

Publicato il 28/12/2020

N. 08440/2020REG.PROV.COLL.
N. 06955/2020 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 6955 del 2020, proposto da Enenso S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Cocco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto come in atti;

contro

Regione Veneto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Botteon, Andrea Manzi, Emanuele Mio, 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;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 207/2020, resa tra le parti, concernente il bando di gara relativo alla "Procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento, in ambito regionale, del servizio di conduzione e gestione degli impianti tecnologici, elettrici e speciali delle Aziende Sanitarie aderenti,

compresa la produzione e la fornitura del calore, la fornitura di energia elettrica, la fornitura di acqua, la realizzazione di interventi di manutenzione sugli impianti e sulle apparecchiature” nella parte relativa alla suddivisione in lotti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Veneto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto da Azienda Zero;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto da Edison Facility Solutions S.p.A. (già Zephyro S.p.A.);

Visti tutti gli atti della causa;

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

Visto l'art. 25 del d.l. n. 137/2020;

Relatore nell'udienza pubblica, tenutasi da remoto, del giorno 15 dicembre 2020 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Cocco, Riccardo Villata e Luigi Garofalo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Azienda Zero, cui sono state trasferite, tra le altre, le competenze in materia di gestione degli acquisti centralizzati del Servizio Sanitario Regionale Veneto, ha indetto, con deliberazione del Direttore Generale del 12 giugno 2019, n. 282, una procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 D.Lgs. 50/2016, per la “Gestione Energetica e Tecnologica Integrata degli impianti delle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto (GETIS)”, finalizzata alla stipula di una convenzione quadro ai sensi degli artt. 3, comma 1, lett. cccc) e 58, comma 8, del medesimo decreto legislativo, a cui le Aziende Sanitarie del Veneto potranno aderire tramite successivi ordinativi di fornitura, con previsione di validità della convenzione di 4 anni e durata massima degli ordinativi di fornitura di 9 anni.

La gara ha ad oggetto “l'affidamento, in ambito regionale, del servizio di conduzione e gestione degli impianti tecnologici, elettrici e speciali delle Aziende Sanitarie aderenti, compresa la produzione e la fornitura del calore, la fornitura di energia elettrica, la fornitura di acqua, la realizzazione di interventi di manutenzione sugli impianti e sulle apparecchiature, così come previsto nel Capitolato Tecnico e nei diversi documenti di gara”, per un valore totale stimato, IVA esclusa, di € 1.509.890.997, 00 ed è suddivisa in cinque lotti.

2. - I lotti sono frutto dell'accorpamento delle Strutture e delle Aziende sanitarie, presenti e interessate, che ricadono sostanzialmente nel territorio di due province quanto ai lotti 1 (Belluno e Treviso) e 2 (Rovigo e Venezia), e nel territorio delle singole province per gli altri lotti, secondo quanto segue:

- Lotto 1 - Aziende ULSS 1 Dolomiti, ULSS 2 Marca Trevigiana, ULSS 4 Veneto Orientale ed Ospedale Riabilitativo di Alta Specializzazione (ORAS) S.p.a., CIG n. 79332347CB, valore, IVA esclusa: € 271.632. 300,00;
- Lotto 2 - Aziende ULSS 3 Serenissima ed ULSS 5 Polesana, CIG n. 7933260D3E, valore, IVA esclusa: € 219.170.350,00;
- Lotto 3 - Azienda ULSS 6 Euganea, Azienda Ospedaliera di Padova (AOP), Istituto Oncologico Veneto (IOV) ed Azienda Zero, CIG n. 7933276A73, valore, IVA esclusa: € 313.482.600,00;
- Lotto 4 - Azienda ULSS 9 Scaligera ed Azienda Ospedaliera Universitaria Integrata di Verona (AOUI-VR), CIG n. 7933290602, Valore, IVA esclusa: € 362.829.174,00;
- Lotto 5 - Aziende ULSS 7 Pedemontana ed ULSS 8 Berica, CIG n. 7933301F13, Valore, IVA esclusa: € 342.776.573,00.

Il criterio di aggiudicazione previsto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. - Con due separati ricorsi di primo grado, seguiti da motivi aggiunti, la ricorrente Enenso S.r.l., dopo aver precisato di essere una piccola impresa, ai sensi dell'art. 3, comma 1 lett aa) del Codice dei contratti pubblici, operante

nei settori della "Power generation" e "Facility management", interessata a partecipare alla gara in qualità di concorrente avvalendosi ex art. 89 D.lgs. 50/2016 della società Antera s.r.l. (tanto per il fatturato quanto per i requisiti SOA, appartenendo le due società ai medesimi soci ed avendo il medesimo amministratore delegato), ha impugnato il bando di gara e gli altri atti ad esso correlati: il primo riferito ai lotti 1 e 2 (risultanti dall'aggregazione di due province) e l'altro relativo ai lotti 3, 4 e 5 (ciascuno riferito ad un ambito provinciale), con i quali ha proposto sostanzialmente le medesime censure nei confronti della lex di gara.

3.1 - In particolare, ha lamentato che la suddivisione della gara in macro lotti territoriali e funzionali impone requisiti di fatturato specifico e di capacità tecnica immediatamente ostativi alla sua partecipazione alla gara e ne lamenta l'illegittimità: nel dettaglio con il primo motivo ha censurato la suddivisione dei lotti tramite aggregazione territoriale delle Aziende sanitarie e delle strutture interessate, deducendo la violazione dell'art. 51 del d.lgs. 50/2016 e dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non arbitrarietà, rilevando, inoltre, i vizi di illogicità insufficiente e contraddittorietà della motivazione.

3.2 - Con il secondo motivo, invece, ha censurato l'articolazione prestazionale dei macro lotti che prevedevano l'accorpamento di servizi tra loro eterogenei e solo indirettamente connessi.

3.3 - Con successivi motivi aggiunti, proposti avverso i verbali delle consultazioni preliminari tenutesi il 10/7/2018 e 17/10/2018, ha dedotto il vizio di difetto di istruttoria e di motivazione già prospettato con il ricorso introduttivo

3.4 - Si sono costituite in giudizio l'Azienda Zero e la Regione Veneto; è intervenuta ad opponendum Zephyro S.p.A. interessata alla partecipazione alla gara.

Le parti intime hanno proposto eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità, chiedendo anche il rigetto del ricorso.

4. - Con la sentenza appellata il TAR:

- ha riunito di ricorsi nn. 818/2019 (relativo ai lotti 1 e 2) e 819/2019 (relativo ai lotti 3, 4 e 5);
- ha respinto l'eccezione di tardività delle memorie e dei depositi documentali depositati oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno utile, sostenendo che il deposito telematico si considera tempestivo con riguardo al giorno e non all'ora;
- ha ritenuto ammissibile l'intervento ad opponendum di Zephyro S.r.l. trattandosi di un grande operatore del mercato del settore energetico interessato a partecipare alla gara, come tale titolare di un interesse di mero fatto, mediato e riflesso al mantenimento della situazione giuridica creata dal provvedimento impugnato;
- ha respinto l'eccezione di improcedibilità dei ricorsi e dei motivi aggiunti per mancata impugnazione della deliberazione n. 594 del 2019 e del disciplinare di gara ripubblicato, ritenendo che tali atti dovessero considerarsi, in relazione allo specifico interesse della ricorrente e all'oggetto dei suoi ricorsi, meramente confermativi di quelli precedenti, in quanto non avevano intaccato la precedente strutturazione in lotti della gara in questione;
- ha respinto l'eccezione di inammissibilità per violazione dell'art. 120 c. 11 bis, c.p.a., in quanto la ricorrente aveva impugnato il macro dimensionamento dei lotti sotto il profilo territoriale e prestazionale, formulando identiche censure con riferimento a tutti i lotti pur avendo presentato due ricorsi;
- ha respinto le eccezioni di inammissibilità per difetto di legittimazione e di interesse, rilevando che la ricorrente è una piccola impresa operante nel settore dei servizi energetici che lamenta il dimensionamento dei lotti, disposto in violazione dell'art. 51 del codice appalti, tale da non consentirle di prendervi parte non disponendo dei requisiti per la partecipazione; il suo interesse, quindi, sarebbe strumentale alla riedizione della gara secondo criteri più favorevoli per le PMI tali da consentirle la partecipazione;
- ha accolto l'eccezione di tardività ed inammissibilità della censura proposta con la memoria della ricorrente, depositata il 4/11/2019, con cui ha dedotto

che la fornitura in questione rientrerebbe nella seconda classe (caso B) di cui al D.M. 7 marzo 2012 che prevede i cosiddetti CAM (criteri ambientali minimi) e che quindi la legge di gara relativa alla fornitura di combustibili sarebbe in contrasto con l'art. 5.4 dell'allegato 1 del decreto sui CAM, rilevando che si trattava di nuova doglianza che avrebbe dovuto essere proposta entro il termine di decadenza;

- ha respinto nel merito il ricorso sia con riferimento all'individuazione territoriale/dimensionale dei lotti che a quella prestazionale.

5. - L'appello principale investe il solo capo di sentenza con il quale il TAR ha rigettato le censure relative alla suddivisione dei lotti e al loro dimensionamento territoriale; Enenso S.r.l. ha ritenuto, infatti, persuasiva la decisione del TAR con riferimento all'accorpamento prestazionale dei servizi, identificando come oggetto dell'appalto un "multiservizio tecnologico integrato".

5.1 - A sostegno di tale impugnativa l'appellante principale ha proposto un unico articolato motivo di impugnazione.

5.2 - In data 24/9/2020 Azienda Zero ha depositato la memoria di costituzione notificata recante l'appello incidentale, con il quale ha impugnato i capi di pronuncia che avevano disatteso le eccezioni di rito da essa sollevate in primo grado.

5.3 - In data 16/9/2020 Edison Facility Solutions S.p.A., già Zephyro S.p.A., ha depositato la memoria notificata recante appello incidentale, con la quale ha censurato il capo di sentenza con cui il TAR aveva rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse, sostenendo che la lex specialis non avrebbe impedito alla ricorrente Enenso S.r.l. di partecipare alla gara: ha rappresentato, infatti, che la stazione appaltante aveva disegnato la gara in modo da consentire la partecipazione in RTI come mandante alla suddetta procedura di gara; ugualmente la società avrebbe potuto eseguire la quota parte di prestazione mediante subappalto.

- 5.4 - In data 26/10/2020 si è costituita in giudizio la Regione Veneto che ha controdedotto alle doglianze dell'appellante principale chiedendone il rigetto.
- 5.5. - Tutte le parti hanno depositato scritti difensivi, anche in replica, insistendo nelle rispettive tesi.
6. - All'udienza pubblica del 15 dicembre 2020, tenutasi da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.
7. - L'appello principale va respinto; gli appelli incidentali vanno dichiarati improcedibili.
8. - Ritiene il Collegio di dover preventivamente richiamare i presupposti sui quali si fonda la sentenza impugnata.
- 8.1 - Il TAR ha rilevato che:
- “si controverte sulla legittimità della strutturazione in macro lotti, di valore economico molto elevato, della gara indetta da Azienda Zero per la “Gestione Energetica e Tecnologica Integrata degli impianti delle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto (GETIS)”, finalizzata alla stipula di una convenzione quadro ai sensi degli artt. 3, comma 1, lett. cccc) e 58, comma 8, del codice dei contratti pubblici, a cui le Aziende Sanitarie del Veneto potranno aderire tramite successivi ordinativi di fornitura (con previsione di validità della convenzione di 4 anni e durata massima degli ordinativi di fornitura di 9 anni)”;
 - “la giurisprudenza ha chiarito che, nell'assetto disegnato dall'art. 51 del codice dei contratti pubblici, non può ritenersi preclusa alle stazioni appaltanti – con il corredo di idonea motivazione – la possibilità di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato, sebbene questo finisca per rendere difficoltosa, se non impossibile, la partecipazione delle PMI”;
 - secondo la giurisprudenza, nel caso di strutturazione della gara in macro lotti, occorre verificare se la scelta dell'Amministrazione sia conforme al modello legale, laddove quest'ultimo ammette la deroga ad una suddivisione in lotti dell'appalto rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo delle PMI, subordinatamente:

1) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta;

2) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto" (così C.d.S., sent. n. 5534 del 2018)", nonché al rispetto dei principi "della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria (cfr., tra le altre, C.d.S, sent. n. 2044 del 2018)".

- "La scelta della Stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, costituisce, quindi, una decisione che deve essere adeguatamente motivata e 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 (cfr. C.d.S., sent. n. 1491 del 2019). Rispetto ai quali rileva anche la considerazione che "il settore sanitario, caratterizzato da una forte spinta legislativa verso la centralizzazione degli acquisti, in funzione di contenimento della spesa pubblica, di razionalizzazione del sistema degli acquisti e di una più efficiente gestione del sistema sanitario (in tal senso, cfr. Tar Toscana, sent. n. 224 del 2019)".

8.2 - Sulla base di tali presupposti il TAR ha ritenuto che la scelta operata da Azienda Zero di strutturare la gara nei cinque macro lotti previsti, con riferimento al profilo dimensionale e prestazionale, costituisse frutto di una adeguata istruttoria e non fosse irragionevole in rapporto all'interesse pubblico perseguito, in quanto:

- il disciplinare giustificava "la suddivisione dell'appalto in tali cinque lotti, sulla base di un criterio logico-territoriale "nell'ottica di ottimizzare le risorse ed omogeneizzare i costi della logistica";

- "l'individuazione dei confini dei lotti è stata guidata da specifici indicatori quali la correlazione geografica, il volume/superficie del patrimonio immobiliare da gestire e la valorizzazione economica dei contratti da attivare in adesione alla Convenzione, tenuto conto delle disomogenee date di

- scadenza dei contratti in essere presso le singole Aziende Sanitarie ...” (cfr. disciplinare di gara, doc. 20 in atti deposito Azienda Zero);
- la scelta sarebbe “frutto di “consolidate scelte di pianificazione strategica adottate dalla Regione del Veneto” sin dalla “DGR n. 3456 del 5 novembre 2004... con l’obiettivo di ridurre il consumo di risorse e di ottimizzarne l’utilizzo attraverso la condivisione di processi gestionali anche in ambito tecnico- amministrativo” (cfr. disciplinare di gara);
 - “con riguardo alla gestione del servizio energia” la “esperienza maturata dalle Aziende Sanitarie nel corso del tempo ha confermato che l’ambito territoriale ritenuto ottimale era quello provinciale, stabilendo pur tuttavia l’accorpamento funzionale delle province di Belluno e Rovigo, in ragione della minore popolazione, a quelle – rispettivamente – di Treviso e di Venezia (gara calore 2008)” (cfr. disciplinare di gara);
 - “Azienda Zero ha proceduto ad una apposita analisi di mercato ... [che] ha dimostrato che il dimensionamento dei lotti ... è ragionevole e proporzionato rispetto ad un mercato” in cui sono presenti “almeno dieci Aziende di grandi dimensioni, con fatturati superiori a 50 milioni di euro annui e con un numero di dipendenti superiore ai 250 ” (cfr. disciplinare di gara);
 - Azienda Zero ha considerato “il tema della partecipazione delle PMI e ... in un’ottica di favor” non ha imposto “per la partecipazione alla gara in forma di RTI, il possesso da parte delle relative imprese mandanti di percentuali minime del requisito specifico (cfr. disciplinare di gara)”;
 - Azienda Zero, su richiesta della CRITE, ha sottoposto l’intera lex specialis all’esame dell’A.N.A.C., attivando, la c.d. “vigilanza collaborativa”;
 - attesi gli obiettivi di efficientamento energetico perseguiti, sarebbero proprio le imprese di grandi dimensioni, o i raggruppamenti in cui siano presenti grandi società insieme a PMI, ad essere in grado di raggiungere economie di scala tali da far sì, anche all’indomani della progressiva riduzione del canone, che l’affidamento resti remunerativo del rischio d’impresa assunto;

- una volta che l'amministrazione ha motivato la sua scelta a favore della suddivisione nei macro-lotti previsti, non sarebbe occorso motivare dando conto delle diverse opzioni, maggiormente di favore per le PMI, che non ha ritenuto di seguire.

9. - Con l'unico articolato motivo di appello l'appellante ha dedotto la doglianza di "Error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 51 e 83, in generale e commi 2,4, lett. a) e 5 del medesimo art. 83, in particolare, del codice dei contratti pubblici. Violazione dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE. Contraddittorietà intrinseca della sentenza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 c.p.a. Violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non arbitrarietà – suddivisione formale – motivazione illogica, insufficiente e contraddittoria”.

9.1 – Nell'atto di appello l'appellante principale ha sottolineato, innanzitutto, la specificità della presente controversia, atteso che:

- l'impugnazione del bando di gara (e degli altri atti collegati) è stata proposta da una piccola impresa;
- l'importo dei lotti è particolarmente elevato oscillando intorno ai 300 milioni di euro per ciascun di essi;
- la stazione appaltante ha bandito una gara relativa all'affidamento di un accordo quadro, al quale sarebbe stata data concreta esecuzione mediante la sottoscrizione di plurimi distinti contratti attuativi, in numero pari ad almeno 12, a livello di singolo ospedale o Azienda sanitaria che avrebbero potuto essere stipulati in modo scaglionato nel tempo;
- tale circostanza si porrebbe in contraddizione con l'affermazione della necessità di aggregazione della gara in soli 5 lotti di dimensione provinciale, ledendo il principio del favor participationis delle PMI espresso dal legislatore;
- la sub-articolazione esecutiva dei 5 lotti, con non meno di 12 contratti attuativi, relativi ad appalti di dimensioni del tutto minori, a maggiore portata delle PMI, renderebbe inidonea la motivazione della stazione appaltante,

specie con riferimento ai lotti 1 e 2 che si riferiscono all'accorpamento di due province;

- il criterio geografico/dimensionale, come già ritenuto dalla giurisprudenza (Sez. III n. 1138/2018; 5534/2018; 1350/2019; 1491/2019; 861/2019) non sarebbe sufficiente essendo necessaria una valutazione caso per caso che tenga conto della effettiva dislocazione delle strutture.

9.2 - Ritiene il Collegio che nonostante le peculiarità della presente controversia rispetto ai precedenti trattati dalla Sezione (caratterizzati dalla circostanza che l'impugnazione dell'articolazione della gara in un numero ridotto di maxi-lotti era stata proposta da un operatore del settore non rientrante nel novero delle PMI), vadano riaffermati i principi già espressi dalla propria giurisprudenza.

9.2.1 - La diversa natura del soggetto che agisce in giudizio può assumere rilievo in relazione ai profili della legittimazione e dell'interesse (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14/12/2020 n. 7962), ma non con riferimento agli aspetti di merito che investono la ragionevolezza e proporzionalità della scelta operata dalla stazione appaltante, alla luce delle ragioni indicate negli atti di gara e dell'istruttoria preventiva svolta.

Se si tiene conto dei soli aspetti relativi al merito, la condizione soggettiva dell'operatore economico che agisce in giudizio ha valenza neutra.

9.2.2 - Anche l'importo dei lotti – che nel caso di specie si appalesa particolarmente ponderoso – non può costituire di per sé un indizio di “irragionevolezza o violazione del principio di proporzionalità” ove sia possibile ricostruire e valutare, nell'ambito del sindacato estrinseco di cui dispone il giudice amministrativo, le ragioni che hanno indetto la stazione appaltante ad operare una determinata scelta che ha comportato il “sacrificio” delle PMI, private della possibilità di concorrere in via autonoma alla gara, dovendo necessariamente aggregarsi ad operatori di maggiori dimensioni o intervenire in qualità di subappaltatori.

9.2.3 - Infine, neppure l'elemento sul quale l'appellante si è a lungo soffermato (e cioè la circostanza che la gara in questione, articolata in soli 5 lotti, si riferisce ad un accordo quadro al quale avrebbero fatto seguito plurimi distinti contratti attuativi, in un numero sicuramente superiore a quello dei lotti), può incidere sui principi espressi dalla giurisprudenza della Sezione, in quanto:

- la scelta dell'accordo quadro comporta di conseguenza la stipulazione di contratti attuativi che possono essere articolati in modo differente rispetto ai lotti anche nella tempistica;
- nondimeno le ragioni che sono sottese alla scelta operata dalla stazione appaltante non vengono intaccate dalla circostanza che in sede esecutiva verranno stipulati più contratti in relazione a singole strutture sanitarie (ASL o Presidi Ospedalieri), in quanto tali contratti saranno rispondenti all'accordo quadro, con la conseguenza che verrà assicurata la complessiva prestazione oggetto di gara sulla base di quanto previsto in tale accordo;
- non convince la tesi dell'appellante secondo cui il maggior numero di contratti esecutivi (minimo 12) dimostrerebbe l'irragionevolezza della previsione di n. 5 lotti, in quanto non vi è alcuna prova che mutando il numero dei lotti la stazione appaltante avrebbe conseguito il medesimo risultato in termini di spesa, tenuto conto che – come è noto – la scelta dei maxi lotti è funzionale ad ottenere economie di scala;
- peraltro, è opportuno sottolineare che neppure vi è prova che ove fosse stata bandita una gara articolata in 12 lotti la società appellante, piccola impresa sebbene con avvalimento di un altro operatore più grande, avrebbe avuto i requisiti per prendervi parte, con la conseguenza che avrebbe potuto addivenirsi ad un ulteriore contenzioso ove neppure tale ripartizione fosse stata soddisfacente.

Ritiene dunque il Collegio di doversi sottrarre alla "suggerione" dell'appellante diretta a sottolineare, con particolare maestria, la specificità della fattispecie in esame rispetto a quelle esaminate dalla Sezione.

10. – Con l'unico motivo di appello l'appellante ha lamentato la violazione dell'art. 51 del codice degli appalti, dell'art. 46 della direttiva 24/2014/UE e dei suoi considerando 2, 59, 78 e 124.

Secondo l'appellante principale, infatti, Azienda Zero nel dimensionamento dei lotti non avrebbe preso in considerazione soluzioni diverse idonee a tutelare le PMI: avrebbe riconosciuto alle PMI la sola possibilità di partecipare in qualità di mandanti, in violazione dell'art. 51 del codice, secondo cui “nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore lotti deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipare da parte delle microimprese, piccole e medie imprese”.

10.1 - Secondo l'appellante l'art. 51 del d.lgs. 50/2016 potrebbe essere interpretato in due sensi:

- i lotti dovrebbero essere obbligatoriamente adeguati in modo da consentire la partecipazione delle PMI;
- ove tale principio potesse ritenersi derogabile, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe tenuta ad esternare nella motivazione le ragioni per le quali avrebbe ritenuto di non poter adeguare il valore dei lotti, in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle PMI;
- in caso di maxi-lotti (come nel caso di specie) la stazione appaltante avrebbe dovuto indicare le ragioni di convenienza ritenute prevalenti, tali da rendere sub-valenti gli interessi delle piccole e medie imprese a partecipare alla gara.

L'appellante ha quindi dedotto l'erroneità della sentenza del TAR, secondo cui la stazione appaltante non sarebbe stata tenuta a motivare anche in negativo le sue scelte, dando conto dei motivi per i quali non si era determinata in modo diverso da quello scelto e dando conto, quindi, delle diverse opzioni, maggiormente favorevoli per le PMI che non aveva ritenuto di seguire: la tesi del TAR, secondo l'appellante principale, confliggerebbe con la disciplina eurounitaria (cfr. in particolare il considerando 78 della direttiva 24/2014/UE).

Ha quindi aggiunto che, nel caso di specie, le ragioni di convenienza della strutturazione in maxi lotti sarebbero state addotte dalla stazione appaltante senza comparare e bilanciare tale convenienza con la frustrazione delle PMI, e senza esternare gli interessi considerati prevalenti di quelli sub-valenti delle PMI.

La stazione appaltante avrebbe scelto a priori di strutturare i lotti a beneficio delle sole grandi imprese, ritenute idonee a garantire adeguata concorrenza essendo in numero di 10 in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

10.2 - La possibilità di partecipazione in RTI come mandanti non sarebbe idonea a soddisfare la tutela delle PMI, come anche chiarito dal “Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso delle PMI agli appalti pubblici” redatto dalla Commissione europea e richiamato nel considerando n. 78 che espressamente precisa che esiste “uno specifico obbligo in capo alla Stazione Appaltante di garantire l’accesso alle RTI e che questo accesso deve essere offerto in particolare in riferimento all’ipotesi di RTI composti da sole PMI e non in generale in relazione alle RTI, eventualmente realizzate da grandi operatori e piccole e medie imprese”. Si tratta di una precisazione che si fonda sulla consapevolezza del legislatore europeo in merito alla diversità tra la costituzione di un RTI tra una impresa grande e una piccola, e la realizzazione di un raggruppamento tra sole PMI: nella prima ipotesi è evidente che esiste uno squilibrio di poteri, anche decisionali, in merito alla costituzione dello stesso raggruppamento, asimmetria che viene attenuata qualora entrambi gli operatori siano piccoli o medi.

In forza dell’art. 2 del disciplinare, non è prescritto, per la partecipazione alla gara in forma di RTI, il possesso di percentuali minime dei requisiti specifici richiesti solo per le imprese mandanti; i requisiti sono invece necessari (totalmente o in quota del tutto maggioritaria) per la mandataria. Il che, per ammissione della stessa sentenza appellata, rende impossibile formare un RTI solo tra PMI. Di conseguenza, il disciplinare non consente una partecipazione effettiva delle PMI nella forma imposta dal “codice di buone pratiche”

richiamato al considerando 78 della direttiva appalti. E ciò proprio al fine di dare effettiva e autonoma possibilità di partecipazione alle Piccole e Medie imprese.

10.3 - Ha quindi aggiunto l'appellante che la giurisprudenza amministrativa nazionale ha escluso che la previsione nella lex specialis della possibilità di partecipare alla gara in forma aggregata possa compensare la suddivisione in maxi lotti, data l'evidente elusione della ratio sottesa all'art 51 alla luce delle direttive comunitarie (ex multis: Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 1857/2019, Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 5528/2018, Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 861/2019, Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 1038/2017, Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 5534/2018, ma anche l'ANAC, delibera n. 123/2019 condivide che "nel valutare l'impatto restrittivo sulla concorrenza della suddivisione di una gara in macro-lotti, è irrilevante la circostanza che il bando preveda condizioni agevolate per la partecipazione in raggruppamento o tramite avvalimento (Consiglio di Stato, Sez. V, 6.03.2017 n. 1038; Consiglio di Stato, sez. III, 26.09.2018 n. 5534").

L'appellante ha poi ritenuto irrilevante la sottoposizione della lex specialis all'ANAC (che non si è pronunciata).

10.4 - Con riferimento all'efficientamento energetico ha censurato la statuizione del TAR rilevando che la normativa eurounitaria non esclude la PMI dal settore: l'art. 18, comma 1, lett. d) punto i) della direttiva 27/2012/UE dispone con riferimento alle piccole e medie imprese, che "Gli Stati membri promuovono il mercato dei servizi energetici e l'accesso delle PMI a tale mercato ...". Ancora, al considerando 10 della direttiva 2018/844/UE, vi è un esplicito riferimento alle PMI.

Non vi sono preclusioni alle PMI (che del resto possono arrivare a disporre di fatturati annui fino a 50 milioni di euro, quindi assolutamente capienti) per l'esecuzione dei contratti di EPC.

10.5 - In merito alle consultazioni preliminari, l'appellante ha rilevato, infine, che non vi è prova della partecipazione delle PMI aggiungendo che sembra

che vi abbia preso parte una sola società; in ogni caso non risulta che vi sia stato contraddittorio sulla questione della partecipazione delle PMI alla gara.

10.6 -In via subordinata, l'appellante ha formulato l'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 TFUE, prospettando due quesiti.

10.7 - Con la successiva memoria ha rilevato un contrasto di giurisprudenza sull'interpretazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 ed ha formulato istanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato della questione controversa.

11. – Ritiene il Collegio di dover preventivamente richiamare i condivisibili principi espressi dalla giurisprudenza più recente di questo Consiglio di Stato ed, in particolare, di questa Sezione, relativa all'interpretazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. tra le ultime, Cons. Stato Sez. V, n. 7455/2020; Sez. III n. 5746/2020; Sez. III n. 7962/2020) secondo cui: l'art. 51 d.lgs 50/2016 prescrive la divisione in lotti al fine di favorire l'accesso alle piccole e medie imprese prevedendo, al contempo, la possibilità di evitare tale suddivisione a seguito di una motivazione articolata che giustifichi la scelta operata.

Tale disposizione prevede che 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”.

Tale disposizione è “dichiaratamente finalizzata a plasmare i profili organizzativi dell'amministrazione committente in modo servente rispetto ad un fine che esula dallo stretto tema dell'evidenza pubblica, per collocarsi nella più ampia prospettiva dello sviluppo pro-concorrenziale del mercato” (cfr. sent. n. 7962/2020).

Nella sentenza n. 5746/2020 questa Sezione ha ritenuto che “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”.

[...] 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).

Affinché dunque l'agire della stazione appaltante possa considerarsi legittimo è necessario, come precisato da questa Sezione (cfr. Cons. St., sez. III, 29 novembre 2018 n. 5534), "verificare se l'Amministrazione ha osservato il "protocollo" operativo, così come enucleato dalla giurisprudenza, che consente di ritenere che il suo modus operandi è comunque conforme al modello legale, laddove quest'ultimo ammette la deroga ad una suddivisione in lotti dell'appalto rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo delle PMI, subordinatamente: 1) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; 2) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto.

[...] Più in particolare, sulla natura e la portata della suindicata cornice normativa di riferimento questa Sezione, per quanto qui di più diretto interesse, si è ampiamente soffermata nella recente sentenza n. 4289 del 3 luglio 2020 di cui si riportano, siccome tuttora condivisi, i relativi essenziali snodi argomentativi:

- 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. 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);

- 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);

- secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 02 gennaio 2020, n.25; Cons. St., sez. 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. St., sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491); sicché non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato (Cons. St., sez. III, 26 settembre 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. 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)".

11.1 - Ne consegue che, secondo la giurisprudenza di questa Sezione, l'art. 51 del d.lgs. 50/2016, letto in combinazione con le disposizione della direttiva 24/2014/UE (art. 46 e i considerando 59 e 78) non comporta l'obbligo per la stazione appaltante di ripartire la gara in lotti modulandoli necessariamente in modo da garantire l'accesso delle PMI.

L'art. 46 della direttiva 2014/24/UE dispone che "Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto dei tali lotti"; l'attenzione espressa dalla direttiva all'accesso alle gare da parte delle PMI che si ravvisa nei considerando n. 2, 59, 78 e 124 sui quali si è focalizzata la prospettazione dell'appellante, non implica il venir meno della discrezionalità della stazione appaltante nella scelta di suddividere la gara in lotti e nella determinazione dell'oggetto e delle loro dimensioni, come recita in modo chiaro l'art. 46 sopra citato.

Se il considerando 59 stigmatizza la tendenza delle stazioni appaltanti all'aggregazione della domanda da parte di committenti pubblici al fine di perseguire economie di scala e professionalità nella gestione degli appalti, e auspica il controllo su tali determinazioni al fine di evitare collusioni ed eccessiva concentrazione del potere di acquisto, perseguendo la trasparenza, la concorrenza e l'accesso al mercato per le PMI, nondimeno il considerando 78 dopo aver affermato che "E' opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI" e fatto rinvio al "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici", ha poi statuito in modo chiaro che "L'entità e l'oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall'amministrazione aggiudicatrice..."; "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. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto".

11.2 - Da questo rapido richiamo alle disposizioni contenute nella direttiva 2014/24/UE si confermano i principi espressi dalla giurisprudenza della Sezione, in precedenza richiamati:

- la suddivisione in lotti non è obbligatoria; è incentivata dalla direttiva per consentire l'accesso al mercato delle PMI, ma le amministrazioni aggiudicatrici possono derogarvi sulla scorta di una congrua motivazione ed una ragionevole ed equilibrata ponderazione degli interessi in gioco;
- in caso di frazionamento le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a dimensionare i lotti a misura delle PMI; il considerando 78 e l'art. 46 della direttiva riconoscono alle stazioni appaltanti la libertà di decidere l'oggetto e la dimensione dei lotti; il considerando 78, infine, prevede esemplificativamente ipotesi nelle quali è giustificata la mancata ripartizione in lotti;
- tale principio si applica, analogicamente, anche ai casi in cui, per le caratteristiche intrinseche dell'appalto ed, in particolare, per la sua complessità, non è concretamente ipotizzabile un frazionamento in lotti tale da consentire la partecipazione in via autonoma (senza cioè ricorrere a RTI ovvero al subappalto) delle PMI.

12. - Ne consegue che la tesi dell'appellante principale, benché molto ben articolata, non può essere condivisa.

Come già rilevato non si rinviene né nella normativa nazionale né 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 bandire una gara unica, ovvero provvedere al suo frazionamento ove ciò sia maggiormente rispondente all'interesse pubblico.

Ciò che viene richiesto è il rispetto del solo obbligo di motivazione in ordine alla scelta effettuata; tale principio è connaturale all'esercizio dell'attività discrezionale da parte di una pubblica amministrazione e comporta la sindacabilità di tale scelta da parte del giudice amministrativo.

12.1 - Nel caso di specie, per valutare la congruità della motivazione – anche nel senso propugnato dall'appellante principale – occorre partire dall'oggetto della gara in questione.

Si tratta di un “multiservizio tecnologico integrato” che chiede all'aggiudicatario di fornire energia e acqua, di governare tutte le attività di gestione e di conduzione degli impianti tecnologici, di climatizzazione e di ricambio dell'aria e di realizzare interventi di manutenzione straordinaria sugli impianti e sulle apparecchiature, finalizzati all'efficientamento energetico.

Da quanto si evince dal capitolato tecnico, “in ambito sanitario vi sono specifiche peculiarità che rendono necessario prevedere la gestione integrata dei vari servizi connessi”: la gestione di un ospedale richiede, infatti, che gli attori coinvolti agiscano “in modo sinergico mirando alla ottimizzazione dell'impiego delle risorse ed all'efficientamento energetico, funzionale al contenimento dei consumi, assicurando il minor impatto sull'attività sanitaria”.

Il multiservizio in questione rende necessario “utilizzare un'unica piattaforma informatica per la supervisione dei vari servizi, centralizzando le richieste di intervento da parte dell'utenza”, garantendo così “un miglior controllo da

parte delle Aziende Sanitarie dei servizi e permettendo l'integrazione con i sistemi di contabilità analitica"; dalle pregresse "esperienze maturate nel campo dalle Aziende Sanitarie" è emersa la necessità di adottare la gestione di tali servizi, in modo da "ottenere economie di gestione ed immediatezza di intervento, soprattutto in caso di urgenza".

Occorre tener presente, infatti, come ha ben rappresentato Azienda Zero, che l'aggiudicatario ha l'obbligo di realizzare interventi di manutenzione straordinaria sugli impianti e sulle apparecchiature, dovendo raggiungere nel primo biennio un certo obiettivo di efficientamento energetico. Tale aspetto è stato evidenziato da Azienda Zero nei suoi scritti difensivi, sottolineando che di tale finalità tengono conto anche le modalità di calcolo del corrispettivo da versare all'aggiudicatario: il prezzo è infatti calcolato non sulla base di quanta energia (termica ed elettrica) viene fornita, bensì in ragione dei volumi e delle superfici riscaldate/illuminate e, a partire dal terzo anno, è prevista una riduzione dei prezzi unitari a canone del 1,5 % per ogni anno per i servizi "energy intensive".

12.2 - Ne deriva che la scelta della stazione di appaltante di aggregazione della gara in un numero ridotto di lotti di importo considerevole, a scapito delle PMI, non si appalesa irragionevole o contrastante con il principio di proporzionalità, in quanto la stazione appaltante aveva interesse ad interfacciarsi con un interlocutore unico, e soltanto un'impresa o un RTI di grandi dimensioni è in grado di garantire il corretto svolgimento di un servizio, quale quello in questione, che necessita di una particolare organizzazione per svolgere un complesso di attività interconnesse tra loro che vanno dalla fornitura di energia, all'attività di manutenzione, all'esecuzione di opere edilizie finalizzate all'efficientamento energetico; solo un grande operatore può – ragionevolmente - ritenersi in grado di raggiungere economie di scala tali da garantire, anche dopo la progressiva riduzione del canone, la remuneratività dell'affidamento e, dunque, il corretto svolgimento del servizio oggetto di gara.

Il frazionamento della gara in tanti lotti – a misura delle PMI – non sarebbe stato idoneo alla realizzazione dello scopo perseguito dalla stazione appaltante.

Sono dunque pienamente condivisibili le affermazioni della sentenza appellata sullo specifico punto.

12.3 - Quanto alla problematica relativa all'efficientamento energetico è opportuno rilevare che il TAR si è limitato a sottolineare che solo le imprese di grandi dimensioni o i raggruppamenti in cui siano presenti grandi società, possono offrire sufficienti garanzie di raggiungere economie di scala, sicchè è del tutto irrilevante che la normativa eurounitaria non escluda le PMI dal settore, in quanto la valutazione svolta dalla stazione appaltante, condivisa dal TAR, si fonda su valutazioni di ordine economico e non giuridico.

12.4 - La necessità di concentrazione dei servizi in capo ad un operatore unico ha inciso anche sulla scelta di configurare i lotti sulla base del criterio logico-territoriale, dettato dalla collocazione tanto geografica che dimensionale delle Aziende e dei presidi ospedalieri ricompresi al suo interno. Ne deriva che la decisione del T.A.R. che ha reputato legittima la scelta di Azienda Zero di “strutturare la gara nei cinque macro lotti, sia sotto il profilo dimensionale che prestazionale” si appalesa pienamente condivisibile.

Correttamente il primo giudice ha sottolineato che “l'individuazione dei confini dei lotti è stata guidata da indicatori specifici quali la correlazione geografica, il volume/superficie del patrimonio immobiliare da gestire e la valorizzazione economica dei contratti da avviare in adesione alla Convenzione, tenuto conto delle disomogenee date di scadenza dei contratti in essere presso le singole Aziende Sanitarie, nonché dei numerosi presidi ospedalieri gestiti con contratti di Project Financing, esclusi dalla Convenzione” (cfr. disciplinare di gara).

Ha poi richiamato le “consolidate scelte di pianificazione strategica adottate dalla Regione del Veneto sin dal 2004”; la DGR n. 3456 del 5 novembre 2004 avente ad oggetto le Linee di indirizzo per la costituzione dell'Area Vasta, gli

ambiti di collaborazione tra le Aziende ULSS limitrofe con l'obiettivo di ridurre il consumo di risorse e di ottimizzarne l'utilizzo attraverso la condivisione di processi gestionali anche in ambito tecnico-amministrativo; con specifico riferimento al complessivo servizio energia ha dato conto del dato storico, dal quale era emerso che "l'ambito territoriale ottimale era quello provinciale stabilendo pur tuttavia l'accorpamento funzionale delle province di Belluno e Rovigo, in ragione della minore popolazione e quelle – rispettivamente – di Treviso e Venezia (gara calore 2008)" (cfr. disciplinare di gara).

Quanto allo specifico tema delle PMI il TAR ha ricordato che nel disciplinare di gara (art. 2) è stato previsto che "al fine di incentivare la partecipazione in forma associata alla gara da parte degli operatori economici del mercato di riferimento e, conseguentemente, di favorire anche la partecipazione delle piccole e medie imprese di settore potenzialmente interessate nella presente gara, viene incentivata la partecipazione di RTI o Consorzi. Non è prescritto infatti, per la partecipazione alla gara in forma di RTI, il possesso da parte delle relative imprese mandanti di percentuali minime del requisito specifico in questione", ove la legge di gara si riferisce alla capacità economico-finanziaria.

Il TAR ha, quindi, condivisibilmente rilevato che la stazione appaltante ha tenuto conto delle esigenze di partecipazione delle PMI, agevolando la loro partecipazione in forma aggregata compatibilmente con le specificità del servizio complessivamente messo a gara (Cons. Stato, Sez. III, n. 124/2020) e che Azienda Zero su richiesta della CRITE aveva sottoposto l'intera lex specialis all'esame dell'ANAC attivando la c.d. "vigilanza collaborativa".

12.4 - Alla luce di quanto evidenziato negli atti di gara, ritiene il Collegio che non sia ravvisabile il vizio di motivazione lamentato dall'appellante principale, in quanto la stazione appaltante ha fornito idonei elementi a sostegno della scelta operata sotto ogni profilo: territoriale, dimensionale, prestazionale.

Da tale motivazione è ben possibile ricostruire l'iter logico che ha indotto la stazione appaltante a commisurare i lotti messi a gara: dalla complessiva motivazione emergono in modo chiaro le ragioni di convenienza ritenute prevalenti, tali da rendere sub-valenti gli interessi delle piccole e medie imprese a partecipare alla gara.

L'oggetto della gara – per la propria complessità – richiedeva una particolare strutturazione professionale che solo una grande impresa poteva assicurare e, dopo la consultazione di mercato, era emerso che esisteva un numero sufficiente di operatori economici in grado di assicurare il rispetto del principio di concorrenza anche in caso di maxi lotti; ciò determinava necessariamente, in caso di raggruppamenti, che le PMI potevano assumere il solo ruolo di mandanti (agevolato dai requisiti di ammissione alla gara), ma non di mandatarie, attesa la differente condizione esistente tra le due categorie anche in relazione al regime di responsabilità.

12.5 - Ne consegue che non sussiste il lamentato vizio di motivazione, né le giustificazioni addotte dalla stazione appaltante si appalesano irragionevoli o tali da violare il principio di proporzionalità, tenuto conto che sono riconducibili alle ipotesi delineate nel considerando n. 78 della direttiva 24/2014/UE (l'esigenza di evitare di “rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa” ovvero di evitare che “l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto”).

La stazione appaltante, infatti, ha ampiamente giustificato la scelta operata esponendo le ragioni per le quali non sarebbe stato possibile operare un frazionamento in lotti alla portata di PMI, neppure sotto la forma di un'aggregazione di sole PMI; del resto, come ampiamente già rilevato né dalla normativa nazionale, né da quella euro-unitaria può desumersi l'obbligo di frazionamento della gara in lotti nel senso invocato dall'appellante principale.

13. - Alla stregua dei principi in precedenza esposti non sussistono i presupposti per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE in relazione ai seguenti quesiti, articolati nell'atto di appello principale:

- quanto al primo, con cui si chiede alla Corte di Giustizia UE di precisare “ Se l'articolo 46, paragrafo 1, della direttiva 24/2014/UE debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che, pur a fronte di una strutturazione dei lotti che non consente la partecipazione delle PMI, ritenga sufficientemente adeguata una motivazione che non dia espressamente conto delle ragioni per cui per la Stazione Appaltante non è stato possibile attuare una suddivisione dei lotti adeguata alla partecipazione delle PMI”, è sufficiente rilevare che dalla ampia motivazione contenuta negli atti di gara è ben possibile ricostruire la ratio della scelta operata da Azienda Zero (di cui si è dato ampiamente conto in precedenza) e le ragioni per le quali non aveva potuto consentire la partecipazione “in via autonoma” delle PMI, permettendo loro di prendere parte alla gara soltanto mediante l'aggregazione con altri operatori economici.

Ne consegue che il primo quesito deve ritenersi irrilevante, essendo stato già soddisfatto l'onere di motivazione rivendicato dall'appellante.

13.1 - Anche il secondo quesito con il quale si chiede “Se l'art. 46 della direttiva 24/2014/UE debba esser interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che ritenga che la possibilità di partecipazione delle PMI sia effettivamente garantita laddove il bando, non imponendo alle Mandanti quote minime di possesso dei requisiti di partecipazione, consenta loro la partecipazione in raggruppamenti nei quali non è tuttavia in discussione che il ruolo di mandataria possa necessariamente essere svolto solo da una Grande Impresa” non necessita del rinvio pregiudiziale, in quanto – come già chiarito in precedenza – l'art. 46 par. 1 della direttiva 24/2014/UE, anche ove letto in combinazione con il considerando n. 78 –, non impone la strutturazione del bando di gara in modo da garantire la partecipazione in via autonoma o in

qualità di mandataria di una PMI, essendo demandata alla stazione appaltante la facoltà di determinare le dimensioni e l'oggetto dei lotti.

Le disposizioni della direttiva non si prestano a dubbi interpretativi e non richiedono, dunque, il rinvio pregiudiziale

14. - Neppure sussistono i presupposti per disporre la rimessione all'Adunanza Plenaria, non essendo ravvisabile il contrasto in giurisprudenza lamentato dall'appellante; in ogni caso va ribadito che la motivazione fornita dalla stazione appaltante deve ritenersi esaustiva sotto ogni profilo.

15. – Da quanto esposto consegue che l'appello principale va respinto; il rigetto dell'appello principale comporta che i due appelli incidentali – diretti ad ottenere la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado dell'appellante principale Enenso – vanno dichiarati improcedibili.

16. - Le spese del grado di appello possono compensarsi in considerazione della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibili gli appelli incidentali e, per l'effetto, in conferma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del grado di appello compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Stefania Santoleri

Michele Corradino

IL SEGRETARIO