendibile a dimostrare che il servizio offerto da D., complessivamente ed interamente considerato, sia effettivamente migliore, sotto il profilo prettamente economico, rispetto al servizio che può offrire l'a.t.i. E.F.-M.;

- in secondo luogo, la stessa comparazione dei soli "Servizi operativi di base" è gravemente e manifestamente viziata, sia perché la valutazione ha riguardato unicamente il profilo economico e non anche quello qualitativo (e in tal modo è stata violata la sentenza n. 2707/2021), sia perché essa si basa su un criterio, quello del costo/mq/anno, che non è attendibile. O meglio, tale criterio sarebbe attendibile solo se le superfici sulle quali va svolto il servizio fossero identiche nei due appalti, tanto nella quantità quanto nella tipologia. Ma così non è, sia perché le superfici complessive sono risultate difformi (con una differenza di oltre 20.000 mq aggiuntivi risultanti nel P.D.A. di D., il che ha ovviamente avvantaggiato la controinteressata), sia perché le superfici su cui devono essere eseguite le prestazioni sono classificate in maniera differente nelle due offerte.

Pertanto, l'unico parametro oggettivo che si sarebbe potuto utilizzare è quello del costo orario, risultante dal rapporto tra il prezzo globale e il monte ore offerti dalle due ditte.

Questo parametro, che si ricava eseguendo due semplici operazioni aritmetiche, avrebbe favorito l'a.t.i. E.F.-M..

Basta infatti una divisione per determinare il costo orario offerto dai due operatori economici. Dividendo il prezzo complessivo offerto dall'a.t.i. E.F. nella gara regionale (€ 16.242.884,58) per il relativo monte ore di attività (pari a 1.025.798 ore) si addivene ad un costo orario del servizio (qualunque siano le aree e le frequenze con cui lo stesso viene prestato) pari ad € 15,83. Analogamente, dividendo il prezzo complessivo risultante dall'ordinativo C. di D. (€ 16.840.047,55) per il corrispondente monte ore di attività (pari a 1.000.272 ore) si addivene ad un costo orario del servizio (qualunque siano le aree e le frequenze con cui lo stesso viene prestato) pari ad € 16,84. Ipotizzando, quindi, che entrambi gli operatori economici sviluppino il monte ore erogato da D. (riportato a pagina 30/51 del documento 1 Ordine PDA) ne deriva un prezzo complessivo pari a € 15.838.686,70 per l'a.t.i. capeggiato da E., contro il prezzo complessivo di € 16.840.047,55 di D.;

f) illogicità e irragionevolezza manifeste. Difetto di motivazione. Difetto assoluto di istruttoria.

Vi è poi un altro vizio che è idoneo, da solo, ad inficiare la valutazione di preferenza per gara C. espressa dall'A. intimata.

Il Gruppo tecnico multidisciplinare sostiene che "Gli eventi sopravvenuti successivamente all'approvazione di entrambi i progetti, come ad esempio le mutate necessità di salute pubblica ovvero i mutamenti della situazione di fatto che erano alla base della progettazione delle gare rendono i progetti originari non più adeguati alle superiori esigenze della azienda: entrambe "le offerte di base" pertanto non risultano sufficienti a soddisfare gli attuali fabbisogni dell'azienda ma necessità di integrazione ad hoc che al momento è possibile quantificare con precisione, da un punto di vista economico, solamente per la ditta D."

Si tratta di una motivazione palesemente illegittima, sia perché il Gruppo tecnico non spiega quali sarebbero gli "eventi sopravvenuti" che avrebbero reso non più adeguato il progetto della gara regionale e, soprattutto, quali sarebbero le ragioni di tale presunta inadeguatezza, sia perché il "mutamento delle situazioni di fatto" dal momento dell'indizione di una gara alla relativa aggiudicazione è un rischio insito in qualunque procedura ad evidenza pubblica ma che di per sé solo non legittima la stazione appaltante a non stipulare di un contratto.

Peraltro, il trascorrere del tempo ha semmai reso meno aderente al fabbisogno aziendale il capitolato C., visto che la gara nazionale è stata bandita addirittura nel 2014. Questo è comprovato proprio dal fatto che, come già detto, in sede di adesione l'A. ha dovuto ordinare a D. numerose prestazioni integrative extra canone.

Viceversa, il Gruppo tecnico ha ommesso di considerare numerose prestazioni che nella gara regionale sono comprese nel canone base, fra cui le più rilevanti sono: pulizia dell'unità paziente in caso di dimissione/trasferimento/decesso (art. 5, lettera e, pag. 6 del C.); ulteriore passaggio settimanale di pulizia degli uffici (previsti 2 interventi nella gara C., mentre gli interventi sono 3 nella gara regionale); reparti di degenza-detersione del pavimento nell'attività di ripasso (art. 5, lettera h, pag. 6 del C.); attività di ripasso in alcune aree diagnostiche ed ambulatoriali.

La grave carenza di istruttoria che ha affetto l'attività valutativa del Gruppo tecnico è confermata anche dalla circostanza che le prestazioni integrative sono state quantificate dal punto di vista economico solo in relazione all'offerta di D., e ciò sul presupposto che analoga valutazione non era possibile con riguardo all'offerta dell'a.t.i. capeggiata dalla ricorrente. Infatti, al fine di effettuare una valutazione imparziale e completa, il Gruppo tecnico avrebbe dovuto semmai chiedere all'a.t.i., così come è stato fatto per D., di quantificare l'incidenza economica delle predette attività integrative;

g) violazione di legge. Violazione del D.Lgs. n. 50 del 2016, e dei principi in materia di trasparenza e concorrenza. Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia grave e manifesta.

Con il settimo motivo la ricorrente deduce che, in ogni caso, la valutazione è illegittima in quanto, in palese violazione dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici, il Gruppo tecnico non ha in alcun modo valutato la qualità delle due offerte.

Questo è rilevante, visto che il disciplinare della gara S.U. prevedeva fra i parametri di valutazione alcuni sub-criteri specifici della realtà marchigiana (venivano ad esempio premiate le offerte che fossero finalizzate ad ottenere un più elevato risparmio idrico), il che ha ovviamente condizionato i concorrenti.

Premesso che questo conferma vieppiù la prevalenza della gara regionale su quella C., è del tutto evidente che un'offerta economica ben può essere più alta a fronte di un più elevato livello qualitativo;

h) violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento. Incompetenza.

Con l'ultimo motivo la ricorrente censura sia le modalità di designazione dei componenti del Gruppo tecnico multidisciplinare (visto che non risulta in base a quali criteri essi siano stati individuati), sia la competenza tecnico-professionale degli stessi in relazione alla valutazione da svolgere. In particolare, poi, per uno dei componenti viene sollevato un problema di conflitto di interesse, visto che si tratta

della progettista che a suo tempo ha redatto gli elaborati specifici della gara regionale, la quale è stata dunque chiamata a valutare la convenienza di atti da ella stessa redatti.

La società ricorrente chiede dunque l'annullamento del provvedimento con il quale l'A.R. di Ancona ha ritenuto di proseguire il rapporto contrattuale con D.S. discendente dalla convenzione C. e dal successivo P.D.A. concordato inter partes.

4. Si sono costituiti in giudizio l'A.R. e D.S., eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso e chiedendone in ogni caso il rigetto nel merito.

Come è accaduto anche per gli altri ricorsi analoghi, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare per carenza del periculum in mora (visto che il servizio era gestito da D.S. in forza dell'avvenuta adesione dell'A. alla convenzione C.), fissando per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 9 febbraio 2022 (ord. n. 319/2021).

In vista dell'udienza di trattazione del merito le parti hanno depositato memorie e documenti, ribadendo, anche alla luce di recenti pronunce del Consiglio di Stato, le rispettive tesi.

All'udienza del 9 febbraio 2022 la causa è passata in decisione dopo la discussione orale.

Motivi della decisione

5. Il ricorso va accolto, il che impone il prioritario esame delle eccezioni preliminari formulate dall'A.R. e da D.S..

5.1. L'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del G.A., che D. ha sollevato richiamando la sentenza di questo T.A.R. n. 692/2021, va rigettata, atteso che in quel giudizio - il quale riguardava sempre la medesima vicenda sottostante - la controversia era insorta fra la stessa D. e l'Azienda O.O." (l'unico ente del S.S.R. che ha ritenuto di non aderire a regime alla convenzione C.) ed essa aveva ad oggetto il recesso esercitato dal committente pubblico ai sensi della clausola contrattuale che era stata apposta al momento dell'adesione interinale alla convenzione C.. Si trattava, dunque, di una tipica controversia insorta fra i contraenti ed afferente la fase di esecuzione del rapporto contrattuale, per cui, in base alle consolidate regole di riparto della giurisdizione in materia di contratti pubblici, di tale controversia doveva conoscere l'A.G.O.

Nella specie, al contrario, viene in rilievo una controversia fra un'amministrazione pubblica e un soggetto privato il quale, in sostanza, contesta la legittimità di un provvedimento con il quale l'amministrazione ha stabilito le modalità con cui assicurare un determinato servizio, scegliendo fra l'adesione alla convenzione C. e la stipula del contratto scaturente dalla gara regionale. Pertanto, e premesso che la ditta odierna ricorrente non sarebbe legittimata ad azionare davanti all'A.G.O. la pretesa a che l'A. eserciti il diritto di recesso dalla convenzione C. avvalendosi della clausola di salvaguardia apposta al momento dell'adesione provvisoria, il presente giudizio è del tutto identico a quelli dai quali è scaturita la sentenza n. 2707/2021, visto che:

- anche la ditta P., che aveva promosso il ricorso deciso dal T.A.R. con la sentenza n. 584/2020, censurava le modalità con cui gli enti del S.S.R. avevano deciso di assicurare il servizio nelle more della conclusione della gara regionale e, in questo senso, aveva impugnato i provvedimenti con cui l'A.M. e l'A.R. di Ancona avevano deciso di aderire interinalmente alla convenzione C.. E, in effetti, né il T.A.R. né il Consiglio di Stato hanno avuto dubbi sulla giurisdizione;

- è certamente vero che nella specie esiste un diaframma costituito dall'avvenuta stipula del contratto con D., ma, ribadito quanto detto supra in merito alle possibilità di agire in sede civile da parte di un terzo, è chiaro che il recesso è solo lo strumento tecnico attraverso il quale la pubblica amministrazione contraente può sciogliersi da un vincolo negoziale, ma la decisione se avvalersi o meno di tale strumento appartiene pur sempre al segmento pubblicistico;

- questo discorso vale a fortiori in un caso come quello odierno in cui la decisione contestata è stata

assunta in dichiarata ottemperanza ad una sentenza del giudice amministrativo pronunciata in relazione ad una fase prodromica della vicenda che è sottoposta all'attenzione del Tribunale. Si vuole in sostanza evidenziare che la complessa vicenda relativa all'affidamento del servizio de quo da parte degli enti del S.S.R. marchigiano, che ha avuto inizio con l'impugnazione della gara regionale da parte di D. (citato ricorso n. 40/2019 R.G.), è unitaria, in quanto, come ha del resto confermato il Consiglio di Stato, l'adesione temporanea alla convenzione C. costituiva solo una parentesi, dovendo la soluzione definitiva essere adottata solo a seguito dell'aggiudicazione della gara regionale.

Ma, del resto, tutti gli enti del S.S.R. avevano apposto ai contratti-ponte stipulati con D. la clausola di recesso automatico da esercitare al momento dell'avvenuta aggiudicazione della gara S.U., stabilendo in questo modo che tale scelta non era definitiva (sul punto si tornerà infra).

5.2. Quest'ultimo inciso consente di affrontare e respingere anche l'eccezione formulata dalla difesa dell'A. sul presupposto che l'esercizio del diritto di recesso dalla convenzione C. non era doveroso (e dunque non sarebbe sindacabile la scelta dell'amministrazione di non esercitarlo).

Al riguardo, e premesso che non vi era un onere di impugnazione degli atti con cui l'A. ha aderito provvisoriamente alla convenzione C. (e questo proprio per il fatto che l'adesione era dichiaratamente temporanea e dunque tale da non ledere l'interesse delle ditte vincitrici della gara regionale di stipulare i contratti relativi ai lotti che ciascuna di esse si era aggiudicato. Va dunque rigettata anche l'eccezione formulata sul punto da D.), la clausola di recesso era stata apposta proprio perché, in base alla normativa di riferimento, l'A.R. riteneva che, una volta sopraggiunta l'aggiudicazione della gara S.U., essa avrebbe dovuto stipulare il contratto con l'aggiudicatario del lotto n. 6 della gara S.U.

L'eccezione va quindi disattesa, visto che la scelta di non dare seguito alla decisione assunta al momento dell'adesione provvisoria è sindacabile dal G.A. alla luce dei tradizionali vizi di legittimità, ed in particolare dell'eccesso di potere.

6. Si può dunque passare a trattare il merito del ricorso, partendo da una breve ricostruzione della normativa di riferimento.

6.1. Come è noto, la C. nasce sul finire del secolo scorso e la finalità delle convenzioni stipulate a livello centralizzato era inizialmente solo il risparmio delle risorse pubbliche, il che è comprovato dall'originario disposto dell'art. 26, comma 3, della L. n. 488 del 1999 (norma non più attuale ma che viene ancora richiamata in alcune recenti sentenze del G.A. delle quali si dirà infra), secondo cui "Le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, salvo quanto previsto dall'articolo 27, comma 6. Le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento". La norma è stata poi più volte modificata nel corso degli anni, ma il suo senso è rimasto immutato: le amministrazioni pubbliche (inizialmente questo valeva solo per le amministrazioni non statali) sono libere di aderire o meno alle convenzioni C., ma se decidono di non farlo non possono acquistare i medesimi beni o servizi a prezzi superiori a quelli emergenti dalla gara centralizzata, pena l'insorgere di una responsabilità erariale. Va rilevato che nel sistema della L. n. 488 del 1999 la C. era l'unica centrale di committenza ufficialmente istituita, chiamata ad operare in favore di tutte le amministrazioni pubbliche italiane (le quali conservavano però piena autonomia nell'indizione di gare proprie, con il solo vincolo di non superare i prezzi di aggiudicazione delle gare analoghe bandite da C.), ma solo, si ripete, in un'ottica di risparmio di risorse finanziarie erariali.

Come è altrettanto noto, nel corso degli anni il legislatore, pur sempre alle prese con il problema della riduzione della spesa pubblica, ha iniziato a considerare anche due altri profili, ossia l'efficienza complessiva del sistema di affidamento delle commesse pubbliche e, soprattutto a partire dal 2012, la necessità di prevenire fenomeni corruttivi di rilievo non necessariamente penale. La volontà di perseguire queste due finalità ha portato all'implementazione delle centrali di committenza regionali e

infraregionali, le quali, oltre ai risparmi di spesa, avrebbero dovuto garantire:

- da un lato, la progressiva scomparsa di alcune migliaia di "micro stazioni appaltanti" (corrispondenti soprattutto ai c.d. Comuni minori), le quali non sono ritenute oggettivamente in grado di affidare appalti complessi, in primo luogo perché non dispongono di personale sufficientemente qualificato dal punto di vista tecnico e giuridico, in secondo e conseguente luogo perché, proprio in ragione della scarsa preparazione del proprio personale, sarebbero più esposte al contenzioso. Al contrario, le centrali di committenza regionali o sovra-comunali, disponendo di personale "dedicato" e dunque più specializzato, sono in grado di progettare e portare a conclusione in modo regolare anche gare complesse, con il vantaggio ulteriore di poter accorpate più lotti (di modo che, anche se la gara è oggetto di contenzioso, si tratta pur sempre di un contenzioso unico o comunque più "concentrato" e quindi più gestibile);

- dall'altro lato, la prevenzione della corruzione, la quale troverebbe più facile terreno di coltura nelle realtà periferiche, in cui molto spesso vi sono rapporti di conoscenza personale fra i funzionari pubblici che seguono il settore e le ditte operanti sul mercato. Le gare centralizzate, al contrario, sono più facilmente sorvegliabili, anche perché, come detto, esse sono seguite da personale "dedicato" e in genere gli importi dei contratti sono tali da richiedere tutti gli adempimenti formali previsti dal D.Lgs. n. 50 del 2016. E, non a caso, il D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede anche la c.d. qualificazione delle stazioni appaltanti.

Questo nuovo scenario ha fatto però emergere il problema del raccordo fra l'attività della C. (la quale non è stata in alcun modo ridotta, come si vedrà) e quella delle singole centrali regionali o sovra-comunali, problema che nasce proprio dal fatto che il legislatore, sempre alle prese con l'emergenza finanziaria, non ha voluto (o potuto) sancire una semplice regola di riparto delle competenze, ossia che: la C. è preposta a stipulare convenzioni in favore delle amministrazioni statali centrali e periferiche, mentre ciascuna centrale regionale è preposta a stipulare convenzioni in favore degli enti regionali e di quelli sub-regionali. Peraltro, come si dirà infra, questa regola esiste, ma va ricavata dal sistema delle norme che si sono stratificate negli anni, il che non è mai una situazione appagante per l'interprete, soprattutto in un settore dove la conflittualità è massima e in cui sarebbe dunque necessario di disporre di poche ma chiare regole. Ulteriore fattore di confusione è stata la inspiegabile introduzione di norme ad hoc relative agli acquisti di beni e servizi da parte degli enti del S.S.N., quasi che tali enti abbiano natura giuridica speciale rispetto a tutte le altre amministrazioni aggiudicatrici.

Non esiste invece, se non "in negativo", alcuna regola relativa alla questione principale che viene in rilievo nel presente giudizio, ossia quid iuris nel caso in cui, con riguardo al medesimo servizio o alla medesima fornitura, siano bandite tanto la gara C. quanto la gara regionale, questione che poi si articola in tante fattispecie, ossia: i) la gara C. viene bandita prima della gara regionale; ii) la gara regionale viene bandita prima della gara C., ma si conclude dopo; iii) etc.

La regola "in negativo" che, con riguardo alla presente vicenda, emerge dalle sentenze di questo T.A.R. n. 500/2019 e n. 584/2020 e del Consiglio di Stato n. 2707/2021 è che non vi è alcun obbligo di raccordo fra la centrale di committenza nazionale e quella regionale, di talché a quest'ultima:

- da un lato, non è inibito di bandire la propria gara anche se è già in corso la gara C. (e ciò nella specie è stato sancito, con efficacia di giudicato, dalla sentenza n. 500/2019 di questo T.A.R.);

- dall'altro lato, non è imposto di annullare definitivamente la gara regionale ancora in itinere laddove sopravvengano l'aggiudicazione definitiva della gara C. e la stipula della relativa convenzione (e questo è stato invece affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2707/2021). Ciò, sia detto per inciso, non vieta alla centrale regionale, sentiti eventualmente gli enti locali interessati, di revocare la propria gara laddove si accerti che essa non potrebbe concludersi in tempi ragionevoli e/o che il capitolato regionale non prevede prestazioni ulteriori che sono invece previste dal capitolato C.. In questo caso, però, il problema è legato anzitutto al quando tale scelta può essere compiuta, nonché, ovviamente,

alla solidità della motivazione che sorregge la decisione dell'amministrazione periferica.

Con riguardo alla normativa da cui il T.A.R. e il Consiglio di Stato hanno tratto le conseguenze di cui si diceva supra, non è necessario riportarla per esteso, essendo sufficiente rimandare alla motivazione della sentenza n. 500/2019 e della sentenza n. 2707/2021 (si tratta, per citarne solo gli estremi, dell'art. 1, comma 449, della L. n. 296 del 2006, dell'art. 15, comma 13, let. d), della L. n. 135 del 2012, dell'art. 1, comma 548, della L. n. 208 del 2015 e dell'art. 9 del D.L. n. 66 del 2014).

6.2. Nel caso di specie è intervenuta poi un'ulteriore complicazione in punto di fatto, legata alla circostanza che, al momento dell'aggiudicazione della gara C., presso i singoli enti del S.S.R. erano in essere proroghe reiterate di varia natura dei contratti di appalto relativi al servizio de quo (nel caso dell'A.R., come emerge dalla determina n. 16/DG del 14 gennaio 2021, il contratto in essere sarebbe venuto a scadenza il 31 gennaio 2021).

In effetti, se i contratti in questione fossero stati ancora vigenti o quantomeno si trovassero tutti in "proroga tecnica" (o, più precisamente, nella prima proroga tecnica) in attesa dell'aggiudicazione della gara regionale, nessun problema sarebbe insorto, in quanto gli enti interessati avrebbero potuto continuare ad avvalersi delle prestazioni dei gestori uscenti fino al momento del subentro degli operatori economici che si erano aggiudicati i vari lotti della gara S.U.

E invece, poiché tutti i contratti avevano già fruito di varie proroghe e poiché l'art. 1, comma 550, della L. n. 208 del 2015 prevede 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", gli enti del S.S.R. hanno ritenuto di dover aderire alla convenzione C. in attesa della conclusione della gara regionale, tanto è vero che gli atti di adesione recano la clausola di recesso condizionata all'aggiudicazione dei lotti della gara S.U.

Nella sentenza n. 584/2020 il T.A.R., dopo aver valutato criticamente la disposizione del citato art. 1, comma 550, della L. n. 208 del 2015, aveva ritenuto applicabile il disposto della norma speciale di cui all'art. 9, comma 3-bis, del D.L. n. 66 del 2014 (ossia l'indizione di gare-ponte da parte dei singoli enti) o quella generale dell'art. 63, comma 2, let. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016, ma il Consiglio di Stato ha, più correttamente, ritenuto che la soluzione maggiormente adeguata dal punto di vista giuridico fosse l'adesione provvisoria alla convenzione C., aggiungendo però l'inciso da cui è scaturito il presente contenzioso.

6.3. A quest'ultimo riguardo va dunque affrontato uno dei profili sollevati a fattor comune in tutti i ricorsi relativi alla presente vicenda amministrativa (e quindi anche da E.F.), ossia la valenza da attribuire al suddetto inciso.

Il Tribunale è dunque tenuto ad interpretare la sentenza del giudice di appello, visto che la stessa non recava un comando univoco, sia nell'an (e su questo si può discutere) sia soprattutto nel quomodo (e a questo riguardo non vi è dubbio che i provvedimenti in epigrafe sono stati correttamente contestati davanti al giudice di primo grado con azione impugnatoria, non venendo in rilievo, sotto questo profilo, alcun problema di violazione o elusione del giudicato).

Ciò premesso, la portata del giudicato non può che essere desunta dall'oggetto del giudizio a suo tempo incardinato dalla ditta P., la quale aveva contestato l'adesione provvisoria dell'A. e dell'A.R. di Ancona alla convenzione C., il che è stato del resto confermato anche dal Consiglio di Stato.

Infatti, rileva anzitutto la circostanza che, come già era accaduto in primo grado, la Sez. III ha riconosciuto in capo alla ditta P. sia la legittimazione che l'interesse a ricorrere, il che non sarebbe avvenuto se il giudice di appello avesse ritenuto che la gara regionale non avrebbe dovuto essere

bandita in pendenza della gara C. o proseguita una volta intervenuta l'aggiudicazione della gara nazionale. E, peraltro, in quel giudizio non si discuteva dell'eventuale interruzione della gara regionale, proprio perché la S.U. non ha mai sospeso o revocato la gara regionale. E questo è tanto vero che nel prosieguo della sentenza il Consiglio di Stato ha chiarito che "...Deve tuttavia rilevarsi, con riferimento alla fattispecie in esame, che il suddetto principio non viene chiamato direttamente in causa ai fini della valutazione della legittimità degli atti impugnati in primo grado, mediante i quali gli Enti emananti non hanno assunto decisioni inerenti (direttamente) alla gara regionale ed alle sue sorti, ma si sono limitati ad esercitare il potere di approvvigionamento, in vista del soddisfacimento delle esigenze di cui erano portatrici, mediante l'adesione al canale di acquisizione di livello nazionale, già operativo, a fronte delle lungaggini connesse allo svolgimento della gara regionale.

Sebbene, invero, non possa trascurarsi di considerare che l'adesione delle Amministrazioni intimete in primo grado alla convenzione C. (con particolare riguardo a quella manifestata dalla A.) avrebbe potuto svuotare di utilità, e probabilmente privare della sua stessa ragion d'essere, la gara regionale in corso di svolgimento, non può in pari tempo omettersi di evidenziare che questo avrebbe costituito un (eventuale) effetto indiretto delle scelte da esse compiute in ordine alle più opportune modalità per realizzare l'interesse pubblico di cui erano dirette titolari, in costanza di una gara regionale caratterizzata da tempi incerti di definizione e di una convenzione-quadro nazionale già pienamente operativa...".

Quest'ultima puntualizzazione del Consiglio di Stato, dalla quale è poi discesa la conclusione qui contestata (ossia la necessità di operare la comparazione fra la convenzione C. e quella regionale), non tiene però conto del reale contenuto delle determinazioni assunte via via dall'A.R..

Va infatti ricordato che:

- con la comunicazione del 23 maggio 2020 la S.U. informava gli enti del S.S.R. della verosimile impossibilità di concludere la gara regionale in tempi brevi, invitando gli enti medesimi a valutare la possibilità di aderire alla convenzione C. nel frattempo intervenuta;
- dopo la pubblicazione dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n. 6905/2020, recante la sospensione della sentenza di questo T.A.R. n. 584/2020, l'A., con la citata determinazione del D.G. n. 16/DG, aveva stabilito di aderire alla convenzione C. aggiungendo la clausola di recesso legata alla sopravvenuta disponibilità dei contratti scaturenti dalla gara regionale (al riguardo si precisa che, essendo la stipula dei contratti affidata ai singoli enti del S.S.R., non si potrebbe obiettare che, nel momento in cui l'A. ha compiuto la scelta qui avversata, il contratto con l'a.t.i.E.F.-M. non era "disponibile", visto che l'indisponibilità del contratto è dipesa proprio dalla scelta del committente pubblico di non stipularlo).

Pertanto la volontà degli enti del S.S.R., e nella specie dell'A.R. di Ancona, è stata quella di aderire alla convenzione C. sino al momento in cui non fossero stati disponibili i contratti derivanti dalla gara S.U. e tale volontà non può ovviamente essere bypassata o tenuta in non cale dal giudice. Va riconosciuto peraltro che, nel momento in cui il ricorso in appello avverso la sentenza n. 584/2020 è passato in decisione, il Consiglio di Stato non era in condizione di conoscere le ultime determinazioni assunte dagli enti del S.S.R., ed in particolare dall'A.R. di Ancona, ma di tali determinazioni deve necessariamente tenere conto il Tribunale in questa sede.

Ma, del resto, la portata del giudicato formatosi sulla sentenza n. 2707/2021 era stata perfettamente colta da D.S., la quale, non a caso, in epoca successiva alla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato ha impugnato gli esiti della gara regionale, ritenendo evidentemente (e correttamente) che l'adesione alla convenzione C. da parte delle Aree Vaste dell'A. e delle due aziende ospedaliere fosse provvisoria e che, dunque, sussistesse il fondato pericolo che gli enti del S.S.R. procedessero alla stipula dei singoli contratti scaturenti dalla gara regionale. La odierna controinteressata avrebbe certamente evitato la proposizione di un ricorso che si è poi rivelato onerosissimo se avesse invece

ritenuto che dalla sentenza del Consiglio di Stato fosse derivata la sostanziale "morte" della gara regionale. E né si può obiettare che l'interesse di D. derivasse dal fatto che non era possibile ex ante sapere quale sarebbe stato l'esito della valutazione comparativa (asseritamente) imposta dalla sentenza n. 2707/2021, perché D. era perfettamente in grado di stimare in anticipo i costi derivanti, rispettivamente, dalla convenzione C. e dai contratti relativi ai singoli lotti della gara regionale, ben conoscendo, avendo partecipato ad entrambe le procedure, i relativi capitolati tecnici e tutti gli altri dettagli. Questo è tanto vero che non risulta che in sede amministrativa D. abbia contestato la decisione di svolgere la valutazione comparativa.

Pertanto, all'esito della predetta ricostruzione dell'oggetto dei precedenti giudizi, non si può che concludere nel senso che l'inciso della sentenza n. 2707/2021 da cui è insorto il presente contenzioso ha valore di mero obiter dictum, ossia si tratta di un'affermazione del giudice non essenziale nell'economia della decisione, la quale, lo si ripete conclusivamente, aveva ad oggetto solo la legittimità della decisione dell'A.M. e dell'A.R. di aderire, nelle more della conclusione della gara S.U., alla convenzione C..

6.4. Ma se anche così non fosse, il Collegio ritiene che vi siano molteplici ragioni per considerare la valutazione comparativa qui contestata del tutto impraticabile, nonché condotta in maniera non irreprensibile dall'A.R..

A queste conclusioni si perviene dando conto anzitutto dello stato dell'arte della giurisprudenza, la quale si arricchisce continuamente di nuovi arresti, tanto è vero che l'ultima decisione del Consiglio di Stato rilevante nel presente giudizio (sentenza n. 7617/21) è stata pubblicata il 16 novembre 2021.

6.4.1. Per la verità sul punto va osservato che la giurisprudenza maggioritaria non nutre particolari dubbi in merito al rapporto fra la gara C. e la gara regionale, il che può essere dimostrato dal richiamo di alcune delle principali decisioni del Consiglio di Stato che hanno trattato la questione (ex multis, si vedano le sentenze n. 1329/2019 e nn. 3162 e 5826 del 2017).

E' vero, come si afferma nella sentenza n. 2707/2021, che nella maggior parte dei casi il giudice amministrativo ha affermato la "prevalenza" della gara regionale rispetto a quella nazionale in vicende in cui veniva in discussione la legittimità dell'atto di indizione emesso da una centrale di committenza regionale in pendenza della gara C., ma, in disparte il fatto che i principi affermati in queste sentenze hanno comunque valenza generale (il che emerge dalla piana lettura della sentenza n. 1329/2019), negli ultimi tempi sono intervenute pronunce che hanno esaminato vicende del tutto sovrapponibili, anche in punto di fatto, a quella per cui è causa.

6.4.2. L'esame deve iniziare dalle pronunce richiamate da ultimo da D., ossia le sentenze del T.A.R. Molise n. 189/2021 e del Consiglio di Stato n. 7351/2021 (recante la conferma di quella del Tribunale molisano). In punto di fatto, la sentenza del T.A.R. Molise riguarda una vicenda in cui:

- nel 2017 la centrale di committenza regionale aveva bandito la gara per l'affidamento di un servizio che era gestito in proroga tecnica già da alcuni anni;
- nell'aprile del 2020 è divenuta efficace la convenzione C. relativa al medesimo servizio, mentre la gara regionale era ferma, non essendo approdata nemmeno alla fase della proposta di aggiudicazione;
- l'ente interessato, nel novembre 2020, dopo aver effettuato una comparazione tra i servizi oggetto della convenzione C. e quelli oggetto dei contratti in corso in regime di proroga, si determinava ad aderire alla convenzione C., che era risultata più conveniente;
- le ditte che gestivano in proroga il servizio hanno impugnato il provvedimento di adesione alla convenzione C., deducendo in sostanza che la normativa di riferimento prevede la prevalenza delle gare regionali su quelle bandite da C..

Ebbene, al fine di giustificare l'adesione dell'amministrazione interessata alla convenzione C., il T.A.R. molisano, dopo aver evidenziato che nella specie non si poneva alcun problema di "prevalenza" fra i

due sistemi di acquisizione (visto che la gara regionale, ancora alla data della sentenza, non era conclusa) - il che sarebbe stato sufficiente per decretare il rigetto dei ricorsi, non essendovi dubbio che fra un contratto in proroga pluriennale e una convenzione quadro la preferenza va data a questo secondo sistema di acquisto - ha successivamente introdotto una distinzione fra contratti e convenzioni che dal punto di vista meramente testuale può anche trovare appigli nella normativa di riferimento, ma che non era necessaria nell'economia della decisione, non è condivisibile in linea di principio e, se applicata al di fuori del caso specifico, rischia di produrre effetti non auspicabili.

Va infatti considerato che:

- il rapporto fra una convenzione (o un accordo-quadro) e un contratto di appalto vero e proprio è esattamente opposto a quello affermato dal T.A.R. Molise, nel senso che, come si è detto, la convenzione è uno schema generale di contratto che si specifica in base agli ordinativi emessi dai singoli enti aderenti, mentre il contratto di appalto reca le puntuali pattuizioni fra l'ente committente e l'affidatario, di talché non si può dubitare del fatto che, in presenza di un contratto e di una convenzione, l'ente interessato deve optare per il contratto, il quale è stato stipulato all'esito di una gara che ha avuto per oggetto le specifiche esigenze di quell'amministrazione;

- pertanto la conclusione del T.A.R. Molise è corretta solo nella parte in cui, con riguardo al caso ad esso sottoposto, ha rilevato che il futuro contratto stipulato a seguito della gara regionale (all'epoca ben lungi dalla conclusione) non prevedeva l'adesione da parte di enti terzi (per cui nella specie non si poneva alcun problema di scelta, essendo di fatto disponibile solo la convenzione C.), ma non anche nella parte in cui si volesse attribuire valenza di principio generale all'affermazione per cui il contratto di appalto sarebbe una sorta di "figlio di un dio minore" rispetto alla convenzione C. o a quella regionale.

Questo consente al Collegio di affrontare anche la questione, piuttosto sterile, sollevata da D.S. in merito alla qualificazione degli atti giuridici scaturenti dalla gara regionale, i quali vengono dalla controinteressata qualificati come "meri contratti di appalto", e ciò al dichiarato fine di giovare della distinzione introdotta dal T.A.R. Molise e condivisa anche dal giudice di appello (sentenza del Consiglio di Stato n. 7351/2021).

Premesso che, alla luce di quanto detto in precedenza, la distinzione è del tutto irrilevante, va comunque osservato che quella indetta dalla S.U. è una gara che risponde alla stessa filosofia di fondo che è stata alla base dell'istituzione della C., ossia la volontà del legislatore di ridurre il numero delle stazioni appaltanti e di accorpare le gare aventi il medesimo oggetto. Che poi nel caso di specie gli enti del S.S.R. siano riusciti a progettare un capitolato tecnico unico e condiviso è solo un accidente, ben potendo al contrario gli enti medesimi dare mandato alla S.U. di bandire una gara "generica", la quale avrebbe poi trovato attuazione mediante contratti stipulati dai singoli enti attingendo solo alle prestazioni ritenute di interesse.

Vi è poi un'altra sentenza richiamata da D., ossia la pronuncia del T.A.R. Valle d'Aosta n. 59/2021, relativa ad una vicenda in cui:

- la gara regionale, bandita mentre era in itinere la gara C., era stata sospesa per effetto di un'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato;

- l'azienda sanitaria della Valle d'Aosta, non potendo procedere ad ulteriori proroghe dei contratti in essere, ha dunque deciso di aderire alla convenzione C. nel frattempo aggiudicata, riservandosi peraltro di procedere ad una valutazione comparativa fra le due convenzioni nel momento in cui la gara regionale fosse ripresa e si fosse conclusa con l'aggiudicazione.

E' però importante sottolineare che l'inciso riportato da D. nei propri scritti difensivi (ossia che "...In presenza di una tale determinazione ... comunque l'Amministrazione sarebbe stata obbligata a porre a raffronto le due convenzioni e poi scegliere quella più conveniente...") non è un'affermazione del T.A.R.

che ha assunto valore di giudicato, in quanto l'obbligo di cui si parla discendeva da una determinazione dell'amministrazione che non era stata tempestivamente contestata dalle imprese interessate alla gestione in proroga del servizio o all'aggiudicazione alla gara regionale. Questo è tanto vero che nel 4.1. il Tribunale aostano ha dichiarato inammissibili, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., le censure afferenti sia l'an che il quomodo di questa valutazione comparativa.

Queste due vicende contenziose, inoltre, presentano una peculiarità comune, ossia il fatto che la scelta di effettuare una comparazione fra convenzione C. e convenzione regionale era stata assunta, per ragioni peculiari, dalle amministrazioni interessate, mentre nel caso all'odierno esame del Tribunale essa verrebbe imposta (ma si sono spiegate in precedenza le ragioni per le quali in parte qua la sentenza n. 2707/2021 reca un obiter dictum) dal giudice, in assenza peraltro di una domanda di parte.

In realtà, si potrebbe dire che il Consiglio di Stato ha tentato di conciliare due realtà inconciliabili, ossia l'adesione alla convenzione C. che sia stata aggiudicata per prima e la contestuale prosecuzione della gara regionale, la quale viene fatta (formalmente) salva, ma di fatto si traduce in un inutile dispendio di attività amministrativa, essendo quasi inevitabilmente esposta a soccombere in sede di valutazione comparativa.

6.4.3. Alla sentenza n. 7351/2021 del Consiglio di Stato hanno fatto però da contraltare altre decisioni del giudice di secondo grado di segno opposto. Si tratta, in particolare, delle sentenze nn. 7174/2021 e 7617/2021 (quest'ultima recante la conferma della sentenza n. 237/2021 del T.A.R. Piemonte).

Nella sentenza n. 7174/2021 la Sez. III del Consiglio di Stato ha affermato come "...l'aggiudicazione della gara regionale, una volta bandita la stessa, non fosse in alcun modo condizionata da alcun adempimento comparativo, sicchè bandire la gara - peraltro con prevalenza su procedure concorrenti: ... - aveva l'effetto giuridico (immediato) di sottrarre il bene oggetto della stessa ad altre forme di disponibilità giuridica..." (ossia la medesima tesi che questo Tribunale aveva sostenuto nella sentenza n. 584/2020), mentre nella successiva sentenza n. 7617/2021 la stessa Sez. III ha affermato i seguenti principi "...con il D.L. 24 aprile 2014 e con la L. n. 208 del 2015 la facoltà per gli enti del SSN di ricorrere a C. o ad altri soggetti aggregatori si è trasformata in obbligo, con la precisazione che lo stesso legislatore ha assegnato la propria preferenza alle centrali di committenza regionali: in questo modo non vi è più spazio per l'applicazione del criterio qualità - prezzo invocato dall'appellante, che risale a molti anni addietro e che è oggi applicabile solo ed esclusivamente per quegli enti e per quei servizi per i quali residuano margini di facoltatività al ricorso alle convenzioni C..

12.2 - In ogni caso la valutazione sulla maggiore o minore convenienza dell'opzione alternativa non potrebbe competere ad S.P. che è una mera centrale di committenza, ma semmai si potrebbe ipotizzare nei confronti delle Aziende Sanitarie, beneficiarie del servizio oggetto di gara.

Ne consegue che anche sotto questo ulteriore profilo, la censura si appalesa dunque infondata, in quanto postula l'illegittimità dell'aggiudicazione effettuata da S.P. per non aver preventivamente confrontato le offerte e le convenzioni delle due gare, quella regionale con quella C., non tenendo conto che nessuna norma obbliga la centrale di committenza ad eseguire tale ponderazione comparativa tra gli esiti delle due gare...". Premesso che anche nel caso della sentenza n. 7617 il riferimento alla possibilità di comparare le due gare è un obiter dictum, l'affermazione più rilevante è quella per cui non esiste alcuna norma di legge che imponga la ponderazione comparativa fra gli esiti delle due gare.

6.4.4. Come si può vedere, dunque, la giurisprudenza maggioritaria più recente si pone in senso opposto al principio asseritamente affermato dalla sentenza n. 2707/2021, il che già potrebbe essere sufficiente per l'accoglimento del ricorso.

6.5. Il Tribunale ritiene però di dover aggiungere ulteriori considerazioni di ordine sostanziale, le quali discendono da una previa disamina delle caratteristiche specifiche delle convenzioni C., ed in particolare di quella relativa al servizio di che trattasi, quali emergono proprio dalla procedura

comparativa svolta dall'A.R..

6.5.1. In effetti, l'amministrazione resistente ha, tanto in sede amministrativa quanto in sede giudiziale, valorizzato il carattere "aperto" e "flessibile" delle convenzioni C., le quali assumono la loro connotazione effettiva e definitiva a seguito dell'emanazione da parte degli enti aderenti dei P.D.A.

Ora in questo non vi è, in astratto, nulla di male, trattandosi in fondo della medesima filosofia che informa di sé gli accordi quadro, ossia strumenti di acquisizione di beni e servizi previsti dalle direttive comunitarie. Questa connotazione discende peraltro dalla stessa genesi delle convenzioni C. quale risulta dal citato art. 26, comma 3, della L. n. 488 del 1999, ossia il fatto che le gare bandite dalla centrale di committenza nazionale nascevano in origine per soddisfare le esigenze delle amministrazioni pubbliche statali relative ai vari settori merceologici a cui sono riconducibili gli acquisti di beni e servizi da parte della P.A. Ma poiché tali esigenze non sono del tutto identiche per le singole amministrazioni, e la gara C. deve necessariamente riguardare "macro appalti" (pena la frustrazione delle esigenze di contenimento della spesa), la convenzione che scaturisce dalla gara deve essere necessariamente "aperta". Per fare un esempio di agevole comprensione, si pensi all'acquisto centralizzato di materiali di cancelleria: la gara C. deve necessariamente prevedere tutte le tipologie di materiali ricompresi nel concetto di "cancelleria" (carta, penne, gomme, pinzatrici, etc.), ivi compresi quei materiali che o per caratteristiche tecniche (si pensi alla carta trasparente per i c.d. lucidi) o per formato (si pensi ai fogli per stampante di formato superiore ad A3) vengono utilizzati solo da poche amministrazioni. A fronte di ciò (e tenuto anche conto del fatto che molto spesso nel periodo di svolgimento della gara si verificano accorpamenti di ministeri, uffici, enti, etc.) è del tutto logico che i singoli ordinativi di fornitura emessi dalle varie amministrazioni (i quali dal punto di vista civilistico sono contratti per adesione) vanno a specificare e delimitare le obbligazioni del fornitore e del committente, sia in senso tecnico che in senso economico.

Ma se per le forniture tale assetto potrebbe non essere foriero di particolari conseguenze con riguardo alle questioni controverse nel presente giudizio, lo stesso non può dirsi per i servizi, visto che lo stesso servizio può assumere una fisionomia completamente diversa a seconda delle prestazioni che il committente pubblico ritiene di inserire nel capitolato (si pensi, ad esempio, alla differenza tecnica che intercorre fra un appalto relativo alla preparazione e somministrazione dei pasti in favore di un ente militare non operativo - in cui non sono da prevedere in genere prestazioni ulteriori rispetto a quelle basiche - e lo stesso appalto svolto in favore di un ente ospedaliero - in cui sono da prevedere diete speciali per pazienti anziani, diabetici, celiaci, oncologici, etc.).

Il servizio per cui è causa, siccome svolto in favore di strutture ospedaliere e sanitarie in genere, presenta anch'esso un grado di complessità superiore rispetto al medesimo appalto svolto in favore di un'amministrazione pubblica "ordinaria".

E lo stesso accade anche se ad essere oggetto di comparazione sono due appalti entrambi connotati da prestazioni particolari, perché, come del resto è accaduto nella specie, non è detto che i rispettivi capitolati prevedano le medesime prestazioni.

6.5.2. Ma, quale che sia l'oggetto della convenzione, resta un problema di fondo, legato al concetto di "rinegoziazione" di un contratto di appalto pubblico, che, a giudizio del Collegio, rende non comparabile una convenzione "aperta" ad una convenzione "chiusa" o ad uno specifico contratto di appalto, di talché le amministrazioni non statali che dispongono di proprie centrali di committenza possono tenere conto della pendenza della gara C. solo nel momento in cui sono chiamate a valutare se bandire o meno la propria gara (il che, nella specie, come ampiamente dedotto dalla ricorrente, è avvenuto nel 2018, con una decisione che non è stata mai oggetto di revoca o di annullamento d'ufficio).

Come si è detto, le convenzioni C. si presentano "aperte" e dunque inizialmente "indeterminate", di talché nel momento in cui il singolo ente aderente approva il P.D.A. predisposto dall'aggiudicatario

della gara C. si assiste in sostanza ad una rinegoziazione fra l'aggiudicatario stesso e l'ente interessato (lo stesso, come precisato supra, avviene anche nell'accordo quadro). In questo, come detto, non vi è nulla di male fino a quando si tratta di rinegoziazione "interna" alla convenzione, visto che, tanto l'aggiudicatario del lotto quanto gli altri concorrenti che avevano preso parte alla gara C. hanno formulato le proprie offerte tenendo conto della inevitabile alea che informa di sé le convenzioni de quibus, alea che può riguardare addirittura l'an (nel senso che potrebbe verificarsi che nessuna amministrazione aderisca alla convenzione nel periodo in cui essa ha validità), ma sicuramente il quantum (ossia la tipologia, il quantitativo e dunque anche il costo delle prestazioni che ciascun ente aderente inserisce nel P.D.A.). Per questo motivo i concorrenti non aggiudicatari non sono legittimati, salvo casi particolarissimi, a contestare le modalità di adesione dei singoli enti, deducendo, ad esempio, che le proprie offerte sarebbero state diversamente calibrate, anche in termini economici, se essi avessero saputo che in sede di adesione talune prestazioni non sarebbero state sostanzialmente richieste.

Il discorso, come si sa, è ben diverso se la rinegoziazione interessa un contratto di appalto, visto che in tal caso sorgono rilevanti questioni di compatibilità anzitutto con il diritto comunitario, essendo vietato, in sede di stipula o in fase di esecuzione del contratto, modificare l'oggetto dell'appalto in termini sostanziali. Infatti la rinegoziazione determina un'alterazione postuma della regolarità della gara, essendo del tutto evidente che i concorrenti non aggiudicatari vengono ingiustamente penalizzati per non aver tenuto conto di prestazioni che non erano indicate, o per tipologia e/o per quantità, nella *lex specialis*.

Ma questo problema si pone anche nel momento in cui si pretende di confrontare fra loro una convenzione C. e un contratto d'appalto aventi il medesimo servizio, tanto più laddove l'aggiudicatario della gara C. ha partecipato anche alla gara da cui è scaturito il contratto di appalto.

In effetti, con specifico riguardo al caso di specie, non si può non tenere conto del fatto che D., avendo partecipato alla gara S.U. anche per il lotto che interessa il presente giudizio, ben conosceva le condizioni tecniche del capitolato regionale ed è stata dunque in grado di redigere un P.D.A. altamente competitivo.

Analogo problema è insorto nel momento in cui il Gruppo tecnico multidisciplinare è stato chiamato ad operare la valutazione comparativa, in quanto in quella sede è emersa chiaramente l'impossibilità di comparare capitolati diversi, i quali, pur riguardando il medesimo servizio, prevedevano differenti modalità di erogazione delle prestazioni, alcune delle quali erano contemplate solo da uno dei due capitolati. Inoltre, mentre l'offerta dell'a.t.i. capeggiata dalla odierna ricorrente era ormai "chiusa" ed imm modificabile, i componenti del Gruppo tecnico hanno potuto tenere conto della (legittima, sia chiaro) possibilità di ampliare le prestazioni della convenzione C., di modo che il confronto è stato impari.

Ma tale conclusione era segnata ab origine, non essendo in alcun modo paragonabile una gara (quella C.) riferita ad un maxi-lotto ultraregionale avente un valore presunto di 126 milioni di € con un appalto singolo avente un importo presunto a base d'asta di circa 21.000.000,00 €. Non c'è bisogno infatti di essere esperti della materia per comprendere che quanto più è elevato l'importo di un appalto, tanto più i concorrenti riescono a praticare ribassi competitivi, avvalendosi delle economie di scala. Se a questo si aggiunge, come detto, che la convenzione C. prevede che alcune prestazioni non comprese fra quelle basiche possono essere acquistate corrispondendo all'appaltatore un canone aggiuntivo, il risultato del confronto comparativo non poteva che risolversi a vantaggio di D. (tanto è vero che nell'atto di appello avverso la sentenza n. 584/2020 era la stessa D. ad affermare che la convenzione C. garantisce agli enti del S.S.R. un sicuro risparmio di spesa in quanto il prezzo unitario per mq è molto più basso, avendo la ditta potuto praticare un ribasso maggiore in relazione all'importo molto elevato posto a base di gara). Né l'A. avrebbe potuto invitare l'a.t.i. capeggiata da E. a "pareggiare" il P.D.A. di D., perché questo - per le ragioni esposte in precedenza - avrebbe dato luogo ad una illegittima rinegoziazione della gara regionale, determinando la verosimile e fondata reazione dei concorrenti non

aggiudicatari del lotto oggetto del presente giudizio.

6.6. Da ultimo, come si diceva, rilevano anche i vizi intrinseci della valutazione comparativa svolta dall'A.R., denunciati dalla ricorrente mediante l'articolazione di censure dettagliate, che il Tribunale ritiene di dover esaminare nonostante, come detto, ritenga che la valutazione comparativa non dovesse essere effettuata.

In primo luogo, rileva il fatto che la comparazione ha riguardato in sostanza solo l'aspetto economico, il che sarebbe stato legittimo solo se vi fosse una norma di legge che nelle specie obbligava gli enti del S.S.R. ad acquisire le prestazioni relative al servizio de quo al prezzo più basso in assoluto. Né si può replicare a tale argomento evidenziando che il Gruppo tecnico ha effettuato il confronto considerando le medesime prestazioni risultanti dai due capitolati (nel caso della convenzione C. è più esatto dire dal P.D.A. di D.), visto che il prezzo offerto da un concorrente dipende anche dalla qualità delle prestazioni che egli intende assicurare all'amministrazione committente.

Inoltre è assolutamente rilevante il fatto che il Gruppo tecnico ha dichiaratamente ommesso di considerare tanto i servizi "integrativi" che i servizi "straordinari", e ciò per il fatto che con riguardo a tali prestazioni non sarebbe possibile stimare alcun costo per l'appalto aggiudicato all'a.t.i. capeggiato da E.F..

Ora, in relazione a tale profilo va osservato che:

- in primo luogo, come il Tribunale ha potuto verificare in sede di deliberazione degli altri analoghi ricorsi che sono passati in decisione all'odierna udienza pubblica, le Aree Vaste dell'A.M. sono riuscite ad attribuire un valore economico anche alle prestazioni in parola, il che vuol dire che tale operazione era astrattamente possibile;

- in secondo (e dirimente) luogo, una volta stabilito che la comparazione si appalesava "monca", il Gruppo tecnico avrebbe dovuto arrestare il procedimento valutativo, perché non è possibile affermare che un'offerta è più vantaggiosa dell'altra se quest'ultima manca di un "pezzo".

Altro profilo rilevante è desumibile dal passaggio riportato a pag. 7 della relazione del Gruppo tecnico, laddove si dice che "...Per completezza si evidenzia altresì che l'offerta presentata dal RTI E.F. S.P.A. - M. S.R.L prevede alcune migliorie/attività aggiuntive (ad es. monte ore extra di 11.040 per il quinquennio, equivalenti a circa 6,04 ore al giorno - vedi pag 69 offerta tecnica) che, tuttavia, non sembrerebbero sufficienti a garantire l'implementazione dei servizi integrativi richiesti.

Risulta quindi non noto il potenziale maggior onere a carico della azienda da aggiungere all'offerta presentata dal RTI E.F. S.P.A. - M. S.R.L per adeguare il progetto posto a base di gara, e disegnato su misura nell'anno 2017, alle attuali necessità...".

Come si può vedere, e pur avendo correttamente verificato che l'offerta con cui l'a.t.i. E.F. si era aggiudicata il lotto n. 6 prevede migliorie e attività aggiuntive per la non irrisoria quantità di 6 ore al giorno, il Gruppo tecnico si è limitato ad affermare che tali ore aggiuntive giornaliere "...non sembrerebbero sufficienti..." a garantire l'implementazione dei servizi aggiuntivi in misura tale da pareggiare l'offerta di D., ossia ad esprimere una mera impressione non suffragata da alcun conteggio. L'errore è peraltro duplice, in quanto le ore aggiuntive in questione sono già comprese nel prezzo di aggiudicazione, per cui il loro costo non deve essere aggiunto all'offerta dell'a.t.i.

Altro errore è stato quello di considerare quale elemento decisivo i metri quadrati da coprire, e questo per due motivi:

- in primo luogo, perché le ditte che hanno partecipato alla gara regionale nel redigere l'offerta non potevano che far riferimento ai mq risultanti dal capitolato tecnico, mentre D. ha redatto il P.D.A. a seguito di sopralluogo dal quale è emersa l'esigenza di coprire aree ulteriori (e anche a questo proposito rileva il fatto che, tanto più estese sono le superfici da pulire, tanto maggiori sono le economie di scala che l'appaltatore riesce a realizzare e tanto minore è il prezzo che egli è in grado di

proporre all'amministrazione. E nella specie D., come si è detto, partiva già da un prezzo al mq più basso praticato nella gara C.);

- in secondo luogo, perché non si è considerato che anche il disciplinare della gara regionale, come avviene sempre per il servizio de quo, prevede che in fase esecutiva l'ente committente possa variare in aumento o in decremento le superfici da coprire, senza che l'appaltatore abbia diritto di pretendere una modifica del corrispettivo.

Di nessun rilievo è invece il riferimento alle conseguenze derivanti dalla nota pandemia, visto che l'eventuale necessità di modificare in parte il capitolato prestazionale della gara regionale sarebbe stata pienamente giustificabile alla luce di una sopravvenienza di tale rilevanza. Ma peraltro l'A. non ha nemmeno spiegato nel dettaglio quali sarebbero stati i concreti effetti dell'emergenza sanitaria sull'appalto per cui è causa.

Esaminando comunque nello specifico le questioni relative alla valutazione comparativa, si osserva quanto segue.

6.7. La ditta ricorrente, oltre a tutte le riserve sul metodo di lavoro seguito dal Gruppo tecnico, ha esposto nel terzo, nel quarto e nel quinto motivo di ricorso i profili specifici per i quali la valutazione è comunque da considerare inattendibile.

A questi argomenti le parti resistenti hanno così replicato.

A fattor comune, tanto l'A. quanto D. hanno anzitutto eccepito che nella specie vengono in rilievo valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione, le quali non sono sindacabili se non ab extrinseco.

La difesa dell'A.S., poi, si è in sostanza riportata alla relazione del Gruppo tecnico.

D., invece, oltre a contestare in linea generale le censure in commento, nella memoria difensiva depositata per la sede cautelare ha evidenziato anzitutto che i due capitolati sono confrontabili in quanto riguardano il medesimo servizio e in secondo luogo che nel capitolato C. sono previste prestazioni aggiuntive a canone concordato che nel capitolato S.U. sono invece assenti. In vista dell'udienza di merito, poi, in data 19 gennaio 2022 D. ha depositato una relazione a firma di un consulente esterno la quale dovrebbe comprovare la sostanziale correttezza dell'operato dell'A. resistente.

Con riguardo a tali argomenti difensivi il Collegio osserva quanto segue.

Anzitutto, non è affatto vero che nei presenti giudizi verrebbero in rilievo valutazioni tecniche discrezionali e dunque non sindacabili dal giudice, visto che:

- la ricorrente deduce in via principale la irragionevolezza dei criteri utilizzati dal Gruppo tecnico per comparare la convenzione C. con la gara S.U. (e dunque sotto questo profilo si tratta di censure pienamente ammissibili nel giudizio impugnatorio);

- in secondo luogo, la ricorrente, come si è detto, ha esposto dei conteggi aritmetici e dunque non pretende affatto che il giudice sostituisca la propria valutazione a quella dell'amministrazione, bensì pone in dubbio i presupposti numerici sui quali si fondano le scelte dell'A. (e dunque anche queste censure sono ammissibili).

Inoltre, e questo vale in particolare per l'A.R., non è sufficiente richiamarsi alla relazione redatta dal Gruppo tecnico, visto che questa è contestata dalla ricorrente.

Infine, e con specifico riguardo alla relazione depositata da D., va osservato che:

- il consulente non ha preso in considerazione l'offerta tecnica in virtù della quale l'a.t.i. capeggiata dalla odierna ricorrente si è aggiudicata il lotto n. 6 della gara S.U.;

- ma l'aspetto più rilevante, che priva spessore la relazione in parola, è il fatto che il consulente si è ben guardato dal tradurre in cifre i costi derivanti dalle attività extra canone non previste come "basiche"

dal capitolato C., le quali sono accompagnate dall'anodina formula "da valorizzare con costo orario" (si veda il 3. della relazione). Ma se si esamina il prezzario C., depositato in allegato al ricorso n. 468/2021 R.G., ci si avvede del fatto che tali prestazioni non presentano costi irrisori, il che è a dirsi in particolare per una prestazione assolutamente importante e frequente, ossia la pulizia e il ricondizionamento delle sale operatorie dopo ogni intervento (prestazione che è compresa nel capitolato S.U. e che invece nella convenzione C. è una prestazione aggiuntiva che incide per 33,250 €/passaggio/sala).

6.8. Le censure finalizzate a dedurre l'incompetenza tecnica dei funzionari chiamati a far parte del Gruppo tecnico multidisciplinare sono assorbite.

7. Per tutte queste ragioni, il ricorso in epigrafe va accolto, con conseguente annullamento della determinazione del D.G. dell'A.R. di Ancona n. 885/DG e degli atti presupposti, connessi e conseguenti.

Ai sensi dell'art. 34, comma 1, let. e), il Collegio ritiene di aggiungere che l'A.R. di Ancona dovrà adottare i provvedimenti necessari per adeguare lo stato di fatto alle conseguenze giuridiche che discendono dalla presente sentenza.

Le spese del giudizio vanno compensate, tenuto conto sia della complessità delle questioni trattate, sia del fatto che l'A.R. ha agito in dichiarata esecuzione di una sentenza del Consiglio di Stato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie nei sensi e nei termini di cui in motivazione;
- compensa le spese del giudizio.

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

Conclusione

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Tommaso Capitanio, Presidente FF, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

Simona De Mattia, Consigliere