

## Dimensione Appalti: quando il maxi è too much.

di Antonietta Sgobba

Data di pubblicazione: 10-12-2019

1. La tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese ex art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 (ed in precedenza l'art. 2, comma 1 bis, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006), ma anche, e soprattutto, sull'esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima partecipazione non solo al momento dell'effettuazione della gara ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto.

2. Specie relativamente alle procedure indette dalle Centrali di committenza e dai soggetti aggregatori di grandi dimensioni, la tutela della concorrenza impone una ragionevole e proporzionata determinazione dell'oggetto e della tipologia delle prestazioni, dell'importo dei lotti, della loro allocazione territoriale, della durata dell'affidamento, dell'imposizione di clausole o di condizioni particolari che, in ogni caso, non devono finire di fatto per favorire una impresa rispetto ad un'altra.

### GUIDA ALLA LETTURA

La centralizzazione delle committenze è, com'è noto, uno strumento giuridico previsto da alcuni Stati ancor prima dell'entrata in vigore della Direttiva Comunitaria 2004.

In Italia, ad esempio, è stata la L. n. 488/1999 ad istituire la Consip come Centrale di committenza operante, su scala nazionale, per conto del MEF.

I c.d. "maxiappalti" hanno per diverso tempo incisionegativamente sia sulle PMI sia sulle stesse Stazioni appaltanti, atteso che è proprio la presenza di offerte antagoniste ad indurre i *competitors* a formulare proposte più "aggressive" in termini di sconti e di migliore qualità.

Con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, il Giudice Amministrativo si è dimostrato particolarmente sensibile ed attento al problema dei lotti "oversize"[1].

Segnatamente sul punto, con la sentenza n. 9441/2016, il TAR Lazio n. 9441/2016 ha sancito il principio per cui <<la scelta di suddividere il territorio nazionale in lotti di dimensioni tali da richiedere un fatturato specifico per la partecipazione in possesso solo degli operatori più rilevanti del mercato viola il fondamentale principio del favor participationis, limitando in modo irragionevole la facoltà di presentazione individuale delle offerte e non garantendo in tal modo

*né l'esplicarsi di un piena apertura del mercato alla concorrenza né i risparmi di spesa potenzialmente derivanti da una più ampia gamma di offerte relative ai singoli lotti. L'ambito territoriale ottimale, in definitiva, dovrebbe consentire il funzionamento di un mercato in cui la facoltà di presentare offerte in forma singola sia concessa non solo ai player dello stesso, ma anche, per quanto possibile, alle imprese di medie e piccole dimensioni al fine di incentivare una concorrenza piena, con possibilità per ogni impresa di incrementare le proprie qualificazioni e la propria professionalità, e di trarre i potenziali benefici in termini di qualità di servizi resi e di prezzi corrisposti>> (cfr. TAR Lazio, sentenza n. 9441/2016 cit.).*

Principio, ulteriormente corroborato dal Consiglio di Stato, che, difatti, con la sentenza n. 1038/2016, ha fortemente stigmatizzato la propensione ad impostare le gare in maniera tale da restringere eccessivamente la *<<platea di concorrenti, a tutto svantaggio delle "numerossime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato">>*. A detta dello stesso, *<<un'irragionevole formazione della domanda pubblica, sotto il profilo dimensionale, può vanificare i principi di massima concorrenzialità che presiedono al diritto degli appalti pubblici>>* (cfr. C.d.S., sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038 cit.).

Su quest'"onda", poi, il TAR Milano, con la sentenza n. 906/2017, ha specificato che *<<la regola generale della suddivisione in lotti, contenuta nell'art. 51 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, risponde ai principi comunitari, esplicitati all'art. 30, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016, del favor participationis alle procedure d'appalto da parte delle micro, piccole e medie imprese, nonché di proporzionalità e di non discriminazione>>*. Ed ancora, *<<nell'ipotesi in cui la stazione appaltante, a seguito di valutazione discrezionale, decida di non suddividere l'appalto in lotti, ai sensi del medesimo art. 51, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016, sussiste in capo all'amministrazione stessa l'onere di motivare adeguatamente tale scelta; il sindacato giurisdizionale del Giudice Amministrativo in merito a tale opzione è limitato al vaglio del rispetto dei canoni dell'agire amministrativo di ragionevolezza, di proporzionalità, nonché di adeguatezza dell'istruttoria>>*. Infine *<<è illegittima la decisione di accorpore in un unico lotto la fornitura di un bene con stringenti caratteristiche tecnico-funzionali e di prodotti aventi tutt'altre caratteristiche, rispetto ai quali esiste una più ampia offerta sul mercato>>* (cfr. TAR Milano n. 906/2017 cit.).

In buona sostanza, ad un anno di distanza dall'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza amministrativa si è prevalentemente orientata nel senso di sì riconoscere alla Centrale Unica di Committenza la discrezionalità nella predisposizione e nell'organizzazione delle gare di appalto, ma con il severo monito che tale potere giammai può debordare in arbitrio immune al sindacato giurisdizionale.

Tale "quieto" indirizzo recentissimamente, però, è stato messo in discussione.

Molto probabilmente si è trattato di un lieve "rigurgito" dovuto allo stato di incertezza venutosi a creare a seguito della riforma operata in materia di appalti dello Sblocca Cantieri.

Ci si riferisce, nello specifico, alla inversione di tendenza compiuta dal TAR Lazio con la sentenza n. 9641/2019, la quale, stabilendo che **<<il principio della suddivisione in lotti previsto dall'art. 51 del [d.lgs. n. 50 del 2016](#) non è posto in**

***termini assoluti e inderogabili e può ben essere temperato o – meglio dire – modulato dall'Amministrazione sulla base dell'esternazione di specifiche ragioni, le quali risultano, peraltro, sindacabili dal giudice amministrativo soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità>>*** (cfr. TAR Lazio, sez. I Bis, 19 luglio 2019, n. 9641), ha segnato un indirizzo all'evidenza, se non opposto, quantomeno diverso rispetto a quello preso dal medesimo TAR con la su citata pronuncia n. 9441/2016.

**In questa direzione, con toni ancor più incisivi, il TAR Firenze, con riferimento all'art. 51 del D. Lgs. n. 50/2016, ha affermato che***<<non può ritenersi preclusa alle stazioni appaltanti – con il corredo di idonea motivazione – l'ulteriore possibilità “intermedia” di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato, sebbene questo finisca per rendere difficoltosa, se non impossibile, la partecipazione delle MIPMI. Lo spunto offerto dalla norma non è sfuggito alla giurisprudenza, la quale ha osservato come l'indizione di una gara suddivisa in lotti dal valore non adeguato ad assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione di microimprese, piccole e medie imprese, non escluda di per sé la legittimità dell'operato della stazione appaltante, tenuto conto che il modello legale ammette la deroga a una suddivisione in lotti rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo delle PMI, pur subordinata alla congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta e alla verifica della logicità e plausibilità delle ragioni stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto (così Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2018, n. 5534). Quello della suddivisione in lotti, in altri termini, non è un obbligo inderogabile, come pure non è esclusa dal legislatore la formazione di lotti di importo elevato>>* (cfr. TAR Toscana, Firenze, sez. III, 29 luglio 2019, n. 1164 cit.).

Per quanto le due decisioni da ultimo menzionate non siano in perfetta armonia con quelle precedentemente richiamate, non v'è motivo di credere che sulla questione della suddivisione in macro lotti sia in corso un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale.

Tant'è vero che, con la sentenza n. 1445/2019, il TAR Milano, non allontanandosi dalla posizione presa con la precedente pronuncia n. 906/2017, ha riferito che ***<<la suddivisione in lotti costituisce principio generale avente carattere preferenziale, sicché la scelta dell'amministrazione di segno contrario richiede una puntuale motivazione, trattandosi della deroga ad una regola generale>>*** (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza n. 1445/2019 cit.).

**Orientamento, condiviso da ultimissimo dal TAR Veneto con la decisione n. 1288/2019, in base alla quale** *<<la tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese ex art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 (ed in precedenza l'art. 2, comma 1 bis, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006), ma anche, e soprattutto, sull'esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima partecipazione non solo al momento dell'effettuazione della gara ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto>>* (cfr. TAR Veneto, sez. III, 27 novembre 2019, n. 1288 cit.).

In buona sostanza, tenendo “fede” al sovrano principio di matrice sia comunitaria che nazionale posto a presidio della massima concorrenza ed a garanzia dell'accesso al mercato

anche da parte delle P.M.I., con la suindicata sentenza n. 1288/2019, il TAR Veneto, donando nuova linfa alla corrente giurisprudenziale contraria alla possibilità per la P.A. di mettere in gara, a suo libero piacimento, *maxilotti*, ha inteso scongiurare che attraverso un uso distorto del proprio potere discrezionale la P.A. finisca con il creare mercati chiusi, ossia col porre a base d'asta lotti "dimensionati" in maniera tale da impedire alle PMI di poter gareggiare ed aprirsi così un "varco" nel mercato.

---

[1]Cfr. M. C. Lenoci e G. Piga, in *"I lotti oversize stanno stretti alle pmi: il grosso equivoco del binomio centralizzazione/aggregazione"*, in questa rivista.

## REPUBBLICA ITALIANA

### IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

#### Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

#### (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

#### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 777 del 2019, proposto da Adapta S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Mastropiero, Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### *contro*

Azienda Zero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Creuso, Fabio Pinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Veneto, Azienda U.L.S.S. n. 4 "Veneto Orientale", Azienda U.L.S.S. n. 3 "Serenissima", Azienda U.L.S.S. n. 5 "Polesana", Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie, non costituiti in giudizio;

***nei confronti***

Servizi Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sansone, Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 779 del 2019, proposto da Adapta S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Mastropiero, Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Azienda Zero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Creuso, Fabio Pinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Veneto, Azienda U.L.S.S. n. 6 "Euganea", I.O.V. - Istituto Oncologico Veneto, Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie, Azienda Ospedaliera di Padova non costituiti in giudizio;

***nei confronti***

Servizi Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sansone, Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

*previa concessione di idonee misure cautelari*

quanto al ricorso n. 777 del 2019:

- della deliberazione del Direttore Generale della Azienda Zero della Regione Veneto n. 272 del 7.6.2019, avente ad oggetto "Procedura aperta telematica suddivisa in cinque lotti per l'affidamento del servizio di lavanolo biancheria, materasseria, capi di vestiario per le Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, per l'Ospedale Riabilitativo di Alta Specializzazione di Motta di Livenza e per l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie, per la durata di cinque anni, con riserva di rinnovo per ulteriori due anni: aggiudicazione definitiva", con riferimento al lotto n. 2;

- della nota della Azienda Zero della Regione Veneto prot. n. prot. 0011711/2019, trasmessa a mezzo pec in data 10.6.2019, con la quale è stata comunicata alla ricorrente la predetta aggiudicazione, con riferimento al lotto n. 2;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, ed in particolare, con riferimento al lotto n. 2;

- della determinazione del Dirigente Responsabile della U.O.C. CRAV dell'Azienda Zero della Regione Veneto n. 255 del 15.6.2018, avente ad oggetto "Procedura aperta telematica suddivisa in cinque lotti per l'affidamento del servizio di lavanolo biancheria, materasseria, capi di vestiario per le Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, per l'Ospedale Riabilitativo di Alta Specializzazione di Motta di Livenza e per l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie, per la durata di cinque anni, con riserva di rinnovo per ulteriori due anni: indizione di gara" e di tutti gli atti in essa richiamati, tra i quali, in particolare, il provvedimento, di estremi e contenuto ignoti, con cui la C.R.I.T.E. (Commissione Regionale per l'Investimento in Tecnologia e Edilizia), nella seduta dell'8.6.2018, ha espresso parere favorevole all'indizione della gara;
- del bando di gara, approvato con la citata determinazione del Dirigente della UOC CRAV n. 255/2018 e pubblicato sulla G.U.U.E. in data 20.6.2018, successivamente rettificato con determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 348 del 2.8.2018 e con avviso pubblicato in data 8.8.2018;
- del disciplinare di gara e dei relativi allegati (modello DGUE, dichiarazione sostitutiva integrativa, modello di offerta economica, capitolato tecnico e relativi allegati, criteri di valutazione, modalità tecniche utilizzo Piattaforma Sintel), approvati con la citata determinazione del Dirigente della UOC CRAV n. 255/2018, successivamente rettificata con determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 368 del 31.8.2018 e con avviso pubblicato in data 8.8.2018;
- delle risposte alle richieste di chiarimenti pubblicate dalla Azienda Zero della Regione Veneto;
- del provvedimento di nomina del Seggio di gara (determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 382 del 18.9.2018);
- del verbale relativo alle sedute riservate tenutesi nei giorni 19.9.2018 e 3.10.2018, nelle quali il Seggio di gara ha proceduto all'apertura dei plichi telematici pervenuti e alla verifica della documentazione amministrativa e del verbale del RUP del 16.10.2018;
- del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice (determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 448 dell'8.10.2018: e del presupposto provvedimento di "individuazione delle professionalità, competenti nel settore oggetto dell'appalto, che andranno a comporre la Commissione Giudicatrice" (determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 348 del 2.8.2018) e, ove occorra del regolamento della Regione Veneto n. 5 del 6.12.2017, approvato con delibera della Giunta regionale n. 1940 del 27.11.2017 e pubblicato sul BUR n. 118 del 7.12.2017, in parte qua;
- dei verbali relativi alle sedute riservate tenutesi nei giorni 17.10.2018, 24.10.2018, 31.10.2018, 12.11.2018, 22.11.2018, 20.12.2018, 15.1.2019, 21.1.2019, 29.1.2019, 8.2.2019, 19.2.2019, 27.2.2019 e 30.4.2019, nelle quali la Commissione giudicatrice ha proceduto alle valutazioni qualitative delle offerte presentate dalle ditte ammesse, alla riparametrazione dei punteggi qualitativi, all'inserimento dei giudizi qualitativi nella piattaforma Sintel, all'apertura

telematica delle offerte economiche delle ditte ammesse, all'attribuzione dei relativi punteggi e a formulare la graduatoria finale e la conseguente proposta di aggiudicazione della gara;

- di tutti gli altri atti e/o provvedimenti, anche endoprocedimentali, di estremi e contenuto ignoti, attraverso i quali il Seggio di gara, la Commissione giudicatrice e l'Azienda Zero della Regione Veneto hanno dato corso alla gara e alla relativa aggiudicazione, nei limiti dell'interesse della ricorrente, con riferimento al lotto n. 2;

nonché per l'accertamento

e la dichiarazione di inefficacia dei contratti d'appalto eventualmente stipulati, nelle more, tra le singole Aziende sanitarie / Enti interessati e l'aggiudicataria del lotto n. 2 della gara;

e per la condanna

dell'Azienda Zero della Regione Veneto al risarcimento del danno in forma specifica, mediante la riedizione della procedura di gara relativa al lotto n. 2, ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da SERVIZI ITALIA SPA il 19/9/2019 :

per l'annullamento:

- della deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero della Regione Veneto, n.272/2019, con riferimento al lotto indicato nel ricorso principale ed introduttivo nella sola parte in cui ammette, in luogo di escludere, per quanto indicato nel presente ricorso, l'offerta della ricorrente principale, e con esso -e tutti sempre nella sola parte in cui ammettono e non escludono, con riferimento al lotto detto, l'offerta della ricorrente principale- i verbali delle sedute pubbliche della commissione di gara, l'atto di ammissione dell'offerta Adapta (verbale sedute 19.9 e 3-10/2018 e verbale del RUP del 16.10.2018), i verbali delle sedute riservate (sedute dal 17.10.2018 al 30.4.2019) e la graduatoria finale (tutto sempre e solo in parte qua)..

quanto al ricorso n. 779 del 2019:

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari

- della deliberazione del Direttore Generale della Azienda Zero della Regione Veneto n. 272 del 7.6.2019, avente ad oggetto "Procedura aperta telematica suddivisa in cinque lotti per l'affidamento del servizio di lavanolo biancheria, materasseria, capi di vestiario per le Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, per l'Ospedale Riabilitativo di Alta Specializzazione di Motta di Livenza e per l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie, per la durata di cinque anni, con riserva di rinnovo per ulteriori due anni: aggiudicazione definitiva", con riferimento al lotto n. 3;

- della nota della Azienda Zero della Regione Veneto prot. n. prot. 0011711/2019, trasmessa a mezzo pec in data 10.6.2019, con la quale è stata comunicata alla ricorrente la predetta aggiudicazione, con riferimento al lotto n. 3 ;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, ed in particolare, con riferimento al lotto n. 3:
- della determinazione del Dirigente Responsabile della U.O.C. CRAV dell'Azienda Zero della Regione Veneto n. 255 del 15.6.2018, avente ad oggetto "Procedura aperta telematica suddivisa in cinque lotti per l'affidamento del servizio di lavanolo biancheria, materasseria, capi di vestiario per le Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, per l'Ospedale Riabilitativo di Alta Specializzazione di Motta di Livenza e per l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie, per la durata di cinque anni, con riserva di rinnovo per ulteriori due anni: indizione di gara" e di tutti gli atti in essa richiamati, tra i quali, in particolare, il provvedimento, di estremi e contenuto ignoti, con cui la C.R.I.T.E. (Commissione Regionale per l'Investimento in Tecnologia e Edilizia), nella seduta dell'8.6.2018, ha espresso parere favorevole all'indizione della gara;
- del bando di gara, approvato con la citata determinazione del Dirigente della UOC CRAV n. 255/2018 e pubblicato sulla G.U.U.E. in data 20.6.2018, successivamente rettificato con determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 348 del 2.8.2018 e con avviso pubblicato in data 8.8.2018;
- del disciplinare di gara e dei relativi allegati (modello DGUE, dichiarazione sostitutiva integrativa, modello di offerta economica, capitolato tecnico e relativi allegati, criteri di valutazione, modalità tecniche utilizzo Piattaforma Sintel), approvati con la citata determinazione del Dirigente della UOC CRAV n. 255/2018, successivamente rettificata con determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 368 del 31.8.2018 e con avviso pubblicato in data 8.8.2018;
- delle risposte alle richieste di chiarimenti pubblicate dalla Azienda Zero della Regione Veneto;
- del provvedimento di nomina del Seggio di gara (determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 382 del 18.9.2018);
- del verbale relativo alle sedute riservate tenutesi nei giorni 19.9.2018 e 3.10.2018, nelle quali il Seggio di gara ha proceduto all'apertura dei plichi telematici pervenuti e alla verifica della documentazione amministrativa e del verbale del RUP del 16.10.2018;
- del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice (determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 448 dell'8.10.2018) e del presupposto provvedimento di "individuazione delle professionalità, competenti nel settore oggetto dell'appalto, che andranno a comporre la Commissione Giudicatrice" (determinazione dirigenziale della UOC CRAV n. 348 del 2.8.2018) e, ove occorra del regolamento della Regione Veneto n. 5 del 6.12.2017, approvato con delibera della Giunta regionale n. 1940 del 27.11.2017 e pubblicato sul BUR n. 118 del

7.12.2017, in parte qua;

- dei verbali relativi alle sedute riservate tenutesi nei giorni 17.10.2018, 24.10.2018, 31.10.2018, 12.11.2018, 22.11.2018, 20.12.2018, 15.1.2019, 21.1.2019, 29.1.2019, 8.2.2019, 19.2.2019, 27.2.2019 e 30.4.2019, nelle quali la Commissione giudicatrice ha proceduto alle valutazioni qualitative delle offerte presentate dalle ditte ammesse, alla riparametrazione dei punteggi qualitativi, all'inserimento dei giudizi qualitativi nella piattaforma Sintel, all'apertura telematica delle offerte economiche delle ditte ammesse, all'attribuzione dei relativi punteggi e a formulare la graduatoria finale e la conseguente proposta di aggiudicazione della gara;

- di tutti gli altri atti e/o provvedimenti, anche endoprocedimentali, di estremi e contenuto ignoti, attraverso i quali il Seggio di gara, la Commissione giudicatrice e l'Azienda Zero della Regione Veneto hanno dato corso alla gara e alla relativa aggiudicazione, nei limiti dell'interesse della ricorrente, con riferimento al lotto n. 3;

nonché per l'accertamento

e la dichiarazione di inefficacia dei contratti d'appalto eventualmente stipulati, nelle more, tra le singole Aziende sanitarie / Enti interessati e l'aggiudicataria del lotto n. 3 della gara;

e per la condanna

dell'Azienda Zero della Regione Veneto al risarcimento del danno in forma specifica, mediante la riedizione della procedura di gara relativa al lotto n. 3, ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da SERVIZI ITALIA SPA il 19/9/2019 :

per l'annullamento:

- della deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero della Regione Veneto, n.272/2019, con riferimento al lotto indicato nel ricorso principale ed introduttivo nella sola parte in cui ammette, in luogo di escludere, per quanto indicato nel presente ricorso, l'offerta della ricorrente principale, e con esso -e tutti sempre nella sola parte in cui ammettono e non escludono, con riferimento al lotto detto, l'offerta della ricorrente principale- i verbali delle sedute pubbliche della commissione di gara, l'atto di ammissione dell'offerta Adapta (verbale sedute 19.9 e 3-10/2018 e verbale del RUP del 16.10.2018), i verbali delle sedute riservate (sedute dal 17.10.2018 al 30.4.2019) e la graduatoria finale (tutto sempre e solo in parte qua)..

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Servizi Italia S.p.A. e di Azienda Zero;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2019 il dott. Marco Rinaldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Si controverte sulla legittimità degli atti della procedura di evidenza pubblica, suddivisa in cinque lotti del valore complessivo di circa centoquaranta milioni di euro, per l'affidamento, per cinque anni (prorogabili a sette), del servizio di lavanolo biancheria, materasseria, capi di vestiario, indetta dalla Centrale di committenza per la Regione Veneto per soddisfare il fabbisogno delle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, dell'Ospedale Riabilitativo di Alta Specializzazione di Motta di Livenza e dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie.

Il RTI con mandataria Adapta ricorrente, che ha partecipato alle gare per tutti i cinque lotti, classificandosi al quarto posto nella gara relativa al lotto n. 2 e al secondo posto nella gara relativa al lotto n. 3, ha impugnato, con autonomi ricorsi, l'aggiudicazione disposta in favore di Servizi Italia dei lotti 2 e 3 e gli atti inditivi dell'intera procedura, contestando le regole con cui è stata strutturata la gara, con particolare riferimento alla decisione della stazione appaltante di suddividere l'appalto in cinque maxi lotti, senza prevedere alcun vincolo di aggiudicazione: decisione che avrebbe favorito l'insorgenza di una situazione di monopolio, poi concretamente verificatasi, essendo stati tutti i lotti aggiudicati alla medesima impresa (Servizi Italia), in forma singola o aggregata.

Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata, contrastando analiticamente le avverse pretese, sia in rito che nel merito.

L'aggiudicataria ha, altresì, proposto ricorso incidentale escludente per contestare l'ammissione alla gara della ricorrente principale.

All'udienza pubblica in epigrafe indicata la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio, visto l'art. 70 c.p.a., dispone la riunione dei ricorsi in epigrafe indicati, attesa la sostanziale identità delle questioni trattate e delle censure articolate dalla ricorrente.

Ciò posto, secondo l'ordine logico delle questioni di cui agli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276 secondo comma, c.p.c., occorre prioritariamente esaminare il ricorso incidentale paralizzante, potenzialmente idoneo a far venir meno retroattivamente la legittimazione a ricorrere di Adapta, con cui l'aggiudicataria deduce che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett c) e lett f bis), D.lgs. n. 50/2016, per aver commesso un grave illecito professionale e/o per aver reso dichiarazioni non veritiere, omettendo di dichiarare, all'atto di presentazione dell'offerta, l'esistenza di un giudizio penale

a carico del legale rappresentante per il reato di sub-appalto non autorizzato nell'esecuzione di un precedente contratto.

Il ricorso incidentale è infondato.

L'art. 80, co. 5, lett c) del D.lgs. n. 50/2016 prevede che la stazione appaltante possa escludere il concorrente qualora dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Nel caso di specie nessun grave illecito professionale è stato commesso dalla ricorrente principale, atteso che il suo legale rappresentante è stato assolto dall'imputazione ascrittagli (affidamento di subappalto non autorizzato) con la formula "il fatto non sussiste" (Tribunale di Milano, sentenza n. 12677/2019): non risulta, del resto, che la stazione appaltante abbia in alcun modo dimostrato l'inaffidabilità del concorrente.

Nessuna falsa dichiarazione è stata resa dal legale rappresentante di Adapta - con conseguente inapplicabilità della causa di esclusione prevista dall'art. 80, co. 5, lett f bis) del D.lgs. n. 50/2016 a carico dell'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere - per il semplice e decisivo motivo che, secondo quanto statuito dalla citata sentenza del Tribunale di Milano, gli affidamenti cui fa riferimento la ricorrente incidentale non sono qualificabili come subappalti.

Ciò posto, può ora procedersi allo scrutinio del ricorso principale con cui Adapta, facendo valere il proprio interesse strumentale alla riedizione della gara, censura gli atti inditivi della procedura, poiché ritenuti ingiustamente restrittivi della concorrenza e idonei a favorire l'insorgenza di un "monopolio regionale" nella gestione del servizio in favore di Servizi Italia.

Devono essere, preliminarmente, disattese le eccezioni di rito con cui l'Azienda Zero e l'aggiudicataria deducono l'inammissibilità, per difetto di una o entrambe le condizioni dell'azione (legittimazione e interesse a ricorrere), delle censure dirette avverso la lex specialis poiché proposte da un soggetto, Adapta S.p.A, che non ha la qualifica di piccola o media impresa e che ha, comunque, partecipato alla gara. Le doglianze attoree sarebbero, altresì, tardive perché la ricorrente principale avrebbe dovuto tempestivamente gravare la lex specialis nei trenta giorni successivi alla pubblicazione del bando e non in sede di impugnazione dell'aggiudicazione.

Tutte le predette eccezioni preliminari vanno respinte.

In linea di principio, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 26 aprile 2018, ha escluso l'acquiescenza implicita alle regole della gara per l'operatore che vi ha partecipato.

Quanto alla pretesa tardività del ricorso principale, si rammenta che, quando le regole della lex specialis non impediscono la presentazione dell'offerta (come nel caso in esame) non è possibile l'impugnazione immediata del bando di gara, in quanto non si riscontra un'immediata lesione della sfera giuridica dell'interessato. La partecipazione alla gara stessa, inoltre, non

impedisce ai concorrenti di dedurre il carattere lesivo delle disposizioni del bando in sede di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, secondo la tecnica della doppia impugnativa.

Anzi, proprio perché ha partecipato legittimamente alla gara, la ricorrente principale può contestare gli esiti della procedura selettiva e lamentare che avrebbe avuto una maggiore chance di aggiudicazione nel caso in cui la gara fosse stata strutturata su una maggiore articolazione dei lotti e sull'eliminazione della opportunità di conseguire l'aggiudicazione di tutti i lotti da parte di un unico concorrente.

La circostanza che la ricorrente non sia una PMI non può condurre alla declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo poiché l'azione promossa dall'odierna istante, oltre ad essere diretta al mero recupero della chance di partecipare al nuovo esperimento di gara, è soprattutto finalizzata a far dichiarare l'illegittimità dell'impostazione complessiva della gara, che le ha in concreto impedito di conseguire un risultato utile.

La ricorrente, inoltre, non fa valere soltanto la violazione dell'art. 51 c.p.a., ma lamenta anche la violazione dell'art. 30 D.lgs. n. 50/2016 e dei principi generali di libera concorrenza, par condicio, trasparenza e non discriminazione dettati dal codice dei contratti pubblici e dalla normativa europea.

Acclarato che la ricorrente principale è legittimata a impugnare gli atti di gara, in quanto titolare di una posizione qualificata e differenziata rispetto al *quisque de populo*, e ha un interesse personale, attuale e concreto all'annullamento dell'intera procedura e alla riedizione della gara, può procedersi all'esame del merito delle censure articolate avverso la *lex specialis*.

Al riguardo, il Collegio reputa illegittima la legge di gara (e in via derivata l'aggiudicazione dei singoli lotti impugnati), ritenendo non sufficientemente motivata la decisione della stazione appaltante di suddividere la gara in cinque macro lotti, senza prevedere alcun vincolo di aggiudicazione.

Come osservato da Consiglio di Stato n 1350/2019 e dalla giurisprudenza ivi richiamata, la tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese ex art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 (ed in precedenza l'art. 2, comma 1 bis, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006), ma anche, e soprattutto, sull'esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima partecipazione non solo al momento dell'effettuazione della gara ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto.

La possibilità di stabilire un limite alla aggiudicazione di tutti i lotti di cui all'articolo 51 del codice dei contratti è certamente una facoltà discrezionale della P.A., il cui mancato esercizio non è, da solo e di per sé, sintomo di illegittimità, tuttavia - specie relativamente alle procedure indette dalle Centrali di committenza e dai soggetti aggregatori di grandi dimensioni - la tutela della concorrenza impone una ragionevole e proporzionata determinazione dell'oggetto e della tipologia delle prestazioni, dell'importo dei lotti, della loro allocazione territoriale, della durata dell'affidamento, dell'imposizione di clausole o di condizioni particolari che, in ogni caso, non

devono finire di fatto per favorire una impresa rispetto ad un'altra.

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha indetto una gara di elevatissima dimensione economica (quasi 140 milioni di euro) ed operativa (la gara, che prevede l'affidamento del servizio per un periodo prolungato, 5 anni estendibili a 7, interessa circa il 60-65% del mercato regionale) per l'affidamento di un servizio standardizzato (lavanolo biancheria, materasseria, capi di vestiario), strutturandola in soli cinque lotti, in luogo di un numero maggiore, senza prevedere limiti all'aggiudicazione di tutti i lotti.

Le ragioni sottese alla suddivisione dell'appalto in cinque macro lotti, senza vincolo di aggiudicazione, non sono state, tuttavia, adeguatamente indicate negli atti di gara, dai quali emerge, in buona sostanza, solo un richiamo alla dislocazione territoriale delle Aziende sanitarie ( si legge nella determina n. 255/2018 che *“ la procedura in argomento è stata suddivisa in 5 lotti e ...tale articolazione è stata pianificata tenendo conto della dislocazione geografica delle sedi ospedaliere e territoriali interessate dal servizio, della necessità di configurare lotti omogenei per valore ed estensione nonché dell'articolazione delle Aziende Sanitarie della Regione come da LR 19/2016”*).

Trattasi di motivazione generica, apodittica, se non addirittura apparente, poco perspicua e, comunque, insufficiente, dalla quale non è possibile evincere, o anche solo desumere, le ragioni che hanno guidato la stazione appaltante nella scelta di strutturare la gara, secondo regole (basso numero dei lotti in cui l'appalto è stato suddiviso; loro rilevante importo; notevole estensione temporale; assenza del vincolo di aggiudicazione) idonee a restringere la concorrenza e a favorire la formazione di un vero e proprio “mercato chiuso” del settore del cd. lavanolo ospedaliero per circa il 60-65% del fabbisogno regionale, per un importo rilevantissimo (quasi 140 milioni di euro) e per un periodo prolungato (5 anni rinnovabile per ulteriori anni 2).

Il difetto di motivazione rende imperscrutabile nonché viziata da violazione dei principi di libera concorrenza, non-discriminazione, trasparenza, proporzionalità di cui all'art. 30 cod. contr. pubbl. e da eccesso di potere, sotto i profili della irragionevolezza e della non proporzionalità, la legge di gara pensata dalla P.A., che, finendo col tradire lo spirito e gli obiettivi della normativa nazionale ed europea in tema di appalti, tutta orientata a favorire il pieno dispiegarsi della concorrenza, ha dato luogo ad un mercato chiuso, fino ad un settennato, del servizio messo a gara (cd. lavanolo ospedaliero), dovuto non solo all'individuazione di lotti di importo particolarmente rilevante e di durata notevolmente prolungata, ma anche alla possibilità di conseguire tutti i lotti da parte di un solo operatore economico.

La sottrazione sostanziale al mercato di importi così elevati e per periodi così lunghi – potendo condizionare la permanenza stessa delle altre imprese sul mercato e tradire gli obiettivi propri della politica comunitaria in tema di appalti pubblici, diretta a favorire condizioni di reale concorrenza senza discriminazioni e a rendere contendibile il mercato agli operatori economici – avrebbe richiesto una perspicua e accurata motivazione degli atti inditivi della procedura (con una esplicitazione chiara e comprensibile delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a strutturare nel modo prescelto le regole di gara) e non poteva essere sorretta da una motivazione, quale quella sopra riportata, generica, stereotipata, a tratti impenetrabile, e

per ciò solo insufficiente, una sorta di motivazione passepartout, priva di contenuto individualizzante, astrattamente idonea a sorreggere ogni bando che preveda una suddivisione dell'appalto in lotti, a prescindere dal loro concreto dimensionamento e dall'oggetto dell'affidamento, e qualsiasi strutturazione delle regole di gara.

Alla luce delle suesposte osservazioni, considerato che la motivazione non è integrabile in giudizio ad opera della difesa della P.A. (sicchè non possono essere prese in considerazione le deduzioni con cui i difensori di Azienda Zero cercano di sviluppare in giudizio le ragioni a sostegno dell'articolazione della gara in macro lotti non esplicitate dalla P.A. nel corso del procedimento e di giustificare la mancata introduzione del vincolo di aggiudicazione con la necessità di scongiurare il rischio di potenziali cartelli anticoncorrenziali), l'azione demolitoria deve essere parzialmente accolta, assorbita ogni altra censura della ricorrente, con conseguente annullamento degli atti inditivi della procedura e, in via di illegittimità derivata, dell'aggiudicazione dei lotti in contestazione.

La problematicità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite, ferma la restituzione del contributo unificato a carico di Azienda Zero.

(omissis)