

Tar Veneto, sezione terza, sentenza n. 419 del 1° aprile 2021

Appalto pubblico - Suddivisione in lotti, art. 51 del d.lgs. 50/2016– Omesso vincolo di aggiudicazione negli atti di gara – No obbligo di motivazione – Limiti – Discrezionalità P.A.

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 il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 979 del 2020, proposto da S.P.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv., e dall'avv., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

..... S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

..... Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati

..... S.p.A., S.p.A., S.p.A., S.r.l., S.r.l., Sof S.p.A. non costituite in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- di tutti gli atti della procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60, d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., per l'affidamento di servizi integrati per la gestione e assistenza tecnica delle apparecchiature biomediche per le Aziende Sanitarie del Veneto, l'I.R.C.C.S. IOV e per O.R.A.S. di Motta di Livenza ed in particolare:

- i) della deliberazione del DG n. 44 del 7.2.2019, recante indizione della gara e approvazione della documentazione di gara;
- ii) del Bando di gara pubblicato sulla GUUE del 15.12.2019 e dei successivi avvisi di proroga del termine per la presentazione delle offerte;
- iii) della Deliberazione del DG n. 240 del 17.05.2019, recante modifiche al Disciplinare e al Capitolato tecnico;
- iv) del Disciplinare di gara rettificato e dei relativi allegati;
- v) del Capitolato tecnico rettificato e dei relativi allegati;

- di tutti i verbali di gara, ove lesivi, ed in particolare: del verbale della Commissione giudicatrice del 24.06.2020, recante apertura offerte economiche, attribuzione dei punti prezzo e proposta di aggiudicazione in relazione al Lotto 1;

- per la declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'art. 121 e 122 c.p.a., dei contratti *medio tempore* conclusi;

- per la condanna della stazione appaltante al risarcimento in forma specifica, mediante riedizione della procedura, ovvero in subordine per equivalente monetario da quantificarsi in corso di causa;

nonché per l'annullamento ex art. 116, comma 2, c.p.a.;

- del diniego parziale opposto da con nota prot. 22120 del 25.09.2020 all'istanza di accesso agli atti presentata da Althea in data 1.09.2020, sollecitata con nota del 14.09.2020 e del 22.09.2020;

e per la conseguente condanna di ad esibire tutti gli atti e documenti richiesti da ed illegittimamente non ostesi;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Tecnologie sanitarie s.p.a. il 9/11/2020:

per l'annullamento

a) di ogni atto e/o verbale con cui la stazione appaltante e/o la Commissione hanno ammesso alla gara la ricorrente principale, valutandone l'offerta ai fini dell'aggiudicazione del lotto 1;

b) dei verbali di gara *in parte qua*, ivi compresi i verbali del 2 e 5 luglio 2019 nella parte in cui è stata ammessa a partecipare alla gara e del verbale del 24.06.2020 con il quale è collocata al terzo posto nella graduatoria finale del Lotto 1;

c) della Deliberazione del Direttore Generale n. 486 del 28.08.2020, nella parte in cui si dà atto dell'ammissione alla gara di e di ogni altro provvedimento con cui viene approvata la graduatoria finale e nella parte in cui viene inclusa nella graduatoria finale dei lotti di gara, ivi compreso in particolare il lotto 1;

d) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché di data e tenore sconosciuto, che possa ledere gli interessi dell'odierna ricorrente incidentale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di, di Tecnologie Sanitarie S.p.A. e di Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2021, tenutasi ai sensi del combinato disposto degli artt. 25, comma 1, d.l. n. 137 del 2020 e 4, d.l. n. 28 del 2020, il dott. Paolo Nasini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Deliberazione D.G. n. 44 del 7.2.2019,, centrale di committenza della Regione Veneto, ha indetto una procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60, d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., per l'affidamento di servizi integrati per la gestione e assistenza tecnica delle apparecchiature biomediche per le Aziende Sanitarie del Veneto, l'I.R.C.C.S. IOV e per O.R.A.S. di Motta di Livenza per la durata di 5 anni, con facoltà di rinnovo per ulteriori 2 anni e opzione di eventuale proroga di 180 giorni. Con la medesima delibera è stata approvata la *lex specialis* di gara, poi rettificata a seguito di Deliberazione del DG n. 240 del 17.05.2019: la procedura, del valore di € 241.116.626,52 (iva esclusa), è stata suddivisa in 7 lotti territoriali e funzionali, che tengono conto dell'ambito territoriale di riferimento per un'adeguata organizzazione e gestione dei team residenti e non residenti, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016, nella percentuale di qualità 70 punti, prezzo 30 punti.

Il Bando di gara non ha previsto alcun vincolo di aggiudicazione.

La società S.p.A. (d'ora in poi,), odierna ricorrente, ha partecipato alla gara relativa a tutti e sette i lotti.

Complessivamente, risultano aver partecipato 6 operatori economici con riferimento al Lotto 3, e 5 operatori in tutti gli altri Lotti.

All'esito delle operazioni peritali, e delle verifiche di congruità delle offerte delle prime classificate, la società Tecnologie Sanitarie S.p.A. (d'ora in poi TS) è risultata aggiudicataria del Lotto 1, mentre per gli altri sei lotti è risultato aggiudicatario l'RTI costituito tra le ditte HC/..... Italia S.p.A./..... e S.p.A.

..... nell'ambito di tutti e sette i lotti si è classificata "terza".

Avverso gli atti e provvedimenti indicati in epigrafe, limitatamente al Lotto n. 1, ha proposto impugnazione, con ricorso depositato in data 7 ottobre 2020, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

1. in conseguenza di una suddivisione in sette macro-lotti, di importo, cioè, molto elevato, accorpando, per di più, una pluralità di Aziende sanitarie, ma senza vincolo di aggiudicazione, avrebbe determinato una grave distorsione della concorrenza, tanto più che la Stazione appaltante non avrebbe adeguatamente motivato in ordine alle ragioni della riduzione della concorrenza all'esito della competizione; secondo parte ricorrente, sarebbe censurabile il fatto che l'appalto copre addirittura il 100% del mercato regionale per il servizio in questione, con totale preclusione all'accesso di altri operatori economici per un lungo periodo di tempo (sette anni); il tutto in asserita violazione dell'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, non residuando margini di ingresso nel mercato regionale per gli altri operatori economici per tutta la durata dell'appalto, pari a sette anni; inoltre, la suddivisione dell'appalto in maxi-lotti sarebbe illogica in quanto,, pur a fronte di Aziende Sanitarie di elevate dimensioni, avrebbe irragionevolmente ritenuto di accorparne più di una all'interno del medesimo Lotto, senza motivare in ordine alle ragioni di tale accorpamento; in particolare, nel Lotto 2 sono state accorpate tre Aziende Sanitarie (la Ulss n. 3 Serenissima, la Ulss n. 4 veneto Orientale e Ulss n. 5 Polesana), per un importo di circa 33 milioni di euro e, nel Lotto 4, sono state accorpate due Ulss di notevoli dimensioni (la Ulss 7 Pedemontana e la 8 Berica), per un valore del lotto pari a oltre 55 milioni di euro; per quanto concerne il Lotto 1 qui in esame, del valore di oltre 25 milioni di euro, ha accorpato due Aziende Sanitarie (Ulss 1 Dolomiti – Ulss 2 Marca Trevigiana), oltre che l'Ospedale Riabilitativo di Motta di Livenza; al riguardo, la Ulss Dolomiti “copre” l'intero territorio di Belluno, con un totale di sei ospedali e un centro sanitario polifunzionale di Pieve di Cadore; la Ulss 2 Marca Trevigiana comprende al suo interno quattro Distretti (Treviso Nord e Treviso Sud, Asolo e Pieve di Soligo), e gestisce sei ospedali, oltre ad innumerevoli presidi sparsi sul territorio, sicchè l'accorpamento sia della Ulss 1 Dolomiti che della Ulss 2 Marca Trevigiana nonché dell'ORAS Motta

di Livenza in un medesimo unico lotto dovrebbe ritenersi irragionevole; quindi, secondo la ricorrente, avrebbe potuto ripartire il Lotto in esame, così come gli altri sei maxi-lotti, in almeno due ulteriori Lotti, anche considerando la difficoltà di organizzazione del servizio in un territorio così ampio ed in parte montano e l'elevato numero di apparecchiature da mantenere presso gli ospedali e i presidi ambulatoriali del territorio; il tutto in violazione degli artt. 51 e 30 d.lgs. n. 50 del 2016; infine, l'effetto distorsivo della concorrenza apparirebbe dimostrato dal fatto che al medesimo RTI, costituito tra HC (mandataria) e, e Draeger (mandanti), siano stati aggiudicati ben 6 lotti su 7, corrispondenti a quasi l'88% del valore complessivo degli affidamenti;

2. Il bando e il capitolato di gara sarebbero illegittimi non recando adeguate motivazioni a sostegno della scelta di di accorpate all'interno del medesimo lotto più Aziende Sanitarie, con conseguente crescita esponenziale del valore dei singoli lotti; in particolare, il solo riferimento alla dislocazione territoriale non sarebbe sufficiente a spiegare le ragioni della suddivisione in sette lotti e apparirebbe in contrasto con la scelta stessa di accorpamento di più Aziende Sanitarie all'interno del medesimo lotto, posto che la ripartizione in lotti territoriali e funzionali è volta a garantire "un'adeguata organizzazione e gestione" del servizio, sicché la centrale di committenza avrebbe dovuto suddividere i lotti in modo effettivamente conforme alle dimensioni delle singole Aziende sanitarie e alla loro dislocazione geografica anche considerando che il numero di apparecchiature oggetto di gestione nel lotto n. 1 in esame è elevato (oltre 13.000); la Centrale di committenza, invece, non avrebbe motivato alcunché in ordine alla necessità di una gestione unitaria del servizio integrato in strutture geograficamente non attigue; quanto precede violerebbe l'art. 51 cod. appalti; secondo parte ricorrente, inoltre,, pur avendo richiamato il concetto di lotto funzionale, ai sensi dell'art. 3, comma 1 lett. qq), cit., avrebbe dovuto anche esporre le ragioni per le quali, dal punto di vista

tecnico ed economico, una gestione comune del servizio in relazione a più Aziende Sanitarie sarebbe stata più efficiente rispetto ad una gestione autonoma riferita ad ogni Ulss; al contrario, secondo, la scarsa motivazione secondo cui nella suddivisione in lotti si è tenuto in considerazione “l’ambito territoriale di riferimento per una adeguata organizzazione e gestione dei team residenti e non residenti” non dimostrerebbe alcun approfondimento istruttorio in ordine alle effettive esigenze legate al servizio oggetto di appalto; il tutto aggravato dalla mancata previsione di un vincolo di aggiudicazione, con la conseguenza che sarebbero stati creati tutti i presupposti per la formazione di un mercato unico regionale, con conseguente venir meno dei benefici pro-concorrenziali legati alla ripartizione in lotti territoriali e funzionali.

....., quindi, ha chiesto la declaratoria di inefficacia, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., dei contratti *medio tempore* conclusi e la condanna della stazione appaltante al risarcimento in forma specifica, mediante riedizione della procedura, ovvero in subordine per equivalente monetario da quantificarsi in corso di causa.

Parte ricorrente ha proposto anche istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., in relazione alla richiesta di accesso presentata da e asseritamente non evasa in modo corretto da

Si sono costituiti in giudizio, TS e Italia S.p.A. (d’ora in poi Ge), contestando l’ammissibilità e la fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ricorso incidentale depositato in data 9 novembre 2020 TS ha impugnato gli atti di gara, a fini meramente “escludenti”, contestando, cioè, la mancata esclusione di per le seguenti ragioni:

1. la ricorrente avrebbe tenuto un comportamento reticente ed omissivo in violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c), lett. c-bis) e lett. f-bis), d.lgs. n. 50 del 2016, avendo, in particolare, taciuto di essere stata esclusa dalla gara della Regione Abruzzo in relazione all’accordo quadro a supporto del servizio di assistenza domiciliare, in

forza di provvedimento emesso dalla USL di Pescara, con Determina n. 512 del 11.12.2018; inoltre la ricorrente avrebbe taciuto in ordine alla sentenza di rigetto dell'impugnazione della suddetta esclusione;

2. la ricorrente si sarebbe resa responsabile, in altre rilevanti gare regionali nel settore *de quo*, di reiterate omissioni dichiarative che ne denotano l'inaffidabilità e la mancanza di integrità professionale;

3. in ogni caso, tenuto conto degli illeciti dichiarati e di quelli non dichiarati in sede di gara dalla ricorrente, questa avrebbe comunque dovuto essere esclusa.

Anche TS, inoltre, ha formulato istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a.

Con ordinanza n. 1271/2020, depositata il 18 dicembre 2020, le istanze ex art. 116, comma 2, c.p.a. formulate da parte ricorrente e da TS sono state respinte.

Le parti hanno depositato memorie difensive.

All'esito dell'udienza del 24 marzo 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare.

Le parti resistenti e controinteressate hanno sollevato, sia pure in diversa misura, le seguenti eccezioni di inammissibilità del ricorso:

a) il ricorso sarebbe inammissibile per difetto di legittimazione e interesse essendo la ricorrente una grande impresa, priva, peraltro, di una collocazione utile in graduatoria.

Al riguardo, la qualità di "grande impresa" in capo alla ricorrente non incide sull'ammissibilità complessiva del ricorso, ma solo con riferimento al primo motivo di impugnazione, laddove è stato fatto specifico riferimento alla violazione dell'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, non con riferimento, invece, alla questione relativa al vincolo di aggiudicazione, né con riferimento alla portata applicativa dell'art. 30, d.lgs. n. 50 de 2016.

b) il ricorso, con riferimento alla contestazione della divisione in lotti, sarebbe irricevibile o, comunque, inammissibile perché si tratta di doglianza che avrebbe dovuto essere fatta valere attraverso un'impugnazione immediata del bando di gara. Nella declinazione della violazione degli artt. 30 e 51, d.lgs. n. 50 del 2016, dedotta da parte ricorrente, l'asserita illegittima lesione del principio di concorrenza a danno di piccole e medie imprese non avrebbe determinato in sé l'impossibilità o, comunque, una soverchia difficoltà da parte della ricorrente a partecipare, ma, per come è stata realizzata la struttura della procedura e come la stessa in concreto si è svolta, avrebbe comportato la sostanziale impossibilità per parte ricorrente di vincere anche in uno solo dei suddetti lotti.

In tal senso, quindi, le previsioni del bando, secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria di cui alle pronunce nn. 1 del 2003, 11 del 2008 e 4 del 2018, non sono immediatamente escludenti o tali da impedire *tout court* la formulazione dell'offerta e la partecipazione alla gara, di talché non vi era l'onere di immediata impugnazione. Pertanto, l'eccezione è infondata.

2. Nel merito.

I motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente.

Parte ricorrente ha dedotto, specificamente, in primo luogo, la violazione dell'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto la Stazione appaltante avrebbe strutturato la gara in 7 macro lotti distinti solo in base alla divisione "geografica" e all'importo a base d'asta, ma sostanzialmente identici quanto a oggetto e disciplina, accorpando per di più una pluralità di Ulss dall'ampio territorio di competenza, senza aver disposto un vincolo di partecipazione o di aggiudicazione, saturando quasi per intero il mercato regionale relativo alla tipologia di fornitura bandita, in tal modo incidendo sulla partecipazione delle imprese, sulla concorrenza e sulla possibilità per la ricorrente di poter concretamente conseguire l'aggiudicazione degli appalti.

Ai sensi dell'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, <<1. nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti. 2. Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti. 3. Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo>>.

Si tratta di una norma che, a differenza della previsione generale di cui all'art. 30, concerne ed è finalizzata alla specifica tutela partecipativa delle piccole e medie

imprese, di modo da garantirne la possibilità di concorrere e, quindi, ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

Nel caso di specie, d'altronde, la violazione della suddetta norma è stata invocata, da soggetto che, in primo luogo, ha, comunque, potuto regolarmente partecipare alla gara; in secondo luogo, non è annoverabile o, comunque, non è stato dimostrato essere annoverabile tra le piccole-medie imprese; pertanto, la doglianza non è ammissibile.

In ogni caso, la censura è anche infondata nel merito.

La suddivisione dell'appalto in termini strettamente geografici e per base d'asta non solo non viola il dettato dell'art. 51 citato, ma è coerente con esso, avendo la Stazione appaltante provveduto a suddividere la gara in modo da consentire una diversa partecipazione per quanto possibile su più lotti.

In altre parole, l'obbligo di suddivisione in lotti imposto dall'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, è stato assolto dall'Amministrazione, senza che potesse imporsi un particolare obbligo di motivazione per le specifiche modalità con le quali tale suddivisione è stata strutturata, fermo restando che, comunque, la stessa non risulta irrazionale tenuto conto delle caratteristiche funzionali del servizio.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha sottolineato che «sebbene sia indubbio 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. Stato, sez. V, 11/01/2018, n. 123; Sez. III, 12/02/2020, n. 1076) e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669,

Sez III, n. 1076/2020 cit.). Nel caso di specie la gara è stata suddivisa in quattro lotti e il *quomodo* della suddivisione non ha certamente impedito all'appellante di partecipare, indi l'amministrazione ha pedissequamente applicato il disposto di legge, senza derogarvi, pur potendo, in astratto, motivatamente farlo. Nessuna violazione di legge v'è stata>> (C. Stato, sez. III, 07/05/2020, n. 2881).

Nel caso di specie, come detto, la gara è stata suddivisa in sette lotti e tale suddivisione non ha impedito a parte ricorrente di partecipare, di talché non vi era nemmeno un obbligo, nel caso di specie, da parte della Stazione appaltante, di motivare la scelta così operata.

Nello stesso senso, quindi, deve ritenersi non vi fosse necessità per l'Amministrazione di motivare specificamente l'accorpamento di più Ulss, così come non è dato ravvisare in tale accorpamento uno specifico “vulnus” al principio di tutela della concorrenza e un collegamento “causale” con la mancata aggiudicazione degli appalti in favore della ricorrente.

Per quanto concerne, poi, la contestata mancata previsione del vincolo di aggiudicazione, ai sensi del comma 3 della predetta norma, nuovamente il Consiglio di Stato ha sottolineato come <<ai sensi dell'art. 51, comma 3, del codice dei contratti le stazioni appaltanti sono facultizzate a limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente (a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare); pertanto, l'avere omesso una simile previsione non può ridondare in illegittimità stigmatizzabile dinanzi al giudice amministrativo. La possibilità di stabilire un limite alla aggiudicazione di tutti i lotti di cui all'articolo 51 del codice dei contratti è una facoltà discrezionale il cui mancato esercizio non è – da solo e di per sé -- sintomo di illegittimità>> (in tal senso, C. Stato, sez. III, 07/05/2020, n. 2881 e C. Stato, sez. III, 07/07/2020, n. 4361).

Ciò che la giurisprudenza, in particolare del Consiglio di Stato, nelle decisioni più recenti, sta mettendo chiaramente in evidenza è il fatto che l'onere motivazionale in capo alla Stazione appaltante deve essere assolto, peraltro in modo puntuale, solo laddove, nel caso del primo comma dell'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, la P.a. intenda “non” adeguarsi al principio di divisione in lotti, ovvero aggiudichi la gara mediante una procedura formalmente, oltretutto sostanzialmente, unica; nel caso del secondo comma, laddove intenda limitare la possibilità di partecipazione o di vittoria delle imprese nei singoli lotti, mediante l'apposizione di un vincolo di aggiudicazione o partecipazione.

In questo senso, deve essere letta e interpretata la sentenza del Consiglio di Stato n. 5746/20 che, nel richiamare tutti i precedenti giurisprudenziali in materia, ha, in particolare, sottolineato che <<in materia di appalti pubblici è principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; tale principio, come recepito all'art. 51 D.Lgs. n. 50 del 2016, non costituisce peraltro una regola inderogabile: la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, essendo il precetto della ripartizione in lotti funzionale alla tutela della concorrenza (es. Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2020, n. 973; 26 giugno 2017, n. 3110; sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857)>>.

La specifica motivazione, cui deve corrispondere anche un'adeguata istruttoria, occorre in caso di deroga al principio di suddivisione in lotti, così come nel caso di apposizione di vincolo di partecipazione e aggiudicazione.

Diversamente, la questione in ordine alla irragionevolezza o illogicità della strutturazione della gara può, comunque, porsi, a prescindere dalla presenza di una puntuale motivazione espressa contenuta nella delibera di indizione della gara, e al di là della violazione o meno dell'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione al rispetto

dei principi di cui all'art. 30 del medesimo decreto, di portata generale; in tal senso, la scelta metodologica operata dalla P.A. può dirsi legittima qualora, pur in difetto di una espressa e articolata motivazione, si evinca dalla stessa struttura della gara e dagli atti che eventualmente la precedono, che la valutazione non sia manifestamente illogica e lesiva degli interessi della concorrenza.

Questo sempre tenendo conto che, come già detto, nel caso di specie, similmente alla fattispecie di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 5746/20 citata, <<il divisato assetto organizzativo non ha arrecato nocumento alla ricorrente in primo grado che ha potuto legittimamente partecipare alla gara. Oltretutto, alla stregua delle acquisizioni istruttorie, nemmeno può validamente sostenersi che l'appalto in questione crei le condizioni di mercato chiuso, in quanto la fornitura qui in rilievo, anzitutto, si riferisce solo alle strutture sanitarie ed ospedaliere pubbliche e, comunque, non ne determina la saturazione>>.

Allora, proprio con riferimento al profilo della asserita violazione dell'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, non sono nemmeno ravvisabili elementi idonei a far ritenere illegittima la scelta della Stazione in relazione al rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità.

La scelta della Stazione Appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce, infatti, 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 deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza (da ultimo, C. Stato sez. VI, 2 gennaio 2020, n.25; C. Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224).

Nel caso di specie, lo sforzo approntato della Pubblica Amministrazione di bilanciare gli interessi della concorrenza, da un lato, e le esigenze/caratteristiche tecnico-economiche dello specifico appalto, che ha trovato una sintesi nella divisione in lotti geografici e per base d'asta, non è censurabile di irragionevolezza o illegittimità e ciò in considerazione del fatto che, a fronte della identità funzionale dell'oggetto della procedura, non irragionevolmente la Stazione appaltante ha inteso recuperare l'eventuale deficit di diversificazione proconcorrenziale frazionando le procedure per macroaree geografiche, limitando così gli importi a base d'asta. Il tutto previa consultazione di mercato (si vedano i docc. 10 e 11 depositati dall'Amministrazione resistente).

Non si rinvencono, in altre parole, elementi atti a far ritenere che la Stazione appaltante abbia inteso limitare artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

Né può ritenersi che la gara così strutturata non trovi un riferimento in precedenti atti di programmazione regionale e ciò in quanto la necessità della presente procedura di appalto, quantomeno nei suoi tratti essenziali, era già stata presa in considerazione, nell'ambito della programmazione regionale, sin dalla delibera GRV N. 129 del 2016, e, soprattutto, per quanto in questa sede di interesse, nella DGRV n. 63 del 2018, nella quale, peraltro, è stata specificamente prevista la suddivisione in lotti, con la precisazione che la stessa avrebbe dovuto essere "contenuta"; parimenti, viene in rilievo il parere favorevole del CRITE del 8.1.2019.

Per contro, l'eventuale non perfetta coincidenza nella specifica gara che ci occupa, dell'ampiezza e degli importi oggetto della stessa, rispetto a quanto previsto nei suddetti atti regionali, ovvero la non puntuale indicazione di tali elementi negli atti di programmazione predetti, non inficia comunque di illegittimità la gara così bandita venendo in gioco un profilo di non incoerenza, e non di una perfetta consequenzialità rispetto ad atti e provvedimenti dalla valenza programmatica,

l'eventuale conflitto rispetto agli stanziamenti economici essendo, peraltro, elemento che non influisce sulla legittimità dell'indizione della procedura di gara, quantomeno nei rapporti con le imprese partecipanti.

E' opportuno richiamare, *in parte qua*, i passi della motivazione della recente decisione del Consiglio di Stato, sez. III, n. 1221 del 2021, che ha evidenziato come il singolo operatore partecipante alla gara deve <<comprovare, in concreto, l'incidenza lesiva che l'avversata misura organizzativa ha determinato nella propria sfera giuridica rendendo obiettivamente percepibile la compressione che questa ha, in via di tesi, subito rispetto alle possibilità di un'utile e proficua partecipazione alla competizione (cfr. CdS, Sez. III, 30 settembre 2020 n. 5746). Al di fuori di eventuali e specifici effetti distorsivi, il grande operatore economico che perde la gara ha, infatti, interesse a che la commessa non venga assegnata, sì da avere un'altra chance di gara in cui meglio e più efficacemente competere. Tale interesse strumentale non è però quello che la giurisprudenza riconosce, e che il legislatore mostra di voler tutelare nel caso di specie, poiché esso, espresso in termini così generali, è privo di ogni aggancio con il "bene della vita" dell'aggiudicazione, essendo del tutto indimostrato, e anzi paradossale, che la riedizione della gara con apertura ad una platea di operatori più piccoli possa incrementare o comunque rinnovare le chance di aggiudicazione di un soggetto che piccolo non è (cfr. CdS, Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7962)>>.

Nel caso di specie, non risulta comprovata un'effettiva incidenza lesiva dell'assetto organizzativo compendiato nel bando di gara nella sfera giuridica della ricorrente, ancorchè non sia stato previsto il vincolo di aggiudicazione.

In particolare, non sono state allegate, né comprovate condizioni tali da far ritenere integrate, per effetto delle modalità di confezionamento della gara in sette lotti, le condizioni di mercato sostanzialmente chiuso a danno di imprese diverse da TS e il raggruppamento HC/GE: per un verso, infatti, come detto, l'oggetto della gara si

riferisce solo alle strutture sanitarie ed ospedaliere pubbliche; per altro verso, la modulazione dei requisiti di partecipazione risulta disciplinata in conformità al principio di concorrenza, essendo stato richiesto, da un lato, che <<il concorrente, a pena di esclusione, dovrà aver realizzato complessivamente, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, un fatturato d'impresa specifico riferito ad attività di Servizi Integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali e/o Servizi di manutenzione di apparecchiature elettromedicali, resi a favore di Aziende sanitarie pubbliche e/o private non inferiori agli importi indicati nella tabella di seguito riportata: in applicazione del *favor participationis* le ditte dovranno prendere a riferimento gli ultimi tre esercizi, intesi come periodi amministrativi di durata ordinariamente annuale, coincidenti con l'anno solare>>; dall'altro lato che <<qualora il concorrente intenda partecipare alla gara per più di un lotto, dovrà attestare di aver realizzato nel triennio un fatturato minimo almeno pari al fatturato più elevato richiesto tra quelli dei lotti per cui partecipa, a pena di esclusione. In caso di ATI o consorzi ordinari o GEIE il predetto requisito deve essere posseduto dalla impresa mandataria in misura maggioritaria>>. A ciò si aggiunga la possibilità di partecipare in RTI/Consorzio/Geie/Reti. Ne discende che, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, le opzioni organizzative privilegiate dalla stazione appaltante non hanno interferito con le aspettative di contendibilità del mercato da parte del suddetto operatore, finanche potenzialmente avvantaggiato dalla previsione di lotti di una certa consistenza.

Il divisato assetto organizzativo non ha, quindi, arrecato nocumento alla ricorrente in primo grado che ha potuto legittimamente partecipare alla gara di guisa che alcuna barriera di ingresso può qui ritenersi concretamente configurabile (cfr. CdS, Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7962; 14 ottobre 2020, n. 6209; 7 luglio 2020, n. 4361; 30 settembre 2020 n. 5746; 7 maggio 2020 n. 2881).

Una volta esclusa la suddetta evenienza, e cioè quella di concrete ed obiettivamente apprezzabili ricadute penalizzanti nella sfera giuridica della ricorrente, la definizione degli ambiti territoriali, il riferimento alle strutture ospedaliere ed ambulatoriali riferibili a ciascun lotto ed il relativo valore, involge profili di opportunità delle scelte compiute dall'Amministrazione afferendo al merito delle valutazioni, che resta, invece, insindacabile sul piano giurisdizionale (C. Stato, n. 1221 del 2021).

Ciò esclude profili di irragionevolezza nella mancata previsione del “vincolo di aggiudicazione”, che, si ripete, costituisce una mera facoltà per la stazione appaltante, dal cui mancato esercizio non può automaticamente desumersi la violazione delle norme sulla concorrenza (cfr. da ultimo la più volte citata CdS, Sez. III, n. 7962/20; Cons. Stato Sez. III, 2881/2020, 3682/2020; 3683/2020; 4289/2020; 4361/2020); né può censurarsi il difetto di motivazione sul punto, perché, come detto, la P.a. nel momento in cui delinea una struttura di gara non irragionevole e priva di elementi univocamente centrifughi se non addirittura distorsivi della concorrenza, non può ritenersi tenuta ad uno specifico obbligo motivazionale.

La violazione del principio di concorrenza, del resto, non può desumersi dalla sola circostanza che i lotti siano stati aggiudicati tutti al medesimo operatore economico, trattandosi di un elemento neutro, di per sé solo non indicativo di vizi nella strutturazione della gara, e che non costituisce di per sé sintomo di illegittimità (cfr. Cons. St., Sez. III, n. 4289/20, cit.; n. 4361/20, cit.).

Ciò in quanto l'aggiudicazione di tutti i lotti al medesimo operatore può semplicemente, discendere dalla sua capacità di offrire la prestazione oggetto di gara a migliori condizioni (cfr. Cons. St., Sez. III, n. 3682/20 e n. 6209/20).

Il vincolo di aggiudicazione, quindi, costituisce una mera facoltà esercitabile dalle stazioni appaltanti, il cui utilizzo, semmai, comporta una specifica motivazione, perché, al contrario, la sua operatività potrebbe comportare per la P.a., anche solo

in parte, l'”acquisizione” non della migliore offerta reperibile sul mercato, ma solo “quella migliore tra le residue non già aggiudicatarie”, con potenziale *vulnus* dell'interesse pubblico perseguito.

Comprensibilmente, quindi, il Consiglio di Stato ha ribadito che <<la previsione di tale clausola costituisce una mera facoltà per la stazione appaltante e che, quindi, dall'omessa previsione del vincolo di aggiudicazione non può automaticamente desumersi la violazione delle norme sulla concorrenza”, aggiungendo altresì che “il c.d. vincolo di aggiudicazione può prestarsi anche ad “accordi” tra le concorrenti, in violazione del principio di concorrenza>> (C. Stato, sez. III n. 2881/2020 e n. 3682/2020).

Infine, come accennato, anche gli accorpamenti tra le Ulss, in realtà, non risultano essere manifestamente irragionevoli, essendo improntati ad una logica funzionale e di economia gestionale in relazione anche alle caratteristiche geografiche di riferimento.

In considerazione di quanto sopra esposto, pertanto, non si ravvisano nemmeno i presupposti per sollevare questione di pregiudizialità avanti alla CGUE.

Pertanto, il ricorso principale deve essere respinto.

3. Sul ricorso incidentale presentato da Ts.

In conseguenza del rigetto del ricorso principale, deve ritenersi venuto meno l'interesse della controinteressata all'accoglimento del ricorso incidentale che deve essere dichiarato improcedibile.

4. Conclusioni e spese.

In conseguenza, di tutto quanto sopra esposto, pertanto, il ricorso principale deve essere respinto; il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile.

Attesa la particolarità e complessità della vertenza, le spese di lite devono essere integralmente compensate tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso principale e dichiarata improcedibile il ricorso incidentale.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2021
con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO