

N. 01908/2015REG.PROV.COLL.

N. 07432/2014 REG.RIC.

N. 07445/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7432 del 2014, proposto da:
Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Domenico Carlomagno e Aristide Police, con domicilio eletto presso Aristide Police in Roma, Via di Villa Sacchetti n. 11;

contro

Impes Service Spa in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Rocco De Bonis, con domicilio eletto presso Rocco De Bonis in Roma, Via Giambattista Martini n. 2;

nei confronti di

Manutencoop Facility Management Spa;

sul ricorso numero di registro generale 7445 del 2014, proposto da:
Manutencoop Facility Management Spa in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Manzi, Franco Mastragostino e Cristiana Carpani, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, n.5;

contro

Impes Service Spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Rocco De Bonis, con domicilio eletto presso Rocco De Bonis in Roma, Via Giambattista Martini n. 2;

nei confronti di

Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di Potenza;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Basilicata - Potenza Sezione I n. 00510/2014

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione nei giudizi di Impes Service Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2015 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Police e De Bonis Carpani, Mazzeo su delega di Manzi e De Bonis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La Impes Service s.p.a., nella qualità di mandataria dell'ati con la mandante Gievve Impianti s.n.c., aveva svolto il servizio di gestione e manutenzione degli impianti elettrici e di illuminazione dei presidi ospedalieri San Carlo di Potenza e San Francesco di Paola di Pescopagano, che veniva garantito presso l'Ospedale San Carlo 24 ore su 24 per tutti i 365 giorni dell'anno.

Con deliberazione n. 90 del 4.3.2014 il direttore generale dell'A.O. San Carlo, ai sensi dell'art. 15, co. 13, lett. d), d.l. n. 95/2012 convertito nella legge n. 135/2012, aderiva alla convenzione Consip per l'affidamento di un multiservizio tecnologico integrato con la fornitura di energia per gli immobili adibiti ad uso sanitario, relativa al lotto n. 7 (Puglia e Basilicata), affidando per la durata di 7 anni all'aggiudicataria di tale lotto della convenzione Consip e cioè alla società Manutencoop Facility Management s.p.a., i Servizi Tecnologici per gli impianti elettrici e di illuminazione con miglioramento dell'efficienza energetica, antincendio e di trasporto verticale ed orizzontale ed anche i servizi di minuto mantenimento edile e di gestione dell'anagrafica tecnica, per l'importo complessivo di euro 5.936.580,83, di cui euro 5.167.297,12 per l'Ospedale San Carlo di Potenza e euro 769.283,71 per l'Ospedale San Francesco di Paola di Pescopagano.

Successivamente, il responsabile del settore manutenzione impianti elettrici del San Carlo rappresentava all'amministrazione la circostanza che la predetta convenzione Consip, lotto n. 7, prevedeva una turnazione di lavoro dalle ore 7,00 alle ore 21,00 di ogni giorno feriale ad esclusione del sabato, con la reperibilità ed il pronto intervento entro 45 minuti nella fascia notturna dalle ore 21,00 alle ore 7,00 e nei giorni di sabato e festivi.

Il predetto responsabile faceva presente che la suddetta turnazione di lavoro non garantiva adeguatamente la sicurezza degli impianti elettrici e speciali presenti nell'Ospedale San Carlo, soprattutto di quelli connessi alle attività d'urgenza e di alta specializzazione che venivano espletate nella Regione Basilicata soltanto presso tale struttura sanitaria.

Pertanto, con deliberazione n. 154 del 18.4.2014 (pubblicata nell'albo aziendale dal 18 al 23.4.2014) il direttore generale dell'A.O. San Carlo, ai sensi dell'art. 57, co. 5, lett. a), d. lg.vo n. 163/2006, ampliava il predetto affidamento del servizio tecnologico di cui alla precedente delibera n. 90 del 4.3.2014, estendendo soltanto presso l'Ospedale San Carlo, la turnazione di lavoro 24 ore su 24 per tutti i 365 giorni dell'anno, con conseguente aumento del prezzo contrattuale da euro 5.936.580,83 ad euro 7.652.072,58, per l'impiego di 5 ulteriori unità di personale.

Le delibere n. 90 del 4.3.2014 e n. 154 del 18.4.2014 venivano impugnate davanti al Tar Basilicata dalla Impes Service s.p.a. con ricorso notificato il 22-26.5.2014 e depositato il 5.6.2014, per i seguenti motivi:

1) violazione dei principi comunitari della libera concorrenza e della libera prestazione dei servizi, contemplati dagli artt. 28, 29, 30 e 31 della Direttiva comunitaria n. 18.2004, dagli artt. 2, 3, 33, 53, 54, 57 e 64, della normativa in materia di convenzioni Consip (art. 26 L. n. 488/1999, art. 1, commi 449 e 450, L. n. 296/2006 e art. 15, co. 13, lett. d), D.L. n. 95/2012 conv. nella L. n. 135/2012), nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione e contraddittorietà con precedenti provvedimenti. Si sosteneva che poiché la stazione appaltante aveva sempre aggiudicato il servizio di gestione e manutenzione degli impianti elettrici dell'Ospedale San Carlo garantendo una copertura 24 ore su 24 per tutto l'anno, doveva ritenersi che tale modalità di espletamento del servizio era necessaria e perciò l'A.O. non poteva aderire ad una convenzione Consip che non contemplava un'integrale turnazione di lavoro, per poi ampliarla a trattativa privata;

2) violazione dell'art. 1 L.R. n. 24/2010, in quanto i provvedimenti impugnati non avevano garantito il mantenimento in servizio di tutti i 23 lavoratori che avevano svolto il servizio alle dipendenze del precedente appaltatore; infatti la controinteressata Manutencoop Facility Management s.p.a., per la turnazione di lavoro 24 ore su 24 per tutto l'anno, prevedeva l'utilizzo di soli 19 lavoratori.

Si costituiva in giudizio la Manutencoop Facility Management s.p.a., sostenendo l'infondatezza del ricorso.

Si costituiva anche l'amministrazione committente, la quale, oltre a sostenerne l'infondatezza, eccepiva l'irricevibilità del ricorso e la sua inammissibilità, sia perché il ricorso era stato proposto dalla sola Impes Service s.p.a. a titolo individuale e non nella qualità di mandataria di un'ati, senza che però la ricorrente possedesse da sola i requisiti per l'aggiudicazione dell'appalto in questione, sia perché la persona che aveva rilasciato il mandato alla lite, aveva genericamente indicato la qualità di legale rappresentante della Impes Service e comunque la sua firma risultava illeggibile.

Il Tar riteneva il ricorso ricevibile, sia nella parte relativa all'impugnazione della prima delibera n. 90 del 4.3.2014, sia nella parte relativa all'impugnazione della successiva delibera del direttore generale n. 154 del 18.4.2014.

Il Tar disattendeva inoltre le altre eccezioni di inammissibilità, sollevate dall'Amministrazione committente.

Entrando quindi nel merito, il Tar accoglieva il primo motivo di impugnazione aderendo all'orientamento giurisprudenziale del Tar Veneto (sentenza n. 538 del 28.4.2014), citato dalla ricorrente, secondo il quale l'amministrazione non avrebbe potuto aderire alla convenzione Consip che non soddisfaceva *ab origine* interamente le sue esigenze, per poi colmare le relative lacune mediante l'integrazione a trattativa privata del contratto.

2. - Nell'atto di appello la Azienda Ospedaliera Regionale, dopo avere ampiamente censurato la reiezione delle eccezioni di inammissibilità/irricevibilità dedotte in primo grado, evidenzia che la medesima Azienda rientrava tra i soggetti obbligati ad acquistare beni e servizi tramite la società Consip s.p.a., né in alcun modo si sarebbe potuta sottrarre alla adesione alla convenzione Consip e ciò in particolare dopo la entrata in vigore del d.l. 6 luglio 2012 n.95, convertito in legge con modificazioni dall'art. 1 co.1 legge 7 agosto 2012 n.135 che, all'art. 15 co. 13 ha imposto l'obbligo di aderire alle convenzioni utilizzando gli strumenti di acquisto messi a disposizione dalla Consip "*per le categorie merceologiche presenti nella piattaforma Consip*".

Sottolinea la A. O. che il servizio aggiuntivo aggiudicato a trattativa privata, ha una incidenza sul contratto del 22% e quindi non è prevalente e l'art. 59 del d.lgs. n.163/2006 al co.4 prevede che le s.a. possano consultare l'operatore, parte dell'accordo quadro, chiedendo di completare, se necessario, l'offerta.

Con appello autonomo anche la società Manutencop deduce la erroneità della sentenza del primo giudice là dove ha ritenuto la pretesa non corrispondenza tra l'oggetto della convenzione Consip e le esigenze della Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza.

Il primo giudice non avrebbe infatti correttamente apprezzato l'ambito oggettivo della convenzione Consip a cui l'Azienda aveva aderito non essendo veritiero l'assunto di fondo della sentenza che le prestazioni diurne e mediante reperibilità erano differenti da quelle rese mediante il presidio notturno.

L'ordinativo approvato con la deliberazione DG n.154/2014 era infatti valso solo a integrare la turnazione standard del personale proposta dall'appellante a copertura, sia della fascia oraria dalle ore 7 alle ore 21, sia della fascia di reperibilità dalle 21,00 alle 7, 000 e h24 nei giorni festivi, il tutto pur sempre preordinato alla esecuzione dei servizi manutentivi di cui alla convenzione.

In sostanza non vi sarebbe stato, da parte della Azienda, alcun ulteriore conferimento o modificazione sul piano tecnico delle prestazioni rispetto a quelle già acquistate in convenzione, ma solo una implementazione dell'organico di n.5 unità lavorative non configurandosi quindi un servizio ulteriore o diverso, estraneo alla convenzione.

In vista della udienza del 15.1.2015 sono state depositate numerose memorie difensive e quindi la causa è stata trattenuta dal Collegio per la definitiva trattazione.

3. I due appelli devono essere riuniti in quanto diretti avverso la medesima sentenza.

La Sezione deve farsi carico innanzitutto delle eccezioni di irricevibilità/inammissibilità avanzate dalla difesa della Azienda Ospedaliera.

L'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado è infondata.

Come esattamente sostenuto nella memoria della società Impes Service, ciò che veniva censurato non risiedeva nell'affidamento di prestazioni contemplate nella convenzione Consip e dunque dirette avverso la

delibera n.90 del 4.3.2014 che a tale convenzione aveva aderito, bensì il successivo affidamento a Manutencoop di ulteriori prestazioni non contemplate nella stessa convenzione, disposto solo con la deliberazione n.154 del 18 aprile 2014. Ed infatti solo tale ultima delibera era lesiva degli interessi della società ricorrente in primo grado; la stessa delibera risultava tempestivamente impugnata in quanto pubblicata all'albo aziendale dal 18 al 23.4.2014 per cui il termine decadenziale di impugnazione di 30 giorni ex art. 120 co.5 cod. proc. amm. scadeva il 23.5.2014 risultando quindi tempestivo (come da sentenza Corte Cost. n.477 del 26.11.2002), il ricorso consegnato all'Ufficiale Giudiziario in data 22.5.2014 essendo a tale fine irrilevante la circostanza della immediata esecutività della delibera stessa.

4. - Con ulteriore censura l'A.O. reitera la eccezione sollevata davanti al Tar e dallo stesso respinta, di inammissibilità del ricorso proposto in primo grado sostenendo che la soc. Impes Service s.p.a non aveva legittimazione attiva risultando impresa capogruppo mandataria del raggruppamento, gestore uscente, mentre il mandato rilasciato a margine del ricorso era firmato dall'Avv. Francesco Somma in qualità di rappresentante della sola ditta Impes Service s.p.a. e non anche dell'intero raggruppamento.

Anche tale censura non merita accoglimento.

Appare sufficiente al riguardo rilevare che la ricorrente si era qualificata come impresa operante nello specifico settore oggetto dell'appalto ed in possesso di tutti i requisiti per aspirare alla attribuzione del servizio a seguito di nuova gara; peraltro si trattava di capogruppo mandataria del raggruppamento gestore uscente del servizio che non abbisognava quindi di alcun diverso ed ulteriore mandato da parte della ditta associata in quanto il raggruppamento era già costituito, né l'A. O. provava che la società non avesse i requisiti sufficienti per partecipare da sola all'appalto. Si aggiunga ancora che la firma, apposta dall'Avv. Francesco Somma, in corrispondenza del mandato a margine del ricorso, risultava leggibile e comunque al di sopra della stessa era stata riportata la scritta "*per la Impes Service s.p.a., Avv. Francesco Somma*".

Pertanto anche tale censura nelle sue diverse articolazioni non può trovare favorevole esame e le argomentazioni del Tar devono essere confermate.

5. - Entrando nel merito degli appelli deve sottolinearsi che la convenzione Consip alla quale aderiva la Azienda Ospedaliera San Carlo ed avente ad oggetto l'affidamento di un "*Multiservizio Tecnologico Integrato con fornitura di energia per gli immobili ad uso sanitario in uso, a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni (MIES), lotto 7 Puglia, Basilicata presso le sedi ospedaliere San Carlo di Potenza e San Francesco di Paola di Pescopagano*" per un periodo di sette anni ed un importo di 5.813.476,28 euro, non contemplava alcun presidio notturno nelle 24 ore, tale non potendosi considerare, come con sforzatura sostenuta dalla appellante Manutencoop, il servizio di pronta reperibilità entro 45 minuti previsto dalla convenzione.

Va al riguardo considerato che il presidio notturno comporta la piena e totale attività di conduzione e manutenzione degli impianti durante tutte le notti con la costante presenza nella struttura del personale necessario a garantire la continuità del servizio stesso; di contro, il servizio di pronta reperibilità prevede l'intervento di personale su chiamata della stazione appaltante, nella sola eventualità di una emergenza.

Sulla diversità tra i due servizi, notturno e di pronta reperibilità, è il fatto che quest'ultimo servizio è rimasto, così come disciplinato dalla convenzione, anche dopo l'affidamento integrativo, a riprova che i due servizi integravano prestazioni diverse o non fungibili.

Posta dunque la diversità dei due servizi, con evidente maggiore complessità e costo, per il personale da impiegare, del servizio notturno rispetto a quello di pronta reperibilità, deve ribadirsi che la convenzione Consip non prevedeva affatto il servizio notturno, mentre a pochi giorni di distanza dalla adesione alla convenzione l'Azienda ha ritenuto che il servizio notturno fosse indispensabile e coesistente rispetto alla attività d'urgenza e di alta specializzazione del O.S. Carlo e che lo stesso fosse tecnicamente collegato a quello affidato a Manutencoop.

Ha quindi disposto l'affidamento in favore della Manutencoop, mediante apposito atto aggiuntivo all'ordinativo di fornitura principale, anche del servizio notturno non contemplato dalla convenzione per un corrispettivo di euro 1.715.491,72.

Tale affidamento aggiuntivo non poteva ritenersi legittimo per i motivi esattamente evidenziati dal Tar.

Vengono infatti in rilievo i principi, di fonte comunitaria e nazionale, richiamati nel primo motivo del ricorso di primo grado e dal Tar, di trasparenza, libertà di concorrenza, adeguata pubblicità, giusto procedimento. Tutti gli affidamenti di servizi ulteriori, non contemplati dalla convenzione, così come tutte le estensioni dell'oggetto e della durata delle forniture acquisite mediante il ricorso al sistema centralizzato, sono illegittimi perché comportano la violazione delle direttive comunitarie e delle norme nazionali che dispongono l'obbligo della gara pubblica a garanzia della concorrenza, della *par condicio* tra i partecipanti, della correttezza e della trasparenza della condotta della s.a..

Gli appellanti invocano l'art. 57 co.5 lett. a) del d.lgs. n. 163 del 2006, che prevede che il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è possibile nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate, di pubblicazione di un bando di gara e sempre che tali circostanze, invocate a giustificazione dell'estrema urgenza, non siano imputabili alle stazioni appaltanti.

Poiché l'urgenza di provvedere e l'imprevedibilità non devono essere addebitabili in alcun modo all'amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità (Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006) risultano condivisibili le considerazioni del primo giudice che ha sottolineato che, nella specie, non sussisteva, quanto meno il presupposto della imprevedibilità, in quanto l'Azienda, in precedenti appalti, aveva sempre aggiudicato il servizio di gestione e manutenzione degli impianti elettrici dell'Ospedale San Carlo garantendo la copertura 24 ore su 24 ore per tutto l'anno proprio in relazione alle attività di urgenza e di alta specializzazione ivi svolte, risultando quindi del tutto prevedibile che con la adesione alla convenzione non sarebbe stata adeguatamente garantita la sicurezza degli impianti elettrici e speciali dalle 21,00 alle 7 e nei giorni di sabato e festivi.

Del pari era evidente che il servizio non previsto nella convenzione Consip non avrebbe potuto essere affidato ad una seconda impresa, a meno di gravi disfunzioni e inconvenienti, con l'effetto che

l'amministrazione non avrebbe potuto aderire alla convenzione Consip che non soddisfaceva interamente le sue esigenze, né poteva colmare la parziale inidoneità della convenzione affidando a trattativa privata servizi complementari, peraltro di peso economico e durata non indifferenti, dividendo artificiosamente il servizio in due tronconi di cui uno, adesivo alla convenzione Consip, mentre l'altro attribuito alla medesima ditta ai sensi dell'art. 57, V co. del codice dei contratti.

Appaiono quindi inconferenti le argomentazioni sviluppate dalla appellante A.O. in merito all'obbligo di adesione alla convenzione Consip a norma dell'art. 15 co. 13 del d.l. 6 luglio 2012 n.95, convertito nella legge 7 agosto 2012 n.135, essendo tale obbligo di adesione, ipotizzabile, non certo astrattamente, ma solo per l'acquisto di servizi concretamente rispondenti alle esigenze della stazione appaltante non potendo diversamente ipotizzarsi un obbligo giuridico di adesione là dove sia carente la concreta esigenza o inadeguato il contenuto della convenzione; il solo fatto che il servizio notturno era complementare a quello diurno non poteva di per sé giustificare l'adesione alla convenzione che non prevedeva tale segmento rilevante del servizio e che per tale segmento non aveva effettuato alcun confronto competitivo.

In conclusione gli appelli riuniti non meritano accoglimento, la sentenza del Tar deve essere confermata, l'annullamento delle delibere impugnate (nn.90/2014 e 154/2014) comporta l'obbligo della amministrazione di indire un procedimento ad evidenza pubblica, mentre le spese del grado possono essere compensate, ferma la condanna della Azienda Ospedaliera alla restituzione del contributo unificato a favore della società ricorrente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) riuniti i due appelli come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/04/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)