

Pubblicato il 24/10/2023

N. 09205/2023REG.PROV.COLL.
N. 07758/2023 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

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 7758 del 2023, proposto dalla società Stryker Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura codice CIG 990144855F, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Francica e Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Umberto Cossu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza breve del Tar Sardegna, sez. I, n. 661 del 18 settembre 2023, con la quale è stato respinto il ricorso proposto avverso gli atti della gara indetta dall'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu, denominata "P.A. inf. AQ fornitura di Strumentario e Dispositivi Medici Impiantabili per Interventi di osteosintesi e materiale correlato per S.O. S.C. Ortopedia e Traumatologia

dell'Azienda Ospedaliera G. Brotzu", limitatamente al Lotto n. 3, codice CIG 990144855F, denominato "Placche (dispositivi impiantabili sterili)".

Visto il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu;

Vista la memoria difensiva depositata dall'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu in data 17 ottobre 2023;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice, alla camera di consiglio del 19 ottobre 2023, il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Considerato che nella suddetta camera di consiglio il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare di sospensiva dell'atto impugnato, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito con sentenza resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e ne ha dato comunicazione (riportandola a verbale) ai difensori presenti delle parti in causa;

Considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. L'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu (d'ora in poi "Arnas") ha indetto il bando, pubblicato sulla G.U. 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 72 del 26 giugno 2023, relativo alla "Procedura aperta finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro per la fornitura con contratto estimatorio di Strumentario e Dispositivi Medici Impiantabili per Interventi di osteosintesi e materiale correlato per la Sala Operatoria della S.C. Ortopedia e Traumatologia dell'Azienda Ospedaliera G. Brotzu per il periodo di 24 mesi, con facoltà di rinnovo per ulteriori 12 mesi". La procedura è stata suddivisa in lotti e, con riferimento al lotto n. 3, inerente a "Placche (dispositivi impiantabili sterili)" e oggetto della presente controversia, l'Arnas ha previsto 37 sub-lotti, ciascuno dedicato ad una tipologia di placche diversa.

Il capitolato speciale ha previsto che l'aggiudicazione è effettuata a singolo lotto completo, con la conseguenza che gli operatori economici che intendono presentare offerta per il lotto n. 3 devono disporre di tutte le diverse tipologie di placche elencate nei 37 sub-lotti.

2. La società Stryker Italia S.r.l. (d'ora in poi "Stryker"), attiva nel settore dei dispositivi medici, interessata a partecipare alla gara in oggetto e non disponendo di tutti i *device* compresi nel lotto n. 3 (in particolare, Stryker può rispondere con propri prodotti per tutti i sub-lotti, ad eccezione dei soli riferimenti 18, 19, 20, 32, 33 e 36), ha proposto ricorso dinanzi al Tar Sardegna, lamentando l'estrema eterogeneità del lotto n. 3 tale da non consentire la partecipazione e/o la presentazione dell'offerta.

Nello specifico, l'allora società ricorrente ha dedotto l'illegittimità degli atti di gara *in parte qua*, limitatamente al lotto n. 3, deducendo: i) la violazione dell'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che l'accorpamento in un unico lotto di numerosi *device* eterogenei impedirebbe la partecipazione alla gara delle piccole e medie imprese, che non riuscirebbero a coprire la richiesta di fornitura per tutti i 37 sub-lotti, in violazione del principio del *favor participationis*; ii) la carenza di motivazione in ordine alla scelta di riunire in un unico lotto eterogeneo tutte le diverse tipologie di placche, qualunque siano le loro caratteristiche funzionali e strutturali; iii) la violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, dato che la scelta operata dalla stazione appaltante risulterebbe contraria ad ogni interesse della stessa Amministrazione.

3. Con sentenza breve n. 661 del 18 settembre 2023, il Tar Sardegna, dopo aver ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità per carenza di legittimazione attiva in capo all'allora parte ricorrente, ha respinto il gravame evidenziando che non può dirsi irragionevole la scelta della stazione appaltante di suddividere l'oggetto dell'appalto in 18 lotti, includendo nel lotto n. 3 le varie e numerose tipologie di placche e sistemi di placche, considerato anche che si tratta di dispositivi tra essi assimilabili dal punto di vista

qualitativo e funzionale e ben distinti rispetto a quelli fatti oggetto degli altri lotti. Inoltre, il primo giudice ha ritenuto che l'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016 imporrebbe l'obbligo di motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti e non anche la mancata suddivisione di un lotto in ulteriori lotti e che l'incapacità della società Stryker di offrire tutti i *device* inclusi nel lotto n. 3 non costituirebbe di per sé un ostacolo insormontabile alla sua partecipazione alla gara, ben potendo la stessa fare ricorso ad istituti quali il raggruppamento temporaneo d'impresa (c.d. RTI).

4. La citata sentenza n. 661 del 18 settembre 2023 è stata impugnata con appello notificato e depositato il 26 settembre 2023, contestando, anzitutto, l'assunto del primo giudice secondo cui i diversi dispositivi sarebbero assimilabili dal punto di vista qualitativo e funzionale. Al contrario, ciascuna singola placca costituirebbe un dispositivo del tutto autonomo dal punto di vista funzionale rispetto agli altri atteso che ognuna di essa non può che essere utilizzata unicamente sulla specifica sezione scheletrica o osso per cui è stata progettata.

Inoltre, Stryker ha dedotto l'erroneità dell'interpretazione dell'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016 proposta dal Tar Sardegna, laddove ha distinto l'ipotesi della gara indivisa dalla suddivisione dei lotti. Infine, in ordine alla possibilità di partecipare alla gara attraverso un RTI, la società ha rilevato che le offerte commerciali dei diversi operatori economici si sovrappongono tra loro e non sono semplicemente complementari.

5. L'Azienda di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione G. Brotzu si è costituita in giudizio sostenendo l'infondatezza dell'appello.

6. Con decreto cautelare n. 3979 del 28 settembre 2023 è stata accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

7. Alla camera di consiglio del 19 ottobre 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In camera di consiglio il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare di sospensiva dell'impugnata sentenza del Tar, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito con sentenza resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e ne ha dato comunicazione (riportandola a verbale) ai difensori presenti delle parti in causa.

2. Come esposto in narrativa, giunge all'esame del Collegio la gara bandita dall'Arnas concernente la fornitura di Strumentario e Dispositivi Medici Impiantabili per Interventi di osteosintesi e materiale correlato per S.O. S.C. Ortopedia e Traumatologia dell'Azienda Ospedaliera G. Brotzu. In particolare, l'oggetto della controversia attiene al lotto n. 3 inerente a "*Placche (dispositivi impiantabili sterili)*" per il quale l'Arnas ha previsto 37 sub-lotti, ciascuno dedicato ad una tipologia di placche diversa. L'aggiudicazione è effettuata a singolo lotto completo, con la conseguenza che gli operatori economici che intendono presentare offerta per il lotto n. 3 devono disporre di tutte le diverse tipologie di placche elencate nei 37 sub-lotti.

La società odierna appellante ha contestato l'eterogeneità dei dispositivi ricompresi nel lotto n. 3 tale da non consentire la partecipazione delle piccole e medie imprese alla gara, le quali non sono in grado di rispondere ad una richiesta così variegata. Nello specifico, infatti, la Stryker non dispone di alcune delle placche richieste per il distretto del femore (rif. 18-20) e del piede (rif. 32, 33 e 36), sicché non può partecipare al lotto n. 3 con tutti gli altri suoi prodotti destinati ad essere utilizzati sulle fratture di altre ossa, addirittura di altri distretti scheletrici e, dunque, funzionalmente del tutto diversi e non interferenti con quelli di cui ai citati sub-lotti nn. 18-20 e 32, 33 e 36.

3. L'appello è fondato, potendo riscontarsi la violazione dell'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016.

Occorre premettere che, in conformità alle indicazioni provenienti dal diritto eurounitario, il legislatore italiano ha recepito, nella previsione di cui all'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, le indicazioni della direttiva 2014/24/UE, fissando la regola, salvo deroga motivata, della suddivisione in lotti.

Secondo un consolidato orientamento interpretativo di questo Consiglio di Stato la regola della suddivisione in lotti risponde all'esigenza di apertura del mercato ed opposizione alla creazione di posizioni monopolistiche o, comunque, di predominio, obiettivo ritenuto meritevole dal legislatore per la convinzione - che v'è sottesa - che per questa via si possa migliorare l'efficienza del servizio all'utenza e, dunque, in ragione delle stesse preoccupazioni che l'appellante assume a fondamento della sua critica alla regola della suddivisione in lotti (Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402).

Infatti, la suddivisione in lotti di una procedura di gara favorisce l'apertura del mercato alla concorrenza, rendendo possibile la presentazione dell'offerta anche da parte delle piccole e medie imprese (c.d. P.M.I.), poiché consente alla stazione appaltante di richiedere requisiti di partecipazione che, in quanto parametrati su singoli lotti, sono inevitabilmente meno gravosi di quelli che, in termini di capacità economica e prestazionale, sarebbero richiesti per la partecipazione all'intera procedura di gara; requisiti questi ultimi dei quali sono in possesso solo imprese di grandi dimensioni.

In definitiva, l'apertura alla concorrenza è realizzata rendendo possibile la formulazione di un'offerta che, invece, per una procedura unitaria, non sarebbe neppure proponibile.

Deve, altresì, considerarsi che il rafforzato *favor* per la suddivisione dell'appalto in lotti è dovuto alla crescente attenzione riservata dal legislatore europeo all'accesso al mercato delle commesse pubbliche da parte delle P.M.I., costituendo la riduzione del valore dei contratti un efficace incentivo alla partecipazione degli operatori di mercato di più ridotte dimensioni alle procedure di affidamento.

Ed infatti la Direttiva 2014/24/UE, al Considerando 2, dopo avere premesso che *“gli appalti pubblicicostituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici?”*, afferma che

tra le proprie primarie finalità vi è quella di aggiornare la precedente Direttiva 2004/18/CE *“in modo da accrescere l’efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale”*.

Il considerando 78 precisa, poi, che *“le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti?”* e che *“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”*.

L’art. 46 della stessa Direttiva afferma, infine, che *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l’oggetto di tali lotti. ... Le amministrazioni aggiudicatrici indicano i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti; tali motivi sono riportati nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all’articolo 84”*.

Si tratta, insomma, come ritenuto dalla giurisprudenza (cfr., in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1607) di una misura pro-concorrenziale espressamente volta ad assicurare la maggiore partecipazione possibile alle gare di imprese di non grandi dimensioni.

La giurisprudenza è assolutamente concorde nel dare la esposta lettura della disposizione in esame, rimarcando più volte non solo la legittimità, ma anche il rispetto del principio del buon andamento nella divisione di un pubblico appalto in lotti, con il rammentare che in materia di appalti pubblici è senz’altro principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in

lotti, in quanto regola diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese e funzionale alla tutela della concorrenza.

L'art. 51 consente, inoltre, alla stazione appaltante di derogare alla regola della suddivisione in lotti per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito.

Infatti, poiché l'art. 51, comma 1, del Codice è norma giuridica costruita nella forma linguistica della proposizione prescrittiva (di modo che colui che non si adegua al precetto, non manifestando ad esso adesione, deve giustificarsi per evitare la sanzione, fornendo la prova di trovarsi in uno dei casi in cui la regola fa eccezione), in coerenza, il legislatore onera la stazione appaltante di motivare la scelta di non suddividere la procedura di gara in lotti, ossia di non adeguarsi al precetto.

In conclusione, il principio della suddivisione in lotti, prevista dall'art. 51 del Codice può, dunque, essere derogato, attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), il cui concreto esercizio 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 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5992; sez. III, 7 maggio 2020, n. 2881; 21 marzo 2019, nr 1857; 22 febbraio 2019, n. 1222; sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044; sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138; 13 novembre 2017 n. 5224; sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038).

Alla stregua di quest'orientamento ermeneutico, la principale questione da esaminare attiene alla valutazione della logicità e ragionevolezza della suddivisione in lotti operata dalla stazione appaltante.

Contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, i dispositivi contenuti nel lotto n. 3 appaiono eterogenei e singolarmente dotati di autonomia funzionale. Invero, le placche ivi ricomprese (e formanti oggetto dei ben 37

sub-lotti) sono notevolmente diverse non solo per caratteristiche tecniche e strutturali, a seconda della diversa regione dello scheletro su cui devono essere innestate, ma anche dal punto di vista funzionale, non potendo esservi tra di esse alcuna fungibilità, donde è del tutto verosimile che esse formino oggetto di forte “specializzazione” nella produzione da parte degli operatori economici.

La siffatta disomogeneità avrebbe, pertanto, ragionevolmente giustificato la suddivisione dell’unitario lotto n. 3 in plurimi lotti, distinti per tipologia di prodotti e non per macro-categorie, così da favorire l’accesso alla procedura anche a quegli operatori economici che non commercializzano tutte le tipologie di placche contenute nel lotto n. 3.

Né può condividersi l’interpretazione del primo giudice in ordine all’art. 51, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, laddove ha ritenuto che, per il solo fatto che la procedura *de qua* fosse suddivisa già in 18 lotti, non vi fosse alcun obbligo per la stazione appaltante di esternare le ragioni tecnico-economiche che la hanno indotta a prevedere un unico lotto (lotto n. 3) così composito e diversificato nel suo oggetto.

Ritiene, invero, il Collegio che il semplice fatto che vi sia stata una suddivisione in lotti non esclude affatto che possano essere sindacate, sotto il profilo della legittimità e del rispetto sostanziale della *ratio* della disposizione, anche le modalità con le quali la suddivisione è avvenuta.

Del resto, *ex post*, ciò risulta confermato dalla disposizione oggi contenuta nell’art. 58, comma 3, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (non applicabile *ratione temporis* alla presente vicenda, ma certamente utilizzabile quale criterio ermeneutico della finalità della retrostante previsione eurounitaria), laddove impone alle stazioni appaltanti di esplicitare in ogni caso “*i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti*”, avuto riguardo ai parametri evincibili dai principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese.

In definitiva, la disciplina di gara, limitatamente al lotto n. 3, è stata confezionata in modo da rendere estremamente difficoltoso presentare un'offerta tecnica ammissibile non solo alle piccole e medie imprese, ma anche a primari operatori del settore che sono però specializzati nella produzione di dispositivi relativi alla chirurgia di specifiche parti del corpo umano, con potenziali effetti negativi per la stessa Amministrazione, che potrebbe trovarsi esposta a maggiori costi ove il confronto competitivo fosse realmente circoscritto a pochi operatori economici.

4. Per le ragioni che precedono, l'appello deve essere accolto con assorbimento dei motivi non espressamente esaminati e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata del Tar Sardegna, sez. I, n. 661 del 18 settembre 2023, devono essere annullati *in parte qua* gli atti di gara impugnati in primo grado, limitatamente al lotto n. 3.

5. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza breve del Tar Sardegna, sez. I, n. 661 del 18 settembre 2023, che annulla, accoglie il ricorso di primo grado e annulla *in parte qua*, limitatamente al lotto n. 3, gli atti di gara con esso impugnati.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO