

Publicato il 31/10/2019

N. 00812/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00408/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 408 del 2019, proposto da Hospital Service S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Di Pardo e Luigi Quaranta, domiciliato in Cagliari presso la Segreteria del TAR, via Sassari n. 17;

contro

la Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Sau e Mattia Pani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

l'Ats Sardegna - Azienda per la Tutela della Salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Luisa Brundu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

l'Azienda Ospedaliera G. Brotzu, non costituita in giudizio;

l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Cagliari, non costituita in giudizio;

l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Sassari, non costituita in giudizio;

la Regione Autonoma della Sardegna - Direzione Generale Enti Locali Finanze - Servizio della Centrale Regionale di Committenza, non costituita in giudizio;

nei confronti

Colis Consorzio Lavanderie e Industrie Sanitarie Sassari, in proprio e quale mandatario del Rti Upgrade con Servizi Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luisa Giua Marassi, Antonello Rossi, Paolo Sansone e Jacopo Fiori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Cagliari presso lo studio dell'avv. Antonello Rossi, via Ada Negri n. 32;

Servizi Italia S.p.A.,

Demi S.p.A.,

Sterilis Sardegna S.r.l.,

Nivea S.p.A.

Perla Bianca S.r.l.,

non costituiti in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

della determinazione n. 125 prot. n. 3986 del 16 aprile 2019 con la quale la Direzione Generale della Centrale Regionale di Committenza ha aggiudicato al RTI Upgrade il Lotto 2 della “*Procedura aperta informatizzata finalizzata alla stipula di convenzioni quadro per l'affidamento del servizio di lavanolo destinato alle Aziende sanitarie della Regione Sardegna*”;

- della nota del 16 aprile 2019 con cui è stata comunicata a mezzo pec l'aggiudicazione definitiva;

- della determinazione rep. n. 2683 prot. n. 51991 del 16 ottobre 2017, con cui è stata indetta la gara;

- della determinazione prot. n. 3340 rep. n. 152 del 14 giugno 2018 con cui è stata nominata la commissione;

- di tutti i verbali di gara, anche afferenti alla valutazione della congruità dell'offerta, e dei relativi allegati: del 20.12.2017, n. 1 del 25.6.2018, n. 2 del 8.10.2018, n. 3 del 9.10.2018, n. 4 del 24.10.2018, n. 5 del 25.10.2018, n. 6 del 14.11.2018, n. 7 del 15.11.2018, n. 8 del 10.12.2018, n. 9 del 13.2.2019, n. 10 del 14.2.2019, n. 11 del 4.3.2019;

- di tutti gli atti istruttori formati per indire, disciplinare e svolgere la gara (importo e numero dei lotti, regole e limiti dell'aggiudicazione, ecc.), tutti di estremi e contenuti non conosciuti;
- del bando;
- del disciplinare;
- del capitolato;
- del Duvri;
- di tutti i chiarimenti resi dalla stazione appaltante;
- di tutti gli allegati alla *lex specialis*;
- della nota prot. n. 2755 del 8 marzo 2019 con cui sono stati comunicati la riformulazione dei punteggi e della graduatoria;
- dei giustificativi richiesti dal Rup al RTI Upgrade prot. n. 2795/19 e n. 3517/19;
- di tutte le giustificazioni trasmesse dal RTI UpGrade e dei relativi allegati, acquisiti al protocollo con il n. 3413 del 26 marzo 2019 e n. 3696 del 5 aprile 2019;
- del giudizio di congruità formulato dal Rup, di estremi e contenuti non conosciuti;
- della determinazione prot. n. 64539 rep. n. 3590 del 20 dicembre 2017 con cui è stato costituito il seggio per lo svolgimento delle attività di natura accertativa;
- della determinazione prot. n. 1710 rep. n. 89 del 9 aprile 2018 e della determinazione prot. n. 1793 rep. n. 91 del 11 aprile 2018;
- delle lettere con cui sono stati richiesti i nominativi dei commissari alle AA.SS;
- del verbale n. 2 del 15 maggio 2018 in cui si è proceduto all'estrazione dei nominativi dei commissari;
- della nota prot. n. 2591 del 18 maggio 2018 con cui è stato comunicato alle AA.SS. ed ai professionisti l'esito dell'estrazione;

- della nota con cui la dott.ssa Aresu il 5.6.2018 ha comunicato l'indisponibilità a far parte della commissione;
- della nota con cui la dott.ssa Piu ha comunicato la propria disponibilità a far parte della commissione;
- della proposta di aggiudicazione (provvisoria);
- dell'attività e dei provvedimenti afferenti la valutazione dei requisiti di ordine generale, tecnico/professionale ed economici, tutti di estrema e contenuti non conosciuti;
- dell'eventuale contratto di appalto qualora già stipulato;
- di ogni atto consequenziale, connesso, presupposto, anche di contenuto non conosciuto,

e per la declaratoria:

del diritto – interesse della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara e l'inerente contratto di appalto, nonché per l'inefficacia dell'eventuale contratto sottoscritto con la contro interessata e del diritto della Hospital Service al subentro nello stesso;

con condanna dell'Ente alle inerenti correlate obbligazioni.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato il 19 giugno 2019 da Colis Consorzio Lavanderie e Industrie Sanitarie Sassari, in proprio e quale mandatario del RTI Upgrade con Servizi Italia S.p.A.,

per l'annullamento:

- della determinazione n. 125 prot. n. 3986 del 16 aprile 2019 della Direzione Generale della Centrale Regionale di committenza, nella parte in cui ha collocato al 3^o posto della graduatoria finale del Lotto 2 la S.r.l. Hospital Service, anziché escluderla all'esito del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;
- nota pec in pari data, mediante la quale è stata comunicata la suddetta determinazione;
- dei verbali di cui alle sedute di gara n. 1 del 25.06.2018, n. 2 del 08.10.2018, n. 3 del 09.10.2018, n. 4 del 24.10.2018, n. 5 del 25/10/2018, n. 6 del

14.11.2018, n. 7 del 15.11.2018, n. 8 del 10.12.2018, n. 9 del 13.02.2019, n. 10 del 14.02.2019 e n. 11 del 04.03.2019 nella parte in cui contribuiscono alla positiva valutazione dell'offerta di Hospital Service s.r.l.;

- ove occorra, le richieste di giustificazioni e chiarimenti formulate dalla Stazione Appaltante ad Hospital Service s.r.l. mediante le note pec 11.3.2019 – prot. n. 2793, 28.3.2019 – prot. n. 3521 e 9.4.2019 – prot. n. 3816;
- giustificazioni e chiarimenti relativi al Lotto n. 2, unitamente ai relativi allegati, trasmessi da Hospital Service s.r.l. alla Stazione Appaltante in data 25 marzo 2019, 3 aprile 2019 e 4 aprile 2019;
- il giudizio di congruità espresso dal R.u.p., relativamente all'offerta di Hospital Service s.r.l., concernente il Lotto n. 3, di contenuto e data sconosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Colis - Consorzio Lavanderie e Industrie Sanitarie Sassari, della Regione Autonoma della Sardegna e di Ats Sardegna - Azienda per la Tutela della Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2019 il dott. Tito Aru e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Regione Sardegna ha indetto una “*Procedura aperta informatizzata suddivisa in 3 lotti finalizzata alla stipula di convenzioni quadro per l'affidamento del servizio di lavanolo destinato alle Aziende sanitarie della Regione Sardegna*”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, così articolata:

- Lotto 1 ATS Sardegna, importo euro 54.135.284,95;
- Lotto 2 AO Brotzu e AOU Cagliari, importo euro 17.768.076,50;
- Lotto 3 AOU Sassari, importo euro 15.642.144,50.

2. Alla procedura hanno concorso, tra gli altri, la Hospital Service S.r.l. (quale impresa singola), il Consorzio Colis in qualità di mandataria del RTI Upgrade con la società Servizi Italia S.p.A., e la società Servizi Sanitari Integrati (quale impresa singola limitatamente ai lotti 2 e 3).

3. Con determinazione n. 125 del 16 aprile 2019 del Servizio Forniture e Servizi - Direzione generale della Centrale regionale di Committenza della Regione Sardegna tutti i lotti sono stati aggiudicati al RTI Upgrade.

L'offerta della società Hospital Service S.r.l. è risultata seconda in graduatoria nei lotti 1 e 3, e terza nel lotto 2, mentre l'offerta della società Servizi Sanitari Integrati S.r.l. è risultata seconda in graduatoria per il lotto 2.

4. Con il ricorso in esame la società Hospital Service S.r.l. ha impugnato l'anzidetta determinazione regionale con riguardo all'aggiudicazione del lotto n. 2 in favore del raggruppamento RTI Upgrade costituito da Consorzio Colis e Servizi Italia S.p.A., per l'importo di euro 11.381.298,37 oltre IVA.

5. A suo avviso, infatti, la partecipazione alla gara e l'aggiudicazione al raggruppamento RTI Upgrade sarebbero illegittime per i seguenti motivi:

a) né Colis, né le consorziate Nivea e Perla Bianca sarebbero in possesso di una valida ed efficace certificazione di qualità Uni En Iso 14065:2004 sebbene richiesta a pena di esclusione dall'art. 3 lettera f1) del disciplinare di gara che, al successivo art. 4, precisava che:

“In caso di partecipazione nelle forme di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c), d), e), f) e g), D.Lgs. 50/2016, il requisito di cui al paragrafo 3, lett. f1) deve essere posseduto dalla mandataria e in ogni caso anche dalle imprese che svolgeranno le attività di lavanderia che, a tal fine, dovranno essere espressamente indicate nell'Allegato 2A – Schema dichiarazioni amministrative, allegato al presente Disciplinare, restando inteso che saranno tenute a svolgere le relative attività”;

b) il sopralluogo sarebbe stato effettuato solo dal Colis;

c) l'unitarietà della prestazione (lavanolo) oggetto dell'incanto non ammetterebbe la partecipazione in raggruppamento verticale adottata dal Colis;

d) il Consorzio Colis sarebbe sprovvisto di un fatturato utile a concorrere sia a ciascuno sia a tutti i lotti della gara.

Inoltre il ribasso offerto, prossimo al 50% del prezzo base d'asta, sarebbe abnorme e il sub procedimento per la verifica dell'anomalia avviato dalla stazione appaltante (ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. 50/2016) sarebbe inficiato da un evidente difetto di istruttoria e da carenza di motivazione.

6. Di qui la richiesta, in via principale, dell'annullamento dell'aggiudicazione del Lotto 2 al raggruppamento RTI Upgrade.

7. In via subordinata, la ricorrente ha chiesto la declaratoria dell'illegittimità dell'intera gara, il cui annullamento sarebbe strumentale alla tutela del suo interesse alla chance di aggiudicarsela qualora fosse strutturata diversamente.

I vizi dedotti avverso la procedura sono i seguenti:

1) Violazione e falsa applicazione degli articoli 30 e 51 del d.lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione del considerando n. 79 della Direttiva 2014/24/UE - Violazione e falsa applicazione dei principi di libera concorrenza, par condicio, non discriminazione - Difetto di istruttoria, carenza di motivazione, eccesso e sviamento di potere: in quanto la stazione appaltante, in spregio alle finalità di assicurare la libera concorrenza (agevolando la partecipazione delle piccole e medie imprese) e la massima partecipazione alle gare pubbliche sottesa alla divisione in lotti degli appalti, avrebbe suddiviso l'incanto in un numero limitato di lotti di importo relevantissimo, oltretutto senza neppure prevedere un limite di lotti aggiudicabili al singolo concorrente;

8. Concludeva quindi la ricorrente chiedendo, previa sospensione, l'annullamento degli atti impugnati, con vittoria di spese.

9. Contestualmente la Hospital Service ha chiesto la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno in via principale in forma specifica per il conseguimento dell'aggiudicazione e per il subentro nel contratto d'appalto e, in via subordinata per il ristoro dell'equivalente monetario degli ingiusti danni subiti.

10. Per resistere al ricorso si è costituito Colis – Consorzio Lavanderie e Industrie Sanitarie Sassari, in proprio e quale mandatario del RTI. Upgrade costituito con Servizi Italia S.p.A. che, con articolate difese ne ha chiesto il rigetto, vinte le spese.

11. Per resistere all'impugnazione si è altresì costituita l'ATS che, con memorie difensive, ne ha chiesto il rigetto, con favore delle spese.

12. Alla camera di consiglio del 19 giugno 2019 l'esame dell'istanza cautelare è stato abbinato al merito.

13. Lo stesso 19 giugno 2019 Colis – Consorzio Lavanderie e Industrie Sanitarie Sassari, in proprio e quale mandatario del RTI. Upgrade costituito con Servizi Italia S.p.A., ha proposto ricorso incidentale col quale ha impugnato la determinazione n. 125 prot. n. 3986 del 16 aprile 2019 della Direzione Generale della Centrale Regionale di committenza, nella parte in cui ha collocato al 3^o posto della graduatoria finale del Lotto n. 2 la S.r.l. Hospital Service, anziché escluderla all'esito del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

14. Per resistere al ricorso si è costituita anche la Regione Sardegna che, dopo aver eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione, ne ha chiesto il rigetto nel merito, vinte le spese.

15. In vista dell'udienza di trattazione le parti hanno depositato memorie con le quali hanno insistito nelle rispettive conclusioni.

16. Alla pubblica udienza del 16 ottobre 2019, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso di Hospital Service va anzitutto dichiarato inammissibile nella parte in cui lamenta l'illegittimità - in via derivata rispetto agli atti della procedura concorsuale che hanno ammesso alla gara il raggruppamento Colis/Servizi Italia - del provvedimento n. 125 del 16 aprile 2019 di aggiudicazione in suo favore del lotto n. 3.

2. Avverso i predetti atti procedimentali, infatti, la società Hospital Service aveva già proposto censure sostanzialmente sovrapponibili a quelle oggi in esame (precisate in narrativa al punto 5) con il ricorso n. 68/2018, cui aveva fatto seguito la sentenza n. 291 del 2018 di questo Tribunale di rigetto dell'impugnazione.

3. Tale decisione era stata appellata dall'odierna ricorrente ma il Consiglio di Stato, con la sentenza della Sezione III, n. 4519 del 24 luglio 2018, previa riunione dei ricorsi proposti anche avverso i lotti 1 e 3, ne aveva dichiarato l'improcedibilità per la mancata impugnazione dei sopravvenuti provvedimenti di ammissione definitiva alla gara del raggruppamento controinteressato.

4. La riproposizione di tali censure, secondo la prospettazione della ricorrente, trova il suo fondamento nelle sopravvenienze normative che hanno inciso – modificandola – sulla disciplina delle procedure concorsuali in materia di appalti.

5. La tesi interpretativa della ricorrente può essere riassunta nei seguenti termini.

L'art. 120, comma 2 bis, del c.p.a., stabiliva che *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale...”*.

Tale disposizione è stata abrogata dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32, poi convertito con modificazioni con la legge 14 giugno 2019 n. 55.

Il medesimo decreto ha pure stabilito che le disposizioni di modifica del Codice del Processo Amministrativo si applicano ai processi iniziati dopo l'entrata in vigore del Decreto Legge, quindi dal 19 aprile 2019.

Pertanto, non sussistendo più l'onere di immediata impugnazione, i vizi relativi alla fase di ammissione ed esclusione dalle gare si possono oggi far valere nelle forme ordinarie, e quindi, nel caso di contestazione del provvedimento di ammissione delle imprese concorrenti, al momento dell'impugnazione dell'aggiudicazione.

Che è quanto ha fatto, appunto, la ricorrente con l'impugnazione in esame, notificata il 16 maggio 2019.

A ciò non osterebbe la sentenza n. 4519/2018 del Consiglio di Stato perché, per giurisprudenza costante, il giudicato su questione processuale non estenderebbe la sua autorità anche su un nuovo ed autonomo processo.

6. La tesi non è condivisibile, rivelandosi senz'altro corretta l'interpretazione sistematica offerta dalle parti resistenti.

L'atto di ammissione definitiva alla gara del raggruppamento controinteressato risale al provvedimento n. 1710 del 9 aprile 2018, adottato allorquando la disciplina in ordine al consolidarsi degli effetti dell'ammissione era dettata dall'art. 120, comma 2, c.p.a.

Proprio l'adozione di tale provvedimento, confermativo della precedente ammissione con riserva, oggetto dei ricorsi sopra citati, del resto, aveva determinato la declaratoria da parte del giudice d'appello dell'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, degli appelli proposti avverso le sentenze di questo TAR, essendosi ormai consolidato, per decorso del termine di possibile contestazione, l'assetto dei concorrenti ammessi alla procedura concorsuale.

Resta pertanto evidente che l'impugnazione successivamente proposta avverso l'atto di aggiudicazione non poteva che riguardare i vizi propri di tale atto, senza potersi addivenire, attraverso l'interpretazione estensiva degli effetti abrogatori del D.L. n. 32/2019, ad una sostanziale rimessione in termini per la proposizione di censure avverso i provvedimenti di ammissione delle imprese, essendosi tale fase sub procedimentale ormai esaurita sotto il previgente regime normativo.

6.1. La nuova disciplina può dunque trovare applicazione solo per quelle fattispecie residuali nelle quali, precedentemente all'entrata in vigore del D.L. n. 32/1019, il termine per l'impugnazione ex art. 120, comma 2 bis, non fosse già definitivamente scaduto e non si fosse già definitivamente consolidato il provvedimento di ammissione (per intervenuta decorrenza del termine breve di impugnazione sancito dall'art. 120, comma 2 bis, fino a quel momento vigente).

Peraltro nel caso in esame, in cui la questione della legittimità degli atti di ammissione del controinteressato alla gara ha già costituito oggetto di uno specifico e approfondito accertamento in sede giurisdizionale, l'infondatezza della tesi della ricorrente è vieppiù evidente.

Ed invero, se fosse consentita la possibilità – conseguente all'interpretazione della ricorrente - di riproporre gli stessi gravami già esaminati dal giudice amministrativo e passati in giudicato, essendosi ormai consolidata la sentenza 291/2018 di questo Tribunale, si incorrerebbe nella violazione del principio del “*ne bis in idem*”, in forza del quale un giudice non può esprimersi due volte sulla stessa questione già oggetto di giudicato.

Sul punto va anche osservato che la questione (posta dalla ricorrente) della non estendibilità ad un nuovo ed autonomo giudizio degli effetti del giudicato formatosi su questione processuale è del tutto inconferente poiché, nel caso che qui occupa, sulla decisione di questo TAR non riformata, per ragioni che in questa sede non rilevano, dal giudice d'appello, si è comunque formato il giudicato.

Di qui l'inammissibilità delle censure proposte avverso gli atti che hanno sancito l'ammissione del raggruppamento controinteressato alla procedura concorsuale.

7. La ricorrente, con riferimento all'aggiudicazione della gara al RTI controinteressato e della società Servizi Sanitari Integrati, ha sostenuto l'illegittimità del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario lamentando difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

Premesso che il RTI Upgrade ha offerto un ribasso del 35,95% (e non prossimo al 50% come affermato in ricorso), il motivo non è fondato.

8. Nelle gare pubbliche è ormai affermato il principio per il quale il giudizio sull'anomalia dell'offerta, diretto alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa, ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte, ha natura globale e sintetica.

In sostanza il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se - in concreto - l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (cfr: Consiglio di Stato, Sezione III, 29 gennaio 2019, n. 726).

Esso è pertanto finalizzato a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, ponendosi l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta soltanto come effetto di una valutazione, operata dall'amministrazione appaltante, di complessiva inadeguatezza della stessa.

Detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla P.A., insindacabile in sede giurisdizionale salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara.

9. Nel caso di specie la ricorrente ritiene che l'aggiudicatario non abbia correttamente giustificato i maggiori costi per talune attività connesse al servizio (ad es. trasporto, gestione logistica interna), pari ad oltre un milione di euro, nonché per il costo del personale.

Per arrivare a tali conclusioni procede ad un'analitica disamina dell'offerta di quest'ultimo attraverso una critica atomistica di ciascun elemento valorizzato nell'offerta benché tali voci avessero già costituito oggetto di richiesta di delucidazioni da parte dell'amministrazione conclusasi con esito favorevole.

10. Per quanto sopra evidenziato, il *modus procedendi* seguito dalla ricorrente non trova riscontro nella più recente giurisprudenza in materia di verifica dell'anomalia.

La valutazione di congruità di una offerta, cioè, deve essere globale e sintetica, in quanto *“ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta è rappresentato dall'accertamento della serietà dell'offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente e dunque la sua complessiva attendibilità”*, con la conseguenza che *“l'esclusione dalla gara necessita della prova dell'inattendibilità complessiva dell'offerta”* (Consiglio di Stato A.P., 29 novembre 2012, n. 36; Sez. V, 26 settembre 2013, n. 4761; 23 novembre 2010, n. 8148).

Eventuali inesattezze su singole voci devono ritenersi irrilevanti: ciò che conta è l'attendibilità dell'offerta e la sua idoneità a fondare un serio affidamento per la corretta esecuzione dell'appalto (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 dicembre 2018, n. 7129; 29 gennaio 2018, n. 589).

10.1. Nella specie, come detto, proprio i profili censurati dalla ricorrente avevano costituito oggetto di approfondimento da parte dell'amministrazione, che aveva richiesto specifiche delucidazioni, poi ritenute esaustive o, comunque, sufficienti a ritenere affidabile l'offerta nel suo complesso.

A ciò segue dunque, avuto riguardo ai ricordati limiti entro il quale deve contenersi il sindacato giurisdizionale rispetto allo svolgimento dell'attività tecnica dell'amministrazione, il rigetto della censura.

11. La società ricorrente ha infine contestato la legittimità dell'intera procedura concorsuale sostenendo che la stazione appaltante, in spregio alle finalità di assicurare la libera concorrenza (agevolando la partecipazione delle piccole e medie imprese) e la massima partecipazione alle gare pubbliche sottesa alla divisione in lotti degli appalti, avrebbe suddiviso l'incanto in un numero limitato di lotti di importo relevantissimo, oltretutto senza neppure prevedere un limite di lotti aggiudicabili al singolo concorrente.

A suo avviso, infatti, una maggiore articolazione in lotti, nonché l'apposizione di limiti all'aggiudicazione degli stessi da parte di un'unica impresa, era un'opzione possibile e non eccessivamente gravosa per la stazione appaltante. Di qui la richiesta di annullamento dell'intera gara, che sarebbe strumentale alla tutela del suo interesse qualificato alla chance di aggiudicarsela ove la stessa venisse strutturata diversamente.

12. Il motivo risulta in primo luogo tardivo, venendo ora contestata in radice la stessa legittimità della gara alla quale la ricorrente ha comunque partecipato (Consiglio di Stato, A.P. n. 4 del 2018).

12.1. La censura non merita comunque accoglimento nel merito.

In materia di appalti pubblici costituisce principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti degli appalti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; tale principio risulta ora recepito all'art. 51 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che, tuttavia, non pone una regola inderogabile, consentendo alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 gennaio 2018, n. 1138; 13 novembre 2017, n. 5224).

12.2. Con riguardo al caso di specie, va rilevato che l'attuale contenuto del bando di gara nei termini oggetto di censura è già stato sottoposto all'attenzione di questo TAR col ricorso n. 920/2017, nel quale è stata adottata da questa Sezione l'ordinanza n. 920 del 7 dicembre 2017 che ha ritenuto congruamente motivata la decisione dell'amministrazione precedente sulla base delle seguenti argomentazioni:

“A) Il nuovo bando emesso dalla CUC (il precedente era stato sospeso dal TAR con ordinanza n. 306 del 15.9.2017) ha previsto 3 significative ed incisive modifiche.

In primo luogo è stato creato un lotto in più, elevando la partizione nella suddivisione della gara (da oltre 87 milioni di euro complessivi) con elevazione da 2 a 3. Tale elemento ha determinato, di riflesso, la riduzione del quantum inerente il Lotto 1 da circa 69 milioni a circa 54 milioni complessivi, per tutta la durata del contratto (...)

In secondo luogo è stata disposta, nel Disciplinare, una modifica estremamente incisiva sulla partecipazione: l'abbassamento del requisito annuale minimo di "fatturato" da circa 7 milioni a circa 5 milioni (media negli ultimi 3 anni).

In terzo luogo questo fatturato annuo è stato rapportato a "servizi analoghi" con connotazione ben più ampia rispetto a quella prevista precedentemente (che era ben più restrittiva nel contenuto): cioè rilevanza, ai fini del computo del fatturato utile, non più della sola attività di lavanolo propriamente "sanitaria" (in via esclusiva), ma attività analoga svolta più genericamente presso strutture "pubbliche o private", con conseguente ampliamento della "quota parte" del fatturato ritenuto rilevante (anche di tipo "non sanitario").

Complessivamente, è stato, dunque, introdotto un rilevante e significativo abbassamento della soglia del requisito per la partecipazione.

Tali elementi, nel loro complesso, determinano, per l'effetto, un consistente ampliamento dei soggetti ammessi in gara, con estensione dei possibili concorrenti (...).

Tale giudizio si è poi concluso con la sentenza n. 626 del 2018, divenuta definitiva sul punto, nella quale si è dato atto che, dopo la suddetta ordinanza, la ricorrente ha rinunciato al motivo censurante la violazione della Direttiva 2014/24/UE in punto di suddivisione dei lotti e violazione delle regole di concorrenza.

12.3. Il Tribunale, dunque, con argomentazioni condivise dal Collegio, ha già ritenuto che, nella predisposizione del bando di gara, l'Amministrazione ha raggiunto un ragionevole compromesso tra l'apertura del mercato a più operatori e le esigenze di coordinamento e controllo da parte del committente, avendo comunque riguardo ad una dimensione aziendale che garantisca costi operativi efficienti con la realizzazione anche di economie di scala, attese le dimensioni dei lotti e la delicatezza del servizio.

13. Parimenti infondato, oltre che tardivo (per quanto sopra ricordato), è il denunciato vizio riguardante la mancata previsione di un limite ai lotti aggiudicabili ad un singolo operatore.

La società ricorrente svolge le sue argomentazioni con ampi richiami alla giurisprudenza amministrativa formatasi un materia ove, in effetti, si è affermato che *“...il vincolo di aggiudicazione... costituisce uno strumento proconcorrenziale che, nell’impedire ad uno stesso soggetto di essere aggiudicatario di una pluralità di lotti, aumenta le possibilità di successo delle piccole e medie imprese pur in presenza di aziende meglio posizionate sul mercato...”* (TAR Lazio, Roma, Sez. II, n. 1345 del 26 gennaio 2017).

13.1. Osserva tuttavia il Collegio che il quadro normativo di riferimento non può condurre all’affermazione della tesi della ricorrente, secondo cui - in sostanza - dopo aver articolato l’appalto in lotti l’amministrazione dovrebbe necessariamente prevedere limiti di aggiudicazione degli stessi ad un singolo operatore.

A ben vedere l’art. 51 del D.Lgs. 50/2016 prescrive, in senso conforme alla Direttiva 2014/24/UE, che *“Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerta per alcuni o tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente...”*.

E l’espressione utilizzata dal legislatore (*“possono”*) ricorre pacificamente in tutti i casi in cui quest’ultimo abbia inteso affidare all’amministrazione un potere di scelta da utilizzare – in via appunto facoltativa – ricorrendone i presupposti da essa stessa individuati.

La normativa comunitaria e quella nazionale sono quindi allineate nel prevedere come facoltativa una clausola che limiti il numero dei lotti aggiudicabili al medesimo concorrente sulla base di esigenze ritenute volta per volta prevalenti per l’interesse pubblico, senza tuttavia imporne l’obbligo.

Si tratta dunque di una valutazione del caso concreto, ove la scelta dell’Amministrazione di porre un limite al numero di lotti aggiudicabili può ritenersi giustificata, per salvaguardare la concorrenza, nei casi in cui la stessa ritenga opportuno (ad esempio in relazione ai tempi di esecuzione o alla capacità di eseguire contemporaneamente più prestazioni) che l’appalto sia eseguito nei diversi lotti da soggetti diversi,

Viceversa, quando non ricorrano tali particolari esigenze, può ritenersi corretta la scelta dell'amministrazione di non porre limiti all'aggiudicazione di più lotti al medesimo concorrente, non rivelandosi di per sé illegittima la possibilità che tutti i lotti in gara vengano aggiudicati ad un'unica impresa.

13.2. Nel caso di specie tale clausola, evidentemente per ragioni attinenti la particolare natura dell'appalto, non è stata inserita nel bando di gara. E la scelta dell'Amministrazione non appare manifestamente illogica o comunque viziata da eccesso di potere.

Di qui, l'infondatezza della domanda del ricorrente che, invero, sostanzialmente, si traduce nella inammissibile pretesa di sostituirsi all'amministrazione nel dettare le regole più convenienti ai fini di un proficuo svolgimento della procedura concorsuale.

14. In conclusione, quindi, il ricorso va dichiarato in parte inammissibile e per il residuo va respinto secondo quanto precisato in motivazione.

15. Il ricorso incidentale proposto dal RTI Upgrade va dichiarato improcedibile posto che il controinteressato dal suo eventuale accoglimento non potrebbe ottenere alcuna utilità ulteriore, essendo stato respinto il ricorso principale.

16. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e per il residuo lo respinge secondo quanto precisato in motivazione.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in complessivi euro 2000,00 (duemila//00) in favore dell'ATS, in complessivi euro 2000,00 (duemila//00) in favore della Regione Sardegna e in euro 2000,00 (duemila//00), oltre accessori di legge, in favore del raggruppamento controinteressato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2019

con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Tito Aru

IL PRESIDENTE

Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO