

Publicato il 07/07/2020

N. 04361/2020REG.PROV.COLL.
N. 01837/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1837 del 2020, proposto da Servizi Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierpaolo Salvatore Pugliano, Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano in Roma, largo Messico, n. 7;

contro

Servizi Ospedalieri S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo, Domenico Menorello, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gaetano Di Giacomo in Roma, via Cicerone n. 49;

nei confronti

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 e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

Regione del Veneto, Azienda Ulss 1 Dolomiti, Azienda Ulss 2 Marca Trevigiana, Azienda Ulss 4 Veneto Orientale, Azienda Ulss 3 Serenissima, Azienda Ulss 5 Polesana, Azienda Ulss 8 Berica, Azienda Ulss 7 Pedemontana, Azienda Ulss 9 Scaligera, Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie, Oras Motta di Livenza, Fantuzzi Lavanderia S.r.l., Hospital Service S.r.l., Lavanderia Industriale Cipelli S.r.l., Adapta S.p.A., Colim S.r.l., Servizi Sanitari Integrati S.r.l., Sogesi S.p.A., Cooperativa Sociale Eureka, Sogesi Nord S.r.l., Pacifico S.r.l., Lavanderia Adriatica S.r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 01289/2019, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione della gara di appalto relativa al servizio lavanolo, biancheria, materasseria, capi di vestiario per le aziende sanitarie della Regione Veneto, per l'Ospedale Riabilitativo di Alta Specializzazione di Motta di Livenza e per l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie (lotti n. 1, 2, 4 e 5)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visto l'appello incidentale proposto da Servizi Ospedalieri S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020, tenutasi da remoto, il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Pierpaolo Salvatore Pugliano, Paolo Sansone, Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo, Domenico Menorello e Andra Manzi su delega di Nicola Creuso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Azienda Zero, centrale di committenza della Regione Veneto, con determinazione dirigenziale n. 255 del 15 giugno 2018 ha indetto la procedura aperta telematica, suddivisa in cinque lotti, del valore complessivo di €139.603.306,39 IVA esclusa per l'affidamento, per cinque anni (prorogabili a sette), del servizio di lavanolo biancheria, materasseria, capi di vestiario, 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.

Con i ricorsi RG 753/2019, 756/2019, 757/2019 e 755/2019 la società Servizi Ospedalieri, partecipante alla gara relativamente ai lotti n. 1, 2, 4 e 5 e classificatasi al secondo posto, con un distacco di circa due punti in relazione ai lotti 2 e 4, ha impugnato, dinanzi al TAR per il Veneto, l'aggiudicazione disposta in favore di Servizi Italia dei lotti 1, 2 e 4 e in favore di RTI Servizi Italia-Fantuzzi Lavanderia del lotto 5, unitamente a tutti gli atti indittivi dell'intera procedura, contestando, relativamente ai lotti 2 e 4, l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche e, in relazione a tutti i lotti cui ha partecipato (1, 2 ,4 e 5), le regole con cui è stata strutturata la gara, e

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 resistenza nei giudizi di primo grado la stazione appaltante e la controinteressata, contrastando analiticamente le avverse pretese, sia in rito che nel merito.

2. - Con la sentenza n. 1289/2019 il TAR ha riunito i ricorsi *“attesa la sostanziale identità delle questioni trattate e delle censure articolate dalla ricorrente”* e li ha accolti disponendo l'annullamento degli atti di gara così come indicato in motivazione.

3. - Avverso tale decisione ha proposto appello Servizi Italia chiedendone l'integrale riforma.

3.1 - Si è costituita in giudizio Azienda Zero che ha contestato i presupposti sui quali si fonda la sentenza appellata chiedendone la riforma.

3.2 - Si è costituita in giudizio anche Servizi Ospedalieri che ha controdedotto sulle doglianze proposte dall'appellante ed ha anche riproposto i motivi dedotti in primo grado ed assorbiti dal TAR; tale società ha anche proposto appello incidentale avverso il capo di sentenza nel quale era risultata soccombente in relazione ai lotti 2 e 4.

3.3 - Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

4. - All'udienza pubblica del 4 giugno 2020, tenutasi da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 17/2020, convertito con

modificazioni in legge n. 27/2020, la causa è stata trattenuta in decisione

5. - L'appello principale va accolto e quello incidentale va respinto.

6. - Ritiene il Collegio di dover richiamare preventivamente i presupposti sui quali si fonda la sentenza appellata.

Come già ricordato in precedenza, con la sentenza n. 1289/2019 il TAR ha disposto la riunione di quattro ricorsi ciascuno di essi relativi ad uno specifico lotto (1, 2, 4, e 5).

Nel disporre la riunione il giudice di prime cure ha affermato che le questioni trattate sarebbero state sostanzialmente identiche e ciò ne avrebbe consentito la trattazione congiunta.

In realtà le quattro cause presentavano un nucleo comune (quello diretto ad ottenere la caducazione degli atti di gara) che, nel caso dei ricorsi relativi ai lotti 1 e 5, costituiva l'unico oggetto della controversia; nel caso dei lotti 2 e 4, invece, le doglianze dirette a far valere l'interesse strumentale erano state dedotte solo in via subordinata, essendo state prospettate, in via principale, doglianze dirette a contestare i punteggi assegnati, con le quali la società Servizi Ospedalieri mirava ad ottenere l'aggiudicazione dei lotti.

Nel dettaglio, il TAR – seguendo l'ordine logico di trattazione delle questioni – ha dapprima esaminato e respinto le domande proposte in via principale in relazione ai lotti 2 e 4, ritenendo, in estrema sintesi, che con tali censure sarebbe stato chiesto al Collegio di procedere ad una rimodulazione dei punteggi senza che ricorressero palesi inattendibilità o illogicità nelle valutazioni.

Dovendo esaminare la domanda diretta ad ottenere la caducazione degli atti di gara, al fine di ottenere la sua ripetizione, ha dapprima respinto l'eccezione di inammissibilità, per difetto di legittimazione

passiva e per carenza di interesse al ricorso, prospettata da Servizi Italia aggiudicataria di tutti i lotti, sostenendo che pur non essendo Servizi Ospedalieri una PMI, avrebbe avuto interesse al recupero della chance di partecipare al nuovo esperimento di gara conseguente alla declaratoria della sua illegittimità, che le aveva in concreto impedito di conseguire un risultato utile.

Ha anche precisato che la società Servizi Ospedalieri non aveva lamentato solo la violazione dell'art. 51 c.p.a., ma 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.

Ha poi sottolineato che non trattandosi di clausole direttamente escludenti, legittimamente la ricorrente aveva impugnato la lex specialis unitamente all'aggiudicazione.

Sulla base di tali presupposti ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

Il TAR, dopo aver richiamato la decisione di questa Sezione n. 1350 del 2019, nella quale è stata sottolineata la preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti fondata non solo sull'esigenza di favorire la partecipazione delle PMI, ma anche di assicurare la libera concorrenza e la massima partecipazione, ha ritenuto gli atti di indizione della procedura ingiustamente lesivi della concorrenza ed idonei a far sorgere un monopolio regionale nella gestione del servizio in favore di Servizi Italia; ha, quindi, reputato 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.

Ha sottolineato, infatti:

- la rilevanza economica della gara, avente un valore di circa 140 milioni di euro;
- l'ampia durata dell'affidamento (5 anni estensibili a 7);
- l'incidenza del servizio, di natura standardizzata, su circa il 60% - 65% del mercato regionale;
- l'articolazione della gara in solo 5 lotti, senza prevedere un vincolo di aggiudicazione;
- la mancanza di una idonea motivazione sulla scelta di suddividere la gara in 5 lotti;
- l'insufficiente riferimento, in relazione alla scelta di suddivisione in lotti, della dislocazione geografica delle sedi ospedaliere e territoriali interessate dal servizio, e della necessità di costituire lotti omogenei per valore ed estensione tenendo conto dell'articolazione delle Aziende Sanitarie della Regione come da L.R 19/2016 e, quindi, in definitiva, l'inadeguatezza della motivazione della scelta operata dalla stazione appaltante nell'indizione della gara ritenendola contraria ai principi di concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità di cui all'art. 30 del codice degli appalti; ha infine aggiunto che la scarsa motivazione del provvedimento di indizione della gara non avrebbe potuto essere integrata dagli argomenti svolti in giudizio da Azienda Zero e diretti a sostenere che l'omessa previsione del vincolo di aggiudicazione sarebbe derivata dalla necessità di evitare cartelli tra le imprese.

7. - Con l'atto di appello l'appellante ha contestato la decisione del TAR con le doglianze che saranno in eseguito esaminate, chiedendone l'integrale riforma.

7.1 - Servizi Ospedalieri ha eccepito, in via preliminare l'inammissibilità dell'appello sotto i seguenti profili:

- per violazione dell'art. 120 comma 11 bis c.p.a., in quanto la sentenza avrebbe deciso su controversie non aventi le stesse censure: i ricorsi 755/2019 e 756/2019 relativi ai lotti 2 e 4 conterrebbero, infatti, censure sui punteggi e sarebbero dirette ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto dei rispettivi lotti, mentre i ricorsi 753/2019 (lotto 1) e 757/2019 (lotto 5) conterrebbero solo motivi caducatori dell'intera gara;
- per intervenuta acquiescenza alla sentenza quantomeno con riferimento ai lotti successivi al primo, in cui la sentenza dovrebbe ritenersi consolidata;
- per novità delle argomentazioni utilizzate per ottenere la riforma della sentenza di primo grado.

7.2 - Le eccezioni sono infondate.

7.2.1 - La norma dell'art. 120 comma 11 bis c.p.a. si riferisce alla proposizione del ricorso di primo grado: in quella sede erano stati presentati ricorsi distinti che sono stati poi riuniti dal TAR; il capo di sentenza che ha disposto la riunione non è stato gravato in appello e, quindi, la riunione e la decisione delle varie controversie con un'unica sentenza è incontestabile; trattandosi di unica sentenza l'appello investe ovviamente tutti i capi della decisione; la tesi del consolidamento degli effetti della sentenza con riferimento ai lotti successivi al primo, discende dalla tesi – già respinta – del necessario frazionamento delle impugnazioni avverso la stessa sentenza, secondo cui l'appello potrebbe valere nei soli confronti del primo lotto e non nei confronti di tutti i lotti: circostanza non verificatasi in quanto l'appello principale si riferisce a tutti i lotti.

7.2.2 - Neppure sussiste la violazione dell'art. 104, comma 1, c.p.a., perché Servizi Italia non era ricorrente in primo grado, ma controinteressata, e le argomentazioni svolte in appello discendono dalle statuizioni contenute nella sentenza.

Tali eccezioni vanno dunque respinte.

Può quindi procedersi alla disamina dei motivi di appello principale.

8. - L'appello è articolato sulla base di tre motivi, il primo diretto a contestare il capo di sentenza che ha rigettato i profili di rito, il secondo relativo alle statuizioni di merito.

8.1 - Assorbente ai fini del decidere si appalesa il secondo motivo di appello, con il quale l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto insufficiente la motivazione relativa alla suddivisione in lotti, e la violazione delle norme sulla concorrenza.

L'appellante ha contestato tali presupposti contestando la sussistenza dei vizi rilevati dal giudice di prime cure; nella memoria conclusionale ha anche richiamato la giurisprudenza più recente di questa Sezione (sentenza del 7 maggio 2020 n. 2881) alla quale si è riportata anche Azienda Zero nella propria memoria redatta in vista dell'udienza pubblica di discussione.

8.2 - Ritiene il Collegio di dover preventivamente richiamare i principi esposti in tale recente decisione, ritenuta pienamente condivisibile, secondo cui l'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 "contempla due disposizioni, una prescrittiva e l'altra facoltativa. La prima, relativa ai lotti, prescrive che "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. 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” (comma 1); la seconda facoltizza le stazioni appaltanti 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”.

6.6. Ebbene, quanto alla prima, il Collegio osserva, con il conforto della giurisprudenza prevalente,

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.)”.

Ha quindi aggiunto che, in quello specifico caso, la gara era stata suddivisa in quattro lotti e il quomodo della suddivisione non aveva certamente impedito all'appellante di partecipare: ha quindi ritenuto

che “l’amministrazione ha pedissequamente applicato il disposto di legge, senza derogarvi, pur potendo, in astratto, motivatamente farlo. Nessuna violazione di legge v’è stata”.

“Quando al secondo aspetto, la legge configura il cd. vincolo di aggiudicazione quale mera facoltà (le stazioni appaltanti “possono”, recita il comma 3 cit.), sicchè non si comprende per quali motivi e in che misura l’averne omessa la previsione possa ridondare in illegittimità stigmatizzabile dinanzi al giudice amministrativo. La stessa sentenza della Sezione, citata dall’appellante (n. 1491/2019 cit.), ribadisce il principio per il quale “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”. E’ pur vero che nella medesima sentenza si sottolinea, subito dopo, che in alcuni peculiari casi il difetto del vincolo di aggiudicazione può essere il sintomo di una gara sbilanciata a favore di determinate imprese, e tuttavia in quell’occasione la Sezione aveva acclarato che la “Centrale di committenza per la Regione Veneto aveva dato luogo alla formazione di un vero e proprio “mercato chiuso” di tutte le Aziende Sanitarie Locali della Regione, per un importo rilevantissimo e per un periodo prolungato..”. Circostanza che nel caso di specie, il collegio ritiene possa escludersi, giusto quanto sopra detto”.

8.3 - Con specifico riferimento al c.d. “vincolo di aggiudicazione”, questa Sezione con la recente sentenza del 9 giugno 2020 n. 3682 ha ritenuto che:

- il c.d. vincolo di aggiudicazione e la decisione di limitare l’aggiudicazione di tutti i lotti allo stesso concorrente, costituisce una

facoltà discrezionale dell'amministrazione, il cui mancato esercizio non costituisce ex se sintomo di illegittimità;

- nella fattispecie ciascun concorrente, compreso l'appellante, aveva potuto prendere parte alla gara e presentare la propria offerta liberamente in tutti i lotti, che legittimamente erano stati assegnati all'aggiudicatario la cui offerta era risultata migliore;

- non erano rinvenibili elementi di irrazionalità nella ripartizione dei lotti né il contrasto con il principio della concorrenza nella circostanza della loro assegnazione al miglior offerente, di tutti i lotti, le cui caratteristiche del resto, al di là del differente ambito territoriale, erano similari;

- non è l'assenza di tale vincolo, la cui previsione è meramente discrezionale (art. 51, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016), a determinare in sé la violazione della concorrenza, bensì la strutturazione della gara in modo tale che la sua apparente suddivisione in lotti, per le caratteristiche stesse di questi o in base al complesso delle previsioni della lex specialis, abbia favorito in modo indebito taluno dei concorrenti e gli abbia consentito di acquisire l'esclusiva nell'aggiudicazione dei lotti;

- anche il vincolo dell'aggiudicazione, del resto, può propiziare, strategie anticoncorrenziali e intese illecite tra i singoli concorrenti, tese a favorire la spartizione dei singoli lotti messi a gara e, da questo punto di vista, l'argomento dell'appellante, secondo cui la sua previsione avrebbe evitato un monopolio o un accentramento del potere economico in capo ad un solo operatore, prova troppo perché detto accentramento viene realizzato vieppiù in alcuni settori di mercato, ormai, attraverso le intese restrittive della concorrenza e

la spartizione sottobanco dei lotti, non aggiudicabili tutti ad un singolo operatore.

9. - Applicando tali linee ermeneutiche ne deriva che non sussistono i vizi stigmatizzati dal TAR, in quanto:

- 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. Stato, V, 7 febbraio 2020, n. 973; 26 giugno 2017, n. 3110; Sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857);

- secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (da ultimo, Cons. Stato sez. VI, 02/01/2020, n.25; Cons. Stato, III, 13 novembre 2017, n. 5224) 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 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;

- la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, deve dunque costituire una decisione che deve

essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto, da valutarsi nel quadro complessivo dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza (così da ultimo, Cons. Stato, III, 4 marzo 2019, n. 1491); sicchè non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato (Cons. Stato, Sez. III, 26/9/2018 n. 5534) ove tale scelta risponda all'esigenza di tutelare l'interesse pubblico;

- 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. Stato, Sez. III n. 1857/2019; Sez. V n. 2044/2018; Cons. Stato, VI, n. 25/2020); 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, n. 1138/2018);

9.1 - Nel caso di specie la stazione appaltante ha suddiviso l'appalto in cinque lotti e la società ricorrente in primo grado ha potuto liberamente parteciparvi;

- nella determina di indizione della procedura di gara (n. 255 del 15 giugno 2018) e nel capitolato d'appalto la stazione appaltante ha fornito la motivazione espressa circa la suddivisione in cinque lotti, precisando che l'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, dell'articolazione delle Aziende Sanitarie della Regione come da L.R. 19/2016;

- la determina di indizione e il capitolato richiamano anche la DGRV n. 129/2016 ed in particolare l'indirizzo ivi stabilito alla pag. 8 secondo cui "I capitolati tecnici di gara dovranno prevedere il raggruppamento dei prodotti in lotti omogeni per tecnologie di impiego e che il numero dei lotti dovrà essere il più possibile contenuto, al fine di creare la massima concorrenza tra le imprese partecipanti alla procedura di acquisizione";
- tale ripartizione non presenta vizi di palese irragionevolezza, sproporzionalità né risulta emessa in carenza di istruttoria;
- la gara è stata preceduta, infatti, anche da una consultazione preliminare di mercato delle ditte interessate, ai sensi dell'art. 66 d.l.gs. 50/2016, alla quale, peraltro, ha partecipato pure Servizi Ospedalieri; in tale consultazione nessun partecipante, pur essendovi PMI, ha osservato l'opportunità di suddividere la gara in ulteriori lotti o di prevedere un vincolo di aggiudicazione;
- nell'art. 1 del Capitolato Speciale si faceva riferimento al ruolo di soggetto aggregatore di Azienda Zero e alla circostanza che i servizi di lavanderia per gli enti del SSN erano ricompresi tra quelli per le quali gli enti del SSN devono ricorrere a Consip o ad altri soggetti aggregatori per lo svolgimento delle procedure di gara ai sensi dell'art. 9, comma 3, d.l. n. 66/2014, conv. con mod. dalla legge n. 89/2014;
- la procedure di acquisto centralizzate sono state istituite, oltre che per evitare fenomeni corruttivi connessi e comportamenti opportunistici ed impropri delle singole stazioni appaltanti, principalmente allo scopo di sfruttare economie di scala e realizzare risparmi di spesa a favore di tutto il settore pubblico (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 445); la DGRV n. 129/2016, che

prevede la riduzione del numero dei lotti ai fini di ottenere la massima concorrenza tra i partecipanti, si richiama a questo principio;

- da tale richiamo potevano, quindi, implicitamente desumersi le esigenze di risparmio di spesa sottese alla scelta di limitare il numero dei lotti (5) rispetto alla situazione precedente (9) con la conseguenza che le precisazioni rese sul punto da Azienda Zero nella proprie difese non costituiva una motivazione postuma.

9.2 - Non sussiste il vizio di motivazione rilevato dal TAR tenuto conto che la ripartizione in lotti rientra pacificamente nella discrezionalità della stazione appaltante la cui scelta, oltre a non presentare palesi vizi nei limiti del sindacato di cui è titolare questo giudice amministrativo, non ha arrecato nocumento alla ricorrente in primo grado che ha potuto legittimamente partecipare a tutti i lotti per i quali aveva interesse;

- la violazione del principio di concorrenza 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;

- l'aggiudicazione di tutti i lotti al medesimo operatore può, infatti, semplicemente discendere dalla sua capacità di offrire la prestazione oggetto di gara a migliori condizioni;

- la violazione del principio di concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 deve essere dedotto fornendo concreti elementi induttivi, desunti dalla specifica disciplina di gara;

- nella sentenza appellata, invece, come ha correttamente l'appellante, il TAR ha attuato una meccanicistica applicazione dei principi esposti

nella sentenza n. 1350 /2019 (seguita dalle successive sentenze n. 1486 e 1491/2019) senza svolgere una adeguata istruttoria e, quindi, senza tener conto del particolare disegno di quella particolare *lex specialis* (cfr. delibera ANAC n. 427/2019), connotata da particolari condizioni in favore di un determinato operatore economico tali da rendere irragionevoli le regole di gara;

- la valutazione di illegittimità in quel caso è derivata, infatti, dal complessivo assetto della vicenda e non può essere automaticamente trasposta in fattispecie differenti senza eseguire un'approfondita valutazione di tutti gli elementi sulla base dei quali è strutturata la gara, al fine di fornire sufficienti elementi da quali desumere che le regole fissate siano tali da falsare la concorrenza;

- le due gare – assimilate dal TAR – presentano peraltro, come evidenziato dall'appellante, invece differenze sostanziali in quanto:

a) in questa gara hanno partecipato 6 operatori economici mentre in quella di riferimento gli operatori erano solo 3;

b) l'importo è inferiore rispetto alla gara relativa alla ristorazione oggetto della sentenza n. 1350/2019 né consente di assimilare la presente gara con le macro-gare CONSIP;

c) la gara è stata preceduta da consultazioni di mercato cui hanno partecipato la PMI e l'associazione di categoria delle medie imprese e nessun rilievo è stato svolto sulla suddivisione in lotti e sulla mancanza del vincolo di aggiudicazione;

d) l'appalto in questione non determina un mercato chiuso, in quanto il servizio del lavanolo non si riferisce solo alle strutture sanitarie ed ospedaliere pubbliche e, comunque, quello aggiudicato copre circa il 60% di esso;

e) i requisiti di partecipazione alla gara erano idonei a favorire la concorrenza e la partecipazione delle PMI infatti:

(i) la capacità economica richiesta era pari a due annualità poste a base di gara;

(ii) in caso di partecipazione a più lotti era richiesta la sola capacità economica per il lotto di importo più elevato;

(iii) era possibile partecipare a tutti i lotti anche in conformazioni diverse;

(iv) per la capacità economico-finanziaria era richiesto il fatturato specifico nel settore del solo lavaggio e non del lavanolo, ampliando la platea dei possibili concorrenti.

- non sono stati evidenziati clausole particolari, come quella relativa ai “centri di cottura” nel caso deciso con la sentenza n. 1350/2019.

9.3 - Quanto alla mancata previsione del c.d. vincolo di aggiudicazione è sufficiente richiamare i principi in precedenza esposti nelle sentenze di questa Sezione n. 2881/2020 e n. 3682/2020, sottolineando 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; come ricordato correttamente dalla Sezione nella sentenza n. 3682/2020 il c.d. vincolo di aggiudicazione può prestarsi anche ad “accordi” tra le concorrenti, in violazione del principio di concorrenza.

9.4 - L'appello principale va, dunque, accolto.

10. - Deve essere, pertanto, esaminato l'appello incidentale proposto da Servizi Ospedalieri avverso il capo di sentenza che ha respinto le

proprie doglianze relative ai punteggi assegnati in relazione alle gare relative ai lotti 2 e 4.

10.1 - L'infondatezza dell'appello incidentale consente al Collegio di poter prescindere dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità di tale appello sollevata dall'appellante principale.

10.2 - Come già rilevato, il primo giudice ha disatteso le doglianze relative ai punteggi richiamando il costante orientamento della giurisprudenza, secondo cui nel valutare il pregio tecnico dell'offerta l'Amministrazione esercita la cd. discrezionalità tecnica nell'esercizio della quale applica regole elastiche ed opinabili (cd. concetti giuridici indeterminati), rilevando che il giudizio tecnico è connotato da un fisiologico margine di opinabilità e che per superarlo è necessario dimostrare la sua palese inattendibilità, non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione nelle valutazioni.

Sulla base di tali principi consolidati in giurisprudenza, ha quindi respinto le censure ritenendo non sussistenti i vizi di palese inattendibilità o illogicità manifesta delle valutazioni rese dalla Commissione giudicatrice.

11. - Il principio espresso dal TAR trova conferma nella costante giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui “la Commissione nel valutare l'offerta tecnica non applica scienze esatte, ma formula un giudizio tecnico connotato da un margine di opinabilità del quale va dimostrata l'inattendibilità ove si voglia contestarne la legittimità” (cfr., ex plurimis, Cons. Stato Sez. V, 09/04/2020, n. 2337; Cons. Stato, V, 6 ottobre 2018, n. 5749).

Alla luce di tale principio devono essere esaminate le singole doglianze relative ai punteggi assegnati alle offerte tecniche relative ai lotti in questione.

12. - L'appellante incidentale ha dedotto, innanzitutto, che la motivazione del rigetto delle proprie doglianze resa dal TAR sarebbe solo apparente, evidenziando che il primo giudice si sarebbe limitato a richiamare tale principio senza procedere alla disamina di ciascuna censura; neppure avrebbe tenuto conto che la *lex specialis* sarebbe stata priva di sub-criteri e sub-pesi ponderali, nè avrebbe considerato che la Commissione avrebbe creato sub criteri di valutazione, giudizi e coefficienti che poi non avrebbe applicato in modo uniforme; ha quindi censurato i punteggi assegnati.

La stazione appaltante e la società aggiudicataria hanno eccepito, preliminarmente il mancato superamento della prova di resistenza.

13. - Ritiene il Collegio che i giudizi resi dalla Commissione resistano alle doglianze proposte.

13.1 - Con riferimento al criterio n.1 “Capacità produttiva degli impianti di lavaggio messi a disposizione per lo svolgimento dei servizi” (punti 4) il punteggio assegnato (punti 4 in favore di Servizi Italia e punti 3,2 in favore di Servizi Ospedalieri) non risulta palesemente illogico, in quanto la Commissione di gara ha ragionevolmente premiato la messa a disposizione concreta e non quella meramente teorica degli stabilimenti produttivi, valorizzando la capacità residua, sottraendo da quella teorica dell'impianto quella già utilizzata per altre commesse.

13.2 - Con riferimento al criterio n. 2 “Tipologie e numero delle attrezzature messe a disposizione per l'esecuzione della movimentazione interna” entrambe le società hanno conseguito il medesimo punteggio di punti 4,8: l'identico punteggio non risulta palesemente irragionevole, nonostante Servizi Italia non abbia presentato il piano di manutenzione, in quanto tale concorrente

aveva presentato un elemento migliorativo dell'offerta anch'esso oggetto di valutazione; il punteggio riguardava plurimi aspetti, tanto che il difetto di un elemento ben poteva essere compensato da un altro elemento; in ogni caso, l'attribuzione del punteggio di punti 4,2 in luogo di punti 4,8 non sarebbe tale da consentire il superamento della prova di resistenza; le ulteriori doglianze relative a tale criterio devono ritenersi inammissibili perché proposte per la prima volta in sede di appello;

13.3 - Con riferimento al criterio n. 3 "Modalità di trasporto alle sedi di destinazione: caratteristiche dei veicoli e organizzazione con particolare riferimento alla riduzione dell'impatto ambientale" (punti 2) il punteggio assegnato a Servizi Ospedalieri (punti 1,6) non risulta palesemente irragionevole ove confrontato con quello attribuito a Servizi Italia (punti 1,4): peraltro la rivendicazione del maggior punteggio di punti 0,2 non risulta certamente idoneo a superare la prova di resistenza tra le due offerte, tenuto conto che il divario esistente tra di esse è di gran lunga superiore a punti 0,2; in ogni caso, Servizi Ospedalieri, avendo presentato il piano di trasporto, ha ottenuto un punteggio più elevato; quanto al punteggio assegnato a Servizi Italia risulta giustificato – dal punto di vista della logica e ragionevolezza – facendo riferimento al parametro del numero di automezzi impiegati; infine neppure con riferimento al punteggio assegnato ad Adapta ricorrono vizi di manifesta illogicità ed irragionevolezza;

13.4 - Con riferimento al criterio n. 4 "Cronoprogramma relativo alla fase di avvio del servizio" (punti 5) l'appellante incidentale ha contestato il punteggio di 4 su 5 assegnatole dalla Commissione: quest'ultima ha valutato la sua offerta con il giudizio di "buono", in

quanto non conteneva alcun accenno alle tempistiche relative alla messa a regime del servizio; l'appellante incidentale ha dedotto che le sarebbe spettato il punteggio di punti 4,5 o di 5; tale punteggio aggiuntivo non sarebbe comunque sufficiente ai fini della prova di resistenza e comunque le deduzioni svolte nell'appello incidentale non sono tali da superare il rilievo della Commissione, secondo cui il cronoprogramma dell'appellante incidentale doveva ritenersi incompleto, in quanto non includeva tutte le attività necessarie per l'avvio a regime del servizio previsto dall'art. 11 del CSA (fornitura dei materassi, approvvigionamento della biancheria, ecc.), con la conseguenza che non sussiste la palese inattendibilità o l'illogicità del punteggio assegnato; quanto agli ulteriori rilievi, devono ritenersi inammissibili in quanto proposti per la prima volta in sede di appello;

13.5 - Con riferimento al criterio n. 5 "Risorse umane impiegato per lo svolgimento della movimentazione interna, verrà preso in considerazione il monte ore settimanale e relative modalità di gestione" (punti 10) lamenta l'appellante incidentale che la Commissione avrebbe assegnato ad ambedue le offerte proposte da Servizi Italia e da Servizi Ospedalieri lo stesso punteggio di punti 8 sebbene l'appellante incidentale avesse offerto un monte ore pari a 1071 h/settimana (indicato nei verbali come pari ad 1011 h/settimana) e Servizi Italia 1068 h/settimana: secondo l'appellante incidentale per il lotto 2 essa avrebbe dovuto conseguire un punteggio più elevato di quello assegnato, e pari a punti 9.

La tesi di Servizi Ospedalieri non convince non solo perché non vi è prova che non si tratti solo di un errore di trascrizione (peraltro relativo ad uno solo dei due lotti) e che quindi la Commissione abbia valutato allo stesso modo offerte sostanzialmente equivalenti (atteso

che la differenza era pari a sole 3 ore); peraltro, correttamente la stazione appaltante ha rilevato che una differenza di 3 ore (1068 offerte da Servizi Italia a fronte delle 1071 di Servizi Ospedalieri) su oltre mille (corrispondenti a meno dello 0,3%) non potrebbe giustificare l'incremento di punti 1 su 8 (pari ad oltre il 12%); inoltre il rivendicato punteggio maggiorato non consentirebbe comunque di superare la prova di resistenza, tenuto conto della differenza tra i punteggi esistente tra le offerte.

Quanto all'orario di apertura del guardaroba, si tratta di censura inammissibile in quanto non proposta in primo grado; lo stesso deve ritenersi con riferimento alla previsione di due unità operative in più.

13.6 - Con riferimento al criterio n. 9 "Modello organizzativo per fronteggiare situazioni critiche quali scioperi, festività, blocco del centro produttivo, emergenze sanitarie" (punti 6) Servizi Ospedalieri lamenta l'attribuzione del punteggio di punti 6 in favore di Servizi Italia e di punti 5,4 in suo favore: è del tutto evidente che tale censura è inammissibile perché non consente il superamento della prova di resistenza.

13.7 - L'appello incidentale va, dunque, respinto.

14. - Restano da esaminare le censure riproposte ai sensi dell'art. 101, comma 1, c.p.a.

14.1 – Con il primo motivo riproposto Servizi Ospedalieri ha lamentato la violazione dell'art. 6 della DGR del Veneto n. 1940/2017 secondo cui "al fine di garantire adeguatamente la fase preparatoria delle procedure di affidamento in capo ad azienda Zero è prevista la nomina di gruppi Tecnici...." sostenendo che la delibera di indizione n. 255/2018 non darebbe contezza della nomina del Gruppo Tecnico che avrebbe dovuto elaborare il CSA, i criteri di

assegnazione dei punteggi, i prezzi a base d'asta, e così via. Ha precisato che la precedente gara per il servizio in questione sarebbe stata revocata con determina n. 16 del 7/3/2018 e che, quindi, un nuovo gruppo tecnico avrebbe dovuto predisporre gli atti di gara.

14.2 – La doglianza non può essere condivisa atteso che – come ha correttamente rilevato la stazione appaltante - l'art. 6 del regolamento n. 5/2017, approvato con la DGRV n. 1940/2017, non prevede in modo tassativo la nomina del gruppo di lavoro, essendo specificato che tale organismo viene nominato “di norma”, e dunque, in via tendenziale.

Nel caso di specie, tale gruppo di lavoro è stato nominato, come emerge dal doc. n. 26 versato in atti da Azienda Zero, mentre nessun obbligo di modifica del gruppo di lavoro sussisteva in base alla disciplina interna regionale.

La doglianza va, quindi, respinta.

14.3 - Con il secondo motivo riproposto in appello l'appellante incidentale ha chiesto l'annullamento dell'intera gara sostenendo che la lex specialis di gara sarebbe “assolutamente generica”, difetterebbe di specifici criteri motivazionali, di una scala di giudizi attribuibili alla Commissione e dei relativi coefficienti; inoltre per ciascun criterio non sarebbe stati indicati i relativi sub-criteri e sub-pesi ponderali.

I verbali della Commissione sarebbero carenti non essendo indicati i sub punteggi assegnati da ciascun commissario; i sub-criteri di valutazione e i giudizi sarebbero stati applicati in modo non uniforme.

14.4 - Le doglianze sono infondate.

La lex specialis prevedeva 13 elementi di valutazione per ciascuno dei quali aveva individuato un punteggio massimo (cfr. tabella versata in

atti): non sussisteva quindi l'asserita genericità lamentata dall'appellante incidentale. In ogni caso la Commissione ha motivato i punteggi in relazione a ciascun elemento in modo da consentire di ripercorrere l'iter logico sotteso ad ogni valutazione.

Quanto alla carenza di sub-pesi per la valutazione delle offerte è sufficiente rilevare che secondo quanto previsto dall'art. 95, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 non si tratta di un obbligo, ma di una mera facoltà, mentre la mancata predeterminazione di criteri motivazionali non comporta l'illegittimità delle valutazioni (Cons. Stato, Sez. V, n. 277/2016) in quanto l'assenza di tali criteri può essere sopperita con un'adeguata motivazione, qui palesemente presente.

Va ribadito, infatti, che “in via generale, la definizione dei criteri di valutazione delle offerte – ivi compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi specificati nella *lex specialis* e compresa anche la disaggregazione eventuale per singolo criterio valutativo in sub-criteri – è espressione di ampia discrezionalità attribuita dalla legge alla stazione appaltante, per meglio perseguire l'interesse pubblico e, come tale, è sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31/3/2020 n. 2183; 6/3/2020 n. 2094; 5/4/2019 n. 2242).

Infine va respinta l'ulteriore doglianza dell'appellante incidentale diretta a sostenere che la Commissione avrebbe esercitato in modo non omogeneo le proprie valutazioni e che avrebbe introdotto sub-criteri di valutazione in origine non previsti; gli elementi di giudizio utilizzati erano tutti previsti e riconducibili agli elementi di valutazione indicati dalla *lex specialis*.

Neppure sussistono vizi di verbalizzazione non essendovi un obbligo di indicazione del punteggio assegnato da ciascun commissario (cfr. sullo specifico punto, Cons. Stato Sez. III n. 2682/2019; n. 4865/2019); quanto alla motivazione dei punteggi deve ritenersi sufficientemente analitica ed esaustiva.

La doglianza va complessivamente respinta.

15. – Anche l'ultima doglianza relativa alla nomina della Commissione di gara va respinta.

La competenza del Dirigente responsabile della U.O.C. CRAV a nominare la Commissione di gara è stata stabilita dal disciplinare di gara (art. 9) e tale disposizione non è stata espressamente impugnata. Inoltre, Azienda Zero al momento delle nomine non disponeva del Direttore Generale, ma di un Commissario che aveva delegato i suoi poteri ai dirigenti, come dato atto dallo stesso provvedimento di nomina (doc. n. 8 fasc. Servizi Ospedalieri).

Neppure sussiste la violazione dei criteri di trasparenza e competenza, in quanto la stazione appaltante aveva individuato le professionalità che avrebbero composto la Commissione con determina n. 348 del 2 agosto 2018, prima che scadesse il termine di presentazione delle offerte; i componenti della Commissione, inoltre, erano stati scelti in base al Regolamento approvato con DGR del Veneto n. 1940 del 27/11/2017 e disponevano delle necessarie professionalità.

La doglianza va, quindi, respinta.

16. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello principale va accolto e l'appello incidentale va respinto e, quindi, in parziale riforma della sentenza di primo grado, vanno respinti i ricorsi di primo grado riuniti con la sentenza appellata.

17. - Le spese del doppio grado possono compensarsi tra le parti tenuto conto dell'alternativo esito dei giudizi e dell'oscillazione della giurisprudenza in ordine alle problematiche oggetto della presente controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale e respinge quello incidentale e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, respinge i ricorsi di primo grado riuniti con la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO

