

Tar Emilia Romagna, sezione seconda, sentenza n. 816 del 1 ottobre 2021

Accordo quadro – Limiti – Importo - Durata - Vincoli

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 348 del 2021, proposto da S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso lo studio del secondo in Bologna,

contro

..... Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici non costituitasi in giudizio;

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.to, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Bologna, Via; S.r.l. (Istituto Romagnolo per Lo Sviluppo dei Tumori “Dino Amadori”) non costituitosi in giudizio;

per l’annullamento

- DEL BANDO DELLA GARA INDETTA PER L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI INTEGRATI DI LAVA-NOLEGGIO A RIDOTTO IMPATTO AMBIENTALE PER L’AZIENDA USL DELLA ROMAGNA E L’IRST DI MELDOLA;

- DEL DISCIPLINARE E DEGLI ALTRI ALLEGATI CHE PREVEDONO CLAUSOLE ESCLUDENTI O LIMITATIVE DELLA PARTECIPAZIONE ALLA GARA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2021 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. ha indetto una procedura competitiva aperta per selezionare l'aggiudicatario dei servizi integrati di lava-noleggio a ridotto impatto ambientale per l'USL della Romagna e l'IRST di Meldola. Ha quindi approvato il bando e gli altri elaborati della *lex specialis* (disciplinare, capitolato tecnico, progetto tecnico e schema di convenzione).

B. La ricorrente – operatrice del settore a livello nazionale ed appaltatrice in molteplici Aziende sanitarie e ospedaliere – afferma il proprio interesse a partecipare al confronto comparativo. L'appalto, come puntualmente descritto al punto II.2.4 del bando, è il servizio integrato di lava-noleggio di biancheria piana, materasseria e biancheria confezionata a ridotto impatto ambientale nonché noleggio, ricondizionamento e sterilizzazione di dispositivi medici in tessuto tecnico riutilizzabile (TTR) e per l'allestimento del teatro operatorio. Il totale stimato a base d'asta è di 66.305.040 € (IVA esclusa), per una durata di 60 mesi.

C. Lamenta l'esponente che il disciplinare racchiude clausole immediatamente lesive ed escludenti, le quali impediscono una corretta e consapevole elaborazione

dell'offerta rendendo la partecipazione incongruamente difficoltosa: sostiene che, di conseguenza, devono essere impugnate tempestivamente (Consiglio di Stato, adunanza plenaria n. 1/2003, n. 4/2011, n. 9/2014, n. 4/2018).

D. Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato a mezzo PAT, la Società ricorrente censura gli atti in epigrafe, deducendo in diritto i seguenti motivi:

I. Violazione dell'art. 95 commi 6 e 10-*bis* del D. Lgs. 50/2016, dei principi generali di buon andamento e imparzialità, *par condicio*, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e macroscopica illogicità tra il punto II.2.4 del bando e l'art. 19.1 del disciplinare, inosservanza degli artt. 1346 e 1418 comma 2 del c.c., dal momento che la *lex specialis* non premia in alcun modo il servizio integrato di lava-noleggio di biancheria e materasseria e il noleggio di dispositivi in TTR, malgrado costituiscano l'oggetto principale della commessa.

II. Violazione dell'art. 95 commi 6 e 10-*bis* del D. Lgs. 50/2016, dei principi generali di buon andamento e imparzialità, *par condicio*, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e macroscopica illogicità del punto 5 del capitolato tecnico, travisamento e sviamento della causa tipica, difetto di motivazione, poiché rispetto alla gara svolta nel 2015 l'ammontare della base d'asta è stato incongruamente ridotto da 12.070.000 € a 11.046.640 € annui.

III. Violazione dell'art. 95 commi 6 e 10-*bis* del D. Lgs. 50/2016, illegittimità degli artt. 4 e 5 del disciplinare, inosservanza dell'art. 30 commi 1 e 2 del Codice dei contratti, lesione dei principi di buon andamento e imparzialità, *par condicio*, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e macroscopica illogicità, contraddittorietà del punto 5 del capitolato tecnico, sviamento e difetto di motivazione, visto che il valore indicato nella convenzione è del tutto aleatorio, frutto di una stima del fabbisogno presumibile che non vincola le Aziende pubbliche nei confronti dell'aggiudicatario.

IV. Violazione degli artt. 3, 4, 30 e 51 del D. Lgs. 50/2016, dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, *par condicio*, *favor participationis*, trasparenza, buon andamento, giusto procedimento, proporzionalità e ragionevolezza, eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste, carenza di motivazione, dato che la gara è strutturata in un unico lotto pur avendo un'elevatissima dimensione economica e operativa (si tratta di oltre 66.000.000 €), così da impedire un confronto concorrenziale effettivo.

E. Si è costituita in giudizio, sollevando eccezioni in rito e chiedendo la reiezione del gravame nel merito.

F. Con ordinanza n. 234 emessa in data 25/5/2021, questa Sezione ha accolto la domanda cautelare.

G. All'udienza del 22 settembre 2021 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura la *lex specialis* della gara indetta da per l'aggiudicazione dei servizi integrati di lava-noleggio a ridotto impatto ambientale, per conto dell'Azienda USL della Romagna e dell'IRST di Meldola.

Il Collegio può soprassedere dall'esame delle eccezioni in rito formulate, in quanto il gravame è infondato nel merito.

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 95 commi 6 e 10-*bis* del D. Lgs. 50/2016, dei principi generali di buon andamento e imparzialità, *par condicio*, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e macroscopica illogicità tra il punto II.2.4 del bando e l'art. 19.1 del disciplinare, inosservanza degli artt. 1346 e 1418 comma 2 del c.c., dal momento che la *lex specialis* non premia in alcun modo il servizio di lava-noleggio e il noleggio di dispositivi in TTR, malgrado costituiscano l'oggetto principale della commessa. In particolare:

- la prestazione essenziale dell'appalto è il servizio integrato di lava-noleggio di biancheria e materasseria, e il noleggio di dispositivi medici in tessuto tecnico riutilizzabile TTR (punto II.2.4 del bando) mentre i criteri di valutazione del pregio tecnico valorizzano la qualità dei prodotti di biancheria confezionata e TTR (12 punti), il sistema automatizzato di distribuzione delle divise (42) e la sostenibilità ambientale (16), per cui alcun riconoscimento è previsto per le 2 prestazioni principali richieste nell'appalto (art. 19.1 del disciplinare);
- la citata clausola del disciplinare viola l'art. 95 comma 6 del Codice dei contratti, per cui i criteri di aggiudicazione devono essere connessi all'oggetto dell'appalto;
- inoltre è lesa l'art. 95 comma 10-*bis* del D. Lgs. 50/2016, in quanto non è possibile individuare il miglior rapporto qualità/prezzo, dato che i criteri non garantiscono un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici;
- è in definitiva preclusa quella valutazione di convenienza che è indispensabile per la corretta e consapevole elaborazione di un'offerta economica sostenibile, con conseguente nullità/illegittimità del disciplinare per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto.

La doglianza è priva di pregio giuridico.

1.1 La prestazione principale dell'appalto consiste nel noleggio di biancheria e materasseria per gli Ospedali (con ritiro di quella sporca e riconsegna dopo la pulizia) e di dispositivi medici in tessuto tecnico riutilizzabile. Risulta persuasivo il rilievo della difesa di, per cui il capitolato descrive esaustivamente le caratteristiche della fornitura in modo da renderla standardizzata a garanzia di un livello – minimo e omogeneo – di qualità (cfr. capitolato tecnico, che descrive le tipologie di prestazioni richieste, e i relativi allegati, che enucleano dettagliatamente le caratteristiche dei prodotti rientranti nell'oggetto della gara).

1.2 Ciò premesso, i due parametri *“Qualità dei prodotti offerti di biancheria confezionata e TTR”* e il *“sistema automatizzato di distribuzione divise”* rivelano piena coerenza con le

prestazioni fondamentali dell'appalto, tenuto conto dello *standard* da assicurare illustrato negli elaborati uniti al capitolato. Il tipo specifico di biancheria e TTR e l'efficienza del sistema di distribuzione – enucleati dalla *lex specialis* quali componenti qualitative – sono elementi che disvelano, accrescendolo, il pregio tecnico della fornitura, premiando le caratteristiche dei capi puliti e la puntualità e razionalità della loro messa a disposizione. In buona sostanza ferme restando le prestazioni minime da garantire, la stazione appaltante valorizza le migliori caratteristiche tecniche dei prodotti forniti e la maggiore efficienza dei segmenti della procedura di pulizia e consegna.

1.3 Non è riscontrabile, dunque, la denunciata antinomia dell'art. 19.1 del disciplinare rispetto alla commessa affidata mediante la procedura selettiva controversa, ma al contrario si rinviene – nella fissazione dei criteri con i relativi punteggi – la specificazione delle modalità di esecuzione delle prestazioni (oggetto di riconoscimento) al fine di ottenere un servizio più performante.

1.4 Non va infine sottaciuto il costante orientamento della giurisprudenza secondo il quale *“la scelta operata dall'Amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei criteri di valutazione delle offerte, ivi compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi e agli eventuali sub-criteri e sub-pesi, specificamente indicati nella lex specialis, è invero espressione dell'ampia discrezionalità che la legge le ha attribuito per meglio perseguire l'interesse pubblico, così che tale scelta sfugge al sindacato di legittimità allorquando non sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri siano trasparenti ed intellegibili, consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta”* (Consiglio di Stato, sez. V – 30/7/2020 n. 4856, che richiama i propri precedenti 18/6/2015 n. 3105 e 8/4/2014 n. 1668). Le denunciate incongruenze e irrazionalità, come già visto, non sussistono, né può essere stigmatizzata la previsione di un punteggio per la sostenibilità ambientale della commessa mediante il richiamo ai CAM, imposti o comunque incentivati dal Codice dei contratti.

2. Con la seconda doglianza l'esponente rappresenta la violazione dell'art. 95 comma 6 e 10-*bis* del D. Lgs. 50/2016, dei principi generali di buon andamento e imparzialità, *par condicio*, l'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e macroscopica illogicità del punto 5 del capitolato tecnico, travisamento e sviamento della causa tipica, difetto di motivazione, poiché rispetto alla gara pregressa l'ammontare della base d'asta è stato incongruamente ridotto di una percentuale di oltre l'8%; in particolare:

- nel 2015 la base d'asta per il servizio di lavanolo era di 12.070.000 € per anno, e nonostante i più stringenti criteri per la sostituzione della divisa sanitaria in ottemperanza alle prescrizioni anti-Covid 19 (e la cumulativa richiesta di oltre 150 macchine automatiche per raccolta e distribuzione divise) per la medesima commessa del 2021 è stato fissato l'ammontare di 11.046.640 €;
- la scelta è illogica e contraddittoria, non permette di conseguire il miglior rapporto qualità/prezzo, non valorizza gli elementi di pregio dell'offerta e impedisce di formulare una proposta ponderata e consapevole;
- i dati forniti all'art. 5 del capitolato tecnico risalgono al 2019, quando l'anno successivo – a causa della pandemia – i costi dell'attività sanitaria sono incrementati notevolmente, per cui i prezzi esibiti risultano anacronistici e inattuali;
- ANAC, con deliberazione n. 540/2020, ha riconosciuto negli appalti con corrispettivi forfettari a giornata di degenza lo scostamento tra quanto previsto nelle rilevazioni precedenti e quelle realmente erogate dalle lavanderie industriali a favore delle Aziende Sanitarie (nella pratica, si è provveduto alla rinegoziazione dei contratti in virtù dei mutati protocolli sanitari);
- la *lex specialis* chiede 150 distributori per la durata di un quinquennio (oltre a un anno di eventuale proroga) quando l'ammortamento fiscale di tali prodotti è previsto in 9 anni con il coefficiente del 12,5%, e dunque la conclusione “anticipata” del contratto addossa alle imprese i costi aggiuntivi sostenuti per l'acquisto.

L'articolata tesi non è passibile di positivo scrutinio.

2.1 La difesa di dà conto anzitutto dell'attendibilità della cifra a base d'asta, in quanto sostanzialmente allineata con l'ammontare della spesa sostenuta annualmente (ad oggi) dall'ASL Romagna e dall'IRST di Meldola per il servizio di lavanolo: il doc. 8 attesta oneri per 10.900.000 € annui sostenuti dal primo soggetto pubblico, mentre dal doc. 21 traspaiono costi di 167.000 € affrontati dal secondo, considerato che la gestione centralizzata dell'appalto è funzionale alla realizzazione di economie di spesa.

2.2 Risulta poi dal progetto tecnico (pag. 3) che l'importo a base di gara è stato calcolato sulla base dei prezzi di riferimento per i servizi di lavanolo/lavanderia approvati con atto deliberativo ANAC n. 842/2017, incrementati del 20%. Inoltre, la stazione appaltante evidenzia che i costi sostenuti all'esito della precedente aggiudicazione del servizio (in virtù di ribassi significativi) restano inferiori quanto a prezzo unitario per giornate di degenza ordinaria, prezzo unitario DH medici e chirurgici, canone mese divise personale. Infine, viene chiarito che una quota parte dell'appalto – pari a circa 1/3 – è strutturata ad offerta “libera”, in particolare per trattamenti dialitici, pazienti che subiscono interventi chirurgici, accesso al pronto soccorso, personale 118, materiale in TTR, lavaggio materiale di proprietà dei degenti, dell'Azienda e di IRST (cfr. doc. 14). Sui possibili impatti dell'emergenza *Covid*, l'Ente procedente ragionevolmente obietta che l'avvio del servizio è previsto nel 2022, ipotizzando un'attenuazione della situazione epidemiologica in atto.

2.3 Le delucidazioni della stazione appaltante appaiono convincenti, e l'incertezza sulla pandemia nel corso del 2022 è comunque compensata dall'incremento sensibile dei prezzi unitari rispetto ai valori enucleati da ANAC e anche rispetto alle offerte aggiudicate nel 2015. In tal modo appare comprovata la loro sostenibilità nell'attuale andamento del mercato.

2.4 Nella memoria conclusionale parte ricorrente insiste nel ritenere i prezzi indicati (previsioni ANAC 2017, rendicontazione dell'ASL Romagna del giugno 2019) inattuali e privi totalmente di attendibilità, e tuttavia le cifre esibite da non trovano puntuale smentita nelle deduzioni di: la difesa di quest'ultima non dimostra, neppure con riferimento all'effetto pandemia, quale sia (in termini assoluti e percentuali) il supposto incremento medio dei prezzi unitari del mercato di riferimento, limitandosi a censurare il mancato aggiornamento nel 2020. Su quest'ultimo profilo, l'obiezione di parte resistente circa la mancata disponibilità e utilizzabilità dei dati a marzo 2021 (data di pubblicazione del bando) può ritenersi accettabile, permanendo un onere della prova – circa l'inattendibilità dei costi esibiti – non soddisfatto dalla parte ricorrente.

2.5 Neppure è stato dimostrato l'impatto – e l'insostenibilità sotto il profilo economico- finanziario – delle 150 macchine automatiche per la distribuzione e raccolta delle divise nel quinquennio, e così pure dell'ammortamento fiscale previsto in 9 anni (mentre l'appalto avrà durata massima di 6). Anche in questo caso, l'asserita anti-economicità della commessa avrebbe dovuto essere suffragata con cifre e dati precisi.

2.6 Non può essere sottaciuto, infine, che nella fattispecie dell'accordo quadro l'indicazione del fabbisogno ha natura approssimativa e le stime formulate dall'amministrazione sono di carattere orientativo, per cui il costo complessivo finale della commessa non è calcolabile con precisione a priori. L'aspetto sarà approfondito nei successivi paragrafi.

3. Con ulteriore censura si duole della violazione dell'art. 95 commi 6 e 10-*bis* del D. Lgs. 50/2016, dell'illegittimità degli art. 4 e 5 del disciplinare, dell'inosservanza dell'art. 30 commi 1 e 2 del Codice dei contratti, della lesione dei principi di buon andamento e imparzialità, *par condicio*, dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e macroscopica illogicità, contraddittorietà del punto 5

del capitolato tecnico, sviamento e difetto di motivazione, visto che il valore indicato nella convenzione è del tutto aleatorio, frutto di una stima del fabbisogno presumibile che non vincola le Aziende pubbliche nei confronti dell'aggiudicatario.

Nello specifico:

- la convenzione è valida 12 mesi (con facoltà di risoluzione immediata) mentre gli ordinativi di fornitura avranno durata fino a 60 mesi;
- dette previsioni rendono aleatorio il quadro di regole della competizione e l'impresa partecipante non ha certezza alcuna di fatturato, mentre le spese fisse restano invariate;
- ai sensi dell'art. 4 comma 5 dello schema di convenzione non vi è un affidamento in esclusiva al fornitore individuato all'esito della gara, cosicché le Aziende potranno individuare altri fornitori per ottenere gli stessi servizi (si registra una totale facoltatività in capo alle Aziende, con contratti conclusi fino a 5 anni ma con possibilità di risoluzione in qualsiasi momento, senza certezze sull'ammortamento e sul conseguimento dei ricavi);
- all'art. 26 del disciplinare è inserita la clausola sociale, con l'impegno ad assumere ben 30 operatori;
- i maggiori costi originati dalla pandemia sono integralmente a carico dell'aggiudicatario/fornitore;
- i 12 mesi di durata della convenzione quadro non coincidono con i 60 mesi di possibile durata del contratto, e la cifra degli oneri di sicurezza da interferenze (25.200 €) è totalmente inattendibile attestandosi solitamente attorno all'1% del valore a base d'asta;
- i costi della manodopera sono stimati nel 9% circa del valore dell'appalto, ma non è specificato il CCNL di riferimento per il calcolo introducendo un'ulteriore ambiguità;

- sono stati riservati ben 16 punti per i CAM, con conseguenti maggiori costi quando deve essere garantito ai concorrenti un corrispettivo equo; inoltre, prima della gara è stata indetta una consultazione di mercato tra le Aziende che hanno dichiarato il possesso dei criteri CAM, le quali sono risultate favorite dalla previsione del punteggio premiante (con inaccettabile restrizione della concorrenza).

La prospettazione non merita condivisione.

3.1 Ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. iii del D. Lgs. 50/2016, l'accordo quadro è *"l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste"*, per cui il concorrente aggiudicatario stipulerà contratti specifici secondo le esigenze delle singole amministrazioni. Queste ultime mantengono la propria autonomia nella determinazione della durata del rapporto, che può essere differente da quella dell'accordo quadro a monte.

3.2 Come ha osservato T.A.R. Lombardia Milano, sez. II – 18/5/2020 n. 840 (nel richiamare la giurisprudenza del giudice d'appello e del giudice comunitario) *"... è nella disciplina degli accordi quadro che le fonti comunitarie stabiliscono a quali condizioni il contratto stipulato fra un'amministrazione aggiudicatrice (sia essa o meno una centrale di committenza) ed un operatore economico all'esito di una gara possa essere utilizzato da amministrazioni aggiudicatrici diverse, prevedendo che queste debbano essere chiaramente individuate nell'avviso di indizione di gara (art. 33 comma 2 direttiva 24/2014) anche quando la stessa venga bandita da una centrale di committenza ..."* (T.A.R. per la Toscana, Sez. III, 8 giugno 2017, n. 783). Declinato in simili termini, il contratto quadro realizza un *pactum de modo contrahendi* ossia un contratto "normativo" dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel "vincolare" la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti ...". Da esso discende *"... non un assetto di specifiche obbligazioni, bensì una disciplina generale alla quale gli operatori economici devono attenersi in vista della stipulazione, a*

valle, di successivi contratti esecutivi, in numero non predeterminabile, entro il limite economico costituito dalla quota parte di rispettiva assegnazione nell'interesse e secondo le esigenze dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2018, n. 1455)" (T.A.R. Campania Napoli, sez. I – 7/1/2021 n. 89).

3.3 In buona sostanza, è fisiologica la distinzione tra la durata dell'accordo quadro e l'estensione temporale dei contratti esecutivi. Ad avviso del Collegio, poi, la determinatezza dell'oggetto è garantita dall'indicazione approssimativa del fabbisogno, costruito sulla base dei dati storici. L'importo indicato è pari a 66.305.040 €, mentre il capitolato tecnico (cfr. pag. 10) rinvia agli allegati per la descrizione puntuale: così sono richiamati le *"specifiche tecniche della biancheria piana"*, i *"consumi indicativi annui"* suddivisi per ambiti territoriali, oltre alla campionatura (allegato 5.2); allo stesso modo si procede per la *"materasseria"* (allegato 5.3), *"biancheria confezionata personale e colori qualifiche"* (all. 5.5), *"biancheria confezionata 118 e elicotteristi"* (all. 5.6), *"composizione divise personale"* (all. 5.7), *"biancheria confezionata antipulviscolo"* (all. 5.9), etc.

In tal modo non si registra una totale incertezza, potendo i quantitativi essere stabiliti con buona approssimazione sulla base delle necessità che la singola Azienda Sanitaria ha manifestato nel corso degli ultimi anni, in rapporto ai servizi erogati. La stazione appaltante ha formulato stime orientative per l'arco temporale delineato, e l'elaborazione non appare concretamente messa in dubbio.

3.4 Come ha statuito questa Sezione (cfr. sentenza 21/4/2021 n. 417, che risulta appellata ma non sospesa in sede giurisdizionale) *<<In tale prospettiva, il contraente che si aggiudica la gara non acquisisce un diritto a rendere il servizio all'amministrazione nella misura massima del valore stimato in sede di accordo quadro, bensì ad essere l'operatore che stipulerà i singoli contratti specifici, di volta in volta conclusi secondo le esigenze delle singole amministrazioni. Con una struttura analoga, ad esempio, nel caso specifico degli accordi quadro per l'affidamento di servizi integrati, viene normalmente stabilito ex ante un servizio necessariamente oggetto di fornitura*

e vengono individuati una serie di ulteriori servizi operativi, attivabili o meno sulla base delle specifiche esigenze dell'amministrazione che stipula il contratto derivato. Nei casi rassegnati, quindi, l'operatore non ha la certezza di fornire integralmente il servizio nei confronti delle amministrazioni contraenti per il sol fatto dell'aggiudicazione della gara sull'accordo quadro, né di rendere necessariamente tutte le tipologie di servizio contemplate dall'accordo quadro medesimo>>.

3.5 L'unico elemento da cui non si può prescindere e che va indicato, in sintonia con la decisione della Corte di Giustizia UE sez. VIII – 19/12/2018 (causa C-216/2017), è il “massimale” che ogni Azienda può chiedere all'appaltatore. Come ha rammentato C.G.A. Sicilia – 17/2/2020 n. 127, *<<Occorre ribadire che il Consiglio di Stato ha precisato che se l'accordo quadro può considerarsi "rigido", per quanto riguarda i soggetti stipulanti, a diversa conclusione deve pervenirsi con riferimento ai beneficiari della fornitura da esso veicolata ed alla concreta quantificazione della stessa, la cui specificazione è suscettibile di subire modifiche durante il periodo di efficacia dello stesso, entro i limiti, essenzialmente "quantitativi" senza che ne risulti tradita o depotenziata l'originaria matrice concorrenziale, insita nelle regole di trasparenza e par condicio che ne hanno contrassegnato il procedimento di aggiudicazione (Cons. St. n. 5489/2018). Nella più volte citata sentenza della Corte di Giustizia è stato chiaramente affermato che è necessario fissare il solo importo massimo al fine di garantire il rispetto dei principi della parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, i quali implicano che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei partecipanti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione. La fissazione dell'importo massimo rende legittima la lex specialis, in quanto predetermina in maniera chiara il limite quantitativo dello sforzo organizzativo, che potrà essere richiesto al fornitore, il quale, in quanto aggiudicatario di un accordo quadro e non di un ordinario appalto, non può pretendere una precisa determinazione delle clausole degli ordinativi. L'assunto è*

perfettamente aderente alla ricostruzione che dell'istituto dell'accordo quadro viene fatto dalla giurisprudenza e dalla dottrina che hanno valorizzato le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia europea con la sentenza più volte citata. Ha ancora precisato il Consiglio di Stato: "E' ben vero che la stipula dell'accordo quadro, come configurato, con una molteplicità di servizi e forniture può creare una situazione di 'asimmetria' tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante, in quanto, l'aggiudicatario ha l'obbligo di rifornire la pubblica amministrazione che lo richiama, al prezzo risultato migliore, tuttavia, tale aspetto non incide sulla possibilità di formulazione dell'offerta, ma semmai sulla convenienza economica dell'operatore a partecipare alla procedura e a stipulare l'accordo ed i conseguenti contratti in sede di esecuzione" (Cons. St., n. 1222/2019)>>.

3.6 L'art. 4.5 dello schema di convenzione in atti statuisce che i singoli ordinativi non sono forniti in esclusiva ma potranno essere individuati (in aggiunta) soggetti terzi, mentre non è previsto un recesso *ad nutum*. Per quanto riguarda la convenzione quadro, la possibilità di scioglimento è ancorata dall'art. 5 comma 1 del disciplinare alla sopravvenienza di disposizioni legislative, regolamentari o autorizzative ostative (cd. *factum principis*), che risultino avere portata vincolante per le amministrazioni destinatarie. Né si può parlare di totale facoltatività in capo ad Enti e Aziende del Servizio sanitario regionale, i quali sono obbligati ad utilizzare accordi e convenzioni quadro ex art. 21 comma 3 della L.r. 11/2004.

3.7 Nemmeno può essere condivisa l'ipotizzata "incertezza" dei ricavi che si accompagnerebbe alla "certezza" dei costi, dal momento che anche questi ultimi traggono origine dalla fornitura alla quale le Aziende sono tenute ai sensi della disposizione legislativa regionale appena citata. Per il resto, si rinvia alla parte conclusiva dello stralcio di sentenza del C.G.A. Sicilia n. 127/2020 (riportata al par. 3.5).

3.8 Quanto alla clausola sociale, la censura verte sull'incremento dell'onere economico che sarebbe originato dalla medesima e non su altri profili. Il Collegio rinvia alle riflessioni svolte nei paragrafi precedenti (in particolare, alla sostenibilità

finanziaria che ogni operatore interessato può indagare) con la precisazione che l'assorbimento delle risorse umane del gestore uscente ha carattere prioritario, per cui potrà avvenire nell'ambito di una valutazione economico-imprenditoriale sulle unità necessarie a soddisfare gli ordinativi ricevuti (in un'ottica di proporzionalità).

3.9 Non colgono nel segno neppure le rimostranze afferenti alle clausole sugli oneri derivanti da norme e prescrizioni sopravvenute e sulla rinuncia alle pretese quando le prestazioni dovessero essere ostacolate da soggetti terzi. Si può aderire alla prospettazione della difesa di parte resistente, per cui le situazioni descritte (oneri da regole introdotte *ex post* e pregiudizi provocati da condotte negligenti di terzi) potranno trovare soluzione nel rispetto delle norme di diritto comune.

3.10 La deduzione sull'asserita sottostima dei costi per la sicurezza non è meritevole di apprezzamento perché in alcun modo comprovata, ed è destinata a recedere a fronte del documento proveniente da ANCE e ITACA che esibisce percentuali ben inferiori a quella invocata (doc. 15, pag. 2). L'omessa indicazione del CCNL pertinente è corretta, in quanto *“l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 3/11/2020 n. 6786, che richiama sez. III – 2/3/2017, n. 975).

3.11 Come già illustrato in precedenza, infine, la valorizzazione dei CAM (criteri ambientali minimi) risponde a precisi obblighi e direttive stabiliti del legislatore, il cui recepimento (anche se non vincolante) risponde a obiettivi di qualità ambientale il cui perseguimento non può essere rinviato sulla base delle condizioni organizzative dei singoli operatori economici. Peraltro, gli stessi CAM non sono stati censurati con riguardo alle specifiche prescrizioni tecniche introdotte.

4. Con l'ultimo motivo la ricorrente deduce la violazione degli artt. 3, 4, 30 e 51 del D. Lgs. 50/2016, dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, *par condicio*, *favor participationis*, trasparenza, buon andamento, giusto procedimento, proporzionalità e ragionevolezza, eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste, carenza di motivazione, dato che la gara è strutturata in un unico lotto pur avendo un'elevatissima dimensione economica e operativa (si tratta di oltre 66.000.000 €), così da impedire un confronto concorrenziale effettivo (Consiglio di Stato, sentenza n. 1491/2019); in particolare:

- un'articolazione ragionevole in lotti è funzionale a fronte delle diversità di servizi o forniture e per consentire la partecipazione delle piccole e medie imprese;
- l'estensione territoriale, la molteplicità dei servizi e delle prestazioni da erogare, i beni strumentali da acquisire e fornire costituiscono una limitazione della concorrenza, scoraggiando la partecipazione dei piccoli operatori;
- l'art. 51 comma 1 del D. Lgs. 50/2016 prevede la suddivisione degli appalti in lotti funzionali, o prestazionali, soggiungendo che va motivata la mancata ripartizione, in conformità alle previsioni legislative ed europee;
- l'addotto avvio del percorso per l'unificazione degli Enti (Azienda unica della Romagna) è irrilevante, trattandosi di un agglomerato istituzionale che non incide su una ragionevole e proporzionata suddivisione delle prestazioni da affidare;
- un unico lotto accorpa irragionevolmente centinaia di reparti e/o centri di utilizzo, senza alcuna motivazione.

La doglianza è priva di fondamento.

4.1 E' pacifico che presso l'Azienda USL Romagna sono unificate funzioni amministrative, e per comune esperienza l'aggregazione quantitativa e l'omogeneizzazione delle prestazioni favoriscono una maggiore efficienza e un risparmio di spesa. Peraltro, come messo in luce nell'ordinanza cautelare di accoglimento n. 234/2021, nella scelta di ripartire la commessa in lotti

l'amministrazione conserva un margine elevato di discrezionalità, che nella procedura selettiva oggetto di causa non è stato esercitato in modo irrazionale.

4.2 Secondo C.G.A. Sicilia 28/6/2021 n. 628 (che richiama Consiglio di Stato, sez. III - n. 5746/2020) <<... *il favor legislativo per la suddivisione in lotti (di cui sono espressione anche i successivi commi dell'art. 51) è diretta attuazione della visione esposta nei considerando n. 78 e 79 della Direttiva 2014/24/UE, per cui "è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI. (...). A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto" (n. 78) e per cui "Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente".*

7.2. Sulla scorta del dettato normativo, la giurisprudenza amministrativa ha escluso che il principio della suddivisione in lotti possa considerarsi un principio assoluto ed inderogabile riconoscendo invece la possibilità di optare per un assetto alternativo mediante una scelta garantita da ampia discrezionalità, che va motivata ma resta sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria. Segnatamente, la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico. In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato,

oltre che dalle specifiche norme sopra ricordate del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza"(Cons. St., sez. III, 22 febbraio 2019 n. 1222; 22 febbraio 2018, n. 1138; Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 25; Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2017 n. 1038). ...sebbene sia indubbio - prosegue Cons. Stato, III, n. 5746/2020 - che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123; sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076) e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Cons. St., sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669, sez. III, 12 febbraio 2020 n. 1076);... Al p. 7.7. , Cons. Stato, 5746/2020 cit., a sostegno della legittimità della opzione per la "scelta unificatrice", compiuta dalla p.a. all'interno di una visione di insieme che ha tenuto conto anche di concorrenti interessi ed esigenze antagoniste, richiama il contenuto precettivo del considerando 78 della già citata direttiva 2014/24/UE a mente del quale "...L'entità e l'oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall'amministrazione aggiudicatrice che, in conformità delle pertinenti norme sul calcolo del valore stimato dell'appalto, dovrebbe anche avere la facoltà di aggiudicare alcuni dei lotti senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva. L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice>> (si veda in materia anche T.A.R. Puglia Bari, sez. III – 18/2/2021 n. 302). Ha concluso la pronuncia del C.G.A. che “Non si rinviene dunque né nella normativa nazionale e nemmeno nella direttiva

24/2014/UE l'obbligo di suddividere l'appalto in lotti e di dimensionare i lotti in modo da garantire la partecipazione alle PMI. La stazione appaltante può motivatamente decidere di indire una gara unica, ovvero di provvedere al frazionamento dell'appalto qualora ciò risponda in misura maggiore all'interesse pubblico. Ciò che viene richiesto è il rispetto del solo obbligo di motivazione adeguata e ragionevole in ordine alla scelta compiuta. La deroga a una suddivisione in lotti dell'appalto - suddivisione diretta essenzialmente a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese - PMI - è dunque ammessa subordinatamente: a) alla osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; b) alla verifica della logicità e plausibilità delle ragioni stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto...”.

4.3 Anche ad avviso del Consiglio di Stato, sez. III – 28/12/2020 n. 8440 “secondo il costante orientamento della giurisprudenza la suddivisione in lotti è espressione di una valutazione discrezionale dell'amministrazione sindacabile in sede giurisdizionale sotto l'aspetto della ragionevolezza e proporzionalità e dell'adeguatezza dell'istruttoria (*ex multis*, cfr. Cons. St., sez. III n., 21 marzo 2019, n. 1857; Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044;); in ogni caso l'ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito non è suscettibile di essere censurato in base a meri criteri di opportunità (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138)”.

4.4 Nel caso di specie, contrariamente a quanto opina parte ricorrente, l'unificazione delle Aziende sanitarie nell'Azienda della Romagna risponde ad esigenze di uniformità dei servizi da erogare sul territorio, e l'aggregazione degli acquisti di beni e servizi consente di beneficiare di economie di scale. Sotto altro punto di vista, anche la circostanza che un operatore non produca - per propria scelta organizzativo/imprenditoriale - una parte della fornitura richiesta non è di ostacolo alla partecipazione alla gara, potendosi comunque ricorrere all'associazione temporanea o all'acquisizione preventiva della parte di attrezzatura non direttamente prodotta, tramite accordi di commercializzazione. Peraltro, la stazione appaltante ha

chiarito che non era previsto alcuno sbarramento all'ingresso (attraverso requisiti minimi di fatturato) richiedendosi semplicemente ai concorrenti, oltre all'iscrizione nel registro della CCIAA, almeno 5 contratti di lava-noleggio o servizi analoghi a quello messo in gara, di cui due realizzati esclusivamente in strutture ospedaliere pubbliche e/o private (pag. 14 disciplinare).

4.5 In conclusione, non affiorano clausole restrittive alla partecipazione al confronto competitivo, anche tenuto conto dell'importo annuale dell'appalto pari a circa 1.000.000 €, ascrivibile a un'impresa di media entità (come risulta essere l'impresa ricorrente).

5. In definitiva, il ricorso introduttivo è infondato e deve essere rigettato.

6. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il gravame in epigrafe.

Condanna parte ricorrente a corrispondere alla parte resistente la somma di 6.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

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

La presente sentenza è depositata con le modalità previste dal processo telematico, e la Segreteria della Sezione provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO